

Hochschulstrasse 17
Case postale
3001 Berne
Téléphone +41 31 635 48 12
Fax +41 31 634 50 55
coursupreme-civil.berne@justice.be.ch
www.justice.be.ch/coursupreme

Décision

ZK 20 368

Berne, le 8 décembre 2020

Composition

Juges d'appel Geiser (Juge instructeur), Niklaus et Hurni
Greffière Saïd

Participants à la procédure

A. _____ SA
représentée par M^e B. _____
défenderesse/appelante

et

C. _____
représenté par M^e D. _____
défendeur en première instance/pas partie à la procédure d'appel

E. _____
représenté par M^e F. _____
demandeur/intimé

Objet

action en paiement

appel contre la décision du Tribunal régional Jura bernois-
Seeland, Agence du Jura bernois, du 23 juin 2020 (CIV 2018 767)



Chapeau :

Examen des conditions d'une réticence au sens de l'art. 6 de la loi sur le contrat d'assurance (LCA ; RS 221.229.1), d'une *Nachmeldepflicht* et de la nullité du contrat d'assurance au sens de l'art. 9 LCA (consid. 29).

Considérants:

I. En procédure

1. Le 14 février 2018, E. _____ (ci-après également : l'intimé), par l'intermédiaire de son mandataire M^e F. _____, a déposé une demande prenant les conclusions finales suivantes (en partie modifiées à l'audience des débats de première instance) :
 1. Condamner les défendeurs, solidairement entre eux, à payer au demandeur la somme de CHF 53'262.00 plus intérêts à 5% dès le 27 juin 2017 ;
 2. Annuler la résiliation du contrat ;
 3. Sous suite des frais et dépens.
2. A ce sujet, il doit être noté que la première instance, dans sa décision du 23 juin 2020, a considéré cette dernière modification de conclusions inadmissible et a examiné la demande selon les conclusions de la demande du 14 février 2018.
3. Le 23 juin 2020, le Tribunal régional Jura bernois-Seeland, Agence du Jura bernois (ci-après également : la première instance) a rendu une décision dont le dispositif est le suivant :
 1. La défenderesse est condamnée à verser au demandeur le montant de CHF 53'262.00 avec intérêts dès le 27 juin 2017.
 2. La résiliation du contrat d'assurance entre le demandeur et la défenderesse et datée du 8 août 2017 (relative à la police d'assurance n° 15.602.611) est annulée.
 3. Il n'est pas perçu de frais pour la présente procédure. L'avance de frais demandée au demandeur de CHF 6'000.00 lui est restituée.
 4. Il n'est pas entré en matière sur la demande dans la mesure où elle est dirigée contre le défendeur.
 5. La défenderesse est condamnée à verser au demandeur une indemnité de dépens de CHF 10'000.00 (TTC).
 6. Le demandeur est condamné à verser au défendeur une indemnité de dépens de CHF 10'000.00 (TTC).

7. (notification).
4. Par mémoire du 24 août 2020 (dossier [ci-après désigné par D.] pages 269-295), A._____ SA (ci-après également : l'appelante), par l'intermédiaire de son mandataire M^e B._____, a déposé un appel à l'encontre de la décision précitée, prenant les conclusions suivantes :

Principalement :

1. L'appel est admis ;
2. Le jugement rendu le 23 juin 2020 par le Tribunal régional Jura bernois-Seeland est réformé en ce sens que la demande de E._____ est rejetée, dans la mesure où elle est recevable.

Subsidiairement :

1. Le jugement rendu le 23 juin 2020 par le Tribunal régional Jura bernois-Seeland est annulé ;
 2. La cause est renvoyée à l'instance précédente pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
5. Le Juge instructeur en a pris et donné acte par ordonnance du 1^{er} septembre 2020 et a informé les parties que le dossier de la première instance CIV 2018 767 avait été édité. Un délai de 30 jours a été imparti à l'intimé pour déposer une réponse et, vu l'objet de la procédure d'appel, il a été renoncé pour le moment à impartir un délai à C._____ pour déposer une réponse.
6. L'intimé a déposé son mémoire de réponse le 1^{er} octobre 2020, concluant au rejet de l'appel et de toutes les conclusions de l'appelante, sous suite des frais et dépens.
7. Par ordonnance du 6 octobre 2020, le Juge instructeur en a pris et donné acte, constaté que l'intimé n'avait pas déposé d'appel joint et a partant constaté que C._____ n'était pas partie à la présente procédure d'appel. En outre, il n'a pas ordonné de nouvel échange d'écritures et a donné la possibilité aux parties de faire parvenir leurs éventuelles remarques finales par retour du courrier. Un délai de 10 jours a été imparti aux mandataires des parties pour déposer leurs notes d'honoraires et les parties ont été informées que la décision serait ensuite rendue par voie de circulation.
8. Les mandataires des parties ont fait parvenir leurs notes d'honoraires le 15 octobre respectivement le 19 octobre 2020.
9. Le Juge instructeur en a pris et donné acte par ordonnance du 21 octobre 2020.

II. En fait

10. Les faits de la présente procédure ont été résumés dans la décision attaquée et dans la mesure où ils ne sont pas remis en cause par les parties il peut y être renvoyé. Les faits peuvent être résumés comme suit.
11. L'intimé, qui travaille comme indépendant, exploite un magasin G._____ à H._____ depuis 2012.

En fin d'année 2016, des contacts ont eu lieu entre l'intimé et C._____ concernant une offre d'assurance perte de gain auprès de l'appelante. Dans ce contexte, l'intimé a été amené à transmettre à C._____ différents documents, soit notamment le détail de ses salaires assurés et les données concernant la charge de sinistralité auprès de I._____ (ancienne assurance collective d'indemnités journalières maladie de l'intimé), ce qu'il a fait par l'intermédiaire de son agent fiduciaire, J._____ de K._____ Sàrl.

12. Le 21 décembre 2016, l'intimé a consulté la D^{resse} L._____ à M._____. En raison d'un épuisement professionnel, elle lui a proposé d'être mis en arrêt de travail à 100% du 22 décembre 2016 au 10 janvier 2017. Le 28 décembre 2016, C._____ a rencontré l'intimé dans les locaux de la fiduciaire K._____ Sàrl, à H._____. A cette occasion, C._____ lui a remis le courrier de résiliation d'assurance qu'il avait rédigé pour lui à l'attention de I._____ avec effet au 31 décembre 2016.
13. Au début du mois de janvier 2017, C._____ a reçu la proposition établie par son supérieur, N._____, à l'intention de l'intimé, mais ce dernier a sollicité une proposition prévoyant un salaire assuré plus élevé ; à cette fin, l'intimé a remis à C._____ une décision du 21 novembre 2016 de O._____ portant sur ses cotisations personnelles aux assurances sociales. C._____ a transmis ces documents à N._____ pour qu'il établisse une nouvelle proposition pour l'intimé sur la base d'un salaire assuré s'élevant à CHF 180'000.00.
14. Le 6 janvier 2017, l'intimé, le fiduciaire de ce dernier et C._____ se sont retrouvés au magasin de l'intimé afin de discuter de la nouvelle proposition d'assurance, réunion au cours de laquelle un appel téléphonique à la D^{resse} L._____ a été fait. La proposition d'assurance ainsi que son complément ont ensuite été signés par l'intimé le même jour.
15. Le 11 janvier 2017, la D^{resse} L._____ a proposé à l'intimé de faire un *check-up* général en procédant aussi à un examen échographique abdominal. Suite aux résultats de ce premier examen, l'intimé a dû subir un examen complémentaire, soit un scanner thoraco-abdomino-pelvien, trois jours plus tard, à l'Institut de radiologie du Jura bernois. Le 18 janvier 2017, l'intimé a été mis en arrêt de travail par la D^{resse} L._____ suite aux résultats des examens réalisés quelques jours plus tôt, étant apparu qu'il souffrait de kystes hydatiques dans le foie. Partant, l'intimé a annoncé à l'appelante le 15 mai 2017 qu'il était en incapacité de travail pour raison de maladie à partir du 17 janvier 2017.

16. Le 19 mai 2017, l'appelante a accusé réception de la déclaration d'incapacité de travail du demandeur et lui a demandé de bien vouloir lui retourner une autorisation libérant les médecins, hôpitaux, institutions médicales et organismes d'assurance de leur obligation de confidentialité. Le 27 juin 2017, l'intimé a reçu de l'appelante un décompte d'indemnités journalières de CHF 53'292.00 suite à sa déclaration de sinistre. Le 26 juillet 2017, la D^{resse} L._____ a transmis le rapport médical de l'intimé à l'appelante. Le 8 août 2017, l'appelante est revenue sur son courrier du 27 juin 2017 adressé à l'intimé et lui a nié tout droit à l'octroi d'indemnités journalières pour cause de maladie. Elle a également résilié avec effet rétroactif au 6 janvier 2017 le contrat d'assurance le liant à l'appelante pour cause de réticence en se basant sur le rapport établi par la D^{resse} L._____ le 26 juillet 2017. Le 24 octobre 2017, la D^{resse} L._____ a écrit à l'appelante pour lui expliquer que l'intimé n'était pas en arrêt maladie du 21 décembre 2016 au 31 mai 2017, mais qu'il a été considéré en arrêt de travail du 22 décembre 2016 au 10 janvier 2017 suite à un surmenage. Elle a également expliqué que l'intimé a, suite à la découverte de kystes hydatiques sur le foie, été mis en arrêt de travail à 100% dès le 18 janvier 2017.
17. Pour le surplus, la Cour de céans reviendra plus en détail sur les faits dans la motivation au fond, tant que besoin est.

III. Considérants de la première instance et position des parties

- 18.
- 18.1 La première instance a considéré qu'au moment de répondre au questionnaire ainsi qu'au complément y relatif le 6 janvier 2017 en présence de C._____ et de son agent fiduciaire, l'intimé était en arrêt maladie depuis 15 jours, mais avait tout de même continué de travailler. Examinant la question de savoir si l'intimé aurait dû répondre par l'affirmative aux questions qui lui ont été posées et retranscrites par C._____, la première instance a estimé que le fait que l'intimé ait continué de travailler malgré l'arrêt maladie que lui avait donné la D^{resse} L._____ tendrait à démontrer que ce dernier ne se considérait pas comme en incapacité de travailler. Dès lors, l'intimé n'aurait pas pensé souffrir d'une maladie qui allait entraîner une longue période d'incapacité de travail. La première instance a ainsi estimé que l'intimé pouvait considérer que sa capacité de travail n'était pas réduite et répondre par la négative aux questions pour lesquelles une réticence lui est reprochée. En tout état de cause, la première instance a reconnu la bonne foi de l'intimé au vu du téléphone qui a eu lieu entre la D^{resse} L._____ et C._____. Toujours de l'avis de la première instance, cet appel téléphonique n'aurait pu avoir que pour but d'éclaircir précisément la situation et de lever tout doute sur l'état de santé de l'intimé. De ce fait, il aurait très sûrement été question de l'arrêt maladie non respecté par l'intimé. La première instance a également considéré que l'intimé pouvait partir de bonne foi du principe que suite à cela, son assureur (C._____) remplirait correctement le formulaire. En outre, même si on devait remettre en cause la bonne foi de l'intimé, la première instance a considéré que selon le Tribunal fédéral, les atteintes à la santé

« bagatelles », qui sont passagères et ne doivent pas être comprises comme des symptômes d'une affection distincte, ne devraient pas être déclarées et qu'un fait caché n'est pertinent que s'il concerne un « point important pour l'évaluation des risques ». Partant, elle a considéré que le surmenage temporaire présenté par l'intimé aurait bien été un problème de santé mineur qui n'aurait pas dû être déclaré dans le formulaire et aucune réticence n'aurait été commise par rapport à ce fait-là.

- 18.2 S'agissant du reproche de l'appelante quant au fait que l'intimé aurait tu la maladie grave dont il souffrirait depuis des années, à savoir une hydatidose, la première instance a considéré que rien au dossier ne permettrait d'établir que l'intimé savait qu'il devait à nouveau être opéré d'un kyste hydatique comme il l'avait été dix ans plus tôt, l'intimé pouvant valablement s'estimer guéri de cette maladie. En tout état de cause, la première instance est d'avis que même s'il avait été fait mention du fait que l'intimé avait obtenu un arrêt maladie de deux semaines et demie et qu'il avait vu la D^{resse} L._____ en décembre 2016 à une reprise, cela ne justifierait dans tous les cas pas l'exception de l'art. 6 al. 3 de la loi sur le contrat d'assurance (LCA ; RS 221.229.1), puisque le fait que l'intimé aurait tu et qui aurait pu faire l'objet de la réticence n'aurait aucunement influé la survenance ou l'étendue du sinistre qu'a fait valoir l'intimé par la suite, à savoir celui lié à son hydatidose. Il n'existerait ainsi aucun rapport de causalité entre le fait qu'aurait tu l'intimé et le sinistre qu'il a déclaré par la suite. La première instance a en conséquence admis la demande en ce qu'elle concernait l'appelante et, par voie de conséquence, considéré que la résiliation devait être annulée.

19.

- 19.1 Dans son mémoire d'appel, l'appelante fait grief à la première instance d'avoir retenu une version des faits incomplète et qui ne correspondrait pas à la réalité. Ainsi à titre d'exemple, l'appelante souligne que lors de son audition du 13 novembre 2018, l'intimé aurait confirmé que lorsqu'il a signé ce contrat, il n'aurait pas dit à C._____ qu'il était en incapacité de travail sur prescription du médecin. Il n'aurait pas non plus indiqué qu'il n'avait pas travaillé à 100% pendant la période des fêtes, parce qu'il était fatigué et que la D^{resse} L._____ lui avait remis un certificat d'incapacité de travail. Toujours selon l'appelante, suite aux résultats reçu de ses examens, l'intimé n'aurait pas annoncé immédiatement l'incapacité totale de travail certifiée par la D^{resse} L._____ à partir du 18 janvier 2017 et ces découvertes radiologiques importantes à l'appelante, en violation de ses obligations légales et de ses engagements précontractuels. En effet, se référant aux art. 4ss LCA, le proposant serait tenu de déclarer tous les faits importants qui surviennent entre la remise ou l'envoi de la proposition d'assurance et son acceptation par l'assureur (*Nachmeldepflicht*). Ainsi, l'appelante aurait accepté la proposition d'assurance le 24 janvier 2017 et établi la police sur la base des déclarations inexactes, respectivement incomplètes de l'intimé.
- 19.2 Sur le plan du droit, l'appelante fait grief à la première instance d'avoir appliqué les principes juridiques pertinents de manière erronée et d'avoir apprécié arbitrairement les preuves administrées au cours de la procédure. Elle lui reproche

en premier lieu d'avoir omis de tenir compte de la règle selon laquelle le proposant est tenu de déclarer tous les faits importants qui surviennent entre la remise ou l'envoi de la proposition d'assurance et son acceptation par l'assureur (*Nachmeldepflicht*). Dans ce contexte, l'appelante relève que le premier examen échographique abdominal de l'intimé a été effectué le 13 janvier 2017 et que la présence de lésions hydatiques hépatiques aurait été confirmée par rapport radiologique complémentaire du 17 janvier 2017 adressé à la D^{resse} L._____. A réception de ces rapports radiologiques, cette dernière aurait ainsi certifié d'une incapacité totale de travail de l'intimé à partir du 18 janvier 2017. Or, l'intimé n'aurait pas annoncé immédiatement son incapacité de travail et ces découvertes radiologiques importantes à l'appelante. L'appelante considère également que la première instance a fait preuve d'arbitraire lorsqu'elle a retenu que l'intimé pouvait considérer que sa capacité de travail n'était pas réduite et répondre par la négative aux questions pour lesquelles une réticence lui est reprochée. Or, en l'espèce et toujours selon l'appelante, l'intimé, en réfléchissant sérieusement aux questions posées, n'aurait pas pu déclarer qu'il n'y avait pas de personnes incapables de travailler depuis plus de 14 jours dans l'entreprise, qu'il n'avait pas de troubles de la santé et que sa capacité de travail n'était pas réduite. En outre, l'appelante conteste que l'arrêt de travail de l'intimé pendant deux semaines et demie à partir du 22 décembre 2016 ait été un cas « bagatelle » susceptible d'être passé sous silence lors de la déclaration des risques. L'appelante reproche également à la première instance de s'être arbitrairement principalement fondée sur les déclarations de la D^{resse} L._____, alors que celle-ci aurait changé de version à plusieurs reprises au fil de l'évolution du dossier et aurait fait des déclarations manifestement contraires à la réalité lors de son audition. Ainsi, selon l'appelante, la première instance ne pouvait pas retenir sans commettre d'arbitraire dans l'appréciation des preuves que l'intimé ne pouvait pas savoir qu'il souffrait à nouveau de kystes hydatiques et qu'il pouvait valablement s'estimer guéri de cette maladie. Ce serait également de manière arbitraire que la première instance a retenu qu'il n'y a aucun rapport de causalité entre le fait tu par l'intimé et le sinistre déclaré par la suite.

- 19.3 S'agissant de la validité du contrat, l'appelante reproche à la première instance d'avoir confondu la réticence et la nullité du contrat au sens de l'art. 9 LCA. En effet et toujours selon l'appelante, il ne serait en l'espèce de toute manière, à savoir nonobstant la réticence, pas possible pour l'appelante d'assurer l'incapacité de gain en raison d'une maladie dont souffrait déjà l'intimé lors de la conclusion du contrat. Dans ce contexte, l'intimé ne pourrait pas se prévaloir de l'ATF 136 III 334, car la maladie en question dans cet arrêt n'aurait pas été diagnostiquée et n'aurait pas été connue de l'assuré au moment de la conclusion du contrat, contrairement à ce qui serait le cas en l'espèce et en raison du fait qu'il ressortirait des rapports médicaux au dossier que l'intimé était déjà en incapacité de travail depuis plus de 15 jours lorsqu'il a conclu le contrat.

20.

- 20.1 Dans son mémoire de réponse, l'intimé fait valoir que l'appelante oublierait de mentionner le rôle extrêmement trouble joué par son agent C._____ dans

l'acquisition du contrat d'assurance en cause. Ainsi et toujours selon l'intimé, si, contre toute attente, une réticence devait être imputée à l'intimé lors de l'établissement de la déclaration d'assurance, la Cour devrait alors faire application de l'art. 8 LCA, puisqu'en l'espèce, il serait clair que l'appelante connaissait ou devait connaître la situation exacte de l'intimé sur le plan de sa santé au moment de la signature du contrat d'assurance le 6 janvier 2017. En outre, il ressortirait du dossier que c'est à juste titre que la première instance a considéré que l'intimé avait été de bonne foi et transparent. L'agent d'assurance n'aurait pas tenu compte des explications de son client et de son médecin, tant il aurait souhaité conclure cette assurance et gagner une prime pour la conclusion du nouveau contrat. L'intimé rappelle que C. _____ aurait admis qu'il avait mis lui-même les croix sur le questionnaire. Les explications incompréhensibles de ce dernier n'auraient aucune consistance et devraient être rejetées car insoutenables. Enfin, l'intimé rappelle que si l'intimé a voulu appeler son médecin traitant (consulté récemment) et passer le téléphone à l'agent d'assurance, cela aurait bien été pour que ce dernier soit renseigné sur son état de santé et examine si le risque était assurable ou non.

IV. Formellement

21. L'objet de la contestation est la décision du 23 juin 2020 rendue par le Tribunal régional. En vertu de l'art. 308 al. 1 let. a du Code de procédure civile suisse (CPC ; RS 272), l'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance.
22. L'appel, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance d'appel dans les 30 jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC).
23. Selon l'art. 6 al. 1 de la loi portant introduction du Code de procédure civile, du Code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs (LiCPM, RSB 271.1), la Cour suprême connaît des litiges qui lui sont déférés par voie d'appel (art. 308 à 318 CPC). En effet, la valeur litigieuse en l'espèce est largement supérieure à CHF 10'000.00.
24. La 2^e Chambre civile de la Cour suprême du canton de Berne est ainsi compétente pour connaître de l'appel à l'encontre de la décision du 23 juin 2020.
25. L'appel formé le 24 août 2020 à l'encontre de la décision attaquée l'a été en temps utile et respecte les conditions de forme, de sorte qu'il peut être entré en matière.
26. S'agissant de la portée de l'appel, malgré le fait que l'appelante conclut à ce que la décision entreprise soit « réformée en ce sens que la demande de E. _____ est rejetée, dans la mesure où elle est recevable », en réalité, le ch. 4 (et le ch. 6) du dispositif de la décision attaquée ne sont pas remis en cause par le présent appel, ce qu'il conviendra de constater dans le dispositif de la présente décision. En effet, non seulement seuls les points concernant l'appelante sont motivés dans l'appel,

mais il convient de rappeler qu'une partie doit avoir un intérêt digne de protection à recourir (art. 59 al. 2 let. a CPC), ce qui devrait être nié en l'espèce à l'appelante s'agissant des points du dispositif de la décision attaquée qui concernent exclusivement C._____.

27. En ce qui concerne la maxime applicable en l'espèce, il convient de relever que la procédure simplifiée au sens de l'art. 243 al. 2 let. f CPC est applicable. Partant et conformément à l'art. 247 al. 2 let. a CPC, la maxime inquisitoire (sociale) est applicable. Cette maxime est en particulier applicable en première instance ; en procédure d'appel (ou de recours), cet article perd de sa portée au vu des dispositions spéciales existantes en matière d'appel (et de recours) en rapport avec le régime de l'introduction en procédure de deuxième instance de faits et moyens de preuve nouveaux (cf. à ce sujet DENIS TAPPY, in Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^e éd. 2019, nos 6, 19, 31 et 31 ad art. 247 CPC et NICOLAS JEANDIN, in Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^e éd. 2019, n° 9a ad art. 317 CPC). S'agissant précisément de ce point, l'art. 317 al. 1 CPC dispose que les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte qu'aux conditions suivantes : ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b ; cf. NICOLAS JEANDIN, *op. cit.*, nos 6 à 9c ad art. 317 CPC)

V. Matériellement

28. Principes juridiques

28.1 Ad réticence

- 28.1.1 Selon l'art. 6 al. 1 LCA, si celui qui avait l'obligation de déclarer a, lors de la conclusion du contrat, omis de déclarer ou inexactement déclaré un fait important qu'il connaissait ou devait connaître (réticence), et sur lequel il a été questionné par écrit, l'assureur est en droit de résilier le contrat. Selon l'al. 3 de cette même disposition, si le contrat prend fin par résiliation en vertu de l'al. 1, l'obligation de l'assureur d'accorder sa prestation s'éteint également pour les sinistres déjà survenus lorsque le fait qui a été l'objet de la réticence a influé sur la survenance ou l'étendue du sinistre. Quant à l'art. 4 LCA, il dispose que le proposant doit déclarer par écrit à l'assureur suivant un questionnaire ou en réponse à toutes autres questions écrites, tous les faits qui sont importants pour l'appréciation du risque, tels qu'ils lui sont ou doivent être connus lors de la conclusion du contrat. Sont importants tous les faits de nature à influencer sur la détermination de l'assureur de conclure le contrat ou de le conclure aux conditions convenues. Sont réputés importants les faits au sujet desquels l'assureur a posé par écrit des questions précises, non équivoques.
- 28.1.2 Selon la jurisprudence, les faits sur lesquels porte l'obligation de renseigner (*Gefahrstatsachen*) comprennent tous les faits qui entrent en considération pour l'appréciation du risque, soit tous ceux qui peuvent éclairer l'assureur quant à l'étendue du risque à couvrir. Sont visés non seulement les faits qui sont la cause

du risque (*Tatsachen, welche die Gefahr verursachen*), mais aussi ceux qui permettent de tirer des déductions quant à l'existence de ces sources de risque (ATF 99 II 67 consid. 4c ; 55 II 55 p. 58 ; plus récemment, 134 III 511 consid. 3.3.2), en d'autres termes, « toutes les circonstances permettant de conclure à l'existence de facteurs de risque » (ATF 136 III 334 consid. 2.4 ; 118 II 333 consid. 2a). Le devoir de renseigner incombant au preneur d'assurance porte uniquement sur les faits (importants pour l'appréciation du risque) au sujet desquels la compagnie d'assurance a posé des questions expresses et non équivoques; le preneur n'a pas à renseigner spontanément sur les risques dont il a connaissance (ATF 134 III 511 consid. 3.3.2 ; 116 V 218 consid. 5a). L'art. 4 al. 3 LCA présume que le fait est important si l'assureur a posé une question écrite à son sujet. Il ne s'agit cependant que d'une présomption, susceptible d'être renversée. Pour ce faire, aucune preuve particulière n'est requise; il suffit par exemple que le contraire ressorte à l'évidence. La présomption est ainsi renversée s'il apparaît que le proposant a omis un fait qui, considéré objectivement, apparaît totalement insignifiant. En tenant compte de toutes les circonstances du cas concret et en se livrant à une appréciation objective fondée sur le principe de la bonne foi, il faut se demander si l'assureur, dans l'hypothèse où la vérité lui aurait été dite, n'aurait pas conclu le contrat, ou ne l'aurait pas conclu aux mêmes conditions (ATF 136 III 334 consid. 2.4).

- 28.1.3 Pour qu'il y ait violation de l'obligation de déclarer, et partant réticence selon l'art. 6 LCA, il faut que la réponse donnée à la question de l'assureur ne soit pas conforme à la vérité, par omission ou inexactitude. La réticence réside dans une divergence entre la vérité et ce qui a été déclaré. Il s'agit au préalable de déterminer si la question formulée par l'assureur était précise et non équivoque ; en effet, il ne saurait y avoir de réticence si la réponse donnée à une question ambiguë apparaît véridique, eu égard à la manière dont la question pouvait être comprise de bonne foi par son destinataire. Il faut rechercher si, en fonction des faits qu'il connaissait ou devait connaître, le proposant était en mesure de donner une réponse véridique (ATF 136 III 334 consid. 2.3).
- 28.2 Ad obligation d'annonce des faits survenus entre la signature de la proposition et la conclusion du contrat (*Nachmeldepflicht*)
- 28.2.1 La conclusion du contrat d'assurance vient à chef, non pas par la remise de la police, mais par l'acceptation de la proposition par l'assureur ; il s'agit d'une manifestation de volonté sujette à réception. Le Tribunal fédéral rappelle que l'acceptation n'est soumise à aucune forme, qu'elle peut être expresse ou se déduire d'actes concluants comme par exemple par la remise de la police. Il en découle que la conclusion du contrat suppose (1) l'acceptation de l'offre du proposant et (2) que cette acceptation parvienne au preneur d'assurance (VINCENT BRÜHLHART, Droit des assurances privées, 2^e éd. 2017, n° 504). Selon l'art. 4 LCA, l'assuré a une obligation de déclaration en relation avec les questionnaires ou autres questions écrites de l'assureur. D'un point de vue temporel, cette obligation de déclaration (sur les faits importants qui sont la cause du risque [*erhebliche Gefahrstatsachen*]) s'étend sur les faits survenus après la proposition d'assurance, mais avant la conclusion du contrat d'assurance (cf. à ce sujet arrêt du Tribunal

fédéral 4A_488/2007 du 5 février 2008 consid. 2.1 ; JEAN-MICHEL DUC, Réticence entre proposition et acceptation, in REAS 2006 p. 349, p. 350 ; VINCENT BRÜHLHART, *op. cit.*, note de bas de page n° 1082 ; STEPHAN FUHRER, Anzeigepflichtverletzung und Gefahrsänderungen, in REAS 2020 p. 308, p. 309, à noter que ce dernier auteur mentionne le fait que la « *Nachmeldepflicht* » devrait être abandonnée suite à la révision de la LCA).

28.3 Ad nullité du contrat

28.3.1 Selon l'art. 9 LCA, le contrat d'assurance est nul sous réserve des cas prévus à l'art.100 al. 2 LCA, si, au moment où il a été conclu, le risque avait déjà disparu ou si le sinistre était déjà survenu. Cette règle est l'expression légale du principe général en vertu duquel il n'est pas possible d'assurer un risque qui s'est déjà réalisé, le risque à assurer devant nécessairement porter sur un événement futur. Si une maladie s'est déjà déclarée, il n'est pas possible de l'assurer, même si elle ne se manifeste plus au moment de la conclusion du contrat, lorsque des rechutes ultérieures en apparaissent comme une évolution normale (ATF 136 III 3340 consid. 3).

29. Appréciation de la Cour de céans

29.1 Ad réticence commise au moment de la proposition d'assurance

29.1.1 Il ressort des faits retenus non contestés par les parties qu'un contact a eu lieu entre C._____ et l'intimé dans le courant du mois de décembre 2016 lors duquel l'intimé a été informé par C._____ du caractère assurable du risque et de la possibilité de reprise du contrat auprès de l'appelante ; la date précise de ce contact n'est pas connue, mais celui-ci a eu lieu au magasin G._____ de l'intimé, alors que ce dernier travaillait (allégué n° 7 de la réponse de l'appelante en procédure de première instance, non contesté par l'intimé lors de la première audience des débats). Le 21 décembre 2016, l'intimé a consulté la D^{resse} L._____ et en raison d'une « surcharge professionnelle », cette dernière a mis l'intimé en arrêt maladie du 22 décembre 2016 au 10 janvier 2017. Le 28 décembre 2016 (allégué n° 7 de la réponse de l'appelante en procédure de première instance, non contesté par l'intimé lors de la première audience des débats ; ch. 6 de la décision entreprise non remis en question par les parties), l'intimé a rencontré C._____ dans les locaux de K._____ Sàrl et ce dernier a remis à l'intimé le courrier de résiliation à l'attention de I._____. Puis, le 6 janvier, l'intimé, le fiduciaire de ce dernier et C._____ se sont retrouvés afin de signer la proposition d'assurance, laquelle comprend un questionnaire de santé. Il ressort du dossier que les croix « non » de plusieurs questions litigieuses ont été cochées dans ledit questionnaire signé par l'intimé (PJ n° 3 de la demande), ce qui n'est nullement contesté par ce dernier. Ce qui est en revanche litigieux en l'espèce, c'est la question de savoir quelles informations l'intimé a données par oral l'intimé à C._____ lors de la signature de cette proposition d'assurance. L'appelante (et C._____) conteste(nt) l'allégué de l'intimé selon lequel ce dernier aurait informé C._____ de son état de santé lors de la signature de la proposition d'assurance. Ce qui est en revanche admis par toutes les parties, c'est que l'intimé a appelé son médecin traitant, la D^{resse} L._____ (allégué n° 3 de la

demande ; p. 6 du mémoire de réponse à la demande de l'appelante ; p. 16 du mémoire de réponse à la demande de C._____ ; confirmé par l'audition de la D^{resse} L._____ par-devant la première instance le 5 novembre 2019). A ce sujet, la Cour rejoint l'appréciation de la première instance et est d'avis que l'appel téléphonique en question tend à prouver l'allégué de l'intimé selon lequel, lorsqu'il était en train de remplir le questionnaire de la proposition d'assurance, il a parlé à C._____ de sa récente consultation avec son médecin traitant et de sa mise à l'arrêt pour surcharge professionnelle. En effet, aux yeux de la Cour, si l'intimé avait simplement répondu de manière catégorique par la négative aux questions qui lui étaient lues par C._____, sans soulever aucune interrogation, on voit mal la raison pour laquelle un appel à la D^{resse} L._____ aurait été nécessaire. A relever dans ce contexte que l'appel a eu lieu intégralement en présence de C._____ et que la D^{resse} L._____ savait que son patient était en train de remplir un questionnaire en vue d'une proposition d'assurance (dont elle connaît les enjeux ; cf. audition de la D^{resse} L._____ par-devant la première instance le 5 novembre 2019). D'ailleurs, cette dernière, lors de son audition par-devant la première instance, a déclaré : « le conseiller m'a demandé si E._____ était en arrêt maladie, et si c'était une maladie grave. J'ai confirmé que E._____ était en arrêt maladie, mais pour une surcharge professionnelle, donc qu'il n'y avait pas de maladie grave, et que sinon, il était en excellente santé, ce que je confirme aujourd'hui. A ma connaissance, E._____ a montré à C._____ son incapacité de travail, qui allait jusqu'au 10 janvier 2017 ». Entendu à ce sujet, J._____, comptable de l'intimé, a déclaré par-devant la première instance : « C._____ a soumis une proposition à E._____. Je les ai laissés discuter ; je suis parti. J'ai entendu qu'il y avait un problème. E._____ devait remplir un questionnaire de santé, mais il ne comprend pas bien le français. A un moment, il y a eu un téléphone. E._____ a délié son médecin du secret professionnel, puis C._____ a parlé au médecin. Je n'ai pas entendu la conversation téléphonique, car il n'était pas sur haut-parleur. Il semble que les parties se sont entendues, suite à ce téléphone. Je me souviens avoir dû payer des primes à A._____ après cela » (p. 3 du procès-verbal de l'audience du 5 novembre 2019). Dans ces circonstances, il est établi aux yeux de la Cour que cet appel téléphonique a eu lieu au moment où l'intimé et C._____ étaient en train de remplir le questionnaire de santé, soit le 6 janvier 2017. L'imprécision à ce sujet de l'intimé lors de son audition par-devant la première instance le 13 novembre 2018 (D. 132) ne change rien à ce constat. Il est ainsi établi que C._____ avait connaissance de l'incapacité de travail de l'intimé pour surcharge professionnelle et de sa récente consultation auprès de son médecin traitant.

- 29.1.2 Ainsi l'appelante, qui se trouvait dans une relation de travail avec C._____ au moment des faits, doit se laisser imputer le comportement de son employé (art. 34 LCA) et il doit être retenu que l'appelante avait connaissance de l'état de santé de l'intimé au moment de la signature de la proposition d'assurance du 6 janvier 2017. Il serait en l'espèce contraire aux règles de la bonne foi de faire porter la responsabilité à l'intimé d'indications incomplètes. Dès lors, aucune réticence au sens de l'art. 6 LCA ne saurait être retenue en l'espèce.

29.2 Ad violation de la *Nachmeldepflicht*

29.2.1 Il reste à examiner si l'intimé aurait dû annoncer à l'appelante l'évolution de son état de santé suite au diagnostic du 18 janvier 2017 et l'incapacité totale de travail qui en a résulté. En effet, étant ainsi posé que l'intimé était de bonne foi lorsqu'il a rempli la proposition d'assurance et qu'aucune réticence ne peut lui être opposée dans ce contexte, la Cour doit à présent examiner si une réticence, dans le sens d'une violation de la *Nachmeldepflicht* telle qu'invoquée par l'appelante, doit être retenue en l'espèce.

29.2.2 Dans ce contexte, la Cour relève que l'appelante allègue pour la première fois en appel que la proposition d'assurance du 6 janvier 2017 aurait été acceptée le 24 janvier 2017 (D. 276) et fait ainsi en substance valoir un *Nachmeldepflicht* entre le 6 janvier 2017 et le 24 janvier 2017. Au regard des conditions de l'art. 317 al. 1 let. a et b CPC, cette allégation nouvelle n'est pas admissible et ne saurait être prise en compte. A noter s'agissant précisément de ce point qu'il ressort du dossier de la première instance qu'au contraire, l'appelante a toujours considéré le contrat d'assurance comme ayant été conclu le 6 janvier 2017 (cf. en particulier la lettre de résiliation de l'appelante à l'intimé du 8 août 2017, PJ n° 7 du mémoire de demande, p. 2 « *nous nous voyons contraints [...] de résoudre votre police d'assurance [...] avec effet rétroactif à la date de conclusion du contrat, en l'espèce le 6 janvier 2017* », ce qui a été expressément repris par le mandataire de l'appelante en p. 26 et 29 du mémoire de réponse à la demande). Etant rappelé que l'acceptation de la proposition d'assurance, qui vaut conclusion du contrat, n'est soumise à aucune forme, il sied de retenir cette date comme date de la conclusion du contrat, conformément aux allégués de l'appelante elle-même. Dans ce contexte, la Cour relève en outre que le complément à la proposition d'assurance signé le 6 janvier 2017 (PJ n° 15 du mémoire de réponse de l'appelante à la demande) comporte un tampon « accepté » et la date du 11 janvier 2017 (dont l'écriture ne correspond à aucune des deux écritures de la proposition, soit de l'intimé et de C._____). Ainsi, même si cette allégation nouvelle était recevable, le dossier tend à démontrer que tel n'est pas le cas et que la date du 24 janvier 2017 ne saurait être retenue. Le contrat litigieux a ainsi été conclu au plus tard le 11 janvier 2017.

29.2.3 Il en découle qu'il ne saurait être reproché à l'intimé, au sens d'un *Nachmeldepflicht*, de ne pas avoir déclaré à l'appelante son diagnostic et sa nouvelle incapacité de travail du 18 janvier 2017, puisque celle-ci était postérieure à la conclusion du contrat d'assurance.

29.3 Ad nullité du contrat

29.3.1 Enfin, il reste à examiner si une nullité du contrat d'assurance doit être retenue en l'espèce. Partant de la prémisse d'ores et déjà posée que la conclusion du contrat date au plus tôt du 6 janvier 2017 et au plus tard du 11 janvier 2017, la Cour doit ainsi déterminer si la maladie dont a souffert l'intimé s'était déjà déclarée à cette date.

29.3.2 Le dossier établit que l'intimé a consulté la D^{resse} L._____ le 21 décembre 2016 et que celle-ci, en raison d'un épuisement professionnel, a proposé à l'intimé d'être

mis en arrêt de travail à 100% du 22 décembre 2016 au 10 janvier 2017. Il est également établi dans ce contexte que l'intimé, partiellement à tout le moins, n'a pas mis en pratique cet arrêt de travail. Le 11 janvier 2017, la D^{resse} L. _____ a proposé à l'intimé de faire un *check-up* général de son état de santé en faisant un examen échographique abdominal. Suite aux résultats de ce premier examen, un examen complémentaire, soit un scanner thoraco-abdomino-pelvien a été effectué trois jours plus tard. Le 18 janvier 2017, l'intimé a été mis en arrêt de travail par la D^{resse} L. _____ suite aux résultats des examens réalisés, étant apparu qu'il souffrait de kystes hydatiques dans le foie.

29.3.3 A cet égard, dans son courrier explicatif du 24 octobre 2017, la D^{resse} L. _____ indique que la présence de kystes hydatiques ne pouvait pas expliquer la fatigue du mois de décembre puisque ce type de kystes seraient « totalement asymptomatiques tant qu'ils ne sont pas rompus ». Par contre, le traitement mis en place suite à la découverte de ces kystes est responsable de la fatigue ayant nécessité l'arrêt de travail dès le 18 janvier 2017, car ce traitement (*Zentel*) serait reconnu pour être très fatigant en début de traitement.

29.3.4 Il découle de ce qui précède que le fait que la maladie ayant donné lieu à l'incapacité de travail n'a pas été diagnostiquée avant le 13 janvier 2017 au plus tôt, voire le 18 janvier 2017, est établi et qu'avant cette date, aucune incapacité de travail n'a été attestée en lien avec celle-ci. Les kystes hydatiques ne sont pas une maladie chronique ; ainsi, le fait que l'intimé ait été opéré pour cela plusieurs années auparavant ne joue pas un rôle décisif. La Cour se doit également de relever que l'évolution des kystes est lente si bien qu'il n'est pas arbitraire de retenir que ceux-ci, bien que n'ayant été découverts et diagnostiqués qu'en date du 18 janvier 2017, étaient déjà présents au moment de la conclusion du contrat le 6 janvier 2017. Il ressort toutefois de la PJ n° 27 déposée par l'appelante en annexe à son mémoire de réponse à la demande, que le traitement des kystes hydatiques consiste soit en de la chirurgie, en un traitement par ponction, en un traitement médicamenteux antiparasitaire ou enfin, en une simple surveillance. Dans ces circonstances, la Cour ne peut pas retenir qu'en l'espèce, la maladie non diagnostiquée au moment de la conclusion du contrat, allait évoluer de manière certaine vers une incapacité de travail (cf. ATF 136 III 334 consid. 3). Au sujet de ce dernier arrêt, contrairement à ce qu'avance l'appelante, les principes qui y sont dégagés peuvent s'appliquer en l'espèce, car – on l'a vu – le contrat a été conclu le 6 janvier 2017 et la maladie diagnostiquée le 18 janvier 2017 et les kystes hydatiques n'ont pas causé d'incapacité de travail préalablement à celle du 18 janvier 2017. En réalité, l'appelante a conclu un contrat d'assurance avec un assuré qui, pour des raisons inhérentes à sa personne mais inconnues des deux parties, constituait un mauvais risque. Il ne s'agit pas là de circonstances qui permettent à l'assureur de se délier de ses obligations contractuelles. Le rôle de l'assurance est précisément d'assumer des risques, en opérant une sorte de compensation entre les bons et les mauvais cas.

29.3.5 Ainsi, le contrat d'assurance conclu le 6 janvier 2017 n'était pas nul au sens de l'art. 9 LCA.

30. Conclusion

- 30.1 Il découle de tout ce qui précède que l'appel, mal fondé, doit être entièrement rejeté et la décision attaquée entièrement confirmée.

VI. Frais et dépens

31. L'art. 105 CPC prévoit la fixation et la répartition d'office des frais judiciaires. Les dépens ne sont en principe alloués que si l'ayant droit les a expressément réclamés (DENIS TAPPY, in Commentaire romand, CPC, 2^e éd. 2019, n° 7 ad art. 105 CPC). L'art. 106 al. 1 CPC prévoit que les frais sont mis à charge de la partie succombante.
32. En ce qui concerne les frais de la procédure d'appel, conformément à l'art. 114 let. e CPC (applicable également en procédure de deuxième instance), il n'est pas perçu de frais pour la présente procédure d'appel.
33. S'agissant de l'indemnité de dépens allouée par la première instance, celle-ci ne doit pas être modifiée, vu le sort de la cause.
34. En ce qui concerne les dépens pour la procédure d'appel, l'appelante succombe entièrement. L'intimé a dès lors droit à une indemnité de dépens également pour la procédure d'appel. Le tribunal fixe les dépens selon le tarif cantonal (art. 105 al. 2 CPC en lien avec l'art. 96 CPC). Conformément à l'art. 5 al. 1 de l'ordonnance sur les dépens (ORD ; RSB 168.811), en lien avec l'art. 7 ORD, les dépens pouvant être alloués sont au minimum de CHF 1'950.00 et au maximum de CHF 11'850.00.
35. M^e F._____ a déposé une note d'honoraires le 19 octobre 2020 d'un total de CHF 8'427.65. Au regard des enjeux de l'affaire, du temps nécessaire pour la traiter et du montant maximal selon l'ORD, cette note d'honoraires n'appelle pas de remarques particulières et peut être reprise telle quelle pour la fixation des dépens. Ainsi, l'appelante doit être condamnée à verser CHF 8'427.65 (TTC) à l'intimé à titre d'indemnité de dépens.

La 2^e Chambre civile décide :

1. Il est constaté que la décision du 23 juin 2020 de la première instance est entrée en force dans la mesure où :
 - 1.1 Il n'a **pas été entré en matière** sur la demande dans la mesure où elle était dirigée contre C._____.
 - 1.2 E._____ a été **condamné** à verser CHF 10'000.00 (TTC) à C._____ à titre d'indemnité de dépens pour la procédure de première instance.
 2. L'appel déposé le 24 août 2020 par M^e B._____, pour A._____ SA, contre la décision du 23 juin 2020 du Tribunal régional Jura bernois-Seeland, Agence du Jura bernois est **rejeté**.
 3. Partant, A._____ SA est **condamnée** à verser au demandeur le montant de CHF 53'262.00 avec intérêt à 5% dès le 27 juin 2017.
 4. La résiliation du contrat d'assurance entre E._____ et A._____ SA datée du 8 août 2017 (relative à la police d'assurance n° 15.602.611) est **annulée**.
 5. Il n'est **pas perçu** de frais judiciaires pour la procédure de première instance.
 6. Il n'est **pas perçu** de frais judiciaire pour la procédure d'appel.
 7. A._____ SA est **condamnée** à verser CHF 10'000.00 (TTC) à E._____ à titre d'indemnité de dépens pour la procédure de première instance.
 8. A._____ SA est **condamnée** à verser CHF 8'427.65 (TTC) à E._____ à titre d'indemnité de dépens pour la procédure d'appel.
 9. A notifier :
 - à A._____ SA, par M^e B._____
 - à E._____, par M^e F._____
- A communiquer :
- à C._____, par M^e D._____
 - au Tribunal régional Jura bernois-Seeland, Agence Jura bernois.

Berne, le 8 décembre 2020

Au nom de la 2^e Chambre civile

Le Juge instructeur :

Geiser, Juge d'appel

La Greffière :

Saïd

Voies de recours :

(valeur litigieuse : supérieure à CHF 30'000.00)

Dans les 30 jours dès sa notification écrite, la présente décision peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral au sens des art. 39 ss, 72 ss et 90 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110). Les motifs du recours sont mentionnés aux art. 95 ss LTF.

Le recours en matière civile, motivé par écrit et signé, doit respecter les conditions de forme prescrites à l'art. 42 LTF et être adressé au Tribunal fédéral (Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14).

La qualité pour recourir en matière civile est régie par l'art. 76 LTF.