



**Du 9 mars 2007**

**Séance**

**du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye**

Président : M. Jean-Benoît Meuwly

Juges : M. Emery et Mme Sudan

Greffière : Mme Julie Voide



Statuant à huis clos en la cause (doss. n° 15 2005 31)

X., **Compagnie d'Assurances SA**, à Lausanne, demanderesse,  
représentée par Me Luke H. Gillon, avocat à Fribourg,

c/

A., à Lully, défendeur, assisté de Me Jean-Marie Favre, avocat à Fribourg,

**le Tribunal civil**

**r e n d s o n**

**J U G E M E N T**

**(rédaction)**

et trouve que la question à juger est celle de savoir

**si**

X., **Compagnie d'assurances SA** est en droit de conclure à ce qu'il soit dit et prononcé:

1. La demande est admise.
2. A. est condamné à restituer à la X., Compagnie d'assurances SA, la somme de Fr. 60'937.75 avec intérêt à 5% l'an dès le 22 juin 2004.
3. La mainlevée définitive de l'opposition formée par A. au commandement de payer n° 604'099 de l'Office des poursuites de la Broye est prononcée.
4. Les dépens sont mis à la charge de A.

**ou si**

A. est en droit de conclure à ce qu'il soit dit et prononcé:

1. Les conclusions en restitution formées par X., Compagnie d'assurances SA sont entièrement rejetées.
2. Reconventionnellement, X., Compagnie d'assurances SA est condamnée à verser à A. les indemnités conventionnelles prévues pour la période courant du 1<sup>er</sup> mai au 17 novembre 2004, faisant Fr. 17'955.30, avec intérêt à 5% l'an dès la date moyenne du 1<sup>er</sup> août 2004.
3. Les dépens de l'instance sont mis à la charge de la X., Compagnie d'assurances SA.

**VU**

- la demande du 29 juin 2005;
- les séances du 7 juillet 2006 et du 9 mars 2007;
- le dossier de la cause;

d'où il ressort,

**EN FAIT,**

1. Le 6 juillet 1999, A. \_\_\_\_\_ a conclu avec la X. \_\_\_\_\_, Compagnie d'assurances SA, un contrat d'assurance-maladie collective pour perte de salaire. Ce contrat remplaçait celui préexistant et est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000 pour une période de trois ans tacitement renouvelable (pce 2 bord. dem.).

Le contrat prévoyait que les allocations journalières seraient fixées sur la base d'un salaire assuré de Fr. 54'000.-. En outre, une réserve médicale a été émise pour toutes affections de la colonne vertébrale et de ses suites, de sorte que le salaire assuré déterminant s'élevait dans un tel cas de figure à Fr. 42'000.- (pce 3 bord. dem.).

2. Ensuite d'un lumbago chronique avec lésions dégénératives lombaires et discopathies, A. \_\_\_\_\_ a été mis au bénéfice d'une incapacité de travail de 80% à partir du 19 novembre 2002 et ce, pour une durée indéterminée (pce 4 bord. dem.).

Tenant compte de la réserve médicale et respectant le délai d'attente contractuel de 30 jours, X., \_\_\_\_\_ Compagnie d'assurances SA lui a versé un montant de Fr. 92.10 par jour dès le 19 décembre 2002 (pces 5, 11 à 25 bord. dem.)

3. Afin de suivre l'évolution du cas, X., \_\_\_\_\_ Compagnie d'assurances SA a procédé à un entretien approfondi avec A. \_\_\_\_\_ le 24 avril 2003 à son domicile, lors duquel elle n'a constaté aucune amélioration de la situation du défendeur, ce qui a été confirmé par le Dr E. \_\_\_\_\_ dans son rapport du 17 juillet 2003 (pce 6 bord. dem.). A la requête du médecin-conseil de la demanderesse, le Dr E. \_\_\_\_\_ a répondu le 6 novembre 2003 en indiquant qu'il lui était impossible en l'état de prévoir une éventuelle augmentation de la capacité de travail de A. \_\_\_\_\_. En outre, il a relevé différentes autres affections qui étaient venues s'ajouter au lumbago chronique initial,

soit des symptômes neurovégétatifs dont un syndrome de Raynaud, des polyarthralgies et des myalgies sans substrat biologique, accompagnés d'un syndrome de fatigue chronique (pce 7 bord. dem.).

4. L'évolution de la maladie de A. \_\_\_\_\_ étant jugée insatisfaisante, X. \_\_\_\_\_, Compagnie d'assurances SA a organisé un nouvel entretien avec son assuré le 30 janvier 2004. Suite à cet entretien, la demanderesse a mandaté une détective privée afin d'identifier l'activité réelle de A. \_\_\_\_\_ et de déterminer si celle-ci était en adéquation avec son incapacité de travail.
5. Suite aux deux rapports établis par la détective, en date du 25 mai 2004 et du 16 juin 2004 (pces 8 et 9 bord. dem.), X. \_\_\_\_\_, Compagnie d'assurances SA a décidé de résoudre le 23 juin 2004 le contrat d'assurance qui la liait à A. \_\_\_\_\_ et de réclamer la restitution des indemnités journalières payées ainsi que les notes d'honoraire du Dr E. \_\_\_\_\_ et de la détective (pce 10 bord. dem.).
6. Le 25 avril 2005, X. \_\_\_\_\_, Compagnie d'assurances SA a introduit une poursuite à l'encontre de A. \_\_\_\_\_, pour un montant de Fr. 80'000.- plus intérêt à 5% l'an dès le 25 avril 2005, poursuite à laquelle le défendeur a fait opposition en date du 2 juin 2005 (pces 34 et 35 bord. dem.).
7. Par mémoire du 29 juin 2005, X. \_\_\_\_\_, Compagnie d'assurances SA a ouvert une action en restitution à l'encontre de A. \_\_\_\_\_, formant les conclusions mentionnées au début du présent jugement (doss. jud. 1ss).
8. A. \_\_\_\_\_ a déposé sa réponse et une demande reconventionnelle le 1<sup>er</sup> décembre 2005 (doss. jud. 27ss).
9. Le 13 mars 2006, X. \_\_\_\_\_, Compagnie d'assurances SA s'est déterminé sur la demande reconventionnelle (doss. jud. 43ss).
10. Le 7 avril 2006, X. \_\_\_\_\_, Compagnie d'assurances SA a déposé un mémoire complémentaire (doss. jud. 54ss.).
11. A. \_\_\_\_\_ a répondu le 29 juin 2006 (doss. jud. 62ss).
12. Les parties, assistées de leur mandataire, ont comparu à la séance du Tribunal civil du 7 juillet 2006. Elles ont été interrogées. Ont également été entendus, en qualité de témoins, le Dr E., \_\_\_\_\_ médecin traitant du défendeur, et N., \_\_\_\_\_

employé de la demanderesse. Puis un délai expirant au 15 août 2006 a été imparti aux parties pour se déterminer sur la suite de la procédure (doss. jud. 76ss.)

13. Les parties se sont déterminées en date des 14 août et 4 septembre 2006 (doss. jud. 87ss et 91ss).
14. Les parties, assistées de leur mandataire, ont comparu à la séance du Tribunal de céans du 9 mars 2007. Les témoins O., détective privée engagée par la demanderesse, et P., organisateur des fêtes médiévales d'Estavayer-le-Lac, ainsi que les parties ont alors été entendus. La procédure probatoire a ensuite été close et les mandataires des parties ont plaidé (doss. jud. 104ss).

Délibérant sur ces faits et considérant

## EN DROIT

### I.

Le Tribunal de céans est compétent tant *ratione materiae* que *ratione loci* pour connaître de la présente cause, compte tenu de la valeur litigieuse et de l'élection de for (art. 143 LOJ ; ch. 26 des "conditions générales d'assurances de X., Compagnie d'assurances SA", faisant partie intégrante du contrat, qui renvoie à l'art. 3 LFors).

### II.

1.a. X., Compagnie d'assurances SA a conclu à ce que A. soit condamné à lui restituer la somme de Fr. 60'937.75 avec intérêt à 5% l'an dès le 22 juin 2004, soit les indemnités journalières qu'elle a versées au défendeur du 19 décembre 2002 au 30 avril 2004, par Fr. 45'957.90, les cinq notes d'honoraire du Dr E., par Fr. 265.85, et les deux notes d'honoraire de la détective O., par Fr. 14'714.-.

A l'appui de sa demande, elle allègue, dans son mémoire de demande du 29 juin 2005, les faits suivants. A l'occasion de l'entretien que N., collaborateur de la

demanderesse, a eu avec A. le 24 avril 2003, ce dernier a indiqué qu'il ne pouvait plus rien porter de lourd depuis 4 ou 5 ans et que, depuis le 19 décembre 2002, il ne travaillait plus du tout sur les chantiers et se limitait à faire du travail de bureau, ce qui ne représentait qu'un taux d'activité peu élevé. Le défendeur a précisé qu'il ne pouvait plus faire du sport, si ce n'est du vélo, qu'il se réveillait 10 à 20 fois par nuit et qu'il était ainsi tout le temps fatigué. Lors de l'entretien du 30 janvier 2004, A.

a affirmé qu'il suivait différents traitements, tels qu'une thérapie sous hypnose, une psychothérapie ou encore un traitement tibétain. Il a également révélé qu'il avait dix fois moins de force dans le bras qu'auparavant et qu'il conduisait désormais très peu sa voiture.

La demanderesse expose que A. a donné de fausses indications sur son état de santé en estimant son incapacité de travail à 80% et en indiquant qu'il se limitait à faire du travail de bureau. Selon elle, le défendeur effectuait en réalité des journées à 100%, dans le cadre d'une activité extérieure, étant occupé par des déplacements, des transports de matériel, des visites de chantier ou d'entreprises. Elle estime ainsi que A. a perçu indûment des prestations de son assurance perte de gain, dès lors que l'énergie qu'il déploie lors de ses activités ne correspond nullement aux informations qu'il lui a transmises.

Dans son mémoire complémentaire du 7 avril 2006, X., Compagnie d'assurances SA se réfère à la décision rendue le 28 mars 2006 par l'Office de l'assurance-invalidité du canton de Fribourg. Elle relève que dit office a refusé une rente d'invalidité au défendeur, estimant qu'il pouvait exercer une activité adaptée à plein temps, sans diminution de rendement, en retenant néanmoins une réduction de 10% au titre de désavantage salarial. Ainsi, en comparant le revenu annuel moyen réalisé avant l'atteinte à la santé et celui pouvant être réalisé après l'atteinte à la santé, le défendeur n'aurait subi aucune perte de gain.

- b. Pour sa part, A. allègue, dans sa réponse du 1<sup>er</sup> décembre 2005, qu'avant d'être atteint dans sa santé, il dirigeait activement son entreprise et travaillait sur les chantiers en qualité de menuisier, peintre ou pour la mise en place des parties électriques. Suite à sa maladie, il doit sous-traiter ces activités à ses collaborateurs et n'exerce plus qu'une activité résiduelle, à savoir la surveillance de chantiers, le contact avec les gens avec lesquels il travaille et le contact avec la clientèle. Il précise qu'il n'a pas d'incapacité au niveau de la conduite d'un véhicule, mais qu'il ne peut effectuer cette activité que sur de petits trajets et sur un temps limité. Il en va de même pour certains petits travaux, tels que porter des palettes vides et du matériel conditionné dans des cartons. Il ajoute qu'il lui est même conseillé, dans son état, de se déplacer car la

fibromyalgie dont il souffre nécessite de bouger et que la position statique est très pénible. En définitive, il estime que l'activité qu'il déploie est en accord avec les difficultés surgies suite à la maladie.

Dans son mémoire du 29 juin 2006, A. relève que le mode de calcul de l'AI pour déterminer les conséquences économiques d'une invalidité médicale n'est pas le même que celui de l'assurance perte de gain. Il fait valoir que le gain qu'il a réalisé comme indépendant en 2003, soit Fr. 23'935.-, est largement inférieur à celui de l'année 2002, où il avait pu obtenir 40'560.-. Il relève en outre que son revenu a à nouveau augmenté en 2004 car il a modifié l'organisation de son entreprise pour tenir compte de son atteinte à la santé, notamment en engageant un employé supplémentaire dès le 1<sup>er</sup> octobre 2004, dont la charge a consisté à effectuer les transports, plus précisément l'approvisionnement des chantiers.

2. Aux termes de l'art. 40 LCA, si l'ayant droit ou son représentant, dans le but d'induire l'assureur en erreur, dissimule ou déclare inexactement des faits qui auraient exclu ou restreint l'obligation de l'assureur, ou si, dans le but d'induire l'assureur en erreur, il ne fait pas ou fait tardivement les communications que lui impose l'article 39 de la présente loi, l'assureur n'est pas lié par le contrat envers l'ayant droit.

La prétention frauduleuse implique la réalisation simultanée d'une condition objective d'une part, soit, par exemple, des inexactitudes dans les déclarations sur le déroulement du sinistre ou sur la valeur du dommage, et d'une condition subjective d'autre part, soit d'inexactes déclarations faites consciemment et dans le but d'obtenir des prestations plus élevées (OLIVIER CARRE, Loi fédérale sur le contrat d'assurance annotée, Lausanne 2000, p. 296 et références citées). C'est à l'assureur de prouver l'existence d'une prétention frauduleuse. Il échoue dans sa preuve s'il n'établit pas l'inexactitude du renseignement de l'ayant droit susceptible d'influencer son obligation (ibidem, p. 299).

3. Pour que l'art. 40 LCA trouve application en l'espèce, il s'agit de déterminer, dans un premier temps, si les informations données par A. à X., Compagnie d'assurances SA sont inexactes, à savoir s'il se trouvait effectivement en incapacité de travail à 80%, respectivement à 70% durant la période litigieuse. Le cas échéant, il y a lieu encore d'examiner la condition subjective de l'article précité, c'est-à-dire si les indications inexactes ont été faites consciemment et dans le but d'obtenir des prestations plus élevées.

- a. En l'espèce, les informations données par A. à la demanderesse au sujet de son état de santé ressortent, d'une part, des rapports médicaux établis par le Dr E. et, d'autre part, de ses déclarations faites à X., Compagnie d'assurances SA lors de ses entretiens avec N.

S'agissant des rapports médicaux du Dr E., celui-ci atteste, le 28 janvier 2003, une incapacité de travail de A. de 80% dès le 19 novembre 2002 pour une durée indéterminée, en raison d'un lumbago chronique avec lésions dégénératives lombaires et discopathies (pce 4 bord. dem.). Selon le deuxième rapport, du 17 juillet 2003, l'évolution du cas est insatisfaisante et au premier diagnostic s'est ajoutée une dépression réactionnelle (pce 6 bord. dem.). Dans son courrier du 6 novembre 2003 adressé au médecin conseil de X., Compagnie d'assurances SA, le Dr E. écrit: *"Aux lombalgies chroniques se sont ajoutés des symptômes neurovégétatifs dont un syndrome de Raynaud, des polyarthralgies et des myalgies sans substrat biologique, accompagnés d'un syndrome de fatigue chronique. Le Dr F. a été consulté et a trouvé en outre un syndrome du canal carpien bilatéral [...]. Cet ensemble s'accompagne d'un état dépressif à mettre en relation avec les douleurs et une succession de conflits professionnels graves. Les nombreuses thérapies engagées jusqu'à maintenant ont tout au plus permis de stabiliser la situation mais non de l'améliorer"* (pce 7 bord. dem.). Enfin, par certificat médical du 24 juillet 2006, le Dr E. atteste que le défendeur a vu sa capacité de travail réduite à 20% du 1<sup>er</sup> mai 2004 au 30 septembre 2004 puis à 30% jusqu'au 31 juillet 2005, pour cause de maladie (certificat médical du 24 juillet 2006).

A la séance du 7 juillet 2006, le Dr E. a déclaré que, lorsque A. était en incapacité de travail à 80%, il était pratiquement dans l'impossibilité de travailler. Il a précisé que, pratiquement, il pouvait tout faire, mais après deux heures de travail, il aurait dû récupérer pendant des jours. Les 20% lui permettaient ainsi de poursuivre la gestion de son entreprise. Il a expliqué que, même s'il avait attesté des incapacités de travail pour cause de lombalgie chronique, le défendeur souffrait en réalité de fibromyalgie et d'un syndrome du tunnel carpien bilatéral. Il n'a pas informé la demanderesse de ce diagnostic car il était difficile à porter et faisait penser à une invalidité, dès lors qu'il s'agissait d'une maladie récente dans sa reconnaissance. Toutefois, dans sa lettre du 6 novembre 2003 adressée au Dr G., il a évoqué, en le paraphrasant, le diagnostic de fibromyalgie qui, selon lui, est plus déterminant que la désignation de la maladie (doss. jud. 83s.).

Dans le rapport rempli par A. le 20 avril 2004 à l'attention de X., Compagnie d'assurances SA, à la question de savoir *"Dans quelle mesure*

*exercez-vous actuellement votre activité habituelle (=profession pratiquée avant le début de l'incapacité de gain)?"*, le défendeur a répondu *"à 20% depuis le 4 mars 2003"*. A la question de savoir *"Si votre taux d'incapacité n'est pas de 100%, précisez ce que vous faites pour occuper la différence"*, A. a répondu *"bureau"* (Rapport de l'assuré concernant son incapacité de gain ou de travail actuelle, p. 1, ). Il a également précisé qu'il ne pouvait plus exécuter des travaux de chantier et que la répercussion sur son travail journalier consistait en une réduction de 6 à 7 heures par jour (ibidem, p. 2). S'agissant de ses déplacements, A. a répondu qu'il pouvait conduire une voiture normalement, pour une durée de 1 à 2 heures (ibidem, p. 3). Au sujet de sa situation économique, le défendeur a indiqué qu'il subissait une perte financière de 30-40% dans la mesure où son travail était principalement sur des chantiers et non pas au bureau (ibidem, p. 3). Enfin, il a mentionné qu'il faisait encore un peu de vélo *"quand j'ai pas trop mal aux articulations"* et du théâtre avec l'Aire libre, à Estavayer-le-Lac (ibidem, p. 3).

Il ressort de l'audition de N. ainsi que de ses notes personnelles des rencontres avec son assuré que, lors de l'entretien du 24 avril 2003, A. lui a affirmé qu'il travaillait en association avec 4 autres indépendants dans la rénovation de bâtiments (petite menuiserie, peinture, préparation électrique, approvisionnement des chantiers en marchandises), mais qu'il ne pouvait plus rien porter de lourd et que, depuis novembre 2002, il ne travaillait plus sur les chantiers et se limitait à faire du bureau. Il lui aurait en outre déclaré que, avant sa maladie, il faisait beaucoup de sport, notamment du vélo, de la marche, de la course à pied, de la natation et de l'ULM, alors que, vu son état de santé actuel, il ne pratiquait plus qu'un peu de vélo (notes personnelles de N. du 24 avril 2003). A l'entretien du 29 janvier 2004, A. a déclaré que, par rapport à avant, il avait dix fois moins de force dans les bras. Il a en outre affirmé qu'il faisait un peu de sport, mais que *"s'il a le malheur de forcer un peu, il le repaye violemment le lendemain"*. S'agissant de ses trajets en voiture, il a dit qu'il conduisait toujours sa voiture, mais très peu (notes personnelles de N. du 30 janvier 2004).

- b. Tout d'abord, le Tribunal de céans rappelle que, selon la jurisprudence en matière du droit du travail, applicable en l'espèce, si la force probante d'un certificat médical n'est pas absolue, la mise en doute de sa véracité suppose néanmoins des raisons sérieuses. Les tribunaux n'hésitent ainsi pas à rejeter un certificat médical lorsque les circonstances le font apparaître comme le fruit d'une tromperie du salarié, de son médecin ou d'une complaisance de celui-ci envers celui-là (Commentaire romand, Code des obligations I, n. 16s ad art. 324a CO).

En l'espèce, le Dr E. a établi plusieurs certificats médicaux attestant de l'incapacité de travail de E. Il a précisé son diagnostic dans son courrier du 6 novembre 2003 adressé au médecin conseil de X., Compagnie d'assurances SA, le Dr G. Celui-ci n'a pas réagi à ce courrier. Il n'a notamment pas pris d'autre contact afin d'obtenir des éclaircissements sur la situation médicale de A. (doss. jud. 84). A la séance du 7 juillet 2006, K. a déclaré que le dossier du défendeur avait été soumis au Dr G. qui, sur la base des rapports d'entretiens et des attestations du Dr E., a estimé que le versement des indemnités pouvaient être poursuivi et n'a pas conseillé la mise en œuvre d'une expertise médicale (doss. jud. 79).

Quant au rapport d'expertise interdisciplinaire du Centre d'expertise médicale, à Genève, établi le 18 novembre 2005 sur demande de l'assurance-invalidité, il expose que "A. présente *premièrement des lombalgies chroniques modérées en relation avec des troubles dégénératifs étagés de la colonne lombaire [...] [qui] justifie une diminution de toute activité comprenant le port de charges lourdes ou de position contraignante pour le dos. Toutefois, dans une activité légère, A. est relativement peu gêné*" (rapport, p. 9 et 10, pce 3 bord. déf.). Au chapitre du diagnostic, le chiffre A.4 de l'expertise mentionne une "*discopathie L3-S1 dégénérative*" et des "*troubles dégénératifs des articulations sacro-iliaques*" ayant une répercussion sur la capacité de travail, ainsi qu'un "*syndrome douloureux somatoforme persistant*", une "*discopathie C5-C6*" et un "*probable épisode dépressif léger et syndrome de fibromyalgie au décours en 2004*" sans répercussion sur la capacité de travail (ibidem, p. 13, pce 3 bord. déf.). L'expert conclut en constatant que "*autant au niveau cervical que lombaire, la présence de troubles dégénératifs qui expliquent l'intolérance aux efforts physiques répétés. Au-delà de ces douleurs expliquées par des atteintes somatiques, il existe des douleurs qui, à l'époque, ont fait évoquer un syndrome de fibromyalgie. Ce diagnostic ne peut être posé aujourd'hui et en l'absence d'une atteinte psychique, nous retenons un syndrome somatoforme. Actuellement, l'importance des troubles dégénératifs rachidiens (cf. radiographies) justifie une limitation des travaux comprenant le port de charges lourdes, sollicitant le rachis lombaire en force, en particulier comme le métier de manœuvre en bâtiments qu'il effectuait avant 2002 dans son entreprise. Nous sanctionnons les dires de l'assuré qui rapporte qu'il est capable de travailler, de faire les tâches mais sans endurance en raison d'une aggravation des douleurs suite à l'effort. Nous considérons que dans son activité antérieure il y a une limitation de sa capacité de travail*" (ibidem, p. 14, pce 3 bord. déf.).

S'agissant du diagnostic, le Tribunal de céans constate que celui de "fibromyalgie" fait l'objet d'une controverse dans la communauté médicale. Cependant, le Tribunal fédéral a estimé qu'il n'est pas nécessaire de prendre position sur cette controverse. D'une part, il n'appartient pas au juge de remettre en cause le diagnostic posé par un médecin, quel que soit le courant médical dont il se réclame; est seul décisif que le diagnostic s'appuie légitimement sur les critères d'un système de classification reconnu. D'autre part, ce qui importe pour juger du droit aux prestations d'un assuré, c'est la répercussion de l'atteinte à la santé diagnostiquée sur la capacité de travail. Le débat médical relatif à la dénomination diagnostique la mieux appropriée pour décrire l'état de souffrance du patient se révèle dans ce contexte plutôt secondaire (ATF 132 V 65, consid. 3.4.).

Au vu de ce qui précède, il n'y a pas de motif de mettre en doute le diagnostic du Dr E. D'une part, celui-ci n'a pas été remis en question par le médecin-conseil de la demanderesse. D'autre part, le Centre d'expertise médicale a confirmé les constatations médicales du Dr E. Comme il vient d'être exposé, le seul fait que l'expert parle de "syndrome somatoforme" ne permet pas de douter de l'état de santé tel qu'il avait été diagnostiqué dans les certificats médicaux transmis à X., Compagnie d'assurances SA.

- c. Il convient dès lors d'examiner si et dans quelle mesure l'atteinte à la santé constatée a des conséquences sur la capacité de travail de A.

Du rapport d'enquête établi le 25 mai 2004 par la détective O., il ressort que A. quitte régulièrement son domicile, entre 07.00 heures et 07.30 heures. Il a notamment été vu à plusieurs reprises sur un chantier sis à Châbles. Il s'est également rendu dans un bureau de géologie à Payerne, au garage du Rallye à Payerne, au commerce Lapeyre à Yverdon-les-Bains et dans une entreprise de ferblanterie-sanitaire à Châbles. A une reprise, il a été vu en train de porter une palette vide et d'aider un employé de Lapeyre à charger des cartons dans son véhicule (pce 8 bord. dem.).

Le deuxième rapport établi par la détective le 16 juin 2004 indique que, durant la période du 4, 7 et 8 juin 2004, le défendeur a quitté son domicile en début de matinée et a pris son véhicule pour se rendre à divers endroits. Il a notamment été vu dans la zone industrielle d'Estavayer-le-Lac, à l'entreprise Q. SA, chez S. à Payerne, en zone industrielle de Payerne et au chantier sis à Châbles. Le 7 juin 2004, A. a été vu en train de charger du matériel sur une remorque accrochée à son véhicule, matériel qu'il a partiellement déchargé devant une ferme à Lully. Dans l'après-midi, il a déchargé du matériel de son véhicule en faisant plusieurs voyages pour

emmener les objets dans le bâtiment qui abrite Q. SA. Le 8 juin 2005, le défendeur a été vu en train de décharger devant le même bâtiment un paquet qui "*paraît assez lourd*" (pce 9 bord. dem.).

A la séance du 9 mars 2007, O., a affirmé qu'elle avait vu le défendeur se rendre sur des chantiers et transporter du matériel. Elle a dit ne pas l'avoir vu travailler. Elle n'a pas pu se prononcer sur le poids des objets transportés par A. S'agissant des trajets effectués en voiture, elle a déclaré qu'ils étaient limités à la région, parfois de 5 ou de 15 minutes, mais jamais de  $\frac{3}{4}$  d'heure. Elle a ajouté qu'il avait une activité, se déplaçant en voiture, allant de gauche à droite, mais qu'elle ne l'avait jamais vu une pelle à la main, ni le dos bloqué. Enfin, elle a dit qu'elle ne pouvait pas se prononcer sur la question de savoir s'il avait des difficultés de s'asseoir au volant et de sortir du véhicule (doss. jud. 105).

Sur les deux cassettes vidéo filmées par la détective, on peut apercevoir A. effectuer des déplacements en voiture, discuter avec différentes personnes, se rendre sur des chantiers et décharger du matériel de sa voiture, comme cela a été indiqué dans les rapports susmentionnés (cassettes vidéo produites par la demanderesse).

A l'audience du 7 juillet 2006, K. a affirmé que, lors des fêtes médiévales qui se déroulaient à Estavayer-le-Lac en juillet 2004, il a pu observer, en qualité de spectateur, que le défendeur effectuait "*toutes sortes de cabrioles (gestes rapides, accroupi et debout). Il bougeait sans arrêt*" (doss. jud. 79). Interrogé en qualité de témoin, P., organisateur des fêtes médiévales, a déclaré lors de cette séance que A. travaillait dans l'organisation de leurs spectacles, notamment en leur prêtant du matériel, mais qu'il ne pouvait rien porter. Il a précisé que, aux médiévales 2004, le défendeur tenait un petit rôle muet, dans une pièce durant entre 25 et 30 minutes et qu'il n'avait pas été amené à faire des pirouettes, ni des cabrioles durant le spectacle (doss. jud. 105s.). A ce sujet, A. a déclaré que, durant le spectacle, il a notamment mimé une marionnette, est descendu des escaliers en glissant sur la barrière, puis a couru une dizaine de mètres en serpentant entre les spectateurs (doss. jud. 106).

Le Tribunal de céans constate que les activités que A. exerçait durant son incapacité de travail ne se trouvent nullement en contradiction avec les informations transmises à X., Compagnie d'assurances SA et le rapport de l'expertise interdisciplinaire. En effet, sur les cassettes vidéo filmées par la détective, on peut voir le défendeur en train de discuter avec des personnes, effectuer des trajets en

voiture et charger/décharger des objets de son véhicule. Au vu des séquences filmées, rien ne permet de dire que A. se livrait à des activités de chantier tels que menuiserie, peinture ou préparation électrique, comme il le faisait avant sa maladie. Par ailleurs, la détective O. a confirmé à la séance du 9 mars 2007 que, durant toute la période d'observation, elle n'avait pas vu le défendeur "*travailler*" ou "*une pelle à la main*" (doss. jud. 105). Ainsi, il convient de retenir que, conformément à ses déclarations, A. n'exerçait pas d'activité de chantier durant son incapacité de travail.

S'agissant des objets que A. a chargé/déchargé de son véhicule, le Tribunal de céans constate qu'il s'agit principalement de petits objets ou cartons. A ce sujet, le défendeur a déclaré que lesdits objets pesaient entre 3 et 7 kg. A la visualisation des cassettes vidéo, ses affirmations paraissent exactes. Les objets et cartons dont il s'agit ne semblent effectivement pas peser plus lourd que le poids indiqué par A. et la demanderesse n'en a pas établi le contraire. A cela s'ajoute que, pendant toute la période d'observation, soit 10 jours au total, le défendeur a été vu qu'à cinq reprises charger ou décharger du matériel de sa voiture et ce, pendant quelques minutes seulement. Il s'agit donc là plutôt d'une activité ponctuelle et non de la livraison régulière de matériaux sur des chantiers. Au vu de ce qui précède, le défendeur n'a pas fait de fausses déclarations lorsqu'il a affirmé à la demanderesse qu'il ne portait plus rien de lourd.

En ce qui concerne les trajets effectués en voiture, A. a déclaré à X., Compagnie d'assurances SA qu'il pouvait conduire sa voiture normalement, pour une durée de 1 à 2 heures. Lors de son deuxième entretien avec N., il a affirmé qu'il conduisait très peu sa voiture. Il ressort du rapport établi par O. et de son audition du 9 mars 2007 que les trajets effectués par le défendeur se sont limités à une durée de 5 à 15 minutes par trajet, dans la région. Il n'ont jamais été de  $\frac{3}{4}$  d'heure (doss. jud. 105). Le nombre de déplacements du défendeur n'excède donc en rien ce qu'il a déclaré à la demanderesse.

Quant au spectacle auquel A. a participé à l'occasion des fêtes médiévales, le Tribunal de céans constate qu'il s'agissait là d'une activité unique. D'abord, il n'y a eu qu'une seule représentation de cette pièce, qui a duré entre 25 et 30 minutes. A. n'y tenait qu'un petit rôle et n'était donc pas continuellement sur scène. Par ailleurs, le défendeur était tout à fait en mesure de participer au spectacle et effectuer les gestes et déplacements susmentionnés sur une courte durée. En effet, le Dr E. a précisé à la séance du 7 juillet 2006 que la capacité physique de A. était maintenue, mais qu'il devait la modérer dans le temps. Il lui était ainsi

possible de tout faire, pratiquement, mais cela engendrait des douleurs et courbatures pendant plusieurs jours (doss. jud. 83). Le rapport du Centre d'expertise médicale indique également que A. était capable de faire certaines tâches, mais sans endurance en raison d'une aggravation des douleurs suite à l'effort (rapport du Centre d'expertise médicale du 18 novembre 2005, p. 14, pce 3 bord. déf.). Au demeurant, le défendeur avait déclaré à l'entretien du 29 janvier 2004 qu'il faisait un peu de sport, notamment du vélo, mais qu'il le repayait violemment le lendemain s'il forçait un peu (notes personnelles de N. du 30 janvier 2004). Il avait également indiqué dans son rapport du 20 novembre 2004 qu'il participait à des activités sociales en précisant "*théâtre Aire libre à Estavayer-le-Lac*" (Rapport de l'assuré du 20 novembre 2004, p. 3). Par conséquent, sa participation au spectacle ne se trouve donc ni en contradiction avec ses affirmations faites à X., Compagnie d'assurances SA, ni avec son état de santé tel qu'il avait été établi par le Dr E. et le Centre d'expertise médicale.

- d. Enfin, le fait que l'Office AI a refusé d'accorder une rente invalidité au défendeur ne permet pas de remettre en question son incapacité de travail médicalement constatée. En effet, la décision de refus, rendue le 28 mars 2006, ne renseigne en rien sur l'état de santé de A. durant la période litigieuse. Pour fonder sa décision, l'Office AI s'est borné à constater que, malgré son atteinte à la santé, le défendeur était en mesure d'obtenir un revenu annuel moyen de Fr. 41'131.90 pour les années 2003, 2004 et 2005 et que, par conséquent, il ne subissait aucune perte de gain (pce 5 bord. déf.). Or, il ressort de l'enquête économique pour les indépendants de l'Office de l'assurance-invalidité du 26 novembre 2004 que les résultats de l'entreprise de A. ont sensiblement diminué suite à l'atteinte à sa santé. Le défendeur a en effet limité son activité à des tâches n'exigeant pas un effort physique particulier, tels que la direction de l'entreprise, les travaux administratifs, la prospection et les contacts avec la clientèle, la surveillance de chantiers et la coordination, les devis et les soumissions ainsi que les mesurages et plans. Ces activités représentent précisément un taux de 20% dans le cadre de son entreprise, alors que les travaux de chantiers, de pose, de menuiserie, de peintre et de maçonnerie ainsi que les transports et approvisionnements de chantiers représentent un taux de 80% (enquête économique pour les indépendants du 26 novembre 2004, p. 6, pce 4 bord. déf.). En 2003, les résultats de l'entreprise ont ainsi considérablement baissé par rapport à l'année précédente, soit de Fr. 40'560.- en 2002 à Fr. 23'935.- en 2003 (ibidem, p. 5, pce 4 bord. déf.). L'atteinte à la santé de A.

a donc incontestablement eu des conséquences économiques importantes sur les résultats de son entreprise. Certes, en 2004, il pu augmenter son revenu à Fr. 41'525.-. Néanmoins, il affirme qu'il continuait à subir la même perte de gain pendant cette période, l'amélioration intervenue étant le résultat de mesures conjoncturelles

prises en automne 2004 seulement, notamment l'engagement de personnel supplémentaire à partir d'octobre 2004 (doss. jud. 68 et 81). La demanderesse n'en a pas établi le contraire.

En outre, la demanderesse se trompe lorsqu'elle se fonde sur le refus de rente AI pour conclure à la capacité de travail de son assuré, dans la mesure où l'octroi d'indemnités journalières et d'une rente AI reposent sur des bases différentes. En effet, alors que les indemnités perte de gain de l'assurance privée nécessitent la constatation médicale d'une incapacité de travail pour être versées, la reconnaissance d'une rente de l'assurance-invalidité se fonde sur les répercussions économiques, établies en pourcentage, d'une incapacité de travail avérée, par comparaison des revenus effectifs ou exigibles avant et après cette incapacité.

En définitive, le Tribunal de céans retient que A. n'a pas fait de fausses déclarations à X., Compagnie d'assurances SA. Les activités qu'il exerçait durant son incapacité de travail, à savoir les rencontres de clients et d'autres indépendants, les visites de chantiers et les déplacements en voiture y relatifs constituent effectivement une activité administrative. Le fait qu'il ait chargé ou déchargé, ponctuellement, quelques objets de son véhicule dont le poids peut être qualifié de "léger" n'y change rien. Il en est de même de sa participation au spectacle des fêtes médiévales qui, dans la mesure où elle est restée unique, ne se trouve pas en contradiction avec son état de santé. Au demeurant, la procédure a permis d'établir que le défendeur a effectivement subi une perte de gain importante durant la période de son incapacité de travail.

Les conditions de l'art. 40 LCA n'étant manifestement pas remplies en l'espèce, la demande de X., Compagnie d'assurances SA est rejetée.

### III.

1. Reconventionnellement, le défendeur a conclu à ce que X., Compagnie d'assurances SA soit astreinte à lui verser les indemnités conventionnelles prévues pour la période courant du 1<sup>er</sup> mai au 17 novembre 2004, faisant Fr. 17'955.30 avec intérêt à 5% dès la date moyenne du 1<sup>er</sup> août 2004. A l'appui de ses conclusions, il allègue que la demanderesse a cessé de verser les indemnités dues depuis le 1<sup>er</sup> mai 2004 jusqu'au 25 novembre 2004. Selon le calcul du défendeur, X.,

Compagnie d'assurances SA lui doit ainsi Fr. 14'091.30 (153 jours x Fr. 92.-) pour la période du 1<sup>er</sup> mai 2004 au 30 septembre 2004 (taux d'incapacité à 80%) et Fr. 3'864.- (48 jours x Fr. 80.50) pour la période du 1<sup>er</sup> octobre 2004 au 17 novembre 2004 (taux d'incapacité à 70%).

Dans sa détermination du 4 septembre 2006, X., Compagnie d'assurances SA conteste que A. a droit au solde des indemnités journalières, tout en ajoutant que, si ce droit devait être admis par l'autorité, le calcul du demandeur serait juste et c'est effectivement un solde de 201 jours qui devrait être indemnisé au défendeur (détermination du 4 septembre 2006, ad. 2.2., ad. 3.3, ad. 3.4. et ad. 3.5).

2. En l'espèce, il a été constaté ci-avant que A. se trouvait en incapacité de travail à raison de 80% jusqu'au 30 septembre 2004 et à raison de 70% dès le 1<sup>er</sup> octobre 2004. Selon le contrat passé avec la demanderesse, celle-ci doit lui verser les indemnités journalières pour 730 jours (ch. 9 des conditions générales d'assurance, pce 1 bord. dem.). Il ressort des preuves administrées que X., Compagnie d'assurances SA a effectué les versements pour la période du 12 décembre 2002 au 30 avril 2004, à raison de 529 jours au total (499 jours + délai d'attente de 30 jours). Ainsi, un solde de 201 jours reste à indemniser pour la période du 1<sup>er</sup> mai 2004 au 17 novembre 2004.

X., Compagnie d'assurances SA ayant admis le calcul effectué par A., la demande reconventionnelle est admise. Partant, la demanderesse est astreinte à verser au défendeur le montant réclamé de Fr. 17'955.30 au titre des indemnités conventionnelles prévues pour la période courant du 1<sup>er</sup> mai au 17 novembre 2004, avec intérêt à 5% l'an dès la date moyenne du 1<sup>er</sup> août 2004.

#### IV.

En application de l'art. 111 CPC, les dépens sont mis à la charge de X., Compagnie d'assurances SA qui succombe.

Les frais de justice dus à l'Etat, par Fr. 3'000.- (émoluments: Fr. 2'180.-; débours: Fr. 820.-), sont mis à la charge de X., Compagnie d'assurances SA, et seront acquittés par chacune des parties à raison de la moitié, par prélèvement sur son avance de frais.

**Par ces motifs,**

**le Tribunal civil**

**prononce :**

1. La demande introduite le 29 juin 2005 par X.,  
Compagnie d'assurances SA, est rejetée.

2. La demande reconventionnelle de A. est admise.

Partant, X., Compagnie d'assurances SA, est  
condamnée à verser à A. les indemnités conventionnelles prévues  
pour la période courant du 1<sup>er</sup> mai au 17 novembre 2004, savoir Fr. 17'955.30 avec  
intérêt à 5% dès la date moyenne du 1<sup>er</sup> août 2004.

3. Les dépens sont mis à la charge de X., Compagnie  
d'assurances SA.

Les frais de justice dus à l'Etat, par Fr. 3'000.- (émoluments: Fr. 2'180.-; débours:  
Fr. 820.-), sont mis à la charge de X., Compagnie  
d'assurances SA, et seront acquittés par chacune des parties à raison de la  
moitié, par prélèvement sur son avance de frais.

Estavayer-le-Lac, le 9 mars 2007

La Greffière:

Le Président:

---

*Le présent jugement est communiqué, par acte judiciaire, aux parties, par l'intermédiaire de leur mandataire.*