

C1 07 152

**JUGEMENT DU 28 MAI 2009**

**LA JUGE DE LA COUR CIVILE II**

Françoise Balmer Fitoussi, assistée de Claude Métral, greffier.

**dans la cause**

**A.**, à \_\_\_\_\_, demandeur et défendeur en reconvention, représenté par M<sup>e</sup> Stéphane Riand

**contre**

**X. Assurances**, de siège social à \_\_\_\_\_, défenderesse et demanderesse en reconvention, représentée par M<sup>e</sup> Danielle Preti.

(contrat d'assurance)

## PROCEDURE

A. Par mémoire-demande du 26 janvier 2006, A. a ouvert action contre X. Assurances devant la juge des districts d'Hérens et Conthey, en prenant les conclusions suivantes :

1. La demande est admise.
2. X. Assurances est reconnue être débitrice en faveur de A. d'une somme de Fr. 24'081.67 avec intérêt moratoire de 5 % dès le 15 mai 2005.
3. Les frais et dépens sont mis à la charge de X. Assurances.

Au terme de son mémoire-réponse du 15 mai 2006, X. Assurances a conclu :

1. La demande est rejetée.
2. Reconventionnellement, A. paiera à X. Assurances la somme de 11'097 fr. plus intérêts à 5 % dès le 31 mars 2006.
3. Les frais de la demande principale et de la demande reconventionnelle ainsi qu'une équitable indemnité pour les dépens de X. Assurances sont mis à la charge de A..

A. a répliqué par écriture du 13 juin 2006; il a maintenu les conclusions formulées dans sa demande et conclu au rejet des prétentions reconventionnelles, sous suite de frais et dépens.

A l'issue de son mémoire-duplique du 29 juin 2006, X. Assurances a confirmé ses conclusions.

B. Le débat préliminaire s'est tenu le 14 septembre 2006. L'instruction a consisté en l'audition de cinq témoins, l'interrogatoire de A., le dépôt de pièces dont les dossiers concernant A. constitués par l'office cantonal de l'assurance-invalidité (l'Office AI) et par X. Assurances; la D<sup>resse</sup> B., spécialiste FMH en chirurgie de la main et orthopédie, à qui la juge de district a confié un mandat d'expertise, a rendu son rapport le 27 juin 2007.

L'instruction close, la magistrate a, le 18 octobre 2007, transmis les actes de la cause au Tribunal cantonal pour jugement.

C. Par écriture du 11 décembre 2008, la défenderesse et demanderesse en reconvention a déposé un mémoire-conclusions au terme duquel elle a maintenu ses précédentes conclusions.

Le 14 décembre 2008, le demandeur et défendeur en reconvention a informé la juge de céans qu'il ne participerait pas au débat final et qu'il n'y serait pas représenté. Il s'est référé à ses conclusions et déclarations antérieures ainsi qu'au contenu de son mémoire-demande.

Lors du débat final tenu le 16 décembre 2008, X. Assurances a confirmé les conclusions prises.

## **SUR QUOI LA JUGE**

### **I. Statuant en faits**

1. a) Né le 16 novembre 1953, A. est titulaire d'un CFC de décorateur d'intérieur. Dès 1987, il a exploité à \_\_\_\_\_, comme indépendant, une entreprise en raison individuelle, active dans la décoration d'intérieur. Entre 1993 et 1995, il a également géré la société anonyme "\_\_\_\_\_".

b) Le 10 mars 1992, A. a conclu avec Y. Assurances une "assurance indemnité journalière pour entreprise". En 1996, il a présenté des cervico-brachialgies gauches sur hernie discale C5-C6 avec un syndrome radiculaire rebelle aux traitements conservateurs. Il était alors suivi par le D<sup>r</sup> C., spécialiste FMH en orthopédie et en chirurgie orthopédique. Cette affection a provoqué, dès le 22 juillet 1996, une incapacité de travail à raison alternativement de 100 % et de 50 %. Y. Assurances lui a versé des indemnités journalières durant 716 jours; son droit aux prestations a été épuisé le 21 juillet 1998.

c) Le 28 août 1997, A. a déposé une demande de prestations auprès de l'Office AI en raison d'une hernie discale cervicale et d'une gonarthrose modérée bilatérale. Le D<sup>r</sup> C. a informé Y. Assurances de cette démarche par courrier du 5 novembre 1997.

aa) Le 2 décembre 1998, l'Office AI a reconnu le droit de A. à une rente avec effet au 22 juillet 1997. Cette autorité a constaté que, sans atteinte à sa santé, A. serait occupé dans son entreprise de décoration d'intérieur à raison de 50 % pour des tâches administratives et de surveillance des travaux (devis, paiements, salaires, charges sociales etc.) et à raison de 50 % pour des travaux pratiques (pose de rideaux, tentures murales, tapis). Elle a relevé que sa capacité de travail était totale pour les tâches administratives et la surveillance, mais qu'elle était nulle pour les travaux pratiques. L'Office AI a par ailleurs indiqué que, dans une activité légère adaptée, telle que conseiller de vente dans une entreprise de décoration et/ou d'ameublement, la capacité de travail de A. demeurait entière. L'assuré, qui préférait poursuivre son activité dans son entreprise, a refusé tout reclassement professionnel. L'Office AI a dès lors comparé le gain qu'il pourrait obtenir par l'exercice d'une activité de conseiller de vente dans une maison de décoration et/ou d'ameublement à son revenu hypothétique et a ainsi arrêté le taux d'invalidité à 40 %.

En 1995, A. occupait un tapissier-décorateur – ayant bénéficié, par période de prestations de l'assurance-chômage – et sous-traitait à une courtepointière les travaux de confection de rideaux.

bb) L'Office AI a procédé à une révision du droit à la rente en 2000. Elle a requis un rapport du D<sup>r</sup> D., spécialiste FMH en orthopédie et nouveau médecin traitant de A. Ce spécialiste a posé, le 14 décembre 2000, le diagnostic d'hernie discale latérale gauche C5-C6 avec conflit radiculaire. Il a constaté que, sous cet angle, l'atteinte à la santé était irréversible, mais stabilisée. Pour le reste, il a attesté du bon état de santé de A. Le D<sup>r</sup> D. a relevé que la capacité de travail du demandeur restait nulle pour les travaux pratiques, mais qu'elle était par contre entière pour les tâches administratives et de surveillance, en sorte que son incapacité de travail demeurait à un taux de 50 %. A l'enquêteur de l'AI - qui a déposé son rapport le 6 avril 2001 -, A. a expliqué qu'il ne lui était plus possible du tout d'effectuer des travaux pratiques et qu'il devait toujours se limiter à d'autres tâches. Il a indiqué employer une courtepointière pour la confection de rideaux. Dès lors qu'il s'agissait là d'une activité pour laquelle il n'avait lui-même pas de formation, il devait de toute façon compter avec cette charge salariale. Le rapport d'enquête mentionne encore qu'il n'avait pas engagé de personnel pour les travaux administratifs - dont il s'occupait lui-même ou qu'il confiait à sa fiduciaire -; depuis 1999, il n'avait plus recours, pour tout ce qui concernait les travaux pratiques, qu'à des sous-traitants qu'il instruisait. Le 13 juin 2001, l'Office AI a informé A. que le degré d'invalidité, fixé à 44 %, n'avait pas changé au point d'influencer son droit à la rente. Cette invalidité

a été fixée en comparant les revenus effectivement réalisés avec celui qui aurait été obtenu sans atteinte à la santé.

cc) En 2003, l'Office AI a à nouveau procédé à un examen du degré d'invalidité de A. Le 17 juin 2003, celui-ci a indiqué qu'il n'avait pas fait l'objet d'un changement professionnel pour raison de santé. Dans son rapport du 10 juillet 2003, le D<sup>r</sup> D. a confirmé son précédent diagnostic et relevé que la situation était superposable à celle décrite dans son rapport du 14 décembre 2000. Dans sa communication à A. du 26 septembre 2003, l'Office AI a constaté que le taux d'invalidité n'avait pas changé.

2. a) Le 14 septembre 2001, un nouveau contrat d'assurance maladie collective d'indemnités journalières a été passé entre Y. Assurances et A. pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2002 au 31 décembre 2004. Les conditions générales pour l'assurance maladie collective (CGA) et les conditions générales complémentaires pour l'indemnité journalière de maladie (CGC) étaient intégrées au contrat qui, à une date inconnue, a été repris par X. Assurances.

Auparavant, dans la proposition d'assurance du 19 juin 2001, A. a indiqué, sous la rubrique "genre d'entreprise/profession" à assurer : "Atelier de décoration". Il a requis la couverture de "toute l'entreprise", soit d'une employée à 50 % et de lui-même en qualité de chef d'entreprise. A teneur de la police d'assurance, A. était personnellement assuré en qualité de chef d'entreprise pour un gain annuel fixe de 60'000 francs. L'assurance lui garantissait, en cas de maladie et d'accident, le versement d'indemnités journalières de 100 % du gain journalier fixe, après un délai d'attente de 14 jours et durant une période de 730 jours, alors que le personnel était assuré à 80 % du gain journalier calculé en fonction du salaire effectif, après les mêmes délais d'attente et durant la même période. La prime annuelle s'élevait à 3'424 fr. 60 (soit pour le personnel assuré 16.49 pour mille de la somme de salaires hommes et 21.44 pour mille de la somme de salaires femmes, et pour A. 33.85 pour mille du gain annuel fixe).

L'art. 2 CGA prévoit la couverture, dans le cadre des dispositions contractuelles, des conséquences économiques d'un événement assuré (sinistre). Selon l'art. 1 CGC, est assurée une indemnité journalière en cas d'incapacité de travail par la suite d'une maladie ou d'une infirmité, ayant pour conséquence une perte de gain. Il y a incapacité de travail lorsque la personne assurée est incapable, totalement ou partiellement, d'exercer sa profession ou une autre activité que l'on peut

raisonnablement attendre d'elle (art. 4 CGA). L'indemnité journalière se calcule en fonction du degré de l'incapacité de travail attestée médicalement. Une incapacité de travail de moins de 25 % ne donne pas droit à l'indemnité journalière (art. 4 ch. 1 CGC). S'agissant de l'obligation de diminuer le dommage, si la personne assurée est en mesure d'exercer une autre activité que l'on peut raisonnablement attendre d'elle, elle est invitée par l'assurance, moyennant un délai convenable, à adapter son ancienne activité ou à exercer une autre activité appropriée (art. 11 ch. 3 let. a CGA); elle doit être hospitalisée si cela paraît opportun en vue de la guérison (art. 11 ch. 3 let. d CGA). Le devoir d'information oblige le preneur d'assurance à informer par écrit chaque personne assurée du comportement à adopter en cas de sinistre (art. 11 ch. 4 CGA).

Aux termes de l'art. 9 ch. 1 let. a CGA, la couverture d'assurance de chaque assuré prend fin, pour toutes les prestations assurées pour lui, par l'extinction du contrat. L'art. 10 CGA traite de l'extension de la durée des prestations et prévoit que, dans les cas relevant de l'article 9 ch. 1 let a CGA, la compagnie ne verse l'indemnité que pour les maladies provoquant une incapacité de travail au moment de la fin de la protection d'assurance. Pour le chef d'entreprise et les membres de sa famille également assurés (conjoint, parents, enfants), pour lesquels aucune cotisation AVS n'est prélevée et qui sont assurés pour une indemnité journalière fixe ou une somme de salaire fixe, l'extension est de 180 jours au plus.

b) Au début du mois de juin 2004, A. a souffert de douleurs à sa main gauche. Le 5 août 2004, il a consulté son médecin traitant, le D<sup>r</sup> E., qui a attesté que son état de santé nécessitait l'arrêt du travail à 50 % en raison d'une maladie. Ce certificat n'explicite pas à quelles activités se rapportait cet arrêt de travail. Le 6 août 2004, A. a annoncé à X. Assurances une incapacité de travail pour maladie, dans la profession de décorateur d'intérieur. Dans l'avis de sinistre, il a indiqué être déjà au bénéfice d'une rente de l'assurance-invalidité. Le 25 août 2004, X. Assurances a réclamé à A. une copie de la décision AI. La communication de l'AI du 26 septembre 2003 (consid. 1c/cc) a été reçue par X. Assurances le 6 septembre suivant.

Par courrier du 19 octobre 2004, X. Assurances a sollicité du D<sup>r</sup> E. des renseignements. Le 26 suivant, celui-ci diagnostiqué des "douleurs main gauche type canal carpien avec Dupuytren, empêchant les travaux manuels de décorateur (marteau, agrafeuse etc.)". Il a toutefois constaté une amélioration et signalé l'éventuelle nécessité d'une intervention opératoire.

Le 17 décembre 2004, à la demande de X. Assurances, A. a été examiné par le D<sup>r</sup> F., chirurgien orthopédique FMH. Dans son rapport du 20 décembre 2004, celui-ci a exclu toute symptomatologie en relation avec le tunnel carpien. Il a posé le diagnostic de "doigt à ressort à l'annulaire gauche" et de "maladie de Dupuytren débutante du 5<sup>ème</sup> rayon gauche". Il a préconisé que A. soit adressé rapidement à un spécialiste de la main, afin qu'il bénéficie d'une ténolyse par ouverture de la poulie de réflexion, intervention bénigne entraînant une guérison rapide et définitive. Selon le D<sup>r</sup> F., la symptomatologie douloureuse et les "crochages" de l'annulaire gauche empêchaient la reprise du travail en plein et justifiaient une incapacité à exercer la profession de décorateur; son exercice à un taux de 50 % était "adapté" et pouvait être repris à plein temps après l'intervention chirurgicale proposée. Le D<sup>r</sup> F. a exclu la possibilité d'exercer une autre activité lucrative ou d'envisager un reclassement. En procédure, A. a confirmé que ce médecin lui avait conseillé une intervention chirurgicale lors de l'examen; il lui avait toutefois déclaré vouloir attendre son rapport écrit pour prendre une décision.

c) Pour la période du 19 août au 31 décembre 2004, X. Assurances a versé à A. des indemnités journalières, sur la base d'un taux d'incapacité de travail de 50 %, pour un montant total de 11'097 francs (3'535 fr. du 19.08.2004 au 30.09.2004; 7'562 fr. du 1.10.2004 au 31.12.2004).

Le premier paiement (pour le laps de temps du 19 août au 30 septembre 2004) est intervenu peu après le 18 octobre 2004. Le 23 décembre 2004, X. Assurances a exposé à A. qu'il avait épuisé, le 21 juillet 1998, son droit aux prestations et qu'elle aurait dû "à ce moment là [l'] exclure du contrat collectif". Elle l'a dès lors informé de la prochaine restitution des primes versées à tort depuis le 22 juillet 1998, sous déduction des indemnités journalières perçues à raison du sinistre d'août 2004, étant donné que ce dernier devenait "caduc". Sur intervention de A., X. Assurances a reconnu, le 31 mars 2005, que "l'affection qui a[vait] motivé l'incapacité de travail depuis le mois d'août 2004 n'[était] pas en rapport de causalité avec [son] dossier de 1996", a admis que le contrat d'assurance avait été et indiqué la reprise du "paiement des indemnités journalières pour le cas 2004". Son second paiement d'indemnités journalières (pour la période du 1<sup>er</sup> octobre au 31 décembre 2004) est intervenu peu après le 7 avril 2005.

d) A la demande de X. Assurances, G., inspecteur de sinistres auprès de l'entreprise H., a rendu visite à A. le 16 juin 2005. Sous l'intitulé "Description de l'activité professionnelle", G. a indiqué que l'intéressé était propriétaire d'une boutique de

décoration d'intérieur et qu'il assumait des tâches administratives et manuelles. A la question "Quelles tâches l'assuré ne peut-il plus accomplir ?", G. a rapporté les déclarations de A. selon lesquelles il sous-traitait toutes les tâches impliquant des activités manuelles (décoration) à Monsieur K., décorateur d'intérieur à \_\_\_\_\_. Constatant que ce dernier était "omniprésent dans son commerce", G. a conclu à sa pleine capacité de travail dans une activité de vendeur. Il a encore mentionné que le dossier de A. faisait état de l'existence d'une rente AI; n'ayant toutefois pas "connaissance de ce dossier", il s'est déclaré dans l'impossibilité d'en examiner la portée sur le cas soumis. Le rapport de l'entreprise H. a été communiqué le 17 juin 2005 à X. Assurances et le 28 juin suivant à A.

X. Assurances a alors reconnu, le 1<sup>er</sup> juillet 2005, que A., en relation avec le sinistre d'août 2004, ne pouvait plus exercer son activité de "décorateur d'intérieur, dès lors qu'[il] ne pouv[ait] plus effectuer certaines tâches [qu'il devait] sous-traiter". X. Assurances lui a par contre signifié qu'il disposait d'une pleine capacité de travail dans une autre activité lucrative, en particulier dans celle de vente au sein de son commerce, activité qui pouvait raisonnablement être exigée de lui. En relevant lui avoir versé des indemnités journalières jusqu'au 31 décembre 2004, elle a ainsi considéré avoir "fait face à [ses] obligations". Elle a par contre manifesté son intention de lui servir à nouveau des prestations pour l'incapacité de travail résultant de l'intervention chirurgicale envisagée (cf. consid. 2e infra). Enfin, elle a mentionné que, pour la période du 19 août 2004 au 31 décembre 2004, le taux d'incapacité de travail reconnu à raison de 50 % aurait dû l'être à hauteur de 25 % dès lors qu'il "[était] déjà à l'AI pour un taux de 50 %". Elle s'est par conséquent réservé "le droit de revoir cette indemnisation à la liquidation du cas".

Le 5 juillet 2005, A. a contesté le contenu de la lettre du 1<sup>er</sup> juillet de X. Assurances, à ses yeux "contraire aux conditions générales", et lui a imparti un délai au 31 juillet 2005 pour le paiement des indemnités journalières correspondant aux six derniers mois (2'500 fr./mois).

Par courrier du 14 juillet 2005, X. Assurances a maintenu sa position du 1<sup>er</sup> juillet 2005, soit qu'elle lui verserait des indemnités journalières pour l'incapacité de travail provoquée par l'intervention chirurgicale à venir, mais qu'elle les compenserait avec celles versées à tort. Le 11 août 2005, l'assurance a exposé ne pas vouloir s'étendre "pour l'heure sur la question de l'incapacité de travail et [désirer attendre] que l'intervention et l'incapacité de travail y relative se soient écoulées".

e) Auparavant, le 31 mars 2005, X. Assurances a transmis à A. une copie du rapport établi le 17 décembre 2004 par le D<sup>r</sup> F. Elle a fait valoir l'obligation de l'assuré de réduire le dommage et lui a accordé un délai au 30 avril 2005 pour lui indiquer le nom du spécialiste consulté.

A cette date, A. a communiqué à l'assurance l'adresse du D<sup>r</sup> I., médecin-chef du service de chirurgie plastique et reconstructive et de chirurgie de la main de l'Hôpital \_\_\_\_\_. Une consultation a eu lieu le 6 juin 2006. Le D<sup>r</sup> I. a posé le diagnostic de "ressaut des 3<sup>èmes</sup> et 4<sup>èmes</sup> doigts de la main gauche avec indication à un traitement chirurgical". A la demande du médecin, un examen neurologique a été pratiqué le 27 juin 2006. Le D<sup>r</sup> I. a ensuite fixé la date de l'intervention chirurgicale qui a eu lieu le 12 août 2005. En procédure, il a déclaré que A. n'avait à aucun moment demandé de retarder la date de l'opération, pas plus qu'il n'avait fait obstruction au traitement médical.

Selon l'avis du D<sup>r</sup> I., A. a été, "sur la base de l'activité déclarée de décorateur", en incapacité de travail à 100 % du 12 août au 4 septembre 2005, puis à 50 % du 5 septembre au 2 octobre 2005.

f) Sur mandat de X. Assurances, le D<sup>r</sup> F. a déposé un nouveau rapport, le 13 mars 2006. Ce médecin - auquel l'assurance avait entre-temps remis le dossier AI de A. - s'est d'abord penché sur la situation de celui-ci avant son affection à la main gauche. Il a relevé qu'en dépit de ses problèmes au genou et aux cervicales, A. avait conservé une capacité de travail de 50 % pour les travaux pratiques. Il s'est ensuite intéressé à son affection à la main gauche, qu'il a considérée comme mineure. Ce médecin a mis en doute les affirmations de A. sur l'impossibilité de tenir une perceuse, une agrafeuse ou une clouteuse, estimant qu'il était à même d'effectuer ces tâches même s'il éprouvait quelques difficultés de la main gauche. S'écartant de son précédent rapport, le D<sup>r</sup> F. a conclu que, si les problèmes rencontrés à sa main gauche pouvaient occasionner une gêne, l'activité de tapissier-décorateur était "certainement" demeurée possible à temps complet. Il lui a reconnu une capacité de travail à 100 % pour celles de vendeur et de chargé de tâches administratives. Enfin, il a considéré que les six semaines d'incapacité de travail prescrites par le D<sup>r</sup> I. étaient "largement suffisantes" pour le type d'intervention subie.

g) Le 26 avril 2006, un commandement de payer le montant de 11'097 fr., avec intérêt à 5 % dès le 7 avril 2005, pour les "prestations versées à tort" du 19 août 2004 au 31 décembre 2004, a été notifié, à l'instance de X. Assurances, à A. Il y a fait opposition totale.

3. Les parties s'opposent sur l'existence d'une incapacité de travail à la suite de la maladie à la main apparue en juin 2004.

a) A cette époque, A. se trouvait à la tête de son entreprise de décoration d'intérieur, veillant à la bonne exécution des contrats de décoration qu'il passait avec ses clients. Il y exécutait les travaux administratifs, de surveillance des chantiers et d'instruction aux professionnels auxquels il sous-traitait les travaux manuels lourds. Son allégation selon laquelle il effectuait lui-même les travaux manuels légers a été contestée par X. Assurances. Si la déclaration en procédure du D<sup>r</sup> D. (corroborée par le rapport F. du 13 mars 2006) établit que l'assuré était apte à œuvrer dans ce domaine, le demandeur n'a toutefois pas apporté la preuve qu'il exécutait lui-même ces tâches manuelles légères; selon ses déclarations dans la procédure AI, il confiait tous les travaux manuels à des sous-traitants.

b) L'incapacité de travail de A. a été examinée par l'experte judiciaire. A la question "Compte tenu de l'incapacité de travail totale dans les travaux pratiques de décorateur d'intérieur reconnue par l'AI [...], pouvez-vous confirmer qu'en dépit de son affection à l'annulaire de la main gauche, A. a conservé sa pleine capacité de travail dans les activités encore possibles de décorateur d'intérieur (notamment tâches administratives, surveillance de chantier, vente) ou dans une autre activité que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui jusqu'à la date de son opération, le 12 août 2005 ?", la D<sup>ressé</sup> B. a répondu par la négative et a fixé à 25% le taux d'incapacité jusqu'à cette date. Pour justifier ce taux, elle a tout d'abord relevé que A. avait souffert d'une ténosynovite sténosante (tendinite chronique), non seulement de l'annulaire, mais également du majeur gauches (doigts à ressaut). Selon le rapport d'expertise, une telle pathologie peut être franchement gênante et provoquer des douleurs insomniantes; l'antalgie et les autres mesures thérapeutiques nécessaires pour juguler les douleurs sont ainsi un marqueur indirect de la gêne provoquée par cette maladie. A cet égard, la médecin B. a observé que A. avait accepté un nombre important de gestes thérapeutiques, parfois invasifs. Au mois d'août, il avait supporté neuf séances de physiothérapie et une injection dans le canal digital; il avait ensuite consulté une à deux fois par semaine, pour suivre une mésothérapie (injections de liquide lubrifiant avec un

anesthésique local dans la gaine tendineuse), recourant par ailleurs à un anti-inflammatoire prescrit pour des douleurs post-traumatiques relativement importantes; enfin, en novembre, il avait suivi de nouvelles séances de physiothérapie, d'ultrasons et d'autres séances de mésothérapie. L'experte en a conclu que A. avait subi une gêne conséquente qui avait logiquement entraîné une diminution de ses activités professionnelles. Observant que l'intéressé avait qualité de rentier AI à 44 % depuis 1997 et que son activité professionnelle se résumait à un travail de vendeur ou un travail à charges administratives, l'experte a exposé que "dans la situation de Mr. A., il faut cependant considérer une invalidité préexistante à 44 % couverte par l'AI particulièrement pour les tâches manuelles et lourdes. En l'occurrence un arrêt de travail à 50 %, équivaut à un arrêt total d'activité qui, dans son cas, ne saurait être justifié. Seul[] un arrêt de travail de 25 % doit être considéré".

La D<sup>resse</sup> B. a ainsi apprécié restrictivement le taux d'incapacité de travail en tenant compte de l'invalidité AI, alors que le statut d'invalidé AI de A. doit être distingué de celui fixé par les conditions convenues avec l'assurance privée. Reste que l'expertise judiciaire établit une incapacité de travail de A., dans l'activité de décorateur d'intérieur telle qu'elle résulte du dossier (ou dans une autre activité que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui), *d'au moins* 25 % jusqu'au 12 août 2005.

L'experte a conclu à un arrêt de travail à 100% du 12 août au 4 septembre 2005 et à 50% du 5 septembre au 2 octobre 2005.

## **II. Considérant en droit**

4. Déterminée par les conclusions de la demande – dont la valeur est supérieure à celle de la demande reconventionnelle –, la valeur litigieuse s'élève à 24'081 fr. 67 (art. 15 al. 1, 16 al. 2 CPC). Elle fonde, en raison de la matière, la compétence d'un juge unique du Tribunal cantonal en première et unique instance (art. 23 al. 1 let. b aCPC en relation avec l'art. 46 aOJ, art. 23 al. 5 let. a CPC). La compétence en raison du lieu de l'autorité de céans n'est pas contestée; l'article 21 al. 1 CGA offre, en effet, au preneur d'assurance - domicilié à \_\_\_\_\_ - la faculté d'agir au for de son domicile.

5. Le demandeur réclame le paiement de 24'081 fr. 67 correspondant aux indemnités journalières pour la période de janvier à septembre 2005.

a) aa) Le contrat d'assurance est soumis à la LCA. Les conditions d'assurance forment le contenu ordinaire et typique du contrat d'assurance (RVJ 1996 p. 257 consid. 6b; Stossel, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Bâle 2001, n. 6 ss ad art. 3 LCA [ci-après: Commentaire bâlois]).

bb) Les règles sur l'interprétation des contrats s'appliquent au contrat d'assurance et aux conditions générales qui en font partie intégrante (ATF 117 II 609 consid. 6c). Le juge doit recourir en premier lieu à l'interprétation dite subjective, c'est-à-dire rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions et dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO).

cc) L'assurance collective est une assurance sur la tête de tiers. Le preneur est distinct des assurés dont le cercle se définit selon des critères objectifs, comme par exemple l'ensemble des travailleurs d'une entreprise. L'employeur, en qualité de preneur, a la possibilité d'être coassuré (Viret, Droit des assurances privées, 1991, p. 161; Bucher, Assurance maladie privée, 1985, p. 31 et 33).

L'un des objectifs de l'assurance-maladie est de compenser la perte de gain due à une incapacité de travail. Pour être entièrement conforme à son but, l'indemnité pour perte de gain assurée doit s'adapter aux fluctuations du revenu et correspondre au produit du travail effectivement perdu. En pratique, cela n'est réalisable que dans les assurances collectives conclues en faveur du personnel. En effet, en cas de sinistre, il est facile d'obtenir de l'employeur des renseignements sur le salaire effectif de l'assuré. Dans la totalité des autres cas, les prestations assurées correspondent à un montant fixe déterminé au moment de la conclusion du contrat. Il s'agit alors s'agit d'une véritable assurance de sommes; le montant convenu est versé en fonction du degré d'incapacité de travail sans tenir compte de la perte de gain effective (Bucher, op. cit., p. 37). Une autre solution n'est guère concevable lorsque l'assuré est indépendant, en raison des problèmes liés à la preuve du dommage. Il devrait montrer sa comptabilité et donner toutes les informations nécessaires, et la tâche serait tout aussi compliquée pour l'assureur (Brehm, L'assurance privée contre les accidents, 2001, n. 379).

dd) Lorsque la police fait état d'une profession et que les conditions générales d'assurance attachent une importance à celle déclarée, l'incapacité de travail

doit être mesurée – non pas comme dans le domaine de l'assurance privée contre les accidents de façon théorique et abstraite –, mais en fonction de la profession particulière exercée par l'assuré (RBA XVIII n° 48; XVII n° 36; RBA XV n° 96 et 98; RBA XI n° 92; cf. ég. arrêt 4A\_140/2007 consid. 4.1; Jaeger, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, T. III, 1933, n. 68 ad art. 88 LCA). Par renvoi de l'art. 100 LCA, l'art. 8 CC est applicable au contrat d'assurance (Maurer, Versicherungsrecht, 1995, n. 267 p. 151). Il incombe à l'ayant droit d'établir que sa prétention est objectivement fondée et donc d'apporter la preuve de la réalisation du risque assuré, soit de l'incapacité de travail.

ee) Dans l'assurance privée, si le sinistre survient pendant la durée du contrat, l'assureur doit verser les prestations convenues jusqu'à épuisement, aussi longtemps qu'elles sont justifiées selon les clauses conventionnelles; la seule limite que connaisse la couverture réside non dans la fin des relations contractuelles, mais dans la durée des prestations convenues (ATF 127 III 106 consid. 3b; arrêt 5C.74/2002 du 7 mai 2002 consid. 2b; Schnyder/Grolimund, Commentaire bâlois, n. 19 ad art. 36 LCA; Maurer, op. cit., p. 328). Il est fréquent que certains assureurs limitent, dans les CGA, leur obligation d'indemnisation après l'expiration du contrat à un montant maximum, à un âge précis ou une certaine durée à partir de l'échéance du contrat (Meuwly, La durée de la couverture d'assurance privée, 1994, p. 152 ss).

b) aa) Dans le cas d'espèce, l'art. 1 CGC conditionne le versement de l'indemnité à l'incapacité de travail ayant pour conséquence une perte de gain. Le contenu du contrat démontre que les parties ne voulaient pas compenser une perte effective de gain, même si elles avaient en vue de parer à la perte économique résultant de la maladie. A la différence des prestations en faveur du personnel, elles sont en effet convenues d'assurer A. pour un montant de gain fixe, sans égard à sa perte réelle. A cet égard, il est également significatif que l'art. 6 CGC - qui prévoit l'imputation, sur l'indemnité journalière, des prestations des autres assurances - restreint son champ d'application aux prestations de X. Assurances en faveur du personnel (assurance en pour-cent du salaire).

Au reste, dans l'hypothèse non retenue où les parties auraient convenu de lier les prestations à la perte économique réelle, le comportement de X. Assurances en procédure constituerait un abus de droit, dès lors qu'il contredit de manière flagrante son comportement antérieur (cf. 125 III 257 consid. 2a): elle a fait valoir cette interprétation de la perte de gain pour la première fois dans son mémoire-réponse, alors qu'elle avait

précédemment subordonné ses prestations à la seule existence d'une incapacité de travail; notamment, c'est en se fondant sur les appréciations médicales de celle-ci, et sans jamais s'inquiéter de la perte effective de gain, qu'elle s'est acquittée des indemnités journalières pour le laps de temps entre 19 août au 31 décembre 2004.

Partant, et contrairement à l'avis de X. Assurances, le fait que le demandeur n'a ni allégué ni prouvé la perte de son revenu après le 19 août 2004 reste sans incidence sur l'issue de la cause.

bb) La police d'assurance a été établie sur la base de la proposition d'assurance, laquelle requérait l'indication du "genre de l'entreprise/profession" à assurer. Quant aux conditions générales (art. 4 CGA), elles renvoient par l'emploi du possessif à la profession particulière de l'assurée. Dans ces circonstances, c'est bien en fonction de cette dernière, soit en fonction de la situation concrète, que les parties avaient l'intention d'apprécier une éventuelle incapacité de travail.

Il a été retenu en fait qu'à la suite de sa maladie à la main, A. a subi une incapacité de travail d'au moins 25 % dans sa profession exercée de décorateur d'intérieur ou une autre activité que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui. Cette incapacité de travail est survenue en juin 2004, pendant la période contractuelle qui a débuté le 1<sup>er</sup> janvier 2002, et s'est prolongée au-delà de son échéance, le 31 décembre 2004. L'extension de la durée des prestations après cette date était limitée, conformément à l'art. 10 CGA, à 180 jours (soit jusqu'au 29 juin 2005), puisque A. - qui œuvrait comme indépendant à la tête de son entreprise - était assuré pour une indemnité journalière fixe.

Certes, après le 29 juin 2005, la défenderesse a tout d'abord signifié à A., à deux reprises, vouloir lui servir des prestations pour la période postopératoire, avant de déclarer attendre l'intervention chirurgicale pour se prononcer sur cette question. Le caractère contraire à l'accord des parties des courriers de X. Assurances ne pouvait cependant échapper au demandeur dans la mesure où celui-ci s'est lui-même référé dans plusieurs courriers antérieurs aux conditions générales. Il était dès lors parfaitement au fait de la limitation à 180 jours de la couverture d'assurance en sorte que l'erreur de X. Assurances est sans incidence sur le cas d'espèce. S'il avait des doutes à ce sujet, il lui incombait d'interpeller la défenderesse.

cc) X. Assurances soutient à tort que A. a violé son obligation de sauvetage (art. 61 al. 1 LCA) en relation avec l'opération préconisée par le D<sup>r</sup> F. lors de l'examen du 17 décembre 2004. A cet égard, il convient de relever que l'assuré s'est soumis aux instructions données, pour la première fois le 31 mars 2005, par l'assurance. Au demeurant, il n'est nullement établi que les prestations de l'assurance - dont la durée prenait fin le 29 juin 2005 - auraient été réduites si, dans le mois suivant sa visite au D<sup>r</sup> F., A. avait approché le D<sup>r</sup> I. Les éléments du dossier tendent plutôt à démontrer le contraire. En effet, environ quatre mois se sont écoulés entre le contact effectivement pris par A. avec le D<sup>r</sup> I. et l'intervention chirurgicale, laquelle a été suivie de presque deux mois d'incapacité de travail justifiant - sous la condition de l'art. 10 CGA - le versement d'une indemnité journalière.

En définitive, le demandeur a droit à des indemnités journalières de 164 fr. 38 (60'000 fr. : 365 j.), adaptées à une incapacité de travail de 25 %, pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 29 juin 2005. Le montant dû par X. Assurances est ainsi de 7'397 fr. 10 (164 fr. 38 x 25% x 180 j.).

6. S'agissant des intérêts moratoires réclamés, il convient de relever que la LCA ne contient pas de dispositions sur la demeure, laquelle est dès lors régie, en vertu de l'art. 100 al. 1 LCA, par les art. 102 ss CO. Le débiteur d'une obligation est en demeure par l'interpellation du créancier (art. 102 al. 1 CO).

En l'occurrence, X. Assurances s'est trouvée en demeure le 31 juillet 2005, à la suite de l'interpellation de A. du 5 juillet précédent. Partant, le montant de 7'397 fr. 10 porte intérêt à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> août 2005.

7. Invoquant la prétention frauduleuse, X. Assurances réclame le paiement de 11'097 fr. correspondant aux indemnités journalières versées du 19 août 2004 au 31 décembre 2004. Elle soutient que la déclaration de sinistre du demandeur était mensongère dans la mesure où il lui aurait indiqué exercer la profession de décorateur d'intérieur et fait attester de son incapacité dans ce domaine.

a) A teneur 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, celui-ci n'est pas lié par le contrat.

Il faut ainsi, d'un point de vue objectif, que les déclarations de l'assuré portent sur des faits qui influencent l'obligation d'indemniser de l'assureur (arrêt

5C.2/2007 du 17 octobre 2007, consid. 4.1; RBA XVIII n° 24; RBA XV n° 66; Gabus, Justification du sinistre et prétention frauduleuse en matière d'assurance privée, in HAVE 2003 p. 38 s.; Nef, Commentaire bâlois, n. 16 ad art. 40 LCA; Keller/Roelli, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, T. I, 1968, p. 579). D'un point de vue subjectif, l'ayant droit doit avoir agi avec la conscience et la volonté d'induire l'assurance en erreur, sans qu'il importe qu'il soit parvenu ou non à ses fins (Nef, n°s 17 et 24 ad art. 40 LCA; Keller/Roelli, op. cit., p. 583). L'intention frauduleuse doit être niée lors de fausses annonces que l'assuré effectue par erreur, mégarde ou négligence (Gabus, HAVE 2003 p. 40).

Conformément à l'art. 8 CC, il incombe à l'assureur de prouver l'inexactitude des faits indiqués par l'assuré (Nef, n. 57 ad art. 40 LCA; Gabus, Le fraudeur, le faussaire, l'escroc et l'assureur, in SJ 1999 II 21 ss, n. 37 p. 36; Viret, op. cit., p. 143; Roelli/Keller, p. 584). Il lui incombe par ailleurs d'établir l'intention frauduleuse de l'assuré (arrêt 5C.11/2002 du 11 avril 2002 consid. 2a; Nef, n°s 25, 57 et 61 ss ad art. 40 LCA; Viret, op. cit., p. 143). Si cette preuve ne peut être déduite des seules circonstances objectives, soit de l'inexactitude relative aux circonstances du sinistre ou au montant du dommage (Pfister, Versicherungsbruch: zivilrechtliche Aspekte in Münch/Geiser, Schaden - Haftung - Versicherung, n. 21.27 et les réf. citées), elle doit en principe être tenue pour rapportée lorsque l'assureur prouve que l'ayant droit a falsifié des titres (facture, quittance, attestation) ou lorsqu'une erreur dans l'indication du montant du dommage est exclue, de telle sorte que l'ayant droit ne pouvait qu'être conscient de l'inexactitude du montant indiqué (arrêt 5C.2/2007 du 17 octobre 2007 consid. 4.1; Nef, n°s 62 et 64 ad art. 40 LCA).

b) En l'espèce, dans son avis de sinistre du 6 août 2004, A. a indiqué qu'il était décorateur d'intérieur. Il y a joint un certificat de son médecin traitant attestant que son état de santé nécessitait, pour cause de maladie, l'arrêt du travail à 50 %.

Or X. Assurances n'a pas démontré que ces faits étaient inexacts. Il a, au contraire, été retenu qu'à la suite de l'apparition de sa maladie à la main, en été 2004, A. avait subi une incapacité de travail d'au moins 25 % dans sa profession de décorateur d'intérieur. De surcroît, le dossier ne permet nullement de conclure que la remise du certificat sur l'arrêt de travail à 50 % résulterait d'une intention frauduleuse. Les conditions d'une prétention frauduleuse ne sont dès lors pas remplies. Il s'ensuit le rejet des conclusions reconventionnelles de la défenderesse.

8. Les frais sont mis à la charge de la partie qui succombe. Lorsqu'aucune des parties n'a entièrement gain de cause, ils sont répartis proportionnellement entre elles (art. 251 al. 1 CPC).

En l'espèce, la demande principale à hauteur 24'081 fr. 65 est admise à concurrence de 7'397 fr. 10 alors que les prétentions reconventionnelles de 11'097 fr. sont rejetées. Dans ces circonstances, A. supportera les 6/13<sup>èmes</sup> des frais et dépens, le solde (7/13<sup>èmes</sup>) incombant à X. Assurances.

a) Déterminé en fonction de la valeur litigieuse de 35'178 fr. 65 (art. 27 al. 1 LTar par renvoi de l'art. 14 al. 2 LTar), l'émolument varie en l'occurrence entre 2'000 fr. et 5'000 francs. Eu égard à la difficulté ordinaire de l'affaire et aux principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations (art. 11 al. 2 LTar), les frais sont arrêtés à 7'930 francs. Ils comprennent 3'487 fr. 65 d'émolument de justice et 4'442 fr. 35 de débours (21 fr. [extrait du registre du commerce] + 4'261 fr. 35 [expertise] + 85 fr. [témoins] + 75 fr. [huissier]). Ils sont mis à charge de A. à hauteur de 3'660 fr. et de X. Assurances à hauteur de 4'270 francs.

Compte tenu des avances effectuées par les parties (1'850 fr. par le demandeur et 6'100 fr. par la défenderesse), A. versera 1'810 fr. en remboursement de ses avances à X. Assurances, à laquelle le greffe ristournera 20 francs.

b) Les pleins honoraires varient entre 4'300 fr. et 6'200 fr. (art. 32 al. 1 LTar). Le mandataire du demandeur n'a pas préparé le débat final auquel il n'a pas participé. Compte tenu de la difficulté de la cause et de son ampleur, les dépens du demandeur sont arrêtés à 4'000 fr. (y compris 50 fr. de débours) et ceux de X. Assurances à 5'610 fr. (y compris 360 fr. de débours). A. versera à X. Assurances une indemnité de 2'589 fr. 25 fr. à titre de dépens. Celle-ci versera à celui-là 2'153 fr. 85 à ce même titre.

Par ces motifs,

**PRONONCE**

1. X. Assurances versera à A. 7'397 fr. 10, avec intérêts à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> août 2005.
2. La demande reconventionnelle est rejetée.
3. Les frais de justice, par 7'930 fr., sont mis à la charge de A. à raison de 3'660 fr. et de X. Assurances à raison de 4'270 francs.
4. a) A. versera à X. Assurances 1'810 fr. à titre de remboursement d'avances et 2'589 fr. 25 à titre de dépens.  
b) X. Assurances versera à A. une indemnité de 2'153 fr. 85 à titre de dépens.

Ainsi jugé à Sion, le 28 mai 2009

**AU NOM DU TRIBUNAL CANTONAL**

**La juge**

**Le greffier**

**Expédié comme acte judiciaire le 29 mai 2009 à :**

- M<sup>e</sup> Stéphane Riand, avocat à Sion
- M<sup>e</sup> Danielle Preti, avocate à Sion 2

Ce jugement peut faire l'objet d'un recours, dans les trente jours dès sa notification, auprès du Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Il est au surplus renvoyé au système des voies de droit de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF) qui régleme aussi le mémoire de recours et ses annexes (art. 42 LTF).