

A1 2005-72

I^e COUR D'APPEL CIVIL

14 février 2007

La Cour, vu le recours interjeté le 6 décembre 2005 par

X, demandeur et recourant,
représenté par Me _____,

contre le jugement rendu le 3 novembre 2005 par le Tribunal civil de l'arrondissement _____
dans la cause qui l'oppose à

Compagnie d'assurances Y, défenderesse et intimée,
représentée par Me _____ ;

[assurance perte de gain ; degré de l'incapacité de travail]

Vu le dossier de la cause d'où il ressort ce qui suit :

A. X, né le 5 mars 1962, est salarié de la société S Sàrl, entreprise qu'il a lui-même fondée le 1^{er} octobre 1999 et qu'il dirige depuis lors avec son épouse. Le 17 mars 2000, S Sàrl a passé avec la compagnie d'assurances R un contrat d'assurance-maladie collective qui déploie ses effets du 1^{er} novembre 1999 au 31 décembre 2003 et couvre la perte de gain pour cause de maladie de tous les salariés de l'entreprise. Au moment de la conclusion du contrat, X était le seul salarié de S Sàrl. Le salaire déterminant annuel maximum a été arrêté à 300'000 francs et la durée des prestations limitée à 716 jours par cas.

Le 6 novembre 2001, S Sàrl a fait parvenir à son assurance-maladie collective un certificat médical attestant une incapacité totale de travail de X depuis le 2 novembre 2001 jusqu'au 9 décembre 2001 en raison d'une lombo-sciatalgie. Un nouveau certificat, remis à l'assurance le 14 novembre 2001, atteste de l'incapacité de travail de X depuis le 26 octobre 2001 pour une durée indéterminée. Un troisième certificat, établi la semaine suivante, prévoit une reprise du travail à 50 % dès le 15 décembre 2001. X a dû subir une intervention chirurgicale le 3 novembre 2001 pour une hernie discale L4-L5 (opération d'une lombo-sciatalgie déficitaire sur hernie discale luxée libre). Un rapport médical établi le 11 janvier 2002 relève que, six semaines après l'opération, les douleurs sont toujours présentes et qu'il subsiste un important syndrome vertébral, une reprise de l'activité professionnelle pouvant être prévue *"dans les prochaines semaines"*. Le 1^{er} mai 2002, le médecin traitant de X a prescrit une reprise du travail à 20 % dès le 1^{er} mai 2002.

Le 1^{er} janvier 2002, la compagnie d'assurances S a repris le portefeuille de l'assurance-maladie individuelle et collective de la compagnie d'assurances R.

Après avoir dans un premier temps accepté de verser des indemnités journalières, l'assurance a, le 14 juin 2002, reproché à X de ne pas lui avoir transmis des renseignements exacts sur son état de santé, raison pour laquelle elle lui a réclamé le remboursement d'un montant de 18'981 francs. Le 19 juin 2002, l'assurance est revenue sur sa décision et a accepté de continuer à payer les indemnités journalières.

Dans un avis médical établi le 27 août 2002 à la requête de l'assurance, le Dr H. a jugé totalement contre-indiquée la reprise par X de tout ou partie des travaux lourds qu'il effectuait avant novembre 2001. Selon ce médecin, le patient pouvait cependant accomplir des travaux légers épargnant le dos à partir du 1^{er} octobre 2002, une activité plus légère à plein temps, compatible avec ses troubles, pouvant en effet être exigée de lui.

Le 3 septembre 2002, l'assurance a estimé que la capacité de gain de X serait retrouvée à partir du mois de décembre 2002 et a décidé d'offrir ses prestations jusqu'au 30 novembre 2002 au plus tard. Le 11 septembre 2002, elle a reporté la fin du versement des indemnités au 31 décembre 2002. Le 25 novembre 2002, X a contesté cette décision, que l'assurance a confirmée le 27 novembre 2002.

Le 3 décembre 2002, l'assurance a fait part de son refus de prendre en considération le salaire que X lui avait annoncé pour 2001. Finalement, suite à l'intervention de l'avocat de X, elle a accepté le 21 janvier 2003 de prendre en considération un revenu de 103'662 francs pour 2001.

Deux rapports médicaux du Dr O., neurochirurgien, datés des 17 octobre 2002 et 16 janvier 2003 et remis à l'assurance, attestent que X souffre de *"troubles dégénératifs sévères multi-étagés de sa colonne lombaire"*, que son évolution est défavorable, qu'une reprise du travail à 100 % n'est pas envisageable, que des travaux physiques ne sont plus possibles, qu'il conviendrait de tester des travaux de bureau et qu'une demande AI est en cours. Selon ce médecin, *"la capacité de travail résiduelle à 20 % ne concerne pas ses activités sur les chantiers mais uniquement la possibilité d'effectuer du travail administratif pour la bonne gestion de son entreprise"*.

Le 22 mai 2003, l'assurance, estimant qu'elle n'avait pas été correctement informée de l'état de santé de l'assuré le 31 août 1999 dans le cadre de la conclusion du contrat, a requis de X le remboursement des indemnités journalières versées entre le 26 octobre 2001 et le 31 décembre 2002 (432 indemnités journalières, soit 94'886 francs) et a refusé de verser le solde des indemnités dues selon le contrat du 17 mars 2000 ($716 - 432 = 284$ indemnités).

Le 12 novembre 2003, S Sàrl a cédé à X sa créance contre l'assurance.

Du 1^{er} octobre 2004 au 30 septembre 2005, X, qui a effectué son reclassement au sein de sa propre entreprise, a suivi des cours d'informatique organisés par l'AI.

Le 1^{er} janvier 2005, la compagnie d'assurances Y a repris à son tour le portefeuille de la compagnie d'assurances S.

X a subi une nouvelle intervention chirurgicale pour *"récidive hernie discale L4-L5"* le 20 mai 2005.

B. Par demande du 12 juillet 2004, modifiée successivement les 11 avril et 31 août 2005, X a saisi le Tribunal civil de l'arrondissement de _____ du litige l'opposant à la compagnie d'assurances S (à laquelle s'est substituée la compagnie d'assurances Y le 3 juillet 2005 avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2005). Ses ultimes conclusions ont été les suivantes :

- "1. La compagnie d'assurances Y est astreinte à verser à X le montant de 64'468 francs avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} mai 2004 [recte : 2003].*
- 2. Les dépens sont mis à la charge de la compagnie d'assurances Y."*

Dans sa réponse du 11 novembre 2004, la défenderesse a conclu au rejet de la demande avec suite de frais et dépens.

Les parties sont en désaccord d'une part au sujet de la détermination du salaire assuré de X pour l'année 2003 – eu égard notamment à l'augmentation accordée à celui-ci à partir de

février 2002, son salaire étant passé à 8'000 francs brut au lieu des 6'000 francs brut par mois octroyés de décembre 1999 à janvier 2002 – et d'autre part sur les conséquences économiques de la maladie du demandeur, la défenderesse estimant qu'un changement de profession pouvait être imposé à l'assuré dès le 31 décembre 2002 aux fins de diminuer son dommage.

A l'issue de la séance du 11 avril 2005, le tribunal civil a ordonné la production du dossier complet AVS AI 1999-2003 de l'entreprise S Sàrl et de X, ainsi que de la comptabilité de S Sàrl pour les exercices 1999 à 2003. En outre X a été invité à produire tous documents attestant des dates auxquelles sont intervenues les augmentations de salaire le concernant. Le 6 juin 2005, le tribunal a également requis la production du dossier AI de X.

Les parties se sont déterminées sur le dossier AI et la défenderesse a requis l'audition de deux témoins : l'inspecteur des sinistres T. et le Dr H., spécialiste en médecine interne. Le 29 août 2005, le président du tribunal a rejeté ces requêtes.

La procédure probatoire a été close et les parties ont plaidé lors de la séance du 26 septembre 2005.

C. Par jugement du 3 novembre 2005, le Tribunal civil de _____ a rejeté l'action en paiement déposée le 12 juillet 2004 par X contre la compagnie d'assurances Y, dépens à la charge du demandeur, étant précisé qu'aucuns frais judiciaires ne seraient perçus.

En bref, les premiers juges ont considéré que l'augmentation de salaire que le demandeur s'était octroyée à lui-même dès février 2002 en sa double qualité d'associé gérant et d'employé de la société S Sàrl était constitutive d'un abus de droit et portait atteinte aux règles de la bonne foi dans la mesure où, notamment, l'intéressé était complètement incapable de travailler depuis son opération jusqu'au 1^{er} mai 2002 et que sa capacité de travail n'était que de 20 % dès cette date. En outre, les premiers juges ont estimé que, depuis le 1^{er} janvier 2003, X disposait d'une capacité de travail entière au sein de son entreprise en œuvrant à des travaux légers épargnant le dos.

D. Par mémoire du 6 décembre 2005, X a recouru en appel. Il conclut, avec suite de dépens, à ce que le jugement du Tribunal civil de _____ soit réformé dans le sens suivant :

"1. La compagnie d'assurances Y est astreinte à verser à X le montant de 64'468 francs avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} mai 2003.

2. Les dépens sont mis à la charge de la compagnie d'assurances Y "

Le 26 janvier 2006, la compagnie d'assurances Y a déposé sa réponse et a conclu au rejet du recours, avec suite de dépens.

E. Le 28 juillet 2006, la Cour de céans a requis la production du dossier AI de X auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité, qui le lui a fourni le 3 août 2006.

Par ordonnance du 17 août 2006, elle a transmis aux parties la copie de deux pièces extraites du dossier AI et les a invitées à lui faire part de leurs observations. Le recourant a répondu le 21 août 2006 qu'il n'avait pas d'observations à formuler, tandis que l'intimée a, dans sa lettre du 18 septembre 2006 (postdatée du lendemain), a exprimé l'avis que les décisions de l'assurance-invalidité ne liaient pas les assurances privées tout en réitérant ses conclusions libératoires.

c o n s i d é r a n t :

1. a) Le jugement motivé ayant été notifié au demandeur le 10 novembre 2005, le recours interjeté le 6 décembre 2005 l'a été dans le délai légal de trente jours (art. 294 al. 1 CPC).

b) La valeur litigieuse s'élève à 64'468 francs (art. 51 al. 1 let. a OJ).

2. Le recourant invoque des faits nouveaux (recours p. 2 ss, ch. 1 à 4). Il allègue que, suite à sa dernière hospitalisation qui a duré du 19 au 29 septembre 2005, il a fait l'objet d'une nouvelle évaluation de l'Office AI. Les médecins de cet office sont arrivés à la conclusion qu'il était inutile de poursuivre les mesures de réadaptation socioprofessionnelles en sa faveur. Le 4 octobre 2005, le demandeur a ainsi été reconnu invalide à 100 % à partir du 1^{er} novembre 2002.

Selon l'art. 130 al. 1^{er} CPC, les parties articulent en une fois, sous peine de déchéance, tous leurs moyens d'attaque et de défense. Doivent être compris comme moyens d'attaque ou de défense les moyens de droit et de procédure, les allégations de fait, contestations et exceptions, y compris les moyens de preuve (Extraits 1985 p. 48; F. HOHL, Procédure civile I, Berne 2001, p. 156 ss). En principe, le demandeur et le défendeur doivent invoquer tous leurs moyens dans la demande et dans la réponse.

L'article 130 al. 2 CPC tempère le principe de la simultanéité et dispose que les allégations de fait et les moyens de preuve peuvent encore être complétés jusqu'au début de l'administration des preuves, c'est-à-dire jusqu'à la fin de l'instruction préparatoire (art. 130 al. 2 et 169 CPC ; Extraits 1974 p. 118; HOHL, op. cit., no 815 p. 158) et même subséquentement lorsque les conditions fixées par la loi sont remplies (art. 130 al. 2 phr. 2 CPC). Si les parties peuvent compléter, après l'échange des écritures (art. 158 et 161 CPC), les allégations de fait et les moyens de preuves, elles doivent par conséquent pouvoir compléter aussi les moyens de droit qui en découlent (Extraits 1985 p. 49).

En l'espèce, l'allégation du recourant porte sur des faits postérieurs au premier jugement et qui pourraient avoir une répercussion sur l'issue du litige puisqu'il soutient en appel que les premiers juges auraient violé la loi, soit l'art. 61 LCA, en retenant qu'il disposait d'une capacité de gain en 2003 (recours p. 4 ss, ch. I. 1-7).

Ces faits nouveaux sont dès lors recevables, d'où l'admission de la requête du recourant tendant à la production de son dossier AI (cf. supra, let. E).

3.a) Dans un premier volet de son appel, le recourant se plaint d'une violation de l'art. 61 LCA. Sous le titre marginal « *Obligation de sauvetage* », cette disposition oblige l'ayant droit à faire lors du sinistre tout ce qui est possible pour restreindre le dommage ; s'il n'y a pas péril en la demeure, il doit requérir les instructions de l'assureur et s'y conformer (al. 1) ; si l'ayant droit contrevient à cette obligation d'une manière inexcusable, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie (al. 2). Dans un arrêt non publié du 6 juin 2005 (5C.55/2005, consid. 2.2) se référant à l'ATF 128 III 34 (consid. 3b-c p. 36 s.), le Tribunal fédéral a rappelé que, bien que classée parmi les règles relatives aux assurances contre les dommages, cette disposition est aussi applicable aux assurances de personnes prévoyant des prestations de sommes.

Le recourant conteste qu'il lui ait été possible, entre le 1^{er} janvier et le 11 octobre 2003 (période durant laquelle les 284 indemnités journalières qu'il réclame encore auraient dû lui être versées), de supprimer le dommage assuré (savoir : la perte de revenus consécutive à sa maladie) en exerçant une activité lucrative adaptée à son état de santé, comme l'a prétendu l'intimée et comme l'ont admis les premiers juges.

Bien que présentée sous une rubrique intitulée « *violation de l'art. 61 LCA* » (ch. I des motifs du recours), la question posée par le recourant relève en réalité de la détermination de la mesure du « dommage » (ou, pour une assurance de sommes, de l'examen des conditions du droit aux prestations, *in casu* : art. 16 al. 2 des Conditions générales applicables aux assurances collectives d'indemnité journalière [pce demandeur 2 ; ci-après : CGA], en relation avec leur art. 10). En effet, si l'on devait, comme les premiers juges, arriver à la conclusion que, durant la période litigieuse, X était totalement en mesure d'exercer sa profession ou un autre activité lucrative raisonnablement exigible (cf. art. 10 CGA), il n'y aurait pas d'incapacité de travail, donc pas de droit aux prestations de l'assurance, sans que se pose la question de l'obligation de sauvetage prévue par l'art. 61 LCA. Il suffirait d'ailleurs que la capacité de travail établie soit supérieure à 75 %, le droit aux prestations n'étant ouvert qu'à partir d'une incapacité de travail minimum de 25 % (cf. art. 16 al. 2 CGA). C'est donc artificiellement que les premiers juges ont fait une distinction entre, d'une part, la détermination du degré de la capacité de travail résiduelle de l'assuré (cf. consid. II A p. 17 ss du jugement querellé) et, d'autre part, la diminution du dommage en vertu de l'obligation de sauvegarde (cf. *ibid.* consid. II B p. 19 ss).

b) Sous un angle procédural, le recourant reproche d'abord aux premiers juges d'avoir retenus des faits non dûment allégués en procédure, en admettant qu'il existait pour lui une possibilité concrète de supprimer le dommage (perte de salaire) en aménageant différemment son travail au sein de sa propre entreprise. Une telle hypothèse n'aurait jamais été alléguée par

l'intimée dans ses mémoires, raison pour laquelle il n'aurait pas eu l'occasion de se déterminer à son sujet et de faire ses objections (recours ch. 2 p. 5).

Cette critique n'est pas convaincante. Il ressort en effet du dossier de première instance (aussi bien des écritures et des pièces produites que de l'interrogatoire des parties) qu'une des questions au centre du litige était celle de la capacité de X à accomplir un travail aussi bien rémunéré que celui qu'il effectuait avant sa maladie, mais compatible avec son nouvel état de santé. Or, bien avant que le litige ne soit porté devant le tribunal, l'assurance avait dûment attiré l'attention de X sur son obligation de réduire son dommage et évoqué, parmi d'autres options, la possibilité d'y parvenir par un réaménagement de son activité au sein de son entreprise S Sàrl (voir en particulier le rapport de l'inspecteur des sinistres T. suite à sa visite du 25.6.2002 et la lettre de la compagnie d'assurances S du 3.9.2002, pces défenderesse n° 7.1 et 7.2). Le fait que le tribunal civil envisage la question principalement sous l'angle d'une reconversion interne n'a pas raisonnablement pu surprendre le recourant, et ce d'autant moins qu'il était lui-même réfractaire à l'idée de quitter l'entreprise qu'il avait fondée (et qu'il dirige toujours avec son épouse). De surcroît, on ne voit pas sur quels « faits non allégués » il aurait voulu se déterminer (cf. recours ch. 2 p. 5 *in fine*).

c) aa) Se calquant sur la systématique du jugement querellé, le recourant conteste ensuite le taux de 50 % retenu par les premiers juges au titre de sa capacité résiduelle de travail en 2003 (recours ch. 3). Aux termes de l'art. 10 CGA, il y a incapacité de travail lorsque, par suite de maladie ou d'accident couvert par l'assurance, l'assuré n'est totalement ou partiellement plus en mesure d'exercer sa profession ou une autre activité lucrative raisonnablement exigible.

Bien que la distinction entre « profession [de l'assuré] » et « autre activité lucrative raisonnablement exigible » n'ait pas de portée propre dans la détermination de l'incapacité de travail, on relèvera préalablement qu'en 2003, X n'était plus en mesure d'exercer sa profession antérieure. Il ressort en effet du jugement querellé (p. 17 premier paragraphe), non contesté sur point, que celle-ci avait un caractère mixte, mêlant travaux de chantier (à raison de 70 % environ, part consistant en des travaux parfois lourds ou à accomplir dans des positions « vicieuses », cf. rapport Dr H., pce défenderesse 7.3) et travaux de direction et gestion (plus ou moins 30 %, consistant en recherche de mandats, préparation d'offres, facturation, établissement de plans, surveillance des chantiers et du personnel). Il n'est pas contesté non plus que les travaux sollicitant le dos (donc tous les travaux lourds ou à effectuer dans des positions défavorables) sont à proscrire absolument pour le recourant depuis son opération de novembre 2001. Il s'ensuit que X n'est plus du tout capable d'exercer la profession d'« installateur sanitaire—directeur de PME » (s'il faut lui donner un nom) telle que décrite ci-dessus et qui était la sienne aussi bien au moment de la conclusion de l'assurance qu'à celui de la survenance de l'incapacité de travail.

bb) La détermination de la capacité de travail de X en 2003 est donc entièrement liée à la question de savoir si celui-ci était en mesure d'exercer totalement ou partiellement une « autre activité lucrative raisonnablement exigible » (art. 10 *in fine* CGA). Pour y répondre, il convient d'examiner d'abord, comme l'a fait le Tribunal civil de _____, quelle a été l'activité professionnelle effective de X en 2003. A ce sujet, celui-ci a expliqué avoir travaillé à temps

partiel au sein de son entreprise, où il a dû toutefois se limiter à des travaux de bureau pour lesquels il n'aurait pas eu toutes les compétences nécessaires. Il a estimé y avoir consacré l'équivalent du 40 à 45 % d'un emploi à plein temps (p.-v. du 11.4.2005 p. 4), et cela quand bien même le Dr O. lui avait établi des certificats d'arrêt de travail pour un taux d'incapacité de 80 % (cf. pce demandeur 18). Force est ainsi de constater qu'a priori, la capacité de travail du recourant était au moins égale à 40-45 % en 2003. Il n'est au demeurant pas allégué que son activité effective ait été plus importante encore.

A en croire le recourant, ce taux devrait être largement revu à la baisse car il ne tiendrait pas compte d'une productivité fortement réduite pour les travaux de ce type (recours ch. 3.3 let. b p. 8). Il entend par là que ses prestations au service de S Sàrl ne représentaient pas une « activité lucrative raisonnablement exigible » parce qu'un employeur raisonnable n'aurait pas pu les rémunérer à un niveau comparable au salaire antérieur. Cet argument n'est guère convaincant : en effet, avant que ses douleurs dorsales ne nécessitent une opération, les travaux de bureau (au sens large) occupaient environ le 30 % de son temps (cf. supra, consid. 3a). C'est dire que, même si ceux-ci ne l'occupaient pas à titre principal, le temps qu'il devait y consacrer n'était pas négligeable et ils lui étaient nécessairement familiers. Le développement favorable des affaires de la société S Sàrl durant les deux premières années de son existence (soit depuis sa fondation en octobre 1999 jusqu'au début de l'incapacité de travail début novembre 2001) ne permet pas de penser que le recourant ait été spécialement inefficace dans les activités de gestion, d'administration, de planification et de recherche de mandats. Il n'y a donc pas de raison de penser non plus, eu égard à la nature des maux de l'assuré et aux attestations médicales qui réservent la possibilité d'effectuer des travaux administratifs (cf. lettre Dr O. du 16.1.2003, pce demandeur 18), que ses aptitudes se soient fondamentalement altérées depuis lors. En conséquence, pour tous les travaux administratifs et commerciaux en cause, il n'y a pas lieu de penser qu'en 2003 (soit 14 mois après l'opération de sa hernie et 8 mois après que le Dr O. l'eut jugé apte à reprendre le travail à temps partiel à 20 % pour les travaux légers, cf. pce défenderesse 4.11), la productivité du recourant ait été moindre que celle dont il faisait preuve auparavant dans les mêmes tâches.

d) Autre est la question de savoir si la capacité de travail du recourant en 2003 n'était pas supérieure aux 40-45 % correspondant à son travail effectif. Tel serait le cas s'il pouvait être raisonnablement exigé de lui soit qu'il renonce à diriger S Sàrl pour exercer une autre activité lucrative mettant mieux à profit ses compétences disponibles (eu égard à sa santé), soit qu'il trouve une activité à temps partiel complémentaire à son emploi à 45 % auprès de S Sàrl.

S'agissant d'un jeune entrepreneur dont l'affaire n'existait, en janvier 2003, que depuis à peine trois ans mais connaissant un développement réjouissant, il convient préliminairement d'admettre que l'exercice d'une activité lucrative qui eût été incompatible avec la poursuite de celle de directeur (à temps partiel) de S Sàrl ne pouvait raisonnablement être exigée de X. Comme l'a d'ailleurs bien compris l'assurance-invalidité (cf. décisions AI du 17.3.2004 et du 15.7.2004), c'est en effet au sein même de l'entreprise qu'il a fondée que se situaient à long terme ses meilleures perspectives professionnelles. L'obliger à abandonner S Sàrl eût impliqué un sacrifice disproportionné.

Compte tenu du temps qu'il a admis consacrer à la direction de S Sàrl (l'équivalent du 40-45 % d'un emploi à plein temps), ne restait dès lors que la possibilité d'une éventuelle activité complémentaire à temps partiel d'au maximum 55-60 %. On notera au passage que théoriquement, une activité complémentaire d'un taux supérieur à 31-36 % aurait déjà suffi à exclure les prestations assurées, l'incapacité de travail de l'assuré tombant dès lors à moins de 25 % (cf. art. 16 CGA).

X aurait-il pu trouver un tel emploi complémentaire à temps partiel auprès d'un autre employeur ? Eu égard à son profil professionnel, il est permis d'en douter : en effet, ses compétences tant pratiques qu'administratives étant étroitement liées au domaine d'activité de sa propre affaire, on voit mal une autre entreprise de la branche engager à son service le patron d'une de ses concurrentes directes, qu'au demeurant elle ne pourrait utiliser que pour des travaux de chantier légers ou pour des tâches à responsabilités telles que planification, démarchage de clients, surveillance des chantiers, etc.

Ne reste donc que l'hypothèse, privilégiée par les premiers juges, d'une augmentation de son taux d'occupation au service de S Sàrl, moyennant une réorganisation du travail au sein de cette entreprise. Pour séduisante qu'elle soit, cette option ne paraît pas très réaliste dans la mesure où elle est fondée sur le présupposé (implicite) que la quantité de tâches du genre de celles que le demandeur était encore apte à accomplir (donc essentiellement celles dévolues au chef d'entreprise) était, en 2003, extensible à volonté (au moins jusqu'à plus de 75 %, cf. art. 16 CGA). Vu le nombre d'ouvriers au service de S Sàrl de janvier à mi-octobre 2003, savoir 2 personnes d'avril à juin et 3 personnes le reste du temps (cf. recours ch. 5 et réponse ad 5), l'utilité d'un poste de cadre à plein temps (ou à -temps) n'est ni évidente ni démontrée. Au demeurant, la proportion de travail administratif et commercial dévolue au chef d'entreprise et son évolution progressive (30 % avant l'incapacité de travail ; 40-45 % en 2003) paraît correspondre au développement de la société.

Quant à la possibilité effective pour le recourant d'accomplir des tâches supplémentaires autres que celles auxquelles il était accoutumé, notamment le travail de secrétariat dévolu en principe à son épouse (tâches pour lesquels il aurait dû se former notamment dans le domaine informatique/bureautique), elle n'est pas démontrée non plus : non seulement cette hypothèse néglige le temps nécessaire à suivre la formation correspondante – à supposer que l'assuré y ait montré la moindre aptitude, ce dont il n'a jamais été très convaincu – et la disponibilité réduite qui en serait résultée, mais encore elle aurait nécessité la mise à l'écart d'une collaboratrice à mi-temps (l'épouse de X) d'autant plus précieuse à S Sàrl qu'elle ne reçoit pas de salaire à titre personnel (cf. jugement querellé p. 17, non contesté sur ce point). Et enfin, interrogé par les premiers juges (cf. PV du 11.4.2005 p. 4), le recourant a estimé à seulement 50 % d'un plein temps le taux d'occupation qu'aurait dû lui permettre d'atteindre l'acquisition des compétences informatiques qui lui faisaient défaut, une déclaration à laquelle les premiers juges ont donné (jugement querellé p. 18) une portée plus générale que celle qui s'impose à la lecture du procès-verbal cité.

En conséquence, la Cour de céans ne retiendra pas que la capacité de travail du recourant en 2003 ait été supérieure aux 40 à 45 % correspondant au travail effectif qu'il y a accompli de son propre aveu. Il s'ensuit une incapacité de travail de 55 à 60 %, donnant droit à

des indemnités journalières proportionnelles à ce taux. Ce résultat peut surprendre si on le compare avec le taux d'invalidité de 100 % reconnu par l'Office AI rétroactivement à partir du 1^{er} novembre 2002 (cf. communication de l'Office AI du 4.10.2005, pce recourant 2 ; décision correspondante du 24.11.2005 figurant au dossier AI). C'est le lieu de rappeler toutefois que la notion d'incapacité de travail de l'assurance-maladie et celle d'incapacité de gain de l'assurance-invalidité ne se recouvrent pas, l'assurance-maladie n'étant pas liée par l'évaluation de l'invalidité à laquelle l'AI a procédé (cf. ATF 114 V 291 consid. 2b ; arrêt non publié du TFA du 15.3.2005 dans la cause K.78/04, consid. 3).

4. Dans le second volet de son appel (recours ch. II p. 10 : « *Violation des CGA et de l'art. 2 CC* »), le recourant s'en prend à la détermination du salaire assuré à laquelle les premiers juges ont procédé pour retenir finalement que celui-ci n'était que de 6000 francs par mois (jugement p. 11 à 14). La Cour observe d'abord que cette partie du jugement querellé n'est en réalité qu'un *obiter dictum* : puisqu'il a admis par la suite que la capacité de travail du demandeur n'était pas entamée pour la période litigieuse (cf. jugement p. 21), le Tribunal civil de _____ aurait pu se dispenser de déterminer sur quelle base calculer les indemnités journalières, puisqu'elles n'étaient pas dues selon lui. On peut dès lors se demander si la présence du considérant I dans le jugement querellé n'est pas l'indice d'un changement d'avis sur la question de la capacité de travail du demandeur.

Cela étant, la Cour de céans ne peut que se rallier aux arguments développés par les premiers juges. On ne peut en effet qu'être stupéfait par les augmentations massives de salaire que s'est accordées X en février/mars 2002, alors même qu'il était en incapacité de travail depuis le mois de novembre précédent : pour l'année 2001, il s'est d'abord octroyé a posteriori une rallonge de 30'000 francs sous la forme d'une indemnité fixe rémunérant sa fonction d'organe de direction de la société, alors que simultanément il faisait passer son salaire courant de 6'000 à 8'000 francs brut dès le mois de février 2002. Dans une configuration traditionnelle des rapports de travail (c'est-à-dire lorsque l'employeur ne se confond pas avec le travailleur comme c'est le cas – en fait sinon en droit – en l'espèce), on n'imagine pas une telle générosité à l'égard d'un collaborateur en arrêt maladie. Le fait par ailleurs qu'une indemnité fixe pour l'organe de direction n'ait été versée que pour l'année 2001, et plus les années suivantes est au demeurant révélateur (cf. pièces 1 et 2 produites par le demandeur le 18.5.2005) : il n'est que plus manifeste que celle-ci n'avait pas d'autre objectif que de grossir artificiellement le salaire 2001, ce qui n'était plus nécessaire à partir de 2002 dès lors que le salaire mensuel courant était passé de 6'000 à 8'000 francs brut.

Le recourant prétend ne pas comprendre les objections de l'assurance eu égard au fait que, selon la police d'assurance (pce demandeur 1 p. 2), le salaire assuré avait été fixé à 300'000 francs, soit un montant largement supérieur à celui que l'intimée refuse pourtant de lui reconnaître (recours ch. 10 et 11). Il perd toutefois de vue les primes encaissées par l'assurance sont fonction de la somme des salaires effectivement versés, et non pas du « *salaire déterminant annuel maximum* » figurant dans la police d'assurance (art. 26 CGA). On voit ainsi mieux ce qu'il y a de choquant dans la pratique adoptée par le recourant, laquelle est difficilement compatible avec la bonne foi que se doivent les partenaires contractuels (cf. art. 2 al. 1 CC) : elle permettrait au preneur d'assurance de maintenir les primes à un bas niveau tant

qu'il n'y a pas de sinistre, sans pour autant priver l'assuré de prestations supérieures en cas d'incapacité de travail.

Les explications du recourant, selon lesquelles la bonne gestion de son entreprise lui imposait, notamment pour des motifs fiscaux, d'adapter son salaire aux résultats de la société afin notamment de ne pas y laisser la totalité du bénéfice (recours ch. 12), ne sont pas plus convaincantes : en effet, X aurait tout aussi bien pu atteindre cet objectif en rémunérant directement son épouse pour ses travaux de secrétariat, elle dont la rémunération était (et est toujours ?) comprise dans le salaire du recourant aux dires de celui-ci (PV du 11.4.2005 p. 3 ; jugement querellé p. 17). Si sa fiduciaire était aussi soucieuse de saine gestion que le recourant le prétend, c'est ce qu'elle aurait dû lui conseiller, non seulement pour que les comptes de S Sàrl lui donnent une image plus réaliste de ses charges et, partant, de sa rentabilité, mais aussi par exemple pour faire bénéficier son épouse de l'assurance perte de gain au cas où celle-ci avait dû se retrouver elle aussi en arrêt maladie.

Enfin, contrairement à ce que voudrait le recourant (recours ch. 13), l'acceptation par l'assurance du salaire de 103'662 francs comme base de calcul des indemnités journalières versées en 2002 (cf. lettre R du 21.1.2003, pce demandeur 10) la lie d'autant moins pour les indemnités journalières litigieuses qu'elle avait clairement manifesté précédemment que ses prestations prendraient fin au 31 décembre 2002 (lettre du 11.9.2002, confirmée le 27.11.2002, pces demandeur 12 et 16). L'assuré ne peut ainsi prétendre que sa confiance dans les déclarations de l'assurance aurait été trahie et qu'il aurait agi différemment si l'assurance avait contesté le montant du salaire déjà pour la période précédente. Certes, la décision de l'assurance du 21 janvier 2003 peut a priori surprendre, mais s'explique, comme le fait valoir l'intimée (réponse ad 13), en raison de sa portée qui devait rester limitée dans le temps.

En conséquence, pour le calcul des 284 indemnités journalières encore dues au recourant, il y a lieu de faire abstraction de l'augmentation de salaire qu'il s'est octroyée à partir de mars 2002, laquelle constitue l'abus manifeste (au sens de l'art. 2 al. 2 CC) du droit qu'il avait, en tant qu'administrateur de la société, de fixer le montant de son propre salaire. Partant, on en restera aux 6'000 francs brut mensuels en vigueur antérieurement.

5. Reste à calculer la créance que X peut faire valoir pour son incapacité partielle de travail du 1^{er} janvier au 11 octobre 2003. Cette créance dépend d'une part du salaire annuel déterminant, savoir 72'000 francs (12 x 6'000, cf. consid. 4 *in fine*) : l'indemnité journalière en cas de maladie qui en découle est, selon contrat produit (pce demandeur 1, p. 2), de 1/365 du 80 % dudit salaire, savoir 157 fr. 80 (= 80 % de 72'000 : 365). Elle est d'autre part proportionnelle au taux de l'incapacité de travail, pour autant que celle-ci se situe entre 25 % et 66,66 % (cf. art. 16 al. 2 CGA) : comme elle a été estimée à 55-60 % (cf. supra consid. 3.e *in fine*), elle sera fixée à 57,5 % pour les besoins du calcul. Pour les 284 indemnités journalières auxquelles le demandeur peut prétendre, sa créance s'élève donc à 25'768 fr. 75 (57,5 % de 284 x 157.80). Ce montant portera intérêt à 5 % l'an à compter d'une date moyenne fixée au 1^{er} mai 2003.

6. Vu le sort du recours (le recourant n'obtient finalement qu'environ 40 % du montant auquel il prétendait) et par simplification, il se justifie de compenser les dépens tant pour la première que pour la seconde instance.

a r r ê t e :

- I. Le recours est partiellement admis. Partant, le jugement rendu le 3 novembre 2005 par le Tribunal civil de _____ est réformé et son dispositif a désormais la teneur suivante :
 1. La compagnie d'assurances Y est astreinte à verser à X le montant de 25'768 fr. 75 plus intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} mai 2003.
 2. Toute autre ou plus ample conclusion est rejetée.
 3. Chaque partie supporte ses propres dépens.
 4. Il n'est pas perçu de frais de justice.
- II. Pour l'appel, il n'est pas alloué de dépens ni perçu de frais de justice.

Voie de droit : Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Fribourg, le 14 février 2007