

COUR CIVILE

Audience de jugement du 8 novembre 2013

Présidence de M. HACK, président
Juges : Mme Carlsson et M. Michellod
Greffier : M. Cloux

Cause pendante entre :

D._____

(Me J. Micheli)

et

V._____ **SA**

(Me C. Monnard Séchaud)

- Du même jour -

Délibérant immédiatement à huis clos, la Cour civile considère :

Remarque liminaire :

En cours d'instance, sept témoins ont été entendus dont [...], fils du demandeur, et [...], ami proche du demandeur. En raison de leurs liens familiaux ou amicaux étroits avec le demandeur, leur déposition ne sera retenue que dans la mesure où elle est corroborée par un autre élément. Il en va de même des dépositions des témoins [...], employée auprès de la défenderesse, et [...], directeur adjoint de la défenderesse, V. _____ SA, en raison de leurs liens professionnels avec cette dernière.

En fait :

1. Le demandeur D. _____ est né le 2 mai 1954. Il a effectué un apprentissage de cuisinier et a toujours travaillé dans le milieu de la restauration. Il est décrit comme un homme extrêmement dynamique, entreprenant et très résistant tant sur le plan physique que psychique. Il s'est énormément investi dans son activité professionnelle.

2. Le 18 octobre 1984, le demandeur et son épouse [...] ont conclu avec la défenderesse V. _____ SA un contrat d'assurance (police n° [...]) portant sur le versement d'un montant de 300'000 fr. en cas de décès de l'une ou l'autre des personnes assurées durant la période du 1^{er} octobre 1984 au 1^{er} octobre 2019. Le contrat institue la libération du service des primes de l'ensemble du contrat en cas d'incapacité de gain de l'une ou des deux personnes assurées. Au titre de prestations supplémentaires, le contrat assure notamment au demandeur le

versement d'une rente annuelle de 60'000 fr. en cas d'incapacité de gain avant le 1^{er} octobre 2019 et au maximum jusqu'à cette date, après un délai d'attente de trois mois. La prime fixée s'élève à 3'809 fr. 70 par semestre, payable le 1^{er} octobre et le 1^{er} avril de chaque année, la première fois le 1^{er} octobre 1984.

Dans la proposition d'assurance signée le 15 septembre 1984 par les époux [...] dans le cadre de la police qui précède, ceux-ci ont indiqué la profession de "gérant et gérante indépendants hôtelier-restaurateur".

Le contrat d'assurance renvoie aux conditions générales applicables édition 6.1983 (ci-après: CGA), dont le chiffre 1 définit comme suit l'incapacité de gain :

"Il y a incapacité de gain lorsque, par suite de maladie ou d'accident, sur la base de signes objectifs médicalement constatables, l'assuré est incapable d'exercer sa profession ou toute autre activité conforme à sa position sociale, ses connaissances et ses aptitudes et qu'il subit de ce fait simultanément une perte de gain ou un autre préjudice pécuniaire équivalent".

En cas d'incapacité partielle (chiffre 2.2 CGA), la rente annuelle convenue est payable intégralement si le degré d'incapacité de gain est de 66 2/3 % au moins. Si le degré d'incapacité se situe entre 25 et 66 2/3 %, la rente est versée en proportion du degré d'incapacité.

Selon le chiffre 2.3 CGA, les prestations sont dues dès la naissance du droit, au plus tôt toutefois dès l'échéance du délai d'attente. La rente en cas d'incapacité de gain est payable trimestriellement à terme échu, la première fois au prorata du temps qui s'est écoulé jusqu'à la fin du trimestre en cours.

Le contrat prévoit par ailleurs une participation aux excédents de la défenderesse même si l'assuré est partiellement libéré de l'obligation de payer les primes futures, proportionnellement à la part de prime restant à sa charge.

3. De 1984 à fin mai 2004, le demandeur a dirigé avec son épouse le Buffet de la Gare [...]. En 2003, les [...] ont décidé de changer la gestion des buffets de gare, notamment celui de la gare [...]. Quant bien même les époux [...] avaient obtenu une prolongation de leur bail jusqu'au 30 juin 2008, ils ont décidé de cesser l'exploitation de l'établissement à la fin du mois de mai 2004, selon la lettre qu'ils ont adressée aux [...] le 28 août 2003. Ils invoquaient un refus des [...] de procéder à certains investissements qu'ils disaient nécessaires pour rentabiliser l'exploitation. Parallèlement, depuis 1984, les époux [...] ont exercé une activité de traiteurs.

Le 31 octobre 2003, les époux [...] ont inscrit au registre du commerce une société à responsabilité limitée, M._____, dont le demandeur est associé-gérant et son épouse associée-directrice.

Dès le mois d'avril 2004, le demandeur et son épouse ont repris, par l'intermédiaire de M._____, la direction d'un établissement situé dans l'enceinte du camping [...] à [...] qui comportait le restaurant [...], la buvette de la plage et le magasin du camping. Il est admis que le demandeur n'était alors nullement atteint dans sa santé. Le choix de reprendre la direction de cet établissement n'a ainsi pas été dicté par des problèmes de santé, lesquels ne sont survenus qu'ultérieurement. Les époux [...] ont travaillé dans cette exploitation, ouverte uniquement de mars à octobre, en qualité de salariés de M._____.

4. a) Hormis quelques blocages du dos dans les années qui ont précédé et des gonalgies droites ayant justifié une opération du ménisque en 1969, c'est en 2004 que le demandeur a connu des problèmes de dos. A la fin de l'année 2004, des lombosciatalgies bilatérales sur sténose canalaire en partie dues à une hernie discale L4-L5 ont été diagnostiquées chez le demandeur. Ce dernier a été en incapacité de travail à 100 % dès le 11 octobre 2004, puis à 50 % à partir du 5 novembre 2004, puis à

nouveau à 100 % à compter du 15 novembre 2004 et à 50 % du 1^{er} février au 31 mars 2005. Par lettre du 14 avril 2005, le demandeur a informé la défenderesse avoir repris le travail à 100 % dès le 1^{er} avril 2005. La défenderesse a indemnisé le demandeur jusque et y compris le mois de mars 2005.

b) Dès le 19 août 2005, en raison d'exacerbation des douleurs dorsales, le demandeur a subi une nouvelle incapacité de travail à 80 %. Dans une expertise médicale du 10 janvier 2006 à l'attention du médecin conseil de la [...], le Dr [...] évaluait la capacité de travail du demandeur à 20 %.

c) Le 24 avril 2006, le demandeur a déposé une demande de prestations auprès de l'Office de l'assurance-invalidité (OAI).

Dans son rapport du 21 juin 2006, le Dr [...], médecin traitant du demandeur, a évalué la capacité de travail de ce dernier comme il suit :

"Quand il fait un travail de planification, d'organisation, de gestion de commandes, de contrôle, il n'est pas pénalisé par ses douleurs. Suite à un travail effectué en cuisine, il se rend compte qu'il ne peut plus y travailler, ni dans la gestion des stocks avec port de charge. Son rendement est alors de 50 %, alors que sur le plan administratif, il n'y a pas de diminution de son rendement et de sa capacité de travail.

Cependant, sur le plan administratif, il n'a pas de formation en comptabilité, ni en informatique, ce qui ne lui permet pas actuellement de se recycler purement dans le domaine de la gestion, sans l'aide de l'AI. D'où la demande de réorientation professionnelle."

En juin 2006, à la demande de la défenderesse, le demandeur a été examiné par le Dr [...], à Monthey. Dans son rapport du 27 juin 2006, ce médecin pose le même diagnostic que le Dr [...]. Il indique également que le demandeur exerçait une activité de cuisinier à 80 % au Buffet de la gare [...], alors qu'il assume au restaurant [...] et comme traiteur une activité de gestionnaire à 80 %. Sachant qu'il ne doit rien porter, le demandeur a engagé un employé qui le suit en permanence. Les conclusions de ce rapport, s'agissant de la capacité de travail du demandeur, sont les suivantes :

"Capacité de travail actuelle : spontanément, ce patient signale une capacité de travail de 80 % dans un travail adapté (« si je peux déléguer »). Pour ma part, compte tenu du recyclage réussi et spontanément effectué dans un travail adapté chez ce patient volontaire, intelligent qui bénéficie d'un bon sens commercial, je pense que la capacité de travail est complète ou limitée à un maximum de 10 %.

La nécessité de la reconversion professionnelle est du reste mise actuellement au premier plan par la nouvelle révision de l'AI, auprès de laquelle ce patient a fait une demande, prétextant une incapacité de travail de 100 % comme cuisinier."

A compter du 1^{er} avril 2005, se fondant sur le rapport du Dr [...], la défenderesse n'a plus versé la rente due en cas d'incapacité de gain.

d) Lors de l'examen rhumatologique effectué par le Dr [...] du Service Médical Régional de l'AI (SMR) en décembre 2006, il a été constaté que le demandeur ne travaillait plus du tout depuis les mois de juin-juillet 2006. Dans son rapport du 24 janvier 2007, ce médecin a retenu ce qui suit concernant la capacité de travail du demandeur :

"Concernant la capacité de travail exigible, sur la base des constatations rhumatologiques effectuées lors de l'examen SMR du 19 décembre 2006, il apparaît que la capacité de travail est nulle dans l'activité de restaurateur s'occupant surtout de la cuisine. Par contre, dans une activité de restaurateur s'occupant surtout de la supervision du personnel, la capacité de travail est de 80 %. Par ailleurs, dans une activité strictement adaptées aux limitations fonctionnelles, la capacité de travail a toujours été complète".

Dans le rapport d'examen du SMR du 19 février 2007 établi par le Dr [...], également basé sur un examen clinique effectué le 19 décembre 2006, on peut lire notamment ce qui suit :

"A la suite de l'avis CEP du 08.08.2006, l'assuré, au bénéfice d'un CFC de cuisinier, a été examiné au SMR sur le plan rhumatologique par le Dr. [...], dont le rapport d'examen du 24 janvier 2007 fait partie intégrante de la présente.

Il met en évidence les diagnostics et les limitations fonctionnelles décrites ci-dessus et estime sa capacité de travail résiduelle dans son activité de cuisinier (0 %), de restaurateur supervisant son

personnel (80 %) et de 100 % dans une activité strictement adaptée aux limitations fonctionnelles.

Par contre, il estime que, au vu de sa démonstrativité dans son syndrome douloureux, il sera difficile de motiver l'assuré pour la réalisation de mesures professionnelles".

Il ressort du procès-verbal établi par l'OAI le 7 août 2007, à la suite d'entretiens des 7 juin et 7 août 2007 avec le demandeur, que ce dernier était "d'accord avec l'exigibilité médicale" mais souhaitait rester dans le domaine de l'hôtellerie et de la restauration, mais du côté de la gestion. Dans son rapport initial du 3 septembre 2007, l'OAI envisageait de proposer au demandeur de suivre des cours de base en informatique et un cours intensif de management d'entreprise dispensé par [...] dès la fin du mois d'octobre 2007. L'OAI précisait toutefois qu'avant même de proposer une mesure, il convenait de se convaincre des capacités d'abstraction et de résistance du demandeur, qui semblait être ancré dans la pratique, raison pour laquelle il devait être vu par un psychologue afin de le soumettre à des tests. Il ressort du rapport final de l'OAI du 13 novembre 2007 ce qui suit :

"Dans notre rapport initial, nous proposons que D._____ suive des cours intensifs de management liés à l'hôtellerie et à la restauration, dispensés par l'[...], qui débuteraient à fin octobre, à raison de 4 jours par semaine durant 4 mois pour un montant de Sfr. 9'675.- (taxe d'examen comprise).

Ce délai pour l'inscription étant relativement court, nous souhaitons que l'assuré passe des tests OP afin de déterminer si oui ou non il a les capacités de suivre une telle formation. Les résultats de l'OP nous le confirment et nous pouvons donc inscrire D._____ à ces cours.

Toutefois, lors de la restitution de ses résultats, D._____ nous annonce qu'il a d'autres projets en tête et qu'il vient de signer pour la reprise du restaurant de l'Hôtel de Ville [...]. Il a engagé un cuisinier, sa femme et son fils s'occupent de la cuisine, du service et de l'administratif; de son côté, l'assuré veut gérer ce qu'il appelle les relations publiques.

Au vu de ce qui précède, D._____ renonçant à la mise en place de mesures professionnelles, nous allons donc procéder à une approche théorique. Voici nos chiffres."

De fait, à la fin de l'année 2006, les époux [...] avaient trouvé un repreneur et ont cessé l'exploitation du restaurant [...]. Dès le 1^{er} octobre 2007, la société M._____ a repris l'exploitation de l'Hôtel de ville [...], tout en continuant en parallèle à offrir des prestations de traiteur,

qu'elle fournissait depuis de nombreuses années. Dans le cadre de cette activité, le demandeur et son épouse étaient tous deux salariés de la société M._____. Le demandeur dirigeait l'établissement et donnait des directives à son personnel.

Par courrier du 22 juin 2007, la défenderesse a mis le demandeur en demeure de payer la prime d'assurance échue le 1^{er} avril 2006, précisant que le non-paiement de la prime dans le délai imparti entraînerait l'annulation respectivement la libération de la police d'assurance et que passé ce délai la couverture des risques ne pouvait plus être garantie. La défenderesse a exigé et obtenu le paiement des primes d'assurance pour les années 2006 et 2007.

e) Dans un courrier du 10 janvier 2008 adressé à la défenderesse, l'assurance de protection juridique du demandeur a admis que ce dernier ne travaillait pas en cuisine lorsqu'il exploitait le Buffet de la Gare [...] et qu'il n'était pas atteint dans sa santé lorsqu'il a cessé d'exploiter cet établissement. Elle a en outre contesté le contenu du rapport médical du Dr [...], faisant valoir que ce médecin avait inversé l'ordre des activités exercées par le demandeur, en ce sens qu'il avait exercé l'activité de cuisinier au restaurant [...], mais non au Buffet de la Gare [...]. Elle a enfin rappelé que le demandeur avait contesté les considérations du Dr [...] par courrier du 20 juillet 2006.

Dans un courrier du 26 mars 2008 à la défenderesse, l'assurance de protection juridique du demandeur apportait les corrections suivantes s'agissant de la capacité de travail du demandeur telle que retenue par le Dr [...]:

- "Monsieur D._____ signale une capacité de travail de 80 % dans un travail adapté, comme au Buffet de la Gare [...].
- Le recyclage a été manqué involontairement, à cause d'un travail qui n'était pas adapté.
- L'incapacité de travail doit donc être évaluée."

Par courrier du 11 avril 2008, la défenderesse a répondu ce qui suit :

"Madame,

Votre courrier du 26.03.2008 nous est bien parvenu et a retenu toute notre attention.

D._____ a exploité le Buffet de la Gare à [...] puis repris le restaurant des [...] à [...], tout en dirigeant son service traiteur en annexe.

En novembre 2007, D._____ a repris l'Hôtel de Ville à [...] tout en poursuivant l'exploitation de son service traiteur.

Dans un précédent courrier, D._____ relevait, nous citons :
« le travail que je fais actuellement n'est pas adapté à ma nouvelle situation. Mon travail antérieur l'était ».

Nous rappelons ici que l'assuré est tenu de faire tout ce qui est en son pouvoir pour réduire le dommage. Or, si l'activité précédemment exercée était adaptée, il n'y avait aucune raison d'en changer, si ce n'est par choix personnel, ce qui ne peut raisonnablement pas être pris en considération.

Si l'on reprend vos indications, 8 à 12 personnes oeuvraient à la cuisine du Buffet de la Gare à [...], dont un chef et un sous-chef. Monsieur D._____ s'occupait alors principalement de la gestion du restaurant.

Dès lors que les qualités culinaires de D._____ n'ont pas été indispensables à la bonne marche de cet établissement, nous ne voyons pas pour quelle raison il devrait en être autrement lors de la reprise respective du Restaurant des [...] et de l'Hôtel de Ville [...].

Ce sont clairement ses qualités de gérant qui ont permis à D._____ de diriger tous ces établissements.

Dans une telle activité, vous relevez par ailleurs qu'il reconnaît lui-même avoir une capacité de travail de 80 %.

Compte tenu de ce qui précède, vous comprendrez que nous ne pouvons entrer en matière.

Veuillez agréer, Madame, nos salutations distinguées."

f) Le 15 mai 2008, l'OAI a adressé au conseil du demandeur un projet de décision tendant au refus d'une rente invalidité, en raison du taux d'invalidité de 26, 50 % retenu, un degré d'invalidité inférieur à 40 % ne donnant pas droit à une rente d'invalidité. Il a ultérieurement confirmé que le demandeur était apte à travailler à 80 % dans une activité de restaurateur s'occupant de la supervision du personnel et à 100 % dans une activité entièrement adaptée.

g) Par lettre du 17 juin 2008 à la défenderesse, le demandeur a demandé à être indemnisé pour la période du 1^{er} avril 2005 au 30 septembre 2007.

5. Le 16 août 2008, le demandeur a été victime d'un accident de la circulation sur la route principale [...].

La défenderesse n'a pas refusé ses prestations à la suite de cet accident. Le cas est toutefois en suspens en raison de la présente procédure.

Le 11 janvier 2009, le demandeur a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité. Selon le rapport du SMR du 4 novembre 2009, l'exigibilité antérieure à l'accident du 16 août 2008 demeure celle fixée dans le rapport du SMR du 19 février 2007. Selon le rapport d'expertise orthopédique établi par le Dr [...] le 25 août 2009, l'incapacité de travail du demandeur consécutive à l'accident a été de 100 % du 16 août 2008 au 25 août 2009. Depuis le 26 août 2009, sa capacité de travail est de 0 % comme restaurateur s'occupant de la cuisine, 80 % comme restaurateur s'occupant de la supervision du personnel et entière dans une activité adaptée. Dans un rapport du 18 novembre 2009, le Dr [...], psychiatre du demandeur, a retenu une capacité de travail du demandeur de 100 % d'un point de vue psychique.

Par décision du 18 novembre 2009, l'OAI a accordé au demandeur un droit à une orientation professionnelle pour examiner ses possibilités de réinsertion. Selon un procès-verbal d'entretien du 16 décembre 2009 entre l'OAI et le demandeur, ce dernier avait postulé auprès de "[...]" et des postes de directeur dans le domaine des ressources humaines l'intéressaient. Le demandeur en avait les compétences, mais pas les certifications ni les connaissances informatiques, en particulier s'agissant de Word et Excel. L'OAI a accordé au demandeur une mesure au sens de l'art. 17 LAI, sous la forme de cours

informatiques Excel et Word du 12 avril au 18 mai 2010, avec versement d'indemnités journalières pour cette même période. Le cours Excel a toutefois été reporté au 1^{er} juin 2010. Du 1^{er} avril au 11 avril 2010, le demandeur a bénéficié d'indemnités journalières d'attente au sens de l'art. 18 RAI, puis d'indemnités journalières au sens de l'art. 22 LAI dès le 12 avril 2010. Par décision du 5 mai 2010, l'OAI a fixé l'indemnité journalière d'attente pour la période du 13 au 31 mai 2010 à 291 fr., et l'indemnité journalière relative à la mesure professionnelle du 1^{er} juin au 1^{er} juillet 2010 à 291 fr. également. Par décision du 6 juillet 2010, ce droit a été prolongé pour la période du 21 juin au 6 septembre 2010, période correspondant à un stage de réadaptation en entreprise. Le 31 août 2010, l'OAI a décidé, d'entente avec le demandeur, de mettre en place des stages et de poursuivre le coaching en parallèle. Par décision du 2 septembre 2010, l'OAI a prolongé, en application de l'art. 17 LAI, le droit au versement des indemnités journalières pour la période du 7 septembre au 30 novembre 2010, correspondant à un nouveau stage de réadaptation. Par décision du 9 septembre 2010, l'indemnité journalière versée au demandeur a été fixée à 277 fr. par jour.

Cuisinier de métier, le demandeur n'avait aucune formation en matière de comptabilité, d'informatique et de dactylographie avant de s'adresser à l'OAI, raison pour laquelle cet office, après avoir procédé à un bilan de compétences, l'a fait bénéficier de cours d'informatique et a mis en place un stage auprès de [...]. Pendant ces cours et ce stage, soit du 1^{er} avril 2010 au 1^{er} avril 2012, le demandeur ne pouvait pas exercer d'activité lucrative. Dans son rapport du 20 juin 2011, [...] mentionnait à propos du demandeur que "grâce à son expérience de chef d'entreprise, il sait comment leur parler, est persuasif et habile négociateur. (...) D. _____ a également formulé la stratégie qu'il faut suivre pour atteindre le but grâce à sa vue stratégique, une de ses grandes forces". Ce rapport mettait ainsi en valeur les qualités de chef d'entreprise du demandeur. Le taux de présence du demandeur au stage a été de 20 à 25 % à tout le moins jusqu'au mois de novembre 2011.

Le 21 juin 2011, le SMR a rendu le rapport suivant à propos du demandeur :

Avis médical

Nom : D. _____

Prénom : (...)

N° d'assuré : (...)

Date de naissance : 02.05.1954 OAI : VD

Médecin : Dr (...)

N° infirm./atteinte fonct. : 738/08

Suite au mandat établi le 1.06.2011 par : (...)

Date de la demande : 24.11.2009

L'instruction initiale SMR s'était clos le 19.02.2007 par un rapport d'examen SMR basée sur un examen rhumatologique SMR. Nous reconnaissons alors une incapacité de travail de 100% comme restaurateur s'occupant surtout de la cuisine et de 20% comme restaurateur s'occupant de la supervision des personnes. Dans une activité adaptée, l'exigibilité était de 100%.

Suite à un accident de la voie publique en date du 16.08.2008, l'état de santé de l'assuré s'est aggravé. Il s'agit d'un accident d'automobile par choc frontal causé par une tierce personne. Les lésions secondaires à l'accident sont une fracture du tibia G, une contusion du genou G, une entorse de la cheville D, une fracture costale et une lésion de la rate qui a nécessité un traitement par splénectomie. Le (...) a été mandaté par le Tribunal d'arrondissement de (...) pour mettre en place une expertise bidisciplinaire rhumatologique et psychiatrique. Le rapport final est daté du 28.04.2011 et comporte 85 pages.

Le rapport d'expertise comporte une anamnèse fouillée, une étude précise des pièces médicales au dossier et reconstitue les problèmes de santé qui affectent l'assuré depuis le rapport d'examen SMR. On suit un fil directeur du début à la fin. Il n'y a pas de raison de s'écarter d'un point de vue médico-asséculo-logique des conclusions des experts.

Diagnostics ayant une répercussion sur la capacité de travail :

- Spondylarthrose dorsolombaire avec lipomatose périurale sans myélopathie ni radiculopathie et sans instabilité (M47.8).
- Gonarthrose débutante prédominant à droite avec compartiment fémoro-patellaire et à gauche arthrose au compartiment interne et fémoro-patellaire (M 17.9).
- Status après fracture comminutive du tibia distal gauche le 16.08.2008, traitée par ostéosynthèse et après ablation du matériel orthopédique, arthrose secondaire (M19.1).
- Status après entorse de la cheville droite et arthrose secondaire (M 19.1).
- Neuropathie péronière externe droite par probable contusion en 2008 (G 60.8).
- Trouble anxieux d'intensité moyenne (F 41.9) présent depuis fin 2008.

NSS : (...)

Diagnostics sans répercussion sur la capacité de travail :

- Episode dépressif léger.
- Excès pondéral.
- Carcinome papillaire de la vessie, stade G III T 1 réséqué et traité par BCG en 2009 (C 67.9) sans indice de récurrence en janvier 2011.
- Status après splénectomie pour rupture traumatique de la rate dans les suites de l'accident du 16.08.2008.

Limitations fonctionnelles somatiques :

- Activité adaptée sans charges permettant l'alternance des positions de type principalement sédentaire et incluant les limitations fonctionnelles retenues par le SMR le 19.02.2007.

Capacité de travail dans l'activité habituelle de cuisinier : le SMR avait retenu une exigibilité de 0% comme restaurateur en cuisine et de 80% comme restaurateur s'occupant de la supervision des personnes, c'est-à-dire ne participant pas à l'activité manuelle de la préparation de la restauration. L'appréciation du (...) est de 30% à titre occupationnel avec de l'aide depuis 2004. Il s'agit de l'appréciation différente d'une situation similaire.

Depuis la fin 2008, le psychiatre expert retient une incapacité de travail de 30% dans toute activité de l'économie sans baisse de rendement.

La capacité de travail était entière dans une activité adaptée depuis le rapport SMR et jusqu'à l'accident du 16.08.2008.

Des indemnités journalières ont été versées dans le cadre de l'accident du 16.08.2008 jusqu'au moins au 31.03.2010. Du 16.08.2008 à août 2009, les experts reconnaissent une incapacité de travail totale dans toute activité du monde de l'économie.

Depuis septembre 2009, la capacité de travail est de 70% dans une activité adaptée aux limitations somatiques et psychiatriques.

Limitations fonctionnelles psychiatriques :

- Vulnérabilité au stress, seuil anxiogène abaissé, pas de conduite automobile seul, lieu avec amasement de foule, diminution de l'attention et de la concentration.

Dr (...), (signature manuscrite)

Le 21 juin 2011

Du 8 août 2011 au 31 mars 2012, le demandeur a reçu des indemnités de l'OAI s'élevant à 284 fr. par jour. Il a reçu de nouvelles indemnités à compter du 1^{er} avril 2012. Dans une note de suivi de l'OAI du 26 avril 2012, on peut lire ce qui suit :



Avenue du Général-Guisan 8
1800 Vevey

REA - Note de suivi

Prénom et nom : D. _____

No d'assuré: (...)

Entretien téléphonique de (...) avec Mme (...), épouse de l'assuré

Nous avons eu plusieurs contacts téléphoniques avec Mme (...) qui s'inquiète de la situation de son mari. Nous lui donnons des explications qu'elle fait ensuite suivre à son mari !

Nous lui expliquons que nous pouvons entrer en matière pour la poursuite de mesures professionnelles à 70% toujours dans le domaine de conseiller en personnel comme déjà effectué chez Mme (...). Mme (...) semble surprise du taux de 70%, alors que ce taux a déjà été mentionné à de nombreuses reprises à D. _____. Elle pense que son mari ne pourrait pas suivre une mesure à 70% et en plus suivre ses traitements. Elle demande à ce qu'il puisse faire une mesure avec augmentation progressive du temps de travail.

Nous réexpliquons que cela a déjà été fait chez (...) durant une longue période et que nous ne pouvons pas encore poursuivre à un taux inférieur.

Elle souhaite que son époux bénéficie d'IJ d'attente. Pour cela, il doit accepter les conditions d'une mesure à 70%. Elle demande ce qu'il pourrait se passer s'il présente un certificat médical après quelques jours de mesure avec une baisse du taux de présence. Elle ne croit pas qu'il tienne à 70% étant donné que son psychiatre estime qu'il ne peut pas.

Mme (...) nous dit alors qu'elle va en parler à son mari pour qu'il donne son avis.

Le lendemain, Mme (...) nous écrit cet e-mail :

Madame(...) bonjour,

Comme promis, j'ai transmis à mon mari notre entretien téléphonique, et les mesures que l'AI prend le concernant. Il accepte, par la force des choses "le travail à 70%" à l'ORP (...) ou dans l'un de vos service à (...). Je vous rappelle qu' il ne peut pas se déplacer seul plus loin, en raison de crises d'angoisses et paniques à répétitions.

Il est bien clair évidemment, comme il accepte les conditions de la mesure, que durant le "délai d'attente, et ceci jusqu'au placement ainsi que durant toute la durée de la mesure, il bénéficie des indemnités journalières, comme jusqu'à ce jour, bien sûr ceci à partir du 1er avril 2012.

Il n'a aucun réseau d'adresse de bureau de placement, mais l'ORP est l'idéal.

Il demande à vous rencontrer lors d'un de vos passages à (...) afin de parler du déroulement de la mesure des tenants et des aboutissants.

En attendant de vos nouvelles et restant toujours à votre disposition, et vous remerciant par avance du soin que vous portez au dossier de mon époux, Je vous présente, Madame (...), mes meilleures salutations et espère pouvoir un jour prochain vous rencontrer pour faire votre connaissance.

(nom et adresse)

D'autre part mon mari aurait souhaité connaître le nom du médecin de référence, l'obligeant à effectuer un travail à 70% et que ce médecin, assume bien sûr, les risques et conséquences que cette décision implique.

Mme (...) a eu ensuite un nouveau téléphone avec (...) (secrétaire assistante), elle nous dit que D._____ est bien obligé d'accepter une mesure pour recevoir des indemnités ! Elle demande à ce qu'on contacte son époux pour donner encore des infos.

Nous avons essayé de joindre D._____ à son domicile et sur son n° de portable sans succès.

Nous pouvons nous poser la question de la pertinence d'une mesure si D._____ ne nous appelle pas directement et que son épouse fait les démarches à sa place. Les renseignements actuels nous font penser que D._____ accepte par défaut une mesure et non avec une vraie conviction de travailler à 70%.

Suite donnée à l'entretien / propositions / prochain contact :

Envoyer courrier avec conditions d'une prise en charge de mesures professionnelles supplémentaires avec son accord écrit (soit accepter l'exigibilité, interruption mesures et versement d'IJ si certificat médical présenté).

Par lettre recommandée du 30 avril 2012 au demandeur, l'OAI a rappelé les conditions d'octroi d'indemnités journalières d'attente de la manière suivante :



Avenue du Général-Guisan 8
1800 Vevey

RECOMMANDE

Monsieur

D. _____
(adresse)

RN / (...)
Tél. direct : (...)
No d'assuré (...)

Vevey, le 30 avril 2012

Monsieur,

Suite à notre contact téléphonique du 30.04.12, nous vous faisons parvenir ce courrier afin de vous rappeler les conditions pour la poursuite d'une prise en charge de mesures professionnelles de notre Assurance.

Nous pouvons vous proposer un stage de conseiller en placement à un taux de 70%, capacité de travail retenue par notre Service Médical Régional. Une mesure avec augmentation progressive du taux de travail a déjà été faite chez (...) par conséquent, il est exigible que vous suiviez les prochaines mesures professionnelles à ce taux. Lors du contact téléphonique précité, vous vous êtes engagé à suivre cette mesure professionnelle à 70%.

Nous vous rappelons que selon l'art. 7 al 2 LAI, l'assuré doit participer activement à la mise en œuvre de toutes les mesures raisonnablement exigibles contribuant soit au maintien de son emploi actuel, soit à sa réadaptation à la vie professionnelle ; il s'agit en particulier des mesures d'ordre professionnel.

L'art. 21 al. 4 LPGa précise que les prestations peuvent être réduites ou refusées temporairement ou définitivement si l'assuré se soustrait ou s'oppose, ou encore ne participe pas spontanément, dans les limites de ce qui peut être exigé de lui, à un traitement ou à une mesure de réinsertion professionnelle raisonnablement exigible et susceptible d'améliorer notablement sa capacité de travail ou d'offrir une nouvelle possibilité de gain.

Le versement d'indemnités journalières est effectué durant les mesures professionnelles pour autant que vous y participiez activement selon les conditions précitées. En cas de diminution du taux de présence ou d'absence injustifiée, la mesure professionnelle et par conséquent le versement des indemnités journalières seront en principe interrompus et votre taux d'invalidité évalué sur la base des éléments actuels en notre possession, soit une capacité de travail de 70% dans une activité adaptée.

Nous vous impartissons un délai au 15 mai 2012 pour nous confirmer par écrit si vous acceptez de participer à des mesures professionnelles selon les conditions précitées. En cas de réponse positive, des indemnités journalières d'attente peuvent vous être octroyées. Dans le cas contraire, nous serons contraints de procéder à une évaluation théorique de votre perte de gain, comme mentionné plus haut.

En restant à votre disposition pour tout renseignement complémentaire, nous vous présentons, Monsieur, nos salutations distinguées.

Office de l'assurance-invalidité

(signature manuscrite)

(...)

Spécialiste en réinsertion professionnelle

6. Une expertise médicale a été confiée au [...], qui a déposé son rapport le 14 décembre 2011.

A dire d'expert, sur le plan psychique, le demandeur ne présentait pas de trouble ni de limitation de sa capacité de travail en 2004, 2005, 2006, 2007 et 2008, jusqu'à son accident. A la fin de l'année 2008, il a présenté un trouble de l'adaptation avec réaction anxieuse et dépressive, évoluant en un trouble anxieux moyen et en un épisode dépressif léger, entraînant jusqu'au jour de l'expertise une incapacité de travail de 30 %. Selon l'expert, sur le plan psychique, sa capacité de travail durant cette période est donc de 70 %, que ce soit dans son ancienne activité ou dans une activité adaptée. Sa capacité de travail pourrait s'améliorer avec la poursuite d'un suivi psychothérapeutique et la modification de son traitement psychotrope (diminution des benzodiazépines et introduction d'un sérotoninergique anxyolitique). Ces mesures sont exigibles. Le règlement du problème assécurologique diminuerait également le trouble anxieux.

Sur le plan somatique, l'expert considère que le demandeur a connu des incapacités de travail entre 50 et 100 % entre le 14 octobre 2004 et le 31 mai 2006. Il confirme qu'en raison de la détérioration de son état de santé, le demandeur a dû abandonner l'exploitation du camping [...] en 2006. Durant la période du complexe du restaurant [...], les plaintes subjectives se sont aggravées, sans que l'expert ait pu mettre en évidence une aggravation significative sur le plan objectif, sur le plan de la confrontation radio-clinique. Les troubles radiologiques expliquent en revanche que le patient puisse présenter des décompensations douloureuses itératives. Il n'a pas présenté de complication neurologique avec son rachis douloureux. Son déconditionnement physique s'est aggravé et a joué un rôle défavorable. Sa capacité de travail de restaurateur s'occupant de la supervision du personnel est restée possible à 80 % et elle était totale dans une activité adaptée. Le demandeur allait notablement mieux depuis les vacances d'été 2007, notamment s'agissant de son dos.

Sur le plan somatique et physique, comme cuisinier, serveur ou traiteur, la capacité de travail du demandeur est de 30% depuis l'année 2004 jusqu'au 16 août 2008, date de son accident de circulation. En revanche, dans une activité adaptée à un problème rachidien, la capacité de travail a été totale du 1^{er} janvier au 16 août 2008. L'expert ne relève d'ailleurs aucune incapacité de travail dans une activité administrative. A partir de l'accident, le demandeur a subi une incapacité de travail totale jusqu'au mois d'août 2009. Depuis le mois d'août 2009, il est physiquement apte à une réadaptation. Il subsiste une capacité de travail résiduelle de 30 % dans une activité adaptée, augmentant progressivement à 70 % en un an, compte tenu de la composante psychiatrique. La capacité de travail dans une activité adaptée est donc de 70 % dès le mois d'août 2010, mises à part des périodes d'incapacité totale temporaires (inférieures à 3 mois) en raison d'un problème urologique (juillet 2009), de rééducation au [...] (octobre-novembre 2009) et d'ablation du matériel d'ostéo-synthèse (février 2010). A l'avenir, sur le plan physique, l'expert estime qu'aucune amélioration n'est à attendre, compte tenu d'une probable aggravation des atteintes dégénératives.

Même avec une amélioration de la condition physique et de l'état psychique du demandeur, l'expert est d'avis que les lésions subies ne permettraient pas une augmentation significative de la capacité de travail à plus de 70 % voire 80 %.

Confronté, dans le cadre des allégués après réforme, au dossier établi par l'OAI, l'expert a confirmé que son appréciation concordait avec celle de cet office sur le plan somatique, précisant que ledit dossier n'amenait pas d'éléments médicaux permettant de conclure à l'appréciation de la capacité de travail. Il adhère en particulier aux conclusions du rapport du Dr [...] du 19 décembre 2006 ainsi qu'à celui du Dr [...] du 19 février 2007. Il confirme la conclusion de l'OAI selon laquelle le demandeur était apte à travailler à 100 % dans une activité adaptée jusqu'à son accident du mois d'août 2008. L'expert estime que la capacité sur le plan psychique est de 70 % depuis la fin de 2008 et jusqu'au jour de l'expertise. Sur le plan somatique, la capacité de travail est de 30 % dès le mois d'août 2009, avec une augmentation progressive jusqu'à 70 % en un an, soit acquise à partir du mois d'août 2010.

Sur le plan psychique, l'expert a encore confirmé que le demandeur n'a souffert d'aucune incapacité de travail entre le mois de mars 2005 et la fin de l'année 2008. Sur le plan physique, son incapacité était de 70% lorsqu'il dirigeait le restaurant [...], occupant un poste visiblement inadapté "selon son descriptif". Sur le plan somatique, une incapacité de travail de 70 % existe en effet depuis 2004 pour toutes les activités physiquement pénibles, et cela de manière définitive.

L'expert a déposé le 15 novembre 2012 un bref rapport d'expertise consécutif aux derniers allégués après réforme. Il en résulte que le demandeur a été victime d'un nouvel accident de la circulation le 28 novembre 2011, avec distorsion cervicale, douleurs et raideur cervicales résiduelles. L'accident, cumulé aux autres problèmes de santé, a provoqué une aggravation passagère avec une incapacité de travail totale du 28 novembre au 31 décembre 2011. Dès le mois de février 2012, son taux de présence aux mesures professionnelles a été fixé à 50%.

7. Une expertise comptable a également été ordonnée en cours d'instruction et confiée à la société fiduciaire [...]. Le rapport a été déposé le 16 octobre 2012.

De 1998 à 2004, les comptes du Buffet de la Gare [...] exploité par les époux [...] font apparaître les bénéfices annuels suivants:

- 1998: 296'728 fr. 92
- 1999: 267'530 fr. 75
- 2000: 254'996 fr. 03
- 2001: 239'361 fr. 39
- 2002 : 636'017 fr. 25
- 2003: 172'285 fr. 96
- 2004: 254'737 fr. 42.

Sur cette base, l'expert a confirmé que le revenu des époux avait été variable durant cette période. Selon l'expert, l'excellent résultat enregistré en 2002 est dû à l'Exposition Nationale, laquelle a amené bon nombre de touristes à [...]. Il précise en outre que le bénéfice de l'année 2004, réalisé sur cinq mois d'activité, englobe un produit extraordinaire réalisé sur la cession du matériel et des stocks pour un montant de 327'644 fr. 50, sans lequel les comptes auraient montré une perte de 72'907 fr. 08. En faisant abstraction de ces deux années exceptionnelles, l'expert parvient à un bénéfice annuel moyen de 246'180 fr. 61 sur la période, en constatant que le résultat des cinq années ordinaires a été en baisse constante. De 2000 à 2004, le revenu moyen du couple basé sur les années ordinaires (2000, 2001, 2003) s'est élevé à 222'214 fr. 46. Afin de déterminer le revenu du seul demandeur, l'expert a déduit le montant de 30'000 fr. correspondant à l'apport de l'épouse (estimation faite sur la base des salaires qu'elle a perçus ultérieurement de M. _____ entre 2004 et 2009), ce qui ramène à une moyenne annuelle de 192'200 fr. le revenu du seul demandeur entre 2000 et 2004.

Sur la base des frais de personnel relevés dans les comptes du [...] puis dans ceux du Restaurant [...], l'expert a constaté qu'il fallait gérer quatre fois plus de personnel dans le premier établissement, ce qui permet d'imaginer que, avec un nombre d'employé réduit, le demandeur a dû mettre personnellement "la main à la pâte" dans le second établissement.

Le salaire net du demandeur versé par M. _____ de 2004 à 2006 s'est élevé en moyenne à 83'643 fr. 67 par année; il a été de 64'495 fr. 67 de 2007 à 2009, soit une diminution de 22, 89 % depuis le 1^{er} janvier 2007, sans que l'expert puisse en déduire que la capacité de gain de demandeur a été réduite dans la même mesure. Durant la même période, les revenus de l'épouse du demandeur ont diminué de 16,01 % ce qui, à dire d'expert, tend à démontrer que la baisse de salaire du demandeur n'est pas uniquement due à une incapacité de gain, mais, en partie, à une dégradation des affaires.

L'expert n'a pas été en mesure de répondre à la question selon laquelle les affaires du Restaurant [...] ne se sont pas développées comme l'entendait le demandeur. Selon l'expert, le demandeur devait toutefois être conscient que l'exploitation du restaurant [...], de la buvette de la plage et du magasin du camping ne pourrait pas être aussi lucrative que celle du Buffet de la Gare [...], dans la mesure où elle n'était exercée que six mois par année. Il relève que le résultat déficitaire de 2005 (perte de 145'821 fr. 62) est dû à des charges de personnel trop importantes, induites par la nécessité de remplacer le demandeur en incapacité de travail.

Du 17 août 2008 (lendemain de l'accident de voiture) au 31 décembre 2011, le demandeur a perçu les prestations suivantes de la part de [...] et de [...]: du 17 août au 31 décembre 2008, il a reçu de [...] un montant de 27'920 fr. 10 ; du 1^{er} janvier au 31 décembre 2009, il a reçu de [...] un montant de 69'116 fr. 35 ; du 1^{er} janvier au 31 mars 2010, [...] a versé au demandeur un montant de 17'926 fr. 05; du 1^{er} avril au 31 décembre 2010, il a reçu de [...] un montant de 65'902 fr. 95 et du

1^{er} janvier au 31 décembre 2011, un montant de 96'670 fr. 10. Au total, pendant toute cette période, le demandeur a ainsi perçu de la [...] et de [...] des indemnités annuelles moyennes de 82'232 fr. 76. Quant aux salaires nets du demandeur versés par M._____, ils se sont élevés en moyenne annuelle à 66'333 fr. 57 du 1^{er} avril 2004 au 31 décembre 2009, soit 60'357 fr. du 1^{er} avril au 31 décembre 2004, de 102'072 fr. en 2005, de 88'502 fr. en 2006, de 49'530 fr. en 2007, de 70'760 fr. en 2008 et de 73'197 fr. en 2009. Les indemnités d'assurances ont été perçues par M._____ et comptabilisées en diminution des charges salariales de la société jusqu'en 2009. Depuis 2010, les prestations des assurances sont perçues directement par le demandeur. Celles-ci se sont élevées à 83'829 fr. en 2010 et à 96'670 fr. 10 en 2011. L'expert déduit de ces chiffres que la perte de salaire subie en 2010 et 2011 par le demandeur a été compensée par les indemnités d'assurances.

Les chiffres relevés sur la base de la comptabilité de M._____ permettent de confirmer que les recettes de cette société ont fortement diminué au cours des quatre premiers mois de l'année 2009 par rapport à la même période de 2008.

En 2008, le salaire net du demandeur s'est élevé à 70'760 fr. 60 selon le certificat annexé à sa déclaration d'impôt. En raison de l'accident survenu le 16 août 2008 et de l'incapacité de travail totale qui en est résulté, le salaire qui lui a été versé durant les quatre derniers mois de l'année 2008 lui a été payé par M._____ sans qu'il ne fournisse de travail. La somme ainsi touchée s'est élevée à 23'586 fr. 67. Durant cette même période de quatre mois, dite société a encaissé les indemnités d'assurance de la [...] à hauteur de 27'920 fr. 10, ce qui a permis de couvrir le salaire et les charges sociales du demandeur de septembre à décembre 2008. En 2009, le salaire net du demandeur a atteint 73'197 fr., alors que M._____ a perçu 69'116 fr. 35 de [...]. Le salaire perçu par le demandeur a donc correspondu aux indemnités reçues de [...], et ne représentait donc pas le produit du travail du demandeur.

L'expert a constaté que par rapport à la moyenne des restaurateurs des régions des lacs, l'entreprise du demandeur (Hôtel de Ville [...]) avait réalisé un chiffre d'affaires satisfaisant au cours du premier semestre 2009. Toutefois, d'avril à juin 2009, le chiffre d'affaires de cet établissement a baissé davantage que celui de la moyenne des restaurateurs vaudois, ce qui peut s'expliquer par l'annonce de la remise de l'établissement à la fin de l'été 2009, qui peut amener la clientèle à s'en détacher par anticipation.

L'expert a été invité à déterminer l'éventuelle perte de gain du 1^{er} avril 2010 au 1^{er} avril 2012. Il a relevé que l'incapacité de gain étant survenue en 2006, c'est le salaire réalisé à cette époque qui est déterminant pour la comparaison et non les revenus plus élevés réalisés au Buffet de la Gare [...] jusqu'en 2004. Du 1^{er} avril 2004 (après la remise du Buffet de la Gare) à 2006 inclus, le demandeur a réalisé un salaire annuel net moyen de 90'350 francs. A dire d'expert, la conjoncture ne permet pas d'affirmer que, si le demandeur avait poursuivi l'exploitation du restaurant [...], il aurait vu ses revenus augmenter sensiblement les années suivantes. Les indemnités versées par [...] et [...] en 2010 et 2011 ont été, en moyenne annuelle, de 90'249 fr. 55, soit sensiblement égales aux salaires qu'aurait pu espérer toucher le demandeur.

8. La défenderesse oppose la prescription aux prétentions du demandeur.

9. D'autres faits allégués et admis ou prouvés, mais sans incidence sur la solution du présent procès, ne sont pas reproduits ci-dessus.

10. Par demande du 22 janvier 2009, le demandeur a pris contre la défenderesse les conclusions suivantes, avec suite de frais et dépens :

« La défenderesse est la débitrice du demandeur et lui doit immédiat paiement de la somme de fr. 338'097.- (trois cent trente huit mille nonante-sept francs), plus intérêts à 5 % l'an depuis le 1^{er} septembre 2007 (date moyenne) ».

Par réponse du 28 avril 2009, la défenderesse a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions du demandeur.

Par écriture complémentaire après réforme du 4 mai 2012, le demandeur a augmenté, avec suite de frais et dépens, les conclusions prises au pied de sa demande, réclamant à la défenderesse le paiement d'un montant supplémentaire de 120'000 fr. (cent vingt mille francs), plus intérêts à 5 % l'an depuis le 1^{er} avril 2011 (date moyenne).

Lors de l'audience de jugement du 8 novembre 2013, l'expert [...], directeur d'[...], a été entendu au sujet du rapport d'expertise comptable rendu le 16 octobre 2012, précisant ce qui suit :

S'agissant du développement des affaires du Restaurant [...] espéré par le demandeur, il a précisé avoir disposé, dans le cadre de l'expertise, des résultats du précédent tenancier du restaurant, dont le revenu moyen entre 2001 et 2003 était d'environ 200'000 francs. Il n'a reçu aucun budget établi par le demandeur.

L'expert a confirmé qu'entre 2004 et 2012, le montant moyen des salaires du demandeur, puis de ses indemnités dès le moment où il les a directement reçues, était de 78'114 fr., soit 624'000 fr. divisés par huit. Ces chiffres ressortent des pièces reçues, telles qu'elles figurent au dossier ou qu'il a requises, savoir les certificats de salaire et les décomptes de [...] et [...].

Au cours de l'audience, le demandeur a requis que la Cour ordonne une seconde expertise comptable, respectivement qu'elle examine l'opportunité d'une telle expertise ou d'autres mesures d'instructions complémentaires, conformément à l'art. 299 CPC-VD. La défenderesse a conclu au rejet de cette requête.

En droit:

I. Le CPC (code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272) est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 afin de régler la procédure applicable devant les juridictions cantonales, notamment aux affaires civiles contentieuses (art. 1 let. a CPC). L'art. 404 al. 1 CPC dispose que les procédures en cours à l'entrée en vigueur de cette loi sont régies par l'ancien droit de procédure jusqu'à la clôture de l'instance. Cette règle vaut pour toutes les procédures en cours, quelle que soit leur nature (Tappy, *Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure unifiée in JT 2010 III 11*, p. 19).

La présente cause, ouverte avant l'entrée en vigueur du CPC, demeure dès lors soumise au CPC-VD.

II. Le demandeur requiert un complément d'instruction sur la question de son incapacité de gain, en sus de l'expertise comptable rendue le 16 octobre 2012. Selon lui, cette expertise reposerait sur des prémisses erronées, la méthode choisie par l'expert serait inappropriée et les conclusions de ce dernier seraient contredites par un rapport d'expertise rendu en 2010 dans une autre affaire.

a) En vertu de l'art. 299 CPC-VD, si au cours de sa délibération, le tribunal juge que des preuves complémentaires sont nécessaires ou qu'il estime utile d'entendre directement un témoin, il surseoit au jugement et ordonne la réouverture de la procédure probatoire dans le cadre des allégués des parties (al. 1); s'il s'agit d'une expertise, le juge instructeur nomme l'expert, les parties entendues, et dirige les opérations en conformité des art. 226 ss. CPC-VD (al. 2).

Une seconde expertise ne peut toutefois être ordonnée que si la première n'est pas suffisante, pas claire, peu convaincante, contraire aux autres preuves ou encore lorsque l'expert paraît avoir été prévenu

(JdT 1982 III 75 c. 1c et réf. cit.; Bettex, L'expertise judiciaire, Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, thèse Lausanne 2006, p. 187; Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., n. 1 ad art. 239 CPC).

b) L'expertise du cas d'espèce échappe à ces griefs. L'expert a en effet exposé, de manière convaincante, le fondement de ses calculs, qui sera discuté en détail ci-après (cf. *infra* c. VI/c/bb). La méthode d'évaluation choisie, savoir un calcul fondé sur les revenus moyens du demandeur, permettait en outre à l'expert de se prononcer de manière adéquate sur les allégués qui lui étaient soumis. Le demandeur ne peut finalement rien tirer du résultat d'une expertise rendue dans une autre procédure, celle-ci concernant des allégués et une période d'investigation différents.

Par conséquent, la requête du demandeur doit être rejetée.

III. Les parties sont liées par un contrat d'assurance-vie du 18 octobre 1984, prévoyant notamment, au titre de prestation supplémentaire, une rente annuelle en cas d'incapacité de gain avec libération du service des primes. Ce contrat est soumis à la LCA (loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908; RS 221.229.1).

Le demandeur, qui fait valoir qu'il n'a plus été en mesure d'exercer son métier de cuisinier et restaurateur à partir du 1^{er} avril 2005, réclame à la défenderesse le paiement, dès cette date, de la rente annuelle de 60'000 fr. prévue par le contrat d'assurance en cas d'incapacité de gain, ainsi que le remboursement des primes qu'il a versées.

La défenderesse s'y oppose. Elle soutient que le demandeur n'a pas établi d'incapacité de gain dans une activité adaptée, à tout le moins dans une autre activité conforme à sa position sociale, ses connaissances et ses aptitudes, et qu'il n'a pas non plus établi une quelconque perte financière. Elle invoque la prescription.

Pour les litiges fondés sur le droit privé fédéral, l'art. 8 CC (Code civil du 10 décembre 1907; RS 210), en l'absence d'une règle spéciale instituant une présomption, répartit le fardeau de la preuve et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 129 III 18 c. 2.6, rés. *in* JT 2006 I 191, SJ 2003 I p. 208). Celui qui fait valoir une prétention doit établir les faits dont dépend la naissance du droit; en revanche, celui qui invoque la perte d'un droit ou qui conteste sa naissance ou son applicabilité a le fardeau de la preuve des faits destructeurs ou dirimants (ATF 130 III 321 c. 3.1, JT 2005 I 318; TF 4A_153/2013 du 27 septembre 2013 c. 3.1). En vertu de cette règle générale, qui s'applique dans le domaine du contrat d'assurance, la personne titulaire de la prétention – en général le preneur d'assurance, le tiers assuré ou le bénéficiaire – doit prouver les faits propres à justifier ses prétentions (art. 39 LCA), soit notamment l'existence d'un contrat d'assurance, la survenance du cas assuré ainsi que l'étendue de la prétention. L'assureur supporte quant à lui la charge d'établir les faits de nature à justifier une diminution de l'obligation contractuelle ou à le libérer du contrat à l'égard du demandeur (ATF 130 III 321 c. 3.1).

IV. On examinera dans un premier temps dans quelle mesure les prétentions en prestations d'assurance du demandeur sont prescrites.

a) Les créances dérivant du contrat d'assurance se prescrivent par deux ans à dater du fait d'où naît l'obligation (art. 46 al. 1 LCA). Seule une prétention qui a déjà pris naissance peut être atteinte par la prescription (ATF 100 II 42 c. 2d, rés. *in* JT 1974 I 659, SJ 1974 I p. 617). Le moment déterminant pour le départ de la prescription est donc celui où sont réunis tous les éléments constitutifs fondant le devoir de prestation de l'assureur (ATF 127 III 268 c. 2b, JT 2002 I 179, SJ 2001 I p. 477). Il s'ensuit que la notion de "fait d'où naît l'obligation" varie selon les diverses catégories d'assurances, et selon le type de prétention en cause (ATF 139

III 263 c. 1.2, SJ 2013 I p. 404; ATF 127 III 268 précité c. 2b; TF 4A_645/2010 du 23 février 2011 c. 2.2.2 rés. *in* JT 2012 II 135).

L'art. 100 LCA renvoie au CO pour toutes les questions que la LCA ne règle pas (ATF 139 III 263 c. 1.2). Selon l'art. 131 al. 1 CO, en matière de rentes viagères et autres prestations périodiques analogues, la prescription court, quant au droit d'en réclamer le service, dès le jour de l'exigibilité du premier terme demeuré impayé. L'art. 127 CO prévoit pour sa part que toutes les actions se prescrivent par dix ans, lorsque le droit civil fédéral n'en dispose pas autrement. Dans un ATF 111 II 501 (rés. *in* JT 1987 I 350; SJ 1986 p. 513) le Tribunal fédéral, confronté à la question de la prescription de rentes d'assurance, a considéré que chaque rente pour incapacité de gain se prescrivait par deux ans mais qu'il était exclu d'appliquer ce bref délai à la prescription du rapport de base (c. 2). Dans un autre arrêt TF 5C.168/2004, du 9 novembre 2004, concernant la prescription de rentes d'invalidité, il a distingué deux types de prescription: celle concernant le rapport de base, qui fondait le droit à percevoir des rentes, et celle touchant les rentes périodiques elles-mêmes. Comme créances, ces dernières étaient soumises à la prescription biennale de l'art. 46 al. 1 LCA. En revanche, cette disposition, vu sa lettre claire, ne visait pas le rapport de base, qui n'était techniquement pas une créance. Celui-ci était dès lors soumis au délai ordinaire décennal de l'art. 127 CO, qui commençait à courir dès le premier arriéré (art. 131 al. 1 CO; ATF 139 III 263 c. 2.1).

Le rapport de base du cas d'espèce, savoir le droit, découlant du contrat d'assurance du 18 octobre 1984, à être indemnisé en cas d'incapacité de gain, est ainsi soumis à la prescription ordinaire décennale (art. 127 CO) et n'est donc manifestement pas prescrit. Les rentes périodiques se prescrivent pour leur part chacune par deux ans. Le demandeur ayant ouvert action le 22 janvier 2009, la prescription est par conséquent acquise à la défenderesse pour toute prestation d'assurance échue avant le 22 janvier 2007, et les prétentions du demandeur doivent dans cette mesure être rejetées.

V. Pour la période postérieure au 22 janvier 2007, le demandeur, qui a établi l'existence d'un contrat d'assurance, doit démontrer la survenance du risque. Selon lui, ce risque est l'"incapacité de gain", par quoi il faudrait comprendre l'"incapacité de travail" uniquement, indépendamment d'une éventuelle perte de gain. La défenderesse soutient au contraire que le risque assuré est l'incapacité de "gain", soit l'incapacité de se procurer un revenu par son travail ou un gain équivalent.

a) La LCA établit une distinction bipartite de l'assurance, distinguant l'assurance contre les dommages (art. 48 à 72 LCA) d'une part, et l'assurance de personnes, dite aussi assurance de sommes (art. 73 à 96 LCA) d'autre part, sans toutefois définir ces deux notions (TF 5C.19/2006 du 21 avril 2006 c. 2.1 et réf. cit.; TF 4A_332/2010 du 22 février 2011 c. 5.2.3). La seconde se distingue de la première par sa nature non indemnitaire : il s'agit d'une promesse de capital indépendante du montant effectif du préjudice subi par le preneur ou l'ayant droit. En bref, on est en présence d'une assurance de personnes lorsque les parties n'ont subordonné la prestation de l'assureur - dont elles ont fixé le montant lors de la conclusion du contrat - qu'à la survenance de l'événement assuré, sans égard à ses conséquences pécuniaires; on est en revanche en présence d'une assurance contre les dommages lorsque la perte patrimoniale effective constitue une condition autonome du droit aux prestations. Lorsque le contrat d'assurance prévoit le versement à l'assuré d'une indemnité journalière forfaitaire en fonction du seul degré de l'incapacité de travail de l'assuré, il s'agit d'une assurance de sommes; lorsque le droit à l'indemnité est subordonné à la survenance d'une perte effective sur le plan économique et que le montant de l'indemnité dépend des conséquences économiques réelles du sinistre pour l'assuré, il s'agit d'une assurance contre les dommages (TF 4A_332/2010 du 22 février 2011 c. 5.2.3 et les arrêts cités; Bruhlart, Droit des assurances privées, Berne 2008, n. 821, p. 366). Dans l'arrêt TF 4A_332/2010 précité, le Tribunal fédéral a considéré qu'une police d'assurance couvrant "l'incapacité de gain", risque réalisé "lorsque l'assuré, par suite de maladie

constatée par un médecin, ou d'un accident, est partiellement ou totalement hors d'état d'exercer sa profession ou une autre activité lucrative correspondant à sa position ses connaissances ou ses aptitudes", sans référence aux conséquences pécuniaires qu'entraîne une telle impossibilité, était un assurance de sommes ou de personnes (c. 5.2.3). Il a distingué ce cas de deux affaires précédentes, dans lesquelles il avait retenu une assurance de dommage (c. 5.2.4). Dans l'arrêt TF 5C.103/1998 du 29 septembre 1998, l'"incapacité de gain" était ainsi définie comme le fait d'être empêché, par suite de maladie, accident, ou infirmité, d'exercer sa profession ou de déployer une autre activité rémunérée, les CGA précisant toutefois que l'assurance verserait la rente "lorsque l'assuré [ne serait] plus capable de gagner sa vie". L'arrêt TF 5C.21/2007 du 20 avril 2007 concernait pour sa part une affaire dans laquelle l'incapacité de gain, telle que définie dans les conditions générales, supposait non seulement que l'assuré soit hors d'état d'exercer son métier, mais aussi qu'il subisse de façon concomitante une perte de gain ou une perte d'argent équivalente. Dans cette dernière affaire, le Tribunal fédéral a considéré que cette définition du risque indiquait, sans doute possible, l'existence d'une assurance de dommage (TF 5C.21/2007 du 20 avril 2007 c. 3.2).

b) La détermination de la nature juridique des prestations fait appel aux règles d'interprétation ordinaires des contrats (art. 18 CO; loi fédérale complétant le code civil suisse [livre cinquième : droit des obligations] du 30 mars 1911; RS 220). A défaut de règles spécifiques dans la LCA, l'interprétation du contrat d'assurance, comme celle des conditions générales applicables à la police qui en font partie intégrante, est régie par les principes qui prévalent en général pour l'interprétation de tout contrat. Il convient par conséquent de rechercher en premier lieu la réelle et commune intention des parties sans s'attacher aux expressions dont elles ont pu se servir. A défaut de pouvoir déterminer la volonté commune des parties, il y a lieu de tabler sur une volonté hypothétique en recourant notamment au principe de la confiance. Les déclarations des parties doivent être interprétées comme peut les comprendre un tiers de bonne foi placé dans les mêmes circonstances. Il convient de partir en premier lieu du texte de la clause. En principe, les termes choisis par les

cocontractants seront compris dans leur sens objectif. Un texte clair doit notamment prévaloir, dans le processus d'interprétation, contre les autres moyens d'interprétation. L'interprétation purement littérale est toutefois prohibée; même si la teneur d'une clause contractuelle paraît claire à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances, que le texte de la clause litigieuse ne restitue pas exactement le sens de l'accord voulu. Cela étant, il n'y a pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les cocontractants lorsqu'il n'y a pas de raison sérieuse de penser que celui-ci ne correspond pas à leur volonté (ATF 136 III 186 c. 3.2.1, SJ 2010 I p. 317; TF 4A_332/2010 du 22 février 2011 c. 5.2.2 et les arrêts cités; TF 5C.21/2007 du 20 avril 2007 c. 3; Bruhlart, op. cit., n. 276, pp. 124 s.).

De jurisprudence constante, sont susceptibles d'interprétation les clauses ambiguës. Il n'y a pas lieu à interprétation des clauses claires et précises. L'ambiguïté peut se comprendre d'un texte qui comporte deux ou plusieurs sens possibles. L'imprécision peut constituer une variété d'ambiguïté. S'il convient de rechercher en premier lieu la volonté réelle des parties (art. 18 CO), il s'impose, lorsque cela est impossible, de recourir à l'interprétation selon le principe de la confiance. Ce principe a engendré la règle selon laquelle les clauses équivoques s'interprètent en défaveur de leur rédacteur. L'interprétation d'un contrat obéit ainsi aux règles suivantes : détermination du caractère d'ambiguïté; s'il y a ambiguïté, recherche de la volonté réelle des parties; si cela est impossible, interprétation selon le principe de la confiance; si cela n'est pas possible, mise en œuvre dite des clauses obscures, soit interprétation en défaveur du rédacteur (Bruhlart, op. cit., nn. 292 ss., pp. 132-133).

c) Aux termes du contrat du 18 octobre 1984, le risque litigieux est l'"incapacité de gain". Selon l'art. 1.1 CGA, "il y a incapacité de gain lorsque, par suite de maladie ou d'accident, sur la base de signes objectifs médicalement constatables, l'assuré est incapable d'exercer sa profession ou toute activité conforme à sa position sociale, ses connaissances et ses aptitudes et qu'il subit de ce fait simultanément une perte de gain ou un autre préjudice pécuniaire équivalent."

Comme dans l'arrêt 5C.21/2007 précité (cf. *supra*, c. V/a *in fine*), cette clause ne contient aucune ambiguïté. Le droit aux prestations est subordonné à la double condition que l'assuré subisse une incapacité de travail et une perte d'argent équivalente. Le risque assuré est l'incapacité pour l'assuré d'exercer sa profession ou toute activité conforme à sa position sociale, ses connaissances et ses aptitudes, cette incapacité engendrant simultanément une perte de gain ou un autre préjudice pécuniaire équivalent. Il s'agit donc d'une assurance de dommage, comme le plaide la défenderesse. Il n'est pas établi que les parties aient eu en tête autre chose au moment de la conclusion du contrat.

VI. Le demandeur doit par conséquent établir son incapacité de travail et la perte d'argent équivalente.

a) D'une manière générale, dans le domaine de l'assurance privée, les parties peuvent définir l'incapacité de gain par l'incapacité, pour l'assuré, d'exercer sa profession ou une autre activité lucrative correspondant à sa position sociale, à ses connaissances et à ses aptitudes. C'est alors à l'assureur qu'il appartient de prouver que l'assuré est capable d'exercer une autre activité lucrative correspondant à sa position sociale, à ses connaissances et à ses aptitudes (TF 5C.19/2006 du 21 avril 2006 c. 2.2 et les références citées).

L'art. 61 LCA dispose que lors du sinistre, l'ayant droit est obligé de faire 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 sur les mesures à prendre 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). Cette obligation, qui figure parmi les dispositions spécifiques à l'assurance de dommages, exprime un principe général du droit des assurances (TF 4A_304/2012 du 14 novembre 2012 c. 2.2 non

publié *in* ATF 138 III 799). L'obligation découlant de l'art. 61 LCA peut impliquer l'obligation pour l'assuré de changer d'activité professionnelle, si cela peut raisonnablement être exigé de lui. L'assureur qui entend faire application de l'art. 61 al. 2 LCA doit inviter l'assuré à changer d'activité et lui impartir pour cela un délai d'adaptation approprié. Il incombe à l'assureur qui n'entend pas indemniser la totalité du dommage subi par l'assuré, de prouver que celui-ci a violé son devoir de réduire son dommage (c. 2.3). Ce principe doit toutefois être mis en œuvre en tenant compte des circonstances concrètes et personnelles de l'assuré (c. 2.4). Un indépendant à la tête d'une entreprise ne doit pas être considéré de ce point de vue de la même manière qu'un salarié; il supporte un risque économique accru et, le cas échéant, ne bénéficie pas des prestations de l'assurance-chômage s'il a une capacité de travail entière dans une activité autre que celle garantie par sa police. C'est précisément pour se prémunir contre ce risque économique qu'il souscrit ce type d'assurance, circonstance qui doit être prise en compte au moment où se pose la question de l'allocation (Bruhlart, *op. cit.*, n. 825, pp. 367 s.).

b) Lorsqu'il a souscrit l'assurance, le demandeur a indiqué être gérant indépendant hôtelier-restaurateur.

L'existence d'un droit aux prestations et l'étendue de ce droit dépendent du degré d'incapacité de travail du demandeur et de sa perte de gain subséquente. Celle-ci correspond à la différence entre, d'une part, le salaire qu'il aurait réalisé en l'absence d'incapacité de travail, que l'expert a arrêté au montant annuel net de 90'350 fr. et, d'autre part, les revenus qu'il a effectivement réalisés. Ces revenus effectifs comprennent, à dire d'expert, les montants versés par M. _____ jusqu'au 31 décembre 2009, qui correspondent aux prestations d'assurance de [...] et [...], dite société ayant perçu ces prestations en lieu et place du demandeur. Dès le 1^{er} janvier 2010, ce dernier a toutefois perçu ces indemnités en ses mains, de sorte qu'elles seront dans cette mesure directement prises en compte.

L'art. 2.2 CGA prévoit que la rente est due intégralement si le degré d'incapacité du demandeur est d'au moins 66 2/3 %, qu'elle est due

en proportion du degré d'incapacité lorsque ce dernier est compris entre 25 % et 66 2/3 %, mais qu'aucune rente n'est due en cas d'incapacité d'un degré inférieur à 25 %. Le droit à l'indemnisation n'apparaît en outre qu'à l'échéance d'un délai d'attente de trois mois.

c) Au vu de la capacité de travail fluctuante du demandeur telle qu'elle ressort des constatations de l'expert, il faut distinguer les périodes suivantes :

aa) Entre le 22 janvier 2007 et le 15 août 2008, le demandeur avait une capacité de travail de 80 % en qualité de restaurateur en charge de la supervision du personnel, ce qui correspond à l'activité assurée. L'incapacité de travail subie par le demandeur n'atteignait ainsi pas le degré minimal de 25 % ouvrant le droit à la rente, de sorte qu'aucune indemnisation n'est due pour cette période.

bb) Le 16 août 2008, le demandeur a eu un accident de la route, qui a entraîné une incapacité de travail totale jusqu'au mois d'août 2009.

Il faut ainsi déterminer dans quelle mesure une éventuelle perte de gain subie entre le 16 août 2008 et le 31 août 2009 (un an et seize jours) doit être indemnisée.

Pour cela, il faut d'abord déterminer le revenu sans incapacité de gain du demandeur. Celui-ci a fait valoir que l'on devrait retenir, à cet égard, le revenu qu'il réalisait lorsqu'il exploitait le Buffet de la Gare [...] jusqu'à fin mai 2004. L'expert s'est quant à lui fondé sur la salaire annuel moyen réalisé par le demandeur du 1^{er} avril 2004 jusqu'à fin 2006.

Il convient de se fonder sur le montant retenu par l'expert pour les raisons suivantes. Selon l'expert, l'exploitation du restaurant [...], de la buvette de la plage et du magasin du camping, qui était saisonnière, ne pouvait être aussi lucrative que celle du Buffet de la Gare [...], ce dont le demandeur devait être conscient. Il n'y a aucune raison de s'écarter de cet

avis qui suffit à exclure que l'on se fonde sur les revenus réalisés au Buffet de la Gare [...]. On ne peut d'ailleurs, de manière générale, se fonder sur un revenu antérieur, réalisé dans une autre activité, supérieur à celui réalisé lorsque le sinistre est survenu. Or, les parties ont admis que le demandeur n'était nullement atteint dans sa santé lorsqu'il a repris l'exploitation du restaurant [...], et que ses problèmes de santé sont apparus ultérieurement.

A cela, le demandeur objecte qu'il était déjà partiellement incapable de travailler durant la période prise en considération par l'expert. Comme on vient de le voir, le demandeur n'était pas atteint dans sa santé lorsqu'il a repris l'exploitation du restaurant [...]. Il est vrai que ses problèmes de dos sont apparus en 2004. Selon l'expertise médicale, il était affecté d'une incapacité variable, importante dans une activité de cuisinier, serveur ou traiteur, moindre dans une activité de gérant. Or, il ressort de l'expertise comptable que dans l'exploitation du restaurant des Grèves, qui avait moins de personnel que le Buffet de la Gare, le demandeur devait davantage "mettre la main à la pâte". Il résulte toutefois également de l'expertise comptable que l'exercice 2005 de la société M. _____ a été déficitaire, se soldant par une perte de 145'821 fr. 62, et que cette perte est due à des charges de personnel trop importantes, induites par la nécessité de remplacer le demandeur lorsqu'il était en incapacité de travail. Cela signifie que celle-ci, par l'engagement de personnel supplémentaire, a influé non pas sur le salaire du demandeur, mais bien sur les résultats de la société.

Le demandeur ne peut par ailleurs se fonder sur le revenu du précédent exploitant du restaurant [...], mentionné en l'audience par l'expert. Rien n'a été allégué à ce sujet, et on ignore totalement dans quelles circonstances, selon quelle organisation et de quelle manière ce revenu était réalisé.

Enfin, il faut relever que selon le demandeur, le salaire qu'il a reçu de M. _____ depuis 2005 aurait été un "salaire social", qui ne saurait servir de base au calcul d'une perte de gain. En réalité, jusqu'en

2010, la société percevait les indemnités de [...] et [...] et lui versait un salaire. Il ne faut ainsi pas tenir compte de ce revenu à double (comme indemnité et comme salaire), mais cela ne signifie pas, comme le souhaiterait le demandeur, que l'on n'en tienne pas compte du tout.

On se fondera ainsi sur le salaire annuel de 90'350 fr., soit le salaire moyen retenu par l'expert, augmenté *pro rata temporis* afin de tenir compte des seize jours du mois d'août 2008, selon ce qui suit : le salaire mensuel moyen du demandeur est de 7'529 fr. 15, de sorte que son salaire pour les seize jours du mois d'août 2008 correspond à 16/31^e de ce montant, soit 3'886 francs. Le salaire déterminant du demandeur pour cette période est donc de 94'236 fr. (3'886 fr. + 90'350 francs).

Le revenu du demandeur pour l'année 2008 s'est élevé à 70'760 francs, ce dont il découle un salaire mensuel moyen de 5'896 fr. 65. Les revenus du demandeur entre le 16 août et le 31 décembre 2008 (quatre mois et seize jours) équivalent à quatre fois le salaire mensuel, plus 16/31^e de ce montant, soit en tout 26'630 fr. 05. Pour l'année 2009, le revenu annuel du demandeur a été de 73'197 fr., soit un salaire mensuel de 6'099 fr. 75. Le revenu réalisé du 1^{er} janvier au 31 août 2009 (huit mois) est donc de 48'798 francs. Les revenus pertinents du demandeur pour la période du 16 août 2008 au 31 août 2009 s'élèvent dès lors à 75'428 fr. 05 (26'630 fr. 05 + 48'798 francs).

La perte de gain du demandeur pour cette même période s'élève ainsi à 18'807 fr. 95 (94'236 fr. - 75'428 fr. 05). Au vu du délai d'attente de trois mois prévu par le contrat, l'indemnisation de cette perte de gain doit toutefois être réduite en proportion, à 14'294 fr. 05 (18'807 fr. 95 / 12,5 mois x 9,5 mois). Cette indemnité est due avec intérêt à 5 % à compter du 9 avril 2009 (échéance moyenne).

cc) Au 1^{er} septembre 2009, la capacité de travail du demandeur se situait à 30 % sur le plan somatique et à 70 % d'un point de vue psychique. Sa capacité de travail a ensuite augmenté progressivement jusqu'à atteindre 70 % au mois d'août 2010. La Cour

retient dès lors, pour la période du 1^{er} septembre 2009 au 31 août 2010 (un an), une capacité de travail moyenne de 50 %.

Le revenu déterminant du demandeur correspond ici à son salaire annuel net de 90'350 francs. S'agissant de ses revenus effectifs, l'expert a établi qu'ils s'élevaient à 73'197 fr. pour l'année 2009. Le salaire correspondant à la période du 1^{er} septembre au 31 décembre 2009 (quatre mois) représente le tiers de ce montant, soit 24'399 francs. Dès le 1^{er} janvier 2010, le demandeur a en outre directement perçu des prestations de [...] et [...], à hauteur de 83'829 fr. pour la première année. La période du 1^{er} janvier au 31 août 2010 (huit mois) correspond aux deux tiers de ce montant, soit 55'886 francs. Il faut dès lors prendre en compte des revenus effectifs de 80'285 fr. (24'399 fr. + 55'886 francs).

Il en découle une perte de gain de 10'065 fr. (90'350 fr. - 80'285 fr.), qui doit être indemnisée, conformément à ce que prévoient les conditions générales, en proportion du degré d'incapacité du demandeur, soit par moitié. L'indemnité pour la période ici en cause s'élève ainsi à 5'032 fr. 50, avec intérêt à 5 % dès le 1^{er} mars 2010 (échéance moyenne).

dd) La capacité de travail du demandeur s'est par la suite maintenue à 70 % dès le 1^{er} septembre 2010 et jusqu'au jour de l'expertise.

Le salaire déterminant pour les quatre mois compris dans la période du 1^{er} septembre au 31 décembre 2010 représente le tiers du salaire annuel de 90'350 fr., soit 30'116 fr. 65. Les revenus effectifs du demandeur comprennent quant à eux le solde des prestations de [...] et [...] pour l'année 2010 (cf. point précédent), soit 27'943 francs. La perte de gain est par conséquent de 2'173 fr. 65 (30'116 fr. 65 - 27'943 francs).

Le demandeur doit être indemnisé pour cette perte de gain à hauteur de son degré d'incapacité de 30 %, savoir par 652 fr. 10, plus intérêt à 5% à compter du 1^{er} novembre 2010 (échéance moyenne).

ee) Pendant l'année 2011, les prestations de [...] et [...] se sont élevées, à dire d'expert, à 96'670 fr. 10, et couvraient ainsi le salaire annuel déterminant de 90'350 francs. Le demandeur n'a ainsi subi aucune perte de gain susceptible d'indemnisation pour l'année 2011.

ff) S'agissant de l'année 2012, le demandeur, qui supporte le fardeau de la preuve d'une perte de gain (cf. *supra*, c. III), n'a pas établi ses revenus effectifs et, partant, l'existence d'une telle perte. Il échoue ainsi à démontrer l'existence d'un droit à indemnisation pour cette année et ce chef de prétentions doit être rejeté.

VII. Le demandeur exige encore le remboursement des primes d'assurance versées depuis le 1^{er} avril 2005, soutenant les avoir payées alors qu'il était libéré de cette obligation en raison d'une incapacité de gain.

a) A l'instar de ce qui précède (cf. *supra*, c. IV), on examinera en premier lieu dans quelle mesure la défenderesse peut se prévaloir de la prescription à l'encontre de ces prétentions.

L'art. 46 al. 1 LCA vise les créances découlant du contrat d'assurance, notamment la prétention de l'ayant droit à la prestation d'assurance et celle de l'assureur au versement de la prime. A celles-ci s'ajoutent les prétentions découlant du rapport d'assurance, comme celles de l'assuré au remboursement d'une part de ses primes selon l'art. 24 LCA ou les prétentions en dommages-intérêts basées sur le contrat. Les autres prétentions, fondées sur un enrichissement illégitime ou un acte illicite, ne ressortissent pas à l'art. 46 LCA (CREC I, 28 octobre 2009/553 c. V/c/aa; Brulhart, op. cit., n. 867, p. 385 s.). Le remboursement de primes versées se prescrit ainsi par un an, en application de l'art. 67 al. 1 CO.

b) Le demandeur est partie au contrat d'assurance et a bénéficié des prestations prévues par ce contrat jusqu'au 31 mars 2005. Dans ces conditions, il devait savoir qu'en cas d'incapacité de gain, il

serait libéré du paiement des primes. Dès lors, le délai de prescription pour chaque prime qu'il soutient avoir versée à tort court à compter du jour du paiement correspondant.

Le contrat couvre la période du 1^{er} octobre 1984 au 1^{er} octobre 2019, les primes étant dues semestriellement, soit les 1^{er} avril et 1^{er} octobre de chaque année. Le demandeur s'est acquitté des primes pour les années 2006 et 2007 et il n'est pas établi qu'il l'ait fait avec du retard. Le dernier versement concernant cette période a donc eu lieu le 1^{er} octobre 2007, pour la période allant jusqu'au 30 mars 2008. La prescription est ainsi acquise à la défenderesse dès le 1^{er} octobre 2008. Il en découle que les prétentions du demandeur, qui a ouvert action le 22 janvier 2009, sont prescrites s'agissant des primes pour les années 2006 et 2007. Il ne ressort au surplus pas de l'état de fait que le demandeur ait payé des primes ultérieurement, ce qu'il lui appartenait pourtant d'alléguer et de prouver. Dès lors, ce chef de prétentions doit être intégralement rejeté.

VIII. Selon l'art. 92 al. 1 CPC-VD, des dépens sont alloués à la partie qui obtient gain de cause. Ceux-ci comprennent principalement les frais de justice payés par la partie, les honoraires et les déboursés de son avocat (art. 91 litt. a et c CPC-VD). Les frais de justice englobent l'émolument de justice, ainsi que les frais de mesures probatoires (art. 90 al. 1 CPC-VD; art. 2 aTFJC [tarif du 4 décembre 1984 des frais judiciaires en matière civile, applicable par renvoi de l'art. 99 al. 1 TFJC, tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils, RSV 270.11.5]). Les honoraires et les déboursés d'avocat sont fixés selon les art. 2 al. 1 ch. 2, 3, 5, 19, 20 et 25, 4 al. 2, 7 et 8 aTAV (tarif du 17 juin 1986 des honoraires d'avocat dus à titre de dépens, applicable par renvoi de l'art. 26 al. 2 TDC [tarif du 23 novembre 2010 des dépens en matière civile, RSV 270.11.6]).

A l'issue du litige, le juge doit rechercher lequel des plaideurs gagne le procès sur le principe et lui allouer une certaine somme en remboursement de ses frais, à la charge du plaideur perdant, et non

répartir les dépens proportionnellement aux montants alloués (Poudret/Tappy/Haldy, Procédure civile vaudoise, 3^e éd., Lausanne 2002, n. 3 ad art. 92 CPC-VD. La Chambre des recours a toutefois considéré que lorsque le demandeur obtenait gain de cause sur le principe, mais seulement sur une petite partie de ses conclusions, il se justifiait de compenser les dépens (CREC, 6 juillet 2011/94).

En l'espèce, le demandeur obtient gain de cause sur la question d'une perte de gain, mais la défenderesse obtient partiellement gain de cause sur la question de la prescription. Toutefois, si l'on considère les conclusions prises, on constate que le demandeur n'obtient que 3,6 % de ce qu'il réclamait. Dans ces circonstances, il y a lieu de considérer qu'en réalité, la défenderesse obtient gain de cause sur l'essentiel, et de lui allouer des dépens réduits d'un tiers, à charge du demandeur, qu'il convient d'arrêter à 17'203 fr. 20, savoir :

- a 10'00 fr à titre de participation aux honoraires de
) 0 . son conseil;
- b 500 fr pour les débours de celui-ci;
) .
- c) 6'703 fr 20 en remboursement de son coupon de
. justice.

**Par ces motifs,
la Cour civile,
statuant immédiatement à huis clos,
p r o n o n c e :**

- I. La défenderesse V. _____ SA doit payer au demandeur les sommes suivantes :
 - 14'294 fr. 05 (quatorze mille deux cent nonante-quatre francs et cinq centimes) avec intérêt à 5 % l'an dès le 9 avril 2009;
 - 5'032 fr. 50 (cinq mille trente-deux francs et cinquante centimes) avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} mars 2010;

- 652 fr. 10 (six cent cinquante-deux francs et dix centimes) avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} novembre 2010.

II. Les frais de justice sont arrêtés à 24'479 fr. 60 (vingt-quatre mille quatre cent septante-neuf francs et soixante centimes) pour le demandeur et à 20'109 fr. 60 (vingt mille cent neuf francs et soixante centimes) pour la défenderesse.

III. Le demandeur versera à la défenderesse le montant de 17'203 fr. 20 (dix sept mille deux cent trois francs et vingt centimes) à titre de dépens.

IV. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.

Le président :

Le greffier :

P. Hack

L. Cloux

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué aux parties le 5 décembre 2013, lu et approuvé à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, aux conseils des parties.

Les parties peuvent faire appel auprès de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal dans les trente jours dès la notification du présent jugement en déposant auprès de l'instance d'appel un appel écrit et motivé, en deux exemplaires. La décision qui fait l'objet de l'appel doit être jointe au dossier.

Le greffier :

L. Cloux

