

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 29 avril 2015

---

Composition : M. ABRECHT, vice-président  
Mmes Charif Feller et Courbat, juges  
Greffière : Mme Tille

\*\*\*\*\*

**Art. 46 al. 1 LCA; 63 al. 1, 67 al. 1, 127 CO**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.T.**\_\_\_\_\_, à Grandson, demandeur, contre le jugement rendu le 8 novembre 2013 par la Cour civile du Tribunal cantonal dans la cause divisant l'appelant d'avec **Z.**\_\_\_\_\_  
**SA**, à Lausanne, défenderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

## **En fait :**

**A.** Par jugement du 8 novembre 2013, la Cour civile du Tribunal cantonal a dit que la défenderesse Z. \_\_\_\_\_ SA doit payer au demandeur A.T. \_\_\_\_\_ les sommes suivantes: 14'294 fr. 05 avec intérêt à 5 % l'an dès le 9 avril 2009, 5'032 fr. 50 avec intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> mars 2010 et 652 fr. 10 avec intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> novembre 2010 (I), arrêté les frais de justice à 24'479 fr. 60 pour le demandeur et à 20'109 fr. 60 pour la défenderesse (II), dit que le demandeur versera à la défenderesse le montant de 17'203 fr. 20 à titre de dépens (III) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV).

En droit, les premiers juges ont d'abord rejeté la requête du demandeur tendant à la mise en œuvre d'une seconde expertise comptable au motif que dans le rapport du 16 octobre 2012, les experts d'U. \_\_\_\_\_ SA avaient exposé de manière convaincante le fondement de leurs calculs. En outre, la méthode d'évaluation choisie, soit le calcul fondé sur les revenus moyens du demandeur, avait permis aux experts de se prononcer de manière adéquate sur les allégués qui leurs étaient soumis. Enfin, le demandeur ne pouvait rien tirer du résultat d'une expertise rendue dans une autre procédure concernant des allégués et une période d'investigation différents. Sur le fond, les premiers juges ont considéré que le droit découlant du contrat d'assurance du 18 octobre 1984 à être indemnisé en cas d'incapacité de gain était soumis à la prescription ordinaire décennale de l'art. 127 CO (Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220), qui commençait à courir dès le premier arriéré, de sorte que le droit du demandeur n'était manifestement pas prescrit. Quant aux prestations périodiques en tant que telles, elles se prescrivaient chacune par deux ans, conformément à l'art. 46 al. 1 LCA (loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908, RS 221.229.1). Dès lors, la prescription était acquise à la défenderesse pour toute prestation d'assurance échue avant le 22 janvier 2007, dans la mesure où le demandeur avait ouvert action le 22 janvier 2009. Pour la période postérieure au 22 janvier 2007, il revenait au demandeur de démontrer la survenance du risque contractuel correspondant à l'incapacité de gain, les parties ayant conclu une

assurance contre les dommages au sens des art. 48 à 72 LCA. Les premiers juges ont alors retenu qu'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 correspondait à l'activité assurée, mais n'atteignait pas le degré minimal de 25 % d'incapacité de travail ouvrant le droit à la rente. Pour la période du 16 août 2008 - date de l'accident de la route dont avait été victime le demandeur - jusqu'au 31 août 2009, le demandeur s'était trouvé en incapacité de travail à 100 %. Dès le 1<sup>er</sup> septembre 2009, la capacité de travail du demandeur se situait à 30 % sur le plan somatique et à 70 % sur le plan psychique. Sa capacité de travail avait ensuite augmenté pour atteindre 70 % au mois d'août 2010, de sorte que les premiers juges ont retenu, pour la période du 1<sup>er</sup> septembre 2009 au 31 août 2010, une capacité de travail moyenne de 50 %. Les premiers juges ont ensuite examiné dans quelle mesure l'incapacité de travail du demandeur justifiait l'allocation de prestations d'assurance en comparant, sur la base du rapport d'expertise comptable, le salaire que le demandeur aurait réalisé en l'absence d'incapacité de travail et le revenu effectivement réalisé. Ils ont ainsi retenu une perte de gain de 18'807 fr. pour la période du 16 août 2008 au 31 août 2009, de 10'065 fr. pour la période du 1<sup>er</sup> septembre 2009 au 31 août 2010, à réduire de moitié proportionnellement à l'incapacité du demandeur, et de 2'173 fr. du 1<sup>er</sup> septembre au 31 décembre 2010, en tenant compte des prestations de SWICA et Gastrosocial perçues par le demandeur. S'agissant des primes dont le demandeur était censé être libéré en cas d'incapacité de gain, les premiers juges ont considéré que la prescription d'un an était acquise à la défenderesse dès le 1<sup>er</sup> octobre 2008, dès lors que le demandeur, qui avait bénéficié de prestations jusqu'au 31 mars 2005, devait depuis lors savoir qu'en cas d'incapacité de gain, il serait libéré du paiement des primes et qu'il n'avait rien entrepris pour interrompre la prescription. Les prétentions du demandeur à titre de libération de primes, qui avait ouvert action le 22 janvier 2009, étaient donc prescrites pour les années 2006 et 2007.

**B.** Par acte du 4 décembre 2014, A.T.\_\_\_\_\_ a formé appel contre ce jugement, concluant, sous suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens que Z.\_\_\_\_\_ SA lui doit paiement de la somme de 458'097 fr. plus intérêts à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> septembre 2007 sur 338'097 fr. et dès le 1<sup>er</sup> avril 2011 sur 120'000 fr., subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause à la Cour civile du Tribunal cantonal.

Par réponse du 20 mars 2015, Z.\_\_\_\_\_ SA a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'appel.

**C.** La Cour d'appel civile retient les faits suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

**1.** Le demandeur A.T.\_\_\_\_\_ est né le [...] 1954. Il a effectué un apprentissage de cuisinier et a toujours travaillé dans le milieu de la restauration.

La défenderesse Z.\_\_\_\_\_ SA a pour but social l'exploitation par souscription directe ou par voie de réassurance de l'assurance sur la vie humaine.

**2.** Le 15 septembre 1984, le demandeur et son épouse B.T.\_\_\_\_\_ ont signé une proposition d'assurance vie et décès auprès de la défenderesse. Ils ont indiqué exercer la profession de "gérant et gérante indépendants hôtelier-restaurateur".

**3.** Le 18 octobre 1984, les époux T.\_\_\_\_\_ ont conclu avec la défenderesse un contrat d'assurance (police n°...)[...] portant sur le versement d'un montant de 300'000 fr. en cas de décès de l'un ou l'autre d'entre eux durant la période du 1<sup>er</sup> octobre 1984 au 1<sup>er</sup> octobre 2019. Le contrat instituait 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.

A titre de prestations supplémentaires, le contrat assurait notamment au demandeur le versement d'une rente annuelle de 60'000 fr. en cas d'incapacité de gain avant le 1<sup>er</sup> octobre 2019 et au maximum jusqu'à cette date, après un délai d'attente de trois mois. La prime fixée s'élevait à 3'809 fr. 70 par semestre, payable le 1<sup>er</sup> octobre et le 1<sup>er</sup> avril de chaque année, la première fois le 1<sup>er</sup> octobre 1984.

Le contrat d'assurance renvoyait aux conditions générales applicables "édition 6.1983", lesquelles comprenaient notamment les Conditions complémentaires de l'assurance rente d'incapacité de gain Nr. 4004 (ci-après: CGC 4004) et les Conditions complémentaires relatives à la libération du paiement des primes futures en cas d'incapacité de gain Nr. 4005 (ci-après: CGC 4005).

L'art. 1 ch. 1 CGC 4004 définissait 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, la rente annuelle convenue était payable intégralement si le degré d'incapacité de gain était de 66 2/3 % au moins. Si le degré d'incapacité se situait entre 25 et 66 2/3 %, la rente était versée en proportion du degré d'incapacité. Enfin, aucune prestation n'était versée en cas de degré d'incapacité inférieur à 25 % (art. 2.2 CGC 4004).

Selon l'art. 2.3 CGC 4004, les prestations étaient 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 était payable trimestriellement à terme échu, la première fois au prorata du temps écoulé jusqu'à la fin du trimestre en cours.

L'art. 3 CGC 4004 prévoyait par ailleurs une participation aux excédents de la défenderesse, même en cas de libération partielle de l'obligation de payer les primes futures, proportionnellement à la part de prime restant à sa charge.

A titre de prestation assurée, l'art. 2 CGC 4005 prévoyait la libération pour l'assuré, partiellement ou totalement, de l'obligation de payer les primes futures dès le 61<sup>e</sup> jour si l'incapacité de gain avait duré plus de 60 jours consécutifs. Selon l'art. 3.6 CGC 4005, s'agissant de la restitution de la prime, en cas de libération de l'obligation de payer les primes futures, la prime déjà payée pour la période subséquente était restituée proportionnellement au degré d'incapacité.

**4.** A partir de 1984, le demandeur a dirigé avec son épouse le Buffet de la Gare [...]. Parallèlement, les époux T.\_\_\_\_\_ exerçaient une activité de traiteurs.

Par lettre du 28 août 2003, se référant à un entretien du même jour, le demandeur a informé les Chemins de Fer Fédéraux (CFF) qu'il allait cesser son activité au 31 mai 2004, au motif que selon décision de la Municipalité d'[...], il ne serait plus possible, sauf rénovation importante, d'exploiter le stand extérieur au-delà du mois d'octobre 2003. Or aucun partenaire potentiel n'était susceptible de faire un investissement conséquent compte tenu de "l'échéance irrévocable du 30 juin 2008", la rentabilité et l'amortissement n'étant pas envisageables en cinq ans.

**5.** Le 31 octobre 2003, les époux T.\_\_\_\_\_ ont inscrit au registre du commerce une société à responsabilité limitée, T.\_\_\_\_\_ Sàrl, dont le demandeur est associé-gérant et son épouse associée-directrice.

**6.** Dès le mois d'avril 2004, le demandeur et son épouse ont repris, par l'intermédiaire de T.\_\_\_\_\_ Sàrl, dont ils étaient salariés, la direction d'un établissement ouvert uniquement de mars à octobre, situé

dans l'enceinte du camping ...][...] à ...][...] qui comportait le restaurant [...], la buvette de la plage et le magasin du camping.

**7.** Depuis lors, le demandeur a connu de plus en plus de 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. Le demandeur s'est trouvé 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> avril 2005. La défenderesse a indemnisé le demandeur jusqu'à et y compris le mois de mars 2005.

**8.** 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 ...][SWICA Organisation de santé, le Dr...] S. \_\_\_\_\_ évaluait la capacité de travail du demandeur à 20 %.

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

**10.** Dans un rapport du 21 juin 2006, le Dr...] G. \_\_\_\_\_, 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."

**11.** En juin 2006, à la demande de la défenderesse, le demandeur a été examiné par le Dr D.\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en médecine interne générale et en rhumatologie. Dans son rapport du 27 juin 2006, ce médecin a relevé que le demandeur avait auparavant exercé une activité de cuisinier à 80 % au Buffet de la gare [...], alors qu'il assumait au restaurant [...] et comme traiteur une activité de gestionnaire à 80 %. Sachant qu'il ne devait rien porter, le demandeur avait engagé un employé qui le suivait en permanence. Les conclusions de ce rapport, s'agissant de la capacité de travail du demandeur, étaient 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<sup>er</sup> avril 2005, se fondant sur le rapport du Dr D.\_\_\_\_\_, la défenderesse n'a plus versé la rente due en cas d'incapacité de gain.

**12.** Dans son rapport du 24 janvier 2007 fondé sur un examen rhumatologique effectué le 19 décembre 2006, le Dr...] L.\_\_\_\_\_, du Service Médical Régional de l'AI (SMR), a constaté que le demandeur ne travaillait plus du tout depuis les mois de juin-juillet 2006. 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 adaptée aux limitations fonctionnelles, la capacité de travail a toujours été complète".

Dans son rapport d'examen du 19 février 2007, le Dr P.\_\_\_\_\_, se fondant également sur un examen clinique effectué le 19 décembre 2006 pour le SMR, a confirmé les conclusions du rapport du 24 janvier 2007 du Dr L.\_\_\_\_\_, ajoutant cependant que "au vu de sa démonstrativité dans son syndrome douloureux, il sera difficile de motiver l'assuré pour la réalisation de mesures professionnelles".

**13.** Le 13 novembre 2007, l'OAI a établi un rapport final mentionnant ce qui suit :

"Dans notre rapport initial, nous proposons que M. A.T.\_\_\_\_\_ suive des cours intensifs de management liés à l'hôtellerie et à la restauration, dispensés par l'...JIFCAM, 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).

(...)

Toutefois, (...)A.T.\_\_\_\_\_ nous annonce qu'il a d'autres projets en tête et qu'il vient de signer pour la reprise du restaurant de [...] ...][...]. 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. (...)"

**14.** De fait, à la fin de l'année 2006, les époux A.T.\_\_\_\_\_ avaient trouvé un repreneur et ont cessé l'exploitation du restaurant [...]. Dès le 1<sup>er</sup> octobre 2007, la société T.\_\_\_\_\_ Sàrl a repris l'exploitation de [...],

tout en continuant en parallèle à offrir des prestations de traiteur. Dans le cadre de cette activité, le demandeur et son épouse étaient tous deux salariés de la société T.\_\_\_\_\_ Sàrl. Le demandeur dirigeait l'établissement et donnait des directives à son personnel.

**15.** Par lettre du 22 juin 2007, la défenderesse a mis le demandeur en demeure de payer la prime d'assurance échue au 1<sup>er</sup> 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. Le demandeur s'est ensuite, à une date indéterminée, acquitté des primes d'assurance pour les années 2006 et 2007.

**16.** Par lettre du 10 janvier 2008 adressée à la défenderesse, le demandeur, agissant par l'intermédiaire de sa protection juridique [...], a notamment fait valoir que dans son rapport médical du 27 juin 2006, le Dr D.\_\_\_\_\_ 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 D.\_\_\_\_\_ par courrier du 20 juillet 2006. L'assurance de protection juridique du demandeur a réitéré ses remarques par lettre du 26 mars 2008, apportant les corrections suivantes s'agissant de la capacité de travail retenue par le Dr D.\_\_\_\_\_ :

"- Monsieur A.T.\_\_\_\_\_ 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 lettre du 11 avril 2008, la défenderesse a répondu notamment ce qui suit :

"(...)

M. A.T.\_\_\_\_\_ a exploité le Buffet de la Gare à ...][...] puis repris le restaurant [...] à ...][...], tout en dirigeant son service traiteur en annexe.

En novembre 2007, M. A.T. \_\_\_\_\_ a repris l'Hôtel de Ville à ...][...] tout en poursuivant l'exploitation de son service traiteur.

Dans un précédent courrier, M. A.T. \_\_\_\_\_ 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 A.T. \_\_\_\_\_ s'occupait alors principalement de la gestion du restaurant.

Dès lors que les qualités culinaires de M. A.T. \_\_\_\_\_ 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 [...] et de l'Hôtel de Ville ...][...].

Ce sont clairement ses qualités de gérant qui ont permis à M. A.T. \_\_\_\_\_ 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. (...)"

**17.** Le 15 mai 2008, l'Office d'assurance invalidité (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 % 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.

**18.** Par lettre du 17 juin 2008 à la défenderesse, le demandeur a demandé à être indemnisé pour la période du 1<sup>er</sup> avril 2005 au 30 septembre 2007.

**19.** Le 16 août 2008, le demandeur a été victime d'un accident de la circulation qui a nécessité son hospitalisation du 17 août au 12 septembre 2008. Il ressort du rapport du 22 octobre 2008 du Dr [...], médecin chef auprès du Service de chirurgie orthopédique d'Yverdon-les-

Bains, que le demandeur a souffert d'une fracture du pilon tibial gauche traitée chirurgicalement, d'une contusion au genou gauche, d'une fracture costale basale gauche et d'une lésion en deux temps de la rate traitée par splénectomie, soit une ablation de la rate. Le rapport mentionnait qu'une reprise d'une activité professionnelle en tant que restaurateur indépendant n'était pas prévisible avant six à neuf mois posttraumatiques et que l'activité de cuisinier ne pourrait probablement jamais être reprise.

**20.** Le 11 janvier 2009, le demandeur a déposé une nouvelle demande de prestations de l'assurance-invalidité.

Le Dr Z. \_\_\_\_\_ a établi un rapport d'expertise orthopédique le 31 août 2009. Il a évalué l'incapacité de travail du demandeur consécutive à l'accident de 100 % du 16 août 2008 au 25 août 2009. Depuis le 26 août 2009, sa capacité de travail a été évaluée à 0 % comme restaurateur s'occupant de la cuisine, 80 % comme restaurateur s'occupant de la supervision du personnel et entière dans une activité adaptée.

**21.** Par demande du 22 janvier 2009 adressée à la Cour civile du Tribunal cantonal, 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<sup>er</sup> 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.

**22.** Dans un avis médical du 4 novembre 2009, le SMR a estimé que le degré d'incapacité antérieur à l'accident du 16 août 2008 demeurerait celui fixé dans le rapport du 19 février 2007.

**23.** Dans un rapport du 18 novembre 2009, le Dr...] X.\_\_\_\_\_, psychiatre du demandeur, a retenu une capacité de travail du demandeur de 100 % d'un point de vue psychique.

**24.** 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 était intéressé par des postes de directeur dans le domaine des ressources humaines. 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 (loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959, RS 831.20), sous la forme de cours informatiques Excel et Word avec versement d'indemnités journalières. Du 1<sup>er</sup> avril au 11 avril 2010, le demandeur a bénéficié d'indemnités journalières d'attente au sens de l'art. 18 RAI (règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961, RS 831.201), 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<sup>er</sup> juin au 1<sup>er</sup> 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. Le 2 septembre 2010, l'OAI a décidé de prolonger, 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<sup>er</sup> avril 2010 au 1<sup>er</sup> avril 2012, le demandeur ne pouvait pas exercer d'activité lucrative.

Dans son rapport du 20 juin 2011, [...], chez qui le demandeur avait effectué un stage, mentionnait à propos du demandeur que "grâce à son expérience de chef d'entreprise, il sait comment leur parler, est persuasif et habile négociateur. (...) M. A.T. \_\_\_\_\_ a également formulé la stratégie qu'il faut suivre pour atteindre le but grâce à sa vue stratégique, une de ses grandes forces". Le taux de présence du demandeur au stage a été de 20 à 25 % à tout le moins jusqu'au mois de novembre 2011.

**25.** Le 21 juin 2011, le SMR a rendu un avis médical, signé par le Dr [...], qui avait notamment la teneur suivante :

"L'instruction initiale SMR s'était clos [sic] 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. (...) Le BREM a été mandaté par le Tribunal d'arrondissement de la Broye et du nord vaudois, 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.

(...) 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 BREM 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."

**26.** 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<sup>er</sup> avril 2012.

**27.** Le demandeur a été victime d'un nouvel accident de la route le 28 novembre 2011. Il s'est alors trouvé en incapacité de travail à 100 % durant plusieurs semaines.

**28.** Dans le cadre de la procédure ouverte devant la Cour civile, une expertise médicale a été confiée au ...]Bureau romand d'expertises

médicales (...]BREM, actuellement ...]BEM), au nom duquel les Dresses [...], spécialiste FMH en rhumatologie et médecine interne, [...], spécialiste FMH en psychiatrie et psychothérapie, et [...], psychologue et neuropsychologue, ont déposé un rapport final le 14 décembre 2011. Les conclusions de ce rapport, telles que retenues par les premiers juges, étaient les suivantes:

"A dire d'expert, sur le plan psychique, le demandeur ne présente 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 était 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 sérétoninergique 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 ...]d'[...] en 2006. Durant la période du complexe [sic] 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<sup>er</sup> 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 ...]CHUV (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 L.\_\_\_\_\_ du 19 décembre 2006 ainsi qu'à celui du Dr P.\_\_\_\_\_ 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%."

**29.** Une expertise comptable a également été ordonnée en cours d'instruction et confiée à la société fiduciaire U. \_\_\_\_\_ SA. Le rapport a été déposé le 16 octobre 2012, et peut être résumé comme suit, comme l'ont fait les premiers juges :

"De 1998 à 2004, les comptes du Buffet de la Gare ...]d'[...] exploité par les époux T. \_\_\_\_\_ ont laissé 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 (...). 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 T.\_\_\_\_\_ Sàrl 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 ...]Buffet de la Gare d'[...] 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 T.\_\_\_\_\_ Sàrl 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<sup>er</sup> 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 ...]d'[...], 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 ...]SWICA et de ...]GastroSocial : (...). Au total, pendant toute cette période, le demandeur a ainsi perçu de la ...]SWICA et de ...]GastroSocial des indemnités annuelles moyennes de 82'232 fr. 76. Quant aux salaires nets du demandeur versés par T.\_\_\_\_\_ Sàrl, ils se sont élevés en moyenne annuelle à 66'333 fr. 57 du 1<sup>er</sup> avril 2004 au 31 décembre 2009 (...). Les indemnités d'assurances ont été perçues par T.\_\_\_\_\_ Sàrl 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 T.\_\_\_\_\_ Sàrl 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 T.\_\_\_\_\_ Sàrl 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 ...]SWICA 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 T.\_\_\_\_\_ Sàrl a perçu 69'116 fr. 35 de ...]SWICA. Le salaire perçu par le demandeur a donc correspondu aux indemnités reçues de ...]SWICA, 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 ...]d'[...]) 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<sup>er</sup> avril 2010 au 1<sup>er</sup> 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 ...]d'[...] jusqu'en 2004. Du 1<sup>er</sup> 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 ...]SWICA et ...]GastroSocial 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."

**30.** 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., plus intérêts à 5 % l'an depuis le 1<sup>er</sup> avril 2011 (date moyenne).

Lors de l'audience de jugement du 8 novembre 2013, l'expert K.\_\_\_\_\_, directeur d'U.\_\_\_\_\_ SA, a été entendu au sujet du rapport d'expertise comptable rendu le 16 octobre 2012. Il a notamment précisé que, s'agissant du développement des affaires du Restaurant [...] espéré par le demandeur, il avait disposé des résultats du précédent tenancier du restaurant. Il n'avait 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 avait directement reçues, était de 78'114 fr., soit 624'000 fr. divisés par huit. Ces chiffres ressortaient des pièces reçues, à savoir les certificats de salaire et les décomptes de ...]SWICA et ...]GastroSocial.

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. Les premiers juges ont rejeté la requête du demandeur dans le jugement attaqué (cf. jugement p. 24 let. b).

Au total, sept témoins ont été entendus. [...], fils du demandeur, a notamment déclaré que lorsqu'il travaillait à l'Hôtel de ville d' [...], son père ne maniait pas lui-même les casseroles et ne participait pas au service, en raison de ses problèmes de dos. Il ne s'occupait pas non plus des tâches administratives, le témoin s'en chargeant. Selon le témoin, l'état de santé de son père était bon, voire très bon jusqu'en 2003-2004, et c'était en 2004 qu'il avait commencé à souffrir de gros problèmes de dos, raison pour laquelle il avait engagé du personnel supplémentaire en cuisine. Le demandeur et son épouse avaient remis le restaurant [...] en 2009, principalement à cause des conséquences de l'accident de voiture dont son père avait été victime.

[...], cuisinier ayant travaillé pour le demandeur de 1991 à 2006-2007, a déclaré qu'à la période du restaurant [...], le demandeur ne maniait plus de casseroles et ne portait plus rien de lourd, en raison de ses problèmes de dos.

Le témoin [...], ami du demandeur, a quant à lui notamment déclaré que le demandeur avait dû remettre l'exploitation du restaurant [...] après son accident.

Les premiers juges ont en outre entendu [...], employée de la défenderesse en charge du dossier du demandeur, ainsi que [...], directeur adjoint auprès de la défenderesse. Le témoin [...], psychologue et conseillère en orientation professionnelle, avait fait la connaissance du demandeur dans le cadre de la procédure de demande de prestations AI. Elle avait procédé à un bilan de compétences et le demandeur avait

ensuite effectué un stage dans le domaine du conseil en placement de personnel et suivi des cours d'informatique. Le témoin a précisé que le demandeur percevait des indemnités journalières sur un taux de 100 %. Le témoin [...], coach au sein de [...] et partenaire externe de l'Office AI, a exposé que le demandeur avait effectué un stage dans sa société du mois d'avril 2011 au mois de mars 2012, étant précisé qu'il s'était trouvé en incapacité totale de travail de novembre 2011 à février 2012. Le stage avait été arrêté en avril 2012 car la société n'avait plus de place à offrir. Le témoin a confirmé que le demandeur s'était montré très engagé durant son stage, et qu'il avait fourni de gros efforts qui le fatiguaient passablement. Il a précisé qu'il touchait alors uniquement les indemnités AI, mais aucun salaire.

**31.** Par requête de conciliation du 5 février 2014, le demandeur a ouvert action contre la défenderesse s'agissant du paiement d'une rente d'invalidité dès le 1<sup>er</sup> avril 2012.

**32.** Le 31 mars 2014, la défenderesse a transmis au demandeur un décompte des prestations assurées pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 31 mars 2014, pour une rente de 60'000 fr. au taux de 45 %, se fondant sur les explications suivantes:

"Sur la base du projet d'acceptation de rente AI du 23.07.2013 qui fait ressortir une perte de gain de CHF 55'925.- (= 45 %), nous avons procédé à une analyse du préjudice économique. Nous ne reviendrons pas sur les années antérieures à 2012, puisque celles-ci font l'objet d'une procédure pendante auprès de la Cour Civile du Tribunal cantonal à Lausanne (voir dispositif du 05.12.2013). Sur la base de notre analyse, en 2012 et en 2013, la perte de gain a été intégralement compensée par les versements de Gastrosocial (indemnités journalières et rentes). A compter de 2014, sur la base des éléments en notre possession, nous avons estimé que vous subissez un préjudice économique annuel estimé à environ CHF 39'000.-. Dès lors, le versement de notre rente à 45 %, soit CHF 27'000.- par an, n'entraînant pas de surindemnisation, nous sommes en mesure de vous présenter le décompte provisoire suivant: (...)"

Sous déduction de la prime de 3'407 fr. 70 pour le trimestre concerné, le total en faveur du demandeur s'élevait à 4'199 fr. 50.

Par lettre du 11 mars 2015, la défenderesse a notamment écrit au demandeur qu'elle allait tenir compte d'un revenu sans invalidité de 72'079 francs.

**33.** Par décision du 17 septembre 2014, l'OAI a octroyé au demandeur les rentes suivantes:

"Du 1<sup>er</sup> octobre 2008 au 31 décembre 2008, vous avez droit à un quart de rente d'invalidité pour un degré de 40 %.

Du 1<sup>er</sup> janvier 2009 au 30 novembre 2009, vous avez droit à une rente entière d'invalidité pour un degré de 100 %.

Dès le 1<sup>er</sup> décembre 2009, soit trois mois après l'amélioration de votre état de santé, vous avez droit à un trois-quarts de rente d'invalidité pour un degré de 61 %.

La rente est suspendue du 1<sup>er</sup> avril 2010 au 30 juin 2013, période pendant laquelle vous avez bénéficié d'indemnité journalière ininterrompue.

Dès le 1<sup>er</sup> juillet 2013, le trois-quarts de rente (taux de 60 %) est réintroduit."

Le 28 octobre 2014, le demandeur a formé un recours à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal contre les décisions rendues par l'AI le 1<sup>er</sup> octobre 2014, concluant en substance à l'octroi d'une pleine indemnité dès le 1<sup>er</sup> décembre 2009.

### **En droit :**

**1.** Le jugement attaqué a été rendu le 8 novembre 2013, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile

suisse du 19 décembre 2008, RS 272), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC ; ATF 137 III 127 ; ATF 137 III 130 ; Tappy, in CPC commenté, Bâle 2011, nn. 5 ss ad art. 405 CPC).

En revanche, dès lors que la demande a été déposée en 2009, c'est l'ancien droit de procédure, soit le CPC-VD (Code de procédure civile vaudois du 14 décembre 1966, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010), qui s'applique jusqu'à la clôture de l'instance (art. 404 al. 1 CPC).

Le présent appel a pour objet le contrôle de l'ancien droit de procédure, applicable jusqu'à la clôture de l'instance, dès lors que le procès était en cours au 1<sup>er</sup> janvier 2011 (art. 404 al. 1 CPC; Tappy, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure unifiée, in JT 2010 III 11, spéc. pp. 38 à 40).

L'appel est ouvert contre les décisions finales de première instance, dans les causes exclusivement patrimoniales pour autant que la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

Le délai pour former appel est de trente jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC).

**2.** L'appel peut être formé pour violation du droit ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, nn. 2 ss ad art. 310 CPC). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC).

Selon l'art. 311 al. 1 CPC, l'appel doit être motivé, la motivation consistant à indiquer sur quels points et en quoi la décision attaquée violerait le droit et/ou sur quels points et en quoi les faits auraient été constatés de manière inexacte ou incomplète par le premier juge. La Cour de céans n'est pas tenue d'examiner, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui se posent si elles ne sont pas remises en cause devant elle, ni de vérifier que tout l'état de fait retenu par le premier juge est exact et complet, si seuls certains points de fait sont contestés (Jeandin, op. cit., n. 3 ad art. 311 CPC et la jurisprudence constante de la Cour de céans; CACI 10 octobre 2013/537 c. 2.2 ; CACI 1<sup>er</sup> février 2012/75 c. 2a).

### **3.**

**3.1** Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC; Tappy, op. cit., JT 2010 III 136-137). Il appartient à l'appelant de démontrer si ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (Tappy, op. cit., JT 2010 III 136-137 ; JT 2011 III 43 c. 2).

L'instance d'appel peut administrer les preuves (art. 316 al. 3 CPC), notamment lorsqu'elle estime opportun de renouveler l'administration d'une preuve ou d'administrer une preuve alors que l'instance inférieure s'y était refusée, de procéder à l'administration d'une preuve nouvelle ou d'instruire à raison de conclusions ou de faits nouveaux (Jeandin, CPC commenté, n. 5 ad art. 316 CPC). L'art. 316 al. 3 CPC ne confère pas à l'appelant un droit à la réouverture de la procédure probatoire et à l'administration des preuves. L'instance d'appel peut rejeter la requête de réouverture de la procédure probatoire et d'administration d'un moyen de preuve déterminé si l'appelant n'a pas suffisamment motivé sa critique de la constatation de fait retenue par la décision attaquée. Elle peut également refuser une mesure probatoire en

procédant à une appréciation anticipée des preuves, lorsqu'elle estime que le moyen de preuve requis ne pourrait pas fournir la preuve attendue ou ne pourrait en aucun cas prévaloir sur les autres moyens de preuve déjà administrés par le tribunal de première instance, à savoir lorsqu'il ne serait pas de nature à modifier le résultat des preuves qu'elle tient pour acquis (cf. ATF 131 III 222 c. 4.3; ATF 129 III 18 c. 2.6).

**3.2** En l'espèce, l'appelant produit quatre pièces. Les décisions de l'AI (pièce 20), le recours à la Cour des assurances sociales du 28 octobre 2014 (pièce 21) et le document "revenus AVS de l'appelant" (pièce 22) sont recevables, car postérieurs au jugement attaqué. Le certificat de stage de [...] du 21 mai 2012 (pièce 23), en revanche, aurait pu être produit en première instance et est donc irrecevable. De toute manière, la directrice de [...], auteure de la pièce, a été auditionnée par les premiers juges. Par ailleurs, le jugement mentionne le stage effectué par le demandeur et le rapport de [...] du 20 juin 2011 qui mettait ainsi en valeur les qualités de chef d'entreprise du demandeur.

Parmi les pièces produites par l'intimée, seules le décompte de prestations du 31 mars 2014 (Pièce 102), les lettres des 6 mai, 17 décembre 2014 et 11 mars 2015 au demandeur (Pièces 103, 104 et 106) et la requête de conciliation du 5 février 2014 (Pièce 106), sont recevables, car postérieures au jugement attaqué. Ces pièces seront examinées dans la mesure de leur utilité, étant précisé qu'il apparaît d'emblée que la pièce 102 ne concerne pas les années antérieures à 2012.

L'appelant requiert une seconde expertise. Cependant, pour les mêmes raisons que celles exposées par les premiers juges (cf. jugement p. 24 let. b), cette requête doit être rejetée. En effet, l'expertise apparaît comme complète et bien étayée, les experts s'étant prononcés de manière complète sur tous les points soulevés.

#### **4.**

**4.1** L'appelant reproche d'abord aux premiers juges d'avoir considéré que ses prétentions étaient prescrites pour la période du 1<sup>er</sup>

avril 2005 au 22 janvier 2007. Il conteste le "dies a quo" retenu par les premiers juges et soutient que la prescription des prestations dues en cas d'invalidité ne débute que lorsque l'invalidité est stabilisée et que l'assuré est en mesure de se rendre compte de son invalidité, soit en l'occurrence au moment du dépôt du rapport du Dr L.\_\_\_\_\_ le 24 janvier 2007 attestant que la capacité de travail de l'appelant était nulle.

**4.2** L'art. 46 al. 1 LCA prévoit que les créances qui dérivent du contrat d'assurance se prescrivent par deux ans à dater du fait d'où naît l'obligation. La jurisprudence a précisé que le "fait d'où naît l'obligation" ne se confond pas nécessairement avec la survenance du sinistre, même s'il s'agit de la cause première de l'obligation d'indemnisation. Selon le type d'assurance envisagée, la prestation de l'assureur n'est due que si le sinistre engendre un autre fait précis. Ainsi, en matière d'assurance-accidents, le contrat peut prévoir une couverture en cas d'invalidité; ce n'est alors pas l'accident comme tel, mais la survenance de l'invalidité qui donne lieu à l'obligation de payer des prestations (ATF 126 III 278 c. 7a; ATF 118 II 447 c. 2b). Il y a donc lieu d'analyser le contrat d'assurance et de déterminer quel est le sinistre assuré, respectivement quels éléments constitutifs doivent être réunis pour que l'assureur ait l'obligation d'indemniser l'assuré, sans égard aux déclarations et actes que doit faire la partie qui invoque une prétention (ATF 139 III 263 c. 1.2).

Dans la mesure où la LCA ne définit pas la notion d'invalidité, il convient de se référer aux définitions données par les conditions générales d'assurance. Celles-ci fixent les principes d'évaluation de l'invalidité, le plus souvent au moyen de barèmes, qui se fondent sur des bases médico-théoriques et reposent sur des valeurs moyennes (Brulhart, Droit des assurances privées, Berne 2008, n. 801). Le taux d'invalidité dépend d'une appréciation de l'état physique du patient; il s'agit d'estimer le taux de capacité de travail du sujet invalide par rapport à un sujet valide, sans se préoccuper de son influence sur la capacité de gain effective et personnelle de l'assuré. On recourt à la notion d'invalidité médicale, dite également abstraite ou théorique (Brulhart, loc. cit.), qui doit être distinguée de l'invalidité économique (Brehm, L'assurance privée contre

les accidents, Etude de droit suisse, Berne 2001, n. 401). Le taux d'invalidité médicale (degré de l'atteinte médico-théorique à l'intégrité corporelle) relève du fait (ATF 113 II 345 c. 1a).

Selon l'ATF 139 III 263 c. 1.2, qui porte comme dans le cas présent sur des rentes versées en cas d'incapacité de gain, dans l'assurance invalidité, la prescription commence à courir lorsque l'invalidité est acquise, sans égard au moment où l'assuré en a eu connaissance (cf. ég. ATF 118 II 447 c. 2b p. 455). Ainsi, l'obligation d'indemniser ne prend naissance, au sens de l'art. 46 LCA, que si l'assuré subit objectivement une perte de gain; en revanche, le moment auquel cette perte est démontrée et chiffrée est sans importance (ATF 139 III 263 précité c. 1.3.4).

Par ailleurs, selon l'ATF 139 II 263 c. 2.5 p. 271, chaque rente découlant du contrat d'assurance contre l'incapacité de gain se prescrit par deux ans, ces rentes étant des prestations périodiques au sens de l'art. 128 CO, qui prévoit une prescription individuelle pour chaque redevance. En outre, l'incapacité de gain, qui fonde le droit à la rente, doit être réalisée constamment; or elle est susceptible de varier ou de disparaître (cf. ATF 111 II 501 c. 2 p. 503, qui fait une réflexion semblable à propos de l'invalidité). Ainsi, le "fait d'où naît l'obligation" de l'assureur se répète constamment.

**4.3** En l'espèce, l'intimée a interrompu le versement de ses prestations à partir du 1<sup>er</sup> avril 2005, dès lors que, par lettre du 14 avril 2005, l'appelant l'avait informée avoir repris le travail à 100 % dès le 1<sup>er</sup> avril 2005. La demande a été introduite le 22 janvier 2009. Dans l'intervalle, il n'y a eu aucun acte interruptif de prescription au sens de l'art. 135 ch. 2 CO, de sorte que la prescription des éventuelles prestations pour la période antérieure au 22 janvier 2007 était acquise.

Le moyen doit ainsi être rejeté.

## **5.**

**5.1** L'appelant s'en prend ensuite au raisonnement tenu par les premiers juges s'agissant des primes dont il était censé être libéré en cas d'incapacité de gain. Il soutient qu'il n'a pas exigé le remboursement des primes d'assurance versées à tort depuis le 1<sup>er</sup> avril 2005, mais la libération du service des primes 2006 et 2007, telle qu'elle lui est garantie par le contrat en question en cas d'incapacité de gain. Il reproche ainsi aux premiers juges d'avoir appliqué à tort le délai de prescription annuel au sens de l'art. 67 al. 1 CO pour enrichissement illégitime, alors qu'il n'y aurait aucune raison de s'écarter du délai biennal prévu à l'art. 46 al. 1 LCA. Il soutient qu'il n'a pas payé sa prime par erreur mais en exécution de l'art. 3.6 CGC 4005, selon lequel en cas de libération de l'obligation de payer les primes futures, "nous restituons proportionnellement au degré d'incapacité la prime déjà payée pour la période subséquente".

Selon le jugement attaqué, le demandeur s'est acquitté des primes pour les années 2006 et 2007 et il ne serait pas établi qu'il l'ait fait avec du retard. Or, comme invoqué à juste titre par l'appelant, en date du 22 juin 2007, l'intimée l'a mis en demeure de verser sa prime échue au 1<sup>er</sup> avril 2006 dans les 14 jours selon l'art. 20 al. 1 LCA, sous la menace de la cessation de la couverture des risques, voire de l'annulation respectivement de la libération de son contrat d'assurance, une copie de ce courrier étant adressée au créancier-gagiste de l'appelant, soit sa banque. Toutefois, cela n'a pas d'incidence en l'espèce, en raison des considérations qui suivent.

**5.2** S'agissant du délai de prescription, les premiers juges se sont appuyés notamment sur l'arrêt CREC I 28 octobre 2009/553 c. VI.c/aa. Dans cet arrêt, la CREC I avait laissé indécise la question de savoir si la prescription du droit à libération des primes de l'assurance-vie était régie par l'art. 46 LCA ou par l'art. 67 al. 1 CO. Dans l'arrêt TF 4A\_53/2010 du 29 avril 2010, rendu sur recours contre l'arrêt CREC I précité, le Tribunal fédéral a exposé en substance que la cour cantonale n'avait pas violé l'art. 46 LCA en considérant que le droit à libération, après chaque échéance, était soumis à une prescription biennale, mais qu'il semblait plus logique

de considérer que les parties étaient en réalité convenues d'une condition casuelle négative (c. 2.6), en ce sens que la prime d'assurance n'était due que si le bénéficiaire ne se trouvait pas en état d'incapacité de gain pour cause de maladie ou d'accident. Le recourant ayant continué de payer des primes alors qu'en réalité il ne les devait plus sur la base du contrat, il avait payé des sommes qui n'étaient pas dues et pouvait en demander la restitution en invoquant l'enrichissement illégitime (art. 63 al. 1 CO), action qui se prescrivait par un an à compter du jour où la partie lésée avait eu connaissance de son droit de répétition, et, dans tous les cas, par dix ans dès la naissance de ce droit (art. 67 al. 1 CO). Au regard de la prescription de l'art. 46 LCA, la différence essentielle consistait dans le fait que le délai de prescription de l'art. 67 CO ne commençait à courir qu'à partir de la connaissance effective du droit à restitution, même si l'on pouvait penser que le créancier aurait pu le connaître antérieurement.

**5.3** En l'espèce, au vu de l'arrêt TF 4A\_53/2010 précité, c'est bien le délai de prescription d'un an qui trouve application. Il reste à examiner quand l'appelant a eu une connaissance effective du droit à la restitution des primes.

Avec la Cour civile, il y a lieu d'admettre que l'appelant, partie au contrat d'assurance, a bénéficié des prestations prévues par ce contrat jusqu'au 31 mars 2005. Il devait depuis lors savoir qu'en cas d'incapacité de gain, il serait libéré (partiellement) du paiement des primes. Dès lors, le délai de prescription pour chaque prime versée prétendument à tort en 2006 et 2007 court à compter du jour du paiement correspondant. Le dernier versement ayant eu lieu le 1<sup>er</sup> octobre 2007 (pour la période allant jusqu'au 30 mars 2008), la prescription était acquise à l'intimée au 1<sup>er</sup> octobre 2008.

Partant, le fait que l'appelant ait été amené à payer la prime échue au 1<sup>er</sup> avril 2006 ensuite de la sommation du 22 juin 2007, contrairement à ce qui ressort du jugement, ne change rien à la date retenue de l'acquisition de la prescription, soit le 1<sup>er</sup> octobre 2008, dès lors

que l'appelant a payé les primes 2006 et 2007, ce qui ne prolonge pas la date de la prescription au 1<sup>er</sup> octobre 2008.

Au surplus, l'appelant ne fait pas valoir qu'il aurait payé sa prime échue en 2006 involontairement ou sous la contrainte d'une exécution forcée (cf. art. 63 al. 3 CO; ATF 129 III 646 c. 3.2, JT 2004 I 105, p. 108), ni que l'intimée aurait invoqué la prescription de manière abusive, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner ces questions.

## **6.**

**6.1** L'appelant conteste le degré d'incapacité de travail retenu par le jugement attaqué, fondé sur l'expertise du BREM, soutenant qu'il ne correspond ni à l'administration des preuves ni à la réalité du degré de son incapacité de travail pendant la période litigieuse.

**6.2** Dans son arrêt TF 4A\_253/2007 du 13 novembre 2007 c. 4.2, le Tribunal fédéral renvoie à la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances relative à l'appréciation des preuves dans le domaine médical, selon laquelle le principe de la libre appréciation des preuves signifie que le juge apprécie librement les preuves sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Dès lors, le juge doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. Si les rapports médicaux sont contradictoires, il ne peut trancher l'affaire sans apprécier l'ensemble des preuves et sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion médicale et non pas sur une autre. En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, il importe que les points litigieux importants aient fait l'objet d'une étude fouillée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées, qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse), que la description des interférences médicales soit claire et enfin que les conclusions de l'expert soient bien motivées (ATF 125 V 351 c. 3a; ATF 122 V 157 c. 1c et les références citées).

**6.3** En l'espèce, le jugement retient que la capacité de travail de l'appelant était fluctuante, et l'a détaillée comme suit :

- Du 22 janvier 2007 au 15 août 2008 : capacité de travail de 80 % en qualité de restaurateur en charge de la supervision du personnel, "ce qui correspond à l'activité assurée" (jugement p. 31 let. aa), de sorte que l'incapacité de travail subie par le demandeur n'atteignait pas le degré minimal de 25 % ouvrant le droit à la rente ;
- Du 16 août 2008 au 31 août 2009 : en raison de l'accident de la route du 16 août 2008, la capacité de travail du demandeur était nulle;
- Du 1<sup>er</sup> septembre 2009 au 31 août 2010 : le taux de capacité de travail s'élevait à 30 % sur le plan somatique et à 70 % sur le plan psychique (jugement p. 33 et 34 let. c), étant précisé que la capacité de travail avait ensuite augmenté progressivement jusqu'à atteindre 70 % au mois d'août 2010, ce qui a amené les premiers juges à retenir pour la période du 1<sup>er</sup> septembre 2009 au 31 août 2010 une capacité de travail moyenne de 50 %;
- Dès le 1<sup>er</sup> septembre 2010 et jusqu'au jour de l'expertise du BREM du 14 décembre 2011: le taux de capacité de travail était de 70 %.

Selon l'appelant, sa capacité de travail comme restaurateur-cuisinier-traiteur était de 30% à titre occupationnel durant toute la période litigieuse, bien que sa capacité de travail se fût améliorée à certains moments, et il n'aurait pas été en mesure d'exercer une autre activité conforme à sa position sociale, ses connaissances et ses aptitudes jusqu'en 2009. Durant les mesures professionnelles de l'AI, dont il a bénéficié jusqu'à la fin de la période litigieuse, il n'était pas non plus apte à exercer une autre activité conforme à sa position sociale, ses connaissances et ses aptitudes. L'appelant reproche en particulier aux

premiers juges de ne pas avoir tenu compte d'autres éléments au dossier, tels le rapport du 24 janvier 2007 ensuite de l'examen rhumatologique SMR du Dr L.\_\_\_\_\_ en décembre 2006, dont il découlerait que l'activité était nulle en tant que l'intéressé exerçait une activité de restaurateur-cuisinier, ainsi que de la synthèse du rapport multidisciplinaire (rhumatologique, psychiatrique et neuropsychologique) du BREM qui confirmerait ce point.

**6.4** S'agissant de la période du 22 janvier 2007 au 15 août 2008, l'expertise du BREM a dûment tenu compte de l'examen rhumatologique SMR du Dr L.\_\_\_\_\_ (expertise BREM, p. 9). Dans leur réponse à l'allégué 151, les expertes [...] et [...] ont adhéré aux conclusions du Dr L.\_\_\_\_\_ sur le plan somatique (expertise BREM, p. 72), selon lesquelles la capacité de travail exigible de l'appelant dans son activité de restaurateur s'occupant de cuisine était nulle, alors que dans une activité de restaurateur s'occupant surtout de la supervision du personnel, la capacité de travail était de 80 %. Selon le rapport du SMR du 4 novembre 2009 (jugement p. 9), l'exigibilité antérieure à l'accident du 16 août 2008 demeurait celle fixée dans le rapport du SMR du 19 février 2007 du Dr L.\_\_\_\_\_, soit 80 % pour une activité de restaurateur-superviseur.

La réponse des experts à l'allégué 24 (expertise BREM, p. 63) indique que depuis le 18 octobre 2007, date de la reprise par l'appelant de l'exploitation du restaurant de l'Hôtel-de-Ville d'[...], la capacité résiduelle de l'appelant dans une activité de "restaurateur" et traiteur était, sur le plan somatique, de l'ordre occupationnel de 30%. Le terme de "restaurateur" n'est pas précisé plus avant.

La réponse des experts à l'allégué 55 (expertise BREM, p. 66) indique quant à elle que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008 au 16 août 2008, la capacité de travail de l'appelant était, sur le plan somatique, de 30 % depuis 2004 dans une activité de cuisinier, serveur ou traiteur à la préparation de repas. La réponse n'indique pas le taux de la capacité de travail dans une activité de restaurateur-superviseur.

Dans la synthèse de leur rapport, les expertes exposent que l'activité de cuisinier de l'intéressé ne pouvait être exercée qu'à titre occupationnel depuis 2004, sa capacité de travail étant nulle dans son activité de cuisinier et de traiteur; elles ne prennent pas (clairement) position sur la capacité de travail dans une activité de restaurateur-superviseur, mais uniquement dans une activité tenant compte des limitations fonctionnelles, soit adaptée (100 % de 2004 jusqu'à l'accident d'août 2008), puis de l'aptitude résiduelle à 70 %.

Dès lors que les expertes du BREM, dans leur réponse à l'allégué 151, se référant à l'examen rhumatologique L.\_\_\_\_\_, confirmé par l'avis médical SMR du 4 novembre 2009 puis par le rapport SMR du 21 juin 2011 (jugement p. 12), ont retenu un taux de 80 % dans une activité de restaurateur-superviseur pour la période allant du 22 janvier 2007 au 15 août 2008 (date du premier accident de l'intéressé), et qu'aucun élément ne permet de mettre en doute l'exactitude de cette expertise, il y a lieu de confirmer ce taux retenu par la Cour civile.

Partant, l'assuré, dont le degré d'incapacité était inférieur à 25 %, ne pouvait prétendre à des prestations au vu du ch. 2.2.2 CGC 4004.

**6.5** Pour la période du 1<sup>er</sup> septembre 2009 au 31 août 2010, la Cour civile a retenu, à juste titre, une capacité de travail moyenne de 50 %.

L'expertise du BREM retient dans sa synthèse une capacité résiduelle de 70 % depuis août 2009 au jour de l'expertise, y compris sur le plan psychique, dans une activité adaptée. La réponse des experts à l'allégué 58 (expertise BREM, p. 66) indique depuis août 2009 une capacité de 30% sur le plan somatique qui a atteint en une année 70%. Dans la réponse à cet allégué, la capacité sur le plan psychique dès fin 2008 jusqu'au jour de l'expertise est de 70%.

**6.6** Le taux de 70% dès le 1<sup>er</sup> septembre 2010 et jusqu'au jour de l'expertise du BREM du 14 décembre 2011 (jugement, p. 34 let. dd) retenu

par la Cour civile est conforme à l'avis des expertes du BREM (expertise BREM, p. 61), et correspond à une activité adaptée.

Le rapport SMR du 4 novembre 2009 indique toujours une exigibilité de 80 % dans une activité de restaurateur-superviseur antérieure et postérieure à l'accident de 2008 (expertise BREM, p. 17). L'expertise orthopédique du Dr Rotman indique un taux de 80% comme restaurateur-superviseur, celle du psychiatre Dr X. \_\_\_\_\_ de 100 % sur le plan psychique (rapport du 18 novembre 2009). Ces évaluations concernent une activité de restaurateur-superviseur; elles ne concernent pas l'ensemble de la période examinée par les premiers juges et ne constituent pas une moyenne au vu de la capacité de travail fluctuante de l'intéressé.

En définitive, il y a lieu de s'en tenir au rapport d'expertise du BREM, qui rejoint notamment les conclusions du rapport SMR du 21 juin 2011 en particulier sur le taux de 70 % dans une activité adaptée (jugement, p. 12).

Au demeurant, la synthèse de l'expertise du BREM est corroborée par la position de l'OAI dans sa décision du 17 septembre 2014, qui fait toutefois l'objet d'un recours à la CASSO. L'OAI a retenu une capacité de travail estimée à 70% dès le 26 août 2009, dans une activité adaptée, en particulier de conseiller en placement à 70%, l'intéressé ayant bénéficié de diverses mesures professionnelles du 1<sup>er</sup> avril 2010 au 30 juin 2013.

**6.7** L'appelant conteste en outre l'expertise du BREM en ce qu'elle retient une capacité totale dans une activité tenant compte de ses limitations fonctionnelles (adaptée) jusqu'à son premier accident, puis une capacité de 70 % une année après l'accident (expertise BREM p. 66, réponses aux allégués 56 et 58), soit une aptitude résiduelle de 70 % dès septembre 2009, tenant compte des atteintes somatiques et psychiques. L'appelant soutient qu'il ne voit pas comment il aurait pu abandonner ses établissements (Restaurant [...] depuis 2005 et 2006; Hôtel de Ville d[...]

de fin 2007 à l'été 2009) avant son accident du mois d'août 2008, ni l'intimée ni l'Al ne lui ayant du reste demandé de le faire.

Les prétentions étant prescrites s'agissant de la période antérieure à 2007, il n'y a pas lieu de revenir sur cette question.

Pour la période dès le 22 janvier 2007, la Cour civile ne s'est pas fondée sur le critère de l'activité adaptée (taux de capacité de travail de 100%), mais sur celui de l'activité assurée de restaurateur-superviseur à 80 % jusqu'au premier accident en août 2008. Dès lors que le degré d'incapacité était inférieur à 25 %, l'assuré n'avait pas droit à des prestations. Il importe donc peu de savoir si pendant cette période il aurait été en mesure d'exercer une autre activité conforme à sa position sociale, ses connaissances et ses aptitudes.

**6.8** L'appelant fait encore valoir qu'il lui était impossible d'exercer une autre activité conforme à sa position sociale, ses connaissances et ses aptitudes durant la période des mesures professionnelles, notamment mises en place dès le 1<sup>er</sup> avril 2010, dès lors qu'il était en train d'acquérir une formation adéquate en vue d'une réorientation professionnelle.

C'est à l'assureur 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). Selon l'intimée (p. 20 ad ch. 2), un changement d'activité n'était pas nécessaire puisque l'appelant poursuivait ses activités de restaurateur et non celles de cuisinier.

Pour le taux de 50 % retenu par les premiers juges pour la capacité de travail du 1<sup>er</sup> septembre 2009 au 31 août 2010, il ne peut s'agir que d'une activité adaptée (synthèse BREM p. 61 et réponse à l'allégué 128 expertise BREM p. 70) ; il en est de même du taux de 70 % retenu par le jugement dès le 1<sup>er</sup> septembre 2010 et jusqu'au jour de l'expertise du 14 décembre 2011 (synthèse BREM, p. 61 et réponse à l'allégué 130, expertise p. 70).

Il est constant que tant l'activité assurée que l'activité adaptée ne portait pas sur une activité de cuisinier, mais de restaurateur-superviseur ou gérant et que l'appelant pouvait continuer une telle activité dans le sens dans lequel il s'était du reste dirigé lui-même en évitant les activités physiquement pénibles et en renonçant aux mesures professionnelles de réinsertion AI avant l'accident de 2008, par la reprise du restaurant de l'Hôtel de Ville d'[...] en octobre 2007. Il n'y avait donc pas incapacité de travail au-delà des taux retenus. L'intimée ne devait donc de toute manière ses prestations qu'à raison des taux retenus de respectivement 50 % et 70 % (et non de 100 %), au vu du ch. 1.1 CGC 4004, indépendamment des mesures professionnelles entreprises qui n'ont pas d'incidence sur ces taux et des prétentions de l'intéressé à l'endroit de l'assurance invalidité (cf. ATF 133 III 527 c. 3.2.4).

Au vu de ces considérations, le moyen doit être rejeté.

## **7.**

**7.1** L'appelant conteste le montant de la rente arrêtée par les premiers juges, leur reprochant de s'être contentés de vérifier que le salaire social versé par T.\_\_\_\_\_ Sàrl puis par les prestations des assureurs sociaux correspondait au salaire que la société avait continué à payer à l'appelant pendant la période litigieuse en dépit de son incapacité de travail.

**7.2** En matière d'assurance privée, les parties peuvent convenir d'une assurance de personnes (dite aussi assurance de sommes) ou d'une assurance contre les dommages. La première se distingue de la seconde 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 (ATF 119 II 361 c. 4). 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 (ATF 133 III 527 c. 3.2.4); 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 ; TF 4D\_126/2010 du 22 février 2011, c. 5.2.3).

**7.3** Selon le jugement, le droit aux prestations dépend du degré d'incapacité de travail et de sa perte de gain; celle-ci correspond à la différence entre le salaire qu'il aurait réalisé en l'absence d'incapacité de travail, que l'expert a arrêté à un montant annuel net de 90'350 fr., et aux revenus effectivement réalisés qui comprennent, à dire d'expert, les montants versés par T.\_\_\_\_\_ Sàrl jusqu'au 31 décembre 2009 (prestations de SWICA et de Gastrosocial perçues en lieu et place de l'appelant) et, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2010, les indemnités perçues par l'appelant en mains propres.

C'est à juste titre que les premiers juges ont considéré que, comme le soutenait le demandeur, la police d'assurance litigieuse couvrant le risque d'incapacité de gain devait être qualifiée d'assurance contre les dommages. La perte patrimoniale effective est ainsi une condition autonome, au sens de la jurisprudence citée, quand bien même cumulative avec l'incapacité d'exercer la profession ou toute autre activité conforme à la position sociale, aux connaissances et aux aptitudes de l'assuré. Le droit aux prestations est subordonné en l'espèce à la double condition que l'assuré subisse une incapacité de travail et une perte de gain ou d'argent équivalente.

Dès lors que les prestations convenues étaient tributaires d'une perte de gain (ou de tout autre préjudice pécuniaire équivalent), conformément à l'art. 1 CGC 4004, il y avait lieu de se fonder sur les

revenus correspondant aux circonstances concrètes du cas d'espèce (cf. TF 5C.19/2006 du 21 avril 2006 c. 2.2).

A cet égard, l'expertise comptable est convaincante pour les raisons énoncées dans le jugement attaqué (p. 24 let. b, p. 31 let. c/bb et suivantes). Aussi, il n'y a pas lieu de se fonder en outre sur le bénéfice de la société T.\_\_\_\_\_ Sàrl, dès lors que l'intéressé était salarié de cette société tout comme son épouse. S'agissant de l'activité de traiteur, cette prestation était également fournie par cette même société, ce dont il a été tenu compte dans le salaire perçu par l'appelant. Celui-ci n'établit de toute manière pas les prétendus revenus accessoires découlant de son activité de traiteur qui ne seraient pas compris dans les salaires de la société pris en considération par l'expert.

Les prestations des "assureurs sociaux" ont contribué à la diminution de la perte de gain ou tout autre préjudice financier équivalent, comme prévu par le contrat. A cet égard, on peut se référer au jugement (p. 32), qui relève que seules les prestations AI ne peuvent être prises en considération (ATF 133 III 527 c. 3.2.4).

Il n'y a pas non plus lieu de se fonder sur des gains hypothétiques antérieurs à l'incapacité au sens du contrat conclu entre les parties, tels les gains AVS entre 1996 et 2004 ou le revenu réalisé par le précédent exploitant du Restaurant [...], pour les motifs énoncés dans le jugement, qui sont convaincants (cf. p. 32).

S'agissant des gains retenus par l'AI, ils ne lient pas le juge civil, comme le relève du reste l'appelant, dès lors qu'il s'agit de revenus hypothétiques estimés (sur la base non seulement de l'activité de restaurateur indépendant, mais d'une activité hypothétique de "conseiller en placement"), contrairement aux revenus effectifs résultant de l'activité exercée par l'appelant, dont il y a lieu de tenir compte sur la base du contrat conclu entre les parties.

Quant à l'argument de l'appelant qui relève le fait que son assurance s'est contentée de simples certificats médicaux pour lui verser la rente et le libérer des primes jusqu'en 2005 mais plus au-delà, l'art. 6 CGC 4004 et l'art. 4.1 CGC 4005 prévoient que "nous pouvons, si nous le jugeons nécessaire, demander tous autres renseignements ou faire examiner l'assuré par un médecin de notre choix".

Enfin, il n'y a pas lieu de s'inspirer des résultats de l'expertise menée par U.\_\_\_\_\_ SA dans le procès parallèle opposant l'appelant à la [...], quand bien même elle divergerait de l'expertise comptable effectuée dans le cadre du présent litige, ni d'ordonner de ce fait une deuxième expertise.

**8.** En définitive, l'appel doit être rejeté et le jugement entrepris confirmé.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 5'381 fr. (art. 62 al. 1 et 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]), seront mis à la charge de A.T.\_\_\_\_\_, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

L'appelant A.T.\_\_\_\_\_ versera en outre à l'intimée Z.\_\_\_\_\_ SA le montant de 5'000 fr. (art. 7 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010, RSV 270.11.6]) à titre de dépens de deuxième instance.

Par ces motifs,  
la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal  
p r o n o n c e :

**I.** L'appel est rejeté.

**II.** Le jugement est confirmé.

**III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 5'381 fr. (cinq mille trois cent huitante et un francs), sont mis à la charge de l'appelant A.T.\_\_\_\_\_.

**IV.** L'appelant doit payer à l'intimée Z.\_\_\_\_\_ SA la somme de 5'000 fr. (cinq mille francs) à titre de dépens de deuxième instance.

**V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 1<sup>er</sup> mai 2015

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Jacques Micheli (pour A.T.\_\_\_\_\_),
- Me Corinne Monnard Séchaud (pour Z.\_\_\_\_\_ SA).

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- la Cour civile du Tribunal cantonal.

La greffière :