

# VD\_FINDINFO HC / 2015 / 573 vom 29. April 2015

VD Tribunal cantonal, 2015-04-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2015\\_\\_\\_573](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2015___573)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2015 / 573 du 29 avril 2015

IT: VD\_FINDINFO HC / 2015 / 573 del 29 aprile 2015

## Regeste

CONTRAT D'ASSURANCE, LOI FÉDÉRALE SUR LE CONTRAT D'ASSURANCE, DEGRÉ DE L'INCAPACITÉ DE TRAVAIL, INCAPACITÉ DE TRAVAIL, ÉVALUATION DE L'INCAPACITÉ DE TRAVAIL, EXPERTISE, EXPERTISE MÉDICALE, PERTE DE GAIN, ACTIVITÉ LUCRATIVE INDÉPENDANTE, PRESCRIPTION | 129 CO, 67 CO, 46 al. 1 LCA, 46 LCA

## Erwägungen

### E. 1

er 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.

### E. 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.

### E. 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).

### **E. 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.

### **E. 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.

#### **E. 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%.

#### **E. 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.

#### **E. 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'AI 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.

#### **E. 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.

#### **E. 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.

## **E. 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).

## **E. 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.

#### **E. 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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.