



**POUVOIR JUDICIAIRE**

**COUR DE JUSTICE**  
Case postale 3108  
1211 Genève 3

Réf. C/30613/2000

ACJC/996/2003

AUDIENCE DU JEUDI 25 SEPTEMBRE 2003

.....

**Chambre civile**  
statuant par voie de procédure ordinaire

Entre

**LA Y, COMPAGNIE D'ASSURANCE** **SUR**  
**LA VIE,**

appelante d'un jugement rendu par la 6ème  
Chambre du Tribunal de première instance de ce  
canton le 6 décembre 2002, comparant par  
Me Michel Bergmann, avocat, rue de Hesse 8-10,  
case postale 5715. 1211 Genève 11, en l'étude  
duquel elle fait élection de domicile,

d'une part,

et

X SA,

**Monsieur Z,**

intimés, comparant tous deux par Me Pierre  
Sidler, avocat, chemin des Crêts-de-Champel 11,  
case postale 310, 1211 Genève 25, en l'étude  
duquel ils font élection de domicile,

d'autre part

Communiqué le présent arrêt aux parties par  
plus recommandés du 26 9 2003

- EN FAIT -

A. Par jugement du 6 décembre 2002, notifié aux parties le même jour, le Tribunal de première instance a condamné La Y, Compagnie d'Assurances sur la Vie (ci-après : La Y), à payer à Z les sommes de 36'165 fr. 20 avec intérêts à 5% l'an dès le 1er juillet 2000 et de 8'942 fr. 60 avec intérêts à 5% dès le 1er janvier 2001, avec suite de dépens comprenant une participation de 4'500 fr., aux honoraires d'avocat de Z et de X SA.

Le premier juge a considéré que La Y n'avait pas apporté la preuve requise par l'art. 40 LCA de l'existence d'une prétention frauduleuse, ni celle de l'existence d'une réticence, dont elle avait renoncé de développer le moyen dans le cadre de la procédure.

B. Il ressort de la procédure les faits pertinents suivants :

a) En octobre 1997, Z est devenu l'administrateur unique de la société X SA (ci-après : X), qui a pour but social l'importation, l'exportation, l'achat, la vente, la location, le courtage, la représentation et la distribution de tous produits.

Seul employé de X, Z exerçait une activité de frigoriste et de réparateur de machines à glace.

b) Depuis le 1er janvier 1997, X est au bénéfice, pour son personnel, d'une couverture d'assurance-maladie collective no XXX auprès de La Y assurant le versement aux ayants droit, en cas de réalisation d'un risque maladie, d'une indemnité journalière perte de gain correspondant à 100% du salaire et ce pendant 716 jours après l'écoulement d'un délai d'attente de 14 jours; le salaire maximum assurable est fixé à 150'000 fr.

Dans le contrat du 9 février 1997, sous le titre "personnes assurées", il est mentionné : **"Tout le personnel - Sans demande admission Couverture**

**intégrale des maladies antérieures selon l'art. 10.1.1** des Conditions générales", s'agissant en l'espèce des Conditions générales 1992 (ci-après : CGA).

La proposition d'assurance maladie collective du 10 décembre 1946 relative à ce contrat indique un salaire annuel de 48'000 fr. (soit 4'000 fr. par mois), une couverture d'assurance du personnel **sans** réserve (la case avec réserve est cochée non) et la remarque : changement de catégorie de personnel. Aux questions sur son état de santé insérées dans un formulaire de demande d'admission maladie collective, Z a répondu qu'il ne souffrait d'aucune maladie. Il a toutefois mentionné avoir subi un accident en 1985 et avoir consulté un médecin au cours des cinq dernières années pour une grippel-angine en 1995.

Le décompte définitif de prime 1999 de La Y du 12 avril 2000 se réfère à un salaire annuel de 50'400 fr., soit un salaire mensuel de 4'200 fr.

**c)** Le 7 août 1998, Z a fait une chute sur son lieu de travail. Les examens radiologiques effectués à l'Hôpital de la Tour ont révélé une structure normale de la colonne, sans fracture ni destruction osseuse, ni lésion dégénérative (certificat médical du 11 août 1998).

La déclaration d'accident établie par le médecin traitant, le Dr S, fait état d'un traumatisme lombaire; ce dernier a attesté d'une incapacité de travail à 100% dès le 12 août 1998 et à 50% dès le 14 septembre 1998.

En janvier 1999, des examens IRM ont été réalisés, Z souffrant de douleurs lombaires persistantes. Trois discopathies **majeures** des derniers segments, décompensées suite à la chute de Z en août 1998, ont été constatées par les Dr L, de l'Hôpital de la Tour, et Dr B, spécialiste en neurochirurgie. Ce dernier a prescrit une physiothérapie de posture, l'alternative d'une chirurgie de fixation n'étant envisageable qu'en dernier recours selon lui.

d) Pris en charge jusqu'au 7 février 1999 par l'assurance accidents LAA et l'assurance accidents complémentaire dont les employés de X bénéficiaient auprès de La Y, le cas de Z est ensuite entré dans le cadre de l'assurance maladie collective no XXX auprès de La Y, Compagnie générale d'Assurances. Celle-ci a alors versé des indemnités journalières correspondant à une incapacité de travail à 75% du 8 février au 30 septembre 1999.

Sollicité pour une aide financière remboursable en faveur de Z, l'Hospice général a requis de La Y, par courrier du 19 mars 1999, le versement en ses mains des indemnités maladie.

e) La Y a demandé en juin 1999 à Z de se soumettre à une expertise médicale qu'elle avait confiée au Dr R. Ce dernier a considéré justifiée l'incapacité de travail du patient, au taux de 75% à l'époque, "compte tenu de la clinique en cours et des contraintes dues à sa profession".

f) L'incapacité de travail de Z a été portée à 100% dès le mois d'octobre 1999 par le Dr E, La Y adaptant en conséquence ses prestations (48'000 fr. : 365 fr. = 131 fr. 51 par jour).

Le 19 octobre 1999, Z a déposé une demande de prestations auprès de l'assurance invalidité (ci-après : AI).

g) Le 28 mars 2000, La Y a procédé à une inspection non annoncée dans les locaux de X alors que Z se trouvait en incapacité de travail à 100%.

Le rapport de visite établi par deux inspecteurs de La Y indique que Z se trouvait en tenue de travail, portant un énorme serre-joints sur l'épaule et des gants en latex. Il aurait reconnu être en train de travailler et déclaré "parfois, ça va, parfois pas du tout; maintenant je vais bien et je peux travailler." Il aurait également affirmé que le Dr E l'avait mis en incapacité de travail à 100% afin qu'il puisse un jour toucher une rente AI entière, mais que l'incapacité de travail à 75% lui

avait parfaitement convenu. Dans les trois pièces visitées, le grand bureau était très négligé et en désordre, il n'y avait aucun appareil assimilable à un appareil frigorifique. Des vieux meubles, appartenant à l'épouse de Z, étaient entreposés dans une des autres pièces.

h) Par lettre du 10 avril 2000, La Y a informé Z et X que l'activité constatée lors de la visite du 28 mars était incompatible avec une incapacité de travail à 100% et que par conséquent, en application de l'art. 40 LCA, elle se considérait déliée du contrat d'assurance maladie collective no XXX qu'elle annulait avec effet immédiat.

La Y a cessé de verser toute indemnité journalière à Z avec effet au 1er mars 2000. Par courrier du 3 novembre 2000, elle a refusé de revoir sa position et de reprendre le versement de ses prestations.

i) Par assignation du 12 décembre 2000, X et Z ont conclu à ce qu'il soit dit que La Y n'est pas déliée du contrat d'assurance maladie collective no XXX et à ce que celle-ci soit condamnée à payer à Z la somme de 36'165 fr. 20 avec intérêts dès le 1er juillet 2000 à titre d'indemnités journalières [275 x 131 fr. 511 pour la période du 1er mars 2000 au 30 novembre 2000, sous réserve d'amplification. Z, qui plaide au bénéfice de l'assistance juridique, a exposé qu'il n'était pas en train de travailler lors de la visite du 28 mars 2000 et qu'il n'avait jamais eu l'intention de se procurer un profit illicite au détriment de La Y.

j) Par mémoire de réponse du 18 avril 2001, La Y a conclu au déboutement de Z et de X de toutes leurs conclusions, requérant préalablement la comparution personnelle de Z et l'apport des dossiers déposés auprès de l'AI et de l'Hospice général, ainsi que de la comptabilité de X entre 1995 et 2000. Elle a contesté que Z se soit réellement trouvé en incapacité de travail à 100%; selon elle, celui-ci travaillait lors de la visite Ce ses représentants et avait conservé une activité parallèle de brocanteur impliquant également des efforts physiques, activité qu'il lui aurait cachée dans le but de se procurer un profit illicite.

k) Lors de l'audience du 5 juin 2001, Z a déclaré que deux mois avant la visite du 28 mars 2000, il avait décidé de vendre ou liquider la société X; la raison de sa présence le jour de la visite était de faire du rangement pour rendre les locaux présentables. Il portait une salopette et des gants en latex, mais ne déplaçait pas d'objets très lourds, soit au maximum un kilo et demi. Il a contesté avoir dit que son taux d'invalidité avait été fixé dans le but d'obtenir une rente AI; une demande AI était pendante et il avait sollicité dès 1999 l'Hospice Général, qui lui fournissait une aide remboursable à raison de 4'200 fr. par mois. Il n'aidait son épouse, dans son activité de brocanteuse, que pour conduire le camion, les chargements et déchargements étaient effectués par des personnes engagées sur les marchés. Sur les conseils de la personne en charge de ses polices auprès de La Y, la police de sa femme avait été mise à son nom afin de bénéficier d'un délai de trois jours seulement.

l) Dans leurs conclusions du 13 juillet 2001, Z et X ont amplifié leurs conclusions, demandant en sus la condamnation de La Y au paiement de la somme de 8'942 fr. 68 plus intérêts à 5% dès le 1er janvier 2001 à titre d'indemnités pour la période du 1er décembre 2000 au 6 février 2001 [68 x 131 fr. 511, au motif que l'incapacité de travail de Z durant cette période était incluse dans la durée de la couverture d'assurance-maladie collective.

m) Dans ses écritures du 24 août 2001, La Y a persisté dans ses conclusions et ses requêtes visant l'apport des dossiers AVS/AI et Hospice Général, ainsi que des déclarations de salaires faites par X auprès de la caisse de compensation AVS/AI pour la période 1995 à 1998. Elle a exposé qu'au cas où des prestations seraient dues à Z, les pièces réclamées seraient nécessaires au calcul de ces prestations; au surplus, La Y a demandé l'ouverture d'enquêtes.

n) Par ordonnance du 5 octobre 2001, le premier juge a ordonné l'ouverture d'enquêtes, réservant l'apport du dossier AVS/AI et constatant que les autres pièces requises ne se rapportaient à aucun allégué de la demande et que la défenderesse n'avait pas déposé de demande reconventionnelle pouvant justifier l'apport de ces pièces.

- 7 -

Au cours des enquêtes, le Dr E, médecin traitant de Z depuis novembre 1998, a déclaré que ce dernier "souffrait de douleurs lombaires depuis une vingtaine d'années"; il avait été traité à une reprise, il y a environ vingt ans, pour une sciatique invalidante avec suivi de physiothérapie, une opération ayant été évitée de justesse. Il a confirmé que Z était invalide à 100% depuis le mois d'octobre 1999; son patient pouvait connaître des périodes d'accalmie, mais pas pendant longtemps, ce qui ne lui permettait en tout cas pas d'exercer une activité suivie. Il a relevé que "l'augmentation du taux d'invalidité [s'explique] par une aggravation de l'état lombaire de U. Cette aggravation a été constatée par moi et concernait notamment son activité de frigoriste liée au déplacement de poids. {} Je confirme que mon attestation d'incapacité à 100% a été basée uniquement sur des constats médicaux et que cela n'aurait rien à voir avec des déclarations que M. B m'aurait faites par rapport à son travail."

Entendus comme témoins, les représentants de La Y ont confirmé les termes de leur rapport de visite du 28 mars 2000 et le fait que Z leur avait répondu qu'il y avait des jours où cela allait mieux et que pendant ces jours, il pouvait travailler; ils l'ont décrit tenant un outil à la main, puis un des représentants a déclaré que le serre-joint se trouvait sur son épaule.

Les enquêtes ont révélé que Z n'avait pas été vu depuis plusieurs années en train de travailler comme brocanteur sur les marchés, mais qu'il rendait parfois visite à sa femme qui y tenait un stana.

o) Z a fait l'objet d'une enquête économique de L'Hospice général, dirigée par P; entendu comme témoin, celui-ci a déclaré que Z lui avait indiqué "qu'il était sur le point de revendre [X] à cause de son incapacité de travail". "D'après mon enquête, les revenus provenant de la société X étaient, en 1998 de 50'400 fr. et de 9'450 fr. en 1999, cette réduction étant due à l'incapacité de travail de M. B; ces revenus ont été déterminés notamment sur la base des déclarations d'impôts de B {} A partir de 1999, je n'ai pas pu déterminer d'autres revenus de ". Il a ajouté qu'il obtenait aussi ces renseignements directement auprès de l'Administration fiscale.

p) Lors de l'audience d'enquêtes du 8 janvier 2002, le premier juge a fixé au 30 janvier suivant le dépôt de listes de témoins en prorogations d'enquêtes.

Par lettre du 18 janvier 2002 adressé à Z, La Y l'a informé que, suite aux déclarations du Dr d'E selon lesquelles il souffrait de douleurs lombaires depuis une vingtaine d'années suite à une sciatique invalidante, elle considérait que le précité avait commis une réticence au sens de l'art. 6 LCA en omettant d'indiquer ces faits sur le formulaire d'admission au contrat d'assurance no XXX; en conséquence, elle annulait ledit contrat avec effet au 1er janvier 1997 et sommait Z de lui rembourser la somme de 41'786 fr. 75 correspondant aux prestations versées du 8 février 1999 au 29 février 2000.

Par courrier du 30 janvier 2002, La Y a indiqué au premier juge qu'elle avait invoqué la réticence suite aux déclarations du Dr E lors de l'audience du 8 janvier précédent.

q) En réponse à l'invitation du Tribunal du 14 mai 2002 à se déterminer sur l'opportunité d'un nouvel échange d'écritures ainsi que sur la demande d'apport de pièces, La Y s'est opposée, par courrier de son conseil du 27 mai 2002, à tout nouvel échange d'écritures au motif qu'elle avait exposé de manière détaillée ses moyens et qu'elle avait renoncé à déposer une demande reconventionnelle. Elle précisait que "quand Sien même elle a invoqué la réticence suite à la première audience d'enquêtes, ladite réticence ne peut faire l'objet que d'une éventuelle procédure séparée. En effet, dans l'hypothèse où La Y entendait réclamer le remboursement de ce qu'elle a payé, en raison de la prétention frauduleuse obtenue par Z et X, elle le ferait dans le cadre d'une procédure séparée". Elle s'opposait à des prorogations d'enquêtes (art. 240 LPC), le fait nouveau, à savoir la réticence, ayant été connu avant le délai fixé pour le dépôt de la seconde liste de témoins. Elle persistait à réclamer l'apport des dossiers AI et Hospice général, ainsi que des déclarations à la caisse de compensation.

Par courrier de leur conseil du 28 mai 2002, Z et X ont pour leur part indiqué que la cause, en ce qui concernait la prétention

frauduleuse (art. 40 LCA) leur paraissait en état d'être jugée, à moins que La Y ne persiste à invoquer la réticence, auquel cas une réouverture de l'instruction leur paraissait indispensable.

r) Par ordonnance du 15 août 2002, le Tribunal a considéré l'instruction comme étant close et ajourné la cause à plaider sur le fond, vu que La Y avait renoncé à déposer une demande reconventionnelle.

Dans leurs écritures après enquêtes déposées lors l'audience de plaidoiries du 26 septembre 2002, les parties ont persisté dans leurs conclusions. En concluant au déboutement de ses parties adverses, La Y a justifié l'invalidation du contrat, en se prévalant d'une réticence au sens de l'art. 6 LCA et d'une prétention frauduleuse au sens de l'art. 40 LCA.

C. Par acte déposé le 21 janvier 2003 au greffe de la Cour de justice, La Y appelle du jugement du 6 décembre 2002 dont elle requiert l'annulation, concluant au déboutement de ses parties adverses de toutes leurs conclusions, avec suite de dépens.

A l'appui de son appel, elle reproche au premier juge d'avoir retenu que Z était incapable de travailler à 100%, alors qu'il était capable d'exercer une activité lucrative puisqu'il avait été surpris en train de travailler, peu importait finalement de savoir s'il exerçait: alors une activité de rangement ou de frigoriste, ce qui fondait l'application de l'art. 40 LCA. La Y soutient n'avoir jamais renoncé à invoquer une réticence, mais avoir uniquement réservé le remboursement des sommes perçues sans droit dans le cadre d'une procédure séparée. Elle reproche enfin au premier juge de n'avoir pas ordonné d'expertise pour déterminer la capacité de travail de l'intimé ni l'apport du dossier AI et de l'attestation relative au salaire déclaré à l'AVS. Ces griefs seront analysés ci-dessous.

Z (ci-après : l'intimé) et X concluent pour leur part à la confirmation du jugement entrepris, avec suite de dépens; ils produisent un chargé de dix pièces supplémentaires.

Les parties ayant renoncé à plaider, la cause a été gardée à juger

- EN DROIT -

1. L'appel est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 30, 296 et 300 LPC).

La valeur litigieuse étant supérieure à 8'000 fr. en capital, le Tribunal de première instance a statué en premier ressort; la Cour revoit donc la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 22, 24 et 25 LOJ; 291 LPC; SJ 1984 p. 466 consid. 1). Elle applique d'office le droit fédéral (Bertossa/-Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 2 ad art. 144 LPC).

2. L'appelante est liée à la société intimée par une police d'assurance maladie collective no XXX, datée du 9 février 1997, assurance conclue en faveur de son administrateur unique, seul employé, également intimé. Ce contrat se réfère aux Conditions générales de 1992 (CGA) dont l'art. 2 indique que les bases du contrat sont les déclarations écrites du preneur d'assurances, la police d'assurance, les CGA et les dispositions de la loi sur le contrat d'assurance (LCA).

La prétention d'assurance est une créance qui résulte du contrat d'assurance (art. 41 al. 1 LCA), dont la naissance est subordonnée à la survenance de l'événement dommageable pendant le cours de l'assurance (Kuhn/Montavon, Droit des assurances privées, 1994, p. 168 ss). L'ayant droit a un devoir de déclaration (art. 38 al. 1 LCA) et de renseignements sur les circonstances du sinistre (art. 39 LCA). Il lui appartient de prouver l'existence du contrat et la réalisation du risque assuré (TF RBA X no 48; TF RBA V no 41; TF RBA V no 328; JT 1995 I 714 rés., SJ 1995 p. 128). A cet égard, une preuve stricte n'est pas exigée; il lui suffit d'établir la haute vraisemblance du fait allégué (JT 1997 I 812 no 54; SJ 1996 p. 687; JT 1995 I 714 rés., SJ 1995 p. 128).

L'appel porte sur la validité du contrat, qui a été admise dans le jugement querellé, la survenance d'un événement assuré dans le cadre de la

couverture d'assurance convenue entre les parties par la police no 9963.648 n'étant pas directement contestée.

3. L'appelante fait d'abord grief au premier juge de n'avoir pas admis un cas de prétention frauduleuse, au sens de l'art. 40 LCA.

a) En cas de prétention frauduleuse (art. 40 LCA). soit lorsque l'ayant droit, dans le but d'induire l'assureur en erreur, dissimule ou déclare inexactement des faits qui auraient exclu ou restreint l'obligation de l'assureur, ce dernier n'est pas lié par le contrat. Cette disposition sanctionne toute communication inexacte faite dans le but d'induire en erreur sur les faits importants pour la détermination du principe de la responsabilité (ATF 62 II 237, JT 1937 I 84) ou l'établissement de l'indemnité (ATF 78 II 278, JT 1953 I 403).

L'art. 40 LCA n'est pertinent que dans la mesure où la déclaration inexacte ou la dissimulation peut influencer sur l'existence ou sur le montant de la prestation à verser par l'assureur. Pour qu'il y ait fraude, il suffit que l'ayant droit ait agi dans le but d'induire l'assureur en erreur, même s'il n'est pas parvenu à ses fins (Kuhn/Montavon, op. cit., p. 178).

L'application de l'art. 40 LCA implique la réalisation de deux conditions, l'une objective, à savoir l'inexactitude des faits présentés à l'assureur par l'ayant droit, et l'autre subjective, à savoir des déclarations faites consciemment par l'ayant droit en vue d'obtenir une indemnité plus élevée. Il incombe à l'assureur de faire la preuve de l'intention frauduleuse qui devra être appréciée avec une certaine rigueur (Viret, Droit des assurances privées, 1991, p. 143).

Il faut donc la réalisation simultanée d'une condition objective d'une part, soit, par exemple, des inexactitudes dans les déclarations sur le déroulement du sinistre ou sur la valeur du dommage, et d'une condition subjective d'autre part, soit d'inexactes déclarations faites consciemment, dans le but d'obtenir une prestation plus élevée (JU RJJ 1996 p. 264; ZH RBA. XII no 50; Gabus, Le fraudeur, le faussaire, l'escroc et l'assureur in : SJ

1499 II p. 21 ss, spéc. 36; Viret, op. cit., p. 143; Viret, A propos de la fraude en matière de contrat d'assurance, Revue suisse d'assurances, 1996, p. 175 ss, spéc. 182 ss).

Pour qu'il y ait prétention frauduleuse, il faut que les faits dissimulés ou inexactement déclarés se rapportent au sinistre lui-même (RBA XIX n. 90). Il a notamment été jugé qu'il n'y avait pas de fraude à l'assurance lorsque l'assurée, dont il était établi médicalement qu'elle était en totale incapacité de travail, participait occasionnellement, et par quelques petits travaux, à la tenue d'un hôtel familial où elle était hébergée (RBA XIII n. 111).

L'exagération des prétentions est frauduleuse même si elle ne porte que sur une somme restreinte par rapport au dommage justifié (TF RBA XI no 42). Peu importe que la fraude porte sur tout ou partie du dommage (TF RBA X no 45; TF RBA V no 176; TF RBA III no 691250, SJ 1913 p. 1). Et peu importe que la déclaration inexacte ne porte que sur un montant relativement faible (in casu 4%) du dommage (ZHJT 1997 I 814 rés.).

La conscience de l'inexactitude des renseignements est un élément constitutif de la prétention frauduleuse (SJ1997 I 814; 1913 p. 1). Il faut en outre une volonté de l'auteur des renseignements de se procurer un profit illicite (TF RBA IX no 801104; TF RBA IV no 133) en provoquant sciemment une erreur dans l'esprit de l'assureur (LU RBA VI no 157/271). Une déchéance des droits du preneur d'assurance en cas d'exagération du dommage demande que l'on détermine s'il était de bonne ou de mauvaise foi; le juge dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation (GE RBA III no 68). Il faut donc que les déclarations inexactes portent sur des faits déterminants pour l'obligation de l'assureur (JT1937 I 84 rés.; TF RBA XV no 66; SG RBA XVIII no 24, JT 1992 II 756 rés.). Comme relevé plus haut, en application du principe découlant de l'art. 8 CC, il appartient à l'assureur de prouver l'existence d'une prétention frauduleuse (TF RBA V no 176; SG RBA XVIII no 24, JT 1992 II 756 rés.). Il doit ainsi faire à la fois la preuve de l'inexactitude des faits relatés et de l'intention frauduleuse du preneur d'assurance; il doit également prouver que les faits réels, s'ils avaient été décrits avec exactitude par l'assuré, lui auraient permis de réduire ses prétentions ensuite du sinistre (TF RBA IX no 79).

Si la fraude est établie, l'assureur est intégralement délié de son obligation que celle-là porte sur une partie ou sur la totalité du dommage (TF RBA X no 45; TF RBA V no 176; SJ 1913 p. 1). Dans ce cas, l'ayant droit perd sa prétention envers l'assurance et l'assureur est en droit de se départir du contrat avec effet ex tunc, soit jusqu'au moment où la fraude s'est produite (Lenzbourg RBA XIV no 95). La prime pour la période d'assurance en cours au moment de la résiliation reste acquise à ce dernier (art. 25 al. 1 LCA).

b) En l'espèce, l'appelante déduit des constatations faites par ses inspecteurs lors de leur visite du 28 mars 2000 que l'intimé n'était pas incapable d'exercer une activité professionnelle à 100% puisqu'il se trouvait en train de porter un serre-joint sur son épaule. Toutefois, l'argument de l'intimé selon lequel il ne faisait que du rangement en vue de la vente de la société, apparaît étayé par le rapport même des représentants de l'appelante, dès lors qu'il y est précisé que les locaux se trouvaient vides de tout appareil frigorifique et très en désordre. On constate que l'intimé ne pouvait en tout cas pas y exercer d'activité de frigoriste.

L'appelante prétend que l'intimé aurait conservé une activité parallèle de brocanteur. On voit toutefois mal comment déduire une telle activité du simple fait de se trouver avec un serre-joint à la main. Le rapport ne cite d'ailleurs aucune possibilité de travailler ni dans les locaux vides ni dans le bureau en désordre ni dans l'entrepôt-meubles; vu la description de l'état des locaux, il apparaît douteux qu'il ait d'ailleurs pu y exercer une quelconque activité. De plus, les enquêtes ont démontré que l'intimé n'exerçait plus d'activités de brocanteur sur les marchés depuis plusieurs années.

Quant aux déclarations - contestées - que l'intimé aurait faites aux inspecteurs de l'appelante, selon lesquelles son incapacité de travail aurait été augmentée de 75% à 100% pour des raisons administratives, elles semblent peu convaincantes et seront écartées. D'une part, aucune activité de frigoriste ne subsistait. D'autre part, ces déclarations ne sont pas corroborées par le constat du médecin traitant, cette différence de taux ne modifiant pas celui finalement octroyé par l'AI. Enfin, les témoignages des représentants de l'appelante doivent en outre être appréciés avec retenue compte tenu de leurs rapports de subordination envers elle.

On ne saurait donc suivre l'appelante lorsqu'elle déduit du rapport de ses représentants, qui n'ont procédé qu'à une seule visite, que l'intimé demeurerait capable de travailler, ceci en dépit des constatations médicales contenues dans le dossier.

Il ressort en effet de la procédure, que l'incapacité de travail de l'intimé a été déterminée sur la base de l'avis de plusieurs spécialistes et d'exams médicaux. Elle est due à une discopathie majeure de plusieurs segments, survenue suite à une chute sur son lieu de travail, événement entrant dans le cadre de la couverture d'assurance convenue avec la société intimée. L'incapacité de travail a aussi été constatée par le médecin chargé de l'expertise privée requise par l'appelante en juin 1999, Dr R. Ce dernier a en effet considéré justifiée l'incapacité de travail à 75%, à cette époque, du patient "compte tenu de la clinique en cours et des contraintes dues à sa profession". Le médecin traitant de l'intimé, Dr E, a ensuite porté le taux de 75% à 100%, en octobre 1999, taux qu'il a confirmé lors des enquêtes en précisant qu'il avait constaté une aggravation de l'état lombaire de son patient et que ces constats médicaux n'avaient rien à voir avec des déclarations que son patient lui aurait faites par rapport à son travail. Il a justifié le taux d'incapacité de travail à 100% par la souffrance physique de son patient, qui pouvait connaître des périodes d'accalmie, mais pas pendant longtemps, ce qui excluait toute activité professionnelle suivie. En précisant que cette invalidité se rapportait notamment à son travail de frigoriste lié au déplacement de poids, le médecin ne se référait donc pas uniquement à cette tâche, contrairement à ce qu'avance l'appelante. Cet avis médical n'a pas été contesté devant le premier juge par l'appelante qui n'a requis aucun autre acte d'instruction ni d'expertise.

Au surplus, au sens de la jurisprudence citée ci-dessus, la participation occasionnelle de l'intimé, non démontrée en l'espèce, à quelques menus travaux dans le cadre d'une entreprise familiale, ne conduirait pas encore à une fraude à l'assurance, dès lors que l'incapacité totale de travail a été établie médicalement (RBA XIII n. 111).

Dès lors, c'est avec raison que le premier juge a considéré médicalement établie l'incapacité totale de travail de l'intimé et qu'il a écarté les

déclarations des représentants de l'appelante pour réclamer l'application de l'art. 40 LCA. Le grief invoqué sera dès lors rejeté.

La condition objective de l'art. 40 LCA n'apparaissant pas réalisée, il n'y a pas lieu d'examiner, sur le plan subjectif, la conscience de l'inexactitude. Ces renseignements, autre élément constitutif de la prétention frauduleuse.

4. Ce n'est qu'au stade de l'appel que l'appelante remet en cause les avis des médecins relatifs à l'incapacité de travail de l'intimé, reprochant au premier juge de ne pas avoir mandaté d'expert pour en déterminer la quotité.

Il sied en premier lieu de rappeler que l'appelante n'a elle-même jamais sollicité un tel acte d'instruction, alors qu'elle eût pu le faire non seulement dans le cadre de la procédure d'instruction, mais également par l'art. 67 LCA. A la lecture des certificats médicaux établis par plusieurs médecins spécialistes, notamment neurochirurgien, chirurgien et rhumatologue, et suite à l'audition du médecin traitant, il ne fait pas de doute que le premier juge possédait suffisamment d'éléments concordants pour ne pas ressentir le besoin de requérir l'avis d'un spécialiste supplémentaire, afin de s'éclairer davantage sur la question du taux de l'incapacité de travail.

Relevons au surplus que l'appelante s'est au contraire opposée à toute prorogation d'enquêtes, par courrier du 27 mai 2002, invoquant l'art. 240 LPC et considérant avoir exposé de manière détaillée ses moyens. Elle ne saurait y revenir à ce stade. Ce grief sera donc également écarté.

5. L'appelante reproche ensuite au premier juge d'avoir considéré qu'elle avait expressément renoncé à développer le moyen tiré de la réticence et d'avoir mal interprété son courrier du 27 mai 2002.

Force est toutefois de constater que l'appelante y renonce clairement lorsqu'elle se réfère à son courrier du 27 mai 2002, figurant sous lit. B q (cf. s).

On ne peut se convaincre du bien-fondé de la position de l'appelante lorsqu'elle soutient aujourd'hui que cette procédure séparée "n'avait donc trait qu'au montant versé à tort et non pas les conclusions prises par les demandeurs-intimés". De deux choses l'une, soit elle voulait se référer à une réticence qui est sanctionnée par la résiliation du contrat avec effet ex tunc, soit elle voulait se référer à une prétention frauduleuse, dont l'effet rétroactif envers l'ayant droit intervient à partir du moment où les motifs suffisants apparaissent, l'assureur n'ayant le droit de se départir du contrat que pour autant que l'ayant droit soit le preneur d'assurance (Kuhn/Montavon, op. cit., p. 177), ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Cette question peut toutefois rester ouverte compte tenu de ce qui va suivre.

6. a) La réticence, au sens de l'art. 6 LCA, est l'omission de déclarer ou la déclaration inexacte, par le proposant, lors de la conclusion du contrat d'assurance, d'un fait important pour l'appréciation du risque, soit un fait de nature à influencer sur la détermination de l'assureur de conclure le contrat ou de le conclure aux conditions convenues; sont réputés importants les faits au sujet desquels l'assureur a posé par écrit des questions précises ou non équivoques (art. 4 LCA). Selon l'art. 6 LCA, si celui qui devait faire la déclaration a, lors de la conclusion du contrat, omis de déclarer ou inexactement déclaré un fait important qu'il connaissait ou devait connaître, l'assureur n'est pas lié par le contrat, à la condition qu'il s'en soit départi dans les quatre semaines à partir du moment où il a eu connaissance de la réticence.

La jurisprudence n'admet qu'avec retenue l'existence d'un cas de réticence, notamment en considération du fait que la loi ne prévoit que la résolution et non l'adaptation du contrat (ATF 101 II 339, JT 1976 I 627; ATF II 6 II 338, SJ 1991 p. 17). Le principe de la confiance est à la base de l'art. 6 LCA de telle sorte que l'on ne doit pas favoriser la résiliation par l'assureur qui se fonderait sur des réponses à des questions rédigées en termes techniques non compréhensibles pour la plupart des gens sans explications particulière (ATF 101 II 339, JT 1976 I 627). Il n'y a réticence justifiant la résolution du contrat qu'en cas de déclaration du proposant objectivement

inexacte et constituant de surcroît une violation du devoir de déclarer certains faits imposés par l'art. 4 LCA (Carré, Loi fédérale sur le contrat d'assurance, Lausanne 2000, p. 146). Il incombe à l'assureur de formuler avec précision et sans équivoque les questions relatives aux faits qui lui paraissent importants, à l'intention de celui qui doit les déclarer. De son côté, le proposant doit indiquer les faits qui lui sont ou doivent lui être connus; il doit non seulement mentionner les faits importants pour l'appréciation du risque qui lui viennent à l'esprit sans autre réflexion, mais aussi ceux qui ne peuvent lui échapper s'il réfléchit sérieusement aux questions de l'assureur. Pour apprécier la conformité des réponses, il convient de déterminer si le proposant connaissait ou devait connaître leur fausseté ou leur inexactitude et on doit tenir compte de tout son contexte personnel, soit de l'intelligence, de la formation, de l'expérience, du degré de culture et de la situation du proposant.

On admettra une réticence à charge de celui qui, questionné sur des maladies antérieures, répond négativement, alors même que l'incapacité de travail subie, les méthodes de traitement adoptées et la longueur dudit traitement excluent la qualification de simple dérangement passager et constituent une véritable altération de la santé (Carré, op. cit., p. 146).

Selon la jurisprudence, il ne faut adopter ni un critère purement subjectif, ni un critère purement objectif pour juger si le proposant a rempli ou non ses obligations quant aux déclarations à faire. Du moment que la loi ne se contente pas de ce que le proposant communique à l'assureur, en réponse aux questions correspondantes, les faits importants pour l'appréciation du risque qui lui sont effectivement connus, mais qu'elle prescrit en outre que le proposant doit déclarer également les faits importants pour l'appréciation du risque qui doivent lui être connus, cette loi institue un critère objectif, c'est-à-dire indépendant de la connaissance effective. Pour appliquer ce critère, on tiendra compte des circonstances du cas particulier, notamment des qualités (intelligence, formation, expérience) et de la situation du proposant. En effet, celui-ci doit déclarer à l'assureur, outre les faits importants pour l'appréciation du risque qui lui sont effectivement connus, non pas d'une façon générale tous les faits de cette nature qui sont objectivement reconnaissables

- 18 -

lors de la conclusion du contrat, mais ceux qui font l'objet de questions écrites et qui lui sont connus ou doivent être connus de lui (ATF 5C.56/2003 du 23 mai 2003).

En application de ces principes, le Tribunal fédéral a notamment eu l'occasion de juger que des douleurs lombaires déclenchées par un accident, qui cessent après un traitement relativement bref et ne réapparaissent pas, n'ont pas à être considérées par un profane en médecine comme de véritables maux de dos devant être mentionnés lors de la conclusion d'une assurance maladie (ATF 101 II 339 consid. 2b p. 345).

La preuve de la réticence est à la charge de l'assureur (ATF 72 II 124, JT 1946 I 622; Carré, op. cit., p. 150, Kuhn/Montavon, op. cit., p. 146s.).

Le délai de quatre semaines de l'art. 6 LCA est un délai de péremption (ATF 119 V 285).

b) En l'espèce, le contrat conclu le 1er janvier 1997 entre l'appelante et la société intimée contient une particularité de la couverture d'assurance qui vise "Tout le personnel - Sans demande d'admission - Couverture intégrale des maladies antérieures selon l'art. 10.1.1 CGA"; selon cet article, en cas de couverture intégrale, la durée des prestations ordinaires convenue est également valable pour les maladies préexistantes. Sous le titre "assurance sans indication nominative des assurés", l'art. 9.1 CGA précise que lorsque l'assurance est obligatoire pour l'ensemble du personnel ou pour une catégorie de personnel désignée dans la police, La Y renonce à recevoir une demande d'admission pour ce personnel.

L'appelante n'est donc tout simplement pas fondée à invoquer une réticence sur la base d'une éventuelle réponse négative à une question contenue dans un formulaire d'admission, dans la mesure où elle a expressément admis que la couverture d'assurances s'entendait sans réserve et qu'elle incluait les maladies préexistantes.

c) Au surplus, le cas de réticence lui-même n'apparaît pas prouvé. En effet, l'appelante se fonde sur les déclarations du médecin traitant que

l'intimé consulte depuis novembre 1998, selon lesquelles ce dernier souffrait de douleurs lombaires depuis une vingtaine d'années, ayant été traité il y a environ vingt ans pour une sciatique. Il ajoutait qu'il avait noté dans son dossier, pour faire son anamnèse, qu'il avait été traité, à une reprise, pour cette sciatique invalidante qui avait nécessité un traitement de physiothérapie. L'intimé ayant répondu négativement à la question "souffrez-vous ou avez-vous souffert [ ] f) de maladies des os ou des articulations? Rhumatismes, arthrose, séquelles d'accident, affections de la colonne vertébrale, maux de dos, lumbago, sciatique?", l'appelante considère le cas de réticence comme manifeste.

Cette argumentation méconnaît les principes juridiques qui doivent régir l'invocation de la réticence au sens de l'art. 6 LCA. Il a été rappelé à ce sujet que l'existence d'un cas de réticence ne devait être admis qu'avec grande retenue (ATF 101 II 339), voire avec la plus grande retenue (ATF 116 II 336) et que la preuve de la réticence est à la charge de l'assurance. Il convient par conséquent de relativiser cet événement unique de sciatique intervenu il y a vingt ans, sans rechute, lorsque l'intimé avait lui-même l'âge de vingt ans. Cet événement ancien n'a d'ailleurs pas empêché l'intimé d'exercer les professions de brocanteur, puis de frigoriste. Il n'est pas raisonnable de considérer que ce fait ancien et unique ait pu lui être connu sans autre réflexion, ni même en réfléchissant sérieusement à la question. L'assurance ne peut ainsi de bonne foi retenir que la réponse négative formulée une quinzaine d'années plus tard relative à un événement unique et sans rechute puisse constituer sans autre une réticence. Ceci d'autant plus que le médecin a précisé que ce n'était que suite à l'accident d'août 1998 que l'intimé avait des douleurs lombaires chroniques, avec des moments de crises importantes nécessitant un traitement continu par les médicaments. En l'état du dossier et en rappelant que l'appelante n'a pris aucune conclusion demandant une réouverture de l'instruction, la Cour n'entrera pas en matière sur le grief de réticence.

7. a) Les derniers reproches de l'appelante concernent l'apport du dossier AI et la prise en considération d'un salaire de 4'000 fr. par mois, alors que ce fait était contesté et que les CGA préoyaient que le salaire convenu ne pouvait pas être supérieur au salaire AVS déclaré.

Dans son ordonnance du 5 octobre 2001, le premier juge avait réservé l'apport du dossier AI de l'intimé, le considérant prématuré du fait qu'aucune décision AI n'était encore intervenue et qu'il ne se justifierait que si [l'appelante] avait à verser des indemnités.

**b)** Il n'est pas soutenu que l'office AI de Genève ait déjà tranché; il ne se justifie donc pas de décider à ce stade l'apport dudit dossier AI.

Concernant l'apport des déclarations des salaires AVS pour la période de 1995 à 1998, le premier juge a relevé que la demande portait sur une période postérieure (mars à novembre 2000), que ces pièces ne se rapportaient à aucun allégué de la demande et que la défenderesse [l'appelante] n'avait pas déposé de demande reconventionnelle pouvant justifier l'apport de ces pièces.

Selon l'art. 17.1 CGA, l'indemnité journalière se fonde sur le salaire déterminant pour le calcul de la prime (art. 26.2). Elle doit correspondre à la perte de salaire effective. Si un salaire conventionnel a été prévu, l'indemnité ne peut en aucun cas dépasser le montant effectivement perdu. []). Pour les assurés rémunérés au mois, le salaire journalier est égal à 1/365ème du salaire annuel, gratification comprise. L'art. 26.2 CGA indique que le salaire déterminant est égal au salaire AVS. Les normes AVS s'appliquent également aux assurés non soumis à l'AVS. Le salaire déterminant ne peut dépasser le salaire maximum assurable indiqué dans la police.

On constate à la lecture du dossier que l'appelante a versé d'août 1998 à mars 2000, soit pendant près de deux ans, des indemnités journalières à la société intimée qu'elle a calculées sur la base d'un revenu annuel de 48'000 fr. (divisé par 365 jours = 131 fr. 51 par jour), alors que, parallèlement, elle encaissait auprès de celle-ci des primes calculées, en référence à son décompte définitif de prime 1999, sur un salaire annuel de 50'400 fr. Ce dernier chiffre figure à titre de salaire, relatif à l'unique employé, sur le compte d'exploitation 1998 de la société intimée et correspond aux exercices des années précédentes. Le compte d'exploitation 1999 indique un salaire annuel de 9'450 fr. que la société intimée explique correspondre à une activité résiduelle à 25% durant neuf mois. Ces comptes ont été dûment contrôlés par un organe de révision.

En outre, les revenus de l'intimé ont également été l'objet d'une enquête économique de la pari de l'Hospice général dont le représentant a expliqué devant le premier juge s'être notamment fondé sur les déclarations fiscales de l'intimé, voire s'être directement informé auprès de l'Administration fiscale qui lui procure ce type de renseignements.

S'il est exact que la production des déclarations faites à la caisse de compensation AVS auraient effectivement clarifié la situation, on voit toutefois ma? pourquoi les chiffres des déclarations à la caisse de compensation AVS ne correspondraient pas aux montants figurant dans les comptes révisés de la société intimée. Partant de ces chiffres, les indemnités journalières auraient même dû être légèrement supérieures à celles versées par l'appelante et à celles réclamées dans la présente procédure. La Cour considère qu'il n'y a pas lieu de réformer le jugement querellé sur ce point, le grief de l'appelante sera donc également écarté.

8. L'appel sera rejeté et le jugement entrepris confirmé.

L'appelante qui succombe sera condamnée aux dépens d'appel (art. 176 LPC).

**P a r c e s m o t i f s**

**L a C o u r :**

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté par La Y, Compagnie d'assurance sur la Vie, contre le jugement JTPI/15251/2002 rendu le 6 décembre 2002 par le Tribunal de première instance dans la cause C/30613/2000-16.

**Au fond :**

Le rejette.

Condamne La Y, Compagnie d'assurance sur la Vie, aux dépens d'appel, lesquels comprendront une indemnité de procédure de 2'000 fr. à titre de participation aux honoraires d'avocats de Z.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Siégeant :**

Madame Martine Heyer, présidente; Monsieur Michel Criblet et Monsieur Jacques Delieutraz, juges; Madame Nathalie Deschamps, greffière.