

POUVOIR JUDICIAIRE

C/7379/2004

ACJC/849/2007

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile
statuant par voie de procédure ordinaire

AUDIENCE DU VENDREDI 22 JUIN 2007

Entre

X., appelante d'un jugement rendu par la 5ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 2 novembre 2006, comparant par Me Jean-Luc Marsano, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

A., SOCIETE D'ASSURANCES, soit pour elle sa succursale de Genève, intimée, comparant par Me Serge Rouvinet, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 28.06.2007.

EN FAIT

- A.** a) X., créée en mai 1998 et inscrite au Registre du commerce de Genève, avait pour but l'exploitation de stations-service et de commerces annexes.

Son premier administrateur fut Y., signant d'abord individuellement puis collectivement avec Z., son directeur, promu administrateur dès novembre 1998. Tous deux étaient actionnaires de la société. Le 31 mars 2001, Y. quitta ses fonctions et cessa de travailler au sein de X., Z. demeurant dès lors seul administrateur. X. employait différentes personnes, dont un comptable, O., qui travaillaient au sein des deux stations-service dont X. assurait la gérance, l'une à ..., l'autre à ..., cette dernière n'ayant été gérée que de décembre 1998 à novembre 2002.

b) Z. s'occupait de l'administration et de la direction de la société et travaillait plus particulièrement au sein de la station-service de ... qui était ouverte tous les jours, tandis que son associé Y. se chargeait de celle de ... qui fut reprise à son départ par l'employé P. jusqu'au terme de la gérance en novembre 2002.

En sus de son poste d'administrateur, Z. avait un statut de salarié de X., son salaire étant soumis à cotisation AVS, à compter de février 1999, date à laquelle il fut déclaré à la Caisse cantonale de compensation AVS.

Z. était lié à X. par un contrat de travail oral, le projet de contrat écrit, élaboré et signé le 1er février 1999 par X. n'ayant jamais été signé par l'intéressé. Il sied de noter que l'exemplaire produit par X. est incomplet, la deuxième page, comportant vraisemblablement le montant du salaire, étant omise.

Z. travaillait plusieurs heures par jour dans l'une ou l'autre des stations sans qu'il soit possible de déterminer avec plus de précision sa durée de travail, du fait notamment de la souplesse de son horaire et de l'absence de contrôle liée à son statut dirigeant.

Il ressort des allégations de X., des déclarations de salaire faites à l'AVS et des avis de taxation établis par l'Administration fiscale sur la foi des salaires déclarés par Z. que celui-ci a d'abord perçu un salaire mensuel brut de 3'000 fr. qui fut porté à 5'000 fr. dès le 1er janvier 2001.

- B.** a) Par l'intermédiaire d'un courtier en assurances B., courtier chargé de la gestion de son portefeuille, X. a renouvelé le 15 mai 2001 avec C., COMPAGNIE D'ASSURANCES une police d'assurance-maladie collective no 47.107.508 procurant à ses collaborateurs, après un délai d'attente de 30 jours, le 80% de leur salaire pendant 700 jours en cas de maladie, même préexistante. La prime annuelle s'élevait à 1'293 fr. 60, payable le 1er janvier. Ce montant, fixé sur la base des décomptes des salaires assurés à la conclusion du contrat, donnait lieu à une perception d'une prime provisoire, laquelle était calculée définitivement, une fois l'année écoulée, sur la base des salaires effectifs. Une prime

définitive était dès lors adressée au preneur, sous déduction de la prime provisoire payée.

Le contrat fut conclu pour six mois, puis renouvelé pour 2002, année au cours de laquelle le contrat fut repris par A. qui établit le 21 octobre 2002 une nouvelle police, légèrement remaniée par rapport à la précédente, pour une durée d'un an, du 1er janvier 2003 au 1er janvier 2004. La prime annuelle totale fut portée à 2'091 fr. Les conditions générales applicables (CG 2000) n'ont pas été produites.

b) En raison d'une affection cardiaque, Z. a dû réduire à 50% son activité professionnelle dès le 19 février 2002.

A. en fut informée par avis de sinistre du 10 mars 2002 dans lequel il était précisé que le salaire annuel brut de l'assuré était de 60'000 fr. Cet avis a été signé par le comptable O. Z. a travaillé à mi-temps jusqu'en novembre 2002 où il a subi un pontage coronarien; à la suite de cette opération il n'a plus du tout travaillé jusqu'au 1er mars 2004, date à laquelle il a repris une activité à 50%.

Se fondant sur ses décomptes de salaire AVS, X. a allégué avoir versé à Z. son plein salaire en janvier et février 2002, puis un demi-salaire de mars à octobre 2002 inclusivement, soit un montant total de 30'000 fr. en 2002. Par la suite, elle ne lui a plus rien versé pendant la durée de son incapacité de travail complète.

C. a) En dépit de la réalisation du cas de sinistre annoncé dès mars 2002, A. n'a pas versé les indemnités convenues, se prévalant dans un premier temps d'une suspension de la couverture d'assurance découlant d'un retard de X. dans le paiement des primes, suspension qui avait pris effet le 21 février 2001. X. fut informée de la décision d'A. de ne pas couvrir le sinistre pour ce motif par courrier du 3 juillet 2002, mais elle ne répercuta l'information à son courtier B. que le 26 février 2003.

Il s'ensuivit, entre mars et octobre 2003, un échange de correspondance entre B. et A., B. contestant le bien-fondé de cette suspension de couverture. Il ressort en substance de ces courriers et des éléments recueillis au cours de l'instruction :

aa. que la C. avait suspendu la couverture d'assurance avec effet au 21 janvier 2000 et s'engageait, selon courrier du 8 août 2000 à la rétablir avec effet rétroactif après "paiement de toutes les créances" non précisées dans ce document mais qui se rapportaient, selon B., à une facture de prime définitive pour 1999 de 562 fr. 90 et à la prime provisoire 2000 de 1'813 fr. (1'057 fr. 60 + 755 fr. 40) qui auraient été payées le 13 novembre 2000.

bb. que d'autres courriers, non produits, auraient été échangés à ce sujet par B. et C.

cc. qu'en février 2003, A. réclamait encore à X. le paiement des soldes de primes suivantes :

année 1999 : prime définitive 2'081 fr. 50
année 2000 : prime définitive 3'246 fr. 60
année 2001 : prime provisoire 2ème semestre 646 fr. 80
année 2001 : prime définitive 4'083 fr. 30

dd. que B. contestait que ces montants soient intégralement dus par X., relevant que :

- la prime définitive de l'année 1999 ne tenait pas compte d'une précédente facture de 562 fr. 90 déjà payée par X. à ce titre (paiement non prouvé cependant),
- la prime définitive de l'année 2000 se fondait à tort sur une masse salariale de 273'500 fr. au lieu de la masse effective de 164'830 fr., de sorte que la prime devait être de 1'237 fr. 70, après déduction de la prime provisoire de 1'813 fr.,
- la prime provisoire de 646 fr. 80 (2ème semestre 2001) avait été payée, semble-t-il, (paiement non prouvé cependant),
- la prime définitive 2001 avait été contestée car la prime des indemnités journalières (2'349 fr. 60) avait été comptée deux fois. En outre, le nouveau décompte à établir devait se fonder sur la masse salariale effective communiquée (en mars 2003) de 166'700 fr.

ee. qu'A. a rectifié le 15 avril 2003 les primes définitives de 2000 et 2001, les fixant respectivement à 1'236 fr. 40 et 1'088 fr. 90, compte tenu des masses salariales (enfin) communiquées par X. et des observations de B.

- qu'A. maintenait toutefois qu'un solde de 2'081 fr. 50 lui restait dû pour 1999 et un autre de 646 fr. 80 au titre de la prime provisoire 2ème semestre 2001, de sorte qu'elle ne pouvait considérer comme réalisée la condition de paiement de toutes les créances qui devait mettre fin à la suspension de la couverture avec effet rétroactif; elle refusait ainsi d'intervenir pour le sinistre du 19 février 2002.

ff. que X. a payé le 16 avril 2003 les primes définitives 2000 et 2001 de 1'236 fr. 40 et 1'088 90 sans qu'il soit établi que ces versements aient été effectués sous la condition, acceptée par A., de rétablir rétroactivement la couverture d'assurance, la proposition faite en ce sens le 10 mars 2003 par B. ayant été clairement rejetée le 2 avril 2003.

gg. que X. a payé le 22 avril 2003 les ultimes montants arriérés, "au bénéfice du doute" et a obtenu la remise en vigueur du contrat no 47.107558 avec effet au 22 avril 2003, ce qu'A. lui confirma le 14 juillet 2003.

hh. que X. s'acquitta enfin le 30 septembre 2003 de la somme de 1'256 fr. 60 correspondant à la prime définitive 2003 qu'A. avait fixée en septembre 2003.

D. a) A ce contentieux relatif au paiement des anciennes primes d'assurance vint s'ajouter une dénonciation émanant du comptable de X., O. Ce dernier écrivit le 14 juin 2003 à A. pour lui signaler que, sur instructions de Z., il avait établi une fausse déclaration concernant l'arrêt de travail de celui-ci du 19 février 2002. Il expliqua que Z. n'était pas employé de X., mais seulement administrateur, qu'il percevait à ce titre une indemnité mensuelle de 3'000 fr. et travaillait en réalité à 100% pour une société L. qui lui versait un salaire de 5'000 fr. Cette société n'ayant conclu aucune assurance perte de gain pour ses employés, Z. lui avait demandé, lorsqu'il était tombé malade, de le déclarer comme salarié de X. et de porter son salaire à 5'000 fr. pour encaisser les indemnités sur cette base auprès d'A. O. confirma ce qui précède lors d'un entretien qu'il eut le 22 juillet 2003 avec un employé d'A., puis, le 11 janvier 2005, lorsqu'il fut entendu comme témoin par le Tribunal.

b) Cette dénonciation faisait suite à un licenciement immédiat et à une plainte pénale déposée le 6 mai 2003 par X. à l'encontre de O. qu'elle accusait notamment de faux dans les titres et d'abus de confiance pour s'être approprié sans droit une partie des recettes

des stations-services pour un montant indéterminé mais d'au moins plusieurs dizaines de milliers de francs.

Cette plainte a donné lieu à une procédure pénale P/7354/2003 qui serait toujours pendante.

e) Nantie de la dénonciation précitée, A. s'enquit en août 2003 auprès de X. du justificatif du contrat de travail et des salaires versés à Z., cela nonobstant l'absence de couverture du cas.

Elle obtint la confirmation que le salaire de Z. déclaré à l'AVS en 1999 et 2000 s'élevait bien à 3'000 fr. brut mais ne reçut pas les déclarations pour 2001 et 2002 qu'elle dut se procurer directement auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation, après avoir obtenu procuration de X.

Les documents transmis par la caisse ont permis à A. de constater que X. avait déclaré pour Z. un salaire de 60'000 fr. en 2001 et de 30'000 fr. en 2002, compte tenu de son incapacité de travail. Ils ont également permis de vérifier que Z. était encore employé de la société L. depuis le 1er juillet 2001, laquelle avait aussi déclaré un salaire mensuel de 5'000 fr., tant en 2001 qu'en 2002. Son statut de salarié de L., société ayant son siège à Genève, a été confirmé ultérieurement par la production du contrat de travail qui le liait à cette société dont l'administratrice, M., a attesté que la société lui avait versé un salaire mensuel brut de 5'000 fr., même "pendant les périodes d'incapacité de travail".

Z. a par ailleurs déclaré à l'Administration fiscale, pour l'exercice 2001, un revenu annuel brut de 60'000 fr. pour la commune no ... et un revenu annuel brut de 30'000 fr. pour la commune no ...

Quant aux justificatifs de versements de salaire, il est apparu que X. réglait le salaire de Z., vers le 10 de chaque mois, en lui remettant un chèque qu'il encaissait sur son compte no ... auprès de la BCG. En 2000, les chèques encaissés se montaient à 2'648 fr. (correspondant à une rémunération brute de 3'000 fr.); en 2001, ils se sont élevés à ce même montant de janvier à juin, puis ils passèrent à 3'000 fr., jusqu'en juin 2002. Aucun chèque ne fut encaissé entre le 12 juin 2002 et le 1er novembre 2002, date à laquelle un virement de 12'800 fr. fut crédité sur son compte en provenance du compte, rubrique réserve, no ... de X. auprès de la BCGe, sur la base d'un ordre de virement donné le 24 octobre 2002 par Z. lui-même.

X. a également allégué en première instance que la somme de 20'400 fr. créditée sur le compte de celui-ci le 19 avril 2002 aurait représenté un rattrapage de salaires qu'il se serait alloué en encaissant sur son compte des ristournes d'un fournisseur de X. (K.).

Cette allégation, non prouvée, n'a pas été reprise en appel par X. qui a choisi d'autres crédits intervenus sur le compte comme étant des compléments de salaire, soit 4'500 fr. et 5'000 fr. les 19 et 25 avril 2002, 5'000 fr. le 10 octobre 2002 et 5'000 fr. le 27 décembre 2002, sans toutefois prouver ni l'origine des fonds, ni la cause des crédits. Elle a également fait mention de différents chèques établis par le fournisseur K. en sa faveur en janvier 2001 et 2003 qui auraient été encaissés directement par Z., toujours à titre de

salaire. La preuve de l'encaissement de ces chèques de K. par Z. n'a toutefois pas été rapportée, étant observé qu'ils n'ont en tout cas pas été crédités sur son compte.

E. a) Après avoir essuyé un ultime refus d'A. le 16 mars 2004, X. a ouvert action à l'encontre de cette assurance le 31 mars 2004, concluant à ce qu'elle soit condamnée à lui payer la somme de 72'000 fr. plus intérêts à la date moyenne du 1er janvier 2003 correspondant aux indemnités dues selon la police, soit huit mois d'incapacité à 50% (8 x 2'500 fr. x 80% = 16'000 fr.) et quatorze mois d'incapacité totale (14 x 5'000 fr. x 80% = 56'000 fr.).

b) A. a conclu au déboutement de la demanderesse, se prévalant de ce que celle-ci avait fait une fausse déclaration en signalant que la rémunération de son administrateur et employé s'élevait à 5'000 fr. brut alors qu'elle n'était que de 3'000 fr. et s'estimant par conséquent déliée du contrat en application de l'art. 40 LCA.

Elle a également fait valoir que le sinistre ne pouvait de toute façon pas être pris en charge puisqu'il était survenu à une période pendant laquelle la couverture d'assurance était suspendue.

c) En cours de procédure, X. et Z. ont déposé plainte pénale pour faux témoignage et calomnie à l'encontre du témoin O., lui reprochant d'avoir mensongèrement déclaré, dans un esprit de vengeance, que X. avait fictivement gonflé le salaire versé à Z. afin de percevoir des indemnités supérieures à l'assurance, cela alors que le salaire déclaré à l'assurance était bien le salaire dû à Z.

Cette plainte a donné lieu à une enquête préliminaire de police au cours de laquelle Y., O. et Z. furent entendus. Y. confirma qu'après son départ, le salaire de ce dernier avait été porté à 5'000 fr. par mois. O. persista dans ses précédentes déclarations, précisant avoir établi la déclaration de salaire AVS de Z. pour 2001 faisant état d'un salaire erroné de 60'000 fr. par an, cela sur instructions de Z. et niant avoir agi par vengeance. Z., invité à justifier de la réception d'un salaire de 5'000 fr. alors que les chèques encaissés sur son compte n'étaient que de 2'648 fr., respectivement de 3'000 fr., a exposé qu'il prélevait la différence dans les caisses des stations-service. Estimant la prévention insuffisante, le Procureur général classa cette procédure pénale P/968/2005. Sur recours du plaignant, la Chambre d'accusation, statuant le 1er mars 2006, confirma la décision de classement.

d) Par jugement JTPI/15863/2006 rendu le 2 novembre 2006 et communiqué aux parties le 9 novembre 2006, le Tribunal de première instance a débouté X. de toutes ses conclusions, considérant qu'A. avait établi le caractère frauduleux de la prétention de X. et qu'elle était par conséquent déliée du contrat en application de l'art. 40 LCA. Le Tribunal n'a dès lors pas examiné le moyen subsidiaire tiré de la suspension de la couverture d'assurance.

e) Par acte expédié de Genève le 11 décembre 2006 à l'attention du greffé de la Cour de céans, X. appelle de ce jugement qu'elle affirme avoir reçu le 10 novembre 2006. Elle en demande l'annulation et reprend les conclusions condamnatoires qu'elle a formulées

devant le premier juge. L'intimée conclut au déboutement de l'appelante et à la confirmation du jugement entrepris.

Les moyens des parties seront examinés ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

1. **1.1.** Le dernier jour du délai d'appel de 30 jours (art. 296 LPC) tombait le dimanche 10 décembre 2006. Conformément à l'art. 29 al. 3 LPC, le délai a été prolongé jusqu'au lundi 11 décembre, premier jour utile. Posté ce jour-là à l'attention de la Cour depuis un bureau de poste suisse, l'appel a été exercé à temps.

1.2. L'acte d'appel doit répondre aux exigences de forme de l'art. 300 LPC.

L'intimée a fait observer que l'adresse de son siège avait été omise sur cet acte qui ne mentionne que celle de sa succursale genevoise.

Selon l'art. 300 lit. a LPC, l'appel doit contenir, à peine de nullité, les nom, prénoms, domicile ou résidence des parties ou, s'il s'agit d'une personne morale, toute autre désignation précise.

Cette disposition reproduit exactement la teneur de l'art. 7 lit. b LPC qui s'applique au contenu de l'assignation. Les mentions exigées ici sont déterminantes pour connaître l'identité exacte des parties et éviter toute hésitation ou confusion dans l'esprit du juge ou des parties. Les précisions requises sont donc celles qui sont à la fois nécessaires et suffisantes pour atteindre ce but. Il s'ensuit que des inexactitudes ou des lacunes qui ne portent pas à conséquence n'emporteront pas nullité de l'assignation, respectivement de l'appel, mais seront simplement corrigées par rectification des qualités. L'importance de la désignation des parties en appel est nécessairement moindre puisque leur identité et leur adresse ont déjà été exposées dans l'assignation (BERTOSSA/GAILLARD/-GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise n. 3 et 4 ad art. 7 et les réf. citées; n. 4 ad art. 300 LPC; TF, SJ 2005 I 11 ss).

L'informalité dénoncée par l'intimée ne lui a causé aucun préjudice et n'a entretenu aucune confusion sur son identité.

L'adresse du siège de celle-ci figurait dans la demande, de sorte qu'elle était connue; son omission dans l'acte d'appel est ainsi sans conséquence.

La désignation de l'intimée dans l'acte d'appel ne suscite aucune ambiguïté quant à l'entité visée : l'appel est dirigé contre la société et non contre la succursale, la société étant toutefois assignée au siège de la succursale genevoise concernée par le litige, comme l'art. 642 al. 3 CO le permet.

L'acte d'appel répond ainsi aux exigences de forme requises, de sorte que sa recevabilité doit être constatée.

2. Le jugement entrepris a été rendu en premier ressort (art. 22 LOJ). La Cour statue dès lors avec un plein pouvoir d'examen (art. 291 LPC).
3. La loi sur le contrat d'assurance a été modifiée avec effet au 1er janvier 2007 par la loi fédérale du 17 décembre 2004 (RO 2005 5245).

Aucun problème de droit transitoire ne se pose cependant car les dispositions pertinentes de ladite loi, susceptibles d'être appliquées ici (art. 20, 21, 39, 40 LCA), n'ont pas été affectées par la nouvelle.

- 4. 4.1.** Les parties sont liées par un contrat d'assurance soumis à la loi fédérale sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1), car l'assurance d'indemnité journalières en cas de maladie ne fait pas partie des assurances sociales (art. 67 al. 2 et 3 et 12 al. LAMal; BERRA, La structure des systèmes de sécurité sociale, 2000, p. 368, 372). Sous réserve des dispositions impératives ou semi-impératives, énoncées aux art. 97 et 98 LCA, le contrat d'assurance peut être élaboré librement, comme tout autre contrat et il est régi par le droit des obligations pour tout ce qui n'est pas réglé par la LCA.

La teneur du contrat est usuellement complétée par les conditions générales d'assurance (CGA) que les parties intègrent à leur convention. Le contenu de celles-ci n'ayant en l'espèce pas été établi, les droits et obligations liant les parties seront examinés par référence au droit dispositif et/ou impératif.

4.2. En cas de sinistre, l'art. 38 LCA impose à l'ayant droit d'aviser l'assureur de la survenance du sinistre dès qu'il a eu connaissance de celui-ci et du droit qui découle en sa faveur de l'assurance.

Cette condition a été respectée ici par l'appelante qui a rapidement signalé à l'intimée l'incapacité de travail de son employé. L'assureur ne le conteste du reste pas.

L'art. 39 LCA impose ensuite à l'ayant droit de fournir à l'assureur, sur sa demande, tout renseignement sur les faits à sa connaissance qui peuvent servir à déterminer les circonstances dans lesquelles le sinistre s'est produit ou à fixer les conséquences du sinistre.

Comme le précise le titre marginal de cette disposition, l'ayant droit doit justifier ses prétentions à l'égard de l'assureur. Conformément à l'art. 8 CC, il lui appartient d'apporter la preuve de la survenance du sinistre (SJ 2005 I 514, consid. 3.1; ATF n.p. 5C.99/2002 du 12 juin 2002, consid. 2.1).

Ici encore, l'assureur ne conteste pas l'existence du sinistre lui-même, à savoir la réalisation d'un cas d'incapacité de travail; il admet également le taux de l'incapacité et la durée de celle-ci.

En revanche, il oppose aux prétentions de l'appelante, qui sont a priori fondées, deux moyens qui devraient conduire à leur rejet.

4.3.1. Le premier moyen, qui a conduit en première instance au déboutement de l'appelante, est fondé sur l'art. 40 LCA. Cette disposition concerne les prétentions frauduleuses formulées par l'ayant droit. Si celui-ci ou son représentant, 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, ou si, dans le but d'induire l'assureur en erreur, il ne fait pas ou fait tardivement les communications que lui impose l'art. 39 de la présente loi (LCA), l'assureur n'est pas lié par le contrat envers l'ayant droit.

Selon la jurisprudence, il faut ainsi d'abord, d'un point de vue objectif, que la dissimulation ou la déclaration inexacte porte sur des faits qui sont propres à influencer l'existence ou l'étendue de l'obligation de l'assureur, autrement dit que sur la base d'une déclaration correcte des faits en question, l'assureur n'aurait à verser qu'une prestation moindre ou même aucune prestation. Le cas le plus fréquent en pratique est celui où l'ayant droit déclare un dommage plus étendu qu'en réalité, notamment en donnant des indications trop élevées sur le prix d'acquisition de la chose assurée. Il faut en outre, d'un point de vue subjectif, que l'ayant droit ait agi avec la conscience et la volonté d'induire l'assureur en erreur, sans qu'il importe qu'il soit parvenu ou non à ses fins (ATF n.p. 5C.99/2002 du 12 juin 2002, consid. 3.1).

4.3.2. Il incombe à l'assureur de prouver que l'ayant droit a élevé une prétention frauduleuse en donnant des indications inexactes (JT 2002 I 531 consid. 2a). La preuve, qui est une preuve principale, porte aussi bien sur la fausse déclaration que sur l'intention frauduleuse qui en est le fondement.

Un fait est considéré comme prouvé lorsque le juge, appliquant des critères objectifs, est convaincu de son existence. Une certitude absolue ne saurait cependant pas être exigée. Il suffit que le tribunal n'ait plus de doute sérieux quant à la véracité du fait ou que subsistent seulement des doutes apparaissant comme légers (TF, SJ 2005 I 515 consid. 3.2).

Ces exigences ne doivent toutefois pas faire échouer la réalisation du droit, parce que la preuve est difficile à rapporter. Néanmoins, une simple difficulté ne justifie pas encore l'allègement du fardeau de la preuve. Une preuve facilitée ne doit être admise que lorsque, en raison de la nature même du fait, une preuve stricte est impossible à fournir ou ne saurait être exigée d'une partie, notamment lorsque les faits allégués par elle ne peuvent être prouvés qu'indirectement par des indices (TF, SJ 2005 I 515 consid. 3.2). Dans ce cas, le degré de la preuve est réduit à la vraisemblance prépondérante. Celle-ci requiert cependant un degré de preuve plus élevé que la simple vraisemblance qui est déjà réalisée lorsqu'un fait peut être admis comme vrai sur une base de simples indices, alors même que le tribunal n'exclut pas la possibilité que ce fait pourrait ne pas s'être réalisé. La vraisemblance prépondérante suppose que cette possibilité ne puisse pas avoir joué un rôle déterminant et entrer raisonnablement en considération (TF, SJ 2005 I 516, consid. 3.3).

Dans le cadre de l'art. 40 LCA, l'assureur devrait pouvoir bénéficier d'un allègement de la preuve, s'agissant tout au moins de la preuve de l'intention de l'ayant droit, car l'intention, qui relève du for intérieur, est par essence difficile à démontrer (NEF, Kommentar zum BG über den Versicherungsvertrag, Bâle 2001, n. 57 et 62 ad art. 40 LCA).

La preuve de l'intention frauduleuse doit en principe être tenue pour rapportée lorsque l'assureur peut prouver que l'ayant droit a falsifié des titres (facture, quittance, attestation) ou lorsque l'erreur dans l'indication de la valeur d'une chose est exclue, de telle sorte que l'ayant droit ne pouvait qu'être conscient de l'inexactitude du montant indiqué (ATF n.p. 5C.99/2002 du 12 juin 2002, consid. 3).

4.3.3. En l'espèce, l'appelante fait grief au premier juge d'avoir tenu pour démontré qu'elle avait présenté une prétention frauduleuse à l'assureur. Elle relève en particulier que les déclarations du témoin O., contre lequel elle avait déposé plainte pénale pour abus de confiance, n'étaient pas crédibles, celui-ci ayant des raisons de vouloir lui nuire.

Le Tribunal a certes tenu compte du témoignage de l'ancien comptable de l'appelante mais il a également pris en considération d'autres indices qu'il a énumérés et qui accréditaient la thèse de l'intimée.

La Cour peut librement revoir cette appréciation.

Le premier élément constitutif de la fraude est l'élément objectif, à savoir la déclaration d'un salaire assuré plus élevé que le salaire effectif. Le Tribunal a retenu ici que l'appelante avait fait état, dans son avis de sinistre, du versement à son employé d'un salaire annuel brut de 60'000 fr. dès janvier 2001, alors que les pièces produites ne révélaient que des montants inférieurs ou étaient soit suspectes (cas de la déclaration des salaires AVS 2001), soit dépourvues de valeur probante.

Déclarer à l'assureur qu'un employé perçoit un salaire plus élevé que le salaire effectivement dû et versé conduit, dans le type d'assurance liant les parties, à obtenir de l'assureur une prestation plus étendue que celle qu'il devrait effectuer s'il était informé du salaire exact, l'indemnité étant calculée en pourcentage du salaire.

La preuve du caractère inexact de cette déclaration résultait d'abord de la dénonciation du comptable qui indiquait avoir établi, sur instructions de l'administrateur de l'appelante, cette fausse déclaration pour permettre à celui-ci de couvrir la perte de salaire qu'il subissait dans le cadre de son activité salariée auprès de L., société qui ne bénéficiait d'aucune assurance perte de gain en cas de maladie de ses employés. Le comptable ajoutait qu'il avait lui-même établi la déclaration de salaire AVS de l'exercice 2001 qui mentionnait faussement que Z. percevait un salaire brut de 5'000 fr. par mois.

S'il est très probable que le comptable ait dénoncé cette situation à l'assurance en réaction à la plainte que l'appelante avait déposée à son encontre, cela ne signifie pas encore que les faits dénoncés aient été mensongers. Ainsi, au vu de l'enquête préliminaire de police effectuée, le Procureur général, puis la Chambre d'accusation ont constaté que les indices recueillis ne permettaient pas d'établir une prévention suffisante de faux témoignage à l'encontre du témoin.

Inversement, le témoignage précité ne suffit pas à emporter la conviction de l'existence d'une prétention frauduleuse dont l'appelante serait l'auteur.

L'intimée, qui supporte la charge de la preuve principale à cet égard, devait apporter d'autres indices encore à l'appui de son objection. Les indices sont essentiellement déduits de l'attitude de l'appelante et de son administrateur qui n'ont pas réussi à établir par pièces le montant et le versement du salaire allégué de 5'000 fr. brut par mois et qui ont présenté des explications, pour partie contradictoires et pour partie non corroborées par les pièces.

Comme le premier juge l'a observé à juste titre, le salaire de l'administrateur de l'appelante lui était versé, depuis 1999, par chèques, qu'il encaissait sur son compte. Or,

aucun de ces chèques, dès 2001, ne correspondait à un salaire mensuel de 5'000 fr., les montants encaissés n'étant que de 2'648 fr. jusqu'à fin juin 2001, puis de 3'000 fr. jusqu'en juin 2002. Le virement ultérieur de 12'800 fr., correspondant aux mois de juillet à octobre 2002, confirmait, en outre, que le salaire dû à l'intéressé n'excédait pas 3'000 fr. net à cette époque.

A cela s'ajoute que l'appelante n'a produit aucun contrat de travail signé la liant au précité, ne faisant état que d'un projet tronqué dont la page relative aux conditions financières de l'engagement manquait.

Aucun témoin n'a été interrogé ou, s'il l'a été, ne s'est prononcé sur le salaire qui était dû à l'administrateur. En outre, les explications fournies par ce dernier, organe de l'appelante, quant à la façon dont il aurait perçu la différence de salaire entre le montant promis et le montant reçu par chèque, ont varié et ne sont pas justifiées par les pièces. En premier lieu, l'on ne comprend pas pourquoi l'appelante, qui a d'abord payé l'intégralité du salaire par chèques, aurait subitement modifié sa pratique pour n'en verser plus qu'une fraction par ce moyen.

En second lieu, l'appelante a prétendu que son administrateur avait encaissé en avril 2002 une somme de 20'400 fr. destinée à la société à titre de compensation partielle de son arriéré de salaire, tandis qu'en appel elle prend en compte d'autres versements apparaissant au crédit du compte de son administrateur, dont quelque 12'244 fr., encaissés à ce titre en janvier 2001. Or, à cette date, il n'existait encore aucun arriéré de salaire susceptible de justifier un tel encaissement.

En troisième lieu, l'administrateur de l'appelante a lui-même indiqué qu'il aurait prélevé la différence de salaire dans les caisses des stations-service, allégation elle aussi non démontrée.

Par ailleurs, l'appelante a fait valoir que son administrateur avait été augmenté en 2001 en raison du surcroît de travail découlant de la démission de l'associé qui gérait la première station-service. Or, un employé a été engagé pour le remplacer, de sorte que l'essentiel du travail a dû être repris par celui-ci et non par l'administrateur de l'appelante. A supposer toutefois que son activité se soit néanmoins accrue et qu'il ait consacré ses journées, y compris le samedi et le dimanche à gérer la station comme il l'affirme, l'on ne voit pas comment il aurait encore pu assumer, dès le 1er juillet 2001, une activité d'adjoint administratif à plein temps au sein de la société L. qui lui versait un salaire de 5'000 fr. brut par mois.

Pour infirmer les dires du témoin O. qui avait relevé que L. n'avait pas d'assurance perte de gain pour son personnel, l'appelante a produit une attestation de l'administratrice de L. supposée mettre à néant le motif avancé par le comptable comme étant le ressort de la fraude, à savoir la perte de salaire versé par L. En effet, selon ce document, L. a versé à son employé l'intégralité de son salaire, "même pendant les périodes d'incapacité de travail". Cette attestation n'a cependant guère de valeur probante car son auteur ne l'a pas confirmée sous la foi du serment et son contenu est trop vague, la période visée par l'attestation n'étant pas mentionnée.

4.3.4. La conjonction de ces différents éléments permet à la Cour, à l'instar du Tribunal, d'admettre que l'intimée a rapporté la preuve de la prétention frauduleuse qu'elle prêtait à l'appelante, preuve qui portait non seulement sur le fait qu'un dommage supérieur au dommage effectif lui avait été déclaré mais encore que cette déclaration ne pouvait qu'être intentionnelle, l'administrateur de l'appelante ne pouvant se méprendre sur le salaire qui lui était contractuellement dû par celle-ci.

Pour faire échec à la thèse de l'intimée, l'appelante devait établir les circonstances "susceptibles de laisser planer des doutes sérieux quant à l'exactitude des faits qui font l'objet de la preuve principale" (SJ 2005 I 516, consid. 3.4). Autrement dit, la contre-preuve est réussie lorsque la preuve principale est affaiblie au point que les allégations de la partie adverse n'apparaissent plus comme vraisemblables de manière prépondérante (SJ 2005 I 516, consid. 3.4).

A cet égard, l'appelante s'est prévalu du manque de crédibilité du témoignage du comptable, argument déjà apprécié précédemment, et du fait qu'un salaire de 5'000 fr. avait été déclaré tant à la Caisse cantonale de compensation qu'à l'Administration fiscale pour l'exercice 2001. La valeur probante de ces documents n'est toutefois pas suffisante pour affaiblir la portée de la preuve principale. En effet, il a été vu que le comptable avait reconnu avoir lui-même établi cette déclaration pour l'AVS en y consignait le montant du salaire fictif, si bien que ce document, rédigé de surcroît après la survenance du sinistre, ne fait pas foi de la réalité des salaires déclarés. S'agissant de la déclaration fiscale, l'appelante a fait valoir que son administrateur n'aurait eu aucun intérêt à porter sur ce document un salaire plus élevé que celui qu'il percevait. Cette remarque est sans doute pertinente pour le cas du contribuable ordinaire. En l'occurrence, elle n'est pas convaincante car le gain attendu de la fraude était nettement supérieur à la charge fiscale additionnelle à laquelle il fallait consentir pour l'obtenir.

Il s'ensuit que l'intimée pouvait légitimement refuser d'intervenir pour couvrir le sinistre du 19 février 2002 dès lors qu'elle était déliée du contrat envers l'ayant droit (l'appelante) en vertu de l'art. 40 LCA, quand bien même la fraude ne portait que sur une fraction du dommage (TF, JT 2002 I 532 consid. 2a bb).

4.4. La Cour s'abstiendra dès lors, comme le Tribunal, d'examiner si l'intimée aurait pu se prévaloir des règles sur la demeure du débiteur, et de la suspension de la couverture d'assurance en découlant, pour s'opposer avec succès aux prétentions de l'appelante. Ce second moyen, fondé sur les art. 20 et 21 LCA, ne devait être envisagé qu'en cas de rejet du précédent.

L'admission de celui-ci rend son examen inutile.

- 5.** L'appelante, qui succombe dans son appel, sera condamnée aux dépens (art. 176 al. 1 et 313 LPC).

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par X. contre le jugement JTPI/15863/2006 rendu le 2 novembre 2006 par le Tribunal de première instance dans la cause C/7379/2004-5.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Condamne X. aux dépens d'appel lesquels comprendront une indemnité de procédure de 4000 fr. à titre de participation aux honoraires d'avocat de l'intimée.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Florence KRAUSKOPF, présidente; Mme Laura JACQUEMOUD-ROSSARI, Monsieur Pierre CURTIN, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

La présidente:

Florence KRAUSKOPF

La greffière :

Nathalie DESCHAMPS

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.