



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1054/2006

ATAS/90/2007

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 6

du 5 février 2007

En la cause

Monsieur X,
comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître KOHLER
Monica

demandeur

contre

Y ASSURANCES,
comparant avec élection de domicile en l'étude
de Maître HORNUNG Douglas

défenderesse

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Kanine STECK et Isabelle DUBOIS, Juges

EN FAIT

1. Monsieur X, né le 18 décembre 1946, était employé comme actuaire senior et consultant de M, Actuaries and CVconsultants, à Londres depuis le 15 janvier 1990.
2. Le 1^{er} avril 2000, l'assuré a été transféré de façon permanente par l'employeur auprès de M Geneva pour un salaire mensuel de 25'175 CHF, soit 302'100 fr. annuels.
3. L'employeur est assuré pour la perte de gain maladie auprès de la Y ASSURANCES (ci-après l'assureur).

La police d'assurance indemnité journalière pour entreprises numéro XXX mentionne un début du contrat, entre l'assureur et l'employeur le 1^{er} janvier 2000 et une expiration le 31 décembre 2004.

Selon la feuille de prestations annexée à la police, tout le personnel est assuré en couverture complète. L'indemnité journalière est de 80% du gain journalier à partir du 90^{ème} jour et pour 730 jours par cas, sous déduction du délai d'attente.

Selon les conditions particulières (CPA) N° 720, lesquelles font partie intégrante de la police, "en dérogation aux articles 36 et 61a) des conditions générales d'assurance, le gain est limité à un maximum de Fr. 300'000.- par personne et par an. Une déclaration d'admission doit obligatoirement être présentée pour chaque personne ayant un gain dépassant Fr. 200'000.-. Les personnes concernées ne sont assurées qu'à partir de la date et aux conditions que nous fixons à la suite de l'examen du risque" (art. 1). En complément à l'article 18 des conditions générales d'assurance, le délai d'attente n'est décompté qu'une seule fois pour les cas de récurrences (art. 2).

4. En septembre 2000, Monsieur T a été engagé par l'employeur à Genève comme supérieur direct de l'assuré. A la suite de dissensions entre l'assuré et son supérieur, l'employeur a résilié de contrat de travail de l'assuré avec effet au 30 novembre 2002 et lui a soumis une "convention de séparation" que celui-ci a refusé de signer.
5. Le 30 août 2002, l'employeur a présenté à l'assuré une "convention de séparation" faisant référence à une lettre de licenciement de l'employeur du 16 août 2002 pour le 30 novembre 2002. L'assuré a refusé de signer ladite convention et le 3 septembre 2002, il a demandé à l'employeur de revoir sa décision de le licencier.
6. Le 9 septembre 2002, l'assuré, qui n'avait pas de médecin traitant à Genève, a consulté en urgence le Dr J, de la permanence médico-chirurgicale de

Vermont-Grand-Pré (la permanence), lequel a attesté d'une incapacité totale de travail de l'assuré depuis cette date.

7. Un échange de correspondance sur la validité du rapport médical précité a eu lieu entre l'employeur et l'assuré.
8. Par certificats des 2 octobre, 13 novembre, 14 décembre 2002 et 13 janvier 2003, le Dr J a confirmé l'incapacité de travail totale de l'assuré pour une durée indéterminée.
9. Le 5 décembre 2002, le Dr R, spécialiste médecine interne FMH, a attesté qu'il avait examiné l'assuré le 5 décembre 2002 en vue de donner un deuxième avis médical concernant son incapacité de travail dès le 9 septembre 2002 et qu'il ne pouvait que la confirmer en précisant qu'elle devrait encore durer quelques mois.
10. Dans un certificat non daté, le Dr V, psychiatre auprès de la permanence, a attesté d'une incapacité de travail complète de l'assuré dès le 27 novembre 2002 pour une durée indéterminée. L'assuré avait été adressé au Dr V par le Dr J.
11. Le 10 décembre 2002, l'employeur a demandé à l'assuré qu'il consulte les Drs de H ou P ou R.
12. Dès le 8 décembre 2002, soit après le délai d'attente de 90 jours, l'assureur a versé à l'assuré des indemnités perte de gain maladie à 100%.
13. Le 14 janvier 2003, à la demande de l'assureur, l'assuré a indiqué qu'il était suivi par les Drs J et V et que la durée de son incapacité de travail était indéterminée.
14. Le 17 janvier 2003, l'assureur a informé l'assuré qu'il devait se rendre à une visite de contrôle au cabinet du Dr B le 29 janvier 2003.
15. Le 21 janvier 2003, l'assuré a écrit à l'assureur qu'il était surpris de devoir consulter un cinquième médecin et demandé si cette procédure était justifiée dès lors qu'il était particulièrement éprouvant pour lui de changer de médecin.
16. Le 31 janvier 2003, l'assuré s'est rendu au cabinet du Dr B pour un entretien. A la demande de celui-ci, il s'est soumis le 6 février 2003 à un prélèvement sanguin auprès du laboratoire I, lequel montre notamment un taux de Transférine Carboxydef (CDT) de 5,3% et un taux de flucitine de 171 ugh .
17. Le 6 février 2003, le Dr V a confirmé une incapacité de travail totale dès le 27 novembre 2002, pour une durée indéterminée.

18. Le 5 mars 2003, le Dr B a rendu un rapport médical intitulé "rapport d'expertise psychiatrique". Il relevait qu'il avait reçu le 17 janvier 2003 le Dr L, médecin-conseil de l'assureur. Son expertise reposait sur un entretien d'une heure avec l'assuré le 31 janvier 2003.

Selon le médecin, l'assuré ne présentait pas clairement au moins l'un des trois critères majeurs nécessaires au diagnostic de la dépression au sens de l'ICD-10. Initialement, l'assuré présentait des symptômes dépressifs à caractère réactionnel qui avaient bien évolué avec les traitements prodigués. Il y avait une anxiété générale psychique et physique moyenne et une minimisation de la description de ce qui allait bien.

L'expert relève ce qui suit :

"Lorsque l'assuré évoquait boire un peu de vin chaque soir, en réalité il dissimulait les quantités ingérées qui étaient bien plus importantes qu'il ne l'avouait. Consécutivement, il induisait l'expert et ses médecins dans des attitudes médicales (diagnostics, traitements, pronostics de rétablissement) erronées. Ceci mettait en lumière sa capacité à moduler la présentation de ses symptômes psychiatriques et relativisait finalement toutes les plaintes. En définitive, il n'était hélas plus possible de fonder l'expertise psychiatrique sur la seule bonne foi de l'assuré" (...).

Lorsque l'assuré allait effectuer un dosage sanguin une semaine après notre entrevue alors qu'il avait parfaitement la capacité neurocognitive de comprendre ce qui lui était demandé par l'expert, à savoir de faire des dosages sanguins le jour même de l'entretien, on pouvait se demander quel intérêt il recherchait ; consciemment ou non. En général, l'expert retenait que les taux d'antidépresseurs démontrés, bien qu'heureusement dans la norme, n'avaient aucun caractère probant. Il aurait été assez normal de constater l'absence de compliance médicamenteuse chez un assuré présentant le tableau sus-décrit. On notera bien évidemment que les conditions de l'expert risquaient de placer l'assuré face aux réalités qu'il tentait de fuir (...).

La dichotomie entre ce qui était déclaré en cours d'entretien et ce qui était laissé à voir concernant les symptômes, n'apparaissait pas au cours de la pratique médicale hors contexte asséculo-logique dans l'expérience clinique de l'expert, ce qui renforçait son impression d'exagérations symptomatologiques et du retentissement fonctionnel. Ces observations non exhaustives relatives à la distorsion, sans exclure la présence de troubles psychiques résiduels rendaient compte d'une modulation importante de l'assuré sur la description de sa capacité fonctionnelle et sur une motivation, consciente ou non, à exagérer l'intensité de ses troubles psychiques réels. Réanalysées, les conséquences des symptômes étaient nettement moins intenses que ce qui était laissé à croire en début d'entretien".

D'après l'expert, un risque de développement ou de l'existence d'une dépendance éthylique était à prendre en compte. Il diagnostiquait des troubles mentaux et des troubles de comportement liés à l'utilisation de l'alcool, utilisation nocive pour la santé F 10.1. Des troubles anxieux et dépressifs mixtes F 41.2.

Le traitement d'une consommation excessive d'alcool faisait envisager des mesures de sevrage et un maintien de l'abstinence. L'alcoolisme augmentait l'évolution de la dépression unipolaire et inversement, l'abstinence augmentait la réponse de la dépression au traitement.

L'expert poursuit :

"La comorbidité dépressivo-anxieuse s'amendait progressivement et spontanément les premières semaines suivant l'abstinence éthylique. En conséquence, une majorité de psychiatres considérait qu'une observation de 3 à 4 semaines en l'absence d'alcool, éventuellement sous couverture d'Antabus® (disulfirame) devait avoir lieu avant de porter le diagnostic définitif de troubles dépressifs ou anxieux comorbides (on se référerait par exemple à : LINNOIA MI : "*Anxiety and alcoholism*" J Clin Psychiatry ; 50 : 26-29, 1989). Il convenait donc d'abord que l'assuré soit réellement compliant à son traitement de Fluctine® (fluoxétine) car ce traitement était largement efficace pour traiter les quelques symptômes présentés".

L'assuré était capable de travailler après une semaine, soit dès le 7 février 2003 au plus tard, laps de temps nécessaire pour réaliser son sevrage d'alcool.

19. Le 14 mars 2003, le Dr P, spécialiste FMH médecine interne, a attesté qu'il avait examiné l'assuré le 16 décembre 2002 et que, selon sa conclusion, les arrêts de travail lui semblaient tout à fait justifiés.
20. Le 17 mars 2003, l'assurance a informé l'assuré que, selon à l'expertise du Dr B, sa capacité de travail était totale dès le 7 février 2003. Elle acceptait de régler les indemnités journalières à 100 % jusqu'au 21 mars 2003. Dès le 24 mars 2003, son cas relèverait de l'assurance-chômage.
21. Le 24 mars 2003, l'assurance a cessé le versement de l'indemnité journalière.
22. Les 6 mars, 29 avril, 27 mai, 20 juin, 17 juillet et 26 août 2003, le Dr V a confirmé l'incapacité de travail totale de l'assuré.
23. Le 7 mai 2003, le Dr J a adressé ses observations au Dr L à la suite de l'expertise du Dr B qu'il jugeait incohérente et contradictoire.

Tout en considérant que l'hypothèse de diagnostic d'alcoolisme ne pouvait être posée dans le cas de l'assuré, l'expert l'avait retenu comme diagnostic des troubles mentaux et troubles du comportement liés à l'utilisation de l'alcool. Les troubles

anxieux et dépressifs mixtes étaient jugés comme vagues et ne l'avaient pas empêché d'en minimiser l'importance.

L'expert n'avait pas saisi la complexité du cas et s'était lancé sur une fausse piste, encouragé par la valeur de CDT augmentée et il avait perdu beaucoup de temps à disséquer cette valeur de laboratoire. Il était tellement obnubilé par cela qu'il avait abandonné le sens de l'ICD-10 et s'était permis de poser le diagnostic de F 10.1.

24. Le 7 avril 2003, le Dr V a écrit au Dr L pour lui faire part également de ses observations suite à l'expertise du Dr B.

L'assuré avait fait l'objet d'un stress professionnel chronique soutenu depuis deux ans. Il avait souffert de mobbing avec l'arrivée d'un nouveau jeune manager en septembre 2000. Il relève ce qui suit :

"l'expert insiste beaucoup sur le rôle de l'alcool (cf. résultat du CTD > 5.3%) et de la *dissimulation de la consommation* (p. 9) par le patient. Je n'ai pas trouvé d'indications citant d'abord la quantité mentionnée de cette consommation que le patient aurait *dissimulée* ; il est fait mention seulement que *l'assuré disait boire de l'alcool régulièrement : "du vin tous les soirs ...»* (p. 7) (...).

Les nombreuses allusions de la mauvaise foi du patient qui possède *la capacité de moduler la présentation de ses symptômes* ... (p. 9, 10), ou bien ... *une minimalisation de la description de ce qui allait bien* ... (p. 9), se basent donc seulement sur une supposée *dissimulation des consommations d'alcool réelles* (p. 9). Pourtant, quand il s'agit de reconnaître, au moins en partie, un aspect positif, tel que le dosage de la Fluctine, l'expert déclare ... *bien qu'heureusement dans les normes, (ce dosage) n'avait aucun caractère probant. Il aurait été assez normal de constater l'absence de compliance médicamenteuse* ... (p. 10) ; ... *il convient donc d'abord que l'assuré soit réellement compliant à son traitement de Fluctine...* (p. 13). Dans ce cas tout deviendrait relatif, même les conclusions de l'expert (...).

Je conteste le diagnostic des troubles anxieux et dépressifs mixtes (F41.2), l'expert se basant surtout sur l'évaluation de la période actuelle, le patient étant déjà effectivement amélioré par le traitement psychopharmacologique à ce moment-là. Vu l'existence d'un épisode dépressif en 1986 (veuvage), en 1996 (suicide par pendaison du frère cadet) - événement non mentionné dans l'expertise, et de l'actuel en 2002, je suis d'avis qu'il s'agit dans le cas présent d'un **trouble dépressif récurrent, épisode actuel** (depuis août 2002) **sévère** (F33.2) (cf. baisse de l'appétit, perte de 7-8 kg environ 2 mois après l'annonce du licenciement, en tout 15 kg depuis le mois d'août 2002, baisse de l'estime de soi, fatigabilité, perte d'intérêt, insomnie, ruminations anxieuses (...)).

Je conteste que la *symptomatologie s'était bien résolue* (concernant la souffrance provoquée par l'annonce brutale du licenciement ... p. 9). Le patient est en train de

faire un bon travail d'élaboration et d'assimilation de ce traumatisme psychique mais il reste encore fragile pour pouvoir affronter dans l'immédiat le monde du travail (...).

Avec toute la problématique d'abus d'alcool soulevé par l'expert et les propositions de traitement. Allant jusqu'à ... *éventuellement une cure d'Antabus* ... (p. 13), je ne vois pas comment le patient pourrait devenir miraculeusement apte au travail dans le présent immédiat, étant déclaré inapte à deux reprises deux mois plus tôt, en décembre 2002, par les experts précédents. L'amélioration clinique s'est certes produite sous traitement, mais à mon avis l'incapacité de travail reste encore entière à l'heure actuelle. La question reste de savoir si par la suite cette amélioration sera suffisante pour une récupération de capacité de travail à 100% ou s'il faudra d'abord la consolider, tenant compte des antécédents personnels et familiaux chargés, avant de procéder à une reprise de travail progressive (...).

En conclusion, en partant de mes observations, face à ces divergences de vue et de conclusions de différents médecins, je trouve que la seule solution est de demander l'avis à un autre expert psychiatre, qui procéderait à une contre-expertise afin de confirmer ou d'infirmer les nombreux points de contestations que cette expertise soulève".

25. L'assuré a été licencié pour le 30 mai 2003.

26. Le 10 avril 2003, l'assuré a écrit au Dr L qu'il avait été consterné par l'expertise du Dr B. La plupart des éléments étaient erronés, transformés ou omis. En particulier, il relève :

"Je n'ai pas les yeux bleus, ne portais pas de vêtement bleu, l'entrevue n'a jamais duré une heure, ma première femme n'est pas morte en 1996 et ma seconde femme occupait un poste important en Angleterre, poste qu'elle a abandonné pour me suivre en Suisse. Je n'ai pas minimisé ma consommation d'alcool, je n'ai fait que répondre que je buvais du vin avec le repas du soir et le Dr B ne m'a posé aucune question supplémentaire à ce sujet. Je n'ai pas dit que j'ai été au Tribunal des Prud'hommes ou que j'allais le faire. Je n'ai pas encore pris d'avocat car je ne me sens pas capable de faire cette démarche avec tout le stress que cela implique. Pour ce qui est de mon licenciement, j'ai surtout parlé au Dr B des harcèlements subis au travail bien avant d'être licencié. Ce mobbing me rendait déjà malade. Mes derniers mois d'activité au travail étaient un cauchemar tout court, non pas un "cauchemar économique" décrit par le Dr B. Mes journées sont vides. Après 34 ans dans la profession et l'habitude de journées bien remplies c'est dur de vivre cela. La lecture, le sport ou la marche sont des activités que les Drs R et P m'ont suggérées pour me changer les idées et ma femme m'encourage dans ce sens. Cette situation est aussi un cauchemar pour elle.

Le Dr B parle d'amélioration de mes symptômes ma situation et ma santé avaient empiré suite à des pressions continues de la part de M, pressions qui continuaient après ma mise en arrêt maladie. J'ai été quasi journellement harcelé, la validité des certificats du médecin consulté en urgence, le Dr J, a été mise en doute. De même pour les certificats des Docteurs R et P que j'ai consultés à la demande de M."

Il avait perdu 15 kilos, souffrait d'un zona, d'insomnies et de douleurs. Rien de ce qu'il avait pu dire d'important ne figurait dans le rapport, tout était mis en doute ou transformé. L'objectif du Dr B semblait de le mettre en faute et ses suggestions étaient axées sur les conditions financières de sa situation.

27. Le 10 juin 2003, l'assuré, représenté par Me K, a demandé à l'assureur de revoir sa position ou de procéder à une contre-expertise, le rapport du Dr B étant intégralement contesté.
28. Le 9 juillet 2003, l'assureur a écrit à l'assuré que son médecin-conseil estimait l'expertise du Dr B complète et bien documentée scientifiquement. N'étant plus sous contrat de travail, son cas relevait de l'assurance-chômage.
29. Le 22 juillet 2003, l'assuré a rappelé à l'assureur qu'il avait un droit de passage dans l'assurance individuelle.
30. Le 21 août 2003, il lui a fait remarquer qu'il n'avait jamais été informé de son droit de passage dans l'assurance individuelle et qu'il restait de toute façon assuré pour son incapacité de travail qui avait débuté le 9 septembre 2002.
31. Le 16 août 2003, le Dr V a attesté qu'il suivait régulièrement l'assuré depuis le 27 novembre 2002 pour un traitement psychopharmacologique.

A la suite du harcèlement professionnel subi dès septembre 2000, puis du stress dû au licenciement, le patient subissait encore un harcèlement médico-administratif depuis septembre 2002. Il précise que "l'évolution psychique dépend aussi des circonstances extérieures, dans une approche psychiatrique globale bio-psycho-sociale. Pour le moment ces circonstances, mentionnées ci-dessus, sont défavorables et entravent l'amélioration anxio-dépressive et retardent la période de convalescence qui devrait permettre la consolidation psychique et une récupération progressive de la capacité de travail".

32. Le 21 août 2003, l'assuré a sollicité des Drs BE, G ou D.C. S, psychiatres, une nouvelle expertise, lesquels n'ont pas pu y donner suite.
33. Par acte du 1er septembre 2003, l'assuré a déposé par devant le Tribunal de première instance une demande en paiement à l'encontre de l'assureur, concluant

préalablement à la mise en oeuvre d'une contre-expertise, et principalement au versement des indemnités journalières correspondant au 100% de ses revenus dès le 22 mars 2003 et pendant une durée de 720 jours. Il relève que le Dr B l'avait traité avec mépris dès les premières minutes, le malmenant. Son rapport était entièrement contesté. Pour des raisons peu claires, l'assureur refusait une contre-expertise telle que proposée par son avocate. Il avait sombré dans une profonde dépression dès 2000. Le 9 septembre 2002, suite à une importante décompensation, il était en arrêt de travail.

Le Dr B transformait sa dépression en un problème d'abus d'alcool, ce qui était peu professionnel. Il ne faisait pas état des pressions subies, de sa perte de poids, de son zona.

34. L'instance a été suspendue puis reprise devant le Tribunal de première instance.
35. Le 3 février 2004, le demandeur a proposé de mandater pour expertise soit le Dr PP à Fribourg, soit le Dr Marc-Charles SE à Lausanne.
36. Le 13 février 2004, le demandeur a proposé les Drs BO, HA et D. Aucune suite n'a été donnée à cette proposition.
37. Le 5 mars 2004, l'assureur a répondu qu'il s'était rendu compte que l'assuré n'était pas soumis aux assurances sociales. Tous les salaires dépassant 200'000 fr. étaient soumis à un examen d'admission, la couverture n'étant donnée qu'après acceptation du risque. Il partait du principe que l'employeur n'avait volontairement pas déclaré l'assuré pour son acceptation individuelle (examen de santé). Il était demandé à l'assuré s'il avait bénéficié d'indemnités maladie perte de gain par un assureur en Grande-Bretagne.

Le demandeur a répondu par la négative le 9 mars 2004.

38. Par courriel du 25 mars 2004, l'assureur a relevé que selon ses CGA le gain était limité à 200'000 fr. par an, sauf convention contraire. Celle-ci existait in casu et prévoyait un gain maximum de 300'000 fr. par an. Une déclaration d'admission devait être présentée pour chaque personne dont le gain dépassait 200'000 fr, ce qui n'avait pas été le cas de l'assuré. Par ailleurs, l'avis du Dr V devait encore être soumis au Dr B.
39. Le 13 avril 2004, l'assureur a proposé un examen complémentaire par le Dr B.
40. Le 24 novembre 2004, le Dr V a attesté que "l'état anxio-dépressif a évolué favorablement, mais très lentement, sous traitement qui s'est poursuivi régulièrement avec des séances de psychothérapie mensuelle et l'antidépresseur,

Fluctine cp 20 mg/j. Introduite déjà par son médecin traitant, le Dr J de la Permanence Vermont-Grand-Pré en octobre 2002, nous avons pu réduire progressivement la posologie de la Fluctine pour l'arrêter dès le mois d'août 2004".

La capacité de travail était de 50% dès le 6 août 2004.

41. Par courriel du 3 avril 2004, le Dr B a fait des observations à l'assureur.
Le seul détail des yeux bleus ne permettait pas de rejeter l'expertise. Il était logique que la CDT soit normale s'il avait arrêté de boire entre-temps. Il était possible de compléter l'examen par un test MMP1-2 qui cernait les personnes qui exagéraient et qui mentaient.
42. Le 2 juin 2004, l'assureur, représenté par Me HO, a derechef proposé que l'assuré se soumette à un examen complémentaire auprès du Dr B, ce qui a été refusé.
43. Le 20 octobre 2004, l'assureur a écrit à l'assuré qu'il convenait de suivre sa proposition de nomination d'un expert neutre.
44. Le 8 avril 2005, l'assureur a conclu au déboutement de l'assuré de toutes les conclusions de sa demande.

Il a relevé qu'il avait versé du 8 décembre 2002 au 23 mars 2003 des indemnités pendant 106 jours à hauteur de 439 fr., soit 46'534 fr sur la base d'un revenu plafonné à 200'000 fr.

L'expertise provenait d'un éminent spécialiste régulièrement nommé expert par les tribunaux. Si celle-ci devait être contestée, une nouvelle expertise devait être rendue pour confirmer que le demandeur jouit d'une pleine et entière capacité de travail après son sevrage d'alcool.

Par ailleurs, il n'avait jamais reçu de déclaration particulière relative au demandeur, alors que tel devait être le cas vu le salaire supérieur à 200'000 fr. de l'assuré, ce qui faisait que celui-ci ne bénéficiait d'aucune couverture.

45. Lors d'une comparution des mandataires du 31 mai 2005, ceux-ci ont convenu d'instruire dans un premier temps le problème de la couverture d'assurance.
46. Le 5 octobre 2005, le Tribunal de première instance a entendu comme témoin Madame Marcella ABERRASC-BOCCIA, responsable des ressources humaines de l'employeur jusqu'en janvier 2004.

Celle-ci a déclaré : "En référence aux conditions particulières mentionnées à la pièce N° 53, dem., je confirme qu'il m'est arrivé de remplir une déclaration d'admission pour des collaborateurs de la société. Je ne me souviens pas si j'ai

procédé ainsi pour Monsieur X. Je ne me souviens plus à quelle date l'arrêt de travail du demandeur a été signalé à l'assurance. Je pense que cela a dû se faire après avoir reçu le certificat médical. Les salaires des employés étaient communiqués de façon globale à l'assurance perte de gains. Je pense que certains cas particuliers présentant des salaires supérieurs à CHF 200'000.-- devaient être annoncés nominalelement à l'assurance perte de gains, dès lors qu'il y avait un questionnaire sur l'état de santé de l'intéressé à remplir. Je n'ai pas souvenir que la défenderesse ait refusé par le passé sa couverture d'assurance. Les conditions d'assurance mentionnées à la pièce N° 52, dem., étaient en vigueur jusqu'au changement de la raison sociale de mon employeur. En ma qualité de responsable aux RH, je connaissais bien les conditions d'assurance perte de gains pour les employés. En particulier, je connaissais bien les conditions particulières mentionnées en page 3, de la pièce N° 53, dem. A teneur de ces dispositions particulières, je comprends que tout employé réalisant un salaire supérieur à CHF 200'000.-- doit remplir une demande d'admission complétée par un questionnaire d'état de santé. Si cette demande d'admission n'est pas effectuée, l'employé concerné n'est pas assuré. Je relève que j'avais deux collaborateurs dans mon service."

47. Les 11 et 26 novembre 2005, les parties ont déposé des conclusions complémentaires.

Le demandeur a relevé qu'il avait reçu dès le 8 décembre 2002 son salaire à 100%, soit 25'175,- fr. Il avait encore droit à l'indemnité journalière entière jusqu'au 6 août 2004 et à 50% dès le 7 août 2004 jusqu'à la fin de la couverture d'assurance de 730 jours dès le 8 décembre 2002.

Lors de son engagement en 2000, la condition particulière d'assurance (CPA N° 720) mentionnée dans la police établie après le changement de raison sociale de l'employeur, n'était pas en vigueur. Aucune déclaration spéciale n'était donc requise pour les salaires dépassant 200'000 fr. En toute hypothèse, le demandeur avait été accepté par l'assureur.

L'assureur ne s'était pas départi du contrat en invoquant une réticence. Dès le 8 décembre 2002, l'assuré était informé du salaire du demandeur et le 14 janvier 2003, il avait reçu un questionnaire rempli par le demandeur, ce qui fait qu'au plus tard le 15 janvier 2003 il avait été en mesure de se départir du contrat, ce qu'il n'avait pas fait. Ce n'était que le 6 mai 2004 qu'il avait soulevé un problème de couverture. Aucune résiliation dans le délai de l'art. 6 LCA n'était donc intervenue valablement.

Il a conclu préalablement à la mise en oeuvre d'une expertise psychiatrique et principalement au versement d'indemnités journalières identiques à celles

préalablement versées à 100% du 22 mars 2003 au 6 août 2004 et à 50% du 6 août 2004 jusqu'à la fin de la couverture d'assurance.

Il a relevé que l'assureur avait clairement retardé la mise en œuvre d'une contre expertise. Il s'était rendu de lui-même auprès de la Dresse HU, spécialisée en alcoologie aux Hôpitaux Universitaires de Genève pour y effectuer des tests desquels il était clairement ressorti que l'usage du test CDT appliqué par le Dr B avait enregistré des faux positifs. L'assuré a versé au dossier un procès-verbal d'audition de Monsieur Denis MA, employé du département des ressources humaines de M, dans le cadre d'un litige l'opposant devant le Tribunal des Prud'hommes à son employeur. Le témoin a déclaré que l'assureur ne connaissait pas les personnes qui avaient un salaire supérieur à "250'000 fr"., mais seulement leur nombre. Le salaire de l'assuré avait fait partie de la masse globale annoncée. A sa connaissance, il n'y avait pas de visite médicale pour les employés bénéficiant d'un haut salaire.

L'assureur a relevé que le demandeur n'était donc pas assuré, faute d'avoir fait l'objet d'une déclaration particulière.

48. Par jugement du 2 février 2006, le Tribunal de première instance s'est déclaré incompétent et a transmis le 24 mars 2006 la cause au Tribunal cantonal des assurances sociales.

49. Le Tribunal de céans a requis le 23 mai 2006 de l'assurance la production de toute convention liant l'assurance à l'employeur ainsi que les éventuels CGA suivant celles de 1996.

Le 6 juin 2006, l'assuré a fourni une série de documents.

50. Le 13 juin 2006, Maître K s'est constituée avec élection de domicile pour l'assuré.

51. Le 18 septembre 2006, le Tribunal de céans a tenu une audience de comparution personnelle des parties et d'enquêtes.

La défenderesse a précisé qu'elle avait versé à l'employeur des indemnités de fr. 46'400.-. Elle a déclaré que :

"Le salaire de Monsieur X était connu de l'assurance dès l'annonce du cas d'assurance. Normalement, c'est le responsable du personnel qui est chargé de l'annonce des employés recevant un salaire supérieur à 200'000 fr. Nous pensons que c'est Madame A qui était responsable des Ressources Humaines en 2000. Quand le sinistre est annoncé à l'assurance, celle-ci paie immédiatement des indemnités sans vérifier les conditions d'assurances. Dans le cas de Monsieur X, c'est seulement en 2004 que les conditions d'assurances ont

été vérifiées. L'obligation d'annoncer les employés avec un salaire supérieur à 200'000 fr. existait depuis le début du contrat entre la Y et M soit janvier 2000. A ma connaissance, l'employeur aurait dû nous signaler les personnes avec un salaire supérieur à 200'000 fr. mais il ne l'a pas fait. Aucun employé n'a été signalé par M notamment dans l'année 2000. Au service sinistre, nous ne voyons pas lesdites annonces d'employés. L'envoi d'un questionnaire de santé et l'annonce particulière n'a été faite pour personne par l'employeur. Les primes sont payées sur une masse globale de salaire. Parfois, l'employeur indique s'il s'agit de cadre".

Le demandeur a déclaré qu'il était possible que l'employeur ait complété l'indemnité journalière pour aboutir à un salaire plein.

Le Dr V a déclaré :

"Monsieur X m'a consulté en octobre 2002 et il est toujours en traitement à ce jour. J'avais posé en 2002 le diagnostic de trouble dépressif récurrent, épisodes actuels sévères. Je n'ai à cette époque pas du tout décelé chez mon patient une problématique de consommation excessive d'alcool. Le diagnostic précité était incompatible avec une activité professionnelle. J'ai poursuivi le traitement qui avait été ordonné par le Dr J soit la prise d'un anti-dépresseur, la flucétine, et j'ai effectué des séances de psychothérapie. J'ai eu connaissance de l'expertise du Dr B. Pour ma part, le patient ne m'a pas du tout paru de mauvaise foi, ni avec une capacité à moduler la présentation de ses symptômes psychiatriques, ni être un simulateur. Au contraire, il m'a paru avoir une certaine retenue. Je n'ai jamais entendu parlé du test cité par le Dr B, soit le MMP 1-2. Pour moi, il est utopique de recouvrer une capacité de travail, en cas de dépendance à l'alcool, après une semaine de sevrage de celui-ci. Après en général le sevrage physique, les patients ont un sevrage psychique soit un suivi sur plusieurs mois. Je précise que je ne suis pas un spécialiste en alcoologie. A la suite de l'expertise du Dr B j'ai demandé des avis en pharmacopsychologie à Belle-Idée au sujet de la valeur CDT. Il s'agit d'un des marqueurs de l'alcoolisme. Un taux de 5,3% est au dessus de la norme. Le CDT n'est toutefois pas un marqueur absolu. C'est un des divers marqueurs. Il se peut qu'il y ait des faux positifs. S'agissant du patient, je n'ai jamais décelé de signal objectif comme une haleine d'alcool ni de signal subjectif lié à une dépendance. Dès août 2004 l'état clinique s'étant progressivement amélioré, la capacité de travail était de 50%. Au début, le suivi était de deux fois par mois puis la thérapie s'est espacée. Actuellement, je vois le patient environ une fois par mois. Le patient a été entièrement capable de travailler depuis juin 2005. Je confirme que j'ai bien rédigé les pièces 20 et 27 du chargé demandeur. Je sais que le Dr B a créé une société pour effectuer des expertises et qu'il en fait un certain nombre. J'ai vu une bonne dizaine d'expertises du Dr B concernant mes patients, elles étaient toutes en défaveurs de ceux-ci et contraire à mon propre avis médical. Durant ma spécialisation en

psychiatrie, j'ai rendu des expertises pour les tribunaux. Il s'agit d'une condition pour obtenir le titre FMH. Je n'en ai plus rendues depuis. On me demande si j'ai contacté le Dr B, je répond que j'agis en réciprocité. Dès lors que j'ai reçu le rapport d'expertise de la part du médecin-conseil, le Dr L, j'ai répondu directement à celui-ci. Le Dr L m'a demandé si j'avais des commentaires à faire suite à ce rapport. Mes constatations divergent de celles du Dr B. Par exemple, je relève que dans le rapport le suicide du frère du patient en 1996 n'y figure pas alors qu'il s'agit d'un élément important pour comprendre l'aspect psychiatrique global. L'anamnèse est la base du travail du médecin. Cet élément est important car plus il y a d'épisodes dépressifs récurrents plus ceux-ci deviennent sévères et donc l'impact sur la capacité de travail est important. Je n'ai moi-même pas investigué le problèmes d'alcool puisqu'il n'y avait aucun indice dans ce sens. Après l'expertise, j'ai envoyé le patient à l'unité d'alcoologie des HUG pour faire des tests. Je ne peux pas vous dire quels ont été les résultats. Monsieur X a subi un stress professionnel particulier assimilable à du mobbing. Un travail auprès d'un autre employeur n'était possible qu'après la récupération clinique attestée en août 2004 à 50%".

Le Dr P a déclaré :

"J'ai vu une seule fois Monsieur X le 16 décembre 2002. J'ai posé le diagnostic d'état dépressif justifiant une incapacité de travail de 100%. J'ai été consulté en tant que médecin-conseil des SP, à la demande de M dont le mandat m'est parvenu le jour même soit le 16 décembre. Deux médecins avaient préalablement attesté d'une incapacité de travail soit le Dr J et la Dresse R ou le Dr RO. Je ne me souviens pas avoir vu une attestation du Dr V. Sur la base de l'entretien que j'ai eu avec le patient, j'ai pu confirmer l'incapacité de travail, laquelle m'est parue complètement évidente. Je n'ai pas noté qu'il y aurait eu chez le patient une consommation excessive d'alcool. Je n'ai pas du tout eu l'impression que Monsieur X était un simulateur ou qu'il exagérait ses symptômes. Je signale que j'ai été longtemps médecin-conseil du chômage, pratique durant laquelle j'ai vu des simulateurs. J'estime donc que j'ai l'habitude et que la simulation est assez facile à repérer. J'ai reçu en 2004 un courrier de Madame X avec une copie partielle du rapport du Dr B. Je ne me suis toutefois pas prononcé sur cette expertise. Je ne sais toutefois pas si le Dr B a confirmé ou informé la capacité de travail. Je sais qu'il existe de nombreux tests employés notamment aux Etats-Unis visant à déceler les personnes qui mentent. Je crois savoir que le Dr B en utilise fréquemment. Mon avis, après 30 ans de pratique, est que rien ne vaut le sens clinique en ce domaine. L'employeur m'a uniquement demandé de me prononcer en tant que deuxième avis médical sur l'état de santé de Monsieur X. Il ne m'a en particulier pas parlé d'un problème d'alcoolisme. Cela me choque que le Dr B estime que Monsieur X est alcoolique et menteur. Si le patient avait été alcoolique, je l'aurais certainement repéré et noté au

dossier. On me montre le résultat de l'analyse de laboratoire effectuée par le Dr B. Sur cette base, j'affirme que l'on ne peut déduire que le patient était alcoolique. En particulier, le test CDT n'a pas valeur péremptoire pour tester l'alcoolisme. Actuellement, on ne peut conclure à un diagnostic d'alcoolisme sur la base d'une valeur CDT modérément au dessus de la norme comme c'est le cas pour la valeur de 5,3%. On me montre la pièce 1 chargé défenderesse. Je fais partie de la commission de déontologie depuis des années. Je peux dire à ce sujet que la bonne règle déontologique veut que l'expert s'adresse au médecin-conseil de l'assurance. Je verse à la procédure le courrier du 12 février 2004 de Madame X. Je crois savoir que les tests de crédibilité employés seuls sont insuffisants pour prouver qu'une personne ment. Il doivent cependant avoir une certaine utilité dès lors qu'ils sont largement utilisés notamment aux Etats-Unis. Je constate que le Dr B a examiné Monsieur X quelques jours après moi. Je suis certain que je ne me suis pas trompé sur l'évaluation de Monsieur X et que l'avis du Dr B est erroné. On ne peut en particulier dire d'un patient qu'il ment comme le fait le Dr B. Cela en dit long sur la qualité humaine de l'expert. Je rappelle par ailleurs que je ne suis pas le médecin traitant de Monsieur X et que j'ai n'ai aucun intérêt à lui être favorable. Je n'ai pas vu l'expertise dans sa globalité mais je répond aux extraits qui m'ont été lu ce jour en audience. Je ne désire par répondre à la question de savoir si le Dr B est un bon spécialiste en psychiatrie. Je ne crois pas en effet être autorisé à répondre à ce sujet. Je ne suis pas psychiatre mais j'ai un intérêt certain pour le domaine. Je suis quasiment psychanalyste car j'ai fait une certaine partie de la formation. Je sais repéré l'état dépressif car j'ai une grande habitude. Je n'ai pas eu de rapport écrit du Dr R mais un téléphone de ce médecin. Je ne me suis pas prononcé sur la longueur de l'incapacité de travail. L'état dépressif me semblait important".

La Dresse HU a déclaré :

"Je suis médecin généraliste. J'ai reçu deux fois Monsieur X en mars 2004 alors que je travaillais à l'unité d'alcoologie des HUG. Monsieur X venait me posé une question technique par rapport à la valeur CDT qui ressortait d'un test qu'il avait effectué je crois en 2003. Ce test était au dessus de la norme. Dès que la valeur CDT est au dessus de la norme cela peut vouloir dire qu'il y a une consommation d'alcool de 60 mg par jour pendant au minimum deux semaines. Monsieur X se demandait si il était victime d'un faux positif. J'ai étudié son cas et trouvé une valeur de sensibilité de 90-91 % pour le CDT ce qui veut dire que dans 9% des cas, il n'y a pas de lien entre la haute valeur CDT et la consommation d'alcool. Il y avait une valeur augmentée au niveau du facteur rhumatoïde chez Monsieur X mais aucun lien n'a pu être fait entre cette valeur et un éventuel faut positif. Pour déterminer une dépendance à l'alcool, on confronte généralement plusieurs valeurs, soit la taille des globules rouges, les gamma-gt et le CDT. Le diagnostic ne se fait pas sur les valeurs biologiques mais sur des critères physiques et psychologiques selon la CIM-10. on ne peut parler de dépendance en général

sans avoir vu le patient sur plusieurs consultations, sous réserve du cas où le patient donne tous les critères précis de dépendance. Une consultation et un test de CDT de 5,3 ne sont pas suffisants pour admettre une dépendance sans orientation de la part du patient sur un problème de dépendance. D'autres tests de CDT avaient été pratiqués. Le patient n'avait pas du tout consommé d'alcool et le test révélait 3,1%, ce qui est légèrement au dessus de la norme. Cette valeur est étonnante car sans consommation aucune le test est en principe inférieur à 3%. En une semaine, la valeur CDT peut diminuer. Vous me lisez le diagnostic du Dr B. Ce diagnostic est lourd à tout niveau car il suit la personne dans les dossiers médicaux pendant longtemps et la dépendance est une pathologie en soi. Je me souviens que la conclusion de l'expertise était sévère, chargée. Pour moi, le sevrage est une mesure importante. Il faut déjà avoir la conviction d'une dépendance avérée pour l'ordonner. L'expert devait ainsi avoir la conviction d'une intoxication continue s'il a ordonné un sevrage. L'alcoolisme est un diagnostic qui nécessite plusieurs éléments. Il est sûr qu'un CDT émet des doutes mais on doit encore creuser. Si l'entretien n'est pas concluant par rapport aux éléments de la CIM-10, un seul entretien et un taux de 5,3 de CDT semblent insuffisants pour conclure à une dépendance à l'alcool. La question de la dépendance demande à être investiguée. On me montre une formule sanguine du 2 mars 2004 qui révèle une taille de globules rouges normale, ainsi que des gamma-gt normaux. S'il y a une dépendance, le sevrage ne s'organise pas sous antabuse. On donne des calmants, des relaxants, pour limiter les syndromes du sevrage pendant environ 8 jours. L'antabuse n'est pas du tout utilisé pendant le sevrage mais après celui-ci pour aider à ne plus consommer 60 grammes d'alcool par jour correspond à 3/4 d'une bouteille de vin de 7,5 décilitres. La sensibilité des tests gamma-gt, taille des globules rouges est de 40 à 60% alors que celle du CDT est de 90%. Il faut consommer plus régulièrement pour que la valeur CDT augmente alors que celle des gamma-gt varie plus rapidement. Le CDT teste le cumul d'alcool pendant 15 jours, soit l'absorption régulière alors que les gamma-gt peuvent être sensibles à une absorption plus irrégulière. Tel est également le cas pour la taille des globules rouges. On ne fait jamais qu'un seul test car aucun ne peut confirmer en soi une dépendance. Le taux de 5,3 de CDT est au dessus de la norme. L'importance du dépassement n'est toutefois pas pertinente. Il y a beaucoup en médecine de valeur biologique qui sont testé anormales alors qu'on ne s'attend pas à les trouver anormales. Je ne peux en particulier pas interpréter les deux valeurs de CDT de Monsieur X de 5,3 et 3,1 car ces valeurs sont toujours à intégrer dans un contexte".

Le demandeur a versé au dossier une analyse biologique du laboratoire bioanalytique-Riotton commandée par la Dresse HU, attestant le 5 mars 2004 d'un CDI de 3,1 %, un examen des globules rouges de 4,42 et un gamma GT de 34.

52. Le 22 septembre 2006, le demandeur a souligné que le plafonnement des salaires est de fr. 300'000.- et que l'assurance prétend sans preuve que l'indemnité journalière a été calculée sur la base d'un salaire de fr. 200'000.-. L'assurance devait

fournir la preuve de ses paiements à M SA
ainsi que la police d'assurance E en vigueur au moment de son engagement
auprès de M SA.

53. A la demande du Tribunal de céans, M SA a
expliqué le 23 octobre 2006 qu'elle avait reçu de la défenderesse des indemnités
journalières à hauteur de 45'535 fr. pour la période du 8 décembre 2002 au 23 mars
2003 correspondant au 80 % du salaire annuel du demandeur, plafonné à
200'000 fr. et qu'elle avait versé le 100 % du salaire pendant la même période. Le
salaire du demandeur annoncé à la défenderesse dans la masse globale des salaires
était de 200'000 fr.

54. Le 15 décembre 2006, la défenderesse a déposé des observations.

L'employeur n'avait jamais fait parvenir à la défenderesse la déclaration
d'admission concernant le demandeur. En mars 2003, la défenderesse avait réalisé
que les conditions d'assurance n'étaient pas remplies car le salaire réel du défendeur
de 302'100 fr. n'avait pas été annoncé et avait immédiatement fait à l'employeur
toute réserve sur les montants déjà versés. Elle a produit les pièces suivantes :

Un courrier du Dr B du 23 octobre 2006, adressé à l'avocat de la
défenderesse, selon lequel il avait parlé d'une problématique de consommation
excessive, voire nocive et que lorsqu'on prenait des médicaments, il ne fallait pas
boire d'alcool. "Comme la symptomatologie de l'assuré ne correspondait pas à
un trouble psychiatrique mieux défini (épisode dépressif, trouble de l'adaptation,
troubles psychotiques...), avant de conclure que l'incapacité de travail provenait
du trouble relevé, j'ai pris la précaution de réaliser des examens complémentaires
(sanguins avec la CDT et psychologiques avec le MMPI-2) qui ont pu faire
l'avocat de la santé de l'exploré :

- Recherche des affections rares dont le patient pourrait lui-même ignorer
la description.
- Proposer des traitements.

En l'occurrence, le test de CDT réalisé, peu connu, est extrêmement fiable. Son
taux de fiabilité excède les 90 %; taux rarement atteinte dans les examens
médicaux. Dans mon expérience d'expert et en discutant très souvent avec les
médecins traitants, il apparaît couramment qu'après l'entretien d'expertise...les
valeurs de CDT s'abaissent, voire se normalisent. Tout le monde est d'accord
pour penser que cela tient au fait que le patient commence alors à contrôler ses
absorptions d'éthyle. Parallèlement, on voit une amélioration de la santé. J'ai
aussi fait passer un test de MMPI-2. Il s'agit d'un test extrêmement sérieux, très
largement étudié et toute à fait validé chez les patients de langue française. Du
reste, on peut acheter toutes les études et les questionnaires ainsi que le logiciel
qui va avec (l'interprétation ne dépend surtout pas de l'expert), chez des

spécialistes en France. J'emploie d'autant plus volontiers le MMPI-2 qu'il me permet, dans les cas difficiles, de déceler des troubles psychiques que les patients, parfois, n'arrivent pas eux-mêmes à décrire car c'est trop subtil ou que les mots leur font défaut. Je pense ainsi à de nombreuses situations où moi-même et mon équipe avons décelé des phénomènes anxieux ou hallucinatoires dont les patients ne pouvaient pas parler car ils en avaient tout simplement honte ou que le vocabulaire manquait car ils n'avaient pas l'habitude de se plaindre. L'emploi de tests employés (CDT, MMPI-2) est novateur, ce qui a plus d'une fois surpris les médecins suisses qui ne les connaissent pas. Cela tient certainement au fait que le monde de l'expertise est très peu exercé par les praticiens. Rares sont les médecins vraiment spécialisés dans ce domaine et utilisant des outils performants pour leurs investigations. Il n'est donc pas toujours très agréable pour les praticiens de percevoir qu'ils ont peut-être négligé des diagnostics. La tentation est grande alors de parler en mal de l'expert pour ne pas avoir à parler de leurs propres failles".

Un courrier de la défenderesse a l'employeur du 22 mars 2004 requérant de celui-ci la renonciation à l'exception de prescription.

Plusieurs courriers de l'employeur à la défenderesse renonçant à l'exception de prescription pour la prestation versée de 46'534 fr.

La défenderesse a relevé que seul le contrat du 23 février 2000 et ses conditions générales et particulières étaient applicables en l'espèce. L'employeur connaissait les conditions d'assurance. Faute de déclaration d'admission, la couverture n'était pas donnée, ce qui justifiait le rejet de la demande. Elle avait versé les indemnités sur la base de la vraisemblance de la légitimité de la demande et ce n'était que par la suite qu'il s'était avéré que les conditions spécifiques du contrat d'assurance n'étaient pas remplies. Elle avait alors fait immédiatement les réserves qui s'imposaient.

Une acceptation tacite de la couverture d'assurance n'était pas possible, la forme écrite était exigée. Le questionnaire rempli par le demandeur le 14 janvier 2003 ne pouvait équivaloir à une déclaration d'admission.

Sur le fond, les Drs P et V n'étaient pas des spécialistes en matière d'alcoologie. Le demandeur avait fait l'objet de deux tests CDT dont la valeur s'était révélée au dessus de la moyenne, ce qui prouvait une consommation d'alcool excessive. Il convenait de confirmer l'expertise du Dr B. Le Tribunal cantonal des assurances sociales se devait d'entendre le Dr B. Faute de l'avoir fait, elle avait requis de celui-ci des indications complémentaires. Par ailleurs, en cas de doute sur la pertinence de l'expertise, il convenait d'ordonner une expertise judiciaire.

Enfin, les indemnités ne pouvaient en toute hypothèse être versées au-delà de la date de résiliation du contrat de travail, soit le 30 mai 2003 dès lors que le demandeur avait dès cette date droit au libre passage dans l'assurance individuelle, et que l'art. 21 CGA-1996 prévoyait que la prolongation de la couverture cessait si l'assuré avait notamment droit audit libre passage.

55. Le 20 décembre 2006, le demandeur a fait des observations.

Le contrat d'assurance entre E et l'employeur plafonnait le salaire assuré à 300'000 fr. par personne et par année et prévoyait des indemnités journalières de 80 % pendant 730 jours non inclus les 90 premiers jours à charge de l'employeur. La défenderesse avait connaissance en septembre 2002 déjà du salaire réel du demandeur. Le courrier de l'employeur du 23 octobre 2006 au Tribunal de céans était en contradiction avec le résumé de la police d'assurance produit sous pièce n° 52 du chargé demandeur mais il confirmait à tout le moins la couverture d'assurance limitée à un salaire de 200'000 fr.

La défenderesse n'avait informé le demandeur que le 5 mars 2004 que la couverture d'assurance ne serait pas donnée alors qu'elle était en possession du contrat de travail depuis au moins le 10 octobre 2003, date de l'audience de conciliation devant le Tribunal de première instance. Or, elle n'avait pas exprimé en temps utile la volonté de se départir du contrat. La défenderesse avait retardé l'éventualité d'une contre-expertise. Elle avait proposé à nouveau le Dr B. Or, celui-ci avait créé sa société C SA de traitement et d'expertises médicales, laquelle ventait l'assurance Y comme principal partenaire. Quant au Dr SE, proposé par la défenderesse, il avait été dénoncé par 64 de ses confrères pour allégeance aux assurances. Les Drs P et HU avaient été choqués par les conclusions de l'expertise du Dr B et le Dr V l'avait contestée. Une nouvelle expertise était actuellement sans pertinence dès lors qu'il avait retrouvé sa pleine capacité de travail, ni l'audition du Dr B qui s'était exprimé dans le cadre de son expertise. N'ayant eu connaissance qu'en mars 2004 de ce que l'employeur aurait omis de remplir une déclaration d'admission, la défenderesse s'était nécessairement basée sur un revenu de 300'000 fr. pour verser les prestations perte de gain soit pour 106 jours un montant de 88'333 fr. 33, voire au minimum le 80 % soit 70'666 fr. 66.

Son employeur ne l'avait pas rendu attentif à son droit de passer dans l'assurance individuelle. En toute hypothèse, il avait droit, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (TFA), au versement des prestations selon le contrat d'assurance collective. Selon les conditions en vigueur lors de son transfert auprès de l'employeur en 2000, le salaire assuré était plafonné à 300'000 fr., sans condition particulière. En conséquence, aucune déclaration spéciale n'était requise pour les salaires supérieurs à 200'000 fr. Le demandeur avait obtenu un résumé de la police émanant du courtier ayant négocié les conclusions du contrat d'assurance entre

l'employeur et l'E. Il avait d'ailleurs reçu des indemnités de 100 % de son salaire réel soit 25'175 fr. par mois.

Il apparaissait que les courriers de l'employeur de renonciation à l'exception de prescription avaient été établis par la suite car ils étaient en contradiction avec l'ensemble des déclarations de la défenderesse, dans le but de soutenir la cause de celle-ci. Il convenait de faire expertiser ces pièces.

Le 15 janvier 2003, la défenderesse avait en main tous les renseignements nécessaires pour être en mesure de se départir du contrat la liant à l'employeur en invoquant une réticence, ce qu'elle n'avait pas fait. Ce n'était que le 5 mars 2004 qu'elle avait soulevé un problème de couverture. Elle ne s'était d'ailleurs jamais départi du contrat pour réticence. Il conclut à la condamnation de la défenderesse au paiement de son salaire à 100 %, du 23 mars 2003 au 5 août 2004 et à 50 % du 6 août 2004 au 5 décembre 2004, soit un montant de 443'328 fr. 57 ainsi qu'au montant de 2'000 fr. correspondant aux dépens devant le Tribunal de première instance et au montant des honoraires de son conseil du 16 octobre 2003 au 1 er septembre 2004 soit 19'418 fr. 55 et 5'720 fr. 55 avec intérêts à 5 % ainsi qu'à une participation équitable pour les honoraires courant pendant l'instance.

Il a fourni les pièces suivantes :

Un rapport du 8 mars 2004 du laboratoire Bioanalytique Riotton indiquant un taux de CDT de 3,1 %.

Un rapport du laboratoire central d'hématologie des HUG du 2 mars 2004.

Un rapport du laboratoire de chimie clinique des HUG du 2 mars 2004.

Une attestation de salaire des mois de novembre 2002 à mai 2003 indiquant un salaire mensuel brut de 24'500 fr.

56. Sur quoi la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1^{er} let. r et 56 T LOJ).

Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs 'à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. c LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale prévue par la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMai), et à l'assurance-accident obligatoire prévue par la loi fédérale sur l'assurance-accident du 20 mars 1981 (LAA).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie et la demande recevable.

3. Est litigieuse la question du droit du demandeur au paiement d'indemnités journalières dès le 24 mars 2003, en particulier l'examen de la couverture d'assurance et, si celle-ci est avérée, du bien fondé de la suppression des indemnités journalières par la défenderesse dès le 23 mars 2003.
4. S'agissant des contestations en matière d'assurance complémentaire à la LAMal, l'assuré doit saisir directement l'autorité judiciaire, par voie d'une action qui doit être intentée dans les deux ans à dater du fait d'où naît l'obligation qui dérive du contrat d'assurance (art. 46 al. 1, 1^{ère} phrase LCA), ce délai pouvant être interrompu selon les règles générales du droit privé. Le juge établit d'office les faits et apprécie librement les épreuves (art. 85 al. 2 in fine de la loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées du 17 décembre 2004).

Par ailleurs, conformément à l'art. 87 LCA qui pourvoit le bénéficiaire d'une assurance collective contre la maladie d'un droit propre aux prestations en cas de sinistre, le demandeur est légitimé à agir contre la défenderesse.

En l'espèce, interjetée devant le Tribunal de première instance le 1^{er} septembre 2003 puis transmise le 24 mars 2006 au Tribunal de céans, pour des prestations litigieuses dès le 24 mars 2003, la demande n'est pas prescrite.

5. a) Il convient, dans un premier temps d'examiner si, comme le prétend la défenderesse, le demandeur ne dispose pas de la couverture d'assurance perte de gain maladie collective.
- b) La loi sur le contrat d'assurance (LCA) ne contient pas de règle d'interprétation des contrats. Comme elle renvoie au Code des obligations pour tout ce qu'elle ne règle pas elle-même (art. 100 LCA), la jurisprudence en matière de contrats est applicable. D'après celle-ci, les conditions générales font partie intégrante du contrat et doivent être interprétées selon les mêmes principes que les autres dispositions contractuelles (ATF 122 III 118 consid. 2a; 117 II 609 consid. 6c p. 621). Comme pour tous les contrats, lorsque la volonté intime et concordante des parties ne peut être établie, il convient de rechercher leur volonté présumée en interprétant leurs déclarations selon le principe de la confiance, compte tenu de l'ensemble des circonstances dans lesquelles elles ont été émises (ATF 122 III 118 consid. 2a et les arrêts cités). Il faut rechercher quel sens les parties pouvaient et

devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques. A cet égard, la jurisprudence récente a nuancé le principe selon lequel il y a lieu de recourir à des règles d'interprétation uniquement si les termes de l'accord passé entre les parties laissent planer un doute ou sont peu clairs. On ne peut ériger en principe qu'en présence d'un texte "clair", on doit exclure d'emblée le recours à d'autres moyens d'interprétation. Il ressort de l'art. 18 CO que le sens d'un texte, même clair, n'est pas forcément déterminant et que l'interprétation purement littérale est au contraire prohibée. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît claire à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu (ATF 127 III 444 [consid. lb](#)). Il est exclu d'interpréter de manière isolée les divers éléments du contrat, chaque clause contractuelle devait être interprétée à partir du contrat dans son ensemble (ATF 117 II 609 consid. 6c/bb p. 622). Une clause d'exclusion de couverture doit être interprétée restrictivement (ATF 118 II 342 consid. 1 p. 345). Enfin, selon le principe *in dubio contra stipulatorem*, les clauses ambiguës contenues dans les contrats préformulés sont, dans le doute, à interpréter en défaveur de la partie qui les a rédigées (ATF 124 III 155 [consid. lb](#); 122 III 118 consid. 2a, ATFA du 6 octobre 2004, 5c 79/2004).

c) En premier lieu est applicable en l'espèce aux prestations litigieuses la police d'assurance indemnité journalière pour entreprise du 23 février 2000, n° XXX, valable dès le 1^{er} janvier 2000, le demandeur ayant commencé son emploi en mars 2000. Cette police prévoit que toute l'entreprise y compris les filiales éventuelles font partie des secteurs assurés, que tout le personnel est assuré en couverture complète, que l'indemnité journalière en cas de maladie est de 80 % du gain journalier, que le délai d'attente est de 90 jours, que la durée des prestations est de 730 jours par cas sous déduction du délai d'attente et que font partie intégrante de la police, la feuille des prestations, les conditions particulières (CPA) n° 720 et les conditions générales (CGA) édition 1996.

Les CGA prévoient que le calcul des indemnités journalières en pourcent est basé sur le dernier salaire AVS perçu avant l'incapacité de travail due à la maladie. Ce salaire est converti en gain annuel et divisé par 365. Pour les personnes non soumises à l'AVS, s'appliquent également les normes AVS. Les éventuelles augmentations de salaire intervenues pendant la durée de l'incapacité de travail ne sont pas prises en considération (art. 32). Si le gain est soumis à de fortes fluctuations (p. ex. : rémunération à la commission ou travail d'auxiliaire irrégulier), l'indemnité journalière est déterminée en divisant par 365 le salaire perçu pendant les 12 mois précédant la maladie (art. 33). Si un gain annuel fixe a été convenu d'avance pour des personnes nommément désignées dans la police, celui-ci est pris en considération. Si aucun gain annuel fixe n'a été convenu pour des personnes se trouvant en formation, c'est le salaire effectif ou, au terme de la formation, le salaire habituel dans la branche ou le salaire fixé dans le contrat de

travail déjà conclu qui est pris en considération (art. 35). Sauf convention contraire, le gain est limité à fr. 200'000.- par personne et par an, et par jour, à la 365^{ème} partie de cette somme (art. 36). La couverture d'assurance de chaque assuré commence le jour où il commence ou aurait dû commencer le travail dans l'entreprise assurée, mais au plus tôt à la date de début du contrat indiquée dans la police. Pour les personnes dont la capacité de travail n'est pas complète, l'assurance n'entre en vigueur qu'avec la reprise complète du travail. Pour les assurés qui, sur la base d'une convention de libre passage, ont droit à des conditions plus favorables, ce sont ces conditions qui s'appliquent (art. 38). Pour les personnes qui ne sont pas nommément désignées et qui appartiennent à un groupe d'assurés mentionnés dans la police, l'entrée dans l'assurance s'effectue sans examen de santé (art. 39). Pour les personnes nommément désignées, une formule d'admission et un examen de santé sont nécessaires. Le début et l'étendue de la couverture d'assurance font l'objet d'une confirmation écrite de notre part (art. 40). Sont déterminants pour le calcul de la prime : a) dans l'assurance de base des salaires : le salaire AVS jusqu'à concurrence de 200'000 fr. par personne et par an; d'autres conventions demeurent réservées. Les salaires versés à des personnes non assujetties à l'AVS sont également pris en considération selon les normes AVS. Si des salaires fixes ont été convenus, ce sont eux qui sont pris en considération (art. 61 a) CGA).

Les CPA n° 720 prévoient que "en dérogation aux art. 36 et 61 a) des conditions générales d'assurance, le gain est limité à un maximum de fr. 300'000.- par personne et par an. Une déclaration d'admission doit obligatoirement être présentée pour chaque personne ayant un gain dépassant fr. 200'000.-. Les personnes concernées ne sont assurées qu'à partir de la date et aux conditions que nous fixons à la suite de l'examen du risque (al. 1). En complément à l'art. 18 des conditions générales d'assurance, le délai d'attente n'est décompté qu'une seule fois pour les cas de récidives (al. 2)".

La défenderesse soutient que le demandeur, au vu de son salaire réel supérieur à 200'000 fr., aurait dû faire l'objet d'une déclaration nominative.

Dans l'examen de la couverture d'assurance, il convient d'interpréter la notion de "gain dépassant 200'000 fr." des CPA n° 720. En effet, si cette notion se réfère au salaire réel du demandeur, une déclaration d'admission aurait dû être présentée, laquelle aurait en outre dû conduire à un examen du risque, condition pour que la couverture d'assurance soit donnée selon l'al. 1 des CPA n° 720, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

D'un point de vue littéral, les CGA mentionnent deux notions distinctes, soit celle de "salaire AVS" et celle de "gain" (cf. notamment art. 32, 33, 35, 36 et 61 CGA). Ces deux notions se recoupent parfois (cf. art. 32 CGA où le salaire AVS est converti en gain annuel ou art. 33 et 34 CGA où le gain correspond au salaire réalisé par l'employé) mais semblent aussi distinctes lorsque il est mentionné que le

gain est limité à 200'000 fr. ou 300'000 fr. (art. 36 CGA - CPA n° 720). On ne saurait ainsi déduire du texte des CPA n° 720 que la notion de "gain dépassant 200'000 fr." se réfère sans doute aucun à celle du salaire réel de l'employé ou au salaire AVS de celui-ci. L'interprétation de la clause contractuelle litigieuse commande en réalité le résultat inverse.

En effet, l'assurance a admis en audience de comparution personnelle qu'elle avait eu connaissance du salaire réel du demandeur, soit 302'100 fr. par an, dès l'annonce du cas d'assurance en 2002. Nonobstant ce fait, elle a versé ses prestations jusqu'au 23 mars 2003, sur la base du gain assuré de 200'000 fr. Ce n'est que lorsque le cas est devenu litigieux, soit le 5 mars 2004, après le dépôt de la demande en paiement, que l'assurance a invoqué un défaut de couverture d'assurance, tout en proposant par ailleurs un complément d'expertise auprès du Dr B le 13 avril 2004.

Or, l'interprétation du contrat d'assurance entre l'employeur et l'assurance commande de rechercher leur volonté présumée, selon le principe de la confiance. A cet égard, le comportement de l'assurance qui, connaissant le salaire réel du demandeur, a néanmoins versé des prestations selon le gain assuré, est un indice de la volonté des parties d'interpréter la notion de "chaque personne ayant un gain dépassant 200'000 fr." des CPA n° 720 dans le sens du gain assuré et non pas du salaire réel de l'employé.

On ne saurait ainsi déduire des CPA n° 720 que l'employeur aurait l'obligation d'annoncer le salaire réel de ses employés. Au regard de la liberté contractuelle, il y a au contraire lieu d'admettre que l'employeur peut décider de ne faire couvrir par l'assurance que le montant prévu à l'art. 36 CGA. Dans cette hypothèse, qui est celle du cas d'espèce, l'assurance n'est tenue de verser des indemnités journalières qu'à concurrence du montant déclaré, ce qui limite ses prestations. L'obligation d'une déclaration d'admission ne saurait ainsi être exigée dans les cas où l'assurance n'a pas à couvrir le risque de payer des indemnités journalières supérieures à 439 fr. par jour (correspondant à un salaire annuel de 200'000 fr.). Cette interprétation va également dans le sens de la jurisprudence précitée selon laquelle une clause d'exclusion de couverture doit être interprétée restrictivement et une clause ambiguë en défaveur de la partie qui l'a rédigée.

Il ressort ainsi de ces faits que, dans l'esprit de l'une et de l'autre des parties, tout le personnel de l'employeur était couvert pour un salaire jusqu'à fr. 200'000.- et que les CPA n° 720 ont été comprises et appliquées de telle manière que la couverture du salaire entre fr. 200'000.- et fr. 300'000.- ne pouvait avoir lieu qu'en cas de déclaration d'admission nominative de la part de l'employeur. Les pièces au dossier démontrent que l'employeur a renoncé à déclarer le demandeur pour son salaire réel de 302'100 fr. annuel. Il a limité la déclaration à un montant de 200'000 fr. (cf. lettre de l'employeur du 23 octobre 2006). Le demandeur n'a ainsi pas été nommément désigné et, de ce fait, conformément à l'art. 39 CGA, son entrée dans l'assurance s'est faite sans examen de santé. Ce fait ressort aussi de la déclaration de

Madame A, laquelle a affirmé que le salaire du demandeur était à son souvenir de 200'000 fr. à 250'000 fr. Ce faisant, l'employeur a considéré qu'il prenait à sa charge, selon l'obligation qui lui incombait, le solde de 102' 100 fr. en cas d'incapacité de travail de son employé, ce qui a effectivement été le cas dès lors que du 9 septembre 2002 au 30 mai 2003, le demandeur a reçu l'entier de son salaire, alors que l'assurance a uniquement versé à l'employeur pendant 106 jours des indemnités journalières de 439 fr. correspondant au 80 % de 200'000 fr.

Contrairement à l'allégation du demandeur, effectuée sans pièces à l'appui, il n'y a pas lieu de considérer que l'assurance aurait versé une indemnité journalière supérieure, ni que l'employeur aurait indiqué de façon erronée une annonce de salaire à l'assurance de 200'000 fr. Par ailleurs, lorsque l'assurance déclare payer une indemnité journalière de 100 % elle ne peut que se référer à l'indemnité journalière entière selon le contrat d'assurance, laquelle équivaut au 80 % du gain assuré.

Il y a ainsi lieu de conclure à l'existence d'une couverture d'assurance pour le demandeur à hauteur d'un gain assuré de fr. 200'000.-.

6. a) Dans un arrêt publié aux ATF 127 III 106 consid. 3, le Tribunal fédéral a exposé que dans une assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA, le droit aux prestations ne dépend pas d'une affiliation, contrairement à ce qui est le cas selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurance de l'assurance collective d'indemnités journalières selon les art. 67 ss LAMa1; partant, l'assuré qui, après un événement ouvrant le droit aux prestations, sort d'une assurance collective parce qu'il cesse d'appartenir au cercle des assurés défini par le contrat, peut faire valoir son droit aux prestations également pour les suites de l'événement qui se produisent après l'extinction du rapport d'assurance, sous réserve d'éventuelles clauses conventionnelles limitant ou supprimant le droit aux prestations au-delà de la période de couverture.

b) Par ailleurs, selon la jurisprudence, celui qui signe un texte comportant une référence expresse à des conditions générales est lié au même titre que celui qui appose sa signature sur le texte même des conditions générales, sans qu'il importe qu'il ait réellement lui les conditions générales en question (ATF 119 II 443 consid. la; 109 II 452 consid. 4; 108 II 416 [consid. Ib](#)). La validité des conditions générales d'affaires préformées doit toutefois être limitée par la règle dite de l'inhabituel, ou de l'insolite (Ungewöhnlichkeitsregel), en vertu de laquelle sont soustraites de l'adhésion censée donnée globalement à des conditions générales toutes les clauses inhabituelles, sur l'existence desquelles l'attention de la partie la plus faible ou la moins expérimentée en affaires n'a pas été spécialement attirée (ATF 119 II 443 consid. 1 a et les références citées). Pour qu'une clause soit considérée comme insolite, il ne suffit pas que le contractant soit inexpérimenté dans la branche économique en question; il faut en plus de ce critère subjectif que,

par son objet, la clause considérée soit étrangère à l'affaire, c'est-à-dire qu'elle en modifie de manière essentielle la nature ou sorte notablement du cadre légal d'un type de contrat (ATF 119 II 443 consid. 1 a; 109 II 452 consid. 5b et les références citées; ATFA du 7 mai 2002, 5C 74/2002).

c) En l'espèce, l'art. 21 des CGA édition 1996 prévoit ce qui suit :

"Après extinction de la couverture d'assurance, nous versons encore l'indemnité journalière pour les maladies survenues pendant la durée du contrat jusqu'à la fin de la durée de prestation convenue, mais au plus tard jusqu'au début du versement d'une rente selon la LPP (loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité). Cette prolongation d'assurance s'éteint si l'assuré a droit au libre-passage ou fait usage de son droit de passage à l'assurance individuelle".

Selon les art. 42 à 45 et 47 CGA :

"En cas de sortie du groupe des personnes assurées ou d'extinction de la police, l'assuré résidant en Suisse ou au Liechtenstein a le droit de passer dans l'assurance individuelle. Il doit pour cela faire valoir son droit de passage par écrit dans le 30 jours. Cette disposition s'applique également aux personnes au chômage au sens de l'art. 10 LACI (art. 42). Le preneur d'assurance est tenu de fournir suffisamment à l'avance à la personne qui sort du cercle des assurés les informations nécessaires concernant le droit de passage et le délai de transfert à l'assurance individuelle (art. 43). L'assurance individuelle prend effet un jour après la sortie du groupe des personnes assurées ou après l'extinction de la police (art. 44). Lors du passage, sont accordées les prestations d'assurance existantes, pour autant qu'elles soient adaptées aux nouvelles circonstances. A la demande de l'assuré, le délai d'attente peut être prolongé ou raccourci. Il n'est toutefois pas possible de réduire ce délai à moins de 30 jours. Sont applicables les conditions et tarifs en vigueur au moment du passage à l'assurance individuelle. Sont déterminants pour la continuation de l'assurance, l'âge et l'état de santé au moment de l'entrée dans l'assurance collective (art. 45). S'il existe une incapacité de travail au moment du passage, les indemnités journalières versées sur la base du contrat collectif sont déduites de la durée des prestations de l'assurance individuelle. Il n'est pas possible de modifier le délai d'attente tant que la capacité complète de travail n'est pas recouvrée (art. 47).

Selon l'art. 48 CGA, il n'existe aucun droit de passage :

En cas de changement d'emploi et de passage dans l'assurance-maladie indemnité journalière du nouvel employeur ou

En cas d'extinction du contrat existant et de reprise de celui-ci par un autre assureur pour le même groupe de personne, dans la mesure où le nouvel assureur à l'obligation de garantir, sur la base de la convention de libre passage, la continuation de la couverture d'assurance;

- Lorsque l'intéressé a atteint l'âge de la retraite".

Sur le principe, la défenderesse prévoit ainsi la continuation du versement des indemnités journalières dues selon le contrat collectif après l'extinction de la couverture d'assurance. Celle-ci est intervenue en l'espèce au 30 mai 2003, date à laquelle le demandeur a été licencié conformément à l'art. 41 CGA, lequel prévoit notamment la fin de ladite couverture lors du départ de l'entreprise. L'art. 21 in fine CGA constitue cependant une clause conventionnelle supprimant la prolongation d'assurance dans le cas où l'assuré a droit au libre passage ou fait usage de son droit de passage à l'assurance individuelle.

Dans l'arrêt du 7 mai 2002 précité (5C.74/2002), le TFA a jugé que constitue une clause insolite, une condition générale d'assurance prévoyant que l'assuré qui conclut au moment de l'extinction de la couverture d'assurance collective, un contrat d'assurance individuelle perd tout droit aux prestations d'assurance selon le contrat d'assurance collective.

Le TFA relève que "cela signifierait, contre toute logique, qu'un assuré qui est en incapacité de travail lorsqu'il sort du cercle des personnes assurées - notamment à la suite de la résiliation de son contrat de travail par son employeur - perd son droit aux prestations s'il conclut un nouveau contrat d'assurance indemnités journalières à titre individuel, tandis qu'il conserve ce droit dans le cas contraire. En effet, dans le système d'assurance de la défenderesse, le "maintien de la couverture d'assurance à titre d'assurance individuelle" suppose la conclusion d'un nouveau contrat, dans lequel le preneur d'assurance n'est plus l'employeur comme dans l'assurance collective, mais le travailleur. Or, dans un tel cas, l'assuré ne peut avoir droit à des prestations pour une incapacité de travail qui existait déjà lors du passage dans l'assurance individuelle : cela serait contraire à l'art. 9 LCA, aux termes duquel le contrat d'assurance est nul - sous réserve des cas prévus à l'art. 100 al. 2 LCA, dont les conditions ne sont pas réalisées en l'espèce puisque le demandeur ne cherche pas à exercer une activité à plein temps (art. 10 al. 1 LACI), ayant au contraire déposé une demande de rente AI en faisant état d'une incapacité de travail entière dès le 7 avril 1999 - si, au moment où il a été conclu, le sinistre était déjà survenu; c'est d'ailleurs pourquoi l'art. 4 chiffre 2 des conditions générales d'assurance jointes à la police du 19 novembre 1999 prévoit que les maladies ou infirmités qui entraînaient déjà une incapacité de travail au début du contrat restent exclues de l'assurance jusqu'au retour à la pleine capacité de travail".

En l'espèce, les CGA sont légèrement différentes du cas précité en ce sens qu'elles prévoient également l'extinction de la prolongation d'assurance - en réalité la continuation du versement des prestations - si l'assuré a droit au libre passage. Cette formulation n'est toutefois pas compréhensible dès lors que, au niveau rédactionnel, si un assuré a droit au libre passage, il n'y a pas de raison de prévoir de surcroît le

cas où il ferait usage de son droit de passage, la première hypothèse impliquant la seconde.

En outre, et sur le fond, la problématique est similaire à celle de l'arrêt précité puisque les CGA semblent vouloir dire que tout assuré qui a un droit au libre passage dans l'assurance-individuelle, qu'il en fasse usage ou non, ne peut plus se prévaloir de son droit aux prestations selon le contrat d'assurance collective, ce qui donne à penser que ses droits seront protégés par la conclusion d'un nouveau contrat. De même que dans l'arrêt précité, il y a lieu de juger que cette clause, insolite, ne s'applique pas au demandeur. Elle aboutit d'ailleurs à un résultat incompréhensible dès lors que seuls les assurés qui n'auraient pas de droit de passage dans l'assurance individuelle, soit ceux qui résideraient de façon autorisée (selon l'art. 8 CGA) en dehors de la Suisse et du Lichtenstein (art. 42 CGA) ou ceux qui rempliraient les conditions de l'art. 48 GCA auraient droit aux prestations après l'extinction du contrat d'assurance collective.

Cela dit et en toute hypothèse, le demandeur n'a pas fait usage de son droit de passage dans l'assurance individuelle, ce qui fait que la seconde hypothèse l'art. 21 in fine CGA ne lui est pas opposable. Quant à la première hypothèse, soit le droit au libre passage tel qu'il est mentionné à l'art. 21 précité in fine, il ne lui est pas opposable non plus dès lors que la défenderesse n'a pas prétendu que le demandeur en avait été correctement informé, ce nonobstant le fait que les CGA prévoient qu'il incombe à l'employeur, et non pas à la défenderesse de donner les informations nécessaires concernant le droit de passage dans l'assurance-individuelle. Elle n'a, en particulier, pas prétendu que l'employeur aurait rempli son obligation ni d'ailleurs produit aucune pièce ou requis l'audition d'aucun témoin à ce sujet. Or, le demandeur a bien contesté avoir été correctement informé du droit de passage dans l'assurance individuelle au moment de son licenciement.

Au vu de ce qui précède, le demandeur a droit aux prestations découlant de la police d'assurance d'indemnité journalière n° 2.034.088 au-delà du 30 mai 2003, date à laquelle la couverture d'assurance a pris fin.

7. La défenderesse requiert préalablement l'audition du Dr B et la mise sur pied d'une nouvelle expertise médicale.

A cet égard, il convient de rappeler que la maxime inquisitoire laisse le juge libre dans sa manière d'apprécier les preuves et ne lui interdit pas de renoncer à un moyen de preuve par appréciation anticipée. Ni la maxime inquisitoire, ni d'ailleurs le droit à la preuve d'une partie ne sont violés lorsque le juge refuse une mesure probatoire parce qu'il est déjà convaincu qu'une allégation de fait a été établie ou réfutée (en matière de droit à la preuve, ATF 129 III 18 consid. 2.6 et les arrêts cités). Enfin, la maxime inquisitoire n'impose pas au juge d'administrer un genre de

preuves déterminé, comme une expertise judiciaire, sous réserve des cas dans lesquels la loi le prévoit expressément (ATFA du 16 juin 2003, cause 5C.97/2003).

En l'espèce, le Tribunal de céans estime d'une part que l'audition du Dr B n'est pas nécessaire dès lors que celui-ci s'est exprimé de façon complète dans son expertise ainsi que dans sa note du 3 avril 2004 et qu'il a été tenu compte de son courrier du 23 octobre 2006 répondant aux critiques émises à l'encontre de son expertise. D'autre part, une expertise médicale judiciaire devrait porter sur le point de savoir si le demandeur était ou n'était pas capable de travailler au-delà du 22 mars 2003, soit il y a plus de trois ans, alors même qu'il a actuellement recouvré une pleine capacité de travail, ce qui, au vu du temps écoulé, paraît vain.

Pour ces raisons, le Tribunal de céans rejettera ces deux offres de preuves.

8. La défenderesse a mis fin à ses prestations au 23 mars 2003, sur la base du rapport médical du Dr B.

Selon le principe de libre appréciation des preuves, pleinement valable en procédure judiciaire de recours dans le domaine des assurances sociales (qu'il convient également d'appliquer en LCA, en référence à l'art. 85 al. 2 de la loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance du 17 décembre 2004-LSA), le juge n'est pas lié par des règles formelles, mais 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. En cas de rapports médicaux contradictoires, le juge 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. L'élément déterminant pour la valeur probante d'un rapport médical n'est ni son origine, ni sa désignation, mais son contenu. A cet égard, 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. Sans remettre en cause le principe de la libre appréciation des preuves, le Tribunal fédéral des assurances a posé des lignes directrices en ce qui concerne la manière d'apprécier certains types d'expertises ou de rapports médicaux (ATF 125 V 352 ss consid. 3).

Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que le diagnostic posé par l'expert soit émaillé de références à la doctrine médicale. On attend bien plutôt de l'expert un diagnostic précis et formulé selon les règles de la science médicale. S'il ne s'agit que d'une suspicion ou d'un diagnostic possible, l'expert doit le signaler explicitement (ATFA non publié du 12 septembre 2005, I 435/05 consid. 2; voir à ce sujet MEINE,

L'expert et l'expertise - critères de validité de l'expertise médicale in : L'expertise médicale, édition Médecine et Hygiène, 2002, p. 21).

9. En l'espèce, force est de constater que le rapport du Dr B ne remplit pas les critères précités pour que l'on puisse lui accorder une valeur probante.

En premier lieu, l'expert n'a pas jugé nécessaire de prendre des renseignements médicaux auprès des médecins ayant suivi le demandeur depuis son incapacité de travail, comme cela aurait été souhaitable dans le cadre de l'établissement d'une expertise. Celle-ci s'est d'ailleurs limitée à un entretien unique avec le demandeur.

Ensuite, le Dr V a relevé que l'anamnèse contient des lacunes, comme le suicide du frère du demandeur en 1996, élément important car il expliquait aussi la sévérité de l'état dépressif en cause. D'autres éléments manquants ont été relevés (perte de poids de 15 kg, insomnies, douleurs, zona, décès du père en 2001).

Elle contient également comme signalé par le demandeur et en partie admis par la défenderesse, des inexactitudes (yeux bleus et vêtements bleus, épouse sans occupation professionnelle, première épouse décédée en 1996).

Sur le fond, on relève les critiques suivantes :

L'essentiel de la motivation de l'expert concernant son diagnostic de "troubles mentaux" et troubles de comportement liés à l'utilisation de l'alcool, utilisation nocive pour la santé "est fondée sur le test CDT de 5,3 effectué le 6 février 2003 par le laboratoire Bioanalytique Riotton, soit postérieurement à l'entretien avec l'expertisé. En effet, l'examen de l'assuré ainsi que les déclarations de celui-ci (qui évoquait boire un peu de vin chaque soir) ne révèlent selon l'expertise elle-même aucun signe de consommation excessive d'alcool. L'expert en déduit néanmoins que l'assuré dissimule des quantités intégrées d'alcool bien plus importantes, ce qui lui enlevait toute bonne foi" (expertise p. 9).

A cet égard, le Dr V a déclaré lors de l'audience du 18 septembre 2006 que le patient ne lui avait pas du tout paru de mauvaise foi, ni possédant une capacité à moduler la présentation de ses symptômes psychologiques, ni être un simulateur. Au contraire, il avait une certaine retenue.

De même, le Dr P a indiqué qu'il n'avait pas du tout eu l'impression que le demandeur était un simulateur ou qu'il exagérait ses symptômes, alors même qu'il avait une bonne pratique et l'habitude de repérer la simulation.

S'agissant du diagnostic posé par l'expert, il apparaît qu'il se compose de celui de troubles mentaux et troubles du comportement liés à l'utilisation de l'alcool, utilisation nocive pour la santé, troubles anxieux et dépressif mixtes avec une évocation très claire à une dépendance à l'alcool. A cet égard, l'expert explique qu'il

n'a pas posé de diagnostic d'alcoolisme mais uniquement d'utilisation de l'alcool nocive pour la santé. L'expert a toutefois signalé très clairement dans son expertise une consommation excessive d'alcool dissimulée ainsi qu'une négation de la problématique par le demandeur. Même s'il a renoncé à poser formellement le diagnostic de dépendance éthylique, l'expert préconise un sevrage, en indiquant lui-même que cette mesure est prescrite en cas de dépendance à l'alcool et que le demandeur a uniquement besoin d'un "arrêt maladie d'une semaine pour être large" (expertise p. 12) car son cas ne relève pas d'une dépendance sévère. Il déclare qu'il existe des revues de traitement pharmacologique des sevrages des dépendances de l'alcool, ce qui laissait une large place à l'expérience du médecin-traitant pour soigner la problématique. Le Dr B préconise ainsi un traitement de la dépendance à l'alcool ce qui est en contradiction avec ses dernières explications (courrier du 23 octobre 2006) selon lesquelles un tel diagnostic n'a pas été posé.

S'agissant des diagnostics précités, le Dr V a clairement indiqué - alors qu'il avait suivi régulièrement et fréquemment le demandeur pendant des mois - qu'il n'avait pas du tout décelé une problématique de consommation excessive d'alcool, qu'il n'avait jamais décelé de signal objectif comme une haleine d'alcool, ni de signal subjectif à une dépendance. Le Dr B n'avait en réalité pas saisi la situation du patient (PV du 18 septembre 2006). Tel a également été l'avis du Dr P, lequel a affirmé qu'il n'avait pas noté qu'il y aurait eu chez le patient une consommation excessive d'alcool, qu'il aurait certainement repérée et que l'employeur qui lui avait adressé le demandeur, ne lui avait pas mentionné en particulier un problème d'alcool. (PV du 18 septembre 2006).

Le Dr P a ajouté qu'il était choqué que le Dr B ait estimé que le demandeur était alcoolique et menteur. Le Tribunal de céans relève à cet égard que les déclarations des Drs V et P lui ont paru crédibles et sérieuses.

Quant au Dr J, il relève dans son rapport du 7 mai 2003 que le Dr B s'est lancé sur une fausse piste diagnostique, encouragé par une valeur de CDT augmentée et, obnubilé par celle-ci, n'avait pas saisi la complexité du cas et s'était permis de poser le diagnostic de F10.1.

Le test CDT de 5,3 sur lequel repose toute l'argumentation de l'expert est remis en cause par les médecins entendus en audience et, en particulier par la Dresse HU, laquelle a exercé à l'unité d'alcoologie des HUG, dans la mesure où il est avancé comme unique motif donnant lieu au diagnostic précité.

La Dresse HU a relevé qu'une valeur CDT en dessus de la norme pourrait vouloir dire qu'il y avait une consommation d'alcool de 60 mg par jour pendant deux semaines. Cependant, il était habituellement procédé à une confrontation de plusieurs valeurs, soit la taille des globules rouges, les gamma-gt et le CDT. Or,

cette confrontation n'a pas réellement été faite par le Dr B, lequel, s'il a bien fait procéder au test gamma-gt n'en tire aucun argument (valeur de 27 U/l). La Dresse HU a précisé que le test de gamma-gt du 2 mars 2004 montrant une valeur de 34 était d'ailleurs dans la norme. En outre, la Dresse HU a précisé que le diagnostic de dépendance ne se faisait pas sur les valeurs biologiques mais sur des critères physiques et psychologiques selon la CIM-10, avec examen du patient sur plusieurs consultations, sous réserve du cas où le patient donnait lui-même tous les critères précis de dépendance, ce qui n'est manifestement pas le cas en l'espèce.

Le Dr B qui n'a reçu le patient que pour un entretien d'une heure, voire d'une durée inférieure selon le demandeur, ne saurait, pour les motifs précités poser un diagnostic d'utilisation de l'alcool nocive pour la santé avec une évocation claire à une dépendance à l'alcool comme il l'a fait. Cela est d'autant plus vrai que la Dresse HU a indiqué qu'un test de CDT de 5,3 et une consultation unique n'étaient pas suffisants pour admettre une dépendance. Quant à la fiabilité du test en lui-même, laquelle n'est pas mise en cause, soit un taux de 90% - 91%, elle comprend néanmoins 9 à 10% de cas pour lesquels la valeur CDT en dessus de la norme constitue un "faux positif".

Le Dr P a aussi souligné que le test CDT n'avait pas valeur péremptoire pour tester l'alcoolisme. On ne pouvait conclure à un diagnostic d'alcoolisme en présence d'une valeur CDT de 5,3%.

Le Dr V a également relevé que le CDT n'était pas un marqueur absolu et qu'il se pouvait qu'il y ait des faux positifs.

Par ailleurs, le Dr B préconise un sevrage à l'alcool sur une semaine, ainsi qu'une observation de 3 à 4 semaines en l'absence d'alcool, éventuellement sous couverture d'antabuse pour être à même de poser le diagnostic de comorbidité dépressivo-anxieuse.

La Dresse HU a relevé à cet égard que le sevrage était une mesure importante et qu'il ne devait être ordonné qu'en présence d'une conviction d'une dépendance avérée, d'une intoxication continue. Or, cela ne pouvait être le cas en l'espèce, au vu des éléments en possession de l'expert. Par ailleurs, le sevrage ne s'organisait pas sous antabuse mais sous prescription de calmants et relaxants durant huit jours. L'antabuse était utilisé postérieurement pour aider à ne plus consommer.

Au vu de ces déclarations, le diagnostic de troubles mentaux et troubles du comportement liés à l'utilisation d'alcool, utilisation nocive de l'alcool pour la santé et dépendance à l'alcool n'est pas posé de façon convaincante, une consommation excessive d'alcool nocive pour la santé ou même une dépendance à l'alcool n'apparaissant pas du tout crédible, tant au regard des avis médicaux des autres

médecins ayant traité ou examiné le demandeur, que de la motivation de l'expert qui n'est absolument pas convaincante.

Le Dr B estime encore que le demandeur n'est pas compliant à son traitement de flucétine en alléguant qu'il ne prend vraisemblablement pas son traitement antidépresseur. A cet égard, le test sanguin de flucétine requis par l'expert lui-même a montré un résultat de 171 ug/l correspondant à une prise d'au moins 20 mg/j. Or, tout en admettant que les taux d'antidépresseurs démontrés étaient "dans la norme", l'expert conclut, sans aucune explication, que cette valeur n'a aucun caractère probant. Cette contradiction a été relevée à juste titre par le Dr V (rapport du 7 avril 2003), lequel souligne que lorsqu'il s'agit de reconnaître un aspect positif, soit le dosage de la flucétine, le Dr B écarte le caractère probant dudit dosage. L'expert estime en outre que le demandeur tente de se soustraire à ses obligations en effectuant seulement une semaine après l'entretien (soit le 6 janvier 2003) un dosage sanguin (expertise p. 10), alors même que l'expert semble admettre qu'il n'a pas demandé à l'intéressé d'effectuer le jour même de l'entretien un test sanguin, puisqu'il explique - de façon peu claire d'ailleurs - que le demandeur aurait "la capacité neurocognitive de comprendre ce qui lui était demandé" (expertise p. 10). Le demandeur a relevé de son côté, (courrier du 10 avril 2003) qu'il avait d'abord pensé que le Dr B allait pratiquer une prise de sang immédiatement et que, l'entretien ayant eu lieu un vendredi soir, le laboratoire de Cornavin était fermé lorsqu'il est sorti, expliquant par là qu'il se serait soumis à un test sanguin le jour même de l'entretien.

Or, dans sa réponse aux critiques du demandeur (courriel du 2 avril 2004), le Dr B persiste dans sa vision orientée du cas en proposant un test MMPI-2 afin de cerner les personnes qui exagèrent les symptômes et qui mentent.

Le 23 octobre 2006, le Dr B insiste sur le fait qu'il n'a pas avancé le diagnostic d'alcoolisme mais celui d'utilisation de l'alcool nocive pour la santé, de consommation excessive, voire nocive, et indique "lorsque l'on prend des médicaments, il ne faut pas boire d'alcool".

Or, cette conclusion s'écarte de celle de son expertise dès lors que le Dr B avait estimé, dans celle-ci, que le patient n'était pas compliant à son traitement de flucétine (expertise p. 13) et que le dosage de ce médicament n'était pas pertinent. La problématique que l'expert semble soulever dans son courrier du 23 octobre 2006 (mélange médicament-alcool), d'une manière d'ailleurs très réductrice, est ainsi nouvelle et va à l'encontre de ses premières conclusions.

L'expert n'explique enfin pas pourquoi, en présence d'un expertisé qui, comme il le prétend, consomme de l'alcool de façon excessive d'un degré tel que cela justifie la mise sur pied d'un sevrage et ne permet pas, en l'état, de retenir avec certitude un diagnostic de troubles dépressif ou anxieux comorbides (expertise p. 13), la

capacité de travail serait entièrement recouverte une semaine uniquement après son examen, soit dès le 7 février 2003. Cette conclusion a été contestée par le Dr V qui relève qu'il ne voit pas comment le patient pourrait devenir miraculeusement apte au travail dans un si bref délai (rapport du 7 avril 2003).

10. Il apparaît ainsi que le Dr B a dirigé les conclusions de son expertise en fonction d'une base erronée, c'est-à-dire que le demandeur est un simulateur, qui consomme de l'alcool d'une manière excessive et dont le licenciement l'a principalement affecté dans ses conséquences économiques, n'ayant d'autre voie de secours financier que celle de demander des indemnités perte de gain (courriel du Dr B du 3 avril 2004 et expertise p. 5, 8 et 9). Les conclusions de cette expertise n'ont cependant aucune valeur probante au regard tant de leur motivation en elle-même que des avis médicaux des Drs J (rapport du 7 mai 2003) ainsi que V, P et HU, entendus en audience d'enquête.

Il convient en conséquence d'écarter le rapport du Dr B et de se fonder sur les appréciations médicales des autres médecins, lesquelles sont concordantes. C'est ainsi que le Dr P - consulté à la demande de l'employeur - estime le 14 janvier 2003 que les arrêts de travail du demandeur lui semblent "tout à fait justifiés", ce qu'il a confirmé en audience en précisant que l'incapacité de travail lui était parue complètement évidente et qu'il était certain de ne pas s'être trompé sur l'évaluation du demandeur. Le Dr P, s'il n'est pas psychiatre, a précisé qu'il avait effectué une partie de la formation en psychanalyse et disposait d'une grande pratique clinique lui permettant de repérer l'existence d'un état dépressif.

Quant au Dr V, qui est un spécialiste en psychiatrie, il a clairement posé le diagnostic de trouble dépressif récurrent, épisode actuel sévère, entraînant une incapacité totale de travail depuis septembre 2000 jusqu'au 31 juillet 2004, puis à 50% du 1^{er} août 2004 au 31 mai 2005 et enfin nulle dès le 1^{er} juin 2005. Le Dr V a effectué un suivi sérieux du patient, avec prescription d'antidépresseurs et séances de psychothérapie. Il a relevé des éléments objectifs appuyant son diagnostic comme la perte de poids de 15 kg ayant suivi le licenciement, dont 7-8 kg en deux mois, la baisse de l'estime de soi, la fatigabilité, la perte d'intérêt, les insomnies et les ruminations anxieuses (rapport du 7 avril 2003).

11. Au vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que le demandeur était en incapacité totale de travail du 9 septembre 2002 au 31 juillet 2004 puis à 50% du 1^{er} août 2004 au 31 mai 2005.

Il a ainsi droit au versement des indemnités journalières prévues dans la police d'assurance, soit 730 jours sous déduction du délai d'attente de 90 jours et pour un montant de 439 fr. par jour (correspondant au 80% du gain assuré de 200'000 fr.).

L'assurance ayant déjà versé des indemnités journalières pendant 106 jours, le solde des indemnités est de 534 jours, (730 jours - [90 jours + 106 jours]) étant précisé que, selon l'art. 23 CGA, les jours d'incapacité partielle de travail d'au moins 25% comptent comme jours entiers pour le calcul de la durée des prestations.

Le solde se répartit ainsi :

- Du 23 mars 2003 au 31 juillet 2004: 497 jours d'indemnités à 100% (439 fr. par jour), soit un total de 218'183 fr. et
- Du 1^{er} août 2004 au 6 septembre 2004: 37 jours à 219 fr. 50 par jour (art. 12 CGA), soit un total de 8'121 fr. 50.

Le montant total des indemnités journalières est ainsi de 226'304 fr. 50 (218'183 fr. + 8121 fr. 50).

12. S'agissant des intérêts, en vertu de l'art. 41 al. 1 LCA, la créance qui résulte du contrat est échue quatre semaines après le moment où l'assureur a reçu les renseignements de nature à lui permettre de se convaincre du bien fondé de la prétention. Le débiteur d'une obligation est en demeure du seul fait de l'expiration du jour de l'exécution. Passé ce délai, il doit l'intérêt moratoire de 5% conformément aux art. 102 et 104 du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO) applicable par renvoi de l'art. 100 LCA (ATAS/307/2006).

En l'occurrence, l'assurance était, au 23 mars 2003, en possession des rapports des Drs V (des 6 février et 6 mars 2003) et P (du 14 mars 2003) confirmant une incapacité totale de travail du demandeur. L'expertise du Dr B du 5 mars 2003, au vu de son évident caractère non probant, ne l'autorisait pas à cesser le versement des indemnités journalières au 23 mars 2003. Par conséquent, les indemnités journalières sont échues dès cette date, pour chaque mois, dès le 1^{er} du mois qui suit le mois concerné d'incapacité de travail.

Aussi, convient-il de considérer que les intérêts pour la période du 23 mars 2003 au 31 juillet 2004 soit sur la somme de 218'183 fr. sont dus depuis la date moyenne du 15 novembre 2003 et ceux pour la période du 1^{er} août au 6 septembre 2004, soit sur la somme de 8121.50 fr., sont dus depuis la date moyenne du 15 septembre 2004.

13. Vu l'issue du litige une indemnité de 3'500 fr. sera allouée au demandeur, à charge de la défenderesse.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

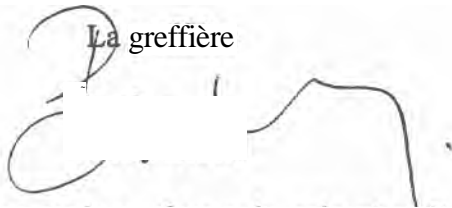
A la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Condamne Y ASSURANCES à verser à M. Keith
X un montant de 226'304.50 fr. avec intérêts à 5% au sens des considérants.
4. Condamne Y ASSURANCES à verser M. Keith
X une indemnité de 3'500 fr.
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral, 1000 LAUSANNE 14, conformément aux articles 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'article 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière



La Présidente :

Valérie MONTAN

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances privées par le greffe le

-9.Feb 2007

M. H. Wuarin

