RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3788/2005 **ATAS/1178/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 7 décembre 2006

En la cause

Monsieur A_____, domicilié , GENEVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Eric MAUGUE	demandeur

contre

SWICA ASSURANCE-MALADIE SA, sise Römerstrasse 38, WINTERTHUR	défenderesse

Siégeant : Karine STECK, Présidente, Isabelle DUBOIS et Doris WANGELER, Juges

EN FAIT

1. Depuis le 1er juillet 2002, Monsieur A_____ a travaillé en tant que magasinier pour X_____S.A., société qui a souscrit pour ses employés une assurance collective d'indemnités journalières selon la loi sur le contrat d'assurance (LCA) auprès de SWICA ASSURANCE-MALADIE SA (SWICA), pour une indemnité de 90% du salaire durant 730 jours.

2. L'assuré souffre d'une cardiopathie congénitale avec coarctation et sténose de l'aorte, malformation cardiaque qui se traduit par des douleurs à la poitrine, une dyspnée d'effort et un affaiblissement de l'état général.

3. Au cours de l'année 1998, il a subi une intervention chirurgicale de l'aorte. Il a ensuite été hospitalisé à plusieurs reprises.

4. Du 19 septembre 2003 au 11 janvier 2004, l'assuré, en raison de problèmes cardiaques et d'hypertension artérielle, a été dans l'incapacité totale de travailler. Il a ensuite pu reprendre son poste, mais seulement à 50%, du 12 au 25 janvier 2004. Les diagnostics posés étaient les suivants : hypertension artérielle réfractaire, précordialgies, sténose résiduelle de la région aortique isthmique avec importante dilatation post-sténotique, régurgitation aortique discrète, dorsolombalgies avec troubles statiques et épigastralgies avec infection à Helicobacter pilori.

5. A compter du 3 mai 2004, l'assuré a été à nouveau dans l'incapacité totale de travailler. Son médecin traitant lui a alors suggéré d'examiner avec son employeur la possibilité de changer de poste de travail.

6. Les Drs. A_____,. B_____ et. C_____, du service de cardiologie de ("établissement hospitalier") ont établi en date du 27 août 2004 un rapport dont il ressort que, malgré les plaintes du patient, les examens clinique et échocardiographique sont comparables à la situation de 2003 et 2004. Le status post-réparation d'une coarctation aortique a été qualifié de satisfaisant. Des valeurs tensionnelles légèrement élevées ont été enregistrées. Concernant la reprise d'une activité professionnelle, les médecins n'ont pas relevé de contre-indication sur le plan cardio-vasculaire, précisant toutefois que les efforts isométriques importants tels que le soulèvement de lourdes caisses, devait être évités. Si l'activité de magasinier devait obliger le patient à effectuer des efforts trop importants, une réintégration professionnelle devrait être envisagée.

7. Dans un courrier adressé à SWICA le 19 octobre 2004, le Dr E_____, psychiatre, qui suit l'assuré depuis le 18 mai 2004, a diagnostiqué des troubles anxieux et dépressifs mixtes ainsi que des troubles paniques. Il a émis l'opinion que l'assuré était incapable de travailler à 100%. Il a expliqué que l'état psychique du patient, après être resté relativement stationnaire, a évolué vers une

symptomatologie anxio-dépressive avec troubles du sommeil, fatigabilité, angoisse, tristesse et manque d'envie de faire des tâches quotidiennes. Il a ensuite présenté les symptômes de panique à plusieurs reprises avec difficulté à respirer, palpitation, transpiration et tremblement (pièce 5 dem.).

8. Le 3 décembre 2004, Madame. M_____, inspectrice des sinistres, a établi un rapport dont il ressort que l'assuré dit se sentir mal au moindre effort physique, qu'il n'est même pas en mesure d'aider son épouse pour le ménage ou pour s'occuper des enfants et qu'il reste principalement à la maison, à se reposer et regarder la télévision. Elle a émis l'opinion que l'incapacité de travail était justifiée.

9. Par courrier du 10 mars 2005, l'employeur de l'assuré a mis un terme à son contrat de travail avec effet au 31 mai 2005.

10. Le 7 avril 2005, l'assuré a signé une offre de transfert dans l'assurance individuelle de SWICA en déclarant avoir pris connaissance de ses conditions spéciales d'assurance.

11. A la demande de SWICA, le Dr E_____, spécialiste FMH en psychiatrie et psychothérapie, a procédé à une expertise de l'assuré (pièce 8 dem.). Pour ce faire, il s'est basé sur un entretien d'une heure avec l'assuré, sur un contact téléphonique avec le Dr. F_____, médecin traitant, et sur les divers rapports médicaux versés au dossier de SWICA.

    Le Dr E_____ a indiqué que l'assuré se plaignait essentiellement d'une fatigue associée à des douleurs diffuses. Il a examiné le retentissement des plaintes psychiques dans les quatre domaines suivants : activités de la vie quotidienne et ménage, relations sociales, activités nécessitant de la concentration et activité professionnelle. L'expert a indiqué que l'assuré s'était montré peu loquace, que ses enfants allaient à la crèche, qu'il rencontrait un ami, qu'il essayait de lire et regardait la télévision et qu'il se sentait inapte à la moindre activité professionnelle.

    Objectivement, l'expert a constaté que l'assuré paraissait essoufflé, détendu, souriant et capable de rire. Selon lui, malgré un statut cardiaque précaire, rien n'explique l'attitude de retrait adoptée par l'assuré. Ses plaintes psychiques ne sont en définitive que des troubles occasionnels et réactionnels.

    L'expert s'est déclaré peu convaincu par les propos de l'assuré parlant de sa tristesse, indiquant qu'il montrait tout le contraire puisqu'il semblait détendu, de bonne humeur et capable de rire. Il n'a en rien amen de pensées négatives profondes comme celles liées à des sentiments d'effondrement personnel et de pers intenses. Par contre, l'expert a dit se trouver face à quelqu'un qui se décrit comme préoccupé par ses problèmes cardiaques, souffrant de suffocations aux efforts et adoptant une attitude dolente. En fin de compte, il a conclu qu'il n'y avait pas de tristesse de degré nettement anormal, pratiquement toute la journée et dans une large mesure

non influencée par les circonstances au sens du premier critère diagnostique de la dépression.

L'expert a par ailleurs mentionné qu'il était difficile d'attester d'un manque de plaisir et d'intérêt de l'assuré, compte tenu du fait que ce dernier se montrait très peu loquace. Il a simplement relevé que l'assuré semblait en effet facilement rester chez lui à ne rien faire, mais qu'il lui arrivait cependant également de sortir en compagnie d'un ami, de regarder la télévision et d'avoir quelques activités avec ses enfants. Le discours de l'assuré a cependant été décrit comme "tellement morcelé que l'on ne peut prétendre avoir des arguments suffisants pour attester d'une diminution marquée de l'intérêt et du plaisir pour des activités habituellement agréables au sens du deuxième critère diagnostique de la dépression".

L'assuré ne s'est jamais vraiment plaint de manquer d'énergie mais plutôt d'avoir peur de "se mettre en route et de faire des choses physiquement très prenantes".

L'expert a ajouté que, bien qu'il se plaigne de manquer de concentration, l'assuré avait, durant son entretien, été parfaitement à l'aise et avait répondu "du tac au tac", qu'aucune idée de mort n'était présente, que l'assuré ne paraissait pas particulièrement ralenti et que son poids a beaucoup baissé en quelques mois.

Sur la base de l'échelle de HAMILTON, l'expert a conclu à l'absence de dépression. De même, il a exclu la présence de signes d'anxiété. Il a évoqué la possibilité d'un syndrome douloureux somatoforme. L'expert a écarté toute prédisposition de l'assuré. Il a émis l'avis que des facteurs de stress éventuels causés par le fait d'avoir deux petits enfants à charge pourraient expliquer les symptômes assez flous qu'il décrit, qui s'assimileraient alors à un trouble de l'adaptation. Il a fait remarquer qu'en réalité, le status cardiovasculaire est stable et qu'il n'a pas d'inquiétude particulière à nourrir à ce propos.

En définitive, le Dr E_____ a conclu à un trouble anxieux. Selon lui, l'incapacité de travail n'était plus justifiée sur le plan purement psychiatrique. Il serait capable d'exercer son ancienne profession à plein temps. L'expert a cependant émis à cet égard une réserve en soulignant que, pour des raisons internistiques, il y avait peut-être lieu d'envisager un emploi ne nécessitant pas trop d'efforts physiques afin de ne pas fatiguer l'assuré qui peut avoir de la peine à récupérer.

12. Par courrier du 26 mai 2005, SWICA a informé l'assuré que, vu le rapport du Dr E_____, elle considérait qu'il était à nouveau apte au travail à 100% et qu'elle mettrait donc un terme au versement de ses prestations le 31 mai 2005. En conséquence, SWICA a invité l'assuré à s'annoncer auprès de l'assurance-chômage (pce 9 dem.).

13. Dans un rapport daté du 8 juin 2005, le Dr E_____ a fait état de troubles du sommeil, fatigabilité, tristesse et multiples plaintes somatiques, de symptômes de

panique, de difficultés à respirer, de palpitations et de tremblements. Il a diagnostiqué des troubles anxieux et dépressifs mixtes, des troubles panique et un syndrome douloureux somatoforme persistant (pce 10 dem.).

14. Le même jour, le Dr E_____ a déposé au nom de son patient une demande de prestations auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (OCAI).

15. Par courrier du 15 juin 2005, l'assuré a contesté auprès de SWICA le rapport du Dr E_____ et produit celui du Dr E_____ daté du 8 juin 2005. Il a demandé à SWICA de reprendre le versement des indemnités journalières.

16. Le 17 juin 2005, le Dr F_____, médecin traitant de l'assuré, a diagnostiqué une cardiopathie congénitale, la persistance de précordialgies et une dyspnée subjective à l'effort, une hypertension artérielle, une hyper-cholestérolémie, des troubles anxieux et dépressifs mixtes, des troubles panique et un syndrome douloureux somatoforme persistant se manifestant sous forme de cervicalgies et de lombalgies. Il a conclu à une totale incapacité de travail pour des raisons surtout psychiques (pce 11 dem.).

17. Le Dr E_____, auquel ont été soumis les rapports produits par l'assuré, a répondu à SWICA par courrier du 11 juillet 2005 qu'il maintenait sa position. Il a fait remarquer que le Dr F_____ concluait à une incapacité de travail pour des raisons surtout psychiques mais qu'il n'était pas spécialiste en la matière. Quant au rapport du Dr E_____, il a souligné qu'il reprenait les termes de ses rapports précédents, dont il avait connaissance lorsqu'il a lui-même rédigé son expertise, que le seul diagnostic nouveau est celui de trouble somatoforme douloureux, lequel n'est pas, en soi, une cause d'invalidité.

18. Par courrier du 29 juillet 2005, la caisse a informé l'assuré qu'elle maintenait sa décision de mettre un terme à ses prestations à partir du 1er juin 2005.

19. Par courrier du 12 septembre 2005, le Dr G_____, cardiologue, a confirmé les diagnostics posés par le Dr F_____. Il a également produit les résultats des examens d'ergonométrie et d'échographie auxquels il avait procédé sur son patient au mois de novembre 2004, démontrant la fatigabilité de ce dernier.

20. Le 26 octobre 2005, l'assuré a déposé auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales une demande en paiement dirigée contre SWICA.

    Préalablement, il conclut à ce que l'intégralité de son dossier soit produite, soulignant n'avoir jamais eu accès au contrat d'assurance, aux conditions générales et au rapport de Madame M_____ du 3 décembre 2004. Il a également demandé l'audition des Drs E_____, F_____ et G_____. Principalement, il conclut à ce que SWICA soit condamnée à lui verser des indemnités journalières jusqu'à épuisement de son droit, soit la somme de 16'335 fr.

à titre d'indemnités pour la période de juin à octobre 2005 (3'265.- par mois x 5) + intérêt à 5% à compter de la date moyenne du 15 août 2005 ainsi que la somme de 2'000 fr. à titre d'indemnité en application de l'art. 106 CO, avec suite de frais et dépens.

Le demandeur conteste la valeur probante de l'expertise à laquelle s'est livré le Dr E_____ en faisant valoir qu'il ne s'agit pas d'une expertise ordonnée par un assureur social agissant en tant qu'autorité administrative mais d'un rapport médical sollicité par l'une des parties auprès d'un praticien qu'elle a unilatéralement choisi et instruit. Il s'agit selon lui d'une appréciation partiale et sans rigueur scientifique, ses déclarations ayant été systématiquement mises en doute par le médecin sur la base de "conjectures qui ne reposent sur aucun élément concret".

Pour répondre aux remarques du médecin, le demandeur fait valoir que, s'il a été dans l'incapacité de donner des informations sur l'occupation de ses journées c'est parce qu'il ne fait rien : ses enfants sont pris en charge par des tiers précisément parce qu'il n'est pas capable de s'en occuper personnellement; s'agissant de ses relations sociales, il allègue que ses déclarations montrent clairement une perte d'intégration. Il soutient que les activités nécessitant de la concentration comme lire ou regarder la télévision lui sont difficiles. Il s'insurge par ailleurs du fait que son sentiment de tristesse ait été nié au motif qu'il aurait ri et se serait montré de bonne humeur. Quant au fait qu'il puisse parfois sortir avec un ami, regarder la télévision et avoir des activités avec ses enfants, il estime que cela ne permet en aucun cas de nier la diminution marquée de l'intérêt et du plaisir pour des activités habituellement agréables. Sur ce point, il fait valoir que l'expert aurait dû à tout le moins lui demander en quoi consistaient ses activités par le passé et les comparer à ses occupations actuelles. Quant à la supposition de l'expert selon laquelle ses symptômes seraient la conséquence d'un trouble de l'adaptation dû à son status de réfugié et à des problèmes familiaux, il la conteste formellement. Il fait valoir qu'il est titulaire d'un permis d'établissement, en voie de naturalisation, que son status en Suisse ne constitue donc pas une source de tension et que ses enfants ne sont pas source de soucis puisqu'ils sont gardés durant la journée et en bonne santé.

A l'appui de ses dires, le demandeur invoque les rapports de ses médecins traitants, les Drs E_____, F_____ et G_____, dont il estime qu'ils ont été écartés par le Dr E_____ sans aucun argument.

A titre subsidiaire, si le tribunal devait conclure qu'il est apte à exercer une activité moins lourde que celle de magasinier, il soutient que la caisse aurait dû lui accorder un délai suffisant pour changer de profession.

Enfin, le demandeur soutient que la défenderesse, dûment interpellée à plusieurs reprises, a été mise en demeure, raison pour laquelle elle doit être tenue de réparer

le dommage engendré par les frais d'avocat hors procédure, lesquels peuvent raisonnablement être fixés à 2'000 fr.

21. Dans sa réponse du 29 novembre 2005, la défenderesse a conclu au rejet de la demande. Elle fait valoir que les rapports du Dr G_____ du 12 septembre 2005 et ceux des 25 et 26 novembre 2004 produits à l'appui de la demande, n'ont jamais été portés à sa connaissance auparavant et qu'elle les a soumis au Dr H_____, spécialiste en maladies du cœur. La défenderesse se rapporte à l'avis de ce médecin selon lequel l'assuré dispose d'une totale capacité de travail dans toutes les activités n'impliquant pas d'efforts de type statique, de contraintes musculaires et que le pronostic est bon sur le plan cardiologique.

    La défenderesse estime que le rapport du Dr E_____ a toute valeur probante, dans la mesure où il a entendu l'assuré, pris connaissance du dossier et expliqué de manière claire et précise pourquoi, selon lui, le demandeur ne souffre pas de troubles psychiques limitant sa capacité de travail. La défenderesse conteste que cet expert se soit uniquement fondé sur des considérations subjectives et allègue que les certificats des Drs F_____ et E_____ - qui se bornent à aligner des diagnostics et attester une incapacité de travail - n'indiquent pas en quoi le rapport du Dr E_____ serait critiquable.

    La défenderesse souligne que les médecins des l'hôpital universitaire de Genève ("établissement hospitalier") n'ont pas mentionné de contre-indications sur le plan cardiovasculaire s'agissant d'une reprise de l'activité professionnelle, mis à part les efforts isométriques importants. Elle en tire la conclusion que les rapports des Drs E_____ et H_____ remplissent les conditions relatives à la valeur probante, qu'il convient de s'y rallier, d'écarter les prises de position des médecins-traitants et de conclure à l'absence d'incapacité de travail sur les plans psychique ou cardiologique à partir du 1er juin 2005.

22. Du rapport du Dr H_____, spécialiste FMH en maladies du cœur, joint par la défenderesse à sa réponse et intitulé "avis médical cardiologique", il ressort qu'en confrontant les documents sur lesquels s'appuie le Dr G_____ à ceux des contrôles du Centre de la consultation dans cardiopathies congénitales de l'âge adulte des "établissement hospitalier", les examens successifs sont comparables et déterminent une situation cardiologique stable, c'est-à-dire avec un bon résultat de l'opération de la coarctation, que les douleurs thoraciques ne sont d'origine ni cardiaque ni pulmonaire, que le traitement de l'hypertension artérielle devrait être renforcé. Le Dr H_____ a estimé qu'il n'y avait pas de contre-indication, sur le plan cardiaque, à la reprise d'une activité professionnelle n'obligeant pas le patient à effectuer des efforts trop importants. Le médecin a conclu : "il apparaît invraisemblable, (…) que ce patient qui a été opéré d'une coarctation de l'aorte thoracique (…) se trouve plus mal après la suppression de cet obstacle de coarctation qu'avant l'intervention où, semble-t-il, il n'y a aucun rapport qui

signalait des symptômes quelconques puisque la cardiopathie a été découverte lors d'un état grippal. Il est très vraisemblable qu'un facteur psychologique présente une barrière sérieuse à toute activité professionnelle. Sur le plan cardiologique, je le répète, il est parfaitement apte à reprendre une activité quelle qu'elle soit sans surcharge ou effort physique de type statique important."

23. Dans sa réplique du 13 janvier 2005, le demandeur a continué à contester l'appréciation du Dr E_____. Il estime que le rapport médico-social de Madame M_____, inspectrice des sinistres, confirme que ce praticien est partial puisqu'elle a dûment constaté, lors de sa visite à domicile, que le demandeur n'avait pratiquement aucune activité, qu'il n'était pas en mesure d'aider son épouse ou de s'occuper de ses enfants et qu'il restait le plus clair de son temps à la maison. Elle a été convaincue du caractère justifié de son incapacité de travail et bien que ses compétences ne soient pas celles d'un médecin-psychiatre, ses constats prouvent qu'il n'y a pas motif de mettre en doute les déclarations du demandeur comme le fait le Dr E_____ lorsque celui-ci prétend que son activité serait bien supérieure à ce qu'il laisse entendre et que son discours prendrait un tour très adaptatif. Par ailleurs, le demandeur fait remarquer qu'on ne retrouve pas dans le rapport de Madame M_____ d'indices confirmant les prétendus facteurs de stress évoqués par le Dr E_____ (à savoir d'éventuels problèmes familiaux).

24. Le Dr G_____, convoqué par le tribunal de céans, n'a pas pu se présenter et a suggéré de répondre par écrit aux questions. Un délai a donc été fixé aux parties pour soumettre la liste des questions qu'elles souhaitaient lui voir poser.

25. Dans sa duplique du 31 janvier 2006, la défenderesse soutient que les critiques adressées au Dr E_____ ne sont pas justifiées médicalement. Selon elle, sur le plan cardiologique, le demandeur est parfaitement apte à reprendre une activité, quelle qu'elle soit, pour autant qu'elle n'implique pas de surcharge ou d'effort physique de type statique importants. Pour sa part, la défenderesse a demandé à ce que soient entendus les Drs E_____ et P. I_____, du service de cardiologie des "établissement hospitalier". Elle s'est par ailleurs réservé la possibilité de solliciter l'audition du Dr H_____.

26. Une audience d'enquêtes s'est tenue en date du 16 mars 2006.

    Le Dr I_____, spécialiste FMH en cardiologie, a expliqué qu'il avait travaillé jusqu'à la fin du mois de février 2006 à la consultation de cardiopathies congénitales à l'âge adulte des "établissement hospitalier" et que, depuis le 1er mars 2006, il occupait le même poste à l'Hôpital cantonal universitaire de Zurich.

    Un premier examen de l'assuré a été pratiqué en cardiologie le 18 février 2003, un second a eu lieu le 4 mars 2003. Le médecin a ensuite vu le patient en consultation le 19 juin 2003.

Le Dr I_____ a indiqué que l'assuré souffrait d'une cardiopathie congénitale, qui avait été diagnostiquée en 1995 et avait nécessité une intervention chirurgicale le 15 septembre 1995 au ("établissement hospitalier"). Le médecin a expliqué qu'il s'agit d'une affection sérieuse qui nécessite une surveillance régulière, qu'elle implique également que soient évités les efforts d'un certain type mais n'exclut pas, en revanche, que soit exercée une activité professionnelle.

A l'époque où le médecin a établi son rapport du 27 août 2004, il a discuté avec le patient de ses possibilités professionnelles. Il lui a expliqué que l'activité de magasinier, impliquant le port de lourdes charges, ne constituait pas le métier idéal. En revanche, le médecin a insisté sur le fait que l'affection n'excluait pas toute activité professionnelle. Par ailleurs, le patient a été informé de ce qu'il pouvait s'adresser à l'assistante sociale de la policlinique des "établissement hospitalier".

S'agissant du rapport du Dr G_____ concernant un test d'effort effectué en novembre 2004 (pce 13 dem.), le témoin a indiqué qu'il s'agissait d'un test effectué sur un vélo en cabinet médical, qu'il n'était pas couplé à l'imagerie, qu'il n'était donc pas maximal et qu'en conséquence, s'il pouvait certes contribuer à l'évaluation du patient, il laissait un certain degré d'incertitude. Par ailleurs, le médecin a fait remarquer qu'il ne disposait pas des tracés. Ces réserves étant faites, il a constaté que le test clinique était négatif et ne mettait pas de symptômes de manque d'oxygénation du coeur en évidence. Par ailleurs, il ne montrait ni arythmie ni hypertension artérielle à l'effort. Le Dr I_____ l'a qualifié de "test sous-maximal", expliquant qu'il entendait par là qu'il n'était pas inquiétant.

Le Dr I_____ a ajouté qu'un test d'effort couplé avec une imagerie avait déjà été pratiqué aux "établissement hospitalier" après que le patient a dû être hospitalisé suite à des douleurs thoraciques. Comme les symptômes persistaient, il a été procédé à une coronographie qui s'est révélée normale. Selon lui, dans le cas du recourant, le point important est la maîtrise de la tension artérielle et la surveillance de l'aorte.

Sont contre-indiqués : le port de lourdes charges (efforts isométriques), les sports de contact et les sports de compétition.

S'agissant du port de lourdes charges, l'attention du patient a été attirée sur le fait qu'à partir d'un certain poids (20 kg), cela n'était pas recommandé; il en allait de même du fait de tirer des chariots d'une centaine de kilos.

27. Également entendu à titre de témoin, le Dr F_____ a indiqué suivre le patient depuis le 1er novembre 2004, à raison d'une consultation deux fois par mois environ.

Le médecin a indiqué que la situation était pratiquement stationnaire s'agissant des douleurs thoraciques, cervicales et lombaires.

Les valeurs du cholestérol ont évolué favorablement.

Concernant l'hypertension artérielle, il a indiqué qu'elle avait été stabilisée par un traitement adéquat mais qu'il s'agissait d'un équilibre précaire. Selon le médecin, si les valeurs sont meilleures qu'avant, le patient n'est cependant pas pour autant hors de danger. Il a expliqué que les poussées de tension telles qu'en fait l'assuré sont très mauvaises dans sa situation. Le médecin a souligné que c'était cependant surtout du point de vue psychologique que la capacité de travail était nulle. En effet, outre ses plaintes somatiques, le patient l'a également consulté pour de l'angoisse, de l'anxiété, des attaques de panique, une dépression. Le médecin a indiqué que le patient restait pour l'heure angoissé et que sur ce plan, il n'y avait pas véritablement eu d'évolution. Il a cependant conseillé de s'adresser sur ce point au Dr E_____, psychiatre, dont il a estimé qu'il était plus à même de renseigner le tribunal.

Du point de vue somatique, le médecin a ajouté qu'une activité de magasinier ne lui semblait pas adaptée.

28. Également entendu à titre de témoin, le Dr E_____, psychiatre, a indiqué suivre le patient depuis le 18 mai 2004, à raison d'une fois par semaine, et avoir posé les diagnostics suivants : troubles anxieux, troubles dépressifs mixtes et troubles panique. Le patient est également atteint d'un trouble somatoforme douloureux persistant.

Le médecin a émis un pronostic très défavorable, expliquant que l'état du patient était fluctuant et pouvait se modifier d'un jour à l'autre, mais que la plupart du temps, il se sentait très mal, raison pour laquelle il a déposé une demande de prestations auprès de l'assurance-invalidité le 8 juin 2005.

Il a indiqué que les troubles panique se traduisent par des crises d'angoisse, une transpiration surabondante, des palpitations, des tremblements, des difficultés à respirer. Le patient se plaint d'une fatigue mentale et physique, de manque de sommeil, de difficultés de concentration, d'angoisse et de tristesse.

Selon le Dr E_____, sa capacité de travail est totalement nulle au point de vue psychique. Il a encore expliqué que s'il n'a plus délivré de certificat d'incapacité de travail après décembre 2004, c'est qu'il savait que son médecin-traitant en avait établi pour ses douleurs physiques. Cependant, il était clair pour lui qu'il était dans l'incapacité de travailler.

S'agissant du certificat d'octobre 2004, faisant état d'une aggravation de l'état physique, le Dr E_____ a précisé que l'état psychique de son patient était

réactionnel à son état de santé physique et qu'il avait donc de plus en plus d'angoisse.

Le Dr E_____ a nié que l'assuré puisse travailler, compte tenu de sa sensibilité, de sa fragilité, du fait qu'il souffre d'une maladie physique grave et que son état psychique peut se dégrader encore à tout moment, malgré le traitement médicamenteux.

29. Le Dr E_____ n'ayant pu se rendre se déplacer, les questions des parties et du tribunal lui ont été posées par écrit, tout comme au Dr G_____.

30. Par courrier du 7 avril 2006, le Dr G_____ a répondu que l'assuré lui avait été adressé par le Dr F_____ en date du 25 novembre 2004, qu'il avait effectué un test d'effort et posé les diagnostics suivants : hypertension artérielle incomplètement contrôlée sous traitement médical, cardiopathie congénitale (coarctation, sténose de l'aorte, intervention chirurgicale correctrice sur l'aorte en 1995), persistance de précordialgies à l'effort et dyspnée subjective à l'effort, hypercholestérolémie, troubles anxieux et dépressif mixte, trouble de panique, syndrome douloureux somatoforme persistant (cervicalgies, lombalgies). Le Dr G_____ a indiqué que ces troubles avaient évolué dans le sens où l'hypertension artérielle n'était pas complètement contrôlée. Sur la question de la capacité de travail de l'assuré, il a proposé de s'adresser au médecin traitant. Enfin, il a préconisé de consulter un cardiologue spécialisé dans les affections et malformations cardiologiques en âge adulte.

31. Quant au Dr E_____, il a répondu aux questions qui lui ont été posées par courrier du 4 mai 2006.

A la question de savoir s'il avait nié un sentiment de tristesse au seul motif que l'assuré aurait ri et se serait montré de bonne humeur, le Dr E_____ a répondu que l'examen clinique avait été réalisé sous plusieurs angles, à savoir en relevant ce que disait l'assuré et ce qu'il montrait, d'une part, sur ce qu'il avait pu juger lors de l'examen, d'autre part. Le Dr E_____ dit avoir bien noté que l'assuré avait des préoccupations pour sa santé mais avoir découvert que l'humeur était globalement bonne, même si, selon lui, on aurait visiblement bien voulu qu'il note le contraire.

Quant à savoir pourquoi il a nié une diminution marquée de l'intérêt et du plaisir chez l'assuré, le Dr E_____ a répondu que l'assuré avait adopté une attitude d'opposition systématique aux investigations en cherchant à donner le minimum d'informations le concernant, alors que l'examen clinique montrait finalement, avec un degré de certitude significative, qu'il n'y avait pas de dépression. Il en a conclu que les plaintes étaient inconsistantes et même contradictoires.

Concernant le manque d'énergie ou la plus grande fatigabilité du patient, le Dr E_____ a rappelé qu'il devait juger sur la base de ses observations et non sur la base des plaintes de l'intéressé. Il a assuré que le recourant ne manquait pas d'énergie, était vif et plutôt dynamique. Quant aux difficultés du sommeil, il a estimé qu'elles étaient assez faciles à soigner.

Le Dr E_____ a confirmé les conclusions selon lesquelles l'assuré présente quelques symptômes anxieux atypiques et des éléments de surcharge en rapport avec sa situation familiale.

Il a par ailleurs fait remarquer que s'il était régulièrement mandaté par des assureurs, il l'était également par des assurés.

32. Suite aux enquêtes, par courrier du 15 juin 2006, la défenderesse a indiqué avoir interpellé l'employeur de l'assuré et avoir appris que ce dernier, avant d'être manutentionnaire élévateur, avait été préparateur de commandes, et ce, jusqu'à environ huit mois avant son arrêt de travail. Certes, en tant que préparateur, il lui arrivait de porter des charges pouvant peser jusqu'à 20kg et de tirer des chariots de 100kg, ce qu'il n'avait plus à faire en tant que manutentionnaire puisqu'il pouvait utiliser un élévateur. Elle s'est par ailleurs référée à l'avis du Dr E_____ et a fait valoir que l'avis du Dr E_____, médecin traitant, reposait surtout sur les plaintes subjectives de son patient. En définitive, la défenderesse estime que, du point de vue somatique, il n'y avait pas de contre-indication à la reprise d'une activité dès le mois d'août 2004 et que c'est donc à juste titre qu'elle a mis un terme à ses prestations. Elle a par ailleurs émis l'opinion que la mise en œuvre d'une nouvelle expertise n'était pas nécessaire.

33. Par courrier du 16 juin 2006, le conseil du demandeur a persisté dans ses conclusions. Il a par ailleurs sollicité du tribunal que l'Association des médecins de Genève et la Commission de surveillance des professions de la santé soient interrogées sur le point de savoir si le Dr E_____ avait fait l'objet d'une procédure devant leur autorité, si des sanctions avaient été prises et pour quels motifs, alléguant que cette question a une pertinence dans la mesure où, si une procédure a été conduite à l'encontre de ce praticien, il se pourrait qu'elle ait pour objet d'apprécier ses qualités professionnelles, notamment d'expert.

34. Par courrier du 12 juillet 2006, le tribunal de céans a répondu au conseil du demandeur qu'en l'état, il n'avait aucune raison de s'adresser à l'AMG et à la Commission de surveillance des professions de la santé concernant le Dr E_____ mais que le rapport d'expertise de ce dernier serait bien entendu apprécié compte tenu des critères posés par la jurisprudence en matière de valeur probante.

35. Après communication des derniers courriers, 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 1er 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 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. L'art. 56V al. 1 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ ; E 2 05) – entré en vigueur le 1er août 2003 – confère au Tribunal cantonal des assurances sociales la compétence de connaître, en instance unique, des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale prévue par la LAMal et à l'assurance-accidents obligatoire prévue par la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA ; RS 832.20).

   Ainsi que cela ressort de la lecture des travaux préparatoires, cette réforme vise à améliorer la situation des assurés qui, en cas de litige avec un assureur privé portant sur des prestations complémentaires à l'assurance-maladie obligatoire ou à l'assurance-accidents obligatoire, peuvent désormais saisir le tribunal des assurances (cf. Mémorial du Grand Conseil 2001-2002, p. 98, relatif à l'art. 56G al. 1 let. g du projet de loi PL 8636, devenu l'art. 56V al. 1 let. c LOJ).

   Le Tribunal cantonal des assurances sociales est ainsi désormais saisi de l'ensemble du contentieux en matière d'assurances complémentaires privées, tant dans le domaine de l'assurance-maladie que dans celui de l'assurance-accidents.

   En l'espèce, l'assurance en cause étant une assurance complémentaire soumise à la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (LCA), la compétence du TCAS pour juger du cas d'espèce est établie.

3. L'assuré doit saisir directement l'autorité judiciaire, par la 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, 1ère 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. 47 al. 2 in fine de la loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées du 23 juin 1978 – LSA).

   En l'espèce, interjetée devant la juridiction compétente le 26 octobre 2005 pour des prestations litigieuses dès le 1er juin 2005, la demande a été déposée en temps voulu.

4. En l'occurrence, il convient de déterminer si la défenderesse est tenue de verser les prestations que lui réclame le demandeur, à savoir des indemnités journalières correspondant à une totale incapacité de travail au-delà du 31 mai 2005.

5. Selon l'art. 71 al. 1 LAMAL, lorsqu'un assureur sort de l'assurance collective parce qu'il cesse d'appartenir au cercle des assurés défini par le contrat ou parce que le contrat est résilié, il a le droit de passer dans l'assurance individuelle de l'assureur.

   En l'occurrence, le contrat de travail du demandeur a été résilié avec effet au 31 mai 2005. A compter de cette date, conformément à la loi et à l'art. 39 des conditions générales d'assurance régissant l'assurance collective indemnités journalières selon la LCA de SWICA (CGA, édition 1998), la couverture d'assurance du demandeur a pris fin compte tenu, vu son départ de l'entreprise assurée. Il s'ensuit que le droit des indemnités journalières que le demandeur fait valoir est fondé non plus sur le contrat collectif conclu par son ancien employeur - éteint de plein droit le 31 mai 2005-, mais sur le contrat d'assurance individuelle qui lui a succédé.

6. Selon l'art. 9 des conditions spéciales pour l'assurance d'indemnités journalières SALARIA (CSA), est réputée incapacité de travail toute perte, totale ou partielle, d'aptitude de l'intéressé à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique ou mentale. En cas d'incapacité de travail de plus de trois mois, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité (art. 9). L'art. 22 al. 2 LSA prévoit que SWICA peut demander un examen par un médecin qu'elle désigne.

   Cette définition rejoint celle que pose la jurisprudence, puisque selon cette dernière, (ATF 129 V 53 consid. 1.1 et les références), est considéré comme incapable de travailler l'assuré qui, à la suite d'une atteinte à la santé, ne peut plus exercer son activité habituelle ou ne peut l'exercer que d'une manière limitée ou encore avec le risque d'aggraver son état. Pour déterminer le taux de l'incapacité de travail, il faut établir dans quelle mesure l'assuré ne peut plus, en raison de l'atteinte à la santé, exercer son activité antérieure, compte tenu de sa productivité effective et de l'effort que l'on peut raisonnablement exiger de lui.

   En cas d'incapacité de travail de longue durée, on peut raisonnablement exiger de l'assuré, conformément à son obligation de diminuer le dommage - qui est un principe général du droit des assurances sociales (ATF 129 V 463 consid. 4.2, 123 V 233 consid. 3c, 117 V 278 consid. 2b, 400 et les arrêts cités; RIEMER-KAFKA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung, Fribourg 1999, p. 57, 551 et 572, voir aussi p. 277 s. en ce qui concerne le droit à l'indemnité journalière dans l'assurance-maladie; LANDOLT, Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, thèse Zurich 1995, p. 61), qu'il utilise sa capacité de travail résiduelle dans un autre secteur d'activité professionnelle, à condition qu'un

laps de temps suffisant lui soit imparti pour lui permettre de retrouver un emploi adapté à son état de santé. La jurisprudence considère comme approprié un temps d'adaptation compris entre trois et cinq mois, tel qu'il découle de la pratique (ATF 127 III 106 consid. 4c; ATF 111 V 239 consid. 2a; RAMA 2000 n° KV 112 p. 123 consid. 3a). A l'issue du délai, le droit à l'indemnité journalière, cas échéant réduite, dépend de l'existence d'une perte de gain éventuelle imputable au risque assuré, qui se détermine par la différence entre le revenu qui pourrait être obtenu sans la survenance de l'éventualité assurée dans la profession exercée jusque là et le revenu qui est obtenu ou pourrait raisonnablement être réalisé dans la nouvelle profession (ATF 114 V 286 consid. 3c in fine; ATFA non publié du 21 août 2001, K 191/00). La perte de gain chiffrée en pourcent donne ainsi le taux de l'incapacité de travail résiduelle (à propos de l'art. 6 deuxième phrase LPGA, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, Zurich 2003, Art. 6 LPGA, ch. 7 n° 14 p. 89).

7. En l'espèce, le demandeur a fait l'objet d'une expertise approfondie par le Dr E_____, lequel est parvenu à la conclusion que l'incapacité de travail n'était plus justifiée sur le plan purement psychiatrique et que l'assuré était capable d'assurer son ancienne profession à plein temps, sous réserve toutefois que son emploi de magasinier ne nécessite pas trop d'efforts physiques.

   Contrairement à ce qu'allègue le demandeur, une pleine valeur probante peut être reconnue au rapport d'expertise du Dr E_____. En effet, le juge peut accorder pleine valeur probante aux rapports et expertises établis par les médecins des assureurs aussi longtemps que ceux-ci aboutissent à des résultats convaincants, que leurs conclusions soient sérieusement motivées, que ces avis ne contiennent pas de contradictions et qu'aucun indice concret ne permette de mettre en cause leur bien-fondé. Ainsi, le simple fait que le médecin consulté est lié à l'assureur par un rapport de travail ne permet pas encore de douter de l'objectivité de son appréciation ni de soupçonner une prévention à l'égard de l'assuré. Ce n'est qu'en présence de circonstances particulières que les doutes au sujet de l'impartialité d'une appréciation peuvent être considérés comme objectivement fondés (ATF 125 V 353 consid. 3b/ee, ATFA non publié du 13 mars 2000, I 592/99, consid. b/ee).

   Or, en l'occurrence, il n'existe pas de circonstance suffisante pour douter de l'impartialité de l'expert. Le rapport de ce dernier repose sur une étude approfondie du dossier, fait état des plaintes du demandeur, expose les conclusions de l'expert et la manière dont il y est parvenu de manière convaincante. Au surplus, les conclusions de l'expertise quant à la capacité de travail de l'assuré sont corroborées par un certain nombre d'autres documents médicaux versés au dossier : tout comme le Dr E_____, le Dr H_____ conclut à la capacité de l'assuré d'exercer à plein temps une activité professionnelle n'impliquant pas de surcharge ou d'efforts physiques de type statique important, conclusion partagée par le Dr I_____.

De même, le Dr F_____, entendu à titre de témoin, s'il a indiqué qu'une activité de magasinier ne lui semblait pas adaptée, a estimé que sur le plan somatique, une activité restait cependant possible. En définitive, seul le Dr E_____, médecin traitant psychiatre de l'assuré, a conclu à une totale incapacité de travail dans toute profession et ce, pour des raisons psychiques. Cependant, il est à relever que le Dr E_____ a également conclu à l'existence d'un trouble somatoforme douloureux, lequel ne peut, en soi, être considéré comme invalidant. Ainsi, à l'exception du Dr E_____, il apparaît que tous les médecins concernés concluent à la capacité du demandeur à exercer une activité professionnelle adaptée à son état de santé. Or, l'activité de magasinier, dans la mesure où elle implique précisément des efforts importants ne peut être qualifiée comme telle.

Dès lors, le courrier du 26 mai 2005 par lequel la défenderesse informait le demandeur qu'elle le considérait à nouveau apte au travail à 100% et l'invitait à s'annoncer auprès de l'assurance chômage se justifiait.

En revanche, la décision de mettre un terme au versement des prestations le 31 mai 2005 déjà ne l'était pas, dans la mesure où le demandeur aurait dû se voir accorder un délai de trois à cinq mois pour lui permettre de retrouver un emploi adapté à son état de santé. L'argument selon lequel son emploi était adapté à sa condition physique puisque, durant les huit derniers mois durant lesquels il a travaillé pour son employeur, il a été manutentionnaire d'élévateur, n'est pas pertinent puisque, quoi qu'il en soit, son contrat de travail a été résilié pour le 31 mai 2005 et qu'il devait donc de toute manière retrouver un autre emploi.

En conséquence, il n'aurait dû être mis un terme au versement des indemnités journalières qu'en date du 31 août 2005 au plus tôt, voire du 31 octobre 2005. Sur ce point, la demande est admise en ce sens que le demandeur doit se voir reconnaître un droit à des indemnités journalières supplémentaires jusqu'au 30 septembre 2005 (moyen terme entre le 31 août et le 31 octobre 2005).

8. En ce qui concerne le paiement de dommages et intérêts relatifs aux frais et honoraires avant procédure pour l'activité déployée par un conseil, ceux-ci sont dus par le débiteur en demeure, présumée fautive, sauf s'il prouve qu'il a personnellement exercé toute la diligence que son créancier était en droit d'attendre de lui en vue d'assurer l'exécution à l'échéance (art. 103 CO *cum* art. 100 LCA; ATAS/740/2005; THEVENOZ, Commentaire romand, n° 11 ad art. 103 CO;).

   Le débiteur en demeure pour le paiement d'une somme d'argent doit l'intérêt moratoire à 5% l'an dès le jour suivant la réception de l'interpellation du débiteur (art. 104 CO *cum* art. 100 LCA; THEVENOZ, op. cit., n° 9 ad art. 104 CO).

En l'espèce, c'est à tort que la défenderesse n'a pas imparti au demandeur un délai pour retrouver un emploi. Elle a ainsi mis prématurément un terme au versement de ses prestations. Sa demeure est par conséquent fautive.

Une copie de la demande en paiement a été adressée à la défenderesse le 27 octobre 2005. La notification ayant eu lieu vraisemblablement le lendemain, il s'ensuit que les intérêts moratoires courent dès le 28 octobre 2005.

La défenderesse sera par conséquent condamnée à payer les frais et dépens encourus par le demandeur avant la procédure, à concurrence de la somme de 2'000 fr., majorée d'un intérêt moratoire de 5% dès le 28 octobre 2005.

9. Enfin, le demandeur obtenant partiellement gain de cause, il a droit, conformément à l'art. 89H al. 3 de la LPA, à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens ainsi qu'à ceux de son mandataire, que le Tribunal de céans fixera à 1'000 fr.

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 la défenderesse à verser au demandeur des indemnités journalières pour la période du 1er juin au 30 septembre 2005, avec intérêts moratoires dès le 1er août 2005.

4. Condamne la défenderesse à verser au demandeur la somme de 2'000.- fr. avec intérêts moratoires dès le 28 octobre 2005 à titre d'indemnité pour les frais et dépens encourus avant procédure.

5. Condamne la défenderesse à verser au demandeur la somme de 1'000.- fr. à titre de participation à ses frais et dépens ainsi qu'à ceux de son mandataire.

6. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions.

7. Informe les parties que, s'agissant de la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 et dans les limites des articles 43 ss et 68 ss de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral dans les trente jours dès sa notification. Le mémoire de recours sera adressé en trois exemplaires au Tribunal cantonal des assurances, 18, rue du Mont-Blanc, 1201 Genève. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyen de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière — La Présidente :

Janine BOFFI — Karine STECK

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