

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4409/2010

ATAS/1066/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 3 novembre 2011

3^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur M _____, domicilié à Genève, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Mauro POGGIA

recourant

contre

CMBB/SKBH/CMEL, sise rue du Nord 5, Martigny

intimée

Siégeant : Karine STECK, Présidente; Violaine LANDRY-ORSAT et Christine LUZZATTO, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur M_____ (ci-après : l'assuré) a travaillé à compter du 5 avril 1994 en tant que maçon pour l'entreprise X_____ SA.
2. Au mois de juillet 2003, la SOCIETE SUISSE DES ENTREPRENEURS, section de Genève (ci-après : SSE-SG), a conclu un contrat-cadre d'assurance (ci-après : CCA) avec la CMBB ASSURANCE-MALADIE ET ACCIDENTS (ci-après : la CMBB) dont le siège est à Zurich et l'administration à Martigny. Ce contrat portait sur l'indemnité journalière selon la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) et prévoyait que les personnes assurées étaient les travailleurs de gros œuvre des entreprises ayant adhéré à l'assurance ; le contrat était valable du 1^{er} janvier au 31 décembre 2003 et renouvelable tacitement d'année en année.
3. Le 5 septembre 2005, l'assuré a été victime d'un accident de scooter alors qu'il rentrait de son travail, ce qui a eu pour conséquence un traumatisme crânien avec perte de connaissance, une commotion cérébrale et un état de stress post-traumatique. L'évolution a été marquée par le développement d'une symptomatologie atypique se caractérisant essentiellement par une anxiété et des manifestations somatiques anxieuses.
4. La CAISSE NATIONALE SUISSE EN CAS D'ACCIDENTS (Schweizerische Unfallversicherungsanstalt; ci-après : SUVA) a pris en charge le sinistre et a versé à l'assuré une indemnité journalière jusqu'au 28 février 2007, date au-delà de laquelle elle a considéré que les troubles n'étaient plus en relation de causalité adéquate avec l'accident (cf. décision sur opposition du 25 avril 2007).
5. Le 7 mars 2007, l'employeur a annoncé à la CMBB l'incapacité de travail de l'assuré pour maladie et accident en précisant que l'intéressé n'avait pas repris le travail, que son salaire horaire était de 28 fr. 30 et que s'y ajoutaient une indemnité pour vacances/jours fériés de 10.6 % et une gratification/treizième salaire de 8.3 %.
6. Par courrier du 16 mai 2007, la CMBB a informé l'assuré qu'elle le considérait apte à reprendre son activité professionnelle à 50% dès le 4 juin 2007, à 100% dès le 3 septembre 2007 et qu'elle lui verserait les indemnités journalières y relatives. Sa position se fondait sur les conclusions de l'expertise réalisée par la Dresse A_____, psychiatre et psychothérapeute FMH,
7. L'assuré ayant contesté ces conclusions, il s'en est suivi un échange de courriers entre les parties, au terme duquel la CMBB a accepté de renoncer à se prévaloir de la prescription jusqu'au 31 décembre 2009.

8. Le 30 avril 2008, la SEE-SG et la CMBB ont conclu un nouveau CCA relatif à l'indemnité journalière selon la LCA, valable du 1^{er} janvier au 31 décembre 2008 et renouvelable tacitement d'année en année.
9. Se basant sur les conclusions d'un rapport d'expertise du Dr B_____ daté du 18 octobre 2008 et concluant à une totale incapacité de travail depuis le 5 septembre 2005, l'OFFICE DE L'ASSURANCE-INVALIDITÉ DU CANTON DE GENÈVE (ci-après : OAI), par décision du 6 mars 2009, a reconnu à l'assuré le droit à une rente entière d'invalidité dès le 1^{er} septembre 2006. Le montant de cette rente a été fixé à 1'595 fr. par mois du 1^{er} janvier 2007 au 31 décembre 2008, celui des deux rentes complémentaires pour enfant à 638 fr. chacune (soit un montant mensuel total de 2'871 fr.).
10. Le 19 mars 2009, l'assuré a demandé à la CMBB de reconsidérer sa position au vu de celle de l'OAI et de lui verser des prestations avec effet rétroactif.
11. Par courrier du 14 juillet 2009, la CMBB a accepté d'indemniser la perte de gain pour cause de maladie de l'assuré pendant 720 jours - soit du 1^{er} mars 2007 au 23 février 2008 pour la première année et du 24 février 2008 au 17 février 2009 pour la deuxième année. Elle a fixé le montant de l'indemnité journalière à 146 fr. 41 du 1^{er} mars 2007 au 23 février 2008 (360 jours) ce qui représentait un montant de 52'707 fr. 60 dont elle a déduit celui correspondant aux indemnités déjà versées pour la période du 1^{er} mars au 2 septembre 2007 (soit 32'429 fr. 80), ce qui l'a conduite à un solde à verser de 20'277 fr. 80. La CMBB a encore déduit 33'858 fr. de ce montant pour tenir compte des rentes versées par l'assurance-invalidité pour la même période (31'581 [2'871 x 11 du 1.3.2007 au 31.1.2008] + 2'277 [2'871 : 29 jours x 23 jours du 1.2 au 23.2.2008]) et est arrivée à la conclusion que c'est l'assuré qui lui devait en définitive la somme de 1'428 fr. 20 dont elle a renoncé à réclamer le remboursement. La CMBB a expliqué qu'aucune prestation ne pouvait être allouée à l'assuré au-delà du 24 février 2008, la rente de l'assurance-invalidité étant nettement supérieure à l'indemnité à laquelle il pourrait prétendre. En effet, selon le contrat-cadre, lorsque les assurés bénéficiaient de pleines indemnités journalières de la SUVA pendant plus de 360 jours et que celle-ci mettait un terme à son intervention alors que l'incapacité de travail se poursuivait pour une cause liée au sinistre, mais assimilée à une maladie, ils pouvaient prétendre, pendant la première année, à 360 indemnités correspondant à 80% du salaire, puis à 360 indemnités de 20 fr.
12. D'une note téléphonique de la CMBB du 2 novembre 2009, il ressort des renseignements donnés par la Caisse de compensation de la SEE que, dès le 1^{er} octobre 2009, le temps de travail conventionnel dans les entreprises du gros œuvre s'est élevé à 2112 heures et non plus à 2179 heures.

13. Le 26 août 2009, l'assuré a demandé à la CMBB de lui verser le solde des indemnités journalières encore dues. Il a allégué que son salaire horaire aurait été de 28 fr. 30 en 2006, à raison de 45 heures par semaine, plus gratification de 8.3% et allocations familiales de 400 fr. par mois. Il en a tiré la conclusion que, pour la période du 1^{er} mars 2007 au 23 février 2008, son revenu aurait atteint à 66'222 fr. (28.30 x 45 x 52), plus 5'496 fr. de gratification et 4'800 fr. d'allocations familiales, soit 76'518 fr. En déduisant de ce montant les rentes de l'assurance-invalidité (33'858 fr.) et les indemnités déjà versées (20'277 fr. 80), il obtenait un solde en sa faveur de 22'382 fr. 20. Pour la seconde année, l'indemnité journalière de 20 fr. ajoutée aux prestations de l'assurance-invalidité ne couvrait pas le revenu dont il était privé en raison de son invalidité de sorte qu'il avait droit à ces indemnités à raison de 7'200 fr. (20 x 360).
14. Le 12 novembre 2009, la CMBB a répondu qu'en cas de cumul d'assurances, elle complétait les prestations des autres assureurs jusqu'à concurrence du montant de l'indemnité journalière due et non du revenu journalier. De plus, le salaire était calculé selon l'horaire de travail en vigueur et les allocations familiales n'étaient pas prises en compte.
15. Interpellée par l'assuré, la CMBB a refusé de renoncer une nouvelle fois à se prévaloir de la prescription par courrier du 24 décembre 2009.
16. Par courrier du 4 novembre 2010, l'assuré a informé la CMBB de son intention de saisir le Tribunal cantonal des assurances sociales (ci-après : TCAS) et lui a demandé une nouvelle fois d'accepter de renoncer à se prévaloir de la prescription jusqu'au 31 décembre 2012.
17. Le 24 décembre 2010, l'assuré a déposé une demande en paiement devant le TCAS, concluant au paiement de 29'582 fr. 80 avec intérêts 5% dès le 26 août 2009, sous suite de dépens. Le demandeur précise que le seul point litigieux porte sur le calcul des prestations à lui verser. Il reproche à la défenderesse de ne pas expliquer les raisons pour lesquelles elle refuse de lui verser le solde de 29'582 fr. 80 auquel il estime avoir droit et pour lequel il a engagé des poursuites contre elle (cf. état des poursuites contre la défenderesse établi par l'Office des poursuites n° 1 de Zurich en date du 3 janvier 2011, dont il ressort que le demandeur a requis, le 4 janvier 2010, une poursuite contre la CMBB pour un montant de 29'582 fr. 80).
18. Invitée à se déterminer, la défenderesse, dans sa réponse du 2 mars 2011, a conclu, principalement et sous suite de dépens, à l'irrecevabilité de la demande et, subsidiairement, à son rejet.

La défenderesse admet avoir renoncé à se prévaloir de la prescription jusqu'au 31 décembre 2009, date à laquelle elle soutient que la prescription a été acquise faute d'interruption avant le 4 janvier 2010.

Pour le reste, la défenderesse relève que, selon la réglementation prévue par le contrat-cadre, le salaire annuel de référence est de 66'802 fr. 45 (salaire horaire de 28 fr. 30 déclaré par l'employeur dans la déclaration de sinistre + 8.33% x 2179 heures correspondant à l'horaire conventionnel prévu pour les entreprises du gros œuvre). La défenderesse en tire la conclusion que le salaire journalier de l'assuré s'élevait à 183 fr. 02 (66'802.45 : 365), ce qui représente, à 80%, une somme de 146 fr. 41.

La défenderesse précise qu'elle a oublié de tenir compte du délai d'attente de deux jours ; le solde des indemnités journalières après déduction des versements intervenus du 1^{er} mars au 2 septembre 2007 s'élevait à 32'136 fr. 98, si bien qu'après déduction des rentes de l'assurance-invalidité pour la même période, le demandeur lui doit 2'315 fr. 02.

Enfin, elle souligne qu'en tout état de cause, l'assuré est sorti du cercle des assurés dès le 1^{er} octobre 2008, date à partir de laquelle il n'a plus compté au nombre des employés de l'entreprise X_____ SA ; dans la mesure où il n'a pas demandé son passage en couverture individuelle, son droit à des indemnités journalières a pris fin au 30 septembre 2008.

19. Le 31 mars 2011, le demandeur a répliqué avoir expédié une réquisition de poursuite le 29 décembre 2009 et a produit la quittance de la Poste y relative. Il soutient que, selon la jurisprudence, la réquisition de poursuite interrompt la prescription dès sa remise à la poste et que la prescription a dès lors été valablement interrompue.

Quant au calcul des indemnités journalières, le demandeur défend l'avis qu'il doit se baser sur son horaire effectif et non sur l'horaire conventionnel dès lors que les conditions générales de l'assurance collective d'une indemnité journalière selon la LCA (ci-après : CGA) faisant partie intégrante du contrat prévoient la prise en compte du nombre d'heures hebdomadaires.

Il reproche par ailleurs à la défenderesse de ne l'avoir informé de la possibilité de demander son passage dans l'assurance individuelle que le 28 novembre 2008 alors que, selon la loi sur la partie générale des assurances sociales (LPGA), l'assuré doit faire valoir son droit de passage dans les trois mois suivant la réception de la communication.

Le demandeur conteste toute obligation de rembourser les prestations éventuellement perçues en trop, alléguant qu'il était de bonne foi et qu'en outre, une restitution le mettrait dans une situation financière difficile. Il ajoute que la prétention en restitution pour les deux jours d'attente est en tous les cas prescrite puisque la défenderesse aurait pu se rendre compte de son erreur dès le versement des prestations, en avril 2007.

Pour le surplus, le demandeur persiste dans ses arguments et conclusions précédents.

20. Dans sa duplique du 20 avril 2011, la défenderesse a relevé que la LPGA ne s'appliquait pas aux litiges régis par la LCA.

La défenderesse ajoute que le contrat-cadre prime les CGA applicables. Or, s'agissant de la détermination du salaire assuré, lesdites CGA réservent expressément les dispositions contractuelles applicables. Or, le contrat-cadre retient un gain journalier correspondant à 1/365^{ème} du gain annuel établi en tenant compte de l'horaire conventionnel en vigueur durant la période d'indemnisation.

Enfin, le droit de passage dans l'assurance individuelle prévu par le contrat-cadre et les CGA s'éteint dès la fin des rapport de travail à défaut d'avoir été exercé dans un délai de 90 jours.

Finalement, la défenderesse persiste dans ses conclusions, notamment la prescription de la créance dès le 3 septembre 2007.

21. Le 28 avril 2011, la Chambre des assurances sociales, désormais compétente, a transmis cette écriture au demandeur et a gardé la cause à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, en instance unique, des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale prévue par la LAMal relevant de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, du 2 avril 1908 (loi sur le contrat d'assurance, LCA; RS 221.229.1).

Depuis le 1^{er} janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle a repris la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 26 septembre 2010).

L'assurance dont il est question ici est une assurance perte de gain en cas de maladie. L'indemnité journalière en cas de perte de gain est prévue dans le catalogue de l'assurance maladie facultative de sorte qu'il existe un lien matériel immédiat entre l'assurance en cause et l'assurance-maladie sociale (JdT 1999 III 106 consid. f), partant il s'agit d'une assurance complémentaire à l'assurance-maladie.

La compétence de la Cour de céans à raison de la matière pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. Selon le contrat-cadre d'assurance (ci-après : CCA) conclu entre la SSE-SG et la défenderesse, l'assurance est soumise à la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (ci-après LCA), ce que confirme l'art. 2 al. 3 des CGA (édition du 1^{er} septembre 2005).

La LCA a subi des modifications contenues dans la novelle du 17 décembre 2004 (FF 2003 3353) qui sont entrées en vigueur pour partie, le 1^{er} janvier 2006 et, pour une autre partie, le 1^{er} janvier 2007. La disposition transitoire contenue à l'art. 102 al. 4 LCA renvoie à l'art. 882a du Code des obligations (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse – CO; RS 220), qui a été remplacé par l'art. 1 al. 1 du Titre final du Code civil le 1^{er} janvier 1912 (ATF non publié 4A_579/2009 du 1^{er} février 2010 consid. 2.2). L'art. 1 al. 1 du Titre final instaure le principe de la non-rétroactivité des lois (cf. ATF 134 III 224 consid. 3.2.1 p. 230). Il s'ensuit que le contrat d'assurance litigieux, qui a été conclu en juillet 2003, est soumis à la LCA dans sa teneur antérieure au 1^{er} janvier 2006 (cf. ATF non publié 4A_261/2008 du 1^{er} octobre 2008 consid. 3.1) alors que celui qui a été conclu en avril 2008 est régi par la LCA dans sa teneur postérieure au 1^{er} janvier 2006, respectivement au 1^{er} janvier 2007.

3. L'art. 46a LCA prescrit que le for se définit selon la loi du 24 mars 2000 sur les fors (LFors) qui a été abrogée au 1^{er} janvier 2011 par l'entrée en vigueur du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC; RS 272). Toutefois, la demande ayant été introduite le 24 décembre 2010, en application de l'art. 404 CPC, la procédure reste régie par les dispositions légales en vigueur avant le 1^{er} janvier 2011, à savoir la LFors dont l'art. 3 let. b prescrit que le for est, pour les actions dirigées contre une personne morale, celui de son siège. Cependant, l'art. 29 al. 2 des CGA prévoit que, s'agissant du for, le preneur d'assurance ou l'ayant droit peut choisir soit les tribunaux de son domicile suisse, soit ceux du siège de l'assureur. Pour sa part, la CCA prévoit un for déterminant à Genève en cas de contestation au sujet de ce contrat-cadre (chapitre 14 CCA 2003 et chapitre 15, par. 2, CCA 2008). Une telle élection de for favorable à l'assuré est admise par l'art. 9 LFors et en remplit les conditions de validité de sorte que la Cour de céans est également compétente à raison du lieu pour connaître de la présente demande.
4. La loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance du 17 décembre 2004 (LSA) ne contient pas de règles spécifiques concernant les délais relatifs aux contestations de droit privé qui s'élèvent entre les entreprises d'assurance et les assurés. La présente demande est donc également recevable à la forme
5. Le litige concerne le calcul de l'indemnité journalière revenant au demandeur du 3 septembre 2007 au 23 février 2009 ; la valeur litigieuse s'élève à 29'582 fr. 80 (ATF non publié 4D_5/2009 du 26 janvier 2009).

6. L'employeur en tant que preneur d'assurance et la défenderesse en qualité d'assureur ont conclu un contrat collectif d'indemnités journalières selon la LCA. Par cette convention, le demandeur était couvert contre le risque de perte de gain due à la maladie. Il s'agit d'une assurance au profit de tiers (cf. art. 18 al. 3 LCA), qui confère un droit propre au bénéficiaire (i.e. le travailleur) contre l'assureur en vertu de l'art. 87 LCA (ATF non publié 4A_179/2007 du 12 septembre 2007, consid. 4.2).

Par conséquent, le demandeur possède la légitimation active pour agir contre la défenderesse (cf. ATF non publié 5C.42/2005 du 21 avril 2005, consid. 3).

7. Pour les contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal, les cantons prévoient une procédure simple et rapide dans laquelle le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves (art. 85 al. 2 LSA). En introduisant cet allègement de procédure, le législateur s'est inspiré des dispositions de droit fédéral motivées par des buts de politique sociale en matière de baux à loyer (art. 274d CO), de baux à ferme (art. 301 CO) et de contrats de travail (art. 343 CO; ATF 127 III 421 consid. 2 et les références). Selon la jurisprudence rendue en matière de contrat de travail et de bail, le juge doit établir d'office les faits, mais les parties sont tenues de lui présenter toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige. Ce principe n'est pas une maxime officielle absolue, mais une maxime inquisitoire sociale. Le juge ne doit pas instruire d'office le litige lorsqu'une partie renonce à expliquer sa position. En revanche, il doit interroger les parties et les informer de leur devoir de collaboration et de production des pièces; il est tenu de s'assurer que les allégations et offres de preuves sont complètes uniquement lorsqu'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. L'initiative du juge ne va pas au-delà de l'invitation faite aux parties de mentionner leurs moyens de preuve et de les présenter. La maxime inquisitoire sociale ne permet pas d'étendre à bien plaire l'administration des preuves et de recueillir toutes les preuves possibles (ATF 125 III 231 consid. 4a).

En vertu de l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. En conséquence, la partie qui fait valoir un droit doit prouver les faits fondant ce dernier, tandis que le fardeau de la preuve relatif aux faits supprimant le droit, respectivement l'empêchant, incombe à la partie, qui affirme la perte du droit ou qui conteste son existence ou son étendue. Cette règle de base peut être remplacée par des dispositions légales de fardeau de la preuve divergentes et doit être concrétisée dans des cas particuliers (ATF 128 III 271 consid. 2a/aa avec références). Elle s'applique également dans le domaine des contrats d'assurance (ATF 130 III 321 consid. 3.1).

Le principe de la libre appréciation des preuves signifie que le juge apprécie librement les preuves, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Dès lors, le juge doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis dé-

cider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux (ATF non publié 4A_253/2007 du 13 novembre 2007, consid. 4.2).

8. Il convient tout d'abord de se pencher sur la question de savoir si le droit aux prestations est bel et bien prescrit, ainsi que le soutient la défenderesse.

Aux termes de l'art. 46 al. 1 LCA, les créances dérivant du contrat d'assurance se prescrivent par deux ans à dater du fait d'où naît l'obligation. Comme toute prescription, celle de l'art. 46 LCA peut être interrompue lorsque le débiteur reconnaît la dette (art. 135 ch. 1 CO) ou lorsque le créancier fait valoir ses droits par l'une des voies énumérées par l'art. 135 ch. 2 CO, notamment par des poursuites, par une requête de conciliation, par une action ou une exception devant un tribunal (cf. ATF 118 II 447 consid. 4c). La prescription est notamment interrompue, avec pour effet qu'un nouveau délai commence à courir dès l'interruption (art. 137 al. 1 CO), lorsque le créancier fait valoir ses droits par une action devant un tribunal. Conformément à l'art. 138 al. 1 CO, elle est ensuite interrompue et recommence à courir, durant l'instance, à compter de chaque acte judiciaire des parties et de chaque ordonnance ou décision du juge (ATF 133 III 675 consid. 2.3.1). De plus, l'art. 27 CGA précise que les créances dérivant du contrat d'assurance se prescrivent par deux ans à compter du fait d'où naît l'obligation.

Selon une jurisprudence ancienne et constante (ATF 104 III 20 consid. 2, 101 II 80, 57 II 463 consid. 2 ; ATF non publié 5P.305/200 du 17 novembre 2000, consid. 3b), pour que la prescription soit interrompue au sens de l'art. 135 ch. 2 CO, il suffit de déposer une réquisition de poursuite remplissant les conditions essentielles exigées par la loi sur la poursuite pour dettes et faillite, sans qu'il soit nécessaire que le commandement de payer soit notifié.

En l'espèce, en procédant par réquisition de poursuite déposée au guichet de la poste le 29 décembre 2009, puis par demande en paiement expédiée le 24 décembre 2010, le demandeur a interrompu le délai de prescription de deux ans de sorte que sa prétention n'est pas prescrite. Par conséquent, l'exception de prescription soulevée par la défenderesse, qui relève du droit matériel fédéral et non de la procédure, doit être rejetée (cf. ATF 118 II 447 consid. 1a et b; ATF non publié 4C.314/2003 du 9 mars 2004, consid. 2.1).

9. Dans un premier grief, le demandeur conteste la fixation de l'indemnité journalière à 146 fr. 41 pour la première année d'indemnisation (du 1^{er} mars 2007 au 23 février 2008). Bien que les parties s'accordent sur le salaire horaire de 28 fr. 30 plus treizième salaire/gratification de 8.3%, le demandeur prétend que l'indemnité journalière doit être calculée en fonction de son horaire de travail réel (45 h./sem.) et des allocations familiales (400 fr./mois). La défenderesse soutient quant à elle que l'indemnité journalière doit être calculée d'après l'horaire conventionnel (2179 heures) et sans prendre en compte les allocations familiales.

En matière d'assurances complémentaires, les parties sont liées par l'accord qu'elles ont conclu dans les limites de la loi, les caisses-maladie pouvant en principe édicter librement les dispositions statutaires ou réglementaires dans les branches d'assurances complémentaires qui relèvent de la liberté contractuelle des parties hormis quelques dispositions impératives en matière d'indemnité journalière (ATF 124 V 201 consid. 3d; ATAS/1104/2006). La LCA ne contient pas de règle d'interprétation des contrats. Comme l'art. 100 LCA renvoie au CO pour tout ce qu'elle ne règle pas elle-même, la jurisprudence en matière de contrats est applicable. D'après celle-ci, les conditions générales font partie intégrante du contrat. Les dispositions contractuelles préformulées sont en principe interprétées selon les mêmes règles que les clauses contractuelles rédigées individuellement (ATF 133 III 675 consid. 3.3, ATF 122 III 118 consid. 2a, ATF 117 II 609 consid. 6c). Ainsi, en l'absence d'indices contraires, les termes utilisés par les parties sont censés employés dans leur sens habituel (ATF 118 II 342 consid. 1a; ATF 116 II 345 consid. 2b; ATF 104 II 281 consid. 2 et les arrêts cités). En outre, il est exclu d'interpréter de manière isolée les divers éléments du contrat; chaque clause contractuelle doit être interprétée à partir du contrat dans son ensemble (ATF 117 II 609 consid. 6c/bb). Partant, lorsque les parties, dans le contrat d'assurance ou dans les conditions générales d'assurance qui en font partie intégrante, ont convenu de la définition à donner à un terme, c'est cette définition conventionnelle qui fait foi (ATF non publié 5C.44/2004 du 21 mai 2004, consid. 2.1).

A titre préalable, il convient de déterminer quel est le CCA applicable puisque le droit à l'indemnité journalière persiste après le 1^{er} janvier 2008, soit après l'entrée en vigueur du CCA d'avril 2008.

Selon le CCA 2008, chaque personne à assurer et au bénéfice d'un contrat de travail qui, au jour du début effectif des rapports de travail ou lors de l'entrée en vigueur de la police, est totalement ou partiellement incapable de travailler pour cause de maladie ou accident, ou a fait une demande de prestations d'assurances sociales en raison de son état de santé, ou est devenue invalide à la suite d'activités précédentes, n'entre au bénéfice de l'assurance qu'après avoir recouvert son entière capacité de travail et dès la date de début de la couverture confirmée par écrit par CMBB (chapitre 2).

Etant donné que, lors de l'entrée en vigueur de la police, le 1^{er} janvier 2008, le demandeur se trouvait dans l'incapacité totale de travailler et avait déposé une demande de rente auprès de l'OAI, il n'a pas pu être assuré par le nouveau CCA, de sorte que sa situation ne pouvait être régie que par le CCA de 2003, seul applicable.

Selon le CCA, les CGA et règlements de l'assureur font partie intégrante de cette convention et leurs dispositions déploient leur effet pour tout ce qui ne serait pas expressément réglementé dans la convention (chapitre 13, par. 1). Par conséquent, selon le texte clair du CCA et contrairement à ce que soutient le demandeur, les rè-

gles applicables à la solution du présent litige ressortent en tout premier lieu du CCA et subsidiairement des CGA, lorsque ce dernier ne règle pas expressément la question litigieuse.

L'indemnité journalière correspond à 80% du salaire (13^{ème} salaire conventionnel compris) sans suppléments divers et sans heures supplémentaires. Le délai d'attente par cas de maladie est de deux jours complets de perte effective, sauf en cas d'hospitalisation (chapitre 4). L'indemnité journalière est calculée sur la base d'un gain journalier correspondant à 1/365^{ème} du gain annuel, en tenant compte de l'horaire conventionnel en vigueur durant la période d'indemnisation. Les cas d'horaires spéciaux sont réservés (chapitre 5, par. 1). Les indemnités journalières sont versées, sous déduction du délai d'attente, jusqu'à concurrence de 720 jours (les cas SUVA sont traités ci-dessous) de la façon suivante: les 360 premiers jours à 80% du salaire tel que défini sous chapitre 4, les 360 jours suivant à 60% du salaire tel que défini sous chapitre 4. Le montant total qui en résulte correspond à la somme totale assurée. A partir du 361^{ème} jour, le droit aux prestations est limité comme ci-dessus. Les assurés bénéficiaires des pleines indemnités de perte de gain de la SUVA, depuis plus de 360 jours, pour lesquels cette dernière met un terme à son intervention et dont l'incapacité de travail se poursuit, pour une cause liée au sinistre, mais assimilée à une maladie, peuvent prétendre aux prestations durant 720 jours correspondant à 360 indemnités égales à 80% du salaire assuré, durant la première période et à 360 indemnités à 20 fr., durant la deuxième période (chapitre 7).

Il ressort de ces diverses dispositions du CCA que les 360 premières indemnités journalières correspondent à 80% du salaire journalier y compris le 13^{ème} salaire, calculé sur la base de l'horaire conventionnel en vigueur durant la période d'indemnisation, sans suppléments divers.

Ces prescriptions sont claires de sorte qu'elles n'ont pas besoin d'être interprétées. De plus, elles décrivent précisément la méthode de calcul de l'indemnité journalière, notamment la manière dont s'établit le gain journalier, de sorte qu'il n'y a pas lieu, à titre subsidiaire, de rechercher ce que les CGA prévoient à ce sujet, contrairement à ce que soutient le demandeur. Il est encore moins utile d'interpréter ces règles au regard des CGA puisque celles-ci ne servent qu'à compléter le CCA pour tout ce qui n'est pas réglé expressément par celui-ci, alors que précisément le CCA est complet sur la question du calcul de l'indemnité journalière.

Étant donné que les allocations familiales ne font pas partie du salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS (cf. art. 6 al. 2 let. f RAVS), mais sont des allocations qui sont sans rapport avec le salaire, c'est à juste titre que la défenderesse ne les a pas prises en considération pour calculer le montant de l'indemnité journalière. En effet, le chapitre 4 du CCA exclut de tenir compte des heures supplémentaires et des autres suppléments habituels, au contraire de l'art. 5 al. 2 LAVS qui considère comme revenu d'une activité lucrative non seulement les rétributions versées pour

un travail effectué, mais en principe toute indemnité ou prestation ayant une relation quelconque avec les rapports de service, dans la mesure où ces prestations ne sont pas franches de cotisations en vertu de prescriptions légales expressément formulées (ATF 126 V 221 consid. 4a, 124 V 101 consid. 2 et la jurisprudence citée). Par conséquent, le CCA définit la notion de salaire déterminant plus restrictivement que la LAVS de laquelle est exclue de toute façon les allocations familiales. Quoiqu'il en soit, l'allocation familiale n'est en aucun cas versée par l'employeur au moyen de ses propres deniers mais par les caisses d'allocations familiales. Dès lors, même si l'on admettait que la défenderesse se substitue à l'employeur quand elle verse l'indemnité journalière, cela ne signifierait pas davantage qu'elle serait tenue de verser, en sus, les allocations familiales (cf. ATFA non publié C 326/01 du 19 avril 2002, consid. 2e)

L'horaire conventionnel étant de 2179 heures dans le gros œuvre et le salaire horaire du demandeur de 28 fr. 30 + 8,33% de treizième salaire/gratification, le gain annuel s'élève à 66'802 fr. 45 ($28.30 \times 2179 = 61'665.70 \times 8.33\%$). Par conséquent, l'indemnité journalière doit être fixée à 146 fr. 42 ($66'802.45 : 365 = 183.02 \times 80\%$), ce qui représente un montant de 52'711 fr. 20 pour la période du 1^{er} mars 2007 au 23 février 2008 (146.42×360) duquel il faut déduire 292 fr. 84 pour tenir compte du délai d'attente de deux jours, ce qui conduit à un montant de 52'418 fr. 35.

La défenderesse a arrondi l'indemnité journalière de 146 fr. 416 à 146 fr. 41, ce qui est contraire aux règles mathématique qui préconisent d'arrondir à l'unité supérieure, soit à 146 fr. 42. Toutefois, cette inexactitude n'a aucune incidence sur le droit aux indemnités journalières du demandeur pour la première année d'indemnisation puisqu'elle est compensée par le fait que la défenderesse a omis de tenir compte du délai d'attente de deux jours.

Etant donné que le demandeur ne conteste pas que la défenderesse lui a déjà versé des indemnités journalières à raison de 20'277 fr. 80 pour la période du 1^{er} mars au 2 septembre 2007 et qu'il y a lieu de déduire les rentes de l'assurance-invalidité versées pour la même période à raison de 33'858 fr., la Cour de céans confirme que la défenderesse a versé 1'717 fr. 45 d'indemnités journalières en trop et prend note que celle-ci renonce à en demander la restitution au demandeur. Par conséquent, les griefs que celui-ci formule à ce sujet sont sans objet et ne seront pas examinés, ce d'autant plus que la LPGA ne trouve pas application dans les cas de demande de restitution concernant l'indemnité journalière régie par la LCA.

10. Dans un deuxième grief, le demandeur soutient avoir droit à l'indemnité journalière de 20 fr. pour la deuxième année au motif que cette indemnité ajoutée aux prestations versées par l'assurance-invalidité ne couvre pas le revenu dont il était privé.

Selon le CCA, si l'assuré a également droit à des prestations d'assurances fédérales ou d'assurances d'entreprises, ou qu'un tiers responsable l'a indemnisé, l'assureur complète ces prestations jusqu'à concurrence du montant de l'indemnité journalière à laquelle a droit l'assuré (chapitre 8, phrase 1).

A nouveau, cette disposition est parfaitement claire et ne nécessite aucune interprétation. Par conséquent, contrairement à ce que soutient le demandeur, en cas de cumul avec des prestations d'assurances sociales telle qu'une rente de l'assurance-invalidité, la défenderesse complète ladite rente jusqu'à concurrence du montant de l'indemnité journalière (cf. ATF 133 III 527 consid. 3.3.2 concernant une réglementation identique).

En l'espèce, la défenderesse ne pourrait compléter la rente d'invalidité que si elle était inférieure à 600 fr. par mois (20 fr. x 30), ce qui est loin d'être le cas puisque la rente mensuelle entière, sans tenir compte des rentes pour enfant, s'élève à 1'595 fr. Aussi est-ce à juste titre que la défenderesse a nié le droit du demandeur au versement d'une indemnité journalière pour la période du 24 février 2008 au 23 février 2009 sans qu'il soit utile d'examiner si la couverture d'assurance a effectivement pris fin au 30 septembre 2008.

11. Au vu de ce qui précède, la demande doit être entièrement rejetée. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 89H al. 1 LPA).

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. La rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Conformément aux art. 72ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile (Tribunal fédéral suisse, avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14). Lorsque la valeur litigieuse minimale de 30'000 francs n'est pas atteinte, le recours n'est recevable que si la contestation soulève une question juridique de principe (art. 74 al. 2 let. a 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'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoqués comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La valeur litigieuse des conclusions pécuniaires est en l'espèce, au sens de la LTF, inférieure à 30'000 fr.

La greffière

La présidente

Marie-Catherine SECHAUD

Karine STECK

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) par le greffe le