REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3363/2005 **ATAS/1168/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 25 octobre 2007

En la cause

Monsieur S_____, domicilié , GAILLARD (F), comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Eric MAUGUE — recourant

contre

CSS ASSURANCE, sise rue Haldimand 17, LAUSANNE — intimée

Siégeant : Karine STECK, Présidente, Christine KOEPPEL et Olivier LEVY, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur S_____ (ci-après: l'assuré), né le 1971, a été engagé en qualité de maçon par l'entreprise X_____ SA, en date du 24 janvier 2000. A ce titre, il était affilié à l'assurance collective d'indemnités journalières pour maladie contractée par son employeur auprès de CSS ASSURANCE (ci-après: CSS ou l'assureur).
2. Souffrant de lombalgies, l'assuré a été mis en arrêt de travail à 100% dès le 18 mars 2004. Des indemnités journalières lui ont été servies dès cette date et ce, jusqu'au 27 mars 2004.

3. Après une tentative de reprise de travail, l'assuré a présenté une incapacité de travail entière à partir du 12 mai 2004.

4. Interpellé par l'assureur, le Dr A_____, médecin généraliste traitant à Annemasse (F), a attesté, en date du 2 août 2004, que son patient était dans l'incapacité totale de travailler pour une durée indéterminée et ce, à compter du 28 mai 2004, en raison d'une discopathie L4 - L5 et d'une hernie discale L5 - S1. A la question de savoir quelles investigations ou/et thérapies étaient nécessaires pour réduire aussi rapidement que possible l'incapacité de travail, le médecin traitant a suggéré que son patient change d'activité, la sienne n'étant pas adaptée à son état de santé ; il a également préconisé la mise sur pied d'une expertise.

5. Par courrier du 3 août 2004, la CSS a fait savoir à l'assuré que selon les investigations effectuées par son médecin-conseil, il n'était pas censé recouvrer, à long terme, une capacité de travail de 100%. En mettant à profit sa capacité de travail résiduelle pour effectuer des tâches adaptées, plus faciles, au besoin dans une branche professionnelle différente, sa capacité de travail pouvait en revanche atteindre plus de 50%. L'indemnité journalière à 100% lui serait par conséquent versée jusqu'au 31 octobre 2004 au plus tard, l'assuré devant dans ce laps de temps rechercher un poste de travail adapté, voire s'adresser à l'assurance-chômage ou à l'assurance-invalidité.

6. Le 12 septembre 2004, l'assuré a déposé une demande de mesures professionnelles et de rente auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : l'OCAI).

7. Suite à l'intervention du Syndicat interprofessionnel de travailleuses et de travailleurs (SIT), l'assureur a accepté, en date du 15 septembre 2004, de prolonger le versement des indemnités journalières à l'assuré jusqu'au 30 novembre 2004.

8. Représenté par le SIT, l'assuré a exposé à la CSS, en date du 11 octobre 2004, que selon une évaluation effectuée par le Dr B_____, neurochirurgien, il pourrait reprendre une activité normale dans un délai d'environ trois mois. Cette appréciation contredisait les investigations médicales effectuées par l'assureur.

Partant, la décision de cesser le versement de prestations devenait caduque. Le certificat médical du 21 septembre 2004, établi par le Dr B_____, neurochirurgien à Argonay (F), joint à cette correspondance, précisait que l'état de santé de l'assuré était à l'heure actuelle incompatible avec la reprise de ses activités professionnelles. Le traitement médical dispensé était jugé satisfaisant mais incomplet. Selon le médecin, on pouvait prévoir, qu'à priori, l'incapacité de travail se poursuivrait encore durant trois mois mais que l'assuré pourrait reprendre ses activités normalement en cas de guérison.

9. Le 15 octobre 2004, la CSS a répondu qu'elle maintenait en l'état sa décision du 3 août 2004 ainsi que celle du 15 septembre 2004, étant donné que selon son médecin-conseil, le métier exercé par l'assuré n'était plus compatible avec sa maladie. Si toutefois l'assuré reprenait son activité le 1er janvier 2005, comme préconisé par le Dr B_____, l'indemnité journalière pourrait encore être versée en décembre 2004. En revanche, s'il n'y avait pas de reprise, cela prouverait l'incapacité de l'assuré à reprendre son ancienne profession et, partant, son obligation de chercher un autre emploi plus adapté à son état de santé.

10. En date du 3 décembre 2004, l'assuré a marqué son opposition quant à la décision de l'assureur de mettre un terme au versement de l'indemnité journalière au 30 novembre 2004. A cette occasion, il a sollicité le passage à l'assurance individuelle, dans l'hypothèse où les prestations en cours devraient cesser avec la fin des rapports de travail et a demandé un exemplaire des conditions générales d'assurance (CGA).

11. En date du 18 janvier 2005, l'employeur a résilié les rapports de travail avec effet au 31 mars 2005, alléguant qu'il n'était pas en mesure d'offrir à l'assuré une activité adaptée à son état de santé.

12. Représenté par Me MAUGUE, avocat, l'assuré a invité la CSS, en date du 19 janvier 2005, à reprendre le versement de l'indemnité journalière, dès lors que son état de santé n'était pas stabilisé, comme le confirmait le Dr. C_____, spécialiste FMH en médecine interne et maladies rhumatismales, dans un rapport daté du 7 décembre 2007.

    Selon le Dr C_____, l'assuré souffrait de douleurs lombaires basses à droite, de type mécanique, survenues le 17 mars 2004, après avoir soulevé, avec un collègue, une porte de coffrage de 30 à 40 kg. Les douleurs étaient apparues le lendemain, alors que l'assuré ne souffrait pas de lombalgies auparavant. Au titre de diagnostics, le médecin a retenu des troubles statiques et dégénératifs du rachis avec séquelles de maladie de Scheuermann, des discopathies étagées de L3 à S1, une arthrose postérieure L5-S1, angulation L5-S1, un canal lombaire étroit congénital, une hernie discale L5-S1 à droite, ainsi que des séquelles de syndrome radiculaire S1 droit avec abolition du réflexe achilléen droit, et dysfonction

D12 droit, L5-S1, sacro-iliaque des deux côtés et une tendinopathie du muscle pyramidal droit. En l'état, il a jugé que l'assuré était dans l'incapacité totale d'exercer son activité de maçon mais qu'il était difficile de retenir une incapacité définitive, son état n'étant pas encore stabilisé. Toutefois, l'allure des disques et des plateaux vertébraux et les douleurs lombaires faisaient planer un doute certain. Dans l'hypothèse où le travail de maçon ne serait plus envisageable, le médecin a suggéré que l'assuré devrait pouvoir bénéficier d'une reconversion professionnelle, rien ne laissant penser qu'à long terme, il serait incapable d'avoir une capacité normale dans une activité permettant des changements de position et le port de charges modérées. La mise en place d'une expertise lui paraissait nécessaire.

13. Le 4 février 2005, la CSS a fait savoir qu'elle avait soumis le rapport du Dr C_____ à son service médical. Ce dernier avait estimé qu'il n'y avait pas d'éléments nouveaux permettant de revenir sur la décision du 15 octobre 2004 puisque le Dr C_____ avait également émis l'opinion qu'il « serait judicieux que l'assuré trouve une activité adaptée à son état de santé ». Dans ces conditions, la CSS a invité l'assuré à lui faire savoir s'il avait repris son travail de maçon le 1er janvier 2005, étant précisé que, dans l'affirmative, l'indemnité journalière lui serait versée pour la période de décembre 2004.

14. Par courrier du 10 février 2005, le conseil de l'assuré a contesté l'appréciation de l'assureur. Il a contesté l'affirmation selon laquelle le Dr C_____ aurait indiqué « qu'il serait judicieux que l'assuré trouve une activité adaptée à son état de santé ». L'assuré a fait remarquer que, bien au contraire, le médecin avait fait état d'une incapacité de travail à 100% et avait affirmé qu'il était prématuré de décider si l'assuré pourrait poursuivre son activité de maçon ou pas, son état ne pouvant pas être considéré comme stabilisé. L'assuré étant toujours en arrêt de travail, l'assureur était invité à revenir sur sa position.

15. Le 24 février 2005, l'assureur a fait savoir qu'une expertise allait être mise en place, un examen par le Prof. D_____ de la Permanence d'Onex étant agendé au 1er mars 2005.

16. Le Prof. D_____, spécialiste FMH en médecine physique, rééducation et maladies rhumatismales, a examiné l'assuré en date des 1er et 8 mars 2007 et il a rendu son rapport le 9 mars 2007.

    L'expert a diagnostiqué des lombalgies sur troubles dégénératifs du rachis, avec une hernie discale L5-S1 médiane minime et un canal lombaire étroit congénital. En l'état, il a jugé que l'assuré était dans l'impossibilité d'accomplir son métier de maçon. Compte tenu des antécédents rachidiens du patient, il a suggéré qu'il serait peut-être utile que l'assuré consente à un reclassement professionnel lui évitant un travail aussi dur que celui se pratiquant sur les chantiers. Il a rapporté que l'assuré avait exprimé le souhait d'être grutier mais que la position assise pendant de

longues heures lui paraissait difficile à tenir dans les conditions actuelles. Selon l'expert, à plus long terme, il était possible que l'assuré puisse avoir une activité normale dans une activité permettant des changements de position et le port de charges modérées. Selon le Prof. D_____, l'assuré « serait cependant capable d'avoir une activité légère sans port de charges tel que celui d'un surveillant sur un chantier, à temps partiel par exemple ». Un reclassement professionnel devait lui permettre probablement de reprendre un travail dans de meilleurs conditions avec une capacité normale. Il était par ailleurs utile que l'assuré puisse revoir régulièrement le Dr E_____, neurochirurgien, pour évaluer l'évolution du canal étroit, qui pouvait être à l'origine des plaintes.

17. Par courrier du 10 juin 2005, l'assureur a communiqué à l'assuré l'expertise du Prof. D_____ et en a tiré la conclusion qu'elle confirmait que la reprise de l'ancienne activité n'était pas possible, alors que l'assuré présentait une capacité de travail de 50%, voire même de 75% dans une activité adaptée. L'assureur a retenu que si un reclassement avait été mis sur pied comme elle l'avait préconisé, l'assuré aurait déjà retrouvé une pleine et totale capacité de travail. La CSS a considéré que l'expertise confirmait sa décision du 15 septembre 2004, laquelle laissait à l'assuré un délai au 30 novembre 2004 pour se trouver une activité adaptée; partant, dès le 1er décembre 2004, l'assuré était totalement apte au travail.

18. Le conseil de l'assuré a répondu à la CSS, en date du 21 juin 2005, que compte tenu des conclusions de l'expertise du Prof. D_____, un délai de cinq mois à compter de la fin des rapports de travail aurait dû lui être accordé pour lui permettre de s'orienter vers une activité adaptée. Il en a tiré la conclusion que l'assureur était à tout le moins tenu de verser les indemnités journalières pour une incapacité complète de travail jusqu'au mois d'août 2005.

19. L'assureur ayant maintenu sa position, l'assuré a saisi, en date du 26 septembre 2005, le Tribunal cantonal des assurances sociales d'une demande en paiement tendant à faire condamner l'assureur au paiement d'une somme de 43'596 fr. avec intérêts à 5% à compter de la date moyenne du 29 avril 2005, avec suite de frais et dépens.

    L'assuré soutient qu'avant l'expertise du Prof. D_____, la CSS ne disposait d'aucun élément lui permettant de conclure à une capacité de travail entière de sa part. L'expert a en effet retenu une incapacité de travail complète dans l'activité de maçon. Quant à l'activité de surveillant de chantier évoquée, elle ne répond pas, selon l'assuré, à la définition d'activité lucrative acceptable selon les conditions générales d'assurance (CGA). Celles-ci stipulent en effet qu'il y a incapacité de travail « quand l'assuré est provisoirement ou durablement incapable d'exercer son métier ou une activité lucrative acceptable et que cette incapacité est médicalement attestée. Une autre activité est considérée comme acceptable si elle est adaptée aux connaissances, aux capacités, à la situation antérieure et à l'état de santé de

l'assuré ». Subsidiairement, l'assuré a demandé que soit pris en compte le fait qu'il a été employé jusqu'au 31 mars 2005, l'employeur n'ayant pas été en mesure de lui proposer une activité adaptée. Enfin, il soutient que le délai de trois à cinq mois fixé par la jurisprudence relative à l'obligation de diminuer le dommage n'a pu commencer à courir qu'à compter de la date à laquelle le rapport du Prof. D_____ a été émis.

20. La défenderesse a répondu en date du 20 décembre 2005.

Elle rappelle en premier lieu que son médecin-conseil a constaté en août 2004 déjà, qu'à long terme, le demandeur ne recouvrerait pas une pleine capacité de travail dans l'activité de maçon, une activité moins pénible étant en revanche possible. Selon la défenderesse, l'expertise du Prof. D_____ n'a fait que confirmer l'avis de son médecin-conseil. Elle soutient que, conformément à l'obligation de diminuer le dommage, il appartenait au demandeur de s'orienter vers une activité plus légère. Quant à l'argument de l'assuré selon lequel le délai de trois à cinq mois nécessaire pour une reconversion professionnelle ne pouvait débuter qu'à partir du moment où son employeur a eu connaissance des résultats de l'expertise du Prof. D_____, la défenderesse fait valoir qu'il doit être écarté dans la mesure où les conclusions de l'expert n'ont fait que confirmer l'avis de son médecin-conseil. La défenderesse a néanmoins accepté d'octroyer des indemnités journalières jusqu'au 31 janvier 2005, ce qui représente au total plus de cinq mois d'indemnités dès la décision de reclassement, soit deux mois supplémentaires. L'indemnité journalière se montant à 181 fr. 65, la défenderesse a proposé de verser à l'assuré un montant total de 11'262 fr. 30 (62 jours x 181 fr. 65).

21. Le demandeur a répliqué qu'en aucun cas le médecin-conseil de la défenderesse n'était fondé à soutenir, au mois d'août 2004, que l'assuré serait en mesure de reprendre une activité à compter du 31 octobre, respectivement du 30 novembre 2004, sur la base du rapport du Dr A_____. Il a rappelé que le Prof. D_____ a estimé en mars 2005 qu'une activité légère serait possible, à temps partiel. Il en tire la conclusion que l'incapacité de travail dans une activité acceptable au sens des CGA perdurait encore et ne pouvait prendre fin qu'à l'issue des mesures de réadaptation. Quant aux métiers de grutier ou conducteur d'engin de chantier, il a fait valoir qu'ils ne sont pas adaptés à son état de santé qui nécessite l'alternance des positions et l'absence de port de charges. Dès lors, le demandeur a amplifié ses conclusions et réclamé le paiement de la somme de 18'891 fr. 60 avec intérêts à 5% à compter de la date moyenne du 30 novembre 2005, l'indemnité journalière s'élevant à 145 fr. 32.

22. Dans sa duplique du 30 mars 2006, la défenderesse a maintenu que le demandeur n'a pas tout mis en œuvre pour initier rapidement un reclassement professionnel adapté à ses problèmes de dos alors que ceux-ci étaient connus depuis le mois de mars 2004.

Quant aux métiers de grutier ou de conducteur d'engin, la défenderesse soutient qu'ils ont été évoqués par le demandeur lors de l'examen par le Prof. D_____. Elle souligne que c'est le 19 décembre 2005, soit 21 mois après l'accident, que le demandeur a effectué son premier stage de réadaptation professionnelle au centre d'intégration professionnelle. Quant au stage en horlogerie auprès de l'entreprise X_____ à Plan-les-Ouates, la défenderesse a indiqué qu'elle ne possédait aucun renseignement supplémentaire et qu'elle ignorait également la date à laquelle le demandeur avait déposé sa demande de reclassement auprès de l'assurance-invalidité.

En tout état de cause, la défenderesse allègue que le contrat d'indemnités journalières collectif conclu par X_____ SA a cessé de couvrir le demandeur le 31 mars 2005, date à laquelle les rapports de travail ont pris fin. L'assuré n'ayant pas conclu un libre passage dans l'assurance d'indemnités journalières individuelle dans les trente jours dès la fin des rapports de travail, la défenderesse estime qu'elle n'est pas tenue de lui verser des prestations au-delà du 31 mars 2005 puisque l'intéressé est sorti du cercle des assurés à cette date, en application de l'art. 3.5 CGA. La défenderesse a ajouté que l'assuré, en tant que frontalier domicilié en France, n'y avait pas droit.

Enfin, la défenderesse a fait valoir qu'il y avait lieu de corriger le calcul du montant des prestations dues pour la période de décembre 2004 et janvier 2005, compte tenu d'une indemnité journalière de 145 fr. 31. Elle a accepté de verser un montant de 9'009 fr. 20 (62 jours x 145 fr. 31).

23. En date du 31 mars 2006, le Tribunal de céans a sollicité de l'OCAI la production du dossier de l'assuré. Il a également invité le demandeur à produire les pièces relatives à son reclassement.

24. Par courrier du 5 mai 2006, le demandeur a allégué avoir déposé sans délai une demande de prestations auprès de l'OCAI, soit le 14 septembre 2004, tendant prioritairement à l'octroi de mesures d'orientation professionnelle et de reclassement. Il a ajouté que le retard pris dans le traitement de son dossier par l'assurance-invalidité ne lui est en aucun cas imputable, l'OCAI ayant estimé nécessaire d'ordonner des mesures de réadaptation, partageant ainsi l'opinion du Prof. D_____.
Quant au passage dans l'assurance individuelle, le demandeur a indiqué en avoir fait expressément la demande, par courrier recommandé du 3 décembre 2004. Selon lui, la clause des CGA réservant ce passage aux assurés domiciliés en Suisse est clairement contraire au droit de l'Union européenne et à l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP).

S'agissant des activités de grutier ou de conducteur d'engins de chantier, il soutient qu'elles nécessitent une formation préalable.

Encore une fois, il a amplifié ses conclusions en demandant que la défenderesse soit condamnée à lui verser, en sus, un montant de 13'369 fr. 45 avec intérêts à 5% à compter de la date moyenne du 20 mars 2006.

25. Par écriture datée du 6 juin 2006, la défenderesse a fait savoir qu'elle avait pris connaissance du dossier AI de l'assuré. Il en ressortait que le demandeur, nonobstant sa discopathie et une hernie discale, disposait d'une capacité physique et d'une motricité suffisamment exploitables dans le cadre d'un reclassement professionnel. Le demandeur souffrait aussi, suite à un accident de circulation en 1994, de troubles de nature psychique, notamment de mémoire. Par ailleurs, le reclassement professionnel auprès de l'entreprise X_____ à Genève avait débuté le 6 février 2006 et il avait été précédé d'un pré-stage ayant lui-même commencé au mois de décembre 2005 déjà. Confortée par ces éléments, la défenderesse a persisté dans ses précédentes conclusions.

26. Le demandeur a rétorqué, par courrier du 23 juin 2006, que selon les CGA, la défenderesse n'assure pas une incapacité de gain mais une incapacité de travail dans le métier exercé ou dans une autre activité acceptable. Il allègue avoir fait le nécessaire pour diminuer son dommage en déposant dans les meilleurs délais une demande de prestations AI; selon lui, aucun manque de collaboration ne peut lui être reproché. Le fait que l'AI ait estimé que des mesures de réadaptation s'imposaient, est la démonstration qu'il n'était jusqu'alors pas en mesure de reprendre un travail acceptable au sens des CGA.

27. Une audience de comparution personnelle s'est tenue le 30 novembre 2006. A cette occasion, le demandeur a expliqué que le stage débuté en février auprès de la maison X_____, toujours en cours, devait se terminer au mois d'avril 2007. Si tout allait bien, un poste lui serait proposé à son issue. S'agissant des activités de grutier et de conducteur de machines de chantier précédemment évoquées, il a expliqué qu'elles avaient été jugées inadaptées à son état de santé par son médecin, dans la mesure où elles impliquaient de conserver la position assise 8 heures durant, alors même qu'il lui fallait alterner les positions.

    Le représentant de la défenderesse a pour sa part maintenu que l'assuré a tardé à mettre sur pied sa reconversion professionnelle puisque dès le mois d'août 2004, le médecin-conseil, spécialiste en la matière, était arrivé à la conclusion que le demandeur ne pourrait reprendre son activité initiale et que ce n'est qu'en février 2006 que le stage a débuté. La défenderesse a persisté dans ses conclusions.

28. Par courrier du 12 avril 2007, la défenderesse a communiqué au Tribunal de céans, à sa demande, une copie de la police d'assurance relative au personnel administratif de X_____ SA, une copie de celle afférente au personnel d'exploitation de cette société, ainsi que la réponse à la demande d'offre de X_____ SA du 15

novembre 2002 relative à ces assurances et les annexes y relatives, soit les conditions particulières et la proposition de l'assurance.

29. Le Tribunal de céans a communiqué un tirage de ces documents au demandeur et la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. A teneur de 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 (LAMal), et à l'assurance-accident obligatoire prévue par la loi fédérale sur l'assurance-accident du 20 mars 1981 (LAA).
   Le tribunal cantonal des assurances sociales est ainsi 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, ainsi que l'a reconnu le Tribunal des conflits (arrêt du Tribunal des conflits du 26 août 2005, n° 55/2005, consid. 2c).

   La compétence à raison de la matière du Tribunal de céans est ainsi établie.

2. L'assurance complémentaire contre la perte de gain en cas de maladie, objet de la procédure, est soumise à la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (LCA), dont l'art. 46a renvoie, en ce qui concerne le for, à la loi du 24 mars 2000 sur les fors (LFors).

   L'art. 9 al. 1LFors dispose que « sauf disposition légale contraire, les parties peuvent convenir d'un tribunal appelé à trancher un différend présent ou à venir résultant d'un rapport de droit déterminé. ».

   Le chiffre 14.4 des CGA dispose qu'en cas de contestation, le preneur d'assurance ou l'assuré peut ouvrir action au lieu de son domicile en Suisse, à celui du siège de l'entreprise ou encore à Lucerne.

   En l'espèce, l'entreprise X_____ SA ayant son siège à Genève, le Tribunal de céans est compétent *ratione loci*.

3. Dans le cadre d'un litige fondé sur la LCA, comme en l'espèce, l'assuré doit saisir directement l'autorité judiciaire, par voie d'une action qui doit être intentée dans les deux ans à compter du fait d'où naît l'obligation (art. 46 al. 1 LCA), ce délai pouvant être interrompu selon les règles générales du droit privé. Le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves. La procédure est gratuite et le juge peut mettre à la charge de la partie téméraire tout ou partie des frais (art. 85 al.

2 et 3 de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance, LSA, entrée en vigueur le 1er janvier 2006, anciennement art. 47 al. 2).

En matière d'assurance collective contre les accidents ou la maladie, l'art. 87 LCA confère un droit propre au bénéficiaire contre l'assureur. Cette disposition institue une créance indépendante au profit de l'ayant-droit, créance qui naît au moment de la survenance du cas d'assurance. Partant, en tant que bénéficiaire de la couverture d'assurance souscrite par son employeur, le demandeur est fondé à agir à l'encontre de la défenderesse.

Déposée par l'assuré devant la juridiction compétente le 26 septembre 2005, pour des prestations d'assurance dès le 1er décembre 2004, la demande est recevable.

4. La LCA a subi des modifications. La novelle du 17 décembre 2004 (FF 2003 3353), est entrée en vigueur le 1er janvier 2006, respectivement le 1er janvier 2007. Cependant, du point de vue temporel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits. Dès lors les dispositions de la LCA seront citées dans leur teneur en vigueur au moment des faits déterminants, antérieurs au 1er janvier 2006.

5. A titre liminaire, il convient de constater que la défenderesse a accepté, en cours de procédure, d'octroyer des indemnités journalières jusqu'au 31 janvier 2005, les prétentions du demandeur pour les mois de décembre 2004 et janvier 2005 ayant ainsi été satisfaites. Demeure litigieuse la question de savoir si le demandeur a droit à l'indemnité journalière en cas de maladie pour la période postérieure au 31 janvier 2005.

6. Dans un premier moyen, la défenderesse soutient qu'en tout état de cause, indépendamment des considérations de nature médicale, le demandeur n'a plus droit à aucune prestation à partir du 31 mars 2005, date à laquelle les rapports de travail ont pris fin. Selon elle, à cette date, la couverture de l'assurance collective a cessé, y compris l'obligation pour elle de verser des prestations (art. 3.5 CGA). La défenderesse ajoute qu'en sa qualité de frontalier domicilié en France, le demandeur ne pouvait pas bénéficier d'un libre passage à l'assurance-individuelle, conformément à l'art. 13.1 CGA.

   Le demandeur soutient en revanche que le refus de la défenderesse de l'assurer à titre individuel en raison de son domicile en France est contraire au droit européen et à l'ALCP. Selon lui, dans la mesure où il a demandé à pouvoir bénéficier du libre passage, la couverture d'assurance a continué à déployer ses effets après la cessation des rapports de travail.

7. a) Avant d'aborder la question du libre passage à l'assurance individuelle, il convient d'examiner si des prestations d'assurance peuvent être servies après la

cessation des rapports de travail, en vertu de l'assurance collective contractée par l'employeur.

b) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, 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 en matière d'assurance collective d'indemnités journalières selon les art. 67 ss LAMal. Dès lors, si le sinistre survient pendant la période de couverture, l'assureur doit verser les prestations convenues jusqu'à épuisement, aussi longtemps qu'elles sont justifiées selon les clauses conventionnelles; la seule limite que connaisse la couverture réside non dans la fin des relations contractuelles, mais dans la durée des prestations convenues (MEUWLY, La durée de la couverture d'assurance privée, thèse Fribourg 1994, p. 185).
Partant, en l'absence de clause conventionnelle limitant ou supprimant le droit aux prestations au-delà de la période de couverture, 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 (ATF 127 III 106 consid. 3, approuvé par KIESER, PJA 2001 p. 707-710, ATF non publié du 7 mai 2002, cause 5C.74/2002 ; MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3e éd., 1995, p. 240).

c) La LCA ne contient pas de règle d'interprétation des polices d'assurance mais elle renvoie au droit des obligations pour tout ce qu'elle ne règle pas elle-même (art. 100 LCA).

Selon la jurisprudence, les conditions générales font partie intégrante du contrat et 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 lu les conditions générales en question (ATF 119 II 443 consid. 1a; 109 II 452 consid. 4; 108 II 416 consid. 1b). Les dispositions contractuelles préformulées sont en principe interprétées selon les mêmes règles que les clauses contractuelles rédigées individuellement (ATF 122 III 118 consid. 2a; 117 II 609 consid. 6c p. 621).

Le juge s'efforcera, en premier lieu, de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions et dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de leur convention (art. 18 al. 1 CO; ATF 127 III 444 consid. 1 b).

S'il ne parvient pas à établir avec sûreté cette volonté effective, ou s'il constate que l'un des contractants n'a pas compris la volonté réelle exprimée par l'autre, il recherchera le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques (application du principe de la confiance; ATF 122 III 118 consid. 2a; 118 II 342 consid. 1a p. 344-345;

112 II 245 consid. II/1c p. 253-254). Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 127 III 279 consid. 2c/ee p. 287 et les références doctrinales).

Finalement, et de façon subsidiaire, lorsqu'il subsiste un doute sur leur sens, les dispositions exclusivement rédigées par l'assureur, ainsi les conditions générales pré-formulées, sont à interpréter en défaveur de leur auteur, conformément à la règle des clauses ambiguës ("in dubio contra stipulatorem"; "Unklarheitsregel") ce qui présuppose pour le moins que les clauses litigieuses ne soient pas claires (ATF 122 III 118 consid. 2a et arrêts cités); l'art. 33 in fine LCA, qui prévoit que les clauses d'exclusion ne sont opposables à l'assuré que si elles sont rédigées de façon précise et non équivoque, en est une concrétisation (ATF 115 II 264 consid. 5a p. 269). Savoir si une telle condition est remplie dans le cas concret se détermine d'après le sens généralement donné dans le langage courant aux termes utilisés. Il ne s'agit pas de s'en tenir d'emblée à la solution la plus favorable à l'assuré. Selon la jurisprudence et la doctrine, pour que cette règle trouve à s'appliquer, il ne suffit pas que les parties soient en litige sur la signification à donner à une déclaration; encore faut-il que celle-ci puisse être comprise de différentes façons ("zweideutig") et qu'il soit impossible de lever autrement le doute créé, faute d'autres moyens d'interprétation (ATF 122 III 118 consid. 2d; 118 II 342 consid. 1a p. 344; 100 II 144 consid. 4c p. 153; 99 II 290 consid. 5 p. 292). La règle "in dubio contra assicuratorem" n'a pas pour effet de rendre inapplicable la clause litigieuse, ce qui est le cas de la clause qualifiée d'insolite, mais elle exige d'interpréter la disposition en défaveur de l'assureur (ATF 116 II 345 consid. 2b p. 347; 115 II 264 consid. 5a p. 268).
La validité des conditions générales d'affaires préformées doit 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. 1a 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. 1a; 109 II 452 consid. 5b et les réf. citées; 5C.74/2002).

8. a) Pour savoir si les parties contractantes ont en l’espèce limité conventionnellement le droit aux prestations au-delà de la période de couverture du contrat d’assurance collective, il convient, en application des principes rappelés supra, de se référer aux CGA, au contrat signé et à d’éventuelles conventions particulières stipulées séparément.

b) Les dispositions des CGA litigieuses, dans ce qu'elles ont d'utile à retenir pour la présente espèce, ont la teneur suivante:

> *« Art. 3 Durée du contrat, début et fin de la couverture d'assurance*
> *(...)*
> *3.3. Pour l'assuré individuel, la couverture d'assurance débute le jour où il commence son travail dans l'entreprise assurée ou aurait dû le commencer, mais au plus tôt à la date fixée dans le contrat.*
> *(...)*
> *3.5 Pour l'assuré individuel, l'assurance cesse quand*
> *- il sort du cercle des assurés. L'obligation de verser des prestations cesse alors complètement. (...) »*
>
> *« Art. 15 Étendue des prestations de l'assurance d'indemnités journalières*
> *15.1 La variante assurée ainsi que le montant, la durée et le délai d'attente sont indiqués dans le contrat. Est également indiqué dans le contrat le début des prestations de la prévoyance professionnelle (2ème pilier), en cas d'assurance de la couverture de coordination LPP.*
> *(...) »*

c) S'agissant de la durée des prestations, le contrat d'assurance (police assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA) conclu entre la défenderesse et X_____ Construction SA, afférent au personnel d'exploitation, prévoit une couverture pour maladie d'une durée de 730 jours dans une période de 900 jours avec imputation d'un délai d'attente de 30 jours.

De plus, la police dispose qu'en dérogation à l'art. 15 des CGA, rubrique "durée du droit" en cas d'incapacité de travail partielle/et ou de diminution du fait de la coordination avec d'autres assureurs, l'assuré a droit à l'équivalent de 730 indemnités journalières complètes, sous déduction du délai d'attente convenu. Les délais relatifs à l'octroi des indemnités journalières sont prolongés en fonction de la réduction.

9. a) En l'espèce, le Tribunal de céans constate que, du point de vue systématique, les CGA distinguent la couverture d'assurance (art. 3 CGA : durée du contrat, début et fin de la couverture d'assurance) de l'étendue des prestations (art. 15 CGA).

b) En tant qu'elle dispose que l'obligation de verser des prestations cesse complètement lorsque l'assuré sort du cercle des assurés, la clause de l'art. 3.5, inscrite dans l'article relatif à la durée du contrat d'assurance, ne permet pas de comprendre, sans ambiguïté aucune, qu'elle s'applique aussi aux événements ayant déjà donné lieu au versement de prestations avant la fin de la couverture

d'assurance. L'art. 3.5 CGA pourrait en effet de bonne foi être compris comme voulant rappeler que, pour les sinistres qui surviennent lorsque l'assuré ne fait plus partie du cercle des assurés, l'assureur n'est plus tenu à aucune prestation.

c) Compte tenu de l'emplacement de cette clause limitative, contenue dans la disposition relative à la durée de la couverture d'assurance, et non dans celle relative au versement des prestations, une interprétation objective, selon les règles de la bonne foi, ne permet pas de comprendre de manière non équivoque que l'assureur a voulu, s'agissant des sinistres en cours d'indemnisation, supprimer le droit aux prestations au-delà de la période de couverture.

d) Il importe de considérer en effet qu'en définissant précisément la durée maximale des prestations (730 jours en l'espèce), la défenderesse a limité son obligation d'intervenir, d'une manière tout à fait générale, sans faire référence au problème spécifique de la fin du contrat. Si elle avait voulu déroger au régime général de l'assurance d'indemnités journalières selon la LCA, selon lequel la fin de la couverture d'assurance n'entraîne pas automatiquement la cessation des prestations en cours, la défenderesse aurait dû l'indiquer de manière plus claire, en faisant expressément référence aux événements en cours d'indemnisation, et faire figurer cette limitation dans le cadre de l'art. 15 CGA, qui concerne la durée des prestations. En tout état de cause, en présence de deux interprétations possibles de la limitation prévue à l'art. 3.5 CGA, il convient de choisir la plus défavorable à l'assureur, auteur des CGA, en application du principe « in dubio contra stipulatorem ». Dans ces conditions, la question de savoir si la limitation voulue par la défenderesse est une clause insolite, en tant qu'elle déroge, au détriment de l'assuré, au régime général qui veut que la fin de la couverture d'assurance ne met pas fin aux prestations en cours, peut rester ouverte.

e) L'argument selon lequel l'assuré qui quitte le cercle des personnes assurées par l'assurance collective a le droit, en vertu des conditions générales de l'assurance collective, de demander son transfert dans l'assurance individuelle (art. 13. 1 des CGA) - dans laquelle, en cas d'incapacité de travail au moment du transfert ou de rechute après le transfert, les jours pour lesquels des prestations ont été versées sous l'assurance collective sont déduits de la durée des prestations de l'assurance individuelle (art. 13.4 CGA) - n'est pas pertinent s'agissant de la prise en charge d'un événement survenu pendant la période de couverture de l'assurance collective (ATF 127 III 106).

f) En conclusion, le Tribunal de céans constate que le contrat d'assurance collective en cause ne contient pas de clause limitative claire, supprimant le droit aux prestations pour les sinistres survenus durant la période de couverture, dès que l'assuré individuel sort du cercle des assurés. La fin des rapports de travail n'entraîne donc pas, automatiquement, la suppression du versement des prestations.

10. a) L'indemnité journalière est octroyée en cas d'incapacité de travail médicalement attestée de 50% au moins, d'une façon proportionnelle au degré d'incapacité de travail (art. 15 CGA). Selon les CGA, « *il y a incapacité de travail quand l'assuré est provisoirement ou durablement incapable d'exercer son métier ou une autre activité lucrative acceptable et que cette incapacité est médicalement attestée. Une autre activité est considérée comme acceptable si elle est adaptée aux connaissances, aux capacités, à la situation antérieure et à l'état de santé de l'assuré.* »

    b) A cet égard, la défenderesse soulève qu'au mois d'août 2004 déjà, son médecin conseil avait préconisé une reconversion professionnelle du demandeur, celui-ci n'étant plus en mesure d'exercer son ancienne activité. Dans ces conditions, elle estime qu'elle était en droit de cesser le versement de ses prestations fin janvier 2005 au plus tard, conformément à la jurisprudence fédérale en matière d'obligation de l'assuré de réduire le dommage.

11. a) L'art. 61 LCA dispose que lors du sinistre, l'ayant droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage; s'il n'y a pas péril en la demeure, il doit requérir les instructions de l'assureur sur les mesures à prendre et s'y conformer (al. 1); si l'ayant droit contrevient à cette obligation d'une manière inexcusable, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie (al. 2).

    b) Dans des arrêts qui concernaient comme ici une assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA (ATF 127 III 106, consid. 4c non publié; arrêt non publié 5C.176/1998 du 23 octobre 1998, consid. 2c), le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 61 LCA était l'expression du même principe général dont le Tribunal fédéral des assurances déduisait, en matière d'assurance d'indemnités journalières soumise au droit des assurances sociales, l'obligation de l'assuré de diminuer le dommage par un changement de profession lorsqu'un tel changement peut raisonnablement être exigé de lui, pour autant que l'assureur l'ait averti à ce propos et lui ait donné un délai adéquat (cf. ATF 111 V 235 consid. 2a; 114 V 281 consid. 3a; voir aussi BRULHART, L'assurance collective contre la perte de gain en cas de maladie, in Le droit social dans la pratique de l'entreprise - questions choisies, 2006, p. 95 ss, 107).

    Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, lorsque l'assuré doit envisager un changement de profession en regard de l'obligation de diminuer le dommage, la caisse doit l'avertir à ce propos et lui accorder un délai adéquat - pendant lequel l'indemnité journalière versée jusqu'à présent est due - pour s'adapter aux nouvelles conditions ainsi que pour trouver un emploi; dans la pratique, un délai de trois à cinq mois imparti dès l'avertissement de la caisse doit en règle générale être considéré comme adéquat (arrêt non publié K 14/99 du 7 février 2000, reproduit in RKUV 2000 KV 112 122, consid. 3a; voir aussi DUC, Assurance sociale et assurance privée, 2003, p. 109-111).

c) Il sied d'ajouter que l'art. 61 LCA n'est pas de droit impératif (cf. art. 97 et 98 LCA), les parties pouvant définir un régime différent. Il leur est par exemple loisible de prévoir que l'assuré peut être appelé à se soumettre à une reconversion professionnelle dans une activité correspondant à sa position sociale, à ses connaissances et à ses aptitudes (cf. RBA XVIII N° 48; RBA XVII n° 36 = PLÄDOYER 2/1993 p. 65). A cet égard, les CGA disposent en l'espèce que l'assuré a entre autres obligations, notamment celle de déposer sans délai une demande de prestation à l'AI, de donner suite immédiatement aux propositions de réadaptation professionnelle offertes par l'AI et de mettre à profit sa capacité de travail ou sa capacité de travail résiduelle pour effectuer des tâches adaptées, plus faciles, au besoin dans une branche professionnelle différente.

d) Le Tribunal fédéral a encore précisé qu'à la différence d'un changement de profession, qui permet à l'assuré de diminuer son dommage - car c'est bien le dommage subi par l'ayant droit qui est déterminant - en mettant à profit une capacité de travail qui n'existe plus dans sa profession actuelle, le fait de percevoir des prestations d'un tiers, telles qu'une rente d'invalidité, n'a pas pour effet de diminuer le dommage. Celui qui, bénéficiant d'une assurance d'indemnités journalières en cas de maladie ou d'accident selon la LCA, perçoit, en raison du même événement dommageable, des prestations d'un autre assureur, privé ou social, voire d'un tiers responsable, ne diminue pas son dommage. L'assureur ne saurait par conséquent invoquer l'obligation de diminuer le dommage selon l'art. 61 al. 1 LCA pour imposer à l'assuré de faire valoir les prétentions que celui-ci pourrait avoir contre un autre assureur, ou contre un tiers responsable, et pour réduire le cas échéant ses prestations en application de l'art. 61 al. 2 LCA (ATF non publié du 16 juillet 2007, 4A 168/2007, consid. 3.2.2). Le fait que l'assuré dispose, à côté du droit à des indemnités journalières et en raison du même événement dommageable, de prétentions contre un autre assureur, privé ou social, ou contre un tiers responsable, soulève plutôt la question du cumul de prétentions, pouvant conduire à une surindemnisation (ATF non publié du 16 juillet 2007, 4A 168/2007, consid. 3.2.3).

12. a) En l'espèce, avant d'examiner si l'assuré s'est conformé à l'obligation de réduire le dommage, prévue par l'art. 61 LCA, il convient de déterminer s'il y a eu et jusqu'à quelle date, une incapacité de travail selon les conditions d'assurance convenues.

b) L'existence d'une incapacité de travail suppose d'abord l'instruction de faits d'ordre médical. La tâche du médecin, précisée par la jurisprudence, consiste à porter un jugement sur l'état de santé et à indiquer dans quelle mesure et pour quelles activités l'assuré est incapable de travailler. En outre, les données médicales constituent un élément utile pour déterminer quels travaux on peut encore, raisonnablement, exiger de l'assuré (ATF 125 V 261 consid. 4; 115 V 134 consid. 2; 114 V 314 consid. 3c; 105 V 158 consid. 1). Ces données médicales permettent généralement une appréciation objective du cas (ATFA non publié du 6 mai 2003, I 762/02).

c) En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, ce qui est déterminant, c'est 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 du contexte médical soit claire et enfin que les conclusion de l'expert soient bien motivées (ATF 122 V 160 consid. 1c et les références). L'élément déterminant pour la valeur probante n'est en principe ni l'origine du moyen de preuve, ni sa désignation, sous la forme d'un rapport ou d'une expertise, mais bel et bien son contenu (ATF 122 V 160 consid. 1c; OMLIN, Die Invaliditätsbemessung in der obligatorischen Unfallversicherung p. 297ss; MORGER, Unfallmedizinische Begutachtung in der SUVA, in RSAS 32/1988, p. 322 et ss.). En ce qui concerne les rapports établis par le médecin traitant l'assuré, le juge prendra en considération le fait que celui-ci peut être enclin, en cas de doute, à prendre parti pour son patient en raison de la relation de confiance qu'ils ont nouée (ATF 125 V 351 ss consid. 3).

d) L'autorité administrative ou le juge ne doit considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4ème édition Berne 1984, p. 136; GYGI, Bundesverwaltungs-rechtspflege, 2ème édition, p. 278 ch. 5).

13. a) En l'espèce, le Dr A_____, médecin traitant, a précisé en date du 2 août 2004, en réponse à un questionnaire que la défenderesse lui a soumis, que le demandeur souffrait d'une discopathie et d'une hernie discale, à l'origine d'une incapacité de travail entière d'une durée indéterminée. A la question de savoir quelles investigations/thérapies étaient nécessaires afin de réduire aussi rapidement que possible l'incapacité de travail, il a suggéré une modification de l'emploi qui n'était pas adapté à la santé et la mise en place d'une expertise.

b) Dans un rapport du 21 septembre 2004, le Dr B_____, neurochirurgien, a exposé, très succinctement, que l'état de santé de l'assuré était incompatible avec la reprise de ses activités professionnelles. Le traitement médical était encore en cours, avec un résultat jugé satisfaisant mais incomplet. L'incapacité de travail entière était censée se poursuivre pendant trois mois.

c) Le Dr C_____, spécialiste FMH en médecine interne et en maladies rhumatismales, a confirmé, en date du 7 décembre 2004, la présence de nombreux troubles statiques et dégénératifs du rachis (notamment discopathies étagées, arthrose postérieure, canal lombaire étroit congénital et hernie discale). Le traitement de physiothérapie et de rééducation, combiné à des anti-inflammatoires et de relaxants musculaires devait être intensifié, le port d'un corset étant envisageable. L'incapacité de travail était entière, mais il était selon le Dr C_____ prématuré de décider si l'assuré pouvait ou non poursuivre son activité comme maçon, son état ne pouvant pas être considéré comme stabilisé. En

l'état du dossier, il n'était pas possible de se prononcer clairement en faveur d'une incapacité définitive. La mise en place d'une expertise pour décider d'une éventuelle reconversion professionnelle paraissait nécessaire.

d) A la demande de la défenderesse, l'assuré a été examiné par le Dr Alex D_____, spécialiste en médecine physique et rééducation et maladies rhumatismales. Dans son rapport du 9 mars 2005, l'expert a posé les diagnostics de lombalgies sur troubles dégénératifs du rachis, avec hernie discale minime L5-S1 médiane et de canal lombaire étroit congénital. Le Prof. D_____ a confirmé que l'assuré était « actuellement incapable d'accomplir son activité professionnelle de maçon ». Il serait cependant capable d'avoir une activité légère sans port de charge telle que celle d'un surveillant de chantier, à temps partiel par exemple. Enfin, un reclassement professionnel lui permettrait probablement de reprendre un travail dans de meilleures conditions avec une capacité normale.

14. a) Au vu de ces pièces médicales, force est de constater que selon l'ensemble des médecins consultés, l'assuré présente une incapacité de travail entière dans la profession de maçon. Selon le Dr C_____, en décembre 2004, la situation n'était pas suffisamment stabilisée pour savoir avec certitude si cette incapacité était définitive, même si le tableau général permettait de douter d'une reprise de travail dans une activité aussi lourde. Le Prof. D_____ a également précisé qu'« actuellement » l'activité de maçon était impossible pour l'assuré, tout en préconisant une reconversion professionnelle qui devait permettre à terme de recouvrer une capacité de travail entière dans une activité adaptée. Quant à une éventuelle capacité de travail dans une activité légère, le Prof. D_____ s'est exprimé, en utilisant le conditionnel et avec des réserves (à temps partiel par exemple).
b) Dans ces conditions, la défenderesse ne pouvait pas retenir, au mois d'août 2004, que l'état de santé de l'assuré était suffisamment stabilisé pour qu'il s'oriente immédiatement dans une autre profession. Cela est d'autant plus vrai que la défenderesse se réfère, dans ses courriers des 3 août 2004, 15 octobre 2004, 4 et 24 février 2005, et 10 juin 2005, à des avis de son médecin-conseil, qui n'ont jamais été produits, ni versées à la procédure.

c) On peut ainsi observer que, s'agissant de l'état de santé de l'assuré, il n'était ni suffisamment stabilisé ni investigué jusqu'à l'expertise effectuée par le Prof. D_____, en mars 2005. A partir de cette date, il était possible de retenir que, compte tenu de l'état du rachis et du prolongement de l'incapacité de travail, une reprise de l'activité de maçon n'était plus envisageable. C'est d'ailleurs l'avis exprimé le 23 février 2005 par le Dr G_____, du Service médical de l'assurance-invalidité, qui a considéré qu'une reprise du travail (de maçon) avait de fortes chances de péjorer la situation et qu'il convenait donc d'envisager un travail plus léger.

d) C'est donc au plut tôt à partir de l'expertise du Prof. D_____, que la défenderesse pouvait inviter l'assuré à procéder à une reconversion professionnelle, en vertu de son obligation de diminuer le dommage dans un délai convenable, les indemnités journalières devant lui être servies pendant cette période.

Dans la mesure où la défenderesse a communiqué à l'assuré une copie des conclusions du Prof. D_____ en date du 10 juin 2005, le Tribunal de céans considère qu'un délai de quatre mois à partir de cette correspondance, reçue le 15 juin 2005, répond aux exigences jurisprudentielles relatives à l'obligation de réduire le dommage, en tenant compte du fait que le demandeur est jeune mais présente une formation professionnelle dans un métier de force qui nécessite un délai d'adaptation pour une reconversion dans une activité légère. La défenderesse est donc tenue de lui servir l'indemnité journalière jusqu'au 15 octobre 2005.

e) Au vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que le demandeur a droit à des indemnités journalières pour la période du 1er décembre 2004 au 15 octobre 2005, sur la base d'une incapacité de travail entière selon les CGA, conformément à l'appréciation médicale des Drs B_____, C_____, A_____ et D_____ (incapacité totale dans le métier de maçon). A cet égard, l'évocation, au conditionnel, par le Prof. D_____ d'une capacité de travail résiduelle dans une activité légère à temps partiel, sans précision du taux, n'est pas suffisante pour aboutir à une autre appréciation avant l'expiration du délai de reconversion. Quant au montant de l'indemnité journalière, correspondant à 80% du salaire, il s'élève à 145 fr. 32 par jour, ce qui n'est pas litigieux.

15. Enfin, le demandeur sollicite le versement d'intérêts moratoires.

La LCA, qui régit le contrat en cause, et donc les relations entre le recourant et l'intimée, règle le moment de l'échéance de la créance résultant du contrat d'assurance : celle-ci est échue 4 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 (art. 41 al. 1 LCA). La LCA ne contient toutefois pas de dispositions sur la demeure, laquelle est dès lors régie, en vertu de l'art. 100 al. 1 LCA, par les art. 102 ss CO. Le débiteur d'une obligation est en demeure par l'interpellation du créancier (art. 102 al. 1 CO); lorsque le jour de l'exécution a été déterminé d'un commun accord, ou fixé par l'une des parties en vertu d'un droit à elle réservé et au moyen d'un avertissement régulier, le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce jour (art. 102 al. 2 CO). L'intérêt moratoire - de 5 % l'an (art. 104 al. 1 CO) - est dû à partir du jour suivant celui où le débiteur a reçu l'interpellation (ATF 103 II 102 consid. 1a) ou, en cas d'ouverture d'une action en justice, dès le lendemain du jour où la demande en justice a été notifiée au débiteur (ATF 98 II 23 consid. 7 p. 33; Luc THEVENOZ, in Commentaire romand du Code des obligations I, n. 9 ad art. 104 CO).

En l'espèce, le demandeur n'a cessé d'interpeller la défenderesse pour le versement des prestations d'assurance. Il convient par ailleurs d'observer que, dès la reddition du rapport du Prof. D_____ à la mi-mars 2005, la défenderesse savait que l'assuré n'était effectivement plus capable d'exercer son métier de maçon. On peut ainsi partir de l'idée que c'est à cette date que l'assureur a disposé des renseignements lui permettant de se convaincre du bien-fondé de la prétention. S'agissant de la période du 1er décembre 2004 au 31 mars 2005, les intérêts moratoires sur les indemnités journalières seront accordés dès le 1er mai 2005. S'agissant des indemnités journalières du 1er avril au 31 juillet 2005, les intérêts moratoires seront dus dès le lendemain du dépôt de la demande en justice, le 26 septembre 2005, celle-ci valant interpellation. Quant à l'indemnité journalière du 1er août au 15 octobre 2005, elle n'était pas encore échue lors du dépôt de la demande en justice le 26 septembre 2005. Le demandeur ayant amplifié ses conclusions le 3 février 2006 s'agissant de la période postérieure au dépôt de la demande le 26 septembre 2005, il convient de retenir, pour l'indemnité journalière du 1er août au 15 octobre 2005, la date moyenne du 30 novembre 2005.

16. Au vu de ce qui précède la demande est partiellement admise, une indemnité de 1'500 fr. étant allouée au demandeur à titre de dépens.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. Prend acte de l'accord de la défenderesse de verser au demandeur des indemnités journalières du 1er décembre 2004 au 31 janvier 2005.

3. Au surplus, admet partiellement la demande.

4. Condamne la défenderesse à verser au demandeur des indemnités journalières du 1er décembre 2004 au 15 octobre 2005 avec intérêts à 5% au sens des considérants.

5. Condamne la défenderesse à verser au demandeur une indemnité de 1'500 fr. à titre de participation à ses dépens.

6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre la présente décision 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi.

La Présidente :

La greffière

Karine STECK

Janine BOFFI

La secrétaire-juriste: Verena PEDRAZZINI RIZZI

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