

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 7 octobre 2010

Présidence de Mme PASCHE
Juges : Mmes Thalmann et Röthenbacher
Greffière : Mme Simonin

Cause pendante entre :

M._____, à Lutry, recourant, représenté par Me Olivier Carré, avocat à
Lausanne,

et

S._____, Caisse maladie-accident, à Martigny, intimée.

Art. 67 et 72 LAMal; art. 6 LPGA

E n f a i t :

A. M. _____ (ci-après: l'assuré ou le recourant), né en 1966, maçon, a été engagé en cette qualité auprès de [...] le 20 janvier 2003. A ce titre, il était au bénéfice d'une assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie conclue par son employeur auprès de S. _____ Caisse maladie-accident (ci-après: S. _____). Il en a bénéficié jusqu'au 30 septembre 2009, puis a été assuré à titre individuel dès le 1^{er} octobre 2009 pour une indemnité journalière de 147 fr. 50, assortie d'un délai d'attente de 2 jours, son contrat de travail ayant été résilié par l'employeur le 30 juillet 2009 pour le 30 septembre de la même année.

Le 19 mars 2008, [...] a adressé à S. _____ un avis d'incapacité de travail par suite de maladie, indiquant que le dernier jour de travail avant maladie avait été le 3 mars 2008.

Par courrier du 3 avril 2008, S. _____ a accusé réception du certificat médical établi par la Policlinique [...] attestant d'une incapacité de l'assuré dès le 4 mars 2008. Le Dr J. _____ de la Policlinique a indiqué en réponse aux questions posées que le diagnostic était celui de lombosciatalgies gauches, la première consultation ayant eu lieu le 4 mars 2008, et la date pour la reprise du travail étant indéterminée.

L'assuré a été convoqué le 8 mai 2008 pour un examen par le médecin-conseil de S. _____, le Dr Z. _____, spécialiste en médecine interne générale FMH. Dans le rapport médical qu'il a adressé le même jour au Dr B. _____ de la Policlinique, le Dr Z. _____ notait que l'assuré avait ressenti deux mois auparavant une douleur violente, lombaire, irradiant la fesse gauche, sans troubles moteurs, et avait consulté la Policlinique Médicale en urgence. Il a relevé qu'en l'état, l'assuré était manifestement incapable de reprendre son activité professionnelle de maçon. Il existait toutefois une discrète exagération des plaintes (boiterie très démonstrative), alors que le status neurologique était relativement pauvre, à l'exception d'un Lasègue positif en fin de course. Par courrier du

même jour à S._____, le Dr Z._____ a rappelé qu'en l'état actuel, l'assuré était incapable de reprendre son activité de maçon, même partiellement. Il notait avoir signalé au médecin traitant de l'assuré qu'à l'examen physique de ce jour, la situation lui paraissait plutôt calme, dans le sens où, à l'exception d'une boiterie démonstrative du membre inférieur gauche, l'assuré lui paraissait en état de reprendre une activité mieux adaptée à son problème actuel. Le Dr Z._____ attendait le résultat du CT-Scan lombaire pratiqué le même jour à la demande du Dr B._____, ainsi que l'avis des neurochirurgiens. Si aucune indication de chirurgie n'était retenue, une reprise de travail progressive était indiquée au plus tard début juin 2008. Il précisait enfin qu'en cas d'échec, une reconversion professionnelle rapide s'imposait.

Dans leur rapport d'IRM lombaire adressé le 8 mai 2008 au Dr B._____, le Dr X._____ et la Dresse P._____, radiologues FMH, ont conclu à la présence d'une hernie discale L5-S1 paramédiane et foraminale à gauche responsable d'un conflit sur les racines L5 et S1 gauches.

Par courrier du 24 juin 2008 au Dr Z._____, le Dr K._____, médecine générale FMH, nouveau médecin traitant, lui a fait savoir que son patient lui avait appris qu'il avait été suivi à la consultation de neurochirurgie par la Dresse R._____ qui l'avait vu les 5 et 13 juin 2008. L'incapacité de travail à 100% se poursuivait, puisqu'une intervention neurochirurgicale était programmée au mois de juillet 2008.

Le Dr K._____ a établi le 1^{er} juillet 2008 un bilan pré-opératoire à l'attention du médecin anesthésiste, indiquant que son patient serait hospitalisé le 10 juillet 2008 en neurochirurgie pour une cure de hernie discale lombaire. Il notait que l'assuré présentait un excès pondéral ainsi qu'une dyslipidémie.

Dans son courrier du 3 juillet 2008 faisant suite à une consultation du 1^{er} juillet 2008, la Dresse Y._____, cardiologue FMH, a fait savoir au Dr K._____ qu'il n'y avait actuellement aucune contre-

indication vis-à-vis de l'intervention à venir chez ce patient avec une insuffisance aortique asymptomatique.

Le 30 juillet 2008, l'assuré a subi une hémilaminectomie L5-S1 gauche pour cure d'une hernie discale L5-S1 para-médiane gauche avec discectomie.

Dans un courrier du 6 novembre 2008 au Dr G._____, neurochirurgien, le Dr K._____, lui a indiqué avoir revu son patient trois jours après une tentative infructueuse de reprendre le travail, précisant ne plus l'avoir revu depuis le 2 juillet 2008. L'assuré avait repris le travail le 3 novembre 2008, en éprouvant une exacerbation douloureuse au niveau lombaire avec des irradiations sur la face latérale externe de la cuisse gauche. Il lui était quasi impossible de monter sur des échafaudages et de porter des charges, si bien qu'il avait renoncé à retourner au travail dès le 4 novembre 2008. Devant cette évolution défavorable, le Dr K._____ proposait de réévaluer rapidement la situation et d'orienter le patient vers un traitement plus intensif de réadaptation, craignant une chronicisation des douleurs compromettant une reprise du travail à terme.

Par courrier du 17 novembre 2008, S._____ a invité l'assuré, en incapacité de travail depuis le 3 mars 2008, à déposer une demande de prestations auprès de l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après: l'OAI). L'assuré a donné suite à cette demande.

Le Dr Z._____ a examiné une deuxième fois l'assuré le 4 décembre 2008. Dans son rapport du 5 décembre 2008 au Dr K._____, il a notamment indiqué qu'une reprise du travail avait été prévue à 50% le 1^{er} novembre 2008, puis à 100% le 1^{er} décembre 2008 par le Dr G._____ qui l'avait opéré, mais que son patient, qui avait repris le travail le 3 novembre 2008, avait renoncé dès le 4 novembre 2008. Le Dr Z._____ concluait qu'en l'état actuel, l'assuré était totalement enlisé dans son état de futur invalide dans n'importe quelle activité et qu'une évaluation dans une unité spécialisée de type URR au Département de l'appareil locomoteur sous la direction du Dr V._____, médecin praticien FMH,

avec lequel un rendez-vous était organisé, était indiquée dans les plus brefs délais. Par courrier du même jour à S._____, le Dr Z._____ a rappelé que l'assuré demeurait en incapacité de travail totale en tant qu'ouvrier du bâtiment pour ces prochaines semaines.

Dans une correspondance du 23 décembre 2008 au Dr V._____, le Dr K._____ l'a invité à examiner l'assuré et à évaluer l'indication à un traitement de réadaptation intensive.

Le Dr V._____ a examiné l'assuré le 29 décembre 2008. Dans son rapport du même jour au Dr K._____, il a diagnostiqué des lombo-sciatalgies gauches résiduelles dans un contexte de status après hémilaminectomie L5/S1 gauche pour cure de hernie discale L5/S1 gauche, une micro-instabilité L4/L5 et L5/S1, un déconditionnement musculaire global et une HTA non traitée. Dans l'appréciation du cas, le Dr V._____ a relevé qu'un programme de reconditionnement musculaire était indispensable pour essayer d'aider le patient à sortir du marasme (sic) dans lequel il se trouvait actuellement. Il était d'avis que l'on ne pouvait pas exiger une reprise du travail et que sa capacité de travail était actuellement de 0%.

L'assuré a bénéficié d'une prise en charge intensive et multidisciplinaire dans le cadre de l'Unité du rachis et réhabilitation du Département de l'appareil locomoteur du Centre hospitalier [...], traitement qui s'était déroulé quotidiennement et ambulatoirement du 2 au 20 février 2009. Selon la lettre de sortie adressée le 23 février 2009 par le Dr V._____ au Dr K._____, l'assuré s'était bien investi dans sa prise en charge mais restait fortement limité par ses douleurs qu'il avait des difficultés à gérer. Le port de charges restait limité à 4 kg, si bien que le Dr V._____ voyait difficilement comment l'assuré pourrait reprendre une activité professionnelle sur un chantier.

Par courrier du 24 mars 2009, le Dr V._____ a fait savoir au Dr K._____ qu'il avait revu le patient le 23 mars 2009. Il persistait un déconditionnement musculaire associé à des irritations. Pour le Dr

V._____, il était illusoire de prévoir une reprise dans l'ancienne activité, si bien qu'il faudrait selon lui prévoir une réorientation dans une activité adaptée.

Le Dr V._____ a réexaminé l'assuré le 25 mai 2009. Selon son courrier du même jour au Dr K._____, il n'y avait, au status, pas de changement dans l'examen clinique avec toujours un syndrome lombovertébral et certainement quelques auto-limitations. Le Dr V._____ concluait que l'assuré présentait un déconditionnement musculaire dans un contexte de status après cure de hernie discale L5/S1 gauche le 30 juillet 2008 qui ne l'avait malheureusement pas aidé sur le plan de la symptomatologie douloureuse. Il était d'avis qu'une réorientation professionnelle dans une activité adaptée - permettant une alternance de postures, avec limite des ports de charges à 5-10 kg - pourrait lui permettre de travailler à 50%.

Dans son courrier à S._____ du 19 juin 2009, faisant suite à un troisième examen de l'assuré le 17 juin 2009, le Dr Z._____ a relevé que celui-ci serait très probablement définitivement incapable de reprendre l'activité de maçon. En revanche, dans une activité professionnelle mieux adaptée (alternance de postures, limitation du port de charges à 5-10 kg), la capacité de cet assuré devrait être considérée comme totale.

Par décision du 23 juin 2009, S._____ a décidé de ne plus verser ses prestations à l'assuré à compter du 1^{er} octobre 2009. S._____ retenait en substance qu'il ressortait de l'examen des pièces médicales qu'il ne serait plus possible à l'assuré d'exercer son activité habituelle, mais que dans une activité adaptée à son état de santé, avec alternance des postures et limitation du port de charges à 5-10 kg, la capacité de travail serait complète. Compte tenu de l'obligation de réduire le dommage, il appartenait à l'assuré de mettre à profit sa capacité de travail et chercher un emploi approprié. Il ressortait par ailleurs des calculs de S._____ que la perte de gain de l'assuré s'élevait à moins de 50%, si

bien que l'indemnisation de son incapacité de travail serait limitée au délai accordé au 30 septembre 2009.

Le 10 juillet 2009, l'assuré s'est opposé à cette décision, en faisant valoir qu'il ne pouvait reprendre son activité de maçon, qu'il n'avait aucune formation professionnelle, et qu'aucun employeur ne l'engagerait s'il ne pouvait pas porter plus de 5 à 10 kg.

Par décision sur opposition du 5 août 2009, S._____ a confirmé les termes de sa décision du 23 juin 2009.

B. M._____, par l'intermédiaire de l'avocat Olivier Carré, a recouru contre cette décision par acte du 14 septembre 2009 auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à son annulation et à ce qu'il soit constaté que son droit à percevoir des indemnités journalières persiste au-delà du 30 septembre 2009. En substance, il fait valoir que la décision entreprise est fondée sur des éléments médicaux incomplets, estimant que les opinions du Dr Z._____ ne peuvent pas valoir expertise, et que le Dr V._____ doit être considéré comme agissant en qualité d'auxiliaire technique de l'assureur intimé, ses conclusions n'ayant pas valeur d'expertise. Il explique enfin que le Service médical régional de l'assurance-invalidité (ci-après: le SMR), dans son rapport du 5 août 2009, est d'avis que la situation n'est pas encore stabilisée, estimant tout au plus la possibilité d'une évaluation d'une capacité de travail résiduelle dans une activité adaptée, qui serait frappée d'une baisse de rendement de 50% à tout le moins. Quant à l'examen rhumatologique requis par l'AI, il tend à confirmer l'appréciation du Dr V._____, que le médecin traitant juge trop restrictive. Il estime qu'une expertise nouvelle et pluridisciplinaire s'impose. Il produit le rapport médical du 5 août 2009 du Dr F._____, spécialiste en médecine interne générale FMH, du SMR, selon lequel la situation n'est pas encore stabilisée, une diminution de rendement de 50% étant évaluée actuellement, même dans une activité adaptée, la capacité de travail dans l'activité habituelle étant nulle. Il produit également l'examen clinique rhumatologique effectué le 26 juin 2009 par le Dr Q._____, spécialiste

en médecine physique et réadaptation FMH, du SMR, qui est d'avis, dans son rapport du 6 juillet 2009, que l'incapacité de travail ayant débuté le 3 mars 2008 est restée inchangée, savoir de 100% dans l'activité habituelle de maçon, la capacité de travail exigible étant dès lors de 0% dans cette activité, et de 50% dans une activité adaptée (soit une activité avec les limitations fonctionnelles suivantes: pas de port de charges supérieur à 5 kg de façon répétitive et occasionnelle au-delà de 7,5 kg, pas de position statique assise au-delà de 15 à 20 minutes sans possibilité de varier les positions assise-debout minimum 2 fois l'heure de préférence à la guise du recourant, pas de position en porte-à-faux ou en antéflexion du rachis contre résistance, pas d'activité sur terrain instable, pas d'activité en hauteur ou sur chantier, pas de position statique debout immobile au-delà de 5 à 10 minutes, diminution du périmètre de marche à environ une demi-heure).

Dans sa réponse du 28 octobre 2009, S. _____ confirme ses conclusions selon lesquelles le recourant est théoriquement apte à exercer une activité professionnelle à 100% dans une profession adaptée. Cependant, sur la base des conclusions retenues par le SMR dans son rapport du 5 août 2009, S. _____ reconnaît qu'il est incapable de travailler à 50% au-delà du 30 septembre 2009 aussi longtemps que son état de santé ne présente pas d'amélioration lui permettant d'envisager une activité professionnelle dans une activité adaptée à un taux supérieur à 50%. L'intimée conclut dès lors à ce que la demande (sic) soit partiellement rejetée dans le sens des considérants et que sa prise de position du 5 août 2009 soit partiellement confirmée, également dans le sens des considérants.

Dans sa réplique du 7 février 2010 (recte: 2011), le recourant, par son conseil, conclut que soit constaté son droit à percevoir des indemnités journalières, soit 21'977 fr. 50, au-delà du 30 septembre 2009, subsidiairement que le dossier soit renvoyé à l'assureur intimé pour nouvelle instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants. Il explique notamment être d'accord avec le fait qu'une éventuelle surindemnisation donne droit à une restriction des prestations

subsidiairement au remboursement de certaines d'entre elles, respectivement à la perception directe auprès de l'assureur social du montant qui excède la surindemnisation. Il expose en outre que seul fait encore débat l'existence ou non d'une capacité de travail théorique résiduelle dans une activité adaptée. Il relève par ailleurs que les parties peuvent s'entendre sur le montant de l'indemnité journalière de 147 fr. 50 tel qu'il figure sur le certificat d'assurance 2009 après passage à l'assurance individuelle. A titre d'arguments complémentaires, il fait valoir qu'il a obtenu un passage à l'assurance individuelle, que l'OAI a rendu le 6 mai 2010 un projet d'acceptation de rente selon lequel il a droit dès le 1^{er} juin 2009 à une demi-rente d'invalidité fondée sur un taux d'invalidité de 52%, si bien que l'assureur intimé a des perspectives supplémentaires d'obtenir des remboursements du chef d'une probable surindemnisation pour les prestations versées dès le 1^{er} juin 2009, et qu'il estime avoir droit à un $\frac{3}{4}$ de rente AI et non une demi-rente. Il fait également valoir qu'il a de la peine à se débrouiller sur le marché de l'emploi et pour toutes démarches administratives, ce qui doit être pris en compte dans l'examen de ses capacités théoriques de réadaptation professionnelle, y compris s'agissant de la couverture en perte de gain maladie. Il maintient qu'une expertise ou des investigations supplémentaires nouvelles sont nécessaires. Il précise que les prestations revendiquées sont limitées à 720 jours, à compter du 7 mars 2008, compte tenu du délai d'attente, et qu'elle ont été servies jusqu'au 30 septembre 2009, qu'il a ainsi reçu 571 indemnités journalières, et que la différence reste donc ouverte, soit 149 indemnités journalières (720 - 571), correspondant à un solde de prétentions de 21'977 fr. 50 (149 X 147 fr. 50). En dernier lieu, il suggère une audience de conciliation. Il produit diverses pièces, parmi lesquelles le projet d'acceptation de rente de l'OAI du 6 mai 2010, ses observations y relatives, une attestation médicale du Dr K. _____ du 16 novembre 2010 dans laquelle ce médecin certifie que la capacité de travail de son patient est nulle dans son activité antérieure de maçon mais qu'il persiste un potentiel résiduel de 40 à 50% dans une activité industrielle légère, la preuve de ses recherches d'emploi du mois de décembre 2010, un rapport de stage [...] du 7 octobre 2009 selon lequel il a des capacités pour travailler à 50% dans l'industrie légère pour autant qu'il n'ait pas de

charges à porter, ses certificats d'assurance 2009 et 2010, son courrier du 16 décembre 2010 selon lequel il est apte à travailler à 50% et entend s'inscrire à l'Office régional de placement, ainsi qu'une décision de Revenu d'insertion.

Dans sa duplique du 3 mars 2011, S._____ maintient ses déterminations antérieures selon lesquelles le recourant présente une capacité résiduelle de 50% dans une profession adaptée, et ce au plus tard depuis la fin du stage [...], soit depuis le 9 octobre 2009. Elle est d'avis que la demande de nouvelle expertise est infondée et superflue et qu'une audience de conciliation n'est pas nécessaire, seules restant ouvertes les questions de l'épuisement du recourant de son droit aux prestations et de la surindemnisation entre les prestations de S._____ et de l'AI entre le 1^{er} juin 2009 et le 30 septembre 2009. A cet égard, la caisse requiert du recourant qu'il lui transmette toutes les informations qu'il pourrait détenir.

E n d r o i t :

1. a) Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-maladie (art. 1 LAMal [loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie, RS 832.10]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 et 58 LPGA). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA). Les délais en jours ou en mois fixés par la loi ou par l'autorité ne courent pas du 15 juillet au 15 août inclusivement (art. 38 al. 4 let. b LPGA).

En l'espèce, le recours a été interjeté dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision attaquée compte tenu des fêtes estivales; il satisfait en outre aux autres conditions légales (art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il est recevable en la forme.

b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, s'applique aux recours dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est donc compétente pour statuer dans la présente cause (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD).

2. a) En tant qu'autorité de recours contre des décisions prises par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière – et le recourant présenter ses griefs – que sur les points tranchés par cette décision; de surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont des liens étroits avec la question litigieuse (ATF 125 V 413 consid. 2c, 110 V 48 consid. 4a; RCC 1985 p. 53).

b) Est en l'espèce litigieux le droit du recourant à des indemnités journalières pour perte de gain de la part de S. _____ au-delà du 30 septembre 2009.

3. a) Aux termes de l'art. 67 LAMal, toute personne domiciliée en Suisse ou qui y exerce une activité lucrative, âgée de quinze ans révolus, mais qui n'a pas atteint 65 ans, peut conclure une assurance d'indemnités journalières avec un assureur (al. 1). L'assurance d'indemnités journalières peut être conclue sous la forme d'une assurance collective (al. 3, 1^{ère} phrase). L'art. 71 LAMal dispose que lorsqu'un assuré 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 (al. 1, 1^{ère} phrase). Celui-ci doit faire en sorte que l'assuré soit renseigné par écrit sur son droit de passage dans l'assurance individuelle; s'il omet de le faire, l'assuré reste dans l'assurance collective; l'assuré doit faire valoir son droit de passage dans les trois mois qui suivent la réception de la communication (al. 2).

Selon l'art. 72 LAMal, l'assureur convient avec le preneur d'assurance du montant des indemnités journalières assurées. Ils peuvent limiter la couverture aux risques de la maladie et de la maternité (al. 1). Le droit aux indemnités journalières prend naissance lorsque l'assuré a une capacité de travail réduite au moins de moitié (art. 6 LPGA). A défaut d'accord contraire, le droit prend naissance le troisième jour qui suit le début de la maladie. Le versement des prestations peut être différé moyennant une réduction correspondante du montant de la prime. Lorsque la naissance du droit à l'indemnité journalière est subordonnée à un délai d'attente convenu entre les parties, durant lequel l'employeur est tenu de verser le salaire, ce délai peut être déduit de la durée minimale du versement de l'indemnité journalière (al. 2). Ainsi, selon l'art. 72 al. 2 LAMal, le versement d'une indemnité journalière d'assurance-maladie suppose une incapacité de travail. 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 (ATF 129 V 51 consid. 1.1 p. 53; GEBHARD EUGSTER, *Krankenversicherung*, in: *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit*, 2^{ème} édition, Bâle 2007, p. 783 ch. 1124). Pour déterminer le taux de l'incapacité de travail, il faut, selon la jurisprudence, 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 revanche, l'estimation médico-théorique de l'incapacité de travail n'est pas déterminante (RAMA 2005 KV 342 p. 356; ATF 114 V 281 consid. 1c p. 283; cf. également EUGSTER, *ibidem*).

En vertu de l'art. 72 al. 3 LAMal, les indemnités journalières doivent être versées, pour une ou plusieurs maladies, durant au moins 720 jours dans une période de 900 jours et l'art. 67 LPGA n'est pas applicable. En cas d'incapacité partielle de travail, une indemnité journalière réduite en conséquence est versée pendant la durée prévue à l'al. 3. La couverture d'assurance est maintenue pour la capacité de travail résiduelle (art. 72 al. 4 LAMal). Selon l'art. 72 al. 5 LAMal, lorsque les

indemnités journalières sont réduites par suite d'une surindemnisation au sens de l'art. 78 LAMal et de l'art. 69 LPGa, la personne atteinte d'une incapacité de travail a droit à l'équivalent de 720 indemnités journalières complètes. Les délais relatifs à l'octroi des indemnités journalières sont prolongés en fonction de la réduction (art. 72 al. 5, 2^{ème} phrase LAMal).

Les al. 2 à 5 de l'art. 72 LAMal sont impératifs (ATF 129 V 51 consid. 1.1).

Les conditions particulières de l'assurance collective d'une indemnité journalière, catégorie BE, édition du 1^{er} janvier 2003, par ailleurs applicables en l'espèce prévoient à l'art. 7, ch. 14 que l'indemnité journalière est versée pour une ou plusieurs incapacités de travail durant 720 jours dans une période de 900 jours. Sont imputés sur cette durée les jours pendant lesquels les assurés ont reçu des indemnités journalières de l'assureur dont ils sortent. Selon l'art. 7 ch. 15, lorsque l'indemnité journalière est réduite pour éviter la surindemnisation, par exemple: - quand l'assuré reçoit des prestations d'assurances sociales telles que rente AVS, AI, LAA, LPP, etc.; - quand l'assuré reçoit des indemnités journalières d'autres assureurs, la durée du droit aux prestations est prolongée proportionnellement à la réduction effectuée. L'assuré doit toutefois acquitter sa prime correspondant à l'indemnité pleine, tant que le droit aux prestations est encore en vigueur.

Selon l'art. 78 LAMal, le Conseil fédéral peut régler la coordination des indemnités journalières; il veille à ce que les prestations de l'assurance-maladie sociale ou leur concours avec celles d'autres assurances sociales ne conduisent pas à la surindemnisation des assurés ou des fournisseurs de prestations, notamment en cas d'hospitalisation. Le Conseil fédéral a fait usage de cette délégation de compétence notamment par l'adoption de l'art. 110 OAMal (Ordonnance du 25 juin 1995 sur l'assurance-maladie, RS 832.102) en vertu duquel: "Dans la mesure où, dans un cas d'assurance, des prestations de l'assurance-maladie sont en concours avec des prestations de même nature de l'assurance-accidents au sens de la LAA, de l'assurance militaire, de

l'assurance-vieillesse et survivants, de l'assurance-invalidité ou de la loi du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain, les prestations de ces autres assurances sociales doivent être allouées en priorité". Selon l'art. 69 LPGA, le concours de prestations des différentes assurances sociales ne doit pas conduire à une surindemnisation de l'ayant droit. Ne sont prises en compte dans le calcul de la surindemnisation que des prestations de nature et de but identiques qui sont accordées à l'assuré en raison de l'événement dommageable (al. 1). Il y a surindemnisation dans la mesure où les prestations sociales légalement dues dépassent, du fait de la réalisation du risque, à la fois le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé, les frais supplémentaires et les éventuelles diminutions de revenu subies par les proches (al. 2). Les prestations en espèces sont réduites du montant de la surindemnisation. Sont exceptées de toute réduction les rentes de l'AVS et de l'AI, de même que les allocations pour impotents et les indemnités pour atteinte à l'intégrité. Pour les prestations en capital, la valeur de la rente correspondante est prise en compte (al. 3). Enfin, en vertu de l'art. 68 LPGA, les indemnités journalières et les rentes de différentes assurances sociales sont cumulées, sous réserve de surindemnisation.

b) Le degré de l'incapacité de travail doit être fixé sur la base de la profession exercée jusqu'alors, aussi longtemps qu'on ne peut raisonnablement exiger de l'assuré qu'il mette à profit sa capacité de travail résiduelle dans une autre branche professionnelle (obligation de diminuer le dommage; ATF 129 V 460 consid. 4.2 p. 463, ATF 114 V 281 consid. 1d p. 283). Ce principe a été codifié à l'art. 6 deuxième phrase LPGA, qui prévoit qu'en cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité raisonnablement exigible peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité (GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2^{ème} édition, Bâle 2007, p. 784 ch. 1127). Dans l'hypothèse où un assuré, en vertu de son obligation de diminuer le dommage, doit s'astreindre à changer de profession, 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 (TF K 14/99 du 7 février 2000, publié in: RAMA 2000 KV 112 p. 122 consid. 3a p. 123; ATF 133 III 527 consid. 3.2.1; cf. aussi art. 21 al. 4 LPGA). 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 (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1; voir aussi SJ 2000 II 429, p. 440). 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 jusqu'ici et le revenu qui est obtenu ou pourrait raisonnablement être réalisé dans la nouvelle profession (ATF 114 V 281 consid. 3c in fine; TF K 31/04 du 9 décembre 2004 consid. 2.2; TF K 121/03 du 10 août 2004 consid. 4.2.1; TF K 191/00 du 21 août 2001 consid. 2a).

c) Conformément au principe de la libre appréciation des preuves (cf. art. 61 let. c LPGA), le juge apprécie librement les preuves, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Dans le domaine médical, le juge doit ainsi examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, avant de décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux (TF 9C_168/2007 du 8 janvier 2008 consid. 4.2). Si les rapports médicaux sont contradictoires, il ne peut trancher l'affaire sans apprécier l'ensemble des preuves et sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion médicale plutôt que sur une autre. L'élément déterminant pour la valeur probante d'un rapport médical n'est ni son origine, ni sa désignation, mais son contenu (TF 8C_862/2008 du 19 août 2009 consid. 4.2). A cet égard, il importe que les points litigieux importants aient fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne en considération les plaintes exprimées par l'assuré, qu'il ait été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description des interférences médicales soit claire, enfin que les conclusions du rapport soient dûment motivées (ATF 125 V 351 consid. 3a;

TF 9C_168/2007 du 8 janvier 2008 consid. 4.2 et les références citées; TF 8C_862/2008 du 19 août 2009 consid. 4.2).

La jurisprudence attache une présomption d'objectivité aux expertises ordonnées par l'assureur pour résoudre un cas litigieux, dans toute la mesure où les rapports y relatifs remplissent les exigences requises (cf. TF I 110/06 du 9 février 2007 consid. 1.3 in fine). A l'inverse, les constatations émanant de médecins consultés par l'assuré ne doivent être admises qu'avec réserve; il convient en effet de tenir compte du fait que, de par la position de confidents privilégiés que leur confère leur mandat, les médecins traitants ont généralement tendance à se prononcer en faveur de leurs patients (cf. ATF 125 V 351 consid. 3b/cc et les références; TF 8C_862/2008 du 19 août 2009 consid. 4.2). On ne saurait ainsi remettre en cause les conclusions d'une expertise ordonnée par l'administration, respectivement procéder à de nouvelles investigations, du seul fait qu'un ou plusieurs médecins traitants ont une opinion divergente; il n'en va différemment que si ces médecins traitants font état d'éléments objectivement vérifiables ayant été ignorés dans le cadre de l'expertise, et qui sont suffisamment pertinents pour remettre en cause les conclusions de l'expert (TF 9C_142/2008 du 16 octobre 2008 consid. 2.2 et les références; cf. également TF 9C_220/2007 du 7 avril 2008 consid. 4.4).

d) Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde généralement sa décision sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération. En droit des assurances sociales, il n'existe par conséquent pas de principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 135 V 39 consid. 6.1 et les références).

4. En l'espèce, le litige porte sur la capacité de travail du recourant dès le 1^{er} octobre 2009 et sur la suppression de son droit à l'indemnité journalière à partir de cette date.

a) S'agissant des atteintes à la santé présentées par le recourant, tous les praticiens s'accordent à retenir que celui-ci ne peut plus exercer son activité habituelle de maçon, et que sa capacité de travail dans cette activité est nulle (cf. rapports médicaux du Dr Z. _____ des 8 mai 2008 et 5 décembre 2008, lettre de sortie du Dr V. _____ du 23 février 2009, lettre du Dr V. _____ du 24 mars 2009, courrier du Dr Z. _____ du 19 juin 2009, rapport médical du 6 juillet 2009 du Dr Q. _____, et rapport médical du 5 août 2009 du Dr F. _____). Le Dr G. _____ a certes prévu une reprise du travail à 50% dès le 1^{er} novembre 2008, puis à 100% dès le 1^{er} décembre 2008, mais la tentative de reprise de l'activité s'est soldée par un échec. Il convient ainsi de retenir que le recourant n'est plus en mesure d'exercer son activité habituelle.

b) S'agissant de sa capacité de travail dans une activité adaptée, seul le Dr Z. _____ est d'avis qu'elle est entière (courrier du 19 juin 2009). Cependant, dans ses écritures, S. _____ a admis sur la base des conclusions du SMR dans son rapport du 5 août 2009 (Dr F. _____) que le recourant est incapable de travailler à 50% au-delà du 30 septembre 2009. Cette appréciation est confirmée par le Dr Q. _____ dans son rapport médical du 6 juillet 2009, ainsi que par le Dr V. _____ (cf. courrier de ce dernier au Dr K. _____ du 25 mai 2009). Pour le surplus, même le médecin traitant du recourant, le Dr K. _____, admet une capacité de travail de 50% (attestation médicale du 16 novembre 2010). Dans ces conditions, et dès lors que sous réserve de l'appréciation du Dr Z. _____, dont l'intimée s'est au demeurant écartée, tous les médecins apprécient de manière concordante l'état de santé du recourant, il y a lieu de retenir que ce dernier présente bien une capacité de travail résiduelle de 50% dans une activité adaptée, et ce depuis octobre 2009 à tout le moins (rapport de stage [...] du 7 octobre 2009, rapport du Dr F. _____ du SMR du 5 août 2009).

Pour le surplus, le délai pour que le recourant mette à profit sa capacité de travail résiduelle dans une activité adaptée retenu par l'intimée dans sa décision du 23 juin 2009, au 30 septembre 2009, apparaît approprié à la situation. Il n'est par ailleurs pas contesté.

En conséquence, la Cour constate que le recourant présente une incapacité de travail de 50% au-delà du 30 septembre 2009, dans toute activité. Dès le 1^{er} octobre 2009, la caisse doit ainsi tenir compte, dans l'examen du droit aux indemnités journalières, de la mise à profit d'une capacité résiduelle de travail de 50%. L'instruction du dossier au plan médical étant claire, on ne voit pas, dans ce contexte, ce que la mesure d'instruction supplémentaire sollicitée par le recourant, à savoir la mise en œuvre d'une expertise pluridisciplinaire, pourrait apporter de plus. En effet, l'autorité peut renoncer à accomplir certains actes d'instruction si, en se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves, elle est convaincue que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne peuvent plus modifier cette appréciation (ATF 130 II 425 consid. 2.1).

5. Il résulte de ce qui précède que l'intimée n'était pas fondée à nier le droit du recourant à l'indemnité journalière en cas de maladie au-delà du 30 septembre 2009, dès lors qu'il est constaté que l'incapacité de travail du recourant est de 50% dans toute profession au-delà de cette date. Le dossier est dès lors retourné à l'intimée pour décision après instruction complémentaire sur l'étendue du droit, au plan temporel, et sur sa quotité au regard d'une éventuelle surindemnisation.

6. a) La procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires.

b) Le recourant, plaidant au bénéfice de l'assistance judiciaire et obtenant gain de cause avec le concours d'un avocat d'office, a droit à des dépens (art. 61 let. g LPGA, art. 55 al. 1 LPA-VD), à fixer selon l'importance du litige et la complexité de la cause, ainsi que compte tenu des opérations nécessaires effectuées par son avocat. Les dépens, qui

doivent être fixés par la Cour des assurances sociales (art. 91 et 99 LPA-VD) sont arrêtés à 2'500 fr. Le montant couvrant intégralement l'indemnité due à Me Olivier Carré pour l'assistance judiciaire, cette question devient sans objet.

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

- I. Le recours est admis.

- II. La décision sur opposition rendue le 5 août 2009 par S. _____ Caisse maladie-accident est annulée, la cause lui étant renvoyée pour complément d'instruction au sens des considérants puis nouvelle décision.

- III. S. _____ Caisse maladie-accident versera au recourant la somme de 2'500 fr. (deux mille cinq cent francs) à titre de dépens.

- IV. Il n'est pas perçu d'émolument judiciaire.

La présidente :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Olivier Carré, avocat (pour M. _____),
- S. _____ Caisse maladie-accident,
- Office fédéral de la santé publique,

par l'envoi de photocopies.

Cet arrêt est communiqué, par courrier électronique, au Service juridique et législatif.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :