

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 30 mars 2012

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

Cause pendante entre :

R._____, à [...], recourant, représenté par Me Roberto Izzo, avocat à Lausanne,

et

Q._____ **CAISSE MALADIE-ACCIDENT**, à [...], intimée.

Art. 72 al. 2 et 73 al. 1 LAMal

E n f a i t :

A. **a)** R. _____ (ci-après: l'assuré), né en 1968, a travaillé en qualité d'ouvrier maraîcher auprès de B. _____ du 19 octobre 1998 au 31 décembre 2006. Il a présenté dès le 6 mars 2006 des périodes d'incapacité (100% du 6 mars au 2 avril, 50% du 3 avril au 7 mai, 100% du 8 au 21 mai, 50% du 22 mai au 11 juin, 100% du 12 juin au 2 juillet, 50% du 3 au 12 juillet, 100% du 13 au 18 juillet; cf. correspondance de Q. _____ du 17 août 2006 à L. _____). Par l'intermédiaire du contrat collectif souscrit par son employeur, Q. _____ Caisse maladie-accident (ci-après: Q. _____) est intervenue dans l'indemnisation de son incapacité de travail. Le 27 octobre 2006, cette dernière a rendu la décision suivante:

«Après avoir transmis à l'examen de notre médecin-conseil les certificats médicaux attestant votre incapacité de travail depuis le 6 mars 2006, ce dernier nous informe que sur la base des informations dont il dispose:

- pour des raisons médicales votre incapacité de travail est de 100% dans votre emploi actuel
- toutefois, votre capacité de travail est de 50% durant la période du 1^{er} octobre 2006 au 31 janvier 2007, puis de 100% dès le 1^{er} février 2007, ceci dans un emploi adapté à votre état de santé, savoir avec port de charge maximum de 5 kg.

[...]

Dans ces conditions, comme vous n'êtes pas en mesure de continuer de par votre état de santé actuel l'activité professionnelle que vous exercez jusque là, Q. _____ continuera donc à vous verser les indemnités journalières pendant un laps de temps suffisant pour vous permettre de trouver un emploi adapté à votre état de santé, à savoir au maximum jusqu'au 31 janvier 2007.

[...]

Au vu de ce qui précède, sur présentation, chaque mois, d'un certificat médical, nous verserons à M. B. _____, les indemnités journalières dues, mais au plus tard jusqu'au 31 décembre 2006 (fin des rapports de travail).

Durant la période du 1^{er} au 31 janvier 2007, il est bien entendu qu'à la condition que vous souscriviez une couverture d'indemnités journalières individuelles en cas d'incapacité de travail, nous vous verserons les indemnités dues.»

Cette décision est entrée en force.

Par décision du 27 février 2007, l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après: l'OAI) a rejeté la demande de mesures d'ordre professionnel et de rente de l'assuré, retenant en substance que dans des activités adaptées à ses limitations fonctionnelles ne nécessitant pas de qualifications particulières, sa capacité de travail était estimée à 100%.

b) R._____ a fait savoir à Q._____ le 8 janvier 2007 qu'il souhaitait transférer son assurance facultative d'indemnité journalière collective de 124 fr. dès le 22^{ème} jour à un assurance facultative d'indemnité journalière individuelle de 124 fr. dès le 22^{ème} jour avec effet au 1^{er} janvier 2007. Il a ainsi été assuré auprès de Q._____, pour une indemnité journalière de 124 fr., assortie d'un délai d'attente de 21 jours (cf. certificats d'assurance 2008 pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2008, et 2009, pour la période du 1^{er} janvier au 31 mars 2009).

L'assuré a demandé à bénéficier d'indemnités journalières chômage à compter du 7 mars 2007 (cf. demande d'indemnité de chômage du 8 mars 2007). Un délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert du 7 mars 2007 au 6 mars 2009.

Le Dr Z._____, spécialiste en médecine générale, a établi le 6 mars 2007 un certificat médical à la teneur suivante:

«Le médecin soussigné atteste que le (la) patient(e) sus-nommé(e) souffre de lombalgies chroniques depuis 1 année. Dans ce cadre le patient a été mis au bénéfice d'un AT à 100%. Suite à l'expertise de la Q._____ qui assurait la perte de gain, une capacité de travail à 100% depuis le 1.2.2007 dans le cadre d'un travail léger avec des charges maximales de 5 kg a été reconnue.

Par ailleurs une demande de réinsertion professionnelle a été refusée par l'Al.

Même si j'émet des doutes quant à la possibilité réelle d'un patient peu qualifié à trouver une telle activité, je reconnais qu'elle reste possible. Dès lors le patient doit être considéré comme [apte] à la recherche d'un emploi tel que décrit ci-dessus à partir du 1.2.2007.»

Il résulte des décomptes produits que l'assuré a touché des indemnités journalières chômage de mars 2007 à août 2008.

Le 18 septembre 2008, Q._____ a invité le Dr Z._____ à remplir un rapport médical concernant l'assuré en raison d'une incapacité de travail intervenue dès le 13 juillet 2008. Donnant suite à cette requête le 24 septembre 2008, le Dr Z._____ a posé les diagnostics avec répercussion sur la capacité de travail de lombalgies chroniques existant depuis le 6 mars 2006, ainsi que d'entorse au poignet droit depuis le 20 septembre 2008. Il retenait en outre sans répercussion sur la capacité de travail un état dépressif. Il précisait que son patient présentait une incapacité de travail de 100% depuis le 13 juillet 2008 et que le pronostic était sombre.

Par certificat médical du 1^{er} octobre 2008, le Dr Z._____ a indiqué que son patient avait été en arrêt de travail à 100% pour cause de maladie du 13 juillet 2008 au 21 septembre 2008, et qu'il était actuellement en arrêt à 100% pour cause d'accident à compter du 21 septembre 2008, pour une durée indéterminée.

Par décision du 20 octobre 2008, Q._____ a fait savoir à l'assuré que l'annonce du cas ne lui était parvenue que le 4 septembre 2008, alors que par correspondance du 13 mai 2008, elle l'avait informé des modalités de l'annonce d'une incapacité de travail ainsi que des conséquences en cas de retard de l'envoi du certificat médical. Elle lui faisait ainsi savoir que la prise en compte de l'incapacité ne commencerait qu'à partir du 29 août 2008. Par ailleurs, elle notait que l'incapacité de travail qui avait débuté le 13 juillet 2008 relevait selon son médecin-conseil d'une suite de traitement de celle débutée le 11 février 2008, et qu'elle découlait de deux affections différentes, soit un cas maladie du 13 juillet au 20 septembre 2008, et un cas accident dès le 21 septembre 2008. Q._____ invitait dès lors l'assuré à s'annoncer auprès de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (ci-après: CNA) pour le cas accident ayant débuté le 21 septembre 2008.

Dans un rapport médical du 11 novembre 2008 au Dr Z._____, le Dr P._____, spécialiste en médecine interne et rhumatologie, a posé les diagnostics de cervico-lombalgies chroniques aspécifiques dans le cadre de troubles statiques modérés et d'un syndrome d'amplification des symptômes. Pour ce médecin, le tableau clinique douloureux de l'assuré semblait clairement chronifié et cristallisé, sous forme de rachialgies ubiquitaires aspécifiques prédominantes aux niveaux lombaire et cervical. Le Dr P._____ relevait encore une indiscutable discordance entre les allégations douloureuses quasi ubiquitaires de l'intéressé et les constatations objectives de l'examen clinique (fort retreintes en éléments pathologiques) et de l'examen IRM.

Selon le décompte d'indemnités journalières de la CNA du 20 novembre 2008, l'assuré a perçu des indemnités journalières de cette assurance à 100% du 23 septembre au 30 novembre 2008.

Le Dr K._____, spécialiste en médecine générale et médecin-conseil de Q._____, a examiné l'assuré à sa consultation le 11 décembre 2008. Il a indiqué dans son rapport médical du 15 décembre 2008 à Q._____ que ce dernier devait être considéré comme apte au travail dans n'importe quelle activité, sauf port de charges à répétition de plus de 5-10 kg, dès le 22 décembre 2008. Le Dr K._____ a précisé que c'était à l'assurance-chômage d'assumer la perte de gain de l'assuré et que ce dernier s'était annoncé à l'assurance-invalidité et avait essuyé un refus d'entrer en matière de cette institution.

Le 15 décembre 2008, le Dr K._____ a en outre adressé un rapport médical au Dr Z._____, dont la conclusion était la suivante:

«En l'état actuel, Monsieur R._____ me paraît plutôt enlisé dans un état de rachialgies chroniques, sans réel substrat organique. Je pense que le problème de l'assuré est plutôt d'ordre socioprofessionnel.

En effet, comme je l'ai dit plus haut, son droit au chômage arrive à échéance, et il n'a d'autre possibilité que de s'annoncer à l'assurance maladie pour pouvoir être indemnisé. Je pense que cela n'est pas justifié, ce que je confirme à Q._____.

J'ai incité Monsieur R. _____ à se réinscrire au chômage jusqu'à la fin de son droit, et de tenter de retrouver une activité professionnelle où l'on pourrait considérer qu'une limitation discrète du port de charge (5-10 kg maximum), serait envisageable. En dehors de cette limitation, toute autre activité est possible. Ce que je confirme à Q. _____.»

Par courrier du 16 décembre 2008, la caisse de chômage T. _____ a interpellé Q. _____ sur le point de savoir si elle avait reconnu à l'assuré un droit à des indemnités journalières pour les mois de juillet et août 2008. Q. _____ lui a alors communiqué sa décision du 20 octobre 2008 le 9 janvier 2009, ainsi qu'un décompte du 27 octobre 2008, selon lequel un montant de 2'852 fr. avait été versé à l'assuré pour la période du 29 août au 20 septembre 2008 (savoir 23 jours indemnisés pour un montant journalier de 124 fr.).

Par décision du 19 décembre 2008, Q. _____ a relevé que l'incapacité de travail était médicalement justifiée à 100% du 1^{er} au 21 décembre 2008, puis à 0% dès le 22 décembre 2008, sur la base de l'examen de son médecin-conseil du 11 décembre 2008. Elle précisait encore que selon ce dernier, la capacité de travail était de 100% dans un emploi adapté à son état de santé, soit sans port de charge à répétition de plus de 5-10 kg. Elle conseillait ainsi à l'assuré de s'adresser à sa caisse de chômage.

Par l'intermédiaire de L. _____, l'assuré a formé opposition à cette décision le 16 janvier 2009, au motif que le Dr W. _____, spécialiste en psychiatrie et psychothérapie, comme le Dr Z. _____, attestait une incapacité de travail de 100% pour les mois de décembre 2008 et janvier 2009. Il a joint à son envoi un certificat médical du Dr Z. _____ attestant d'une incapacité de travail entière ayant débuté le 1^{er} décembre 2008, le travail pouvant être repris à 100% le 1^{er} février 2009, ainsi que le certificat médical du Dr W. _____ du 15 janvier 2009 attestant une incapacité de travail totale du 1^{er} décembre 2009 [recte: 2008] au 31 janvier 2009 compris.

Le 19 janvier 2009, l'assuré, désormais représenté par un avocat, a complété son opposition, se prévalant du fait que le Dr Z._____ avait attesté d'une incapacité de travail à 100% jusqu'au 1^{er} février 2009.

Le 21 janvier 2009, L._____ a en outre transmis à Q._____ un certificat médical du 20 janvier 2009 du Dr Z._____, selon lequel son patient avait été en arrêt de travail à 100% pour cause de maladie du 1^{er} septembre 2008 au 21 septembre 2008, puis pour cause d'accident du 21 septembre 2008 au 1^{er} décembre 2008, et dès cette date, et pour une durée indéterminée, à nouveau en arrêt pour cause de maladie. Dans un autre certificat du même jour, ce praticien a indiqué que son patient était en incapacité de travail pour maladie en raison d'une pathologie psychiatrique suivie par lui-même et le Département de psychiatrie universitaire, l'incapacité de travail ayant débuté le 1^{er} décembre 2008 pour une durée indéterminée. Dans un dernier certificat médical toujours daté du 20 janvier 2009, le Dr Z._____ a noté que son patient présentait une incapacité de travail à 100% pour cause de maladie dès le 1^{er} décembre 2008, le travail pouvant être repris le 2 mars 2009.

Par courrier du 16 février 2009, Q._____ a interpellé le Dr Z._____ en ces termes:

«En préambule, nous vous rappelons que, selon les documents en notre possession, notre assuré prénommé a été en arrêt de travail, pour cause de maladie, du 13 juillet au 20 septembre 2008.

Nous nous référons à votre nouveau certificat médical du 20 janvier 2009 qui remplace et annule les précédents certificats. A savoir, ceux établis les 1^{er} septembre 2008 et 1^{er} octobre 2008, dont nous vous joignons copie.

Au vu de ce qui précède, nous avons pris bonne note du fait que l'incapacité de travail susmentionnée aurait débuté le 1^{er} septembre 2008.

Toutefois, vu votre rapport médical détaillé, complété le 24 septembre 2008, notre médecin-conseil nous prie de vous demander de bien vouloir justifier de manière détaillée les raisons d'un tel changement de date de début de cette incapacité de travail.»

Le 27 février 2009, le Dr Z._____ a adressé le rapport médical reproduit ci-dessous au médecin-conseil de Q._____:

«En ce qui concerne l'incapacité de travail du patient, la date du 1^{er} juillet fait référence à un certificat médical rédigé à l'attention du chômage et à lui seul pour signifier une incapacité de travail à 100% dans la profession d'horticulteur et ce depuis le 13.7.2006. Une erreur de frappe dont je suis coupable a fait mention d'une incapacité à partir du 13.07.2008 (certificat daté du 1.10.2008). Dans la volonté de corriger cette erreur j'ai rédigé le 20.1.2009 un certificat corrigeant la date du début de l'arrêt de travail à l'intention de l'APG pour le 1.9.2008. Le patient a par la suite été en incapacité de travail pour cause accident du 21.9.2008 au 1.12.2008. Il est actuellement en incapacité de travail à 100% depuis le 1.12.2008 et ce pour raisons psychiatriques et est actuellement suivi par le Dr W._____. Durant la période de juillet à août 2008 le patient a effectué des recherches d'emploi et participé à un cours IPT dans le cadre du chômage.»

Complétant son opposition le 13 mars 2009, l'assuré, par son conseil, s'est référé au rapport médical du 27 février 2009 du Dr Z._____ au Dr K._____, selon lequel il était en incapacité de travail à 100% depuis le 1^{er} décembre 2008. Il sollicitait en outre, dès lors que l'avis de son médecin-conseil était divergent de celui des Drs Z._____ et W._____, une expertise indépendante.

Q._____ a sollicité des renseignements complémentaires du Dr W._____. Dans un rapport médical du 27 juillet 2009 au Dr K._____, le Dr W._____ a indiqué que l'assuré avait consulté le département de psychiatrie du CHUV fin décembre 2008. Il posait les diagnostics de trouble somatoforme douloureux et d'état dépressif sévère sans symptômes psychotiques. A la question «quelle est l'influence de ses troubles sur sa capacité de travail en sachant que M. R._____ est au chômage», le Dr W._____ a répondu qu'au vu de la symptomatologie psychiatrique présentée, il lui semblait en incapacité de travail à 70% en tout cas, avec la précision qu'il intervenait, avec la psychologue S._____, en qualité de thérapeutes de groupe et n'était pas dans une position adéquate pour juger de la capacité de travail. Il précisait que l'assuré était suivi depuis avril 2009 par le Dr D._____, spécialiste en psychiatrie et psychothérapie. Il notait qu'il n'avait pas établi de certificats médicaux

d'incapacité de travail et que le pronostic d'évolution de l'assuré lui paraissait actuellement réservé.

Le 24 août 2009, Q. _____ a fait savoir au conseil de l'assuré qu'elle annulait purement et simplement sa décision du 19 décembre 2008, retenant pour le surplus ce qui suit:

«[...] sur la base des documents en sa possession, notamment un rapport médical du 27 juillet 2009 établi par le Dr W. _____ de [...], Polyclinique du Département de psychiatrie à Lausanne, notre médecin-conseil nous informe que l'incapacité de travail de notre assuré prénommé relève de 2 affections différentes, à savoir:

1^{ère} affection:

- 100% du 1^{er} au 21 décembre 2008,
- 0% dès le 22 décembre 2008.

2^{ème} affection:

- 70% dès le 1^{er} décembre 2008.

Nous attirons votre attention sur l'article 30, lettre b de nos conditions d'assurance qui stipule que «le délai d'attente est appliqué pour chaque nouveau cas de maladie ou d'accident.»

Au vu de ce qui précède, nous allons indemniser les incapacités de travail susmentionnées comme suit:

1^{ère} affection:

Cette incapacité de travail relève d'une suite de traitement de l'incapacité de travail débutée le 13 juillet 2008, ce qui signifie que le délai d'attente n'a pas été pris en compte pour cet arrêt (cf. décompte du 22 décembre 2008).

- du 1^{er} décembre 2008 au 21 décembre 2008, soit 21 jours à 100%

2^{ème} affection:

- du 1^{er} décembre 2008 au 21 décembre 2008, soit 21 jours compris dans le délai d'attente
- du 22 décembre 2008 au 31 mars 2009, soit 100 jours à 70%

Fr. 8'680,00

Conformément à l'assignation en paiement reçu du CSR à [...], le montant de Fr. 8'680,00 sera directement porté en leur faveur sur notre prochain décompte de prestations.

Pour le surplus, au-delà du 31 mars 2009, nous attirons votre attention sur notre lettre du 2 juillet 2008 et vous confirmons que la couverture perte de gain a été clôturée au 31 mars 2009 suite à l'expiration de son droit aux indemnités de chômage.»

B. Par acte du 24 septembre 2009, R._____, par son conseil, a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, en concluant à l'annulation de la décision de l'intimée du 24 août 2009, à ce qu'il a droit à de pleines et entières indemnités journalières perte de gain maladie dès le 1^{er} décembre 2008, jusqu'à épuisement des 720 indemnités journalières prévues contractuellement, que le rapport d'assurance le liant à l'intimée est maintenu jusqu'à l'épuisement du droit aux indemnités et que le dossier est renvoyé à celle-ci pour qu'elle procède au calcul et verse en sa faveur les indemnités assurées jusqu'à concurrence de l'équivalent du solde des indemnités journalières pleines et entières à percevoir sur les 720 indemnités journalières auxquelles il a droit tant que perdure l'incapacité de travail. En substance, le recourant conteste la date à laquelle l'intimée a mis fin à ses prestations ainsi que la réduction de 70% du taux d'indemnisation. Il soutient ainsi que l'intimée ne pouvait se contenter de relever que son droit à l'indemnité de chômage cessait au 31 mars 2009 pour en déduire que cela emportait la fin de son droit à la couverture perte de gain LAMal (loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie, RS 832.10). Il lui incombait plutôt d'examiner s'il subissait une perte de gain, dans la mesure où il aurait pris un emploi s'il n'était pas malade. Il explique s'être retrouvé en incapacité de travail déjà en 2006 lorsqu'il oeuvrait pour le compte de l'entreprise B._____ à [...], au point que l'employeur a mis fin au contrat de travail compte tenu des absences répétées dues à sa maladie. Il estime que l'on se trouve dès lors dans le cas de figure où les rapports de travail ont été résiliés à un moment où il était déjà en incapacité de travail en raison d'une maladie, de sorte qu'il existe une présomption selon laquelle il exercerait une activité lucrative s'il n'était pas malade. Le droit à l'indemnité journalière ne peut ainsi selon lui n'être nié qu'en présence d'indices concrets attestant qu'il n'exercerait pas d'activité lucrative, même sans atteinte à la santé. Or il soutient que l'intimée n'a pas démontré l'existence de tels indices. Il relève en outre que lorsqu'il était apte au placement et capable de travailler, il a toujours rempli ses devoirs de chômeur, ce qui tend à

faire admettre au degré de vraisemblance prépondérante qu'il aurait pris un emploi s'il n'avait pas été malade, ceci même si son droit à l'indemnité de chômage a pris fin le 7 mars 2009. Il en déduit que c'est à tort que l'intimé a mis un terme à ses prestations avec la fin du droit aux indemnités de chômage, dès lors que le droit contractuel aux 720 indemnités perte de gain maladie n'était pas épuisé. Quant au 70%, il observe que seul le Dr W._____ retient ce taux, si bien qu'il convient de considérer que son taux d'incapacité est bien de 100% depuis le 1^{er} décembre 2008 et qu'il a ainsi droit à l'entier des prestations d'assurance perte de gain LAMal. A titre de mesures d'instruction, il requiert la mise en œuvre d'une expertise médicale pour déterminer son taux d'incapacité de travail dès le 1^{er} décembre 2008 à ce jour. Il requiert en outre la production de l'ensemble du dossier le concernant auprès de la caisse de chômage T._____, ainsi que l'entier de son dossier auprès de l'intimée. Il produit notamment à l'appui de son recours la décision du 27 octobre 2006 de l'intimée, aux termes de laquelle celle-ci retenait une incapacité de travail depuis le 6 mars 2006, la capacité de travail étant de 50% du 1^{er} octobre 2006 au 31 janvier 2007, puis de 100% dès le 1^{er} février 2007 dans un emploi adapté, soit avec port de charges de maximum 5 kg. Q._____ lui faisait savoir qu'elle continuerait à verser les indemnités journalières pendant un laps de temps suffisant pour lui permettre de trouver un emploi adapté, savoir jusqu'au 31 janvier 2007, son précédent emploi n'étant plus adapté à ses limitations fonctionnelles.

Dans sa réponse du 4 décembre 2009, l'intimée conclut au rejet du recours. Elle expose que le recourant s'était inscrit auprès de l'assurance-chômage depuis un an et demi lorsqu'il s'est retrouvé en incapacité de travail continue et qu'il bénéficiait d'une capacité de travail totale dans une profession adaptée lorsqu'il est tombé au chômage, ce qui a été attesté par décision formelle passée en force. Elle en déduit qu'il y a lieu de présumer qu'il n'exercerait toujours pas d'activité même s'il n'était pas au chômage. Elle expose ensuite que le recourant ne présente une incapacité de travail que dans le domaine de l'horticulture et autres professions comprenant des ports de charges, les problèmes d'ordre socioprofessionnel n'étant pas du ressort de l'assureur perte de gain. Elle

observe en outre que ce n'est que lorsque la caisse a rendu une décision supprimant le versement des prestations d'indemnités journalières pour lombalgies au 21 décembre 2008 que le recourant a fait valoir une nouvelle incapacité de travail dès le 1^{er} décembre 2009 ainsi qu'un suivi psychiatrique. Elle en déduit que c'est à bon droit qu'elle a interrompu le droit aux prestations dans la mesure où le recourant est tombé en incapacité de travail après s'être retrouvé au chômage. Il était ainsi à présumer qu'il n'exercerait toujours pas d'activité professionnelle même s'il n'était pas atteint dans sa santé. Cette présomption n'était pas renversée dès lors que le recourant n'avait pas fait valoir qu'il aurait repris un emploi déterminé s'il n'avait pas été malade. A titre de mesures d'instruction, elle requiert l'entier du décompte de l'assurance-chômage du recourant pour la période en cause, savoir de septembre 2008 à mars 2009, pour éviter toute surindemnisation. Elle relève en effet dans sa réponse que comme l'observe à juste titre le recourant, les chômeurs atteints d'une incapacité de travail supérieure à 50% doivent recevoir des indemnités journalières entières, si bien que c'est à tort qu'elle s'est limitée au versement des indemnités journalières à hauteur de 70%.

Dans sa réplique du 9 février 2010, le recourant fait valoir qu'il aurait été déclaré inapte au placement par l'assurance-chômage s'il avait été en incapacité de travail totale lors de son inscription à cette assurance. Il explique que c'est en raison de sa maladie qu'il a vu son contrat de travail résilié et en déduit qu'il exercerait une activité s'il n'était pas malade. Pour lui, dès lors qu'il a perdu son emploi en raison de sa maladie, il n'y a pas de raison objective de cesser l'indemnisation au moment de la fin du droit au chômage. Il fait valoir que la caisse ne démontre pas qu'il n'aurait de toute façon pas repris d'activité professionnelle s'il n'avait pas été malade, en voulant pour preuve le fait qu'il a rempli toutes ses obligations envers la caisse de chômage (recherches d'emploi en particulier). S'agissant du taux d'incapacité d'indemnisation de 70% dès le 1^{er} décembre 2008 retenu dans la décision litigieuse, le recourant déclare maintenir sa requête de mise en œuvre d'une expertise médicale indépendante en vue de déterminer le taux d'incapacité de travail du 1^{er} décembre 2008 à ce jour. Il requiert en outre

la production de son dossier de chômage en mains de la Caisse de chômage T._____. Il a notamment produit à l'appui de sa réplique un décompte de Q._____ du 26 février 2007 selon lequel une indemnité journalière de 100% lui avait été versée durant le mois de janvier 2007.

Dans sa duplique du 4 mars 2010, Q._____ relève que le recourant possédait une capacité de travail de 50% de septembre/octobre 2006 au mois de janvier 2007, puis à 100% dès le 1^{er} février 2007 dans un emploi adapté. Il s'était alors inscrit au chômage, si bien qu'à la date à laquelle il avait subi une incapacité entière de travail, il était dans la situation d'une personne qui devient malade après être tombée au chômage, dès lors que malgré une capacité de travail et plusieurs offres d'emploi et cours divers, il n'avait pas repris d'activité lucrative. L'intimée note encore que la durée de la période écoulée entre le moment auquel il aurait pu reprendre une activité (septembre 2006) et l'apparition de l'aggravation (juillet ou septembre 2008), soit près de deux ans, est plutôt de nature à faire admettre qu'il n'est pas possible de renverser la présomption selon laquelle il aurait exercé un emploi déterminé si l'atteinte à sa santé ne s'était pas aggravée au point d'entraîner une incapacité de travail dans toute profession. L'intimée en déduit que l'on se trouve dans le cas de figure où l'assuré devient malade après être tombé au chômage, et qu'il y a lieu de présumer qu'il n'exercerait toujours pas d'activité lucrative s'il n'était pas malade. Elle explique enfin que l'expertise requise est à ses yeux inutile, dès lors qu'elle pourrait difficilement déterminer quelle était la capacité de travail de l'assuré en 2008, soit plus de deux ans auparavant.

Dans ses déterminations du 19 avril 2010, le recourant a confirmé ses moyens.

Le 22 novembre 2010, Q._____ a adressé à la Cour de céans un projet de décision de l'OAI du 8 novembre 2010 selon lequel le recourant présentait un degré d'invalidité de 5.09%, si bien que sa demande de prestations était rejetée. Ce projet de décision avait notamment été établi à la suite d'une expertise psychiatrique confiée au

Dr F._____, spécialiste en psychiatrie et psychothérapie. L'intimée a relevé à cet égard que les conclusions médicales de l'expert nommé par l'OAI confirmaient entièrement les rapports établis par le médecin-conseil de l'assureur perte de gain et de l'expert mandaté par ce dernier.

Invité à se déterminer, le recourant fait valoir dans ses observations du 14 décembre 2010 que le fait que l'OAI envisage de lui refuser une rente ne signifie pas qu'il doive se voir refuser par analogie des prestations de perte de gain. Il note encore que le projet de décision porte sur une période différente de celle concernée par la présente procédure et que ledit projet n'apporte aucun élément de réponse sur le point de savoir si des éléments suffisants permettent de renverser ou non la présomption selon laquelle il exercerait une activité s'il n'était pas en incapacité de travail.

Dans ses déterminations du 19 janvier 2011, Q._____ relève que l'OAI a considéré que le recourant bénéficiait d'une capacité de travail de 100%, que d'éventuelles prestations de l'OAI couvriraient la même période que celle ici en cause (savoir celle postérieure à mars 2009), que de l'avis du Dr Z._____, l'état dépressif du recourant ne joue aucun rôle sur sa capacité de travail (cf. rapport du 24 septembre 2008), et que ce n'est que lorsqu'elle a rendu une décision limitant le versement des prestations dès le 21 décembre 2008 que le recourant a fait valoir une incapacité de travail et un suivi psychiatrique. Elle renouvelle sa requête tendant à la production des décomptes de l'assurance-chômage du recourant pour la période de septembre 2008 à mars 2009, afin d'éviter toute surindemnisation.

Le 23 juin 2011, le recourant a adressé à la Cour de céans une expertise psychiatrique établie à sa demande le 26 mai 2011 par le Dr C._____, spécialiste en psychiatrie et psychothérapie, qui diagnostiquait un épisode dépressif moyen avec syndrome somatique et un trouble somatoforme persistant. Ce médecin a estimé que la capacité de travail ne dépassait pas 50% depuis octobre 2008.

Dans ses déterminations du 15 septembre 2011, la caisse relève que le recourant a perçu des indemnités de l'assurance-chômage du mois de septembre 2008 au mois de mars 2009, si bien qu'il était apte au placement durant cette période et non en incapacité de travail. Elle relève en outre s'agissant du rapport du Dr C._____ qu'il est curieux qu'un médecin consulté une fois en 2011 puisse se déterminer sur l'état de santé du recourant depuis 2006. Elle observe que ce médecin atteste qu'une capacité de travail de 50% est exigible dans une activité adaptée, sans que le recourant n'ait entrepris de démarche en vue de mettre à profit cette capacité de travail. Elle se réfère à la jurisprudence fédérale (K 16/2003) et en déduit à nouveau qu'il n'apparaît pas avec un degré de vraisemblance prépondérante que l'assuré aurait pris un emploi déterminé.

Dans ses observations du 7 octobre 2011, le recourant se prévaut de l'expertise privée du Dr C._____ et soutient qu'il souffre d'épisodes dépressifs probablement depuis 2006 et en tout cas depuis octobre 2008.

C. La Caisse de chômage T._____ a été invitée à produire son dossier. A réception de celui-ci, les parties ont été invitées à le consulter et déposer leurs déterminations éventuelles.

Le 3 janvier 2012, Q._____ a relevé que le dossier présentait nombre d'incohérences et a renvoyé à ses précédentes écritures. Quant au recourant, il a notamment expliqué le 26 janvier 2012 que la question d'une éventuelle surindemnisation ne se posait pas dès lors que selon le décompte établi par la caisse de chômage le 19 janvier 2009, les prestations versées par cette assurance avaient cessé en août 2008.

Il résulte notamment du dossier de l'assurance-chômage que par décision du 18 mars 2009, la Caisse de chômage T._____ a admis l'opposition formée par le recourant à sa décision du 24 octobre 2008 par laquelle elle lui avait demandé la restitution des indemnités perçues à tort en juillet et août 2008, motif pris que l'assuré avait épuisé les 44

indemnités de chômage maladie auxquelles il avait droit durant son délai-cadre. Dans sa décision sur opposition, la caisse de chômage a finalement retenu que le Dr Z._____ avait commis une erreur et que son patient n'avait souffert d'aucune incapacité durant les mois de juillet et août 2008, se fondant sur le rapport médical du Dr Z._____ du 27 février 2009.

E n d r o i t :

1. Interjeté dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision attaquée, le recours l'a été en temps utile (art. 60 al. 1 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1]); il satisfait en outre aux autres conditions formelles de recevabilité, de sorte qu'il est recevable en la forme.

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 et 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 Q._____ dès le 1^{er} décembre 2008, singulièrement le taux d'incapacité d'indemnisation retenu.

3. a) A teneur de l'art. 67 LAMal (loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie, RS 832.10), 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).

Aux termes de l'art. 72 al. 2, première phrase, LAMal, le droit aux indemnités journalières prend naissance lorsque l'assuré a une capacité de travail réduite au moins de moitié (art. 6 LPGA). 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 in fine et les références). 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, la seule estimation médico-théorique de l'incapacité de travail n'est pas déterminante (TF 9C_546/2007 du 28 août 2008, consid. 3.3 et les références).

Selon la jurisprudence, le fait de s'être assuré pour une indemnité journalière d'un montant donné et d'avoir payé les cotisations correspondantes n'ouvre cependant pas forcément le droit au versement de la somme assurée en cas d'incapacité de travail (ATF 110 V 318 consid. 5). Encore faut-il que l'assuré subisse une perte de gain dans une mesure justifiant le paiement du montant assuré (RAMA 2000 n° KV 137, p. 355 consid. 3c, K 14/00; cf. aussi ATF 130 V 35 consid. 3.2 et 3.3; Eugster, Krankenversicherung [E.], in: SBVR, Soziale Sicherheit, 2^e éd., n° 1130 p. 786).

Selon les conditions d'assurances de l'intimée, les articles 67 à 77 de la LAMal sont applicables (art. 25). Le droit à l'indemnité journalière prend naissance lorsque l'assuré a une incapacité de travail réduite de moitié au moins (art. 29 let. a). Les indemnités journalières doivent être versées, pour une ou plusieurs maladies, durant 720 jours dans une période de 900 jours (art. 29 let. b). Lorsque l'indemnité journalière est réduite par suite d'une surindemnisation, la personne atteinte d'une

incapacité de travail a droit à l'équivalent de 720 indemnités journalières calculées en fonction du taux de l'incapacité de travail (art. 31 let. a). Selon l'art. 33, les chômeurs atteints d'une incapacité de travail supérieure à 50% reçoivent des indemnités journalières entières.

b) Sous la note marginale «coordination avec l'assurance-chômage», l'art. 73 al. 1 LAMal (dans sa version en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2003, applicable pour le droit aux prestations courant à partir de cette date [ATF 130 V 329]) dispose que les chômeurs atteints d'une incapacité de travail supérieure à 50% reçoivent des indemnités journalières entières. On peut inférer de la note marginale et de la réglementation de coordination correspondante prévue à l'art. 28 LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0) que le droit à une indemnité journalière selon l'art. 73 LAMal suppose que l'assuré pourrait prétendre une indemnité de chômage au sens de la LACI (ou une indemnité de chômage de droit cantonal; SVR 1998 KV n° 4 p. 10 consid. 5b) s'il n'était pas malade. L'idée qui sous-tend cette réglementation est la suivante: subit une perte de gain à la charge de l'assurance d'une indemnité journalière la personne qui, certes, a droit en principe à une indemnité de chômage mais qui, en raison d'une maladie, est passagèrement inapte au placement et, partant ne peut prétendre une telle indemnité (RAMA 1998 n° KV 43 p. 422 consid. 3a et les références; arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 16/03 du 8 janvier 2004).

Néanmoins, une personne au chômage peut subir une perte de gain ouvrant droit à une indemnité journalière de l'assurance-maladie, bien qu'elle ne puisse pas prétendre une indemnité de chômage au sens de la LACI (ou une indemnité de chômage de droit cantonal). Tel n'est toutefois le cas que s'il apparaît, avec un degré de vraisemblance prépondérante, que l'assuré exercerait une activité lucrative s'il n'était pas malade. Conformément au principe inquisitoire (dont la portée est restreinte par le devoir de l'assuré de collaborer à l'instruction de l'affaire), il appartient à l'administration et, en cas de recours, au juge d'examiner si l'intéressé exercerait une activité dans l'éventualité où il ne serait pas

malade. Selon la jurisprudence, l'administration et le juge doivent à cet égard distinguer deux éventualités: si un assuré a résilié les rapports de travail à un moment où il était déjà incapable de travailler en raison d'une maladie, on doit présumer que l'intéressé - comme durant la période précédant la survenance de l'atteinte à la santé - exercerait une activité lucrative, s'il n'était pas malade. Dans cette éventualité, le droit à une indemnité journalière ne peut être nié que lorsqu'il existe des indices concrets qui font apparaître, avec un degré de vraisemblance prépondérante, que l'assuré n'exercerait pas d'activité lucrative même sans atteinte à la santé (ATF 102 V 83; RAMA 1998 n° KV 43 p. 422 consid. 3b, 1994 n° K 932 p. 65 consid. 3). En revanche, dans l'éventualité où l'assuré devient malade après être tombé au chômage, il y a lieu de présumer que l'intéressé n'exercerait toujours pas d'activité même s'il n'était pas atteint dans sa santé. Cette présomption peut être toutefois renversée s'il apparaît, avec un degré de vraisemblance prépondérante, que l'assuré aurait pris un emploi déterminé s'il n'était pas tombé malade (RAMA 1998 n° KV 43 p. 423 consid. 3b; SVR 1998 KV n° 4 p. 9 consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 16/03 du 8 janvier 2004).

En d'autres termes, les personnes dont le droit à l'indemnité de chômage a pris fin ou qui n'ont pas droit à cette indemnité parce qu'elles ne remplissent pas les conditions relatives à la durée de cotisations, ne peuvent prétendre à une indemnité journalière de l'assurance-maladie, faute de perte de gain (de remplacement). Elles subissent toutefois une perte de gain, si elles démontrent au degré de la vraisemblance prépondérante qu'elles auraient pris un emploi si elles n'avaient pas été malades (RAMA 1998 n° KV 43 p. 423 consid. 3b; Eugster, op. cit., n° 1133 p. 786 sv.; arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 215/05 du 20 mars 2007).

c) 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 (TF 9C_312/2008 du 24 novembre 2008, consid. 6.1 et les références).

4. En l'espèce, Q. _____ a mis un terme à ses prestations au 31 mars 2009; le recourant soutient pour sa part avoir droit à des indemnités perte de gain maladie tant que perdure son incapacité de travail due à la maladie, jusqu'à épuisement des 720 indemnités journalières prévues contractuellement.

Il y a lieu d'examiner si le recourant subit une perte de gain lui ouvrant droit à une indemnité journalière de l'assurance-maladie. A cet égard, il faut déterminer s'il apparaît au stade de la vraisemblance prépondérante qu'il exercerait une activité s'il n'était pas malade.

a) On constate en premier lieu que le Dr Z. _____ a manqué de clarté s'agissant de la date dès laquelle son patient aurait présenté une incapacité de travail. Il a ainsi fait savoir à Q. _____ le 24 septembre 2008 qu'il était en incapacité de travail depuis le 13 juillet 2008, ce qu'il a confirmé par certificat médical du 1^{er} octobre 2008. Finalement, le Dr Z. _____ a rectifié ses déclarations et a indiqué par certificat médical du 20 janvier 2009 que le recourant était en arrêt de travail à 100% pour cause de maladie depuis le 1^{er} septembre 2008. Interpellé par Q. _____ le 16 février 2009 sur les raisons du changement de date, le Dr Z. _____ a exposé le 27 février 2009 que c'était à la suite d'une erreur de frappe qu'il avait fait mention d'une incapacité à partir du 13 juillet 2008, et qu'il avait dès lors corrigé la date du début de l'arrêt de travail dans son certificat du 20 janvier 2009. Il précisait que son patient avait effectué des recherches d'emploi et participé aux cours Intégration pour tous dans le cadre du chômage durant la période de juillet à août 2008. Dans ces

conditions, il convient de retenir que le recourant a présenté une incapacité de travail à compter du 1^{er} septembre 2008. Cette appréciation est du reste celle retenue par la Caisse de chômage dans sa décision sur opposition du 18 mars 2009, savoir que le recourant n'avait souffert d'aucune incapacité durant les mois de juillet et août 2008.

b) Il n'est pour le surplus pas contesté que le recourant s'est inscrit le 7 mars 2007 auprès de l'assurance-chômage, qu'il a touché des indemnités journalières de cette assurance dès cette date, et que son délai-cadre d'indemnisation court du 7 mars 2007 au 6 mars 2009.

Par ailleurs, il a été constaté par décision de l'intimée entrée en force du 27 octobre 2006 que si son incapacité de travail était de 100% dans son emploi actuel, sa capacité de travail était de 100% dès le 1^{er} février 2007 dans un emploi adapté à son état de santé, savoir avec port de charges maximum de 5 kg. Cette appréciation a au demeurant été confirmée par le Dr Z._____ dans son certificat médical du 6 mars 2007, par lequel il a observé que même s'il émettait des doutes quant à la possibilité réelle d'un patient peu qualifié à trouver une telle activité (à savoir un travail léger avec des charges maximales de 5 kg), il reconnaissait qu'elle restait possible et que le recourant devait être considéré comme apte à la recherche de l'emploi décrit dès le 1^{er} février 2007. Certes le recourant soutient qu'il souffre d'épisodes dépressifs probablement depuis 2006 et en tout cas depuis octobre 2008. Or le Dr Z._____ lui-même est d'avis que le diagnostic d'état dépressif de son patient est sans répercussion sur la capacité de travail (cf. rapport médical du 24 septembre 2008 à Q._____). Le Dr K._____ observe pour sa part que le problème du recourant est plutôt d'ordre socioprofessionnel, relevant que son droit au chômage arrive à échéance et qu'il n'a d'autre possibilité que de s'annoncer à l'assurance-maladie pour être indemnisé, ce qui de l'avis du Dr K._____ n'est pas justifié (cf. rapport médical du 15 décembre 2008).

Il faut ainsi considérer que le recourant ne présentait pas d'incapacité de travail lors de son inscription au chômage. Ce n'est qu'à

compter du mois de septembre 2008, alors qu'il était inscrit au chômage depuis le 7 mars 2007, soit depuis une année et demi, qu'il est tombé malade. Il apparaît donc que le recourant se trouve dans le cas de figure visé par la jurisprudence rappelée ci-dessus (cf. consid. 3b supra) selon lequel l'assuré devient malade après être tombé au chômage. Dans cette éventualité, il y a lieu de présumer que l'intéressé n'exercerait toujours pas d'activité même s'il n'était pas atteint dans sa santé.

Cette présomption ne peut être renversée que s'il apparaît avec un degré de vraisemblance prépondérante que l'assuré aurait pris un emploi s'il n'était pas tombé malade. Le recourant fait valoir à cet égard qu'il a toujours rempli ses devoirs de chômeur. Or ce seul fait n'est pas propre à démontrer au degré de vraisemblance prépondérante requise qu'il aurait pris un emploi s'il n'avait pas été malade. Il n'a au demeurant pas repris d'activité lucrative, alors qu'il a effectué plusieurs offres d'emploi et suivi un cours auprès d'Intégration pour tous.

Il y a ainsi lieu de considérer qu'au-delà du 31 mars 2009, soit à l'échéance de son droit à l'indemnité de chômage, le recourant ne peut prétendre à une indemnité journalière de l'assurance-maladie, faute de perte de gain, et que c'est à bon droit que l'intimée a mis un terme à ses prestations à cette date.

c) Cela étant, la caisse admet que c'est à tort qu'elle s'est limitée au versement d'indemnités journalières à hauteur de 70% (cf. art. 33 des conditions d'assurance et 73 LAMal). Il convient dans ces conditions d'admettre très partiellement le recours et de réformer la décision attaquée en ce sens que le recourant a droit à des indemnités journalières à 100% du 22 décembre 2008 au 31 mars 2009, soit 100 jours à 124 fr., ce qui représente un montant de 12'400 fr. et non de 8'680 francs. Tout risque de surindemnisation peut à cet égard être exclu, les décomptes produits par la caisse de chômage ayant permis de constater que le recourant a perçu des indemnités journalières de cette assurance jusqu'au mois d'août 2008.

5. Au vu de ce qui précède, le dossier est complet pour que la cause soit tranchée et il n'y a pas lieu de procéder à un complément d'instruction, soit de mettre en œuvre une expertise pour déterminer son taux d'incapacité de travail dès le 1^{er} décembre 2008 à ce jour.

En effet, le juge peut renoncer à un complément d'instruction sans que cela entraîne une violation du droit d'être entendu s'il est convaincu, en se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles il doit procéder d'office, que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation (appréciation anticipée des preuves; ATF 106 la 162 consid. 2b; TF 8C_659/2007 du 27 mars 2008 consid. 3.2 et les références citées).

6. La procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), il n'y a pas lieu de percevoir de frais de justice. Le recours étant très partiellement admis, le recourant a droit à des dépens réduits (art. 61 let. g LPGA et art. 55 LPA-VD [loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]), qu'il convient d'arrêter à 500 fr., à la charge de l'intimée.

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

- I.** Le recours est partiellement admis.

- II.** La décision attaquée est réformée en ce sens que le recourant R._____ a droit à une indemnité journalière entière du 22 décembre 2008 au 31 mars 2009; elle est confirmée pour le surplus.

III. Il n'est pas perçu de frais de justice.

IV. Une indemnité de 500 fr. (cinq cents francs) à verser au
recourant R._____ à titre de dépens, est mise à la charge de
Q._____.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Roberto Izzo (pour R._____)
- Q._____ Caisse maladie-accident
- Office fédéral de la santé publique

par l'envoi de photocopies.

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 :