

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 23 août 2018

Composition : Mme DI FERRO DEMIERRE, présidente
Mme Pasche et M. Piguet, juges
Greffière : Mme Huser

Cause pendante entre :

T. _____, à [...], recourant, représenté par Me Flore Primault, avocate à Lausanne,

et

R. _____ **SA**, à [...], intimée.

Art. 24 et 25 LPA-VD ; 57 al. 4 et 72 al. 1 et 2 LAMal

E n f a i t :

A. T._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né le 26 mars 1959, était employé dans l'entreprise L._____SA, à [...], depuis le 7 avril 2008. A ce titre, il était couvert auprès de R._____SA SA (ci-après : R._____SA, l'assureur ou l'intimée) par le biais d'un contrat collectif pour la perte de gain maladie selon la LAMal (loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie ; RS 832.10).

Le 23 août 2016, l'employeur a, au moyen d'un formulaire de déclaration d'incapacité de travail maladie daté du 22 août 2016, annoncé à R._____SA une fin de prestations de l'assureur-accidents au 29 août 2016, à la suite d'un accident survenu le 27 octobre 2015. Depuis le 30 août 2016, l'assuré a été mis au bénéfice d'une incapacité totale de travail en raison de maladie, dans son activité d'étancheur, par le Dr Z._____, médecin traitant de celui-ci. Ce médecin a établi régulièrement des certificats d'incapacité de travail totale, pour raisons de maladie, jusqu'au 31 décembre 2016 inclus.

L'assureur-maladie a requis la production des dossiers de l'assuré auprès de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (CNA) et de l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (OAI).

Le 22 septembre 2016, le médecin-conseil de R._____SA, le Dr M._____, spécialiste en médecine interne générale, a, sur la base des pièces médicales figurant aux dossiers de la CNA et de l'OAI, préconisé un changement d'activité professionnelle de l'assuré dans un poste adapté comportant les mêmes limitations fonctionnelles que celles retenues dans le rapport de sortie du 7 juin 2016 de la Clinique C._____ (Clinique C._____). En effet, l'assuré y avait séjourné du 26 avril au 24 mai 2016. Des lésions dégénératives des ménisques des deux côtés et des lésions chondrales des deux genoux, prédominant au compartiment fémoro-patellaire des deux côtés (grade IV), avaient alors été retenues par les Drs W._____, spécialiste en médecine physique et réhabilitation ainsi qu'en

chirurgie orthopédique, et S._____, médecin-assistant. Ces spécialistes avaient retenu uniquement des troubles dégénératifs des deux genoux et avaient posé les limitations suivantes : limitations pour les accroupissements, s'agenouiller et autres activités contraignantes pour les genoux, équilibre bipodal et unipodal avec limitations modérées à forte (marche sur une poutre), le port de charge étant limité à niveau moyen, soit 15-25 kg. Ils n'avaient proposé aucune nouvelle intervention dans la mesure où l'atteinte était dégénérative et qu'une amélioration significative et prolongée n'était pas attendue, tout en précisant que la mise en place d'une prothèse était toutefois prématurée. Le pronostic de réinsertion dans l'ancienne activité était plutôt peu favorable (facteurs médicaux retenus après l'accident et diagnostics précités). Ces médecins avaient mentionné que le patient aurait de la peine à réintégrer son ancien poste de travail avec un plein rendement, étant donné les limitations dans les accroupissements, et les douleurs des genoux, les limitations modérées de l'équilibre et le niveau d'effort moyen, entre 15-25 kg, et ils avaient proposé, étant donné l'âge du patient et son absence de diplôme, de tenter d'abord une reprise thérapeutique pour déterminer comment les choses se passeraient dans son milieu de travail habituel, quel était son rendement, et si des adaptations étaient envisageables. Les médecins précités avaient encore mentionné que le pronostic de réinsertion dans une activité adaptée respectant les limitations fonctionnelles de l'assuré (accroupissements, douleurs du genou, équilibre et niveau d'effort) était favorable sur le plan médical. De plus, le patient avait un discours confiant dans ses capacités à retrouver un emploi, en raison d'un bon réseau et des compétences acquises. Un examen neurologique, un électroneuromyogramme (ENMG) et une réadaptation de l'appareil locomoteur avaient été effectués. L'assuré avait en outre participé à des ateliers professionnels organisés par le Service de réadaptation professionnelle de la Clinique C._____, du 12 au 20 mai 2016. A cette occasion, les constats suivants avaient été faits :

« Formation, scolarité, Acquis :

Français : très bonnes connaissances orales et écrites
Albanais / Serbe : langues maternelles
Italien : bonnes connaissances orales

Ecole obligatoire suivie au [...] jusqu'à l'âge de 15 ans
Formation de 4 ans en tant que technicien d'usine ([...])
Formation universitaire en lettres ([...])

Diplôme de technicien en usine (le document n'est pas en possession du patient)

Licence en lettres (le document n'est pas en possession du patient)

[...]

Parcours professionnel :

De 2004 à ce jour : Etancheur - chef d'équipe dans l'entreprise L. _____ SA; il y est toujours sous contrat de travail mais était à la recherche d'un poste de contremaître / conducteur de travaux dans l'étanchéité. Il disposait des outils de travail standard (chalumeau, bonbonne de gaz, ...) mais sans aide mécanique auquel peuvent prétendre les autres étancheurs tels que grue, monte-charge ou autre. C'est une des raisons qui ont poussé M. Dërvodeli à rechercher un poste de travail limitant quelque peu l'activité physique.

De 1996 à 2003 : Etancheur dans l'entreprise [...] puis période de chômage en 2003.

De 1993 à 1996 : Ferblantier sur le canton de Vaud.

De 1984 à 1992 : Arrivé en Suisse, il a travaillé dans la maçonnerie en Valais avant d'effectuer son service militaire au [...] de mars 1988 à mars 1989. Il reviendra en Suisse dans l'année en cours en tant que maçon.

Jusqu'en 1984 au [...]: Après l'école obligatoire, il a suivi une formation de technicien d'usine (calcul pour les offres, dessin technique de pièces, organisation et gestion du personnel, administration) durant 4 ans. Il a poursuivi par une formation universitaire en lettres.

[...]

Aspects favorisant l'intégration socio-professionnelle :

Le patient estime qu'il lui sera impossible de reprendre son poste de travail à 100% en tant qu'étancheur.

Monsieur T. _____ a une grande expérience dans le domaine de l'étanchéité. Il a notamment suivi des cours internes chez L. _____ SA sur les normes et sur le calcul des devis.

Il s'est montré capable de se projeter dans un avenir professionnel; il nous explique rechercher un poste en tant que contremaître / conducteur de travaux dans l'étanchéité (ce qu'il avait déjà entrepris avant son accident) ou alors un poste dans un service technique. En

dernier recours, il recherchera un poste d'étancheur mais à pourcentage réduit.

Il nous rapporte vouloir suivre des cours en informatique et dans la sécurité au travail pour rajouter des compétences indispensables pour les postes ci-dessus. »

Le 27 septembre 2016, suivant l'avis de son médecin-conseil, R._____SA a rendu une décision de reprise de travail dans un emploi adapté avec les limitations fonctionnelles suivantes : limitation du port de charges à un niveau moyen, soit 15-25 kg, limitation au niveau des accroupissements et dans toute autre activité contraignante pour les genoux (s'agenouiller), éviter l'équilibre bipodal et unipodal avec limitations modérées à fortes (marcher en équilibre sur une poutre), et la marche en terrain accidenté. En ce qui concernait l'abattement, l'assureur a retenu, vu l'âge et les limitations médicales, une déduction de 5% sur le revenu d'invalidé, et alloué une indemnité journalière de transition pour le changement d'occupation jusqu'au 31 décembre 2016. La perte de gain, qui a été estimée à 17%, étant inférieure au taux d'incapacité de travail donnant droit à l'indemnité journalière assurée (25 %), R._____SA a cessé le versement de prestations dès cette date, rappelant que si l'assuré ne trouvait aucun emploi adapté d'ici au 1^{er} janvier 2017, il avait la possibilité de s'inscrire à l'assurance-chômage en faisant valoir son aptitude au placement à l'aide de la présente ou d'un certificat médical attestant sa capacité de travail dans une profession adaptée.

Par courrier du 28 septembre 2016, l'employeur a mis un terme au contrat de travail qui le liait à T._____ avec effet au 31 décembre 2016.

Par courrier recommandé du 14 octobre 2016, Protection juridique O._____SA, pour l'assuré, a formé opposition contre la décision du 27 septembre 2016. Cette dernière a conclu à l'annulation de la décision de R._____SA et a demandé la poursuite du paiement des indemnités journalières en faveur de l'assuré au-delà du 31 décembre 2016.

Le 12 décembre 2016, R. _____ SA a reçu une copie du projet de décision de refus de rente d'invalidité établi par l'OAI le 2 décembre 2016. Ce document mentionnait un degré d'invalidité de 16,63%, compte tenu d'un abattement de 5% en raison de l'âge de l'assuré et indiquait en particulier que des mesures professionnelles n'avaient pas lieu d'être dès lors que l'exercice d'activités ne nécessitant pas de formation particulière était à sa portée, sans qu'un préjudice économique important ne subsistât. Le projet de décision a intégralement été confirmé par l'OAI dans sa décision du 30 mars 2017. La décision sur opposition de la CNA du 24 novembre 2016 a également été notifiée à l'assureur-maladie.

Le 9 novembre 2017, R. _____ SA a informé l'assuré qu'au vu de la fin des rapports de travail au 31 décembre 2016, il avait le droit au maintien de ses indemnités à partir du 1^{er} janvier 2017 s'il passait en couverture individuelle.

Le 14 décembre 2017, R. _____ SA a établi un décompte correctif en lien avec le calcul du taux d'invalidité, qui prenait en considération les heures de travail conventionnelles, conformément à la convention collective de travail du second œuvre (2'140 heures/années au lieu de 2'132 heures/années). Le revenu annuel avant invalidité s'élevait donc à 78'471 fr. 35 en 2017 et le revenu avec invalidité à 60'769 fr. 65, l'abattement ayant été porté de 5 à 10 %.

Le 15 décembre 2017, R. _____ SA a rendu une décision sur opposition, dans laquelle le taux d'invalidité retenu était de 23% et le taux d'abattement porté de 5% à 10%. L'assureur a donc refusé de verser des indemnités journalières au-delà du 31 décembre 2016, dès lors qu'il versait ses prestations à partir d'un taux d'invalidité de 25 %.

B. Le 19 janvier 2018, l'assuré a recouru, auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, contre la décision sur opposition du 15 décembre 2017, en concluant, avec dépens, principalement à la réforme de la décision entreprise, en ce sens qu'il a droit à la poursuite du versement des prestations dues par l'assurance-maladie au-delà du 31

décembre 2016 et, subsidiairement, à l'annulation de la décision entreprise et au renvoi de la cause à R._____SA pour nouvelle décision. Il sollicite que la présente cause soit jointe au dossier AI [...] au motif qu'il a conclu dans la procédure en matière d'assurance-invalidité à un reclassement, le taux d'invalidité étant supérieur à 20 %. Il soutient que comme l'intimée a retenu un degré d'invalidité de 23 %, qui ouvre le droit à un reclassement au sens de l'assurance-invalidité, elle n'était pas fondée à supprimer les indemnités journalières, mais devait continuer à verser ses indemnités journalières, sous réserve d'une éventuelle surindemnisation, le droit au reclassement l'emportant. Il fait en outre valoir qu'il doit bénéficier d'un abattement de 15 % sur son revenu d'invalidité, que son revenu sans invalidité est plus élevé et que son taux d'invalidité l'est donc également. Il conclut que si, par impossible, le reclassement devait lui être refusé par l'assurance-invalidité, il aurait néanmoins droit à la poursuite du versement des indemnités journalières au-delà du 31 décembre 2016, à tout le moins une indemnité réduite basée sur un taux d'invalidité supérieur à 23 %. Le recourant soutient finalement que le délai d'adaptation de trois mois accordé par R._____SA pour lui permettre de retrouver un emploi en accord avec les limitations occasionnées par son état de santé est insuffisant.

Par réponse du 22 février 2018, l'intimée a notamment conclu, avec dépens, à la suspension de la présente procédure jusqu'à droit connu dans la cause AA [...] ainsi qu'au rejet du recours.

Les parties ont confirmé leurs conclusions dans un second échange d'écritures. Le recourant a produit un certificat médical signé le 26 mars 2018 par le Dr Z._____ attestant une incapacité de travail de 100 % pour cause de maladie du 1^{er} avril au 30 juin 2018.

Le 10 juillet 2018, le recourant a produit un certificat médical du 29 juin 2018 attestant une incapacité de travail à 100 % du 1^{er} juillet au 30 septembre 2018.

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, sous réserve de dérogations expresses (art. 1 al. 1 LAMal). 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 du canton de domicile de l'assuré ou d'une autre partie au moment du dépôt du recours (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).

b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36) s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 let. a LPA-VD).

En l'espèce, déposé en temps utile devant l'autorité compétente et satisfaisant en outre aux autres conditions de forme (art. 61 let. b LPGA), le recours est recevable.

2. Est litigieuse la question de savoir si c'est à raison que R. _____ SA a refusé le versement des indemnités journalières au recourant au-delà du 31 décembre 2016, estimant qu'il disposait d'une pleine capacité de travail dans une activité adaptée.

3. a) Le recourant requiert tout d'abord la jonction de la présente cause (AM [...] - 38/2018) à la cause AI [...].

Selon l'art. 24 LPA-VD, l'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation de faits identique ou à une cause juridique commune. Les recours de droit administratif concernant des faits de même nature, portant sur des questions juridiques commune et dirigées contre un même

jugement peuvent être réunis et liquidés dans un seul arrêt (ATF 120 V 466 consid. 1).

En l'occurrence, force est de constater, à l'instar de l'intimée, que la présente procédure oppose T._____ à R._____SA alors que l'autre procédure l'oppose à l'OAI. Les causes AM [...] - 38/2018 et AI [...] concernent donc des parties distinctes. De plus, les décisions de l'OAI ne lient pas l'assureur perte de gain et vice-versa. Ces deux procédures portent donc sur des questions juridiques différentes. En outre, ce ne sont pas les mêmes lois qui sont applicables à ces deux procédures. Dès lors, aucune jonction de causes n'est possible. La requête en ce sens doit par conséquent être rejetée.

b) L'intimée requiert, pour sa part, la suspension de la présente procédure jusqu'à droit connu dans la cause AA [...].

Selon l'art. 25 LPA-VD, l'autorité peut, d'office ou sur requête, suspendre la procédure pour de justes motifs, notamment lorsque la décision à prendre dépend de l'issue d'une autre procédure ou pourrait s'en trouver influencée d'une manière déterminante.

A cet égard, on constate d'emblée que l'assureur-maladie n'a pas recouru contre la décision sur opposition de l'assureur-accidents qui lui a été notifiée. Le recours de l'assuré contre la décision sur opposition de l'assureur-accidents a été rejeté et l'arrêt dans la cause AA [...] devant être notifié en même temps que celui de la présente cause, il n'y a pas de risque de décisions contradictoires. La requête tendant à la suspension de la présente procédure doit dès lors être rejetée.

4. a) Aux termes de l'art. 72 al. 1 LAMal, l'assureur convient avec le preneur d'assurance du montant des indemnités journalières assurées, la couverture pouvant être limitée aux risques de la maladie et de la maternité. Par maladie au sens de l'art. 3 LPGA, on entend toute atteinte à la santé physique, mentale ou psychique qui n'est pas due à un accident

et qui exige un examen ou un traitement médical ou provoque une incapacité de travail.

b) L'entreprise L. _____ SA a conclu pour ses employés une assurance d'indemnités journalières avec R. _____ SA au sens de l'art. 67 LAMal. Ce rapport de droit est également régi par les Conditions générales de l'assurance collective d'une indemnité journalière selon la LAMal, édition BE 01.01.2011 (ci-après : Conditions générales BE) et les Dispositions complémentaires et dérogatoires aux Conditions générales d'assurance (CGA) 2011 de l'assurance collective d'une indemnité journalière selon la LAMal, édition 01.01.2013. Selon l'art. 1 des Conditions générales BE, l'assureur accorde sa garantie pour les conséquences économiques d'une incapacité de travail résultant notamment de la maladie.

5. a/aa) Le droit aux indemnités journalières prend naissance lorsque l'assuré a une capacité de travail réduite au moins de moitié (art. 72 al. 2 LAMal). Selon l'art. 6 LPGA, est réputée incapacité de travail toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique ou mentale. En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité. Cette obligation de diminuer le dommage est par ailleurs un principe général en matière d'assurances sociales (ATF 115 V 38 consid. 3c, 114 V 281 consid. 3, 111 V 235 consid. 2a, 105 V 176 consid. 2).

bb) La jurisprudence prévoit que l'assureur a, en tout temps, le droit et éventuellement le devoir de vérifier les indications de l'assuré et de ses médecins (ATF 107 V 99 consid. 2b, 101 V 68 consid. 2). Il peut notamment ordonner à cette fin, un examen de l'assuré par le médecin-conseil. L'art. 57 al. 4 LAMal mentionne que le médecin-conseil donne son avis à l'assureur sur des questions médicales ainsi que sur des questions

relatives à la rémunération et à l'application des tarifs. Il évalue les cas en toute indépendance (art. 57 al. 5 LAMal).

cc) En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, ce qui est déterminant c'est que les points litigieux aient fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il ait été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale soient claires et enfin que les conclusions de l'expert soient dûment motivées. Au demeurant, l'élément déterminant pour la valeur probante n'est ni l'origine du moyen de preuve ni sa désignation comme rapport ou comme expertise, mais bel et bien son contenu (ATF 125 V 352 consid. 3a, 122 V 160 consid. 1c et les références citées).

b) En l'espèce, le médecin-conseil de R. _____ SA a constaté, en se référant au rapport de la Clinique C. _____, que l'incapacité de travail à 100% de l'assuré était médicalement justifiée dans la profession actuelle et qu'une reprise du travail n'était plus envisageable dans celle-ci. En revanche, il a relevé que sur le plan médical, le recourant disposait d'une capacité de travail de 100% dans le cadre d'une activité adaptée à son état de santé.

En effet, selon le rapport de la Clinique C. _____, le pronostic de réinsertion était favorable dans une activité adaptée respectant les limitations fonctionnelles suivantes: limitation du port de charges à un niveau moyen, soit 15-25 kg, limitation au niveau des accroupissements et dans toute autre activité contraignante pour les genoux (s'agenouiller), éviter l'équilibre bipodal et unipodal avec limitations modérées à fortes (marcher en équilibre sur une poutre), et la marche en terrain accidenté. De plus, l'assuré avait un discours confiant dans ses capacités à retrouver un emploi, en raison des compétences acquises.

Cette pleine capacité dans une activité adaptée selon les limitations prévues n'est du reste pas contestée par le recourant. Le médecin traitant de l'assuré a par ailleurs cessé d'établir des certificats d'incapacité de travail totale après le 31 décembre 2016. Il n'a attesté de nouvelles incapacités de travail qu'à partir du 1^{er} avril 2018 sans exposer les atteintes liées à ces incapacités. Dès lors, il convient de constater que le recourant possède une pleine et entière capacité de travail dans une activité adaptée.

6. a) Un assuré ne peut pas se soustraire à son obligation de diminuer le dommage vis-à-vis de l'assureur-maladie en invoquant le fait qu'il est en attente de mesures de l'assurance-invalidité (ATF 129 V 460 consid. 3.2). Le fait d'être assuré pour une indemnité journalière d'un montant donné et d'avoir payé les primes correspondantes n'ouvre pas forcément le droit au versement de la somme assurée; l'assuré doit encore prouver l'existence d'une incapacité de travail et d'une perte de salaires ou de gain consécutive à la maladie (consid. 2b non publié de l'ATF 127 V 54, 110 V 332 consid. 5 ; RAMA 1990 n° K 829 p. 8 consid. 3). On relèvera toutefois que, selon la jurisprudence, le droit à un reclassement aux frais de l'assurance-invalidité n'exclut pas la possibilité de bénéficier simultanément de l'indemnité journalière d'une caisse-maladie. Sous réserve de l'interdiction de la surassurance (art. 78 al. 2 LAMal), l'octroi d'une indemnité journalière de l'assurance-invalidité durant la mise en œuvre d'une mesure de réadaptation ne supprime en effet pas le droit à une indemnité journalière de l'assurance-maladie si l'atteinte à la santé entraîne une incapacité de travail et si l'assuré est au bénéfice d'une assurance couvrant la perte de gain qui en découle. Lorsque le droit de l'assuré à un reclassement de l'assurance-invalidité est en concurrence avec son obligation de diminuer le dommage à l'égard de l'assurance-maladie, le droit au reclassement l'emporte, en ce sens que le droit à l'indemnité journalière allouée par la caisse-maladie ne doit, en principe, pas être soumis à réduction (ATF 111 V 241 consid. 2c et TFA [Tribunal fédéral des assurances] K 20/02 du 27 août 2002 consid. 2c).

b) En l'occurrence, il ressort de la décision de l'OAI du 30 mars 2017 que l'assuré ne devait pas s'attendre à l'octroi imminent de mesures de réadaptation. En effet, l'OAI avait retenu que « des mesures professionnelles n'[avaient] pas lieu d'être dès lors que l'exercice d'activités ne nécessitant pas de formation particulière [était] à [sa] portée, sans qu'un préjudice économique important ne [subsistât] ». Dans ces circonstances, l'assuré n'était donc pas empêché de satisfaire son obligation de diminuer le dommage et en particulier de chercher une activité adaptée ou de s'inscrire à l'assurance-chômage (ATF 129 V 464 consid. 5.2). A cela s'ajoute le fait qu'à l'issue de la procédure en matière d'assurance-invalidité ouverte auprès de la Cours de céans, le recours de l'assuré qui concluait à l'octroi de mesures professionnelles a été rejeté (AI [...]).

7. a) Le recourant estime que le délai d'adaptation de trois mois semble manifestement insuffisant pour lui permettre de retrouver une activité adaptée à son état de santé et aux différentes limitations qui en découlent.

b) En cas d'incapacité de travail de longue durée, on peut raisonnablement exiger de l'assuré, conformément à son obligation de diminuer le dommage (ATF 129 V 463 consid. 4.2, 123 V 233 consid. 3c, 117 V 278 consid. 2b, 400 et les arrêts cités ; TFA K 56/05 du 31 août 2006 consid. 3.3), qu'il utilise sa capacité de travail résiduelle dans un autre secteur d'activité professionnelle, à condition qu'un laps de temps suffisant lui soit imparti pour lui permettre de retrouver un emploi adapté à son état de santé (ATF 129 V 462 consid. 4.2 et 4.3 et les références). La jurisprudence considère comme approprié un temps d'adaptation compris entre trois et cinq mois, tel qu'il découle de la pratique (ATF 114 V 289 consid. 5b, 111 V 239 consid. 2a; RAMA 2000 n° KV 112 p. 123 s. consid. 3a).

Selon l'art. 13 ch. 1 des Dispositions complémentaires et dérogatoires aux CGA 2011 de l'assurance collective d'une indemnité journalière selon la LAMal, l'assureur alloue une indemnité journalière de transition lorsque le salarié est définitivement ou temporairement exclu

d'un travail, si cette exclusion lui cause, à court terme, de graves difficultés économiques, notamment parce qu'il doit quitter immédiatement son emploi. Cette indemnité est versée pour une période maximum de trois mois dès que l'assuré a recouvré sa capacité de travail dans une autre activité.

c) En l'espèce, le recourant présente une capacité de travail entière dans une autre activité que celle qu'il exerçait habituellement. Cette capacité a été déterminée par décision de l'assureur du 27 septembre 2016. Dès lors le délai de trois mois maximum d'indemnité de transition était écoulé au 31 décembre 2016. De plus, l'exercice des activités réalisables ne nécessite aucune formation particulière, l'assuré exerçant auparavant une activité d'étancheur sans formation. Le séjour à la Clinique C. _____ a clairement fait ressortir un pronostic favorable de réinsertion. Avant le 1^{er} avril 2018, il n'a en outre plus fourni de certificat d'incapacité de travail au-delà du 31 décembre 2016. En définitive, le recourant n'a pas apporté la preuve qu'il avait entrepris tout ce qui était raisonnablement exigible de lui pour réduire le dommage, comme par exemple rechercher une nouvelle activité adaptée telle que reconnue par l'assureur, la CNA et l'OAI, ou encore s'inscrire au chômage. Dès lors, le délai d'adaptation de trois mois est correct.

8. a) A l'issue du délai d'adaptation, 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 286 consid. 3c *in fine*; TFA K 31/04 du 9 décembre 2004 consid. 2.2, K 121/03 du 10 août 2004 consid. 4.2.1 et K 191/00 du 21 août 2001 consid. 2a). La perte de gain chiffrée en pourcent donne ainsi le taux de l'incapacité résiduelle (TFA K 31/04 du 9 décembre 2004 consid. 2.2 précité).

b/aa) Le revenu d'invalidé doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de la personne assurée. En l'absence d'un revenu effectivement réalisé – soit lorsque la personne assurée, après la survenance de l'atteinte à la santé, n'a pas repris d'activité lucrative ou alors aucune activité normalement exigible –, le revenu d'invalidé peut être évalué sur la base de salaires fondés sur les données statistiques résultant de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) ou sur les données salariales résultant des descriptifs de postes de travail établies par la CNA (ATF 135 V 297 consid. 5.2, 129 V 472 consid. 4.2.1 et 126 V 76 consid. 3a/bb ; TF 9C_843/2015 du 7 avril 2016 consid. 5.2 et 9C_900/2009 du 27 avril 2010 consid. 3.3).

bb) En l'espèce, le salaire de référence est celui auquel peuvent prétendre les hommes effectuant des tâches physiques ou manuelles simples dans le secteur privé (production et services), soit en 2014, 5'312 fr. par mois, part au 13^{ème} salaire comprise (ESS, TA 1; niveau de compétence 1). Ce salaire étant prévu pour 40 heures de travail hebdomadaire, il a été adapté aux 41.7 heures qui étaient effectuées par le recourant. Le revenu annuel d'invalidé retenu en l'espèce pour l'année 2014 est donc de 66'453 fr. 10. Il faut encore adapter ce montant à l'évolution des salaires. Dès lors, le revenu annuel d'invalidé retenu s'élève en 2017 à 67'521 fr. 85. Ce revenu n'a pas été contesté par le recourant.

c/aa) En cas de recours à l'ESS, il se justifie d'examiner l'opportunité d'une déduction supplémentaire sur le revenu d'invalidé. Il est en effet notoire que les personnes atteintes dans leur santé, qui présentent des limitations même pour accomplir des activités légères, sont désavantagées sur le plan de la rémunération par rapport aux travailleurs jouissant d'une pleine capacité de travail et pouvant être engagés comme tels ; ces personnes doivent généralement compter sur des salaires inférieurs à la moyenne (ATF 124 V 321 consid. 3b/bb ; TF 9C_677/2015 du 25 janvier 2016 consid. 3.3). La mesure dans laquelle les salaires ressortant des statistiques doivent être réduits dépend de l'ensemble des circonstances personnelles et professionnelles du cas

particulier (limitations liées au handicap, âge, années de service, nationalité/catégorie d'autorisation de séjour et taux d'occupation). Il n'y a pas lieu d'opérer des déductions distinctes pour chacun des facteurs entrant en considération, mais il convient plutôt de procéder à une évaluation globale des effets de ces facteurs sur le revenu d'invalidé, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas concret (ATF 126 V 75 consid. 5b ss). Une déduction globale maximale de 25 % sur le salaire statistique permet de tenir compte des différents éléments qui peuvent influencer le revenu d'une activité lucrative (ATF 126 V 75 consid. 5b/aa-cc ; TF 9C_35/2015 du 19 août 2015 consid. 4.1 et 9C_297/2011 du 31 janvier 2012 consid. 4.1.2).

bb) Le pouvoir d'examen du juge des assurances sociales quant à l'étendue de l'abattement du salaire statistique n'est pas limité à la violation du droit (y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation), mais s'étend également à l'opportunité de la décision administrative (« *Angemessenheitskontrolle* »). En ce qui concerne l'opportunité de la décision en cause, l'examen porte sur le point de savoir si une autre solution que celle que l'autorité, dans un cas concret, a adoptée dans le cadre de son pouvoir d'appréciation et en respectant les principes généraux du droit, n'aurait pas été plus judicieuse quant à son résultat. A cet égard, le juge des assurances sociales ne peut, sans motif pertinent, substituer sa propre appréciation à celle de l'administration; il doit s'appuyer sur des circonstances de nature à faire apparaître sa propre appréciation comme la mieux appropriée (ATF 137 V 71 consid. 5.2 et 126 V 75 consid. 6 ; TF 9C_637/2014 du 6 mai 2015 consid. 4.2).

cc) En l'espèce la nature des limitations fonctionnelles du recourant ne présente pas de spécificités telles qu'elles sont susceptibles d'induire, à elles seules, une réduction sur les perspectives salariales compte tenu de la palette d'activités compatibles avec celles-ci (TF 8C_655/2016 du 4 août 2017 consid. 6.3). En effet, si des travaux peu ou moyennement pénibles sont raisonnablement exigibles, cela seul ne justifie pas une déduction même si la capacité de travail est réduite, car le salaire du barème pour le niveau de compétences 1 comprend déjà de

nombreuses activités peu ou moyennement pénibles (TF 9C_187/2011 du 30 mai 2011 consid. 4.2.1). Au moment où la décision de l'assureur a été rendue (septembre 2017), l'assuré était âgé de 58 ans. Il lui restait donc plusieurs années avant sa retraite, si bien que l'impact du facteur âge est relatif. En comparaison à d'autres situations ressortant de la jurisprudence, notamment où un abattement de 5% a été retenu, il apparaît que l'abattement de 10% sur le salaire statistique opéré par R. _____ SA après évaluation globale de la situation n'est pas critiquable (TF 8C_910/2010 du 8 septembre 2011 consid. 6.3).

A cet égard, le recourant soutient que le taux d'abattement devrait être de 15%. Pour justifier une telle augmentation, il mentionne sa nationalité ou encore le fait que le reclassement modifiera son salaire.

A la lecture du formulaire de déclaration d'incapacité rempli par l'employeur le 22 août 2016, il est indiqué que le recourant est de nationalité suisse. De plus, il travaille en Suisse depuis 1984, soit depuis près de 35 ans. Le critère de la nationalité n'est donc pas fondé. Concernant le changement de profession, c'est la raison même du calcul de la perte de gain éventuelle en cas de changement de profession. Elle est définie comme la différence entre ce que l'assuré pouvait gagner sans maladie dans son emploi précédent et le revenu qu'il pourrait raisonnablement gagner ou réaliser dans le nouvel emploi (ATF 114 V 281 consid. 3c). Dès lors, il ne s'agit pas d'un critère à prendre en compte une nouvelle fois pour le calcul du taux d'abattement. Il s'ensuit que le revenu avec invalidité était de 60'769 fr. 65 en 2017.

d) En dernier lieu, le recourant soutient que le revenu sans invalidité retenu par l'intimée est d'un montant trop faible.

Selon l'art. 13 des Conditions générales BE, l'indemnité journalière est calculée sur la base du salaire en vigueur au moment de l'incapacité de travail conformément à la déclaration de l'employeur faite par le biais des formulaires mis à sa disposition par l'assureur. A la lecture de cette déclaration, le salaire horaire de l'assuré s'élève à 33 fr. 85. Ce

montant est augmenté de 8.33% pour prendre en considération le 13^{ème} salaire selon l'art. 19 al. 1 de la convention collective de travail du second œuvre romand (CCT-SOR). Pour arriver au revenu annuel du recourant avant l'invalidité, il faut multiplier ce montant par le nombre annuel d'heures effectives (2'140). Le calcul est le suivant: $(33.85 + 8.33\%) \times 2'140 = 78'471.35$. Dès lors, le montant retenu à titre de revenu avant incapacité pour 2017 par l'intimée respecte les conditions générales et se fonde sur les montants fournis par l'employeur de l'assuré, si bien qu'il ne prête pas le flanc à la critique.

e) Par conséquent, le taux d'invalidité du recourant dans une profession adaptée s'élève à 23%. Selon l'art. 13 al. 1 des Conditions générales BE, l'indemnité journalière est allouée en cas d'incapacité de travail à partir de 25% (réduite au moins de moitié selon l'art. 72 al. 2 LAMal). Dès lors, si la perte de gain résiduelle à la suite d'un changement de profession est inférieure à ce pourcentage, elle n'est pas couverte par l'assurance perte de gain. Au vu de ce qui précède, c'est à bon droit que l'intimée n'a pas accordé d'indemnité journalière au recourant au-delà du 31 décembre 2016.

9. Il s'ensuit que le recours doit être rejeté et la décision entreprise confirmée.

La procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, ni d'allouer de dépens, le recourant n'obtenant pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA *a contrario*). L'intimée, qui obtient gain de cause, n'a pas non plus droit à des dépens, dès lors qu'il ne s'agit pas d'un cas de recours téméraire ou interjeté à la légère par l'assuré (ATF 126 V 149 consid. 4).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

I. Le recours est rejeté.

II. La décision sur opposition rendue le 15 décembre 2017 par R._____SA SA est confirmée.

III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Flore Primault (pour T._____),
- R._____SA SA,
- 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 :