

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 22 février 2010

---

Présidence de       Mme    THALMANN  
Juges     :       Mme Di Ferro Demierre, juge, et M. Schmutz, assesseur  
Greffier        :       M. Bichsel

\* \* \* \* \*

Cause pendante entre :

**R.**\_\_\_\_\_, à Genève, requérant, représenté par Me Joël Crettaz, avocat à Lausanne,

et

**X.**\_\_\_\_\_, à Zurich, intimée, représentée par Me Jean-Michel Duc, avocat à Lausanne.

---

**Art. 61 let. i LPGA et 100 al. 1 let. b LPA-VD**

## **E n f a i t :**

**A.** Par jugement du 31 jugement 2007 (cause n° [...]), le Tribunal des assurances a rejeté le recours formé par R.\_\_\_\_\_ le 9 novembre 2005 contre une décision sur opposition rendue le 21 septembre 2005 par X.\_\_\_\_\_ (ci-après: X.\_\_\_\_\_, X.\_\_\_\_\_ ou la caisse), et confirmé cette dernière décision sur opposition.

**a)** Dans ce jugement, définitif et exécutoire, ont été retenus les faits suivants:

"A. R.\_\_\_\_\_, né en 1943, est titulaire du CFC de cafetier-restaurateur et du certificat pour établissements importants. Il exploitait dès 1985 le S.\_\_\_\_\_ et le L.\_\_\_\_\_ en raisons individuelles, ce dernier établissement étant une salle à l'étage du S.\_\_\_\_\_. Il était directeur de la société K.\_\_\_\_\_ SA, qui exploitait depuis 1991 à Lausanne, un établissement de restauration rapide dans l'immeuble qui abritait également le S.\_\_\_\_\_ et le L.\_\_\_\_\_. La cuisine, dont il avait la responsabilité, était commune aux établissements. Il était assuré contre les accidents professionnels et non professionnels selon la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (ci-après : LAA) auprès de la X.\_\_\_\_\_ en sa qualité de directeur de la société K.\_\_\_\_\_ SA, pour un salaire de 7'500 fr. par mois.

R.\_\_\_\_\_, qui est gaucher, a été victime d'un accident de la route le 17 novembre 1994, qui a occasionné une fracture-luxation ouverte du degré IIIB du coude et de l'humérus distal gauches, ainsi qu'une luxation radio-cubitale du poignet gauche.

Le 18 janvier 1995, K.\_\_\_\_\_ SA a adressé à la X.\_\_\_\_\_ deux fiches de salaire en mentionnant avoir versé les salaires à R.\_\_\_\_\_. Ces deux fiches concernent les mois de novembre et de décembre 1994 et mentionnent un salaire mensuel brut de 7'500 francs. En haut à droite figure la date du 10 novembre 1994 sur les deux fiches. Celle de novembre 1994 a été signée le 15 décembre 1994 et celle de décembre 1994 le 13 janvier 1995. Le numéro d'un compte bancaire a en outre été donné pour le versement des indemnités journalières. Le cas a été pris en charge par la X.\_\_\_\_\_ qui a versé des indemnités journalières depuis le 20 novembre 1994 fondées sur un revenu annuel de 90'000 francs.

Par décision du 31 octobre 1996, la caisse a alloué à l'assuré une indemnité pour atteinte à l'intégrité de 15 %, mis fin au traitement et aux indemnités journalières au 30 septembre précédent et refusé d'allouer une rente d'invalidité, motif pris que l'activité de l'intéressé consiste principalement à gérer trois établissements publics et que, dans une activité de gestionnaire et

de cuisinier à temps partiel, il pourrait gagner autant que s'il n'avait pas été victime de l'accident assuré.

Par décision sur opposition du 21 mai 1997, la X. \_\_\_\_\_ a rejeté l'opposition formée par l'assuré en ce qui concerne l'octroi d'une rente et l'a partiellement admise concernant le taux d'atteinte à l'intégrité qui a été porté à 35 pour-cent.

Par jugement du 28 août 2001 (n° [...]), le Tribunal de céans a admis le recours, reconnaissant le droit du recourant à une rente d'invalidité de l'intimée dans son principe à compter du 1<sup>er</sup> octobre 1996, et renvoyé la cause à l'intimée. Il considère notamment ce qui suit :

"Quant au revenu sans invalidité, on peut se demander si le salaire mensuel de 7'500 fr. retenu n'était pas trop élevé, s'agissant du patron d'une croissanterie ne vouant qu'une partie de son temps à cette activité qui, seule, était couverte par le rapport d'assurance ici en cause. Du reste, l'intimée excipe de cet argument à titre subsidiaire. Quoi qu'il en soit, le taux d'invalidité doit, de par son caractère économique, être fondé sur la comparaison de deux revenus hypothétiques à plein temps. Un gain assuré mensuel de 7'500 fr. ne pourrait que couvrir l'ensemble du travail effectué par le recourant, du moment que le S. \_\_\_\_\_ ne rapportait pas de quoi rémunérer son exploitant. Or, un tel gain n'est pas excessif pour un patron cafetier-restaurateur travaillant à plein temps".

"Pour ce qui est du revenu d'invalidé, il a été estimé sur la base d'un reclassement dans le secteur des services. Le salaire mensuel moyen dans cette branche s'élevait, en 1996, à 6'874 fr. pour les salariés des catégories 1 et 2 (la catégorie 1 étant constituée par les travaux les plus exigeants et les tâches les plus difficiles, alors que la catégorie 2 a trait à un travail indépendant et très qualifié), 4'716 fr. pour les salariés de la catégorie 3 (connaissances professionnelles spécialisées) et 3'874 fr. pour les travailleurs de la catégorie 4 (activités simples et répétitives). En particulier, ces salaires étaient respectivement de 7'271 fr., 4'990 fr. et 4'127 fr. dans le commerce de gros et de 5'240 fr., 3'864 fr. et 3'424 fr. dans le commerce de détail (cf. Annuaire statistique de la Suisse, éd. 2000, p. 120)".

Le Tribunal a ajouté que dans le cas particulier, le niveau de qualification du recourant se situerait, après réadaptation, vraisemblablement entre les degrés 1 et 2 de la typologie ci-dessus. Un revenu compris entre 5'000 et 6'000 fr. par mois paraît dès lors vraisemblable. Le taux d'invalidité serait donc d'environ 25 %. C'est du reste ce taux qu'a avancé le Dr V. \_\_\_\_\_, alors que le Dr B. \_\_\_\_\_ ne se prononce pas en termes chiffrés. Aucune mesure d'instruction complémentaire n'est de nature à permettre d'affiner plus avant cette évaluation. Il y a donc lieu d'admettre que le recourant présente une invalidité de 25 %. L'incapacité de travail étant due uniquement à l'accident ici en cause, il a droit à une rente d'invalidité LAA du même taux, à la charge de l'intimée dès le 1<sup>er</sup> octobre 1996.

Le Tribunal a en outre considéré que le salaire de 7'500 fr. retenu comme gain sans invalidité était bien celui qui était annoncé

à la caisse de compensation AVS compétente. C'est ce même gain qui, couvert auprès de l'intimée, a servi de base au calcul des primes d'assurance et des indemnités journalières. L'assureur ne l'a pas remis en cause aussi longtemps que l'assuré n'a pas réclamé une rente d'invalidité. La décision attaquée n'a cependant pas pour objet le montant du gain assuré et le tribunal n'a pas à statuer sur ce point dans la présente procédure. Si l'intimée estime que le gain assuré a été fixé à un niveau trop élevé au regard du revenu effectif, il lui est loisible, dans le cadre du calcul de la rente, de statuer sur cet objet par décision susceptible d'opposition.

Ce jugement a été confirmé par l'instance fédérale dans un arrêt du 26 novembre 2002 (cause [...]) sur recours de la X.\_\_\_\_\_. Elle a notamment considéré à propos du revenu sans invalidité ce qui suit :

"Dans un arrêt du 16 mars 1998 (SVR 1999 UV n° 1 p. 1), le Tribunal fédéral des assurances a jugé que, lorsqu'un assuré exerce deux activités, l'une dépendante, l'autre indépendante, le revenu sans invalidité doit être évalué sans tenir compte de l'incapacité subie dans l'activité lucrative indépendante. Par ailleurs et selon les principes posés par l'arrêt ATF 119 V 481 consid. 2b, le revenu sans invalidité doit être établi sans égard au fait que l'assuré mettait à profit entièrement, ou en partie seulement, sa capacité de travail avant l'accident. Il faut, autrement dit, rechercher quelles sont les possibilités de gain d'un assuré censé les utiliser pleinement. (...) l'ensemble des trois activités exercées par l'intimé (dont deux ne sont pas assurées) lui procure un salaire de 7500 fr. par mois. Dès lors qu'en application des règles et principes précités, on doit prendre en considération le revenu de l'activité salariée comme si elle avait été exercée à plein temps, il y a lieu d'admettre que le montant de 7500 fr. peut effectivement représenter le revenu que l'intimé aurait réalisé comme directeur de la croissanterie, s'il avait exercé cette activité salariée à plein temps. Le fait que l'on puisse considérer, en l'absence d'autres éléments, que l'intimé exerçait cette activité à raison d'un tiers temps ne joue pas de rôle lorsqu'il s'agit de procéder à la comparaison des revenus (cf. ATF 119 V 481 précité). Dans ces circonstances, et par substitution de motifs, il y a lieu de s'en tenir au revenu sans invalidité de 7500 fr."

B. Par courrier du 3 juin 2003, la X.\_\_\_\_\_ a informé R.\_\_\_\_\_ que les pièces produites tendant à attester le montant du gain déterminant assuré n'étaient pas convaincantes et qu'une expertise comptable serait effectuée.

Par courrier du même jour, elle a confié à O.\_\_\_\_\_ de la fiduciaire J.\_\_\_\_\_ SA, à [...], de procéder à une expertise comptable en le priant de répondre aux questions suivantes :

- "1.- Compte tenu de la situation, des obligations et des résultats de " K.\_\_\_\_\_ SA" ce dernier était-il en mesure d'octroyer à Monsieur R.\_\_\_\_\_ un salaire mensuel de Fr. 7'500.-- dès le 1<sup>er</sup> janvier 1994 jusqu'au 30 novembre 1994 ?
- 2.- Une trace du versement de ces 11 mensualités se trouve-t-elle dans les pièces comptables encore disponibles de " K.\_\_\_\_\_ SA" ?

Dans l'affirmative à quelles dates ont-elles été effectuées et sur quel compte ont-ils été versés ?

3.- Si la réponse aux questions précédentes est négative au vu de la situation, des obligations et des résultats de " K.\_\_\_\_\_ SA", quel est le salaire maximum qu'il aurait pu verser durant les 11 premiers mois de l'année 1994 à Monsieur R.\_\_\_\_\_ ?"

Il résulte du rapport du 19 mai 2004 de la fiduciaire J.\_\_\_\_\_ SA notamment que la plupart des documents fournis pour l'expertise dénotent un imbroglio empêchant de décanter la réalité des faits et de déterminer une base de revenu réalisé par l'assuré. Malgré l'absence quasi totale de comptabilité, l'inexistence d'un journal, d'un livre de caisse, d'extraits de comptes, les boucllements présentés ont chaque année donné lieu à des rapports de révision, ce qui implique de la part du réviseur un contrôle et une analyse de la comptabilité en rapport avec les justificatifs des écritures comptables enregistrées sur les comptes respectifs. Les décomptes mensuels établis au nom de R.\_\_\_\_\_ pour les mois de janvier à octobre 1994, s'ils sont acquittés, ne sont pas datés. Le mode de paiement n'est pas indiqué. L'expert, en l'absence de pièces comptables (livre ou compte de Caisse, avec les avis de crédit sur le compte personnel de R.\_\_\_\_\_ ou quittance de caisse ou précisions de l'organe de révision) ne peut exclure que ces décomptes aient été établis après coup. Il mentionne que le décompte de novembre a été établi le 1<sup>er</sup> décembre 1994, mais que la date de réception n'est pas portée à côté de la signature de l'assuré. Il observe en outre qu'il existe deux bordereaux pour le mois de décembre 1994 datés du 10 novembre 1994, donc établis avant celui de novembre. L'un de ces bordereaux a été acquitté le 15 décembre 1994 et l'autre le 13 janvier 1995. L'expert se demande pourquoi il y a eu un versement de 7'500 fr. en décembre 1994 alors que la déclaration faite à l'AVS indique 82'500 fr. soit pour 11 mois et que l'intimée a commencé à verser des indemnités depuis le 20 novembre 1994. Le certificat de salaire de 1994 à l'intention des autorités fiscales a été établi le 26 avril 1995 par K.\_\_\_\_\_ SA et indique un salaire brut total de 90'000 fr., qui est reporté sur la déclaration d'impôt de R.\_\_\_\_\_ pour la période 1995-1996. Or, ce même montant figure dans cette déclaration pour 1993, alors que R.\_\_\_\_\_ n'est dépendant que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1994. L'attestation AVS pour 1993 ne mentionne aucun salaire pour R.\_\_\_\_\_.

S'agissant du salaire de R.\_\_\_\_\_ l'expert mentionne qu'en 1994 douze mois ont été comptabilisés mais pas forcément versés. Il estime que techniquement parlant K.\_\_\_\_\_ SA aurait pu octroyer une prestation mensuelle de 7'500 fr. à R.\_\_\_\_\_. Il rappelle toutefois que l'assuré a procédé à de nombreux prélèvements dans la société au bénéfice à tout le moins du S.\_\_\_\_\_ (qui a subi une perte de 109'628 fr. au 30 juin 1994 et de 410'757 fr. au 30 juin 1995). S'agissant du paiement des salaires, l'expert n'a pu le vérifier.

Se référant à l'arrêt rendu par la juridiction fédérale, et faute de documents, il lui paraît défendable de retenir que R.\_\_\_\_\_ consacrait à chacun des établissements le tiers de ses activités, soit l'équivalent-salaire de 2'500 fr. pour chacune.

Dans une lettre du 4 octobre 2004, l'expert de la fiduciaire J. \_\_\_\_\_ SA mentionne notamment que le bilan du S. \_\_\_\_\_ présentait au 31 décembre 1992 un découvert 970'887 fr. 52, au 30 juin 1994 de 981'969 fr. 17 et à la fin de l'exploitation de 1'258'568 fr. 98. Il ajoute que le compte créancier K. \_\_\_\_\_ SA avait passé de 30'094 fr. 85 le 31 décembre 1992 à 476'482 fr. 92 au 31 mai 1995, la dette auprès de [...] ayant diminué de quelques 500'000 fr., ce qui confirme certains transferts de fonds. Il se demande comment a été comptabilisée la différence entre le salaire net mentionné dans le compte 3106, savoir 6'552 fr. 70 et celui mentionné sur les décomptes mensuels de salaire, savoir 6'545 fr. 20. Il indique également que P. \_\_\_\_\_, économiste à l'Office fédéral de l'assurance-invalidité (ci-après : OAI), a fait ressortir le montant des salaires et charges sociales passé en compte pour le S. \_\_\_\_\_, savoir 212'209 fr. pour l'exercice 1993/1994 et 131'252 fr. pour 1994/1995, alors que les chiffres de ces boucllements remis par l'Office des faillites font état de 318'313 fr. pour 1993/1994 et de 120'315 fr. pour 1994/1995, ce qui indique une non concordance entre ces chiffres. Il en conclut que l'analyse du dossier met en présence des contradictions flagrantes qui jettent non seulement le doute sur la véracité des chiffres qu'il contient, mais donnent l'impression de s'écarter de la réalité. Il déclare rester sceptique sur le fait que K. \_\_\_\_\_ SA aurait dû supporter en 1994 une charge salariale mensuelle brute de 7'500 fr. alors que R. \_\_\_\_\_ exerçait encore une activité dans deux autres entreprises, lesquelles auraient dû prendre en charge une partie de ce salaire moyennant une clef de répartition basée, par exemple, sur le temps passé dans chaque entreprise.

Par décision du 29 avril 2005, confirmée sur opposition le 21 septembre 2005, la X. \_\_\_\_\_ a refusé l'octroi d'une rente d'invalidité, considérant notamment que la situation financière des entreprises dirigées en nom propre par R. \_\_\_\_\_ au moment de l'accident, l'impossibilité d'avoir la certitude que le salaire déclaré chez la société K. \_\_\_\_\_ SA n'était pas celui d'une construction a posteriori et enfin les discordances entre les justificatifs salariaux fournis ne démontraient pas de manière hautement vraisemblable que R. \_\_\_\_\_ percevait un salaire auprès de K. \_\_\_\_\_ SA en contre-partie d'une activité lucrative en son sein.

Outre les pièces mentionnées ci-dessus, le dossier contient :

- L'extrait des comptes individuels, selon lequel R. \_\_\_\_\_ figure comme personne de condition indépendante jusqu'en 1993 inclus et dont les revenus annuels s'élèvent en 1991 à 6'334 fr. et à 11'100 fr. en 1992 et 1993. En 1994, figure un revenu de 82'500 fr. pour 12 mois et K. \_\_\_\_\_ SA comme employeur. Ce montant correspond à la liste des salaires communiquée le 3 avril 1995 par K. \_\_\_\_\_ SA à l'Agence communale d'assurances sociales.

- Le compte de pertes et profits de la société K. \_\_\_\_\_ SA 1993/1994, duquel il résulte un salaire de R. \_\_\_\_\_ d'un montant de 39'316 fr. 20 et le même montant du compte 1994/1995, savoir au total un montant de 78'632 fr. 40 ou un montant mensuel net de 6'552 fr. 70. Il résulte également au débit du compte salaires 3106 notamment un salaire de janvier à juin 1994 de 39'316 fr. 20 en

faveur de R.\_\_\_\_\_. L'exercice au 30 juin 1992 se solde par une perte de 24'586 fr. 66, au 30 juin 1993 par un bénéfice de 38'057 fr. 30, au 30 juin 1994 par un bénéfice de 1'710 fr. 83 alors que le suivant par une perte de 819'077 fr. 89.

- Des fiches de salaires de R.\_\_\_\_\_ concernant les mois de janvier à novembre 1994 mentionnant un montant brut de 7'500 fr. par mois sous déduction de 954 fr. 80 de charges sociales, savoir un salaire net de 6'545 fr. 20. Il n'y a pas de dates à côté de la signature de R.\_\_\_\_\_. En outre la fiche de salaire de novembre 1994 mentionne en haut à droite le 1<sup>er</sup> décembre 1994.

C. Par acte du 9 novembre 2005, R.\_\_\_\_\_, représenté par l'avocat Joël Crettaz, a recouru contre la décision sur opposition précitée, en concluant avec dépens à être mis au bénéfice d'indemnités journalières calculées sur la base d'un taux d'invalidité de 25 % et d'un gain annuel de 90'000 fr. à compter du 1<sup>er</sup> octobre 1996." [...]

"A l'appui de son recours, le recourant a produit notamment une lettre du 30 novembre 2006 de la fiduciaire de la société K.\_\_\_\_\_ SA indiquant que l'institution de prévoyance [...] exigeait qu'au début de l'année ou de l'engagement d'un employé il lui soit annoncé le salaire brut AVS en vue de déterminer le montant des cotisations.

D. Une audience d'instruction a été tenue le 24 octobre 2006, au cours de laquelle divers témoins ont été entendus dont O.\_\_\_\_\_, expert comptable, qui a produit diverses pièces dont une attestation de salaire de R.\_\_\_\_\_ du 26 avril 1995 mentionnant un salaire brut total de 90'000 fr. pour l'année 1994, une déclaration d'impôts 1993-1994 ne mentionnant pas de revenus provenant d'une activité lucrative dépendante et faisant état de la somme de 28'325 fr. en 1991 et de 34'255 fr. en 1992 provenant d'une activité lucrative indépendante. Il a également produit une déclaration d'impôts 1995-1996 mentionnant des revenus pour une activité lucrative dépendante de 80'158 fr. en 1993 et le même revenu en 1994.

N.\_\_\_\_\_, comptable, a également été entendu en qualité de témoin. Il s'est occupé de la comptabilité de la société K.\_\_\_\_\_ SA depuis sa création. Il a déclaré que tous les paiements, y compris le salaire du recourant, se faisaient de la main à la main. Au départ, le recourant répartissait son temps de travail entre K.\_\_\_\_\_ SA et le S.\_\_\_\_\_; par la suite, il passait plus de temps au K.\_\_\_\_\_ SA. Interrogé sur les pièces comptables de la société, il a déclaré les avoir toutes remises à l'Office des faillites.

E. Ont été produits en cours de procédure les dossiers suivants :

- Le dossier de l'assurance-invalidité dans lequel figure le rapport d'enquête économique pour les indépendants de P.\_\_\_\_\_, économiste à l'OAI du 30 janvier 1997, selon lequel le recourant était chef cuisinier au S.\_\_\_\_\_ et au K.\_\_\_\_\_ SA. Au S.\_\_\_\_\_ travaillaient 3 personnes au service, une aide de cuisine et au K.\_\_\_\_\_ SA 4 personnes pour la vente. La gestion des deux

établissements (paiements, salaires, assurances, impôts, livres de caisses, comptabilité sur ordinateur) était assumée par la même personne, savoir, par la suite, la compagne du recourant. Les salaires versés par le S. \_\_\_\_\_ de janvier 1993 à juin 1994 s'élevaient à 318'313 fr. et à 120'315 fr. de juillet 1994 à mai 1995. Les salaires versés par le K. \_\_\_\_\_ SA se sont élevés à 154'591 fr. de juillet 1991 à juin 1992, à 197'512 fr. de juillet 1992 à juin 1993, à 301'014 fr. de juillet 1993 à juin 1994 et à 261'092 fr. de juillet 1994 à juin 1995. S'agissant de la comparaison des champs d'activités du recourant, ce rapport mentionne :

- |    |   |      |
|----|---|------|
| 1. | cuisine (¾ S. _____, ¼ K. _____ SA)   | 80 % |
| 2. | organisation du travail, commandes, paiements comptant aux fournisseurs, surveillance, administration, fermetures des établissements (caisse) |      |

\_\_\_\_\_

20 %

Total  
100 %

A ce rapport, P. \_\_\_\_\_ a annexé un rapport d'analyses du dommage direct que lui a remis le recourant lors de sa visite en mentionnant qu'il a été effectué par sa fiduciaire. Ce document mentionne des prélèvements privés pour le S. \_\_\_\_\_ de 108'625 fr. 05 en 1991, de 151'461 fr. 45 en 1992, de 38'953 fr. 41 du 1<sup>er</sup> janvier 1993 au 30 juin 1994 et de 38'742 fr. 60 du 1<sup>er</sup> juillet 1994 au 31 mai 1995.

Il mentionne en outre des prélèvements privés du recourant auprès du K. \_\_\_\_\_ SA de 113'935 fr. 40 du 1<sup>er</sup> juillet 1991 au 30 juin 1992, de 57'475 fr. 90 du 1<sup>er</sup> juillet 1992 au 30 juin 1993, de 183'672 fr. 04 du 1<sup>er</sup> juillet 1993 au 30 juin 1994 et de 104'600 fr. 21 du 1<sup>er</sup> juillet 1994 au 30 juin 1995. Il indique un salaire du 1<sup>er</sup> janvier au 30 novembre 1994, savoir un salaire de 45'000 fr. pour la période du 1<sup>er</sup> juillet 1993 au 30 juin 1994 et de 37'500 fr. du 1<sup>er</sup> juillet 1994 au 30 juin 1995.

- Le dossier de la faillite de la société K. \_\_\_\_\_ SA et de R. \_\_\_\_\_ a été produit. Il en résulte que la faillite de la société anonyme a été ouverte le 15 août 1996, à la suite du dépôt de bilan de la société et clôturée le 12 mars 1998 (faillite sommaire). Les pièces comptables n'y figurent pas sauf quelques pièces éparses. Le procès-verbal de la faillite ne mentionne pas que ces pièces auraient été produites. Il est uniquement mentionné que R. \_\_\_\_\_ a été entendu par le préposé de l'office le 21 août 1996, qu'un délai au 27 août lui a été donné afin de faire parvenir à l'Office les pièces réclamées et qu'à cette date ont été produites la convention de remise du commerce ainsi que les statuts de la société. Il résulte en outre du dossier que par courrier du 17 février 1998, le représentant de l'un des créanciers a demandé au préposé de lui faire parvenir copie des comptes de bilan et de pertes et profits de la société pour les exercices 1993 au jour de la faillite et que le 19 février 1998, le préposé lui a envoyé copie du rapport de l'organe de révision du 6

février 1996, des bilans 1994 et 1995, des comptes pertes et profits pour la même période ainsi qu'une lettre du 6 février 1996 de la fiduciaire de la société. En outre, par lettre du même jour, le préposé a demandé à la fiduciaire si elle détenait encore des pièces comptables de la société K. \_\_\_\_\_ SA, laquelle a répondu par courrier du 23 février 1998 : "(nous) vous informons que nous ne détenons aucune pièce de cette société".

- Le dossier AVS de R. \_\_\_\_\_ a été produit. Il en résulte notamment qu'un salaire en sa faveur a été annoncé le 3 avril 1995 pour 1994 d'un montant de 82'500 francs. Pour les autres années aucun salaire n'a été annoncé. Il en résulte également qu'un contrôle de l'employeur a eu lieu sur place le 12 septembre 1996. Le rapport du 22 novembre 1996 mentionne que les pièces justificatives contrôlées sur place étaient : bilan et compte d'exploitation de septembre 1991 à juin 1995, le grand livre pendant la même période et les fiches de paie pour la période 1992-1995.

- Le dossier de l'institution de prévoyance [...] qui contient la même liste des salaires adressée le 3 avril 1995 à l'Agence communale d'assurances sociales. En outre, dans une lettre du 7 décembre 2006 adressée au conseil du recourant, cette institution écrit que l'assuré a été inscrit sur la liste des assurés seulement pour l'année 1994 et qu'il n'est pas possible de connaître à quelle date il a été annoncé à ladite fondation de prévoyance."

**b)** En droit, le Tribunal des assurances a notamment considéré ce qui suit:

"2. En l'espèce, est litigieuse l'existence d'un gain assuré. Il y a dès lors lieu d'examiner si au moment de l'accident, le recourant recevait un salaire ou pas.

3. a) Selon l'article 7 de l'ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents (OLAA), sont réputés salaire, au sens de l'article 3, alinéa 2, de la loi:

- l'AVS;
- a. le salaire déterminant au sens de la législation fédérale sur
  - b. les indemnités journalières de l'assurance-accidents obligatoire, de l'assurance militaire, de l'assurance-invalidité (AI) et celles des caisse-maladie et des assurances-maladie et accidents privées, qui sont versées en lieu et place du salaire, les allocations au titre de la loi du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain, de même que les allocations d'une assurance maternité cantonale;
  - c. les allocations familiales qui, au titre d'allocation pour enfants ou d'allocation de formation ou de ménage, sont versées conformément aux usages locaux ou professionnels;
  - d. les salaires sur lesquels aucune cotisation de l'AVS n'est perçue en raison de l'âge de l'assuré.

D'après l'article 15 alinéa 1<sup>er</sup> LAA, les indemnités journalières et les rentes sont calculées d'après le gain assuré. Selon l'alinéa 2 de cette disposition, est réputé gain assuré pour le calcul des indemnités journalières le dernier salaire que l'assuré a reçu

avant l'accident; est déterminant pour le calcul des rentes le salaire que l'assuré a gagné durant l'année qui a précédé l'accident.

b) Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4<sup>ème</sup> éd., Berne 1984, p. 136; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2<sup>ème</sup> éd., p. 278 ch. 5). Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, 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. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références; cf. ATF 130 III 324 sv. consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a). Par ailleurs, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références; cf. ATF 130 I 183 consid. 3.2; TFA, C., du 15 février 2006 [C 35/04]). C'est à la partie qui voulait déduire un droit d'en supporter les conséquences, sauf si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à la partie adverse (TFA, du 26 septembre 2001 [K 207/00 consid. 3c]).

4. Le recourant, qui admet ne pas avoir perçu de salaire de la société K. \_\_\_\_\_ SA avant 1994, soutient avoir reçu un salaire brut de 7'500 fr. par mois en 1994. A l'appui de son allégation, il a communiqué à l'intimée en particulier des fiches de salaire ainsi que les bilans, comptes de pertes et profits et balance des comptes de la société K. \_\_\_\_\_ SA pour les périodes de juillet 1993 à juin 1994 et de juillet 1994 à juin 1995.

Il a annoncé à l'intimée son statut de dépendant dès 1991 et annoncé un revenu annuel de 90'000 francs.

Les fiches de salaire relatives au mois de janvier à novembre 1994 sont signées mais ne sont pas datées. Des indemnités journalières ont été versées par l'intimée dès le 20 novembre 1994 sur un compte bancaire dont le recourant est titulaire et il y a deux fiches de salaires signées et datées celles-là, mais dont une mentionne le mois de novembre lequel fait l'objet d'une autre fiche de salaire et les dates de signature sont postérieures à l'accident du recourant.

Le recourant a déclaré après l'accident au fisc des revenus nets pour une activité lucrative dépendante de 80'158 fr. en 1993 et le même revenu en 1994. Or, aucune autre pièce n'atteste de revenus pour une activité lucrative dépendante du recourant en 1993. D'ailleurs, le recourant a admis ne pas avoir prélevé de salaire de la société K. \_\_\_\_\_ SA avant janvier 1994. En outre, le montant déclaré en 1994 ne correspond pas. C'est en avril 1995, soit quatre mois après l'accident, que le recourant a annoncé à l'AVS un revenu brut pour 1994 de 82'500 francs. Quant à l'affiliation du recourant à l'institution de prévoyance [...], la fiduciaire a indiqué, dans sa lettre du 30 novembre 2006 adressée au conseil du recourant, que ce dernier avait dû être annoncé à l'institution de prévoyance dès le moment où il a été décidé de lui verser un salaire. Il apparaît à la lecture du dossier produit par ladite institution que le recourant n'a annoncé aucun revenu à l'institution de prévoyance [...] en 1993 pour 1994, mais uniquement en 1995, soit plus de trois mois après l'accident. L'expert de la fiduciaire J. \_\_\_\_\_ SA a déclaré que le bouclage de l'année comptable intervenait au 30 juin de chaque année mais qu'il était possible que les extraits de comptes produits aient été établis à une date ultérieure à celle du bouclage. En l'absence de pièces comptables (livre ou compte de Caisse, avec les avis de crédit sur le compte personnel de R. \_\_\_\_\_ ou quittance de caisse ou précisions de l'organe de révision), il ne peut exclure que ces décomptes aient été établis après coup. En outre, il ne peut affirmer que des salaires aient effectivement été versés. L'expert relève également l'importance des prélèvements privés effectués par le recourant.

Le témoin N. \_\_\_\_\_ a confirmé que les salaires étaient versés de la main à la main.

Ce dernier a déclaré à l'audience que les pièces comptables avaient été transmises à l'Office des faillites. Cela ne résulte toutefois pas du procès-verbal tenu par cet office, lequel fait foi, sauf preuve du contraire (art. 8 al. 2 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite [LP]). Le préposé a certes demandé des pièces au recourant lors de son audition, toutefois, celui-ci a fourni uniquement la convention de remise du commerce ainsi que les statuts de la société. Il résulte en outre du dossier que lorsqu'en 1998, le représentant de l'un des créanciers a demandé au préposé de lui faire parvenir copie des comptes de bilans et de pertes et profits de la société pour les exercices 1993 au jour de la faillite, celui-ci n'a pu lui faire parvenir que des copies du rapport de l'organe de révision du 6 février 1996, des bilans 1994 et 1995 des comptes pertes et profits pour la même période ainsi qu'une lettre du 6 février 1996 de la fiduciaire, raison pour laquelle il a demandé à cette dernière si elle détenait des pièces comptables. La fiduciaire ne lui a pas répondu qu'elle les lui avait déjà transmises mais uniquement qu'elle n'en détenait pas. Enfin, le rapport de contrôle de l'employeur effectué le 12 septembre 1996, près d'un mois après l'ouverture de la faillite mentionne que les pièces justificatives contrôlées sur place étaient : Bilan et compte d'exploitation de septembre 1991 à juin 1995, le grand livre pendant la même période et les fiches de paie pour la période 1992-1995.

Cela confirme, d'une part, que contrairement à ce qu'a soutenu le recourant, les pièces comptables n'ont pas été

transmises à l'Office des faillites et, d'autre part, qu'elles étaient en mains du recourant après l'ouverture de la faillite.

Celui-ci n'a donné aucune explication convaincante quant à la disparition de ces pièces lesquelles auraient permis de confirmer ou d'infirmer ses allégations.

Il suit de là, que le versement effectif d'un salaire en 1994 au recourant n'est pas établi au stade de la vraisemblance prépondérante. Partant, l'intimée était en droit de rendre la décision contestée et de refuser de servir des prestations financières en faveur du recourant."

**B.** Par demande adressée au Tribunal des assurances le 10 janvier 2008, R. \_\_\_\_\_ a conclu à la révision de ce jugement. Il a produit un courrier du bureau fiscal et comptable N. \_\_\_\_\_ adressé à son conseil le 15 octobre 2007, dont la teneur est la suivante:

"Nous vous faisons parvenir ci-joint, sur demande de M. R. \_\_\_\_\_, la fiche comptable du salaire de ce dernier du 1<sup>er</sup> janvier 1994 au 30 juin 1994.

Comme vous pouvez le constater, le salaire mensuel net, de CHF 6'552.70, a été comptabilisé directement par la caisse comme tous les autres salaires de l'entreprise à cette époque."

Etaient annexés à ce courrier une pièce datée du 30 juin 1994 sous l'intitulé "*3106 Salaires - R. \_\_\_\_\_*", faisant état de salaires mensuels de 6'552 fr. 70 versés en sa faveur par la société K. \_\_\_\_\_ SA pour les mois de janvier à juin 1994, débités du compte 1000, ainsi qu'un extrait détaillé du compte "*1000 Caisse*", également daté du 30 juin 1994, portant sur la période du mois de juillet 1993 au mois de juin 1994. Le requérant a en substance fait valoir que ces pièces, antérieures de près de six mois à l'accident dont il avait été victime, étaient constitutives de moyens de preuves nouveaux au sens de l'art. 27 LTAs, attestant du règlement régulier, pour la période de janvier à juin 1994, d'un salaire de 6'552 fr. 70 en sa faveur, salaire dûment comptabilisé, aux dates indiquées, dans le compte caisse.

Dans ses déterminations, par écriture du 14 février 2008, la caisse a conclu à l'irrecevabilité de la demande, avec suite de frais et dépens - la demande étant qualifiée de téméraire. Elle a produit les pièces suivantes:

- un courrier que lui avait adressé le conseil du requérant le 2 juillet 2004, auquel était annexée notamment une pièce datée du 30 juin 1994 sous l'intitulé "*3106 Salaires - R. \_\_\_\_\_*", mentionnant des salaires de 6'552 fr. 70, pour les mois de janvier à juin 1994, débités en sa faveur du compte 1000;

- un courrier que lui avait adressé le conseil du requérant le 8 décembre 2004, auquel étaient annexés le "*bilan au 30-06-94*" de K. \_\_\_\_\_ SA, ainsi qu'un "*compte de P. P. 1993/94*" et la "*balance des comptes 1993/94*" de cette même société, toutes les pièces en cause étant datées du 30 juin 1994.

Se référant à ces deux courriers, singulièrement aux pièces annexées, la caisse a soutenu que les pièces produites par le requérant à l'appui de sa demande de révision n'étaient pas nouvelles, s'agissant de pièces qu'il avait lui-même adressées à l'autorité intimée en 2004.

Le requérant a répliqué par écriture du 10 avril 2008, alléguant que l'extrait détaillé du compte "*1000 Caisse*" produit à l'appui de sa demande de révision constituait bel et bien "*une pièce nouvelle susceptible d'amener le Tribunal des assurances à revoir différemment son jugement de septembre 2007*".

Dans leurs écritures ultérieures, les parties ont en substance confirmé leurs conclusions respectives.

### **E n d r o i t :**

**1.** A teneur de la disposition transitoire de l'art. 117 al. 1 LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009, les causes pendantes devant les autorités administratives et de justice

administratives à l'entrée en vigueur de la présente loi sont traitées selon cette dernière.

La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, qui succède au Tribunal des assurances, est ainsi compétente pour statuer (art. 93 al. 1 LPA-VD; art. 102 LPA-VD).

**2. a)** Le droit cantonal, à l'exclusion de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1), détermine les conditions auxquelles une décision finale de l'autorité judiciaire cantonale peut être révisée, conformément à l'art. 61, 1<sup>ère</sup> phrase, LPGA; il faut toutefois que la législation cantonale permette une révision des jugements, *"si des faits ou des moyens de preuve nouveaux sont découverts ou si un crime ou délit a influencé le jugement"* (art. 61 let. i LPGA).

Selon l'art. 100 al. 1 let. b LPA-VD, une décision sur recours ou un jugement entrés en force peuvent être annulés ou modifiés, sur requête, notamment si le requérant invoque des faits ou des moyens de preuve importants qu'il ne pouvait pas connaître lors de la première décision ou dont il ne pouvait pas ou n'avait pas de raison de se prévaloir à cette époque. Aux termes de l'art. 101 LPA-VD, la demande de révision doit être déposée dans les nonante jours dès la découverte du moyen de révision (al. 1), le droit de demander la révision se périmant en outre, dans le cas mentionné à l'art. 100 al. 1 let. b LPA-VD, par dix ans dès la notification de la décision ou du jugement visé (al. 2).

Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009. Elles ne diffèrent toutefois pas de celles applicables en 2008, au moment du dépôt de la demande de révision dans le cas d'espèce. En effet, l'art. 27 al. 1 de l'ancienne LTAs (loi cantonale vaudoise du 2 décembre 1959 sur le Tribunal des assurances, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008) prévoyait que la révision des jugements pouvait être obtenue si des faits ou moyens de preuve nouveaux étaient découverts après coup, ou si un crime ou un délit avait influencé le jugement, ainsi que dans les cas

prévus par le Code de procédure civile. Selon l'art. 476 al. 1 ch. 2 CPC (Code de procédure civile du 14 décembre 1966, RSV 270.11), celui qui a été condamné par un jugement définitif ou son ayant-droit obtient la révision s'il recouvre un titre qui aurait été important, mais qu'il ignorait ou ne pouvait produire au dossier; la demande de révision doit être présentée, à peine de péremption, dans les trois mois dès la découverte du motif de révision (al. 1), le révision ne pouvant plus être demandée lorsque dix ans se sont écoulés depuis que le jugement est passé en force (al. 2).

**b)** Selon la jurisprudence, la demande de révision est recevable, notamment, lorsque le requérant a connaissance subséquemment de faits nouveaux importants ou trouve des preuves concluantes qu'il n'avait pas pu invoquer dans la procédure précédente (TF U 335/05 du 12 septembre 2006, consid. 3.1; TF H 107/05 du 25 octobre 2005, consid. 1). La notion de faits ou moyens de preuve nouveaux s'apprécie de la même manière en cas de révision (procédurale) d'une décision administrative, de révision d'un jugement cantonal ou de révision d'un arrêt fédéral (TF 8C\_215/2008 du 16 octobre 2008, consid. 5.1; TF U 57/06 du 7 février 2007, consid. 3.1 et la référence).

Sont "nouveaux", au sens de l'art. 61 let. i LPGA, les faits qui se sont produits jusqu'au moment où, dans la procédure principale, des allégations de faits étaient encore recevables, mais qui n'étaient pas connus du requérant malgré toute sa diligence. En outre, les faits nouveaux doivent être importants, c'est-à-dire qu'ils doivent être de nature à modifier l'état de fait qui est à la base de l'arrêt entrepris et à conduire à un jugement différent en fonction d'une appréciation juridique correcte. Les preuves, quant à elles, doivent servir à prouver soit les faits nouveaux importants qui motivent la révision, soit des faits qui étaient certes connus lors de la procédure précédente, mais qui n'avaient pas pu être prouvés, au détriment du recourant. Si les nouveaux moyens sont destinés à prouver des faits allégués antérieurement, le requérant doit aussi démontrer qu'il ne pouvait pas les invoquer dans la précédente procédure. Une preuve est considérée comme concluante lorsqu'il faut

admettre qu'elle aurait conduit le juge à statuer autrement s'il en avait eu connaissance dans la procédure principale. Ce qui est décisif, c'est que le moyen de preuve ne serve pas à l'appréciation des faits seulement, mais à l'établissement de ces derniers. Ainsi, il ne suffit pas qu'une nouvelle expertise donne une appréciation différente des faits; il faut bien plutôt des éléments de fait nouveaux, dont il résulte que les bases de la décision comportaient des défauts objectifs. Pour justifier la révision d'une décision, il ne suffit pas que l'expert tire ultérieurement, des faits connus au moment du jugement principal, d'autres conclusions que le tribunal. Il n'y a pas non plus motif à révision du seul fait que le tribunal paraît avoir mal interprété des faits connus déjà lors de la procédure principale; l'appréciation inexacte doit être, bien plutôt, la conséquence de l'ignorance ou de l'absence de preuve de faits essentiels pour le jugement (ATF 127 V 353, consid. 5b et les références; TF U 57/06 précité, consid. 3.1).

c) En l'espèce, la pièce datée du 30 juin 1994 sous l'intitulé "*3106 Salaires - R. \_\_\_\_\_*", produite par le requérant à l'appui de sa demande et qui mentionne des salaires en sa faveur débités du compte 1000, avait d'ores et déjà été produite dans la première procédure. Quant à l'extrait du compte "*1000 Caisse*", le requérant déclare ne pas avoir eu connaissance de cette pièce, ce qui apparaît peu vraisemblable dans la mesure où la pièce "*3106 Salaires - R. \_\_\_\_\_*" est précisément fondée sur le compte 1000. En outre, selon le courrier du 15 octobre 2007 produit par le requérant, c'est "*sur demande de M. R. \_\_\_\_\_*" que le bureau fiscal et comptable N. \_\_\_\_\_ a fait parvenir les pièces en cause à son conseil. Le requérant aurait eu toutes les possibilités de produire la comptabilité de la société K. \_\_\_\_\_ SA devant l'intimée, de les adresser à l'expert mandaté par cette dernière, ou encore de les produire devant le Tribunal des assurances; il n'explique en rien les raisons pour lesquelles il n'a pas produit cette pièce avant que le jugement du 31 juillet 2007 dont il demande la révision n'ait été rendu.

La demande de révision apparaît ainsi irrecevable.

**d)** Au demeurant, même à admettre que la demande de révision soit recevable, elle devrait dans tous les cas être rejetée. En effet, l'extrait détaillé du compte "*1000 Caisse*" ne serait pas de nature à modifier le jugement du Tribunal des assurances, lequel a conclu que la preuve du versement effectif d'un salaire au requérant durant la période en cause n'avait pas été apportée, en se fondant notamment sur les éléments suivants:

- des fiches de salaire relatives aux mois de janvier à novembre 1994 signées, mais non datées;
- la déclaration au fisc, après l'accident, de revenus nets pour une activité lucrative dépendante de 80'158 fr. tant en 1993 qu'en 1994, alors qu'aucune autre pièce n'atteste de revenus pour une activité lucrative dépendante du requérant en 1993, le montant déclaré pour l'année 1994 ne s'expliquant en outre pas;
- l'annonce à l'AVS en avril 1995 seulement, soit quatre mois après l'accident, d'un revenu brut de 82'500 fr. pour l'année 1994;
- l'affiliation à l'institution de prévoyance [...] en 1995 seulement, soit plus de trois mois après l'accident;
- le fait que, contrairement aux allégations du requérant, seules quelques pièces comptables éparses avaient été transmises à l'Office des faillites, alors que certaines pièces - tel le livre de compte - étaient en ses mains, après la faillite, lors du contrôle de l'employeur par la caisse AVS.

En outre, l'expert a estimé possible que les extraits de compte produits aient été établis à une date ultérieure à celle du bouclement; il a par ailleurs relevé l'importance des prélèvements privés effectués par le requérant, et conclu qu'il ne pouvait affirmer que des salaires aient été effectivement versés durant la période en cause. Dans ces conditions, la seule production du compte "*1000 Caisse*" ne permet pas de modifier la conclusion à laquelle était parvenue le Tribunal des assurances, à savoir

que le versement effectif d'un salaire en 1994 au requérant n'est pas établi au degré de vraisemblance prépondérante requis.

**3.** Compte tenu de ce qui précède, la demande de révision doit être rejetée pour autant qu'elle est recevable.

**4. a)** Aux termes de l'art. 61 let. a LPGA, la procédure cantonale est en principe gratuite pour les parties. Des émoluments de justice et des frais de procédure peuvent toutefois être mis à la charge de la partie qui agit de manière téméraire ou témoigne de légèreté. A cet égard, le seul fait de déposer un recours dépourvu de toutes chances de succès ne relève pas en soi de la témérité: il faut en plus que, subjectivement, la partie ait pu se rendre compte, avec l'attention et la réflexion que l'on peut attendre d'elle, de l'absence de toutes chance de sa démarche, et que, malgré cela, elle ait persisté dans sa volonté de recourir. Un émolument ou des frais de justice peuvent enfin se voir mis à la charge de l'une ou l'autre partie (cf. TF K 11/05 du 21 février 2006, consid. 2.2 et les références;

TF I 1026/06 du 6 juin 2007, consid. 7.1).

Tel n'est pas le cas en l'espèce, les arguments du requérant n'étant pas manifestement dépourvus de toute pertinence et voués d'emblée à l'échec, de sorte que le présent arrêt est rendu sans frais (art. 61 let. a LPGA).

**b)** En tant qu'organisation chargée de tâches de droit public, la caisse n'a pas droit à des dépens (ATF 112 V 44, consid. 3; TF 8C\_339/2007 du 6 mai 2008, consid. 4).

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

**prononce :**

I. La demande de révision est rejetée pour autant qu'elle est recevable.

II. Le présent arrêt est rendu sans frais ni allocation de dépens.

Le président :

Le greffier :

**Du**

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

- Me Joël Crettaz, à 1002 Lausanne (pour R. \_\_\_\_\_);
- Me Jean-Michel Duc, à 1001 Lausanne (pour X. \_\_\_\_\_);
- Office fédéral de la santé publique, à 3003 berne;

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 fédérale 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).

Le greffier :