

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 6 juin 2024

Composition : Mme GAURON-CARLIN, présidente
Mme Berberat et M. Wiedler, juges
Greffière : Mme Chaboudez

Cause pendante entre :

F. _____, à [...], recourante, représentée par Me Marc Mathey-Doret,
avocat à Genève,

et

X. _____, à [...], intimée, représentée par Me Jean-Michel Duc, avocat à
Lausanne.

Art. 69 LPGA

E n f a i t :

A. a) F._____ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née en [...], a travaillé dès mai 2008 à 60 % en tant que réceptionniste pour la D._____, devenue par la suite l'H._____. Elle a également été engagée en extra à 20 %, le dimanche, pour le service du brunch à l'Hôtel Q._____, dès mars 2009. Cet employeur-ci était affilié à X._____ (ci-après : X._____ ou l'intimée) pour l'assurance-accidents de ses collaborateurs.

Le 14 novembre 2010, l'assurée a chuté dans la cuisine de l'Hôtel Q._____, ce qui a occasionné une fracture transverse diaphysaire de l'humérus gauche. Elle a été opérée le lendemain avec mise en place de matériel d'ostéosynthèse. L'assurée a présenté une incapacité de travail totale à la suite de l'accident. Celui-ci a été pris en charge par X._____, qui a versé des indemnités journalières pour la perte de travail subie dans chacun des deux emplois.

Dans ce contexte, l'assurée a déposé une demande de prestations auprès de l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après : OAI) le 8 novembre 2011.

Le 20 décembre 2011, l'assurée a fait savoir à l'OAI que si elle n'était pas atteinte dans sa santé, elle travaillerait à 80 % comme surveillante du Centre H._____, par nécessité financière.

L'intéressée a repris ses activités professionnelles aux taux habituels dès le 18 juin 2012.

Compte tenu de certaines douleurs, l'assurée a subi, le 28 janvier 2013, une nouvelle intervention chirurgicale à l'épaule gauche, à savoir une arthrolyse gléno-humérale, avec l'ablation du matériel d'ostéosynthèse. Cette intervention a entraîné une incapacité de travail totale.

Lors de l'enquête ménagère effectuée par l'OAI le 21 novembre 2013, l'assurée a expliqué que si elle n'avait pas été atteinte dans sa santé, elle aurait augmenté son taux de travail à 100 % à partir de novembre 2012 pour des raisons financières, du fait que son mari était au chômage et que le couple connaissait des problèmes financiers. L'enquêtrice a proposé de retenir un statut de 80 % active et 20 % ménagère initialement, puis de 100 % active dès novembre 2012.

L'assurée a repris son travail au Centre H. _____ à 20 % (de son 60 %) à partir du 9 septembre 2013, puis a progressivement augmenté son taux de présence jusqu'à effectuer un 70 % (de son 60 %) dès le 1^{er} octobre 2014 (cf. courrier récapitulatif d'X. _____ à l'assurée du 28 avril 2016).

Le 15 décembre 2015, l'assurée a subi une nouvelle opération à l'épaule gauche, sous la forme d'une réparation du tendon sus-épineux, d'une ténodèse du long chef du biceps et d'une acromioplastie. Cette intervention a entraîné une totale incapacité de travail.

L'assurée a repris progressivement son activité au Centre H. _____ dès juin 2016 jusqu'à pouvoir la reprendre complètement dès le 5 septembre 2016.

b) Par décision du 26 juillet 2016, en grande partie confirmée par la décision sur opposition du 21 mars 2017, X. _____ a mis un terme au versement des indemnités journalières, d'abord au 31 août 2016 puis finalement au 4 septembre 2016 pour l'emploi à la D. _____, et au 31 octobre 2016 pour l'activité de serveuse, en se basant notamment sur les expertises réalisées par son médecin-conseil, le Dr N. _____, spécialiste en chirurgie orthopédique et traumatologie de l'appareil locomoteur.

Par décision du 9 janvier 2018, confirmée sur opposition le 6 juillet 2018, X. _____ a nié à l'assurée le droit à une rente d'invalidité, a refusé de lui octroyer une indemnité pour atteinte à l'intégrité et mis fin à la prise en charge des frais médicaux au 15 septembre 2017. Par arrêt

du 1^{er} novembre 2019 (AA 136/18 - 142/2019), la Cour des assurances sociales a partiellement admis le recours interjeté contre cette décision, en ce sens que l'assurée avait droit à une indemnité pour atteinte à l'intégrité de 3'150 francs.

c) L'OAI a fait réaliser une expertise bi-disciplinaire, de rhumatologie et psychiatrie par le W._____ (ci-après : W._____), qui a rendu son rapport le 6 juillet 2020. Les experts se sont référés aux rapports du Dr N._____ pour se déterminer sur l'évolution de la capacité de travail de l'assurée depuis l'accident du 14 novembre 2010, laquelle avait été limitée en raison de la fracture de l'humérus gauche et de ses suites. Ils ont conclu à l'existence d'une nouvelle incapacité de travail partielle dans l'activité habituelle, à hauteur de 50 % dès leur expertise, en raison d'un syndrome cervical (expertise pp. 56-57) et ont indiqué qu'il existait des inflexions ponctuelles de la capacité de travail en raison de difficultés psychologiques, au fur et à mesure des accidents de la voie publique que l'assurée a eus durant la dernière année (expertise p. 72).

Par courrier du 10 février 2021, la Caisse de compensation T._____ a informé X._____ qu'une rente d'invalidité de 52'908 fr. allait être allouée de manière rétroactive à l'assurée et lui a imparti un délai au 2 mars 2021 pour faire valoir une éventuelle demande de compensation à titre de surindemnisation. X._____ n'a pas donné suite à ce courrier.

Par trois décisions séparées du 19 mars 2021, l'OAI, par le biais de la caisse de compensation AVS, a alloué à l'assurée une rente limitée dans le temps, à savoir une rente entière d'invalidité du 1^{er} mars 2013 au 28 février 2014, puis une demi-rente d'invalidité du 1^{er} mars 2014 au 29 février 2016, puis à nouveau une rente entière du 1^{er} mars au 31 août 2016.

d) Par décision du 15 avril 2021, X._____ a sollicité de l'assurée le remboursement de 22'320 fr., représentant le montant de la surindemnisation. Elle a constaté que l'OAI avait octroyé à l'assurée des prestations rétroactives du 1^{er} mars 2013 au 31 août 2016 pour un

montant de 52'908 fr. et qu'elle lui avait versé un total de 122'501 fr. d'indemnités journalières LAA du 14 novembre 2010 au 31 août 2016, c'est-à-dire un total de 175'409 fr., tandis que, durant la même période, la perte de gain de l'assurée avait été de 153'089 fr., comme cela ressortait du calcul fait par X._____ en pièce jointe, de sorte que la surindemnisation se montait à 22'320 francs.

Le 11 mai 2021, l'assurée a formé opposition à cette décision par l'intermédiaire de son mandataire, Me Marc Mathey-Doret, faisant valoir qu'elle aurait exercé une ou plusieurs activités correspondant à un taux plein et que son revenu sans invalidité ne saurait être inférieur à 51'558 fr. 40, montant retenu dans l'arrêt du Tribunal cantonal du 1^{er} novembre 2019.

Par décision sur opposition du 25 janvier 2022, X._____ a rejeté l'opposition formée par l'assurée. Elle a relevé qu'elle aurait pu distinguer le cas initial du 14 novembre 2010, qui avait donné droit à des prestations de l'assurance-accidents jusqu'au 17 juin 2012, de la rechute à la suite de l'ablation du matériel d'ostéosynthèse, qui avait donné lieu à des prestations dès le 28 janvier 2013, étant précisé qu'il n'y avait pas eu de prestations d'assurance du 18 juin 2012 au 28 janvier 2013 hormis la prise en charge de quelques examens médicaux. Elle renonçait toutefois à modifier sa décision sur ce point, celle-ci étant plus favorable à l'assurée que la seule prise en compte de la période en lien avec la rechute. Selon elle, il n'y avait pas lieu de s'écarter du taux d'occupation et du salaire touché par l'assurée avant l'accident, dans la mesure où le salaire réalisé avant l'accident servait de base pour la détermination de la surindemnisation selon l'arrêt TF 8C_512/2013 du 7 juin 2013.

e) Le recours interjeté contre les décisions d'octroi de rente rendues par l'OAI a été partiellement admis par arrêt de la Cour des assurances sociales du 14 juin 2022 (AI 165/21 - 196/2022), en ce sens que la fin du droit à la rente a été repoussée au 28 février 2017.

B. Par acte de son mandataire du 24 février 2022, F._____ a recouru contre la décision sur opposition du 25 janvier 2022 auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à son annulation. Elle a réitéré que, si elle n'avait pas été atteinte dans sa santé, elle aurait exercé une activité professionnelle à 100 % dès 2012 à tout le moins en raison des nécessités financières du couple et du fait que sa fille avait alors atteint l'adolescence. Elle aurait alors réalisé, au degré de la vraisemblance prépondérante, un revenu annuel brut de 53'849 fr. 52 dès 2012, comme retenu par l'OAI. Elle a fait remarquer que la référence de jurisprudence citée par X._____ était erronée et que l'arrêt 8C_512/2012 du 7 juin 2013 ne traitait pas de la question du gain présumable perdu en tant que telle. Elle a précisé que le gain présumé perdu ne correspondait pas au dernier salaire assuré, mais au gain qu'elle aurait pu réaliser si elle n'avait pas subi de dommage. Elle a allégué que le rétroactif versé par l'OAI ne s'élevait qu'à 21'186 fr. depuis le 1^{er} mars 2014 alors que X._____ lui réclamait un montant supérieur et cela sur une période rétroagissant à 2010, ce qui violait le principe de concordance temporelle.

Dans sa réponse du 20 mai 2022, X._____, désormais représentée par Me Jean-Michel Duc, a précisé que pour la période du 28 janvier 2013 au 31 août 2016 - qu'il y avait lieu de prendre en compte - l'assurée avait perçu 73'316 fr. d'indemnités journalières et 52'908 fr. de prestations AI, ainsi un total de 126'224 fr., alors que son gain présumable perdu avait été évalué à 91'610 fr. pour cette même période, ce qui donnait une surindemnisation de 34'614 francs. Les revenus réels avant l'événement accidentel devaient constituer la base pour déterminer la surindemnisation. L'assurée était employée à temps partiel et rien ne permettait de retenir qu'elle aurait poursuivi son activité à temps complet en l'absence d'atteinte à la santé. X._____ a conclu à la *reformatio in pejus* de la décision sur opposition en ce sens que le montant de surindemnisation est fixé à 34'614 francs.

Dans sa réplique du 8 juin 2022, l'assurée a reproché à X._____ de ne pas mentionner dans sa réponse le montant des prestations allouées par l'assurance-invalidité, ni la période durant

laquelle elles ont été versées, ce qui ne permettait pas de voir si son calcul – au demeurant contesté – satisfaisait au principe de la congruence, sous l'angle de la concordance temporelle. L'assurée estimait que le calcul de surindemnisation ne devait se faire que sur la période courant du 1^{er} mars 2014 au 31 août 2016 et que le gain présumable perdu déterminé par l'OAI devait également valoir dans le cadre de l'examen de la surindemnisation. Elle a requis son audition et celle de son époux sur la question de son taux d'activité si elle n'avait pas été atteinte dans sa santé.

Dans sa duplique du 4 juillet 2022, X._____ a relevé que l'assurée n'avait aucunement étayé sa contestation sur la matérialité du calcul opéré, rappelant que le tableau de calcul de surindemnisation qu'elle avait produit détaillait les périodes prises en compte. Elle a pour le reste maintenu sa position.

A la requête du juge alors en charge de l'instruction, l'assurée a produit, le 4 mai 2023, ses certificats de salaire des années 2011 et 2013 à 2016, ainsi que sa taxation fiscale de 2012. De son côté, l'OAI a transmis une copie du dossier de l'assurée en date du 11 juillet 2023.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-accidents (art. 1 al. 1 LAA [loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents ; RS 832.20]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 et 58 LPGA), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

2. Le litige porte sur l'existence ou non d'une surindemnisation dans les prestations versées à la recourante en lien avec l'accident du 14 novembre 2010.

3. a) L'art. 68 LPGA prévoit que, sous réserve de surindemnisation, les indemnités journalières et les rentes de différentes assurances sociales sont cumulées.

b) Aux termes de l'art. 69 LPGA, le concours de prestations des différentes assurances sociales ne doit pas conduire à une surindemnisation de l'ayant droit. Ne sont prises en compte dans le calcul de la surindemnisation que des prestations de nature et de but identiques qui sont accordées à l'assuré en raison de l'événement dommageable (al. 1). Il y a surindemnisation dans la mesure où les prestations sociales légalement dues dépassent, du fait de la réalisation du risque, à la fois le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé, les frais supplémentaires et les éventuelles diminutions de revenu subies par les proches (al. 2). Les prestations en espèces sont réduites du montant de la surindemnisation. Sont exceptées de toute réduction les rentes de l'AVS et de l'AI, de même que les allocations pour impotents et les indemnités pour atteinte à l'intégrité. Pour les prestations en capital, la valeur de la rente correspondante est prise en compte (al. 3).

c) A teneur de l'art. 51 al. 3 OLAA (ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents ; RS 832.202), le gain dont on peut présumer que l'assuré se trouve privé correspond à celui qu'il pourrait réaliser s'il n'avait pas subi de dommage. Le revenu effectivement réalisé est pris en compte.

Celui-ci ne correspond pas forcément au gain effectivement obtenu avant la survenance de l'éventualité assurée, surtout si une longue période s'est écoulée entre l'événement assuré et le calcul de surindemnisation (ATF 125 V 163 consid. 3b). Il se distingue également du gain assuré dans l'assurance-accidents qui correspond en règle générale, pour les rentes, au revenu réalisé dans l'année qui précède l'événement dommageable conformément à l'art. 15 al. 2 LAA (sur le tout : Ghislaine Frésard-Fellay/Jean-Maurice Frésard, in Anne-Sylvie Dupont/Margit Moser-Szeless [édit.], Loi sur la partie générale des assurances sociales, Commentaire romand, Bâle 2018, n° 37 ad art. 69 LPGA et les références citées). Il existe en revanche une étroite relation entre le gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé et le revenu sans invalidité, déterminant pour l'évaluation de l'invalidité (art. 16 LPGA). En effet, dans les deux cas, il s'agit du revenu hypothétique que la personne concernée aurait vraisemblablement obtenu sans l'atteinte à la santé (TF 9C_91/2013 du 17 juin 2013 consid. 5.3.1). Les circonstances concrètes et les chances réelles de l'assuré sur le marché du travail sont déterminantes. Toutes les modifications ayant une incidence sur le revenu (renchérissement, augmentations du salaire réel, évolution de la carrière, etc.) qui seraient survenues, au degré de la vraisemblance prépondérante, en l'absence d'invalidité doivent être prises en compte (ATF 137 V 20 consid. 5.2.3.1 ; sur le tout, Frésard-Fellay/Frésard, op. cit., n° 38 ad art. 69 LPGA). Le calcul est basé sur les renseignements communiqués par l'employeur ou, à défaut, sur l'évolution des salaires nominaux (TF 9C_192/2014 du 23 septembre 2014 consid. 4.2).

Le moment déterminant pour fixer le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé est celui auquel le calcul de surindemnisation est opéré (ATF 123 V 193 consid. 5a).

d) Seules les prestations sociales correspondant au même événement assuré sont prises en considération dans le calcul de surindemnisation. Lorsque des indemnités journalières LAA sont versées en même temps que des rentes AI, on doit prendre en considération l'ensemble de la période à partir de la naissance du droit aux indemnités

journalières de l'assurance-accidents (ATF 139 V 519 consid. 5 ; 132 V 27 consid. 3.1 ; 126 V 193 consid. 3). Le calcul de surindemnisation couvre toute la période de l'incapacité de travail jusqu'au moment du passage à la rente de l'assurance-accidents ; il ne s'opère pas pour la seule période à partir de laquelle l'assuré a droit à une rente de l'assurance-invalidité (ATF 132 V 27 consid. 3.1 ; Jean-Maurice Frésard/Margit Moser-Szeless, L'assurance-accidents obligatoire, in Soziale Sicherheit, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Vol. XIV, 3^e éd., Bâle 2016, n° 519 p. 1044).

e) La LPGA ne fixe pas d'ordre de priorité en ce qui concerne le concours d'indemnités journalières et de rentes. Dans cette hypothèse, il y a lieu de se fonder sur les principes consacrés aux art. 63 ss LPGA pour déterminer l'assurance sociale appelée à réduire sa prestation. En particulier, dans le cas d'un concours entre une indemnité journalière de l'assurance-accidents et une rente de l'assurance-invalidité, il incombe à l'assureur-accidents de réduire sa prestation (Ghislaine Frésard-Fellay/Jean-Maurice Frésard, in Anne-Sylvie Dupont/Margit Moser-Szeless [édit.], Loi sur la partie générale des assurances sociales, Commentaire romand, Bâle 2018, n° 55 ad art. 69 LPGA et les références citées).

f) La Commission ad hoc Sinistres LAA (dans laquelle plusieurs assureurs LAA privés ainsi que la CNA sont représentés) a été créée afin que les divers organismes appliquent la LAA de façon uniforme. Elle émet dans ce but des recommandations (consultables sur le site www.svv.ch > Secteur > Règles sectorielles). C'est ainsi qu'elle a établi à l'intention des assureurs-accidents une recommandation pour l'application de l'art. 69 LPGA (Recommandation n° 3/92 intitulée « Concours des prestations en espèces LAA avec les prestations d'autres assurances sociales - surindemnisation », du 25 juin 1992).

Les recommandations de la Commission ad hoc Sinistres LAA ne sont ni des ordonnances administratives, ni des directives de l'autorité de surveillance aux organes d'exécution de la loi. Elles ne créent pas de nouvelles règles de droit. Même si elles ne sont pas dépourvues

d'importance sous l'angle de l'égalité de traitement des assurés, elles ne lient pas le juge (ATF 147 V 35 consid. 5.1.3 et les références).

g) Aux termes de l'art. 25 al. 1 première phrase LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées. Les prestations allouées sur la base d'une décision formellement passée en force et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée sous l'angle matériel ne peuvent toutefois être répétées que lorsque les conditions d'une reconsidération (art. 53 al. 2 LPGA) ou d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGA) sont remplies (ATF 142 V 259 consid. 3.2).

4. a) A titre préliminaire, il convient de préciser que l'OAI, par l'intermédiaire de la Caisse de compensation T._____, a rendu trois décisions séparées en date du 19 mars 2021 pour statuer sur le droit à la rente de la recourante :

- la première portait sur la période du 1^{er} mars 2013 au 28 février 2014 et lui donnait droit à un rétroactif de rente de 21'120 fr.,
- la deuxième concernait la période du 1^{er} mars 2014 au 29 février 2016, correspondant à un rétroactif de rente de 21'186 fr.,
- et la troisième portait sur la période du 1^{er} mars 2016 au 31 août 2016, qui donnait droit à un rétroactif de rente de 10'602 francs.

Cela étant, le rétroactif de rente versé par l'OAI à la recourante se monte non pas à 21'186 fr. comme elle l'allègue sur la base de la deuxième décision uniquement, mais bien à 52'908 fr. comme retenu par X._____, compte tenu des trois décisions rendues par l'OAI.

b) De même, la recourante, toujours en ne se référant qu'à la deuxième décision de l'OAI, estime que le calcul de surindemnisation doit se faire sur la période courant du 1^{er} mars 2014 au 31 août 2016, correspondant à celle pendant laquelle elle a touché des prestations de l'assurance-invalidité. Non seulement, comme vu ci-dessus, la rente AI a été versée à compter du 1^{er} mars 2013 déjà, mais de surcroît, la jurisprudence a précisé que le calcul de surindemnisation ne s'opère pas pour la seule période à partir de laquelle l'assuré a droit à une rente de

l'assurance-invalidité, mais couvre toute la période de l'incapacité de travail jusqu'au moment du passage à la rente de l'assurance-accidents (cf. consid. 3d supra). On ne saurait dès lors voir une violation du principe de concordance temporelle dans le fait de tenir compte d'indemnités journalières versées par l'assurance-accidents avant le début de la rente AI.

c) Les parties ne remettent pas en cause que les indemnités journalières versées par X. _____ et la rente octroyée par l'OAI sont des prestations de nature et de but identiques, qui ont été accordées à l'assurée en raison de l'événement dommageable. Il ressort certes de l'expertise du W. _____ que la recourante a présenté d'autres atteintes à la santé ayant eu une influence sur sa capacité de travail, notamment des cervicalgies et des difficultés psychologiques. Il apparaît cependant que la limitation de la capacité de gain de la recourante ayant donné lieu à l'octroi d'une rente de l'assurance-invalidité du 1^{er} mars 2013 au 31 août 2016 est due uniquement aux suites de l'accident du 14 novembre 2010 (expertise pp. 56-57).

d) La recourante conteste le gain présumable perdu retenu par X. _____, faisant valoir que si elle n'avait pas été atteinte dans sa santé, elle aurait exercé une activité professionnelle à 100 % dès 2012 en raison des nécessités financières de son couple et du fait que sa fille avait alors atteint l'adolescence. Elle estime qu'elle aurait alors, au degré de la vraisemblance prépondérante, réalisé un revenu annuel brut de 53'849 fr. 52 dès 2012, comme retenu par l'OAI. X. _____ considère qu'il y a lieu, au contraire, de tenir compte des revenus réels de la recourante avant l'événement accidentel pour déterminer la surindemnisation et que, dans la mesure où l'assurée était employée à temps partiel, rien ne permet de retenir qu'elle aurait poursuivi son activité à temps complet en l'absence d'atteinte à la santé.

Contrairement à ce que l'intimée retient, il existe, en l'occurrence, des raisons qui permettent de retenir, au degré de la vraisemblance prépondérante, que la recourante aurait augmenté son

taux de travail dès novembre 2012 si elle n'avait pas été limitée dans sa santé en raison des suites de l'accident. Lors de l'enquête ménagère effectuée par l'OAI le 21 novembre 2013, l'assurée a en effet expliqué que son mari, qui travaillait en partie comme employé et en partie comme indépendant, était au chômage et que, compte tenu de leur situation financière actuelle, elle se serait vue dans l'obligation d'augmenter son taux d'activité à 100 % pour subvenir aux besoins de la famille. L'OAI a ainsi retenu que la recourante aurait été active à 100 % dès novembre 2012, statut qui a été confirmé dans l'arrêt CASSO AI 165/21 - 196/2022 (consid. 5).

On ne voit pas pour quelles raisons il y aurait lieu, dans le calcul de surindemnisation, de s'écarter de ce qui a été retenu en matière d'assurance-invalidité au sujet de l'évolution vraisemblable du taux d'activité de la recourante. L'intimée n'apporte d'ailleurs aucun argument à cet égard, mais se contente d'affirmer qu'il convient de se fonder sur le gain perçu avant l'accident, citant notamment un arrêt du Tribunal fédéral à cet égard. Cette jurisprudence indique certes que le revenu effectivement perçu avant l'accident constitue la base pour la détermination de la surindemnisation (TF 8C_512/2012 du 7 juin 2013 consid. 5.3.2), mais dans le sens où il n'est pas question de se fonder sur un revenu préalable à l'accident différent de celui perçu, qui correspondrait à ce que la personne assurée aurait pu gagner avant l'événement dommageable. Cette jurisprudence rappelle que seules les pertes de gain dues à l'accident doivent être prises en compte dans le cadre de la surindemnisation et vise à éviter qu'une personne assurée qui - avant l'accident - gagnait concrètement moins que ce qu'on pouvait attendre d'elle, ne se voie tout à coup accorder plus en raison de la survenance de l'événement dommageable (consid. 6.1). En revanche, cette jurisprudence ne change rien au fait qu'il y a lieu de calculer le gain présumé perdu au moment du calcul de la surindemnisation et, pour ce faire, de tenir compte de ce que la personne assurée aurait vraisemblablement touché si l'accident n'était pas survenu (consid. 5.3.6 *in fine*).

e) En l'occurrence, il est admis qu'avant l'accident du 14 novembre 2010, la recourante touchait un salaire annuel de 31'255 fr. pour son activité auprès du Centre H. _____ et de 7'501 fr. 20 pour celle auprès de l'Hôtel Q. _____, soit un total de 38'756 fr. 20 (cf. décomptes d'indemnités journalières d'X. _____). Il ressort des décomptes de salaires produits par le Centre H. _____ dans le dossier AI que le salaire de la recourante a légèrement progressé entre 2010 et 2011, passant de 23 fr. 60 l'heure à 23 fr. 80 (hors indemnité de vacances ; cf. rapport de l'employeur du 29 novembre 2011). Il apparaît que sa rémunération auprès de l'Hôtel Q. _____ a également évolué (cf. arrêt CASSO AA 136/18 - 142/2019 du 1^{er} novembre 2019 consid. 8a). En l'absence d'éléments précis au dossier, il convient d'admettre que les salaires de la recourante ont progressé en fonction de l'évolution des salaires nominaux, passant à un total de 39'131 fr. 89 en 2011 et de 39'522 fr. 61 en 2012.

Il convient ensuite de tenir compte du fait que la recourante aurait, au degré de la vraisemblance prépondérante, augmenté son taux de travail à 100 % dès novembre 2012 si elle n'avait pas subi l'accident dont il est question. Il ressort du dossier de l'OAI que le revenu qu'aurait touché la recourante en 2012 pour un plein temps, calculé sur la base de ce qu'elle gagnait pour son emploi à temps partiel auprès du Centre H. _____, aurait été de 53'849 fr. 52 (en équivalent annuel). En tenant compte de l'évolution des salaires nominaux, la recourante aurait perçu, pour un emploi à 100 %, un montant de 54'218 fr. 07 en 2013, de 54'729 fr. 95 en 2014, de 54'996 fr. 13 en 2015 et de 55'467 fr. 05 en 2016 (correspondant au revenu sans invalidité retenu par l'OAI dans sa décision).

Compte tenu des chiffres qui précèdent, le gain que la recourante aurait réalisé sans l'accident pendant la période du 17 novembre 2010 (étant donné le délai de carence de trois jours avant le début du versement des indemnités journalières) au 17 juin 2012 - avant la reprise de ses activités en plein le lendemain - se monte à 62'159 fr. 56 (4'778 fr. 16 du 17 novembre 2010 au 31 décembre 2010 [38'756 fr. 20 / 365 x 45], 39'131 fr. 89 en 2011 et 18'249 fr. 51 du 1^{er} janvier au 17 juin

2012 [39'522 fr. 61 / 366 x 169]). Puis, durant la période du 28 janvier 2013 au 31 août 2016, le gain total qu'elle aurait perçu se monte à 196'911 fr. 53 (50'207 fr. 42 du 28 janvier au 31 décembre 2013 [54'218 fr. 07 / 365 x 338], 54'729 fr. 95 en 2014, 54'996 fr. 13 en 2015 et 36'978 fr. 03 du 1^{er} janvier au 31 août 2016 [55'467 fr. 05 / 366 x 244]).

Il y a lieu de déduire des montants qui précèdent ce que la recourante a effectivement été en mesure de gagner lorsqu'elle a pu reprendre partiellement son travail pendant la période faisant l'objet du calcul de surindemnisation. Dans son activité au Centre H._____, elle a en effet recouvré une capacité de travail de 20 % de son taux de travail habituel du 9 septembre au 30 novembre 2013, de 40 % du 1^{er} décembre 2013 au 28 février 2014, de 60 % du 1^{er} mars 2014 au 30 septembre 2014, de 70 % du 1^{er} octobre 2014 au 14 décembre 2015, puis à nouveau de 40 % du 1^{er} juin 2016 au 31 août 2016 (cf. les récapitulatifs des incapacités de travail faits par X._____ le 9 avril 2021 [pièce 945] et le 28 avril 2016 [pièce 634]). Dans les calculs de surindemnisation faits par X._____, l'existence d'une capacité de travail partielle a également été prise en compte pour l'activité à l'Hôtel Q._____ du 9 septembre 2013 au 30 avril 2014, ce qui ne correspond cependant pas aux indications données par X._____ dans son courrier du 28 avril 2016 à l'assurée (pièce 634 du dossier de l'intimée), selon lesquelles l'incapacité de travail dans cette activité est restée totale du 28 janvier 2013 au 30 avril 2016. Il ressort également du rapport d'expertise du Dr N._____ du 24 octobre 2023 qu'il était encore trop tôt pour envisager une reprise de cette activité de serveuse et, dans son rapport du 27 décembre 2015, il a noté que l'incapacité de travail dans cette profession était toujours la même. Il n'y a par conséquent pas lieu de tenir compte d'un revenu que la recourante aurait été en mesure de gagner en tant que serveuse dans le calcul de surindemnisation.

Comme déjà évoqué ci-dessus, il convient de tenir compte du salaire réalisé par la recourante dans son activité au Centre H._____ en 2010, soit 31'255 fr., et de l'indexer selon l'évolution des salaires nominaux pour les années suivantes, ce qui donne 32'091 fr. 21 en 2013,

32'394 fr. 19 en 2014, 32'551 fr. 74 en 2015 et 32'830 fr. 47 en 2016. La recourante a donc été en mesure de gagner :

- 2'549 fr. 68 en 2013 (83 jours de travail à 20 % [1'459 fr. 47] et 31 jours à 40 % [1'090 fr. 21]),
- 19'205 fr. 50 en 2014 (59 jours à 40 % [2'094 fr. 50], 214 jours à 60 % [11'395 fr. 50] et 92 jours à 70 % [5'715 fr. 50]),
- 21'724 fr. 25 en 2015 (348 jours à 70 %),
- 3'310 fr. 16 en 2016 (92 jours à 40 %),

soit un total de 46'789 fr. 59.

Le gain présumé perdu pour la période du 14 novembre 2010 au 31 août 2016 se monte dès lors à 212'281 fr. 50 (62'159 fr. 56 + 196'911 fr. 53 - 46'789 fr. 59) et celui pour la période du 28 janvier 2013 au 31 août 2016 à 150'121 fr. 94 (196'911 fr. 53 - 46'789 fr. 59).

Cela étant, que l'on fasse le calcul de surindemnisation à compter du 14 novembre 2010 comme fait initialement par X. _____ ou à partir du 28 janvier 2013 comme elle conclut dans sa réplique, il faut constater qu'il n'y a pas de surindemnisation en l'espèce. En effet, la somme des prestations touchées par la recourante pour la période du 14 novembre 2010 au 31 août 2016, à savoir 175'409 fr. (122'501 fr. d'indemnités journalières LAA et 52'908 fr. de rente AI) ne dépasse pas le gain présumé perdu pour la même période, qui s'élève à 212'281 fr. 50. De même, la somme des prestations touchées par la recourante pour la période du 28 janvier 2013 au 31 août 2016, à savoir 126'224 fr. (73'316 fr. d'indemnités journalières LAA et 52'908 fr. de rente AI) ne dépasse pas le gain présumé perdu pour la même période, à savoir 150'121 fr. 94.

5. Compte tenu de l'issue du litige, les requêtes de la recourante tendant à son audition et à celle de son époux deviennent sans objet.

6. a) Le recours est par conséquent admis et la décision sur opposition du 25 janvier 2022 annulée.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f^{bis} LPGA).

c) Vu le sort de ses conclusions, la partie recourante a droit à une indemnité de dépens à titre de participation aux honoraires de son conseil (art. 61 let. g LPGA). Il convient d'arrêter cette indemnité à 2'500 fr., débours et TVA compris (art. 10 et 11 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]), et de la mettre intégralement à la charge de la partie intimée.

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

- I.** Le recours est admis.
- II.** La décision sur opposition rendue le 25 janvier 2022 par X._____ est annulée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires.
- IV.** X._____ versera à F._____ la somme de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) à titre de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Marc Mathey-Doret (pour F. _____),
- Me Jean-Michel Duc (pour X. _____),
- Office fédéral de la santé publique,

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 :