

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 16 février 2010

Présidence de Mme RÖTHENBACHER
Juges : M. Berthoud et Mme Feusi, assesseurs
Greffier : Mme Parel

Cause pendante entre :

P._____, à Gland, recourante, représentée par Me Jean-Michel Duc,
avocat à Lausanne

et

H._____, à Winterthur, intimée

Art. 15, 16 al. 2 LAA; 22 al. 3, 23 al. 7 et 25 al. 1 OLAA; 12 CCNT

E n f a i t :

A. P._____ (ci-après : l'assurée), née le 4 juin 1970, a été engagée dès le 1^{er} mars 2005 par la société I._____ (ci-après : l'employeur) en qualité de conseillère en publicité par contrat de travail signé le 14 février 2005. Dit contrat est intitulé "contrat de travail pour employé à mi-temps". Il précise que le contrat est conclu pour une durée indéterminée, que le temps d'essai est de 2 mois, qu'après le temps d'essai le délai de congé est d'un mois, que la durée moyenne de la semaine de travail - y compris le temps de présence - est de 21 heures, ce qui correspond à 50 %, que le salaire mensuel brut est de 2'800 fr., respectivement 3'000 fr. après le temps d'essai, et que le 13^{ème} salaire se détermine selon l'article 12 de Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés (ci-après : CCNT du 19 novembre 1998).

Le 12 juin 2005, vers 2 heures 30 du matin, l'assurée a été victime d'un accident de la circulation alors qu'elle traversait un passage pour piétons. Le rapport de police indique qu'un conducteur pris de boisson a percuté l'assurée alors que celle-ci se trouvait à mi-chemin, l'intéressé n'ayant pas remarqué le planton chargé de réguler le trafic piétonnier qui avait stoppé le trafic automobile au moyen d'un bâton lumineux. L'assurée a reçu l'impact sur la fesse droite, avant d'être projetée en avant et de se réceptionner sur l'occiput. Elle a perdu connaissance quelques minutes et a été transportée au Centre [...] (ci-après : [...]).

Le rapport médical initial LAA établi le 19 juillet 2005 par la Dresse B._____, médecin associé de l'Hôpital O._____, indique comme diagnostics :

- fracture des apophyses transverses droites L2, L3 et L4;
- fracture de la tête du péroné à droite non déplacée;
- contusion occipitale;
- contusion et hématome de la fesse droite.

Le rapport précise que l'assurée présente notamment des douleurs et des limitations fonctionnelles au niveau lombaire. Elle a été hospitalisée du 12 au 24 juin 2005. L'incapacité de travail est de 100 % dès le 12 juin 2005, probablement pour plusieurs mois.

Le 15 août 2005, H. _____ (ci-après : l'intimée) a informé l'assurée qu'elle prenait en charge le sinistre résultant de l'accident du 12 juin précédent. Elle a fixé à 78 fr. 90 le montant de l'indemnité journalière pour incapacité de travail à 100 %, correspondant à 80 % du gain assuré.

Le rapport médical intermédiaire LAA établi le 10 octobre 2005 par la Dresse B. _____ indique comme diagnostics :

- Accident de la voie publique le 12.06.2005 avec :
 - o Contusion occipitale et phénomène de Whiplash.
 - o Fracture des apophyses transverses droites L2, L3 et L4.
 - o Fracture de la tête du péroné à droite non déplacée.
 - o Contusion de la fesse droite.
- Douleurs cervicales et céphalées persistantes post-traumatiques.
- Vertiges post-traumatiques.
- Etat dépressif réactionnel.

Par certificat médical du 12 décembre 2005, la Dresse B. _____ atteste que l'assurée peut reprendre son travail à 50 % de son taux habituel (50 %), soit 2 heures par jour, du 14 décembre 2005 au 24 janvier 2006, date du prochain contrôle médical.

Il ressort d'une notice téléphonique établie le 28 décembre 2005 par l'intimée que l'employeur a requis un décompte récapitulatif des indemnités journalières versées à l'assurée incluant le droit de son employée au 13^{ème} salaire dès le mois de septembre 2005. L'intimée a refusé de prendre en considération le 13^{ème} salaire pour le motif qu'il ne représente pas une augmentation d'au moins 10 %, comme l'exige l'art. 23 al. 7 OLAA, refus qui a été confirmé à l'employeur par courrier du même jour.

Le rapport "care management LAA" établi par T._____ pour le compte de l'intimée le 6 janvier 2006 indique ce qui suit :

"(...)

Employée auprès d'I._____ avec un taux d'occupation de 50 %, à raison de 4h12 par jour, l'accident est survenu dans le cadre de ses loisirs. Pour le 50 % d'occupation restant, l'assurée ne travaille pas car elle bénéficie d'une pension alimentaire.

(...)

L'assurée est passablement occupée par les tâches ménagères et l'éducation de ses enfants, qu'elle doit assumer seule.

(...)

L'assurée est en temps normal occupée à gérer le marketing et la publicité de la société à un taux contractuel de 50 % depuis son domicile. Cependant depuis sa récente reprise le 14.12.2005, elle aide à la comptabilité et doit donc se rendre dans les bureaux de son employeur.

(...)

L'assurée se plaint de la mauvaise ambiance générale qui règne sur son lieu de travail, en particulier les rumeurs qui circulent concernant une prétendue liaison avec son patron. Cela lui pèse et en plus ses collègues ne croient pas à son incapacité.

(...)

Elle se donne 2 mois pour voir comment évolue l'ambiance dans sa société et au besoin elle recherche (sic) un autre emploi. Elle indique vouloir reprendre son emploi normalement au plus vite pour faire taire les rumeurs.

(...)

L'assurée est toujours mariée officiellement mais vit séparée depuis juillet 2005. Elle élève 2 enfants de 5 ½ ans et 11 ½ ans. La pension versée par son époux s'élève à CHF 3'000.- + les allocations.

(...)

L'assurée a chargé la protection juridique E._____ de défendre ses intérêts.

(...)"

Par courrier du 16 janvier 2006, sous la signature d'un dénommé M._____, l'assurance de protection juridique E._____ a

requis de l'intimée qu'elle la contacte dorénavant avant tout entretien de care management avec sa mandante.

Le certificat médical établi le 28 février 2006 par la Dresse B._____ atteste que l'assurée peut reprendre son travail dès le 1^{er} mars 2006 à son taux habituel de 50 %. Dans un rapport médical établi le même jour, la Dresse B._____ précise que, mis à part les troubles de la concentration et les vertiges occasionnels, l'assurée ne présente plus de plaintes, qu'elle a regagné sa capacité de travail à 50 %, taux habituel qu'elle avait antérieurement à son accident, et qu'à partir du 1^{er} mars 2006 elle peut remplir ses obligations professionnelles dans les mêmes conditions qu'antérieurement à son accident.

Il ressort d'un rapport médical établi le 15 juin 2006 par les Drs X._____ et Y._____, respectivement chef de clinique et médecin assistant du Service de psychiatrie de l'Adulte (ci-après : SPA) du [...] que l'assurée présente un trouble de l'adaptation avec réaction dépressive d'intensité légère à moyenne, exacerbée par l'accident de la voie publique dont elle a été victime en 2005 et lors duquel elle a subi un traumatisme crânio-cérébral. Il est précisé que les troubles présentés par l'assurée sont partiellement mais de façon fortement vraisemblable dus à l'accident de 2005. L'assurée ayant cessé ses consultations au SPA dès février 2006, il n'est pas possible de déterminer quand le status quo sine a été atteint.

Le rapport médical établi le 21 juin 2006 par la Dresse B._____ fait état d'une situation favorable. Les diverses lésions traumatiques ont bien répondu au traitement instauré et le pronostic est tout à fait favorable. L'assurée ne suit plus d'autre traitement que des séances de physiothérapie deux fois par semaine. Par ailleurs, l'état dépressif secondaire dont elle a souffert dans les suites immédiates de l'accident est en voie de disparition. Il y a également diminution des troubles de la concentration et de la mémoire liés à la contusion cérébrale.

Il ressort du rapport médical établi le 18 octobre 2006 par la Dresse B._____ que l'assurée s'est plainte les semaines précédentes de

douleurs cervicales et interscapulaires ainsi que d'un important état de fatigue et de difficultés à assumer ses activités. Objectivement, elle a constaté des douleurs à la mobilisation segmentaire de D7 à D9 et des tendomyoses d'accompagnement, une douleur en point fixe en L5/S1, un minime syndrome lombo-vertébral et des douleurs, de type fibromyalgie, au niveau insertionnel. La Dresse B. _____ a posé le diagnostic de syndrome douloureux chronique, type fibromyalgie, post-choc traumatique en indiquant qu'il n'y a aucune circonstance sans rapport avec l'accident dans l'évolution de l'état de l'assurée. Elle a précisé que l'assurée n'était pas en incapacité de travail, sauf pour la période du 25 septembre au 30 septembre 2006, lorsqu'elle a présenté une poussée douloureuse aiguë et que son état de santé actuel était compatible avec son activité habituelle à un taux contractuel de 50 %.

D'autres rapports de la Dresse B. _____, notamment en décembre 2006 et mars 2007, confirment l'évolution de l'état de santé de l'assurée telle qu'elle ressort du rapport du 18 octobre 2006.

Par lettre du 24 octobre 2006 remise en main propre, I. _____ a résilié le contrat de travail de l'assurée en ces termes :

"(...)

Nous référant à l'entretien que vous avez eu avec M. S. _____, principal actionnaire de notre groupe, le 23 ct, nous vous confirmons la résiliation de votre contrat de travail pour le jeudi 30 novembre 2006, conformément à l'article 5 de la CCNT.

En effet, suite à une réorganisation du groupe, notamment dans le secteur du marketing (publicité, prospect, développement, promotions), nous sommes dans l'obligation de prendre cette décision.

(...)"

Par courrier du 30 mars 2007, le conseil de l'assurée a indiqué à l'intimée qu'avant l'accident du 12 juin 2005, il avait été convenu avec l'employeur de l'assurée, en particulier avec Monsieur S. _____ qui l'a engagée, que celle-ci prendrait une activité à 100 % dès le mois de septembre 2005. Il a requis de l'intimée qu'elle verse à l'assurée des

indemnités journalières sur la base d'un emploi à plein temps dès le 1^{er} septembre 2005.

Le 12 avril 2007, l'intimée a requis la production de la copie du contrat attestant l'augmentation du taux d'activité de l'assurée à 100 % dès le 1^{er} septembre 2005.

Par pli du 12 juin 2007, le conseil de l'assurée a adressé à l'intimée une copie de son courrier du 30 mars 2007 à I. _____ sur lequel l'employeur a attesté, par une note manuscrite, qu'il était effectivement prévu que l'assurée augmente son taux d'activité à 100 % à partir du 1^{er} septembre 2005. Dans le courrier joint, le conseil de l'assurée a requis le paiement d'indemnités journalières calculées sur un taux d'activité de 100 % dès le 1^{er} septembre 2005 et sollicité un versement rapide, ou du moins substantiel, en invoquant les difficultés financières de sa mandante.

Le 21 juin 2007, l'intimée a écrit ce qui suit au conseil de l'assurée :

"(...)

Aussi, nous vous rappelons les termes de notre lettre du 12 avril 2007. Mme P. _____ a travaillé à un taux de 50% dès la date de son engagement, soit dès le 1^{er} mars 2005. Selon nos informations, l'assurée vit séparée de son mari et élève toute seule ses deux enfants en bas âge. Son époux lui verse une pension mensuelle de CHF 3'000.00 et elle touche encore les allocations familiales. L'assurée a confié, lors de l'entretien avec le care manager (...), qu'elle était passablement occupée par les tâches ménagères et l'éducation de ses enfants qu'elle doit assumer seule.

De plus, son employeur lui versait en date de l'accident CHF 3'000.00 et son mari également la même somme. L'assurée était et est en possession d'un revenu mensuel de CHF 6'000.00.

Sur cette base, nous ne comprenons pas à quel niveau se situent les difficultés financières de l'assurée. Partant, nous vous laissons le soin de nous apporter les éléments nécessaires qui attestent que l'assurée est en difficulté financière.

Selon l'art. 23 al. 7 OLAA, le salaire déterminant doit être à nouveau fixé pour l'avenir au cas où le traitement médical a duré au moins trois mois et où le salaire de l'assuré aurait été augmenté d'au moins 10 % durant cette période.

La règle particulière de cet article ne s'applique pas seulement en cas d'augmentation du salaire, mais également en cas d'augmentation du temps de travail. Il incombe à l'assuré - dans le cadre de son obligation de collaborer - de prouver, selon le degré de la vraisemblance prépondérante appliqué de manière générale à l'appréciation des preuves en droit des assurances sociales, que cette augmentation aurait bien eu lieu si l'accident ne s'était pas produit (RAMA 1994 Nr U 194 p. 210-211).

Votre lettre du 17 avril 2007 adressée à I. _____ sur laquelle cette entreprise acquiesce votre propos, à savoir qu'il était effectivement prévu que l'assurée travaille à 100% dès le 1^{er} septembre 2005, ne remplit pas le critère de la vraisemblance prépondérante appliqué de manière générale à l'appréciation des preuves en droit des assurances sociales.

L'hypothèse qui consiste à affirmer que l'assurée avait l'intention de travailler à 100 % dès le 1^{er} septembre 2005 va totalement à l'encontre des propos tenus par cette dernière lors de l'entretien avec le care manager le 27 décembre 2006. Elle a mentionné être employée auprès d'I. _____ avec un taux d'occupation de 50%, à raison de 4h12 par jour et pour le 50% restant, elle ne travaillerait pas vu qu'elle bénéficie d'une pension alimentaire de CHF 3'000.00.

Dans cette optique, nous sommes d'avis qu'elle n'a jamais eu l'intention de reprendre une activité à 100%.

Au vu de ce qui précède, nous vous prions de prouver avec le critère de la vraisemblance prépondérante appliqué de manière générale à l'appréciation des preuves en droit des assurances sociales que Mme P. _____ aurait travaillé à 100% à partir du 1^{er} septembre 2005.

(...)"

Par lettre du 26 juin 2007, le conseil de l'assurée a répondu à l'intimée en ces termes :

"(...)

1. D'une part, vous exposez que lors de l'entretien avec le Care Management, Mme P. _____ aurait exposé être passablement occupée par les tâches ménagères et l'éducation des enfants qu'elle devait assumer seule.

Je vous informe que Mme P. _____ conteste avoir fait de telles déclarations. Lors de l'entretien qui a eu lieu durant l'été 2006, soit postérieurement à l'accident, il est certes possible qu'elle ait dit dans le contexte des suites de l'accident qu'elle était passablement occupée et fatiguée. De tels propos ne sauraient signifier que l'intéressée avait renoncé à occuper un poste à 100 % sans l'accident.

2. En ce qui concerne l'attestation de la société I. _____ selon laquelle, il a été convenu avant l'accident entre dite société et Mme P. _____ que cette dernière travaillerait à raison de 100 %

à compter du 1^{er} septembre 2005, il n'y a aucun motif de mettre en doute cette attestation, signée de l'employeur, qui fait suite à un entretien téléphonique du soussigné avec un responsable de dite société.

Contrairement à ce que vous prétendez, il ne s'agissait pas de simples intentions de Mme P._____, mais bien d'un accord entre les parties.

A cet égard, nous pouvons invoquer d'autres éléments qui confirment un taux d'occupation à 100 % à compter du 1^{er} septembre 2005. D'une part, Mme P._____ avait déposé au printemps 2005 une demande auprès de l'école [...], organisme des jeunes filles au pair, afin de pouvoir compter sur l'aide d'une jeune fille au pair. D'autre part, elle a déménagé pour le 1^{er} juillet 2005 à Gland afin de pouvoir se rapprocher d'une amie dans le même immeuble avec qui elle avait tout organisé, notamment la question de la garde des enfants.

3. Dans ces circonstances, je vous serais reconnaissant de bien vouloir réexaminer votre position. (...)"

Le 9 juillet 2007, le Dr Z._____, médecin adjoint de la Clinique [...], spécialiste FMH en psychiatrie et psychothérapie, a déposé un rapport d'expertise psychiatrique. Ce dernier indique qu'aucun trouble d'ordre psychiatrique n'a été décelé chez l'assurée.

Par courrier du 24 août 2007, l'intimée s'est adressée au conseil de l'assurée en ces termes :

"(...)

En réponse à votre demande, nous vous communiquons qu'il nous semble prématuré à ce stade du dossier de nous mettre autour d'une table pour nous entretenir. (...)

Par ailleurs, M. T._____, care manager, nous a indiqué que les propos consignés dans son rapport sont bien ceux tenus par Mme P._____. De plus, lors de l'entretien du 27 décembre 2005, M. G._____, care manager, était également présent.

Au vu de ce qui précède, nous maintenons les termes de nos courriers précédents dans l'attente que vous prouviez, selon le critère de la vraisemblance prépondérante appliqué de manière générale à l'appréciation des preuves en droit des assurances sociales, que l'augmentation du temps de travail aurait bien eu lieu si l'accident ne s'était pas produit.

(...)"

Le 1^{er} octobre 2007, la Dresse B._____ a informé l'intimée qu'il ne lui était pas possible de répondre à ses questions, dès lors qu'elle n'avait plus revu l'assurée depuis le 1^{er} mai 2007 et que ses constatations de ce jour ne différaient pas de celles qu'elle avait déjà mentionnées dans son rapport du 13 mars 2007.

Le 12 novembre 2007, les Drs A._____ et Y._____, respectivement médecin adjoint agréé et médecin interne auprès du Service de neurologie des Hôpitaux [...], ont déposé leur rapport d'expertise. Ils retiennent notamment un syndrome douloureux chronique et des troubles neuropsychologiques avec surtout perturbation des attitudes attentionnelles et du fonctionnement exécutif de gravité modérée depuis juin 2005, en précisant que ceux-ci sont en lien direct avec l'accident de juin 2005 et qu'ils entraînent une diminution de rendement de l'ordre de 25 % dans une activité professionnelle adaptée.

Par décision du 10 décembre 2007, l'intimée a refusé d'allouer à l'assurée des indemnités journalières calculées sur la base d'un taux d'occupation de 100 % à compter du 1^{er} septembre 2005, considérant que l'intéressée n'a jamais eu l'intention de reprendre une activité à 100 %.

Le 15 janvier 2008, l'assurée a formé opposition à dite décision. Elle a produit une copie du courriel qu'elle a adressé le 11 janvier 2006 à M. _____ qui indique notamment ce qui suit :

"(...)

D'autre part, il était prévu que j'augmente mon temps de travail à 100% au mois de septembre 2005 ce qui n'a évidemment pas pu être le cas. De ce fait je me retrouve dans une situation assez difficile.

(...)"

Par décision sur opposition du 18 mars 2008, l'intimée a rejeté l'opposition formée par l'assurée à sa décision du 10 décembre 2007, refusant d'allouer des indemnités journalières calculées sur la base d'un taux d'occupation de 100 % à compter du 1^{er} septembre 2005 et comprenant son droit au 13^{ème} salaire.

B. Par acte du 7 avril 2008, P. _____ a recouru contre la décision sur opposition précitée, en prenant les conclusions suivantes :

"(...)

2) La décision sur opposition est annulée ;

4) H. _____ versera à Mme P. _____ des indemnités journalières calculées sur la base des taux d'incapacité de travail
- de 100 % de la date de l'accident jusqu'au 13 décembre 2005, puis
- de 75 % du 14 décembre 2005 jusqu'au 28 février 2006 et
- de 50 % dès le 1^{er} mai 2006 ;

5) H. _____ versera à Mme P. _____ des indemnités journalières calculées sur la base d'un gain assuré correspondant à un taux d'occupation de 100 % à compter du 23 septembre 2005 ;

6) H. _____ versera à Mme P. _____ des indemnités journalières calculées sur la base d'un gain assuré comprenant le 13^{ème} salaire ;

7) Le tout avec suite de dépens.

(...)"

Par réponse du 3 juillet 2008, l'intimée a conclu au rejet du recours.

Le 4 juin 2009, l'assurée a notamment produit une attestation de l'école [...] dont il résulte que P. _____ a employé une jeune fille au pair de l'école pendant l'année scolaire 2005-2006, soit depuis août 2005

à juillet 2006. L'horaire hebdomadaire de travail était de 26 heures par semaine.

Lors de l'audience du 9 juin 2009, la recourante a notamment expliqué qu'elle avait touché le chômage à 50 % parce que son emploi était à 50 %. La cour a procédé à l'audition de 4 témoins. Leurs déclarations sont reproduites ci-dessous :

S. _____ a déclaré ce qui suit :

"En préambule, je précise avoir revu la recourante et je savais compte tenu des courriers que j'ai dû faire quel était l'objet de mon audition de ce jour. J'ai été l'employeur de la recourante de 2005 à 2006. Je l'ai engagée à 50 % au printemps. Comme son travail consistait à contacter des entreprises et que l'été était une période creuse, il était convenu qu'elle passe à 100 % dès le 1er septembre 2005, sous réserve de problèmes d'intendance (déménagement et garde d'enfants), et qu'elle reste ensuite à ce taux. Nous avons licencié la recourante au mois de novembre 2006. Nous avons justifié ce licenciement par des raisons économiques, mais, en fait, c'était parce que la recourante avait de la peine à se concentrer. Je vous sou mets le contrat de travail écrit de la recourante.

Je précise que la recourante pouvait travailler depuis chez elle, puisqu'elle oeuvrait passablement par Internet. En outre, après son licenciement, nous ne l'avons pas remplacée immédiatement.

Sur interpellation de Madame [...], je précise que nous n'avons pas remplacé la recourante durant son incapacité de travail et que nous avons suppléé son absence en interne.

Nous nous sommes inquiétés des indemnités journalières calculées en fonction du 13ème salaire. En revanche, nous ne nous sommes pas inquiétés du fait que ces indemnités n'étaient pas calculées sur un taux d'activité de 100 %, puisqu'il n'y avait qu'un contrat moral. Pour moi, il était évident que la recourante aurait augmenté son taux à 100 % pour autant qu'elle règle ses problèmes d'intendance. Alors, un nouveau contrat écrit aurait été signé."

F. _____ a déclaré ce qui suit :

"Je connais la recourante depuis 17 ans en tout cas. Je suis une amie et maintenant la voisine de la recourante.

La recourante est venue habiter dans un appartement de mon immeuble, puisqu'elle cherchait à déménager à la suite de la séparation d'avec son mari et qu'un appartement se libérait dans mon immeuble. Je le lui ai proposé pour pouvoir l'aider par rapport à ses enfants.

Sur interpellation de Me Metille, je sais que la recourante avait l'intention d'augmenter son taux d'activité à 100 % et comme j'ai des enfants qui, à l'époque, étaient aussi en bas âge, je lui ai proposé de m'occuper de ses enfants.

J'ignore si une augmentation du revenu professionnel aurait signifié pour la recourante une diminution de la contribution d'entretien. Mon aide aurait été apportée en complément du soutien de la jeune fille au pair que la recourante envisageait d'engager. La recourante a effectivement engagé une jeune fille au pair après son accident. Depuis lors, elle a eu, me semble-t-il deux jeunes filles au pair et une personne qui n'est pas restée très longtemps. Sur interpellation de Madame [...], je précise qu'à l'époque j'avais une activité à 50 % sans horaire fixe."

G. _____ a déclaré ce qui suit :

"Je travaille comme « care manager » à la H. _____ depuis septembre 2004.

La recourante n'a jamais évoqué lors de l'entretien son intention d'augmenter son taux d'activité à 100 %. Lorsqu'il est écrit sous la rubrique « essai de travail » : « 50 % dès le 14.12.2005, durée à déterminer » cela veut dire 50 % de 50 %. La recourante nous a informés de son intention de reprendre son activité de 50 % à temps complet. La question d'un taux d'activité à temps plein n'a jamais été abordée.

Sur interpellation de Madame [...], je précise que la recourante a déclaré vouloir travailler à 50 % et consacrer le solde de son temps à l'éducation de ses enfants. La recourante n'a pas évoqué de problèmes financiers justifiant l'augmentation de son taux d'activité.

Sur interpellation de Me Metille, je précise que j'ai le souvenir que la recourante était encore affectée par l'accident, que ce soit physiquement ou moralement. Le rapport établi après l'une de nos visites n'est pas automatiquement soumis à l'assuré. Je précise qu'à aucun moment lors de l'entretien un élément a pu me faire penser que la recourante aurait voulu augmenter son taux d'activité. Je ne l'ai pas pensé en particulier parce qu'au moment de l'accident, elle travaillait à 50 %."

T. _____ a déclaré ce qui suit :

"Je travaille comme care manager à la H. _____ depuis octobre 2002. Je précise qu'à aucun moment au cours de l'entretien que j'ai eu le 27 décembre 2005 avec Madame P. _____ j'ai eu l'impression que celle-ci voulait travailler à 100 %. La recourante a évoqué sa vie privée, soit sa séparation et ses revenus, mais je n'ai pas le souvenir qu'elle ait évoqué des difficultés financières.

Sur interpellation de Me Metille, je puis dire que la recourante ne paraissait pas en parfaite santé mais qu'elle était en phase de récupération. Je confirme qu'un rapport comme celui qui a fait suite à l'entretien du 27 décembre 2005 n'est ni relu, ni signé par l'assuré."

D'entente entre les parties et pour permettre une éventuelle transaction, la cause a été suspendue, un délai au 10 juillet 2009 étant imparti à la recourante pour renseigner la cour sur la suite à donner à la procédure. Le procès-verbal précise qu'en cas d'échec de la transaction, un délai sera imparti aux parties pour donner quelques brèves explications

supplémentaires écrites et que la cour passera au jugement sans nouvelle audience.

Par ordonnances des 11 juin 2009 et 10 août 2009, le juge instructeur a rejeté les requêtes de mesures provisionnelles et urgentes déposées par le conseil de la recourante le 10 juin 2009 tendant à ce que l'intimée soit condamnée à payer à l'assurée le montant de 4'558 fr. 40 avec effet immédiat.

Par réplique du 5 août 2009, la recourante a confirmé ses conclusions.

Dans ses déterminations du 16 septembre 2009, l'intimée a déclaré maintenir purement et simplement les termes de ses précédents écrits.

C. Le dossier AI de l'assurée a été produit dans le cadre de la présente procédure. Il en ressort les éléments suivants :

- le 2 avril 2007, l'assurée a déposé une demande de prestations AI (rente) en indiquant qu'elle avait travaillé comme responsable de la publicité et du marketing pour la société I. _____ du 1^{er} mars 2005 au 31 octobre 2006 à un taux de 50 % pour un salaire mensuel brut de 3'000 francs. Elle a précisé qu'il était prévu avec son ancien employeur S. _____ de la société I. _____ que sans l'accident elle travaille à 100 % dès le 1^{er} septembre 2005.

- sur le questionnaire pour l'employeur, il est indiqué que l'horaire de travail avant et après l'accident était de 21 heures par semaine et que l'assurée a été licenciée pour le 30 novembre 2006 en raison de la réorganisation du groupe.

- sur le formulaire intitulé "complément à la demande" daté de "mai 2006", l'assurée a indiqué que, sans atteinte à sa santé, elle travaillerait à l'extérieur en plus de la tenue de son ménage dans une activité d'employée de bureau à un taux d'activité de 100 % "dès le 1.9.05".

- le formulaire "enquête économique sur le ménage", daté du 17 avril 2008, indique, sous chiffre 2b, que l'assurée a travaillé à 50 % du 1^{er} mars 2005 au 30 novembre 2006, qu'elle aurait dû travailler à 100 % dès le mois d'août 2005, mais que l'accident du 12 juin 2005 l'a empêchée de concrétiser cet engagement. Licenciée pour le 30 novembre 2005, elle a été au chômage à 50 % dès décembre 2006. Sous chiffre 6.7, il est précisé que l'assurée a eu des jeunes filles au pair d'août 2005 à juillet 2006, puis d'août 2006 à juin 2007. Un jeune homme au pair a séjourné chez elle d'août 2007 à octobre 2007. L'assurée a assumé ensuite ses deux enfants seule. Elle a repris une jeune fille au pair le 15 avril 2008 jusqu'en juillet 2008. Cette jeune fille est scolarisée le matin et présente au domicile de l'assurée tous les après-midi. Il est encore précisé qu'une amie de l'assurée, qui habite le même immeuble, prend les enfants de l'assurée en charge si nécessaire.

D. Les éléments suivants résultent du dossier du chômage de la recourante :

- Aux questions figurant sur la fiche d'inscription de l'Office régional de placement (ci-après : ORP) du 29 novembre 2006, la recourante a répondu comme suit :

"(...)

- Etat de santé empêchant manifestement de travailler : NON
OUI
- Capacité de travail partielle NON OUI
- Capacité de travail restreinte à certaines activités NON OUI
- Incapacité de travail de longue durée NON OUI

(...)"

- Le courrier adressé le 29 novembre 2006 à la Caisse cantonale de chômage indique que le statut professionnel de la recourante est : "chômeur partiel (sans emploi) ; auparavant actif". A la rubrique : "temps de travail", il est indiqué : "50 %".

E n d r o i t :

1. a) Interjeté dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision entreprise, le recours est déposé en temps utile (art. 60 al. 1 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1]); il satisfait en outre aux autres conditions légales (art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il est recevable à la forme.

b) 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 dès le 1er janvier 2009, les causes pendantes devant les autorités de justice administrative à l'entrée en vigueur de ladite loi sont traitées selon cette dernière.

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

c) En vertu de l'art. 83c LOJV (loi vaudoise d'organisation judiciaire; RSV 173.01), lorsqu'elle statue, la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est en principe composée de trois magistrats. L'art. 83c al. 2 LOJV réserve toutefois l'art. 94 LPA-VD, disposition prévoyant, dans le domaine des assurances sociales, qu'un membre du Tribunal cantonal statue en tant que juge unique sur les recours dont la valeur litigieuse n'excède pas 30'000 fr. et sur ceux interjetés contre un prononcé d'amende (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

En l'espèce, la recourante qui, avant son accident, percevait un salaire mensuel brut de 3'000 fr. pour un taux d'activité de 50 %, réclame le paiement d'indemnités journalières calculées sur la base d'un taux d'incapacité de travail de 100 % de la date de l'accident (12 juin 2005) jusqu'au 13 décembre 2005, puis de 75 % du 14 décembre au 28 février 2006 et de 50 % dès le 1^{er} mars 2006, calculées sur la base d'un gain assuré correspondant à un taux d'occupation de 100 % depuis le 23 septembre 2005 et comprenant le 13^{ème} salaire. La valeur litigieuse dépasse manifestement 30'000 fr., de sorte que la présente cause est de

la compétence de la cour, composée de trois magistrats (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD a contrario).

2. a) Le litige porte, d'une part sur le point de savoir si la recourante aurait travaillé à 100 % dès le mois de septembre 2005 si elle n'avait pas été victime de l'accident survenu le 12 juin 2005, d'autre part si elle aurait eu droit au versement d'un 13^{ème} salaire, partant si l'indemnité journalière servie par l'intimée doit être calculée sur un taux d'occupation de 100 % dès le 23 septembre 2005 et une incapacité de travail de 50 % dès le 1^{er} mars 2006 et comprendre le 13^{ème} salaire.

b) L'assuré totalement ou partiellement incapable de travailler à la suite d'un accident a droit à une indemnité journalière (art. 16 al. 1 LAA [loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981; RS 832.20]). Les indemnités journalières et les rentes sont calculées d'après le gain assuré (art. 15 al. 1 LAA). Est réputé gain assuré pour le calcul des indemnités journalières le dernier salaire que l'assuré a reçu avant l'accident (art. 15 al. 2 LAA). Ce salaire, y compris les éléments non encore perçus par l'assuré et auxquels il a droit, est converti en gain annuel et divisé par 365 (art. 22 al. 3 et 25 al. 1 OLAA [ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents; RS 832.202], annexe 2 à l'OLAA). Le législateur a chargé le Conseil fédéral d'édicter des prescriptions sur le gain assuré pris en considération dans des cas spéciaux, soit notamment lorsque l'assuré a droit pendant une longue période aux indemnités journalières ou lorsqu'il est occupé de manière irrégulière (art. 15 al. 3 LAA). Faisant usage de cette délégation de compétence, le Conseil fédéral a prévu à l'art. 23 al. 7 OLAA que le salaire déterminant doit être fixé à nouveau pour l'avenir au cas où le traitement médical a duré au moins trois mois et où le salaire de l'assuré aurait été augmenté d'au moins 10 % au cours de cette période.

ca) En l'espèce, à la question de déterminer si la recourante a établi au degré de la vraisemblance prépondérante qu'elle aurait travaillé à 100 % dès le 1^{er} septembre 2005 ou dès le 23 septembre 2005 si on se réfère à ses conclusions sans la survenance de l'accident du 12 juin 2005 il

doit être répondu par la négative. Certes, l'employeur a attesté par une note manuscrite sur le courrier du conseil de la recourante du 27 avril 2007 qu'il était effectivement prévu que l'assurée travaille à 100 % dès le mois de septembre 2005. Lors de son audition par la cour, l'employeur a toutefois expliqué que ce projet était conditionné par le fait que l'assurée ait résolu ses problèmes de garde d'enfants. Il a précisé qu'il s'agissait d'une sorte de "contrat moral", mais que si les conditions d'un engagement à 100 % avaient été réalisées, il y aurait eu signature d'un contrat écrit. Or, malgré le fait que la recourante avait déménagé et qu'elle avait pris, selon elle, les dispositions pour la garde de ses enfants, il n'y a pas eu signature d'un contrat à temps complet.

Pour soutenir ses allégations, la recourante se prévaut d'avoir engagé une jeune fille au pair au mois d'août 2005. Or, si l'on se réfère aux pièces produites, force est de constater que la présence de la jeune fille au pair était limitée à 26 heures par semaine, celle-ci étant scolarisée à Lausanne le reste du temps. On voit ainsi mal comment, même avec l'aide de sa voisine et amie, qui au demeurant a admis qu'elle travaillait elle-même à un taux de 50 %, la recourante aurait été en mesure d'assumer un taux d'activité de 100 % tout en élevant seule ses enfants alors âgés de 5 ans et demi et 11 ans et demi. A cet égard, il faut également prendre en considération que, outre son salaire mensuel brut de 3'000 fr., la recourante percevait une pension alimentaire de 3'000 fr., allocations familiales non comprises, et que l'augmentation de son taux d'activité de 50 à 100 % aurait signifié une diminution de la pension alimentaire.

L'hypothèse selon laquelle l'augmentation du taux d'activité de la recourante au service de son employeur n'en était qu'au stade des discussions et non d'un engagement ferme de part et d'autre est confirmée par le fait, d'une part que la recourante n'a pas été remplacée à son poste durant son incapacité de travail ni d'ailleurs dans la période ayant immédiatement suivi son licenciement, d'autre part que ni l'assurée, qui avait pourtant confié la défense de ses intérêts à une assurance de protection juridique, ni l'employeur, qui dès décembre 2005 s'est inquiété

de la prise en compte du treizième salaire dans le calcul de l'indemnité journalière, n'ont requis le paiement d'une indemnité journalière calculée sur un taux d'occupation de 100 % avant le mois de mars 2007, soit plus de 18 mois après l'accident du 12 juin 2005. En particulier, comme cela ressort du rapport de care management du 6 janvier 2006, confirmé par les propos des deux care managers lors de leur audition par la cour de céans le 9 juin 2009, la recourante n'a à aucun moment évoqué la question de l'augmentation de son taux d'activité lors de l'entretien du 27 décembre 2005.

Enfin, lors de son inscription au chômage le 29 novembre 2006, la recourante a requis le versement d'une indemnité de chômage correspondant à une occupation professionnelle de 50 % et non de 100 %. Des réponses aux questions figurant sur la fiche d'inscription à l'ORP, il ressort qu'elle n'a pas non plus invoqué une diminution de sa capacité de travail pour justifier ce taux de 50 %. Interpellée sur ce point par le juge instructeur à l'audience du 9 juin 2009, la recourante a d'ailleurs répondu qu'elle "avait touché le chômage à 50 % puisque son emploi était à 50 %". Si la recourante a évoqué le problème de l'augmentation de son taux d'activité à 100 % dans sa requête AI, il convient de se rappeler que dite demande a été déposée le 2 avril 2007 seulement. Au vu de l'ensemble des éléments qui précèdent, il est vraisemblable au degré de prépondérance requis par la jurisprudence que, si une augmentation du taux d'activité de la recourante a été envisagée et discutée avec son employeur, au moment de l'accident, il ne s'agissait encore que d'un projet. A preuve le fait que ce projet n'a pas été concrétisé par la signature d'un nouveau contrat écrit, alors que, comme l'a précisé l'employeur lors de son audition par la cour de céans, tel aurait été le cas dans l'hypothèse d'un engagement inconditionnel et ferme de part et d'autre.

Au vu de ce qui précède, il faut considérer que la recourante n'a pas établi au degré de la vraisemblance prépondérante qu'elle aurait travaillé à 100 % dès le mois de septembre 2005 sans la survenance de l'accident du 12 juin 2005, de sorte que l'intimée était fondée à refuser de

calculer l'indemnité journalière sur un taux d'occupation de 100 % dès cette date.

cb) Reste à examiner la question du droit au 13^{ème} salaire de la recourante, partant de sa prise en compte dans le calcul de l'indemnité journalière.

Le contrat de travail conclu entre la recourante et son employeur indique que le droit au 13^{ème} salaire se détermine selon l'art. 12 CCNT. Cette disposition prévoit que, dès l'année 2003, le travailleur a droit à 50 % de son salaire mensuel brut dès le septième mois de travail, à titre de 13^{ème} salaire.

En l'espèce, la recourante a commencé à travailler pour le compte la société I. _____ le 1^{er} mars 2005. Le droit au treizième salaire était donc ouvert dès le 1^{er} octobre 2005. Au moment de l'accident, le 12 juin 2005, la recourante n'avait pas encore travaillé 7 mois et n'avait dès lors pas droit à un 13^{ème} salaire. C'est donc avec raison que l'intimée a refusé de fixer l'indemnité journalière en prenant en compte un 13^{ème} salaire. Les conclusions du recours doivent également être rejetées sur ce point.

3. En conclusion, mal fondé, 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 (art. 61 let. g LPGA, 55 al. 1 LPA-VD).

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

- I. Le recours est rejeté.
- II. La décision attaquée est maintenue.
- 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 Jean-Michel Duc, avocat à Lausanne (pour la recourante),
- H. _____, à Winterthur,
- Office fédéral de la santé publique, à 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 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 :