

S2 20 30

JUGEMENT DU 2 SEPTEMBRE 2021

**Tribunal cantonal du Valais
Cour des assurances sociales**

Composition : Candido Prada, président ; Thomas Brunner et Christophe Joris, juges ;
Mireille Allegro, greffière

en la cause

X _____, recourant, représenté par Maître Marie Franzetti, avocate, 1951 Sion

contre

SWICA ASSURANCES SA, c/o Swica Organisation de santé, 8400 Winterthur, intimée

(art. 69 al. 2 LPGA ; surindemnisation ; calcul du gain présumé perdu)

Faits

A. X _____, né le xxx 1979, était chef cuisinier au restaurant A _____ à B _____ et, à ce titre, assuré contre les accidents auprès de Swica Assurances SA (ci-après : Swica), lorsqu'il a été victime d'une chute à ski, le 3 avril 2006 (pièces 2, 160).

L'IRM du genou droit du 18 avril 2006 a principalement mis en évidence une probable petite fracture au niveau du condyle fémoral externe, une déchirure partielle du ligament croisé antérieur (LCA) et une déchirure au niveau de la corne postérieure du ménisque externe (pièce 20). Un traitement chirurgical comportant une plastie du LCA et une résection partielle d'une lésion du ménisque externe a eu lieu le 27 avril 2006 (pièce 26).

Le cas a été pris en charge par Swica jusqu'au terme de l'incapacité de travail le 17 décembre 2006 (pièces 33, 44, 46, 47).

B. En août 2007, X _____ a fondé la société C _____ Sàrl dont le but est l'exploitation d'établissements publics, cafés, restaurants, hôtels, discothèques; acquisition, vente, gestion, location d'immeubles; toute opération financière ou commerciale convergente; prise de participations. En tant que seul associé et gérant avec signature individuelle, il a ouvert l'hôtel-restaurant le D _____ à E _____ en septembre 2007 (pièce 49 et extrait du Registre du commerce).

Le 14 mars 2016, il a été victime d'une nouvelle entorse au genou droit en manquant une marche d'escalier et a annoncé le cas à Hotela par déclaration de sinistre LAA du 21 mars 2016 (pièces 52, 60, 61). Sur la base du salaire déclaré de 7633 fr. 35 par mois et 99 233 fr. 35 par an, plus 8,33% de gratification en fin d'année, Hotela lui a versé une indemnité journalière de 217 fr. 50.

L'assuré ayant déclaré souffrir de douleurs au genou droit depuis 11 ans (pièce 61), Hotela s'est procurée le dossier de l'assuré auprès de Swica et a requis l'avis de son médecin-conseil, lequel a estimé que l'événement du 14 mars 2016 n'avait engendré qu'une aggravation passagère de l'état antérieur et a fixé le statu quo sine à la fin de la physiothérapie en avril 2016 (pièce 61).

Par courrier du 9 avril 2017, Hotela a mis un terme à la prise en charge du dossier au 23 mai 2016 et a indiqué que les traitements entrepris dès le 19 janvier 2017 étaient à charge de Swica (pièce 62).

Par courrier du 31 mai 2017, Swica a confirmé à X _____ l'annonce de la rechute ainsi que son droit aux prestations dès le 19 janvier 2017 (pièce 65).

Lors d'un entretien à domicile du 11 août 2017, l'assuré a expliqué qu'il s'occupait de la partie administrative, des achats, des commandes et des plannings, ce qui correspondait à un 20% et qu'il avait dû engager un extra en cuisine pour se faire remplacer, mais qu'il espérait pouvoir travailler à un taux supérieur au mois de septembre 2017 (pièces 86, 87). Le 4 octobre 2017, X _____ a expliqué qu'il travaillait à 50% et faisait de son mieux pour assurer le bon fonctionnement de son établissement qui comptait 8 collaborateurs à l'année et 15 en haute saison ; il a précisé que l'engagement d'un extra en cuisine pour compenser sa perte de rendement avait entraîné une baisse du chiffre d'affaire de l'ordre de 20% et a ajouté que s'il devait être contraint de vendre, cela engendrerait une énorme perte financière (pièce 101).

A la demande de Swica, l'assuré a été examiné le 1^{er} septembre 2017 par le Dr F _____. Dans son rapport d'expertise, ce spécialiste en orthopédie a conclu que l'activité de cuisinier n'était pas compatible avec l'état du genou droit, même si l'assuré entendait reprendre à 50% dès octobre 2017, mais qu'une activité adaptée aux limitations fonctionnelles (pas de position debout prolongée, pas de position accroupie ou à genoux, pas d'escaliers et de pentes à répétition, pas de marche en terrain irrégulier, pas de port de charges supérieures à 20 kg) était exigible à 100% dès maintenant (pièce 94).

Le 20 août 2018, une nouvelle expertise a été réalisée par le Dr F _____, spécialiste FMH en chirurgie orthopédique et traumatologie de l'appareil locomoteur (pièce 141). Celui-ci a alors constaté que l'assuré avait déjà subi une chute à ski le 24 janvier 2000, ayant entraîné une déchirure du ligament interne du genou droit, sans séquelles dès le 30 avril 2000. Il a relevé que le seul diagnostic en lien avec l'accident du 3 avril 2006 était celui de contusion du genou droit, dont la guérison avait été acquise le 21 avril 2006. Enfin, il a observé que les troubles présentés dès janvier 2017 étaient exclusivement dégénératifs (pièce 153).

Par communication du 17 septembre 2018, puis décision du 17 octobre 2018, Swica a signalé à l'assuré que les troubles présentés depuis janvier 2017 ne constituaient ni une rechute ni une séquelle tardive, de sorte que le droit aux prestations devait être nié. Elle a toutefois renoncé à demander la restitution des prestations indument versées jusque-là et a invité l'assuré à s'adresser à son assurance-maladie.

C. A la demande de Swica, X _____ a déposé une demande de prestations auprès de l'Office cantonal AI du Valais (OAI) le 11 août 2017 (pièce 80).

Sur la base du dossier, le SMR a considéré que l'activité de restaurateur et cuisinier n'était pas compatible avec les limitations du genou droit, que la capacité de travail ne dépassait pas 50% dans l'activité habituelle mais qu'elle était pleine dès le 1^{er} septembre 2017 dans une activité adaptée aux limitations.

Le 17 septembre 2019, une enquête pour activité professionnelle indépendante a été mise en œuvre. L'enquêteur a estimé que les comptes d'exploitation de la société étaient utilisables pour fixer les revenus déterminants et a fixé le revenu hypothétique 2018 à 112 328 fr. en prenant la moyenne des revenus (bénéfice d'exploitation + salaire déclaré) réalisés durant 5 ans avant l'atteinte à la santé, soit de 2012 à 2016, indexés à la valeur 2018 (soit 105 511 fr. + 120 519 fr. + 146 481 fr. + 91 123 fr. + 98 007 fr. = 561 640 fr. / 5 = 112 328 fr.). Il a noté que le revenu d'invalidé réalisé en 2018 s'élevait à 53 655 fr. (48 124 fr. de salaire + 5531 fr. de bénéfice), ce qui constituait un préjudice économique pour 2018 de 52% (pièce 190 et pièce 3 du recours).

Par projet de décision du 27 septembre 2019, l'OAI a informé X _____ qu'il entendait lui octroyer une demi-rente sur la base d'un degré d'invalidité de 52% dès le 1^{er} février 2018, soit au terme d'une année à compter du 11 février 2017, début de l'incapacité de longue durée (pièce 164). Il a constaté que sans ses problèmes de santé, l'assuré aurait poursuivi son activité de patron et cuisinier à 100% et aurait réalisé un revenu annuel de 112 238 fr. (moyenne du bénéfice de la société C _____ Sàrl + salaires des années 2012 à 2016) en 2018, alors qu'il avait seulement gagné 53 655 fr. (bénéfice de la société + salaire). Une copie de ce projet a été envoyée à Swica.

Afin de pouvoir demander une éventuelle compensation avec des paiements rétroactifs, Swica a requis de la Caisse de compensation les extraits de compte individuel de l'assuré (pièce 167). Selon ces derniers (pièce 168), l'assuré perçoit des revenus de C _____ Sàrl depuis septembre 2007, plus particulièrement et comme retenu par l'OAI dans son enquête :

2012 : 96 231 fr.

2013 : 103 943 fr.

2014 : 92 644 fr.

2015 : 89 686 fr.

2016 : 83 140 fr.

2017 : 55 799 fr.

Swica a également récolté les bulletins de salaires de l'assuré de janvier à avril 2018 (pièce 172) confirmant un salaire mensuel brut de 7633 fr. 35.

Par décision du 21 janvier 2020, Swica a procédé à un décompte de surindemnisation pour la période du 16 janvier 2017 au 20 avril 2018, en tenant compte d'un salaire brut AVS pour l'année 2017 de 99 233 fr. 55, renchéri de 0,3% pour l'année 2018, soit une perte de salaire pour la période de 125 150 fr. 40, moins les salaires effectifs de 81 111 fr. 42, moins les rentes AI de 2597 fr. 20, moins les indemnités journalières LAA de 55 636 fr. 50, ce qui aboutissait à une surindemnisation de 14 194 fr. 72 (pièce 178).

D. Représenté par M^e Marie Franzetti, X _____ a formé opposition les 10 et 26 février 2020, en contestant le gain présumable perdu retenu par Swica sur la base du rapport d'enquête pour activité professionnelle indépendante établi par l'OAI qui retenait un bénéfice pour l'année 2017 de 115 703 francs. De son point de vue, il y avait également lieu de tenir compte des frais de l'aide de ménage qu'il avait dû engager lorsqu'il s'était blessé à la main ainsi que ses frais d'avocat de l'ordre de 6727 francs.

Par décision sur opposition du 5 mai 2020, Swica a rejeté l'opposition de l'assuré et a constaté qu'elle avait omis de déduire les indemnités journalières de décembre 2017, portant leur montant à 59 116 fr. 50 au lieu de 55 636 fr. 50, soit une surindemnisation de 17 674 fr. 70 (pièce 202). Elle a relevé que le gain assuré de 99 233 fr. 35 pris en compte était plus favorable à l'assuré que les revenus déclarés et figurant sur le compte individuel, de sorte qu'il pouvait être considéré comme correct. S'agissant des frais de femme de ménage, elle a relevé qu'il n'y avait aucune concordance événementielle entre la blessure à la main et l'invalidité débutant en février 2018. Enfin, elle a nié le droit à la prise en charge des frais d'avocat dès lors qu'ils ne résultaient pas de l'événement assuré mais étaient intervenus après la notification de la décision de surindemnisation.

E. Le 28 mai 2020, X _____ a recouru céans contre ce prononcé, en demandant la restitution de l'effet suspensif et l'annulation de la décision, respectivement de la créance en restitution réclamée par Swica. Il a contesté le gain présumé perdu retenu par Swica, dès lors que celui-ci ne correspondait ni au gain assuré selon l'article 15 LAA ni forcément au dernier salaire déclaré, mais au revenu que l'assuré aurait vraisemblablement obtenu sans l'atteinte à la santé, ce qui se rapprochait du gain hypothétique sans invalidité calculé par l'OAI. Enfin, il a maintenu que les frais d'avocat devaient être inclus dans le calcul de la surindemnisation.

Par réponse du 30 juin 2020, Swica a conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif ainsi que du recours et à la confirmation de sa décision, en reprenant les arguments de sa décision sur opposition.

Par décision présidentielle du 9 juillet 2020 (S3 20 32), la requête en restitution de l'effet suspensif a été rejetée.

Répliquant le 31 août 2020, le recourant a constaté que l'intimée n'exposait pas en quoi le revenu hypothétique devait être abandonné au profit du dernier salaire déclaré et a maintenu sa position selon laquelle le gain qu'il aurait pu percevoir sans l'accident était constitué de son salaire ainsi que d'une part du bénéfice, comme l'avait retenu l'OAI.

Par courrier du 29 septembre 2020, l'intimée a noté que le recourant n'apportait pas de nouvel élément et a renvoyé aux termes de ses précédents écrits.

L'échange d'écritures a été clos le 1^{er} octobre 2020.

Le 5 octobre 2020, M^e Franzetti a transmis sa note de frais et honoraires à hauteur de 5074 fr. 93 (4477 fr. 50 honoraires + 234 fr. 60 débours + 362 fr. 83 TVA).

Considérant en droit

1. Selon l'article 1 alinéa 1 de la loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA), les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) s'appliquent à l'assurance-accidents, à moins que la LAA n'y déroge expressément.

Posté le 28 mai 2020, le recours à l'encontre de la décision sur opposition du 5 mai 2020 a été interjeté dans le délai légal de trente jours et devant le tribunal compétent (art. 56, 57 et 58 LPGA ; art. 81a al. 1 LPJA). Il répond par ailleurs aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA), de sorte que la Cour doit entrer en matière.

2. Le litige porte sur la question d'une éventuelle surindemnisation, soit de savoir si les prestations que le recourant a touché de l'assurance-accidents et de l'assurance-invalidité dépassent le gain qu'il aurait perçu sans accident pendant la période du 16 janvier 2017 au 20 avril 2018.

Le recourant conteste spécifiquement le gain présumé perdu retenu par l'intimée dans le calcul de surindemnisation. Il estime que le revenu hypothétique déterminé par l'OAI dans le cadre de l'enquête économique est plus proche de la réalité et doit être préféré au dernier salaire déclaré retenu par l'intimée.

2.1 L'article 68 LPGa prévoit que, sous réserve de surindemnisation, les indemnités journalières et les rentes de différentes assurances sociales sont cumulées. Aux termes de l'article 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).

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, selon la jurisprudence, prendre en considération la même période de façon globale (ATF 139 V 519 consid. 5 ; 132 V 27 consid. 3.2 ; 126 V 193 consid. 3).

L'article 51 alinéa 3 OLAA précise que 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. Il 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 ; 130 V 433 consid. 4.5). 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'article 15 alinéa 2 LAA (ATF 122 V 316 consid. 2a et les références ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 118/03 du 30 juin 2004 consid. 5.3 *in fine* ; 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).

Selon les recommandations pour l'application de la LAA et de l'OLAA de la Commission ad hoc sinistres LAA n° 3/92 - Concours des prestations en espèces LAA avec les prestations d'autres (révisée au 18 novembre 2016), les prestations légales imputables des assurances sociales (cf. chiffre 2.1 ci-après) ne doivent pas dépasser, du fait de la réalisation du risque, à la fois le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé, les frais supplémentaires occasionnés par le (même) cas d'assurance et les éventuelles diminutions de revenu subies par les proches (art. 69 al. 2 LPGa). Il faut entendre par « perte de gain présumée » tous les revenus qui, en l'absence de l'événement dommageable, auraient effectivement été réalisés, que ce soit en raison d'une activité dépendante ou indépendante. Le maximum prévu par la loi (art. 22 al. 1 OLAA) ne joue à cet égard aucun rôle. Une activité accessoire et le revenu qui en est tiré doivent être pris en compte dans la mesure où ce dernier aurait pu avec une vraisemblance prépondérante être réalisé si la personne assurée était restée en bonne santé. Cette règle s'applique indépendamment du temps et des prestations nécessaires à cet effet. Les revenus obtenus au moyen d'heures de travail supérieures à la moyenne doivent également être pris en compte. La question du caractère raisonnable de l'activité accessoire ne joue aucun rôle. Les dispositions de droit public sur la durée maximale du travail hebdomadaire (art. 9, al. 1 LTr) ne sont pas déterminantes (arrêt du Tribunal fédéral 8C_46/2013 du 27 août 2013 consid. 2.3). La perte de gain présumée ne doit pas être fixée sur la base du critère de marché du travail équilibré (art. 16 LPGa), mais en fonction des circonstances spécifiques et des chances réelles de l'assuré sur le marché du travail concerné (arrêt du Tribunal fédéral 8C_128/2013 du 15 juillet 2013 consid. E. 2.2).

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 (arrêt du Tribunal fédéral 9C_91/2013 du 17 juin 2013 consid. 5.3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral des assurances B 98/03 du 22 mars 2004 consid. 4.2 et B 80/01 du 17 octobre 2003 consid. 5.2.1 ; ATCA S2 06 48 du 24 novembre 2006 consid. 2b). En matière de prévoyance professionnelle, le Tribunal fédéral a d'ailleurs établi une correspondance ou une équivalence de principe (« Kongruenz » ou « Grundsatz der Kongruenz ») entre le revenu sans invalidité et le revenu dont on peut présumer que l'intéressé est privé

(prévu par l'art. 34a al. 1 LPP), cette correspondance ou équivalence devant cependant être comprise dans le sens d'une présomption qui, par définition, peut être renversée (cf. ATF 140 V 399 consid. 5.4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_853/2018 du 27 mai 2019 consid. 3.3.1). Ainsi, les circonstances concrètes et les chances réelles de l'assuré sur le marché du travail sont déterminantes (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 (arrêt du Tribunal fédéral 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). 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 29 consid. 3.1).

2.2 En l'occurrence, le recourant travaille comme chef cuisinier dans l'établissement le D _____ à E _____ et, à ce titre, est employé de C _____ Sàrl pour un salaire mensuel brut de 7633 fr. 35. Il est également seul associé et gérant de cette société, qui emploie entre 8 et 15 collaborateurs pour exploiter l'établissement. Il occupe donc la fonction de patron et, à ce titre, peut prétendre au bénéfice dégagé par la société.

Au regard de son statut d'indépendant/salarié, contrairement à ce qu'a retenu l'intimée, le revenu dont on peut présumer que l'assuré s'est trouvé privé en raison de l'atteinte à la santé ne correspond pas uniquement au gain assuré ressortant des fiches de salaire, mais doit tenir compte de toutes les circonstances spécifiques concrètes du cas pour se rapprocher le plus possible du manque à gagner présumé. Or, à cet égard, le calcul du revenu hypothétique opéré par l'OAI, qui tient compte du salaire AVS ressortant du compte individuel et du bénéfice d'exploitation qui correspond en l'occurrence à la propre prestation de travail de l'assuré (cf. *a contrario* arrêt du Tribunal fédéral 8C_1/2020 du 15 octobre 2020 consid. 3.2 et 4.4), apparaît plus proche de la réalité, étant précisé que l'enquêteur s'est fondé sur des données comptables fiables ainsi que sur l'extrait du compte individuel, soit des documents officiels permettant d'étayer l'ampleur du gain présumable perdu. Par ailleurs, la référence à un revenu moyen de 2012 à 2016, soit sur 5 ans, permet d'éviter d'accorder trop de poids à une fluctuation passagère du revenu - à la hausse ou à la baisse - juste avant l'incapacité de travail, qui a débuté en 2017.

Partant, les critiques du recourant sont bien fondées et il sied de tenir compte du gain présumable perdu suivant :

Pour 2017 : 111 992 fr. (moyenne des revenus 2012 à 2016 indexés à 2017 : 105 195 r. + 120 158 fr. + 146 043 fr. + 90 851 fr. + 97 714 fr. = 559 961 fr. : 5 = 111 992 fr. 20) : 365 jours = 306 fr. 80 x 350 jours = **107 380 fr. 00**. La Cour relève ici que le montant de 115 703 fr. allégué par l'assuré et figurant dans le tableau d'indexation de l'enquête économique ne correspond pas aux revenus 2017 de 84 642 fr. ressortant de l'annexe « Comptes d'exploitation ». Erroné, ce chiffre n'a toutefois pas été utilisé par l'OAI dans le calcul du revenu hypothétique, à juste titre étant donné que l'incapacité de travail a débuté cette année-là.

Pour 2018 : 112 328 fr. (moyenne des revenus 2012 à 2016 indexés à 2018) : 365 jours = 307 fr. 75 x 110 jours = **33 852 fr. 50**.

3. Concernant les autres postes, le décompte de surindemnisation établi par l'intimée dans la décision litigieuse est correct et doit être confirmé. Notamment, le montant des indemnités journalières LAA rectifié à hauteur de 59 116 fr. 50 au lieu de 55 636 fr. 50, en raison des 31 jours manquants du mois de décembre 2017 (soit 141 jours au lieu de 110 jours) ainsi que d'un jour manquant pour la période du 11 février 2017 au 1^{er} juin 2017 (111 jours au lieu de 110 jours).

Enfin, s'agissant des frais d'avocat, ils n'ont pas à être pris en compte dès lors que la mandataire n'est intervenue qu'à partir du 6 février 2020 (date de la procuration), soit après la notification de la décision de surindemnisation litigieuse, et non pas déjà au moment du sinistre pour obtenir les prestations d'assurances déterminantes, à savoir les indemnités journalières LAA et la rente d'invalidité (ATF 139 V 108 ; jugement du Tribunal des assurances du canton de St-Gall UV 2017/31 du 18 novembre 2019 consid. 9.4 et suivants ; jugement du Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich UV.2016.00187 du 14 mai 2018 consid. 4.2.2).

4. Il s'ensuit le calcul de surindemnisation suivant :

Perte de salaire 100%	2017 :	107 380 fr. 00
	2018 :	<u>33 852 fr. 50</u>
Total		141 232 fr. 50
./. Salaires effectifs		81 111 fr. 42
./. Rente AI		2 597 fr. 20
./. Indemnités journalières LAA		<u>59 116 fr. 50</u>
Surindemnisation		1 592 fr. 62

5. Le recours est admis et la décision entreprise annulée, la cause étant retournée à l'intimée pour qu'elle procède à un nouveau calcul de surindemnisation en tenant compte de ce qui précède.

6.1 Vu l'issue de la cause, le recourant, représenté par un mandataire professionnel, a droit à une indemnité pour ses dépens (cf. art. 61 let. g aLPGA) qui sera supportée par l'intimée (art. 81a al. 2 et 91 al. 1 et 2 *a contrario* LPJA).

Les dépens sont fixés compte tenu de l'importance et des difficultés moyennes de la cause en lien avec les prestations effectuées. Pour la procédure devant la cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, les honoraires sont fixés entre 550 et 11 000 francs (art. 40 al. 1 LTar).

En l'espèce, M^e Franzetti a produit un mémoire recours reprenant essentiellement les arguments de son opposition dans un dossier peu volumineux et de difficulté moyenne. Elle a également rédigé une brève réplique confirmant sa position et ne contenant pas de nouvel élément. Au terme de l'échange d'écritures, elle a déposé un décompte de ses opérations pour la période du 6 mai 2020 au 5 octobre 2020 d'un montant de 5074 fr. 93, correspondant à 995 minutes de travail et 234 fr. 60 de débours. Après analyse de cette note de frais et honoraires et au vu de la jurisprudence, la Cour estime suffisant d'octroyer des dépens de 2000 fr., TVA et débours compris (art. 61 let. g aLPGA ; art. 4, 27 et 40 LTar ; ATF 122 I 1 consid. 3a ; 139 V 496 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_323/2015 du 25 janvier 2016 consid. 6.2 retenant une fourchette de 160 à 320 fr. par heure en ce qui concerne la facturation du travail accompli durant une procédure devant les tribunaux cantonaux des assurances ; voir aussi arrêts 9C_669/2013 du 4 décembre 2013 consid. 4.2 ; 4A_496/2009 du 2 novembre 2009 consid. 4.1 ; RVJ 2009 p. 160).

6.2 Pour le reste, il n'est pas perçu de frais (art. 61 let. a aLPGA).

Prononce

1. Le recours est admis, la décision sur opposition du 5 mai 2020 annulée et le dossier renvoyé à Swica Assurances SA pour nouvelle décision au sens du considérant 4.
2. Il n'est pas perçu de frais.
3. Swica Assurances SA versera à X _____ une indemnité de 2000 francs pour ses dépens.

Sion, le 2 septembre 2021