

GE_GERICHTE ATAS/1072/2008 vom 25. September 2008

GE Cour de justice, 2008-09-25, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1072_2008

FR: GE_GERICHTE ATAS/1072/2008 du 25 septembre 2008

IT: GE_GERICHTE ATAS/1072/2008 del 25 settembre 2008

Regeste

Résumé: Le gain assuré à prendre en compte pour fixer les indemnités journalières dues en cas de rechute à un salarié devenu indépendant entre le moment de l'accident initial et la rechute est le revenu net de l'entreprise qui ressort de la comptabilité commerciale sur la base du bilan, par application analogique de l'art. 16 al. 3 OAM.

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 5 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière

A/3544/2007 - 8/18 - du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2; ATF 129 V 4 consid. 1.2; ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). En l'espèce, la LPGA s'applique au cas d'espèce bien que l'accident initial date de 1990 et soit dès lors antérieur à son entrée en vigueur car les faits juridiquement déterminants sont les rechutes de 2004 et 2006. Les règles de procédure contenues dans la LPGA s'appliquent quant à elles sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b).

E. 3

Le délai de recours est de 30 jours (art. 60 al. 1 LPGA). Il commence à courir le lendemain de la communication (art. 38 al. 1 LPGA). La décision sur opposition du 20 août 2007 ayant été reçue par le recourant le 21 août 2007, le délai a commencé à courir le 22 août 2007 de sorte que le recours du 20 septembre 2007 a été formé en temps utile. Interjeté dans les formes et délai prévus par la loi, le recours est par conséquent recevable.

E. 4

Le litige porte sur le point de savoir quel est le revenu déterminant pour le calcul des indemnités journalières des rechutes de 2004 et 2006 compte tenu du fait qu'au moment de

l'accident initial, il était salarié, alors que lorsque se sont produites les rechutes, il exerçait à la fois une activité salariée et une activité indépendante.

E. 5

a) Selon l'art. 1a LAA, sont assurés à titre obligatoire, les travailleurs occupés en Suisse, y compris les travailleurs à domicile, les apprentis, les stagiaires, les volontaires ainsi que les personnes travaillant dans des écoles de métiers ou des ateliers protégés. Est réputé travailleur quiconque exerce une activité lucrative dépendante selon la législation fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (AVS; cf. art. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1982 [OLAA]). En cas de changement d'assureur, l'assureur compétent jusque-là le reste pour les accidents antérieurs au changement (art. 112 al. 1 OLAA). b) Aux termes de l'art. 4 al. 1 LAA, les personnes domiciliées en Suisse exerçant une activité lucrative indépendante peuvent s'assurer à titre facultatif. Les dispositions sur l'assurance obligatoire s'appliquent par analogie à l'assurance facultative (art. 5 al. 1 LAA). L'assurance-accidents facultative est régie par la loi fédérale du 2 avril 2008 sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1) dont l'art. 9, de droit impératif (art. 97 al. 1 LCA), prévoit que le contrat d'assurance est nul - sous réserve des cas prévus à l'art. 100 al. 2 (lequel n'entre pas en considération en l'espèce) - si, au moment où il a été conclu, le risque avait déjà disparu ou si le sinistre était déjà survenu. La jurisprudence précise que si, avant la conclusion du contrat, il faut compter avec les rechutes d'un événement assuré passé, le sinistre est alors déjà

A/3544/2007 - 9/18 - survenu, de sorte que les rechutes ne peuvent être assurées (ATF 129 III 21 = JT 2001 568).

E. 6

Aux termes de l'art. 6 al. 1 LAA, si la loi n'en dispose pas autrement, les prestations d'assurance sont allouées en cas d'accident professionnel, d'accident non professionnel et de maladie professionnelle. Les prestations d'assurance sont également versées en cas de rechutes et de séquelles tardives (art. 11, 1ère phrase, OLAA). Conformément à l'art. 16 al. 1 LAA, l'assuré totalement ou partiellement incapable de travailler à la suite d'un accident a droit à une indemnité journalière. Celle-ci est calculée d'après le gain assuré (art. 15 al. 1 LAA). Est réputé gain assuré le dernier salaire que l'assuré a reçu avant l'accident (art. 15 al. 2 LAA). Dérogeant à cette disposition, l'art. 23 al. 8 OLAA stipule que le salaire déterminant en cas de rechute est celui que l'assuré a reçu juste avant celle-ci, étant précisé qu'il ne saurait toutefois être inférieur à 10 % du montant maximum du gain journalier assuré, sauf pour les bénéficiaires de rentes de l'assurance sociale.

S'agissant du gain assuré, l'art. 22 al. 2 et 3 OLAA précise encore qu'il convient de se référer au salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS, sauf dérogations sans pertinence en l'espèce; l'indemnité journalière est calculée sur la base du salaire que l'assuré a reçu en dernier lieu avant l'accident, y compris les éléments de salaire non encore perçus et auxquels il a droit. En cas d'activité lucrative dépendante, le salaire déterminant en matière AVS comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé (art. 5 al. 2 LAVS). En font partie, par définition, toutes les sommes touchées par le salarié, si leur versement est économiquement lié au contrat de travail; peu importe, à ce propos, que les rapports de service soient maintenus ou aient été résiliés, que les prestations soient versées en vertu d'une obligation ou à titre bénévole (ATF 128 V 180 consid. 3c, 126 V 222 consid. 4a, 124 V 101 consid. 2 et la jurisprudence

citée). Le salaire déterminant comprend notamment - dans la mesure où il ne s'agit pas de dédommagement pour frais encourus - les tantièmes, les indemnités fixes et les jetons de présence des membres de l'administration et des organes dirigeants des personnes morales (cf. art. 7 let. h du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 [RAVS]). Lorsque des honoraires sont versés par une société anonyme à un membre du conseil d'administration, ils sont présumés lui être versés en sa qualité d'organe d'une personne morale et doivent être, par conséquent, considérés comme salaire déterminant. C'est le cas même si les indemnités sont proportionnelles à l'activité et à l'état des affaires. Cette présomption peut être renversée en établissant que les honoraires versés ne font pas parties du salaire déterminant; c'est le cas lorsque les indemnités n'ont aucune relation directe avec le mandat de membre du conseil d'administration mais qu'elles sont payées pour l'exécution d'une tâche que l'administrateur aurait assumée

A/3544/2007 - 10/18 - même sans appartenir au conseil d'administration (ATF 9C 365/2007 du 1er juillet 2008, consid. 5.1 et les références citées).

En ce qui concerne le revenu provenant d'une activité lucrative indépendante, l'art. 9 al. 1 LAVS stipule qu'il comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante. L'art. 9 al. 2 LAVS prévoit les déductions à prendre en compte.

E. 7

a) En l'espèce, l'intimée a procédé aux investigations nécessaires auprès de médecins spécialisés et admis que les événements survenus en 2004 et 2006 devaient être qualifiés de rechutes en relation de causalité naturelle et adéquate avec l'accident du 27 janvier 1990. Elle a reconnu au recourant le droit au versement d'indemnités journalières et a pris en charge la couverture des traitements de ces rechutes. Se fondant sur la lettre de l'art. 23 al. 8 OLAA et sur le fait que le recourant n'avait pas contracté d'assurance facultative pour couvrir la perte de gain provenant de son activité indépendante, elle a d'abord fixé le montant des indemnités journalières en ne prenant en compte que le revenu provenant de l'activité dépendante de l'assuré au moment des rechutes. Puis elle a revu sa position et décidé de prendre également en considération le revenu d'indépendant déclaré comme tel à l'AVS. b) Le recourant fait valoir que l'art. 23 al. 8 OLAA comporterait une lacune authentique. Selon lui, la réglementation légale ne saurait pénaliser, au motif qu'il a changé de statut ou d'activité, celui qui est empêché de travailler suite à une rechute ou à des séquelles tardives en lien de causalité avec un accident antérieur. Il serait "extrêmement choquant" que l'assureur puisse se prévaloir de l'absence de salaire au sens strict d'un assuré qui est devenu indépendant ou a changé de profession, alors que le changement de statut ou de profession relève de son obligation de diminuer le dommage. Le recourant se réfère à l'avis du Prof. O_____ et conclut qu'en raison du rapport entre les primes et le gain assuré qui existait au moment de l'accident initial, il convient de se baser sur un salaire hypothétique déterminé soit d'après celui qui était réalisé avant l'accident initial, soit d'après la comptabilité commerciale liée à l'activité lucrative indépendante. Le recourant fait remarquer par ailleurs que conclure une assurance perte de gain facultative ne lui aurait été d'aucun secours, car une telle assurance ne couvrirait de toute manière pas un risque ou un sinistre déjà survenu.

E. 8

En l'espèce, il sied de relever qu'en effet, en matière d'assurance facultative, le droit impératif interdit la rétroactivité de l'assurance et prononce la nullité pure et simple de tels contrats. L'argument de l'intimée selon lequel la conclusion d'une assurance facultative aurait permis au recourant d'obtenir la couverture de sa perte de gain en tant qu'indépendant suite aux rechutes de 2004 et 2006 doit donc être écarté puisqu'un tel contrat aurait été nul ab initio.

A/3544/2007 - 11/18 -

E. 9

Il convient à présent de vérifier si - ainsi que le soutient le recourant - on se trouve en présence d'une lacune de la loi. a) Une lacune authentique (ou lacune proprement dite) suppose que le législateur se soit abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. Si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié. Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante. D'après la jurisprudence, seule l'existence d'une lacune proprement dite appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est en principe interdit, selon la conception traditionnelle, de corriger les lacunes improprement dites, à moins que le fait d'invoquer le sens réputé déterminant de la norme ne soit constitutif d'un abus de droit, voire d'une violation de la Constitution (cf. ATF 129 III 656 consid. 4.1 p. 657 ss ; 128 I 34 consid. 3b p. 40 ss ; 125 III 425 consid. 3a p. 427; 124 V 271 consid. 2a et les arrêts cités). Il faut encore relever qu'il n'y a lacune authentique que pour autant que l'on ne puisse pas procéder à l'application analogique de règles juridiques en vigueur afin de trouver une solution au problème posé. (ATF 94 I 305, 308 = JT 1969 I 302, 304 ; ATF 100 Ib 137 = JT 1975 I 354, 373). Il convient dès lors de procéder à l'interprétation de la loi pour déterminer s'il y a lacune authentique ou non. b) En l'espèce, il convient donc en premier lieu de déterminer si une solution se dégage de la disposition légale ou, si tel n'est pas le cas, si elle peut être interprétée afin de trouver une solution. Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique); du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement, de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Si plusieurs interprétations sont admissibles, il convient de choisir celle qui est conforme à la Constitution. En effet, même s'il ne peut pas examiner la constitutionnalité des lois fédérales (art. 191 Cst.), le Tribunal fédéral part de l'idée que le législateur fédéral ne propose pas de solution incompatible avec la Constitution, à moins que le contraire ne résulte clairement de la lettre ou de l'esprit de la loi (ATF 130 II 65 consid. 4.2 p. 71; 129 II 114 consid. 3.1 p. 118; 129 III 55 consid. 3.1.1 p. 56/57 et les arrêts cités). Par ailleurs, le Tribunal fédéral, s'il est lié par la loi, s'écarte exceptionnellement de celle-ci lorsque son interprétation littérale conduirait à des résultats manifestement insoutenables, qui contrediraient la véritable intention du législateur (ATF 105 V 47; ATF 101 V 190 consid. 5 et les arrêts cités).

A/3544/2007 - 12/18 - c) En l'espèce, c'est l'art. 23 al. 8 OLAA qui indique quel est le salaire déterminant pour fixer l'indemnité journalière en cas de rechute ou de séquelles

tardives. Cette disposition prévoit qu'il convient de se baser sur le salaire que l'assuré a reçu juste avant la rechute ("der unmittelbar zuvor bezogene Lohn"; "il salario ottenuto immediatamente prima di questa"), étant toutefois précisé que ce salaire ne saurait être inférieur à 10 % du montant maximum du gain journalier assuré, sauf pour les bénéficiaires de rentes de l'assurance sociale. Pour préciser la notion de salaire, l'art. 22 OLAA renvoie à l'art. 5 al. 2 LAVS qui précise qu'il faut entendre par là la rémunération obtenue pour un travail dépendant. Il appert donc, à rigueur de texte, que seul un travailleur exerçant une activité salariée avant la survenance d'un accident initial et ayant conservé son statut de salarié par la suite aurait droit à des indemnités journalières en cas de rechute ou de séquelles tardives, alors qu'un travailleur, salarié au moment de l'accident initial devenu indépendant par la suite, comme en l'espèce, ne serait pas couvert - vu l'absence de salaire au sens strict (produit d'une activité dépendante). Cette solution choque le sens de l'équité, de sorte qu'il faut admettre que l'interprétation littérale n'apporte pas de réponse quant au revenu déterminant à adopter dans le cas d'un salarié devenu indépendant entre le moment de l'accident initial et la rechute. d) Il convient dès lors de se livrer à une interprétation historique. Il découle de l'analyse des travaux législatifs ayant mené à l'adoption de la LAA qu'aucune intervention parlementaire n'a concerné précisément la question qui nous occupe (cf. Message du Conseil fédéral à l'appui du projet de loi fédérale sur l'assurance-accidents du 18 août 1976, FF 1976 III, p. 143 ss, p. 157, n°223). Le message explique en revanche que "les indemnités journalières sont fixées sur la base du gain assuré puisque l'on indemnise une diminution de la capacité de travail et, partant, une perte de gain. On innove cependant en ce sens que l'indemnité journalière ne sera plus calculée sur la base du gain dont on peut présumer que l'assuré sera privé à la suite de l'accident mais, en règle générale, comme pour les rentes, c'est-à-dire sur la base du gain effectivement réalisé immédiatement avant l'accident (Message cité, p. 170, n° 342). Toutefois le Conseil fédéral prévoit également qu'il faudra en outre déterminer d'une manière différente le gain pris en considération dans certains cas spéciaux, avant tout lorsque les indemnités sont allouées pendant une longue durée lorsqu'on fixe une rente due en raison d'un accident survenu longtemps auparavant, pour certaines maladies professionnelles comme la silicose, en cas de chômage, ainsi que pour les assurés ne touchant pas un revenu usuel déterminé par l'usage (par exemple, les apprentis) et pour les assurés occupés de manière irrégulière." (Message cité, p. 192, n° 403.21). C'est ainsi que le Conseil fédéral a procédé à la rédaction de l'ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents, entrée en vigueur le 1er janvier 1984 (OLAA). L'interprétation historique démontre ainsi d'une part, que le législateur n'a pas voulu instaurer la possibilité d'assurer indépendamment les rechutes et séquelles tardives,

A/3544/2007 - 13/18 - d'autre part, qu'il a envisagé la possibilité que des cas spéciaux se présentent, dont la résolution serait réglée par voie d'ordonnance. Pourtant, force est de constater que si le législateur a résolu les problèmes posés par certains "cas spéciaux", tous n'ont pas été pris en compte par l'art. 23 OLAA, notamment celui du salarié devenu indépendant entre le moment de l'accident initial et la rechute ou les séquelles tardives. e) Sur le plan téléologique, on notera à titre liminaire que les dispositions d'exécution prises par le Conseil fédéral à l'art. 23 al 8 OLAA (conformément à la délégation figurant à l'art. 15 al. 3 LAA in fine) ont pour but d'atténuer la rigueur de la règle qui veut que l'on se base sur le dernier salaire reçu avant l'accident, lorsque cette règle pourrait conduire à des résultats inéquitables ou insatisfaisants (FRESARD, L'assurance-accidents obligatoire, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, n° 56, Helbing &

Lichtenhahn, Basel, Genf, München, 1998, p. 25ss). Le Tribunal fédéral des assurances (TFA), dans un arrêt du 19 août 1996, s'est penché sur la question de savoir si un chômeur qui n'exerçait aucune activité lucrative et avait épuisé son droit aux indemnités de l'assurance-chômage avant la rechute avait droit à des indemnités journalières (arrêt U 51/95 du 19 août 1996, publié in SVR 1997 UV no 91 p. 331 et réf. citées). Le TFA a observé que dans l'assurance-accidents, les indemnités journalières servent en principe à compenser totalement ou en partie la perte de revenu d'une activité lucrative, voire la perte d'un revenu de substitution, en cas d'incapacité de travail consécutive à l'accident assuré (art. 16 LAA), que ces indemnités sont calculées d'après le gain assuré, c'est-à-dire le dernier salaire que l'assuré a reçu avant l'accident (art. 15 LAA) mais qu'en dérogation à cette règle, l'art. 23 OLAA définit le salaire déterminant les indemnités journalières dans quelques cas spéciaux dans lesquels il est apparu nécessaire d'atténuer la rigueur du principe du dernier salaire reçu avant l'accident, principe dont l'application aurait conduit à des résultats choquants. De l'énumération de ces cas spéciaux, le TFA a tiré la conclusion que l'existence d'une activité lucrative et d'un revenu n'était pas nécessairement une condition à l'obtention de l'indemnité journalière (arrêt U 51/95 du 19 août 1996, op. cit., consid. 3 a). Dans cette affaire, le TFA a admis que l'art. 23 al. 8 OLAA s'appliquait au chômeur en fin de droit. Il a estimé qu'il se justifiait "de le faire bénéficier également des indemnités journalières prévues dans les cas spéciaux, mais dans les limites de l'art. 23 al. 8 OLAA in fine seulement. En effet, la perte de sa capacité de gain potentiel ou virtuel doit être compensée en cas de rechute ou de suites tardives, et ceci quand bien même il ne la mettait pas à profit juste avant le début de l'incapacité de travail. Car si l'assuré s'était vu proposer un emploi jusqu'à la survenance de son incapacité, il aurait, selon toute vraisemblance, exercé une activité rémunérée juste avant sa rechute." (AT-FA du 19 août 1996 op. cit., consid. 3 b).

A/3544/2007 - 14/18 - Par ailleurs, la lecture combinée des art. 112 al. 1, 11^{ère} phrase et 23 al. 8 OLAA, permet de tirer la conclusion que la loi a aussi pour but de garantir la continuité de l'assurance entre le moment de la survenance d'un accident et celui d'une éventuelle rechute ou de séquelles tardives. Cela est encore démontré, dans le cas des chômeurs, par la teneur de l'ordonnance sur l'assurance-accidents des personnes au chômage du 24 janvier 1996 (RS 837.171) venue compléter la réglementation topique (art. 1 de l'ordonnance citée). En définitive, l'analyse téléologique confirme que le but de l'art. 23 al. 8 OLAA est avant tout d'assurer, dans la continuité, en cas de rechute ou de séquelles tardives d'un événement assuré même lointain, la perte d'une capacité de travail entraînant une perte de gain, ce gain devant être celui qui était perçu ou qui aurait pu l'être par l'assuré juste avant la rechute afin d'éviter la rigueur de la référence au salaire précédent l'accident initial. f) Enfin, il convient encore de se livrer à une interprétation conforme à la Constitution, interprétation qui permet d'évaluer la norme en regard du principe d'égalité de traitement garantie par l'art. 8 Cst. Selon la jurisprudence, un arrêté de portée générale est contraire au principe de l'égalité de traitement lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente (ATF 124 I 297). Par ailleurs, une décision viole le principe d'égalité de traitement lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des

circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente (ATF 118 Ia 1). Sous cet angle, le TFA, dans une affaire concernant le droit d'un travailleur saisonnier aux indemnités journalières en cas de rechute, a jugé que le Conseil fédéral avait omis, en rédigeant l'art. 23 al. 8 OLAA, de distinguer les assurés victimes d'une rechute pendant l'activité saisonnière, de ceux qui en avaient été victimes alors qu'ils ne travaillaient pas (distinction pourtant opérée dans l'hypothèse de l'accident). Le TFA a conclu qu'il serait contraire au principe de l'égalité entre saisonniers de fixer différemment l'indemnité journalière selon que l'assuré était victime d'un accident ou "seulement" d'une rechute pendant la saison morte (ATF 117 V 170). g) Pour en revenir au cas d'espèce, il est patent que le Conseil fédéral n'a pas réglé le cas du salarié devenu indépendant entre le moment de l'accident initial et celui de la rechute ou des séquelles tardives. Sur ce point, l'art. 23 al. 8 OLAA institue une inégalité de traitement entre le salarié qui conserve son statut après l'accident initial

A/3544/2007 - 15/18 - et celui qui - notamment dans le but de mettre à profit sa capacité de travail résiduelle et ainsi de satisfaire à son obligation de réduire le dommage - adopte le statut d'indépendant entre le moment de l'accident initial et celui de la rechute ou des séquelles tardives. Au regard des corrections jurisprudentielles apportées à l'application de la loi, comme à la lumière des interprétations historique, systématique et surtout téléologique, il apparaît que le Conseil fédéral, dans son œuvre législative, n'a pas pu vouloir ce résultat qui apparaît choquant mais bien plutôt qu'il n'a pas envisagé cette éventualité. A première vue et compte tenu de ce qui précède, l'art. 23 al. 8 OLAA paraît donc comporter une lacune. Avant de parvenir à cette conclusion, il convient cependant encore de vérifier si l'application par analogie d'une autre disposition appartenant à l'ordre juridique suisse peut être envisagée afin de trouver une solution respectueuse des principes d'égalité de traitement et de continuité de l'assurance, comme des buts visés par la législation.

E. 10

a) Le droit aux indemnités n'étant pas contesté dans le cas présent, le seul point litigieux est le revenu sur lequel se baser pour calculer le montant des indemnités journalières dues au recourant. La proposition de ce dernier visant à la prise en compte du salaire qui était le sien avant l'accident initial doit être écartée. En effet, en cas de rechute ou de séquelles tardives, c'est l'art. 23 al. 8 OLAA qui s'applique. Or, selon ce dernier, le salaire déterminant est celui que percevait l'assuré juste avant la rechute (ATF 99 V 16; arrêt U 51/93 non publié du 30 juin 1993; arrêt 4A 168/2007 du 16 juillet 2007 = SJ 2008 I p. 101; Urteil des Sozialversicherungsgericht Zürich du 24 novembre 2007; ATF 8C 50/2008 consid. 3.3 et réf. citées). Le texte de l'art. 23 al. 8 OLAA est clair et ne supporte aucune interprétation quant au fait qu'il doit s'agir du gain perçu juste avant la rechute ou les séquelles tardives. Le salaire à retenir en cas de rechute ou de séquelles tardives ne saurait donc être celui réalisé avant l'accident initial, même calculé de façon "hypothétique". Ainsi que cela a été démontré plus haut, la référence de l'art. 23 al. 8 OLAA au salaire déterminant n'est cependant pas satisfaisante en regard du but de la norme qui est de garantir une perte de gain. Que ce gain soit un salaire ou une indemnité de chômage ou même qu'il n'y ait pas de revenu parce que le travailleur est saisonnier en saison morte ou chômeur en fin de droit, ne doit pas faire obstacle à l'allocation de l'indemnité journalière, dont la nature et le but sont de garantir la continuité de l'assurance. Ni la loi sur l'assurance-accidents, ni son ordonnance n'ayant envisagé la situation qui fait l'objet du présent litige, une solution peut

être trouvée dans l'application par analogie des dispositions idoines de l'assurance militaire. En effet, l'ordonnance sur l'assurance militaire du 10 novembre 1993 (OAM) donne une définition claire et

A/3544/2007 - 16/18 - utile du gain assuré à prendre en compte en vue de fixer les indemnités journalières pour les indépendants. Aux termes de l'art. 16 al. 3 OAM, est ainsi réputé gain assuré, pour les indépendants, le revenu net de l'entreprise qui ressort de la comptabilité commerciale sur la base du bilan et, dans les autres cas, en fonction du revenu brut après déduction des coûts de production et, le cas échéant, des amortissements, pertes et provisions. Si le revenu net est disproportionnellement faible, notamment en période de création de l'entreprise, c'est la valeur objective du travail fourni dans l'exploitation qui est portée en compte comme gain assuré. Toutefois, le Tribunal fédéral a encore précisé qu'un assuré ne saurait, selon le principe de la bonne foi, jouer sur deux tableaux en minimisant ses revenus effectifs à l'égard du fisc tout en prétendant à un revenu plus élevé pour les prestations d'une assurance financée uniquement par l'impôt (ATFA M 2/04 du 4 octobre 2004, consid. 3.5.2). C'est donc le revenu d'indépendant tel que retenu par l'administration fiscale qui sera donc déterminant.

b) En l'espèce, il convient tout d'abord de rappeler que l'intimée, sur la base des déclarations AVS du recourant, a retenu pour 2004 un salaire annuel de 10'660 fr. et un revenu d'indépendant de 20'500 fr.; pour 2006, seul a été retenu un salaire de 36'300 fr. aucun revenu d'indépendant n'ayant été déclaré. C'est à juste titre que l'intimée a considéré les montants de 10'660 fr. et de 36'300 fr. comme provenant d'une activité lucrative dépendante. En effet, même s'il ressort des extraits du Registre du commerce concernant la société X_____ S.A. et le recourant lui-même et de l'annonce publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) du 14 mars 2007 que le recourant a été nommé directeur de la société X_____ S.A. en 2007, il n'en demeure pas moins que ces montants qualifiés tantôt d'"honoraires", tantôt de "salaires" sont en lien direct avec l'activité exercée par le recourant au sein du conseil d'administration de la société. De plus, malgré le montant relativement faible perçu en 2004, il n'est pas démontré que ces sommes auraient été payées à titre de remboursement de frais. L'activité du recourant consistant en la gestion de restaurants, la présomption jurisprudentielle d'appareillement de ce type de revenu à un salaire ne peut être renversée. Il convient dès lors de le qualifier comme tel. Pour ce qui est du revenu provenant de son activité indépendante, le recourant a certes fourni pour les années 2004 et 2006 la comptabilité commerciale des restaurants qu'il gérait ainsi qu'un décompte des revenus établi par XX_____ S.A.. Toutefois, en regard de la jurisprudence citée ci-dessus, le revenu d'indépendant déterminant ne saurait être différent de celui déclaré au fisc. En l'occurrence, la démarche de l'intimée, qui s'est basée sur les revenus tels que ressortant du rassemblement des comptes individuels AVS de l'assuré n'est donc pas critiquable, étant rappelé que la caisse de compensation AVS retient comme re-

A/3544/2007 - 17/18 - venu déterminant celui qui ressort des communications que lui adresse l'administration fiscale. En conclusion, l'application analogique d'une autre disposition légale, en l'espèce l'art. 16 al. 3 OAM, est possible et fournit la solution du cas d'espèce. Bien que procédant d'une analyse différente de celle du Tribunal de céans, les revenus retenus par l'intimée sont corrects. Son calcul du montant des indemnités doit donc être confirmé. Eu égard aux considérations qui précèdent, recours est rejeté.

A/3544/2007 - 18/18 -

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.