

# **GE\_GERICHTE ATAS/935/2019 vom 10. Oktober 2019**

GE Cour de justice, 2019-10-10, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_935\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_935_2019)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/935/2019 du 10 octobre 2019

IT: GE\_GERICHTE ATAS/935/2019 del 10 ottobre 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 5 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice 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 - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-accidents, du 20 mars 1981 (LAA - RS 832.20). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

À teneur de l'art. 1 al. 1 LAA, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-accidents, à moins que la loi n'y déroge expressément. Toutefois, les modifications légales contenues dans la LPGA constituent, en règle générale, une version formalisée dans la loi de la jurisprudence relative aux notions correspondantes avant l'entrée en vigueur de la LPGA ; il n'en découle aucune modification du point de vue de leur contenu, de sorte que la jurisprudence développée à leur propos peut être reprise et appliquée (ATF 130 V 343 consid. 3).

### **E. 3**

Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA ; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]). Les délais en jours ou en mois fixés par la loi ou par l'autorité ne courent pas du 15 juillet au 15 août inclusivement (art. 38 al. 4 let. b LPGA). Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss LPA).

### **E. 4**

Le litige porte sur le montant du gain assuré déterminant pour le calcul de l'indemnité journalière versée au recourant à partir de juillet 2017.

### **E. 5**

a. Selon l'art. 16 al. 1 LAA, l'assuré totalement ou partiellement incapable de travailler (art. 6 LPGA) à la suite d'un accident a droit à une indemnité journalière. D'après l'art. 17 al. 1 LAA, l'indemnité journalière correspond, en cas d'incapacité totale de travail, à 80 % du gain assuré. Si l'incapacité de travail n'est que partielle, l'indemnité journalière est réduite en conséquence. En vertu de l'art. 15 LAA, les indemnités journalières et les rentes sont calculées d'après le gain assuré (al. 1). Est réputé gain assuré pour le calcul des indemnités journalières le dernier salaire que l'assuré a reçu avant l'accident (al. 2, 1ère phrase). Le Conseil fédéral édicte des prescriptions sur le gain assuré pris en considération dans des cas spéciaux, notamment lorsque l'assuré est occupé de manière irrégulière (al. 3, 2ème phrase let. d). Conformément à l'art. 23 al. 3 OLAA relatif au salaire déterminant pour l'indemnité

journalière dans des cas spéciaux, lorsque l'assuré n'exerce pas d'activité lucrative régulière ou lorsqu'il reçoit un salaire soumis à de fortes variations, il y a lieu de se fonder sur un salaire moyen équitable par jour. b. Selon la jurisprudence, le point de savoir si les conditions de l'art. 23 al. 3 OLAA, soit les critères de l'activité irrégulière et les fortes variations de salaire, sont réalisées doit être examiné au regard de l'activité effectivement exercée au

---

A/3368/2017 - 9/14 - moment de l'accident, le parcours professionnel antérieur de l'assuré n'étant pas déterminant. À cet égard, le fait que l'accident est survenu peu après la prise du travail n'y change rien (ATF 139 V 464 consid. 4.2 et 4.3 ; ATF 128 V 298 consid. 2b/bb). En d'autres termes, si l'assuré n'a pas travaillé ou seulement sporadiquement dans le passé, il n'y a pas lieu de conclure à une activité irrégulière au sens de l'art. 23 al. 3 OLAA. C'est l'activité effective au moment de la survenance de l'accident qui doit être irrégulière pour entraîner l'application de l'art. 23 al. 3 OLAA. Par ailleurs, la durée effective de l'engagement n'a pas une importance particulière pour calculer le gain assuré déterminant pour les indemnités journalières (ATF 139 V 464 consid. 4.4). Si les conditions de l'art. 23 al. 3 OLAA ne sont pas réalisées, le dernier salaire perçu avant l'accident dans les rapports de travail actuels est déterminant pour calculer l'indemnité journalière en vertu de l'art. 15 al. 2 LAA en liaison avec l'art. 22 al. 3 OLAA (ATF 139 V 464). c. La Commission ad hoc sinistres LAA (dans laquelle plusieurs assureurs LAA privés sont représentés) a été créée afin que les divers organismes appliquent la LAA de façon uniforme. Elle émet dans ce but des recommandations (cf.

[www.koordination.ch/fr/online-handbuch/uvg-ad-hoc/recommandations](http://www.koordination.ch/fr/online-handbuch/uvg-ad-hoc/recommandations) ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_465/2015 du 20 avril 2016 consid. 3.3). Les recommandations de ladite Commission ne sont ni des ordonnances administratives, ni des directives de l'autorité de surveillance aux organes d'exécution de la loi. Elles ne créent pas de nouvelles règles de droit. Même si elles ne sont pas dépourvues d'importance sous l'angle de l'égalité de traitement des assurés, elles ne lient pas le juge (ATF 139 V 457 consid. 4.2 ; ATF 134 V 277 consid. 3.5 et les références citées). Selon la recommandation n° 3/84 intitulée « salaire déterminant pour les personnes exerçant une activité irrégulière et pour les travailleurs temporaires », du 18 juillet 1984, révisée le 31 mars 2014, pour les personnes exerçant une activité lucrative irrégulière (par exemple les travailleurs à la tâche, les travailleurs occasionnels, les chauffeurs de taxi avec un revenu dépendant du chiffre d'affaires), on tient compte, dans la règle, pour fixer l'indemnité journalière, du salaire moyen réalisé pendant les trois derniers mois ; en cas de très fortes variations, la période de référence peut être étendue au maximum à 12 mois. En tant qu'elle prévoit, en règle générale, une période de référence portant sur les trois derniers mois de salaire et qu'elle n'étend cette période à douze mois qu'en cas de « très fortes variations » de salaire, la recommandation n° 3/84 pose des critères simples d'application permettant, dans la mesure du possible, d'assurer une égalité de traitement entre assurés. C'est pourquoi, bien qu'elle ne lie pas le juge, elle n'apparaît pas contraire à la loi, notamment dans la mesure où elle fait une distinction en fonction de l'importance de la variation de salaire. Il n'y a dès lors pas de raison de s'en écarter (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_465/2015 du 20 avril 2016 consid. 5.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_207/2010 du 31 mai 2010 consid. 3.3.1).

### **E. 6**

Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références). Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b ; ATF 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).

### **E. 7**

Dans le domaine des assurances sociales, la procédure est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (art. 61 let. c LPGA). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références; cf. ATF 130 I 183 consid. 3.2). Le devoir du juge de constater les faits pertinents ne dispense donc pas les parties de collaborer à l'administration des preuves en donnant des indications sur les faits de la cause ou en désignant des moyens de preuve (ATF 130 I 184 consid. 3.2 ; ATF 128 III 411 consid. 3.2). Autrement dit, si la maxime inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, elle ne les libère pas du fardeau de la preuve. En cas d'absence de preuve, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences (ATF 117 V 264 consid. 3), sauf si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à son adverse partie (ATF 124 V 375 consid. 3). Au demeurant, il n'existe pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).

### **E. 8**

En l'espèce, l'intimée ne remet pas en cause la qualité de travailleur du recourant au moment de l'accident assuré et ne conteste pas le droit de celui-ci au versement d'une indemnité journalière. En revanche, elle est d'avis que le dernier salaire reçu en mains propres avant l'accident, soit celui des mois d'avril et de mai 2016, ne peut être établi de façon fiable, vu les contradictions ressortant des différents documents versés au dossier, raison pour laquelle elle se réfère aux gains réalisés en 2015.

---

A/3368/2017 - 11/14 -

**E. 9**

a. La Cour de céans constate avec l'intimée qu'il y a lieu de s'interroger sur la valeur probante des différents documents établis par l'employeur, lesquels contiennent des divergences notables sur des points essentiels, en particulier sur le salaire convenu et sur les heures de travail effectuées par le recourant durant les mois d'avril et de mai 2016. b. Ainsi, le contrat de travail mentionne un salaire inférieur (CHF 26.- brut de l'heure) à celui indiqué sur la déclaration d'accident et sur les fiches de salaire (revenu horaire de CHF 28.- [+10.6% de vacances et jours fériés et 8.3% pour le 13ème salaire]). Il fait également référence au revenu de la classe de salaire C selon la Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse (CN), lequel n'était toutefois ni de CHF 26.- ni de CHF 28.- de l'heure en 2016. En outre, ledit contrat n'est pas daté et indique un taux d'occupation de 100% réparti sur deux jours et demi seulement (« Mardi, Mercredi après-midi, Jeudi »), ce qui n'est pas réaliste, ce d'autant moins que l'horaire hebdomadaire dans l'entreprise est de 45 heures par semaine selon l'annonce de sinistre et les fiches de salaire. Les décomptes de salaire relatifs aux mois d'avril et de mai 2016 n'apparaissent pas non plus fiables puisqu'ils font état de revenus bien supérieurs à ceux annoncés à la Caisse. En effet, les revenus bruts et nets se sont élevés, d'après lesdits décomptes, à CHF 6'646.34 et CHF 5'489.48 pour avril 2016, respectivement à CHF 6'343.63 et à CHF 5'239.05 pour mai 2016, alors que, sur les décomptes de la Caisse, figurent des montants de CHF 5'040.- et CHF 3'538.30 pour avril 2016, respectivement de CHF 5'239.05 et CHF 3'606.95 pour mai 2016. De plus, le nombre heures prétendument travaillées selon le décompte de salaire du mois de mai 2016 (171 heures) diverge tant de l'annonce effectuée à la Caisse (187.10 heures) que du rapport détaillé des heures travaillées (163.45 heures). Ce dernier document, signé par l'employeur, n'est pas plus convaincant puisqu'il mentionne une activité régulière de 9 heures par jour du lundi au vendredi, y compris les 5 et 16 mai 2016, jours qui correspondent à l'Ascension et à Pentecôte. Or, M. F\_\_\_\_\_ a admis que ses employés ne travaillaient « normalement » pas les jours fériés et il n'a en aucun cas confirmé, lors de son audition, que le recourant aurait été invité à travailler ces jours-là. Qui plus est, le témoin H\_\_\_\_\_ a déclaré que l'entreprise D\_\_\_\_\_ ne travaillait jamais durant les jours fériés et qu'il ne pensait pas que les sous-traitants auraient pu le faire en l'absence de l'entrepreneur principal. c. Ces documents ne permettent donc de confirmer ni le salaire annoncé dans la déclaration de sinistre, ni l'horaire effectué par le recourant durant les mois d'avril et de mai 2016.

---

A/3368/2017 - 12/14 -

**E. 10**

a. La Cour de céans a ouvert des enquêtes et cité les témoins que le recourant souhaitait faire entendre. b. Le témoignage de M. F\_\_\_\_\_, qui connaît le recourant de longue date, n'emporte pas sa conviction. Si le témoin a affirmé que le salaire convenu s'élevait à CHF 28.- de l'heure, il n'a livré aucune explication plausible au sujet des contradictions ressortant des différents documents qu'il a signés, se contentant d'imputer les diverses «

erreurs » à la secrétaire alors en fonction, dont il a déclaré ne pas se rappeler l'identité. Quant aux déclarations de MM. C\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_, elles ne permettent pas de confirmer la présence quotidienne du recourant sur le chantier durant les mois d'avril et de mai 2016. Le simple fait que des ouvriers de l'employeur sous-traitant étaient indispensables sur le chantier tous les jours de la période litigieuse ne suffit évidemment pas à prouver l'activité effective du recourant. Au contraire, les allégations du recourant, selon lesquelles il aurait travaillé quotidiennement en avril et en mai 2016 jusqu'à son accident, à l'exception des week-ends, sont fragilisées par le témoignage de M. H\_\_\_\_\_ qui a indiqué que l'entreprise D\_\_\_\_\_ ne travaillait jamais durant les jours fériés. Enfin, MM. I\_\_\_\_\_ et K\_\_\_\_\_ ne disposant d'aucune information concernant les revenus et les activités du recourant en 2016, leurs déclarations ne sont d'aucune utilité pour la solution du litige. c. Partant, les enquêtes n'ont pas permis de conforter les allégations du recourant quant au salaire qu'il aurait perçu de mains à mains au moment de l'accident.

## **E. 11**

a. La Cour de céans a procédé à une instruction complémentaire en vue d'établir le gain déterminant. b. À sa demande, la Caisse lui a fourni la liste des travailleurs de l'employeur de janvier à juillet 2016. Il en ressort que le revenu horaire de la plupart des ouvriers, rémunérés à l'heure et appartenant à la classe C (travailleurs de la construction sans connaissances professionnelles), était de CHF 25.85, soit le montant fixé par la Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse CN en 2016- 2018. Seuls quatre collaborateurs sur vingt-et-un ont reçu un revenu horaire supérieur à CHF 25.85 durant le premier semestre de 2016, dont seul le recourant figure parmi les employés encore déclarés pour le second trimestre de 2016, ce qui apparaît plutôt insolite. De plus, sur les vingt-et-un ouvriers de la classe C payés à l'heure entre janvier et juillet 2016, aucun collaborateur n'a perçu une rémunération stable durant plusieurs mois d'affilés, ce qui permet de déduire que l'employeur n'occupait pas ses travailleurs de façon régulière. On relèvera encore que, sans tenir compte de la situation du recourant, le revenu mensuel maximum déclaré par l'employeur, pour la catégorie d'employés concernés (payés à l'heure selon la classe de salaire C), s'est élevé à CHF 4'342.80 en

---

A/3368/2017 - 13/14 - avril 2016 et à CHF 4'136.- en mai 2016, soit des montants nettement inférieurs aux salaires déclarés par l'employeur pour le recourant (CHF 5'040.- pour avril 2016 et CHF 5'239.05 pour mai 2016). De plus, le salaire moyen versé s'est monté à CHF 2'587.- par travailleur (CHF 28'456.80 / 11 employés) pour avril 2016 et à CHF 2'717.95 pour mai 2016 (CHF 19'025.60 / 7 collaborateurs), ce qui évoque un horaire quotidien d'environ 5 heures (CHF 2'587.- [salaire moyen pour le mois d'avril 2016] / 21 [jours ouvrables en avril 2016] / CHF 25.85 [salaire de base habituel] = 4.8 ; CHF 2'717.95 [salaire moyen pour le mois de mai 2016] / 20 [jours ouvrables en mai 2016] / CHF 25.85 [salaire de base habituel] = 5.25). Il apparaît dès lors peu probable que le recourant ait travaillé 9 heures par jour durant 20 jours comme il le soutient. c. De surcroît, selon les informations transmises par la Caisse, l'employeur a déclaré le salaire du recourant pour le mois d'avril 2016 après l'accident du 26 mai 2016, alors qu'il avait déjà communiqué à la Caisse les données concernant tous ses autres collaborateurs. Quant au salaire du mois de mai 2016, il a été annoncé le 4 juillet 2017 seulement, soit plus d'une année après le sinistre et près de neuf mois après la dernière communication des salaires des autres employés pour

ce mois-ci. d. Tous ces éléments constituent des indices importants permettant de douter du bien-fondé des déclarations du recourant et de son employeur concernant non seulement le montant du salaire horaire convenu, mais également la régularité et l'ampleur de l'activité déployée par le recourant durant les mois d'avril et de mai 2016.

#### **E. 12**

La Cour de céans constate donc que les pièces produites dans le cadre de la présente procédure et les enquêtes n'ont pas permis de confirmer le salaire que le recourant allègue avoir reçu en mains propres avant son accident du 26 mai 2016. En revanche, elle considère comme établi, au degré de la vraisemblance prépondérante requis, que le recourant a déployé une activité irrégulière en 2016, tout comme il l'a fait en 2015 pour le compte du même employeur, étant rappelé que son salaire avait alors été soumis à de fortes variations (CHF 13'727.- de janvier à juin 2015 et CHF 10'480.- de septembre à décembre 2015 selon l'extrait de son compte individuel). On ne saurait donc fixer le revenu des mois d'avril et de mai 2016 sur la base du salaire horaire de CHF 25.85 et des horaires communiqués par le recourant.

#### **E. 13**

Dans ces conditions, l'intimée était fondée à s'écarter du revenu déclaré par l'employeur au moment du sinistre et à se référer aux salaires mentionnés dans le compte individuel du recourant pour l'année 2015. À toutes fins utiles, il sera observé que la référence aux gains réalisés sur toute l'année 2015, par opposition à ceux obtenus au cours des douze mois précédant le sinistre, est manifestement favorable au recourant puisqu'elle ne tient pas compte du premier trimestre 2016 durant lequel le recourant n'a pas travaillé, mais prend en considération les revenus réalisés au début de l'année 2015.

---

A/3368/2017 - 14/14 -

#### **E. 14**

Par conséquent, le gain assuré de CHF 24'207.- retenu par l'intimée ne prête pas le flanc à la critique. Au vu de ce qui précède, le recours est rejeté. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

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