

## GE\_GERICHTE A/1830/2018 vom 28. März 2019

GE Cour de justice, 2019-03-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_1830\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1830_2018)

FR: GE\_GERICHTE A/1830/2018 du 28 mars 2019

IT: GE\_GERICHTE A/1830/2018 del 28 marzo 2019

### Erwägungen

#### E. 3

ème Chambre En la cause Monsieur A\_\_\_\_\_, à CHEVENOZ, France, représenté par l'Association pour la permanence de défense des patients et des assurés (APAS) recourant contre GENERALI ASSURANCES GÉNÉRALES SA, sise avenue Perdtemps 23, NYON intimée EN FAIT 1. Monsieur A\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assuré), né en 1968, a été engagé par la société « B\_\_\_\_\_ Sàrl » en qualité de cuisinier à « C\_\_\_\_\_ », restaurant sis à Genève, à compter du 1<sup>er</sup> avril 2015. À ce titre, il était assuré contre le risque d'accidents, professionnels ou non, auprès de GENERALI ASSURANCES GENERALES SA (ci-après : l'assurance).!

2. Le 28 juillet 2015, l'assuré a été victime d'un accident de scooter. En a découlé une totale incapacité de travail jusqu'au 30 septembre 2017.!

3. Dans la déclaration de sinistre remplie le 19 août 2015, l'employeur de l'assuré a indiqué que le salaire horaire de l'intéressé, occupé de façon irrégulière pour une durée indéterminée, s'élevait à CHF 24.70. S'y ajoutaient l'indemnité pour les vacances et jours fériés (12.92%) et le 13<sup>ème</sup> salaire (8.33%).!

4. Le 24 août 2015, l'assuré a répondu à un questionnaire de l'assurance et mentionné n'avoir pas d'autre employeur que « B\_\_\_\_\_ Sàrl ». !

5. Le 5 septembre 2015, l'assurance a reçu de l'assuré les relevés de salaire suivants :!

- pour avril 2015, un décompte de « B\_\_\_\_\_ Sàrl » faisant état d'un salaire brut de CHF 2'704.65 (109.5 heures à CHF 24.70), correspondant à un total de CHF 3'054.10, compte tenu des indemnités pour jours fériés et vacances ;!

- pour juin 2015, un relevé de « B\_\_\_\_\_ Sàrl » mentionnant un revenu brut horaire de CHF 1'432.60 (58 heures à CHF 24.70), représentant une somme de CHF 1'617.65 avec les indemnités pour les jours fériés et les vacances ;!

- pour juin 2015 également, un décompte de D\_\_\_\_\_ SA » faisant état d'un salaire brut de CHF 2'346.50 pour un taux d'activité de 53.33% ; !

- pour juin 2015 toujours, un relevé de « E\_\_\_\_\_ Sàrl » attestant d'un salaire brut de CHF 1'370.85 (55.5 heures à CHF 24.70), correspondant à un montant de CHF 1'676.95 compte tenu du paiement des vacances, du 13<sup>ème</sup> salaire et des indemnités pour jours fériés ;!

- pour juillet 2015, un décompte de « B\_\_\_\_\_ Sàrl » mentionnant un salaire brut de CHF 4'631.25, soit un revenu de CHF 5'456.35 avec le 13<sup>ème</sup> salaire (CHF 825.10) et un revenu brut total de CHF 6'054.75 après ajout des indemnités pour jours fériés (CHF 105.15) et le paiement des vacances (CHF 493.25) ;!

- pour juillet 2015 encore, un relevé de D\_\_\_\_\_ SA » faisant état d'un revenu brut de CHF 440.- pour un taux d'activité de 10%, auquel s'ajoutait une indemnité de vacances de CHF 232.10, soit un total de CHF 672.10. !

6. L'assurance a fixé le gain assuré à CHF 42'906.- ([CHF 3'054.10 + CHF 1'617.65 + CHF 6'054.75] / 3 mois x 12 mois) et versé à l'intéressé une indemnité journalière de CHF 94.04 (CHF 42'906.- / 365 x 80%) dès le 31 juillet 2015.!

7. Le 27 avril 2017, l'assuré s'est entretenu avec un collaborateur de l'assurance. A cette occasion,

l'intéressé a contesté exercer une seconde activité professionnelle. 8. Par courriels des 16 et 23 juin 2017, une employée de l'assurance a informé l'assuré qu'elle avait repris la gestion de son dossier depuis peu. Elle lui a demandé des précisions quant au moment de l'événement accidentel et quant à ses engagements professionnels à l'époque. 9. Le jour même, l'assuré lui a indiqué qu'au moment de l'accident, il travaillait pour « B\_\_\_\_\_ Sàrl ». Le sinistre s'était produit alors qu'il se rendait au travail, non durant ses loisirs. L'assuré a par ailleurs transmis à l'assurance copie d'un courrier du 26 juin 2016 de D\_\_\_\_\_ SA » lui signifiant son congé pour le 3 juillet 2015. 10. Dans un courriel du 19 juillet 2017, l'assuré a expliqué à l'assurance qu'il n'avait pas travaillé en mai 2015. Il attendait en effet d'être appelé par « C\_\_\_\_\_ », mais il n'y avait pas beaucoup de travail à cette époque. Il avait donc vécu un mois sans salaire. 11. Lors d'un entretien téléphonique du 24 juillet 2017, la collaboratrice de l'assurance en charge du dossier a déclaré à l'assuré que le gain sur la base duquel avaient été calculées les indemnités journalières était visiblement erroné. Elle lui a précisé que si le gain assuré était revu à la baisse, une décision de remboursement serait rendue. Elle a ensuite proposé à l'assuré de lui verser des acomptes de CHF 2'000.- afin de compenser l'éventuel trop perçu, ce à quoi l'intéressé s'est opposé. 12. Selon l'extrait de compte individuel de l'assuré, ce dernier a travaillé pour différentes entreprises en 2014 et 2015 : - pour « F\_\_\_\_\_, », de janvier à décembre 2014 (CHF 10'017.-) et en janvier 2015 (CHF 400.-) ; - pour « G\_\_\_\_\_, Genève », d'octobre à décembre 2014 (CHF 1'907.-) ; - pour I\_\_\_\_\_, de février à mars 2015 (CHF 3'344.-) ; - pour « C\_\_\_\_\_ », d'avril à décembre 2015 (CHF 10'933.-) ; - pour « D\_\_\_\_\_ SA », de juin à juillet 2015 (CHF 3'019.-) ; - pour « H\_\_\_\_\_ » (soit la raison sociale « E\_\_\_\_\_ Sàrl »), en juin 2015 (CHF 1'676.-). 13. Le 28 août 2017, l'assuré a été reçu dans les locaux de l'assurance. À cette occasion, les différents emplois exercés de janvier 2014 à mars 2015 et énumérés dans son extrait de compte individuel ont été passés en revue afin de déterminer s'il avait travaillé plus de 8 heures par semaine pour ses différents employeurs. 14. L'assuré a notamment confirmé qu'il n'avait pas été appelé par « B\_\_\_\_\_ Sàrl » durant le mois de mai 2015 et qu'il avait été licencié par « D\_\_\_\_\_ SA » pour le 3 juillet 2015. L'assurance a exprimé l'avis que le montant de l'indemnité journalière avait été calculé de manière erronée : il n'avait pas été tenu compte du mois de mai 2015, au cours duquel l'assuré n'avait pas travaillé ; qui plus est, les indemnités pour jours fériés et vacances avaient été prises en considération à tort. Compte tenu de la forte variation des revenus, l'assurance était contrainte de corriger ses erreurs pour que les indemnités reflètent la réalité mais avait besoin de toutes les fiches de salaire de l'assuré pour ce faire. 14. Le 25 septembre 2017, l'assurance a rappelé à l'assuré qu'elle restait dans l'attente de plusieurs de ses contrats de travail et fiches de salaire. 15. En outre, il était invité à indiquer s'il avait bénéficié d'éventuelles prestations d'une assurance-accidents, maladie, chômage ou de toute autre institution entre juillet 2014 et juillet 2015. 15. Le 7 novembre 2017, l'assuré a répondu qu'il avait perçu des indemnités de chômage de J\_\_\_\_\_ Emploi (France) et réalisé des gains intermédiaires durant la période en question. 16. Il a communiqué à l'assurance : - des relevés de J\_\_\_\_\_ relatifs à sa situation entre juillet 2014 et avril 2015 ; - son contrat de travail avec « D\_\_\_\_\_ SA », dont il ressortait qu'il avait été engagé pour une durée indéterminée à compter du 15 juin 2015, pour un horaire de 42 heures par semaine et un salaire mensuel de CHF 4'400.- ; - son contrat de travail

avec « G \_\_\_\_\_, Genève », signé le 23 octobre 2014 pour une durée indéterminée à 40% (4 heures par jour) ; le salaire mensuel brut était fixé à CHF 1'907.- et comprenait une part de salaire fixe (CHF 1'760.-) et une part mensuelle du 13<sup>ème</sup> salaire (CHF 147.-) ;

des fiches de salaire établies par « F \_\_\_\_\_ Sàrl » pour les mois de juillet 2014 (salaire brut de CHF 1'076.25), août 2014 (CHF 1'793.80), septembre 2014 (CHF 496.75), octobre 2014 (CHF 386.35), novembre 2014 (CHF 317.40), décembre 2014 (CHF 1'393.65) et janvier 2015 (CHF 400.15) ;

des décomptes de salaire de « I \_\_\_\_\_ SA » des 19 février 2015 (salaire brut de CHF 246.50), 26 février 2015 (CHF 693.60), 5 mars 2015 (CHF 1'142.40), 12 mars 2015 (CHF 130.50), 19 mars 2015 (CHF 1'131.25).

16. Sur demande de l'assurance, I \_\_\_\_\_ lui a adressé les décomptes individuels de l'assuré, faisant mention, pour la période du 9 février au 5 avril 2015, d'un salaire soumis à l'AVS de CHF 3'344.25.

17. Par décision du 11 décembre 2017, l'assurance a réclamé à l'assuré la restitution des prestations dont elle a considéré qu'elles avaient été versées à tort du 31 juillet 2015 au 31 août 2017, soit un montant de CHF 23'622.61.

L'assurance a exposé avoir commis une erreur en tenant compte des indemnités pour vacances et jours fériés pour établir le gain annuel, d'une part, en omettant de prendre en considération les revenus effectifs réalisés durant toute la période d'engagement de quatre mois, d'autre part. Le gain assuré s'élevait en réalité à CHF 28'780.80 (CHF 2'704.65 + CHF 0.- + CHF 1'432.60 + CHF 5'456.35 - y compris la part du 13<sup>ème</sup> salaire -) / 4 x 12) et l'indemnité journalière à CHF 63.08 (CHF 28'780.80 / 365 x 80%). La comparaison entre les indemnités versées entre le 31 juillet 2015 et le 31 août 2017 (CHF 71'752.65 [763 jours à CHF 94.04]) et la somme réellement due (CHF 48'130.04 [763 jours à CHF 63.08]) faisait apparaître un trop-perçu de CHF 23'622.61. Dès lors, la rectification de la décision de prise en charge revêtait une importance notable. Le dossier de l'assuré avait été confié à un nouveau gestionnaire en juin 2017. C'était à ce moment-là que des informations complémentaires avaient été demandées sur les conditions de rémunération de l'intéressé et que le calcul du gain assuré avait été vérifié. La décision intervenait donc dans le délai d'un an à compter du moment où l'assurance devait, dans un deuxième temps, se rendre compte de son erreur en faisant preuve de toute l'attention requise. Sur le montant réclamé, de CHF 23'622.60, l'assurance a porté en compensation la somme de CHF 1'892.40 - correspondant aux indemnités journalières encore dues pour septembre 2017 (CHF 63.08 x 30). Elle s'est en outre réservé le droit de compenser le solde avec d'éventuelles prestations futures à verser en lien avec le sinistre assuré.

18. En date du 29 janvier 2018, l'assuré s'est opposé à cette décision et a réclamé à l'assurance le versement de CHF 41'059.53.

Il reprochait à l'assurance de ne pas avoir tenu compte des revenus réalisés auprès d'autres employeurs pendant la période concernée, soit entre avril et juillet 2015. Il rappelait n'avoir pas travaillé en mai 2015. Il faisait valoir que, dans la mesure où l'assurance avait retranché de son salaire les indemnités vacances pour annualiser son revenu, il fallait retenir le salaire d'avril à juin 2015 comme correspondant à trois et non quatre mois de salaire, puisque l'absence de rémunération au mois de mai 2015 était liée à la prise de jours de vacances. Selon lui, l'indemnité journalière devait être fixée à CHF 142.26.

19. Par décision du 26 avril 2018, l'assurance a rejeté l'opposition et retiré l'effet suspensif à un éventuel recours.

L'assurance a contesté que l'assuré ait travaillé pour plusieurs employeurs au moment de l'accident du 28 juillet 2015 : le contrat de travail avec la société « D \_\_\_\_\_ SA » avait été valablement résilié pour le 3 juillet 2015 et l'intéressé, qui avait déclaré que son contrat avec « E \_\_\_\_\_ Sàrl » avait pris fin le 30 juin 2015, n'avait pas produit de fiche

de salaire de cette entreprise pour la période postérieure à cette date. L'application de la disposition légale invoquée par l'assuré à l'appui de ses prétentions supposait qu'il ait été au service de plus d'un employeur au moment de l'accident, autrement dit qu'un contrat de travail ait existé à la date de l'accident. S'agissant du revenu déterminant, l'assurance a relevé que l'assuré avait été engagé comme cuisinier « extra » rémunéré à l'heure. Son salaire horaire de CHF 30.20 comprenait une indemnité de vacances de 10.65% (correspondant à 5 semaines), une indemnité de jours fériés de 2.27% (correspondant à 6 jours fériés annuels) et une indemnité de 8.33% (correspondant à la part du 13<sup>ème</sup> salaire). Les nouvelles allégations de l'assuré, qui soutenait désormais avoir été en vacances en mai 2015, étaient contredites par son courriel du 19 juillet 2017 et ses déclarations du 28 août 2017. Partant, il fallait rapporter le revenu effectif (déduction faite des indemnités pour les vacances et les jours fériés) à la période de quatre mois durant laquelle il avait été à la disposition de l'employeur et non à la seule période de trois mois pendant laquelle ses services avaient effectivement été requis. Cette absence de travail et de salaire pendant un mois était représentative du caractère irrégulier de la rémunération de l'assuré au service de cet employeur et devait être prise en compte pour fixer le salaire moyen équitable correspondant à sa situation. L'erreur manifeste commise par l'assurance justifiait une reconsidération au sens de l'art. 53 al. 2 LPGA, ainsi que la restitution des prestations versées à tort, soit CHF 23'622.60, dont à déduire la somme de CHF 1'892.40 déjà compensée. 20. Par acte du 28 mai 2018, l'assuré a interjeté recours contre cette décision en concluant, sous suite de frais et dépens, à son annulation, à ce que le montant de l'indemnité journalière soit fixé à CHF 142.26 et à ce que l'intimée soit condamnée à lui verser le solde des indemnités journalières dû, soit CHF 41'059.53 avec intérêts à 5% dès la date moyenne. !> Le recourant soutient que la jurisprudence citée par l'intimée n'est pas pertinente puisque son accident a eu lieu sur le chemin du travail ; il doit donc être considéré comme un accident professionnel, de sorte que l'assuré était couvert par l'assurance accident obligatoire de toute activité professionnelle, même exercée à temps partiel à moins de 8 heures par semaine. Le recourant ajoute qu'en sa qualité de travailleur sur appel, il a été employé de manière temporaire par différents employeurs pour des durées déterminées. Selon lui, l'intimée ne pouvait utiliser cette circonstance pour réduire le gain assuré. Par essence, il concluait des contrats de travail de manière irrégulière ; lorsqu'un engagement prenait fin, un nouveau contrat temporaire était conclu avec une autre entreprise, parfois avec quelques semaines de battement. D'ailleurs, dès qu'il avait récupéré sa capacité de travail, il avait conclu de nouveaux contrats de travail temporaires avec trois nouveaux employeurs et obtenu un salaire annuel bien supérieur à celui retenu par l'intimée, correspondant à celui réalisé avant l'accident. Le recourant fait valoir que la couverture d'assurance perdure 30 jours après la fin des rapports de travail. Le 28 juillet 2015, il était donc toujours couvert, puisqu'« D\_\_\_\_\_ SA » l'a licencié avec effet au 3 juillet 2015 et que les rapports de travail avec « E\_\_\_\_\_ Sàrl » ont pris fin le 30 juin 2015. Durant ces 30 jours, le montant du salaire qui était dû dans les relations de travail devait être pris en compte pour déterminer le gain assuré. Le gain assuré devait donc être établi en additionnant les salaires réalisés auprès des différents employeurs durant la période retenue par l'intimée, soit entre avril et juillet 2015. Enfin, le recourant argue que, s'agissant d'une personne travaillant sur appel, les vacances sont indemnisées au prorata des heures travaillées. Un travailleur sur appel prend donc ses vacances au moment où on ne lui propose pas de travail. Raisonner autrement reviendrait à nier la nature même du travail sur appel. Les montants des salaires bruts, sans indemnités pour vacances et jours fériés, entre

avril et juillet 2015, se sont élevés à CHF 16'226.45 (CHF 2'704.65 pour « C \_\_\_\_\_ » en avril 2015, CHF 1'432.60 pour « C \_\_\_\_\_ » en juin 2015, CHF 2'346.50 pour « D \_\_\_\_\_ SA » en juin 2015, CHF 1'499.85 pour « E \_\_\_\_\_ Sàrl » en juin 2015, CHF 5'456.35 pour « C \_\_\_\_\_ » en juillet 2015 et CHF 2'786.50 pour « D \_\_\_\_\_ SA » en juillet 2015). En mai 2015, il a pris des vacances. Ainsi, son salaire brut, hors indemnités de vacances, s'est élevé à CHF 16'226.45 durant les trois mois de travail, ce qui correspond à un revenu annualisé de CHF 64'905.80 (CHF 16'226.45 / 3 x 12) et à une indemnité journalière de CHF 142.26 (CHF 64'905.80 / 365 x 80%). Partant, la somme de CHF 112'812.18 (793 jours x CHF 142.26) lui est due pour la période du 31 juillet 2015 au 30 septembre 2017. Le solde se monte à CHF 41'059.53, après déduction du montant versé, de CHF 71'752.65. Si le mois de mai 2015 devait ne pas être retenu comme vacances, le salaire annuel serait alors de CHF 48'679.35 (CHF 16'226.45 / 4 x 12) et l'indemnité journalière de CHF 106.70, de sorte que le montant total serait de CHF 84'613.10 et qu'il devrait se voir reconnaître le droit au solde, de CHF 12'860.45. 21. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 11 juin 2018, a conclu au rejet du recours. L'intimée maintient que le recourant n'était au service que d'un seul employeur au moment de l'accident non professionnel survenu le 28 juillet 2015. Elle explique que c'est uniquement parce que le salaire réalisé par le recourant au service de « B \_\_\_\_\_ Sàrl » a été soumis à de fortes variations qu'elle ne s'est pas référée au montant reçu en dernier lieu avant l'accident, mais à la période de quatre mois précédant celui-ci pour fixer le salaire moyen équitable. L'intimée souligne que la question litigieuse ne concerne pas la couverture d'assurance, mais le calcul du gain assuré pour l'indemnité journalière, de sorte que l'argumentation du recourant quant à la couverture d'assurance prolongée ne lui est d'aucun secours. Il ressort selon elle clairement des premières déclarations du recourant que son absence de revenu durant le mois de mai 2015 était due au fait que l'employeur ne l'avait pas appelé, faute de travail à lui proposer. Enfin, contrairement à ce que prétend le recourant, les périodes de vacances pendant lesquelles le travailleur se repose et n'est pas disponible pour son employeur ne coïncident pas avec les périodes pendant lesquelles il est en attente d'être appelé pour fournir une prestation de travail. C'est donc à juste titre qu'elle a tenu compte du mois de mai 2015 sans revenu pour déterminer le salaire moyen équitable. 22. En date du 2 août 2018, le recourant a intégralement persisté dans ses conclusions. Il répète que, dès lors que son accident s'est produit alors qu'il était sur le trajet pour se rendre au travail, les gains de toutes ses activités professionnelles doivent être pris en compte dans le calcul du gain assuré. Le recourant produit une attestation non datée de l'employeur, dont il ressort que, ce jour-là, il était attendu à « C \_\_\_\_\_ » à 10h, mais n'a pu prendre son service, vu son accident, survenu à 9h15. EN DROIT 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. 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). 3. Plusieurs modifications apportées à la LAA et à l'ordonnance sur l'assurance accidents du 20 décembre 1982 (OLAA - RS 832.202) sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017. Sur le plan matériel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 129 V 1 consid. 1 ; ATF 127 V 467 consid. 1 et les références). En ce qui concerne en revanche la procédure, et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit s'applique sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b ; ATF 112 V 360 consid. 4a ; RAMA, 1998, KV 37, p. 316, consid. 3b). En l'occurrence, la détermination du gain assuré a eu lieu en 2015 et les indemnités journalières ont été versées dès le 31 juillet 2015, de sorte que les faits déterminants se sont produits avant l'entrée en vigueur des modifications évoquées. C'est donc au regard de la loi et de la jurisprudence applicables jusqu'au 31 décembre 2016 que le litige doit être tranché. 4. 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]). Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss LPA). 5. Le litige porte sur le montant du gain assuré déterminant pour le calcul de l'indemnité journalière. 6. a. L'assurance produit ses effets dès le jour où débute le rapport de travail ou dès que naît le droit au salaire, mais en tout cas dès le moment où le travailleur prend le chemin pour se rendre au travail (art. 3 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase LAA). Elle cesse de produire ses effets à l'expiration du trentième jour qui suit celui où a pris fin le droit au demi-salaire au moins (art. 3 al. 2 LAA). b. Les travailleurs occupés à temps partiel moins de huit heures par semaine ne sont pas assurés contre les accidents non professionnels, mais uniquement contre les accidents professionnels (art. 7 al. 2 et art. 8 al. 2 LAA en corrélation avec l'art. 13 al. 1 OLAA). Dans le système de l'assurance-accidents selon la LAA, les accidents dits « de trajet » sont considérés comme des accidents non professionnels. La loi prévoit une exception, précisément pour les travailleurs occupés à temps partiel dont la durée de travail n'atteint pas le minimum requis de huit heures par semaine. Les accidents qui se produisent sur le trajet que l'assuré doit emprunter pour se rendre au travail ou pour en revenir sont, pour ces travailleurs, réputés accidents professionnels (art. 7 al. 2 LAA et 13 al. 2 OLAA). Pour cette catégorie de travailleurs, la notion d'accident professionnel est donc plus étendue que pour les autres travailleurs (ATF 134 V 412 consid. 1). c. L'assuré totalement ou partiellement incapable de travailler (art. 6 LPGA) à la suite d'un accident a droit à une indemnité journalière (art. 16 al. 1 LAA). L'indemnité journalière correspond, en cas d'incapacité totale de travail, à 80 % du gain assuré (art. 17 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase LAA). 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 ; est déterminant pour le calcul des rentes le salaire que l'assuré a gagné durant l'année qui a précédé l'accident (art. 15 al. 2 LAA). 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 (art. 15 al. 3 in fine let. d LAA). 7. a. Conformément à la délégation de l'art. 15 al. 3 LAA, le Conseil fédéral a promulgué des dispositions sur la prise en considération du gain assuré dans des cas spéciaux, pour l'indemnité journalière (art. 23 OLAA) et pour les rentes (art. 24 OLAA). 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 (art. 23 al. 3 OLAA). Selon la

jurisprudence, le sens et le but de l'art. 23 al. 3 OLAA ne permettent ni de se fonder sur la durée probable de la relation de travail en cours au moment de l'accident, ni de déterminer le gain assuré au moyen des rapports de travail antérieurs à la relation de travail en question. En effet, l'objectif de cette norme spéciale est de protéger les assurés exerçant une activité irrégulière contre les conséquences inévitables qui peuvent découler dans certains cas de l'application de la règle du dernier salaire reçu avant l'accident. Ainsi, l'art. 23 al. 3 OLAA vise en particulier à éviter que le gain assuré, et donc les indemnités journalières, ne soient trop faibles, objectif qui résulte d'ailleurs aussi des termes « salaire équitable par jour » (ATF 139 V 464 consid. 4.1 et les références citées). Le point de savoir si les conditions de l'art. 23 al. 3 OLAA, à savoir 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 moment de l'accident, le parcours professionnel antérieur de l'assuré n'étant pas déterminant (ATF 139 V 464 consid. 4.2 et 4.3 ; ATF 128 V 298 consid. 2b/bb). 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). b. Si l'assuré était au service de plus d'un employeur avant l'accident, il y a lieu de se fonder sur le total des salaires (art. 23 al. 5 OLAA). Cette disposition a été modifiée et sa teneur est la suivante depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017 : « Si l'assuré était au service de plus d'un employeur avant l'accident, il y a lieu de se fonder sur le salaire provenant de l'ensemble des rapports de travail, que ceux-ci couvrent uniquement les accidents professionnels ou également les accidents non professionnels. Cette disposition s'applique également à l'assurance facultative ». 8. a. 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).!endif]>![if> 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. D'après la recommandation relative à l'application de la LAA et de l'OLAA n° 01/2017 « assureurs compétents en cas d'implication de plusieurs assureurs » du 24 mars 2017, la couverture prolongée a uniquement pour but de combler les lacunes en matière d'assurance-accidents, ce qui la rend subsidiaire à un nouveau contrat (n° 2.4.1.3). Si une nouvelle couverture LAA pour accidents professionnels et non professionnels s'acquiert à la suite d'un nouvel engagement professionnel ou d'une nouvelle prétention à un salaire, le droit à une indemnité journalière se calcule uniquement sur la base du gain obtenu dans cette nouvelle activité salariée. Le gain obtenu dans une activité antérieure, dont subsiste une prolongation de couverture selon l'art. 3 al. 2 LAA, n'est plus pris en considération (n° 6.1.4 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 84/03 du 8 mars 2004). b. Les recommandations de la Commission ad hoc sinistres LAA ne sont ni des ordonnances administratives, ni des directives de l'autorité de surveillance aux organes d'exécution de la loi. Elles ne créent pas de nouvelles règles de

droit. Même si elles ne sont pas dépourvues d'importance sous l'angle de l'égalité de traitement des assurés, elles ne lient pas le juge (ATF 139 V 457 consid. 4.2 ; ATF 134 V 277 consid. 3.5 et les références citées). 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). 9. 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). 10. Les explications d'un assuré sur le déroulement d'un fait allégué sont au bénéfice d'une présomption de vraisemblance. Il peut néanmoins arriver que les déclarations successives de l'intéressé soient contradictoires avec les premières. En pareilles circonstances, il convient de retenir la première affirmation, qui correspond généralement à celle que l'assuré a faite alors qu'il n'était pas encore conscient des conséquences juridiques qu'elle aurait, les nouvelles explications pouvant être, consciemment ou non, le produit de réflexions ultérieures (ATF 121 V 45 consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_662/2016 du 23 mai 2017 consid. 4.3). 11. a. En l'espèce, il n'est pas contesté que le recourant, engagé par « B \_\_\_\_\_ Sàrl » dès le 1<sup>er</sup> avril 2015 pour travailler sur appel, a exercé une activité irrégulière. Son salaire était soumis à de fortes fluctuations, comme en attestent ses décomptes de salaire des mois d'avril, juin et juillet 2015. Partant, l'application de l'art. 23 al. 3 OLAA ne prête pas le flanc à la critique et il convient de se fonder sur un salaire moyen équitable par jour. b. L'intimée a pris en considération les revenus réalisés auprès de « B \_\_\_\_\_ Sàrl » durant les quatre derniers mois, au lieu des trois derniers mois préconisés par la recommandation ad hoc. Il ne se justifie toutefois pas de s'écarter de cette solution, laquelle est plus représentative de la situation concrète du recourant, dès lors qu'elle tient compte de toute la période d'engagement auprès du dernier employeur. Au demeurant, on relèvera que cette solution est également plus avantageuse pour l'intéressé, puisque celui-ci n'a pas réalisé le moindre gain en mai 2015. En effet, la moyenne mensuelle de ses revenus (hors indemnités pour jours fériés et vacances) s'élève à CHF 2'398.40 pour les mois d'avril à juillet 2015 ((CHF 2'704.65 + CHF 0.- + CHF 1'432.60 + CHF 5'456.35) / 4), alors qu'elle ne serait que de CHF 2'296.30 si l'on se basait sur les seuls mois de mai à juillet 2015 ((CHF 0.- + CHF 1'432.60 + CHF 5'456.35) / 3). De surcroît, la Cour de céans souligne, à toutes fins

utiles, que cette moyenne mensuelle de CHF 2'398.40 est supérieure aux salaires moyens perçus par le recourant entre juillet 2014 et février 2015, lesquels ont oscillé entre CHF 400.15 (en janvier 2015) et CHF 2'029.30 (en décembre 2014 compte tenu des gains cumulés auprès de « F \_\_\_\_\_ » [CHF 1'393.65] et « G \_\_\_\_\_ » [revenu moyen de CHF 635.65 durant les mois d'octobre à décembre 2014]), et à peine inférieure au plus haut salaire obtenu (CHF 2'404.15 en mars 2015). Par conséquent, la prise en compte de ce revenu moyen apparaît parfaitement « équitable ». Enfin, les salaires perçus par le recourant dès octobre 2017 ne sont pas pertinents pour l'issue du litige.

12. a. Le recourant fait valoir que, parallèlement à son activité pour « B \_\_\_\_\_ Sàrl », il a également travaillé pour deux autres employeurs et perçu de leurs parts des salaires durant la période de référence. Il est d'avis que tous ces revenus doivent être pris en compte pour déterminer son gain assuré.

La Cour de céans constate cependant qu'au moment de l'accident, le recourant travaillait exclusivement pour « B \_\_\_\_\_ Sàrl ». Ses contrats de travail avec « D \_\_\_\_\_ SA » et « E \_\_\_\_\_ Sàrl » ont en effet pris fin le 3 juillet 2015, respectivement le 30 juin 2015, ce qui est admis par l'intéressé. Or, la ratio legis de l'art. 15 al. 2 LAA, en lien avec l'art. 23 al. 5 OLAA, permet de conclure que l'expression « avant » l'accident ne doit pas s'entendre comme une période, mais comme un moment donné. Si le travailleur a exercé plusieurs activités lucratives avant le sinistre, seules les activités pour lesquelles un salaire a été perçu ou pour lesquelles un droit au salaire existait immédiatement avant l'accident sont pertinentes pour la détermination du salaire total au sens de l'art. 23 al. 5 OLAA (cf. dans ce sens : arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 57/00 du 8 août 2001 ; arrêt UV.2001.00113 du 28 mars 2002 du canton de Zürich). En l'absence d'activités lucratives multiples au moment de l'accident, l'art. 23 al.5 OLAA n'est pas applicable. Les argumentations des parties relatives à cette disposition et à la jurisprudence fédérale y relative ne sont donc pas pertinentes.

b. Le recourant soutient ensuite que les salaires versés par « D \_\_\_\_\_ SA » et « E \_\_\_\_\_ Sàrl » doivent être pris en considération, car l'assurance n'a cessé de produire ses effets qu'à l'expiration du trentième jour suivant celui où a pris fin le droit au demi-salaire au moins, en application de l'art. 3 al. 2 LAA. La Cour de céans rappellera à cet égard que la couverture prolongée prévue par cette disposition vise uniquement à pallier aux lacunes en matière d'assurance-accidents et qu'elle est subsidiaire à celle découlant d'un contrat de travail en vigueur. Étant donné que le recourant bénéficiait d'une couverture LAA pour les accidents professionnels et non professionnels en vertu de son contrat de travail avec « B \_\_\_\_\_ Sàrl », le droit à l'indemnité journalière se calcule uniquement sur la base du gain obtenu dans cette activité lucrative. Les revenus engendrés par les deux activités antérieures ne peuvent être pris en considération dans le calcul des indemnités journalières.

c. Le recourant conteste la prise en considération d'un revenu de CHF 0.- pour le mois de mai 2015 et allègue avoir pris des vacances durant le mois précité. Le recourant a cependant clairement indiqué à l'intimée, par courriel du 19 juillet 2017, qu'il attendait d'être appelé par son employeur, mais qu'il n'y avait pas beaucoup de travail à cette période. Il a confirmé ces propos lors de l'entretien du 28 août 2017. Les nouvelles déclarations du recourant, selon lesquelles l'absence de gain en mai 2015 résulterait de la prise de vacances, sont donc en contradiction avec ses premières affirmations.

Conformément à la jurisprudence fédérale, il convient de s'en tenir à la première version du recourant.

d. Eu égard aux considérations qui précèdent, c'est donc à bon droit que l'intimée a fixé le gain assuré à CHF 28'780.80 ((CHF 2'704.65 + CHF 0.- + CHF 1'432.60 + CHF 5'456.35) / 4 x 12), sans tenir compte des revenus réalisés par le recourant en lien avec ses activités pour « D \_\_\_\_\_ SA » et « E \_\_\_\_\_ Sàrl ».

13. L'intimée a reporté sur une durée

de 365 jours le gain obtenu par le recourant durant les quatre derniers mois d'activité, après déduction des indemnités pour les vacances et les jours fériés. Ce mode de calcul, qui n'est d'ailleurs pas remis en cause par l'intéressé, n'est pas critiquable. Ainsi, le gain assuré fixé par l'intimée à CHF 28'780.80 et l'indemnité journalière arrêtée à CHF 63.08 (CHF 28'780.80 / 365 x 80%) peuvent être confirmés. Compte tenu de la différence entre les indemnités versées du 31 juillet 2015 au 31 août 2017 (CHF 71'752.65 [763 jours à CHF 94.04]) et celles qui auraient dû effectivement être versées (CHF 48'130.04 [763 jours à CHF 63.08]), les prestations indues s'élèvent à CHF 23'622.60. 14. Reste à examiner si les conditions d'une restitution de prestations sont réalisées. a. Selon l'art. 25 al. 1 LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées. La restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile. b. Selon la jurisprudence, cela implique que soient réunies les conditions d'une reconsidération (art. 53 al. 2 LPGA) ou d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGA) de la décision par laquelle les prestations ont été accordées (ATF 130 V 318 consid. 5.2). À cet égard, la jurisprudence constante distingue la révision d'une décision entrée en force formelle, à laquelle l'administration est tenue de procéder lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (ATF 122 V 19 consid. 3a ; ATF 122 V 134 consid. 2c ; ATF 122 V 169 consid. 4a; ATF 121 V 1 consid. 6), de la reconsidération d'une décision formellement passée en force de chose décidée sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à laquelle l'administration peut procéder pour autant que la décision soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (ATF 122 V 19 consid. 3a ; ATF 122 V 169 consid. 4a ; ATF 121 V 1 consid. 6). Une décision est sans nul doute erronée non seulement si elle a été rendue sur la base de normes fausses ou non pertinentes, mais encore lorsque les dispositions pertinentes n'ont pas été appliquées ou qu'elles l'ont été de manière erronée, ou encore lorsqu'elles ont été correctement appliquées sur la base d'une constatation erronée résultant de l'appréciation des faits. Pour des motifs de sécurité juridique, l'irrégularité doit être manifeste (« zweifellos unrichtig »), de manière à éviter que la reconsidération devienne un instrument autorisant sans autre limitation un nouvel examen des conditions à la base des prestations de longue durée. En particulier, les organes d'application ne sauraient procéder en tout temps à une nouvelle appréciation de la situation après un examen plus approfondi des faits. Ainsi, une inexactitude manifeste ne saurait être admise lorsque l'octroi de la prestation dépend de conditions matérielles dont l'examen suppose un pouvoir d'appréciation, quant à certains de leurs aspects ou de leurs éléments, et que la décision initiale paraît admissible compte tenu de la situation antérieure de fait et de droit. S'il subsiste des doutes raisonnables sur le caractère erroné de la décision initiale, les conditions de la reconsidération ne sont pas réalisées (arrêts du Tribunal fédéral 9C\_71/2008 du 14 mars 2008 consid. 2 et 9C\_575/2007 du 18 octobre 2007 consid. 2.2). Pour qu'une décision soit qualifiée de manifestation erronée, il ne suffit donc pas que l'administration ou le juge, en réexaminant l'une ou l'autre des conditions du droit aux prestations d'assurance, procède simplement à une appréciation différente de celle qui avait été effectuée à l'époque et qui était, en soi, soutenable. L'appréciation inexacte doit être, bien plutôt, la conséquence de l'ignorance ou de l'absence de preuves de faits essentiels (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_693/2007 du 2 juillet 2008 consid. 5.3). En règle générale, l'octroi illégal de prestations est réputé sans nul doute erroné (ATF 126 V 399 consid. 2b/bb et les références citées). Conformément à ce qui vient d'être dit, cette règle doit toutefois être relativisée quand le motif de reconsidération réside dans les conditions matérielles du

droit à la prestation, dont la fixation nécessite certaines démarches et éléments d'appréciation (évaluations, appréciations de preuves, questions en rapport avec ce qui peut être raisonnablement exigé de l'assuré). Si, par rapport à la situation de fait et de droit existant au moment de la décision entrée en force d'octroi de la prestation (ATF 125 V 383 consid. 3 et les références citées), le prononcé sur les conditions du droit apparaît soutenable, on ne saurait dans ce cas admettre le caractère sans nul doute erroné de la décision (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_215/2007 du 2 juillet 2007 consid. 3.2). Selon la jurisprudence, une somme de CHF 706.- est considérée comme suffisamment importante (DTA 2000 n° 40 p. 208 ; arrêt du Tribunal fédéral C.11/05 du 16 août 2005 consid. 5.2). Les principes contenus à l'art. 53 LPGA sont aussi applicables lorsque des prestations ont été accordées sans avoir fait l'objet d'une décision formelle et que leur versement, néanmoins, a acquis force de chose décidée (ATF 126 V 23 consid. 4b et les arrêts cités).

15. a. Conformément à l'art. 25 al. 2 LPGA, le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant.!

b. Les délais de l'art. 25 al. 2 LPGA sont des délais (relatif et absolu) de péremption, qui doivent être examinés d'office (ATF 133 V 579 consid. 4 ; ATF 128 V 10 consid. 1). Contrairement à la prescription, la péremption prévue à l'art. 25 al. 2 LPGA ne peut être ni suspendue ni interrompue et lorsque s'accomplit l'acte conservatoire que prescrit la loi, comme la prise d'une décision, le délai se trouve sauvegardé une fois pour toutes (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 271/04 du 21 mars 2006 consid. 2.5). Le délai de péremption relatif d'une année commence à courir dès le moment où l'administration aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restituer, en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle (ATF 122 V 270 consid. 5a). L'administration doit disposer de tous les éléments qui sont décisifs dans le cas concret et dont la connaissance fonde - quant à son principe et à son étendue - la créance en restitution à l'encontre de la personne tenue à restitution (ATF 111 V 14 consid. 3). Lorsque la restitution est imputable à une faute de l'administration, on ne saurait considérer comme point de départ du délai le moment où la faute a été commise, mais bien celui auquel l'administration aurait dû, dans un deuxième temps (par exemple à l'occasion d'un contrôle comptable), se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise (ATF 124 V 380 consid. 1 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 80/05 du 3 février 2006). Le délai de péremption d'une année commence à courir dans tous les cas aussitôt qu'il s'avère que les prestations en question étaient indues (ATF 133 V 579 consid. 5.1). Cette jurisprudence vise un double but, à savoir obliger l'administration à faire preuve de diligence, d'une part, et protéger l'assuré au cas où celle-ci manquerait à ce devoir de diligence, d'autre part (ATF 124 V 380 consid. 1).

16. En l'occurrence, le paiement au recourant des indemnités journalières à hauteur de CHF 94.04 durant les mois de juillet 2015 à août 2017 résulte manifestement d'une erreur de l'intimée, laquelle n'a pas correctement déterminé le gain déterminant. En effet, puisque les gains réalisés par le recourant durant la période de référence ont été reportés sur une durée de 365 jours, il convenait de déduire les indemnités pour vacances et jours fériés. De plus, l'intimée a omis de prendre en compte l'absence de tout gain au mois de mai 2015, absence qui résulte du fait que le recourant n'a pas été appelé par son employeur. Ces irrégularités sont manifestes et le calcul initial de l'indemnité journalière n'est pas soutenable. La rectification des décisions (matérielles) d'octroi de ces prestations revêt incontestablement

une importance notable au vu des montants des prestations versées à tort (CHF 23'622.61). S'agissant des délais de péremption, aucun élément du dossier ne laisse supposer que l'intimée se serait aperçue de son erreur avant juin 2017, mois au cours duquel la gestion du dossier du recourant a été confiée à une nouvelle collaboratrice de l'intimée. En réclamant au recourant, par décision du 11 décembre 2017, la restitution d'un montant de CHF 23'622.60, l'intimée a donc agi en temps utile, respectant le délai relatif d'une année et le délai absolu de cinq ans après le versement des prestations indues. La décision de restitution doit en conséquence être confirmée. 17. Il sera enfin relevé à l'attention du recourant que, dans la mesure où la demande de remise ne peut être traitée sur le fond que si la décision de restitution est entrée en force, la remise et son étendue font l'objet d'une procédure distincte (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_589/2016 du 26 avril 2017 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_130/2008 du 11 juillet 2008 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_602/2007 du 13 décembre 2007 consid. 3). Il lui appartiendra donc de solliciter une telle remise dans le délai de 30 jours dès l'entrée en force du présent arrêt, s'il estime remplir les conditions de la bonne foi et de situation financière difficile. 18. 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.