RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2896/2021 **ATAS/630/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 30 juin 2022

3ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à CAROUGE, représenté par le Syndicat interprofessionnel des travailleuses & travailleurs (SIT)

recourant

contre

CAISSE NATIONALE SUISSE D'ASSURANCE EN CAS D'ACCIDENTS, sise Fluhmattstrasse 1, LUCERNE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Didier ELSIG

intimée

Siégeant : Karine STECK, Présidente; Michael BIOT et Claudiane CORTHAY, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré), né en 1981, a effectué des travaux de jardinage pour le compte de Monsieur B_____, du samedi 15 au samedi 22 juillet 2017. À ce titre, il était assuré contre le risque d'accident, professionnel ou non, auprès de la CAISSE NATIONALE SUISSE D'ASSURANCE EN CAS D'ACCIDENTS (ci-après : la SUVA).

b. Le 1er avril 2019, par l'intermédiaire du syndicat SIT, l'assuré a annoncé à la SUVA que, le 15 juillet 2017, occupé à élaguer des arbres dans une propriété privée, il était tombé d'une échelle, ce qui lui avait causé des douleurs au niveau du dos, de la jambe et du pied gauche. Il avait été opéré du pied gauche et se trouvait en arrêt de travail depuis lors.

La tardiveté de sa déclaration d'accident résultait du fait que deux employeurs se rejetaient la responsabilité de sa prise en charge, soit C_____, propriétaire de la résidence dans laquelle il avait travaillé, et B_____, titulaire d'une entreprise individuelle (désormais radiée du registre du commerce), qui avait réalisé des travaux de second-œuvre dans la même propriété. Une procédure prud'homale était en cours à l'encontre des prénommés.

À sa déclaration, l'assuré a notamment joint :

- un avis de sortie du département de chirurgie des Hôpitaux universitaires de Genève (HUG), dont il ressort qu'il y a été opéré d'une fracture du calcanéum gauche le 23 juillet 2017 ;
- divers certificats d'« arrêt de travail pour accident » émanant du département de chirurgie des HUG, valables du 23 juillet 2017 au 31 mars 2019.

c. Les 8 septembre 2020 et 13 janvier 2021, l'assuré a invité la SUVA à lui verser une avance sur les prestations à venir, compte tenu du fait qu'il demeurait incapable de travailler et que le Tribunal des Prud'hommes n'avait toujours pas statué sur sa cause. Par ailleurs, il a précisé avoir déposé une demande de prestations auprès de l'assurance-invalidité.

d. Le 2 mars 2021, la SUVA a répondu qu'elle ne pourrait se prononcer sur le droit à des prestations ou verser des avances, tant que la question des rapports de travail n'aurait pas été réglée par le Tribunal des Prud'hommes.

e. L'assuré a transmis à la SUVA la copie d'un jugement rendu le 15 mars 2021 par le Tribunal des Prud'hommes de Genève, dans le cadre de la procédure qu'il avait engagée contre M. B_____ : ce dernier avait été condamné à lui verser les sommes de CHF 2'507.70 et CHF 105.- avec intérêts moratoires à 5% dès le 1er août 2017, sous déduction d'un montant (net) de CHF 1'100.-. En substance, le Tribunal des Prud'hommes avait retenu que les rapports de travail entre l'assuré et M. B_____ avaient duré du samedi 15 juillet au samedi 22 juillet 2017, jour de l'accident. Les horaires de travail allégués par le demandeur (10 heures par jour)

n'avaient pas été remis en cause dans le cadre de la procédure. Compte tenu des minima salariaux prévus par la Convention collective de travail (CCT) du secteur des parcs et jardins applicable, l'assuré pouvait prétendre un salaire brut de CHF 1'204.50 pour son travail du lundi 18 au vendredi 21 juillet 2017, auquel s'ajoutaient CHF 421.55 brut pour le travail des deux samedis et CHF 481.80 pour le travail du dimanche, soit un total de CHF 2'107.85, dont à déduire 1'100.- qu'il avait déjà reçus. L'assuré pouvait également prétendre le versement de CHF 224.25 brut à titre de salaire afférent au vacances (10.64% x CHF 2'107.85), CHF 175.60 brut à titre de treizième salaire (8.33% x CHF 2'107.85) et CHF 105.- à titre d'indemnités de repas.

f. Par pli du 7 mai 2021, la SUVA a accepté de prendre en charge les suites de l'accident du 22 juillet 2017. Pendant son incapacité de travail, l'assuré avait droit à une indemnité de CHF 126.45 par jour, dont le montant avait été arrêté sur la base de la CCT du secteur des parcs et jardins, des pépinières et de l'arboriculture du canton de Genève (ci-après : la CCT-PJ), en tenant compte d'un salaire horaire de CHF 24.09, d'un horaire annuel de 2'210 heures et du 13ème salaire.

g. Par pli du 7 juin 2021, l'assuré a invité la SUVA à fixer l'indemnité journalière à CHF 149.37 au moins, arguant qu'il avait travaillé également pendant les week-ends, soit plus de 42.5 heures par semaine.

B. **a.** Par décision formelle du 23 juin 2021, la SUVA a fixé l'indemnité journalière à CHF 126.45, sur la base d'un gain annuel déterminant de CHF 57'673.70, conformément au calcul figurant dans son courrier du 7 mai 2021.

b. Par courrier du 27 juillet 2021, l'assuré s'est opposé à cette décision en demandant l'augmentation du montant de l'indemnité journalière à CHF 241.27 par jour, subsidiairement à CHF 172.35 par jour, plus subsidiairement encore, à CHF 164.20 par jour, sur la base d'un salaire horaire de CHF 33.90 brut et de 9.87 heures de travail par jour, 7 jours par semaine et 47 semaines par année.

c. Par décision du 20 août 2021, la SUVA a rejeté l'opposition. S'il ressortait effectivement du jugement du Tribunal des Prud'hommes que, pendant les 8 jours écoulés entre le début de son activité et la survenance de l'accident, l'assuré avait travaillé tous les jours, cette seule constatation ne suffisait pas à déterminer le salaire perçu avant l'accident. Comme cela ressortait du jugement, il était établi que l'aide que devait apporter l'assuré à M. C_____ pour effectuer des travaux de jardinage devait se limiter au 27 juillet 2017, raison pour laquelle on ne pouvait admettre que l'assuré aurait été lié par un contrat de travail en vertu duquel il aurait dû travailler 7/7 jours, autrement dit 365 jours par année, à raison de 10 heures par jour. Comme il était impossible de déterminer avec exactitude les termes du contrat de travail liant l'assuré à M. B_____, il convenait de se fonder – à l'instar de ce qu'avait fait le Tribunal des Prud'hommes – sur la CCT-PJ. Or, en vertu de cette convention collective, l'horaire de travail annuel était de 2'210 heures, chiffre qui tenait déjà compte du fait que les métiers du secteur du

jardinage / paysagisme étaient sujets à des variations saisonnières de la charge de travail. Il apparaissait très vraisemblable que le salaire perçu en dernier lieu avant l'accident correspondait à un horaire de travail de 2'210 heures par année. Partant, c'était à bon droit que la SUVA avait fixé le montant de l'indemnité journalière à CHF 126.45 ([CHF 57'673.70/365]x80%), sur la base de la CCT-PJ, en tenant compte d'un salaire horaire de CHF 24.09, d'un horaire annuel moyen de 2'210 heures et du treizième salaire (8.33%), ce qui conduisait à un gain annuel déterminant pour l'indemnité journalière de CHF 57'673.70 (CHF 52'238.90 [salaire horaire annualisé] + CHF 4'434.80 [treizième salaire] = CHF 57'673.70).

C. **a.** Le 2 septembre 2021, l'assuré a interjeté recours auprès de la Cour de céans en concluant, sous suite de dépens, à ce que l'indemnité journalière soit fixée à CHF 241.27 (subsidiairement à CHF 172.35) et à la condamnation de l'intimée au versement du solde dû, avec intérêts à 5% l'an et sous déduction de l'impôt à la source.

Le recourant soutient que rien ne permet de retenir que son salaire aurait diminué pour atteindre un horaire annuel de 2'210 heures, tel que prévu par la CCT-PJ. Il conteste l'affirmation de la SUVA selon laquelle son travail était prévu pour une durée limitée, soit jusqu'au 27 juillet 2017. Selon lui, il s'agit seulement d'une supposition reposant sur les dires du propriétaire de la parcelle où il a travaillé. Il soutient qu'au contraire, il était fort probable que son employeur lui aurait fourni davantage de travail, puisqu'il était très occupé sur un chantier. Le recourant ajoute qu'il convient de se fonder sur le salaire effectivement perçu avant l'accident, ce qui devrait conduire à fixer le montant de l'indemnité journalière à CHF 241.27 (9.87 heures x 7 jours x 47 semaines x CHF 33.90 x 80% / 365 jours).

À titre subsidiaire, le recourant sollicite que l'indemnité journalière soit fixée à CHF 172.35 par jour, arguant qu'il est « tout à fait plausible [qu'il] eût travaillé 5 jours par semaine », à raison d'environ 10 heures par jour, comme cela a été le cas immédiatement avant l'accident (9.87 heures x 5 jours x 47 semaines x CHF 33.90 x 80% / 365 = 172.35).

Plus subsidiairement, il réclame que l'indemnité journalière soit fixée à CHF 164.20 par jour, sur la base d'un horaire annuel de travail de 2'210 heures et d'un salaire horaire moyen de CHF 33.90, affirmant qu'« il serait inadmissible […] de se fonder sur le salaire minimum de la CCT applicable, en niant le travail accompli […] le week-end, qui justifie un salaire plus élevé ». Il ajoute qu'il convient, en sus, de tenir compte dans le calcul du gain assuré d'une somme de CHF 105.- qu'il a perçue à titre d'indemnité de repas.

b. Dans sa réponse, l'intimée a conclu au rejet du recours.

Elle maintient qu'il convient de se référer à la CCT-PJ et qu'il n'est pas possible d'établir si l'employeur du recourant lui aurait fourni d'autres tâches à l'avenir,

puisque les termes du contrat de travail n'ont pas pu être déterminés avec exactitude.

Contrairement à ce qu'il soutient, on ne peut retenir que le recourant aurait travaillé tous les jours, à raison de 9.87 heures par jour et de 47 semaines par année, ce qui aurait alors impliqué 3'250 heures de travail annuelles, respectivement 67.7 heures hebdomadaires, alors que la CCT-PJ prescrit une durée hebdomadaire du travail maximale de 45 heures.

En outre, l'horaire de 2'210 heures correspond à une moyenne annuelle que les entreprises doivent respecter, de sorte qu'il n'est pas incompatible avec la CCT-PJ que le recourant ait travaillé durant 8 jours d'affilée, ce d'autant que le domaine du paysagisme est particulièrement sujet aux variations saisonnières de la charge de travail. Il apparaît ainsi hautement vraisemblable que le salaire perçu en dernier lieu avant l'accident soit fondé sur un horaire annuel de travail de 2'210 heures.

En conséquence, c'est à bon droit que la SUVA a fixé l'indemnité journalière à CHF 126.45, conformément au jugement du Tribunal des prud'hommes et aux dispositions de la CCT-PJ.

Quant aux montants de CHF 172.35 et de CHF 105.- que le recourant fait valoir à titre subsidiaire pour chiffrer l'indemnité journalière, ils sont également injustifiés, puisque le salaire horaire invoqué de CHF 33.90 repose sur un raisonnement irréaliste et qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de l'indemnité de repas dans le salaire déterminant pour le calcul du gain assuré.

c. Dans sa réplique, le recourant a persisté dans ses conclusions.

Il soutient que le calcul de l'indemnité journalière n'a pas à tenir compte des maxima prévus par la CCT-PJ, partant, de considérations relevant du droit du travail. Le principe de l'égalité de traitement postule qu'un assuré ayant assumé une charge de travail importante soit indemnisé en conséquence.

Quant à l'objection selon laquelle un salaire horaire de CHF 33.90 serait irréaliste, il réitère qu'il l'a calculé sur la base du jugement du Tribunal des Prud'hommes (CHF 2'507.70 / 74 heures = CHF 33.90) et que ce chiffre tient compte du fait que le travail effectué le week-end est mieux rémunéré.

Le recourant maintient que la somme de CHF 105.- constitue du salaire déterminant et précise qu'il demeure totalement incapable de travailler.

d. Dans sa duplique, l'intimée a également persisté dans ses conclusions.

Elle relève que le recourant ne contestant pas l'application de la CCT-PJ dans son cas, son grief relatif aux considérations relevant du droit du travail est dénué de pertinence.

Par ailleurs, si le recourant a été payé CHF 2'107.85 pour un travail accompli entre le 18 et le 21 juillet 2017, cela ne signifie pas pour autant qu'il aurait conservé le même rythme de travail pendant une année entière. Si tel avait été le

cas, son horaire hebdomadaire de travail aurait été de 67.7 heures, chiffre incompatible avec la CCT-PJ et impossible à maintenir sur la durée.

Enfin, l'intimée persiste à considérer que l'indemnité de CHF 105.- correspond à un « dédommagement pour frais généraux », qui ne fait pas partie du salaire déterminant.

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. La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, est applicable (art. 1 al. 1 LAA).

3. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 60 al. 1 LPGA ; art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

4. Le litige porte uniquement sur le montant de l'indemnité journalière due au recourant pour son incapacité totale de travail, indemnité dont l'intimée a fixé le montant à CHF 126.45.

5.

5.1 Selon l'art. 17 al. 1 LAA, l'indemnité journalière correspond, en cas d'incapacité totale de travail (art. 6 LPGA), à 80% du gain assuré. Si l'incapacité de travail n'est que partielle, l'indemnité journalière est réduite en conséquence.

5.2 Selon l'art. 15 al. 1 LAA, les indemnités journalières et les rentes sont calculées d'après le gain assuré. Les bases de calcul dans le temps du gain assuré sont différentes pour l'indemnité journalière et pour la rente (art. 15 al. 2 LAA). Est réputé gain assuré pour le calcul des indemnités journalières le dernier salaire que l'assuré a reçu avant l'accident (art. 15 al. 2, première phrase, LAA), y compris les éléments de salaire non encore perçus et auxquels il a droit (art. 22 al. 3 OLAA [RS 832.202]).

Sous réserve de certaines dérogations énumérées dans l'ordonnance qui ne concernent pas le cas particulier, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS (art. 22 al. 2 OLAA). Selon l'art. 5 al. 2 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS – RS 831.10), le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail

dépendant fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail. Selon l'art. 7 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS - RS 831.101), le salaire déterminant comprend notamment le salaire au temps, aux pièces (à la tâche) et à la prime, y compris les indemnités pour les heures supplémentaires, le travail de nuit et en remplacement (let. a) et les prestations en nature ayant un caractère régulier (let. f).

Le « dernier salaire perçu » est en général le salaire mensuel, hebdomadaire ou horaire. Celui-ci est converti en une année complète et divisé par 365 (art. 17 al. 3 LAA en relation avec l'art. 25 al. 1 OLAA et l'annexe 2 OLAA ; ATF 128 V 298 consid. 2a p. 299 s. ; ATF 139 V 464 consid. 2.2). La conversion en une année intervient également lorsque la personne assurée n'a exercé une activité lucrative que pendant une courte période avant l'accident (ALFRED MAURER, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 2ème éd. 1989, p. 325).

En présence d'un salaire horaire, pour calculer le gain assuré, il s'agit de multiplier le salaire horaire par le nombre d'heures de travail hebdomadaires (en principe 42 heures), puis par 52 semaines et d'y ajouter le 13ème salaire, ainsi que les éventuelles allocations familiales. Les indemnités pour vacances et jours fériés ne doivent pas être ajoutées. Elles sont comprises dans le salaire annuel, puisque le salaire hebdomadaire est multiplié par 52 semaines. Sinon, il faudrait tenir compte de 49 semaines, voire moins, selon le nombre de semaines de vacances octroyé par l'employeur (cf. arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 52/99 et U 53/99 du 10 novembre 1999 ; arrêt U 220/01 du 29 mai 2002 consid. 4c/cc).

5.3 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). Ces dispositions ont pour but d'atténuer la rigueur de la règle du dernier salaire reçu avant l'accident, lorsque cette règle pourrait conduire à des résultats inéquitables ou insatisfaisants (JEAN-MAURICE FRÉSARD/MARGIT MOSER-SZELESS, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2 ème éd. 2007, n° 129 p. 885).

Selon l'art. 23 al. 3 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.

5.4 Lorsqu'un accident survient dans le cadre d'un rapport de travail d'assez longue date, il n'existe pas de difficultés particulières pour déterminer si le salaire d'un assuré est soumis à de fortes variations au sens de l'art. 23 al. 3 OLAA. Il suffit de se référer aux revenus réalisés au cours des mois précédents. Cette

possibilité d'effectuer un examen rétrospectif tombe toutefois, lorsque des salaires n'ont pas encore été versés au moment de l'accident, ce qui est notamment le cas en présence de rapports de travail récents. Toutefois, ni la brièveté du contrat, ni le fait qu'aucun salaire n'ait été versé au jour de l'accident n'excluent l'application de l'art. 23 al. 3 OLAA : qu'un accident survienne après plusieurs années ou peu de temps après le début d'une relation de travail relève du hasard, élément dépourvu de pertinence au regard du but poursuivi par cette norme (arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 428/99 du 17 janvier 2001 consid. 3c/bb).

Le Tribunal fédéral a précisé que 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 inéquitables 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). On précisera cependant que l'art. 23 al. 3 OLAA peut également s'appliquer au détriment de l'assuré, en ce sens que celui-ci ne saurait tirer profit du fait d'avoir réalisé au moment de l'accident, par hasard, un revenu provisoirement plus élevé (cf. arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 152/04 du 20 septembre 2005 consid. 2.4.3 ; cf. ég. André-Pierre HOLZER, Der versicherte Verdienst in der obligatorischen Unfallversicherung, in RSAS 2010, p. 217). Il importe en outre de souligner que le fait d'examiner les conséquences d'un accord salarial en vigueur ne contrevient pas au principe selon lequel sont déterminantes les circonstances au moment de l'accident (cf. arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 428/99 du 17 janvier 2001 consid. 3c/bb), comme l'illustre notamment l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 70 du 7 décembre 1988 (publié in RAMA 1989, p. 213), dans lequel le montant des indemnités journalières dues à un joueur de hockey, accidenté en début de championnat, avait été fixé sur la base d'un salaire moyen équitable par jour, soit en tenant compte notamment d'une prime de CHF 10'000.- qui était contractuellement prévue et que l'intéressé aurait vraisemblablement touchée en cours de championnat sans son accident.

6.

6.1 Selon son préambule, la CCT-PJ s’applique notamment aux employeurs et travailleurs des entreprises exécutant, à titre principal, des travaux de parcs et jardins (création et entretien) ou d’arboriculture.

À teneur de l’art. 8 al. 2 let. c CCT-PJ, en relation avec le « protocole d’accord relatif aux adaptations des salaires » dès 2015, le salaire horaire minimal brut pour un aide-jardinier lors de sa première année s’élevait, en 2017, à CHF 24.09.

Selon l'art. 1 CCT-PJ, l'horaire de travail annuel est de 2 210 heures (52 semaines à 42.5 heures). Il est établi chaque année par la Commission paritaire professionnelle. La durée hebdomadaire du travail est de :

- 37.5 heures en janvier et février ;
- 45 heures de mars à septembre ;
- 40 heures d'octobre à décembre.

Selon l'art. 2 CCT-PJ, les entreprises qui établissent un horaire particulier devront respecter la moyenne de 42.5 heures par semaine prises dans l'année (2 210 heures par an). Les horaires particuliers seront déposés auprès de la commission paritaire pour le 1er mars au plus tard. En tout état de cause, l'horaire hebdomadaire établi devra être :

- fixé entre 37.5 heures et 42.5 heures en janvier et février ;
- égal ou inférieur à 49 heures de mars à octobre, y compris les samedis en période de plantations ;
- fixé entre 39 heures et 42.5 heures en novembre et décembre.

Selon l'art. 10 CCT-PJ, intitulé « heures supplémentaires », le travail du samedi ainsi que tous les travaux exécutés en plus du total annuel de 2'210 heures (excepté le travail du samedi matin en période de plantations) donne lieu à une majoration de 25%, tandis que les travaux du dimanche et des jours fériés donnent droit à une majoration de 100%.

Enfin, à teneur de l'art. 13 CCT-PJ, dans la zone urbaine (zone 11-12 des TPG), l'employé mangeant sur le chantier ou à l'établissement, ou dans les environs immédiats, reçoit une indemnité de repas de CHF 15.- par jour.

6.2 Selon l'art. 9 al. 1 LTr, la durée maximale de la semaine de travail est de 45 heures pour les travailleurs occupés dans les entreprises industrielles ainsi que pour le personnel de bureau, le personnel technique et les autres employés, y compris le personnel de vente des grandes entreprises de commerce de détail (let. a) et de 50 heures pour tous les autres travailleurs (let. b).

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).

8. En l'espèce, la SUVA a fixé le gain assuré à CHF 57'673.70.- par année. Ce salaire annuel a été estimé sur la base de la CCT-PJ, qui prescrit pour un aide-jardinier un salaire horaire minimal brut de CHF 24.09 et un horaire annuel de travail de 2'210 heures.

De son côté, le recourant revendique la prise en compte d'un salaire horaire de CHF 33.90 et d'un horaire hebdomadaire de travail de 69 heures (7 jours x 9.87 heures), chiffres qui correspondent selon lui au salaire horaire qu'il a effectivement perçu, respectivement aux heures de travail qu'il a effectivement accomplies durant la dernière activité salariée qu'il a exercée avant l'accident, du 15 au 22 juillet 2017.

9.

9.1 Comme exposé précédemment, est réputé gain assuré pour le calcul des indemnités journalières, selon l'art. 15 al. 2 LAA, le dernier salaire que l'assuré a reçu avant l'accident. En l'occurrence, comme l'admettent tant le recourant que l'intimée, il convient de prendre en considération l'activité de jardinage que l'intéressé a exercée pour le compte de M. B_____ pendant 8 jours (seulement), du 15 au 22 juillet 2017.

En présence d'un salaire horaire, pour calculer le gain assuré, il s'agit de multiplier le salaire horaire par l'horaire usuel de travail hebdomadaire dans la dernière profession exercée, puis par 52 semaines et d'y ajouter le 13ème salaire, ainsi que les éventuelles allocations familiales.

9.2 En l'occurrence, il convient de relever avec l'intimée que les termes du contrat ayant lié l'assuré à M. B_____ pendant quelques jours, en juillet 2017, en vue de l'accomplissement de travaux de jardinage dans la propriété de M. C_____, ne peuvent être déterminés avec précision, dans la mesure où les parties n'ont conclu aucun contrat écrit. En particulier, elles n'ont pas expressément convenu d'un horaire de travail. L'activité qu'a exercée l'assuré pour M. B_____ s'apparente dans les faits à du travail « au noir », dans la mesure où il ressort du jugement du Tribunal des Prud'hommes du 15 mars 2021 (pp. 2 et 11) que M. B_____ n'a pas déclaré l'intéressé en tant qu'employé à la SUVA et que ce dernier a initialement été rémunéré pour son travail par le biais d'un montant net de

CHF 1'100.-, remis de main à main dans une enveloppe. La nature de l'activité exercée importe peu s'agissant de l'assujettissement à l'assurance-accidents, le gain soumis à cotisations pouvant aussi bien provenir d'une activité licite que d'une activité illicite (ATF 118 V 79 consid. 2). Ce point n'est pas contesté, mais il entraîne pour corollaire qu'il n'existe pas de contrat de travail ou d'autres documents qui permettraient d'établir l'horaire normal de travail dans la dernière profession exercée.

Dans ces conditions, l'intimée était parfaitement fondée à déterminer l'horaire de travail sur la base de la CCT-PJ (dans le même sens, cf. arrêt du Tribunal cantonal vaudois AA 92/16 - 68/2017 du 27 juin 2017 consid. 6 ; arrêt du Tribunal cantonal fribourgeois 605 2019 220 du 7 décembre 2020 consid. 5), dont le demandeur s'est prévalu dans le cadre de sa procédure contre M. B_____, et que le Tribunal des Prud'hommes a jugée applicable à la relation de travail (jugement JTPH/91/2021 du 15 mars 2021 consid. 4).

Or, la CCT-PJ impose aux employeurs, à ses art. 1 et 2, de respecter un horaire de travail de 42.5 heures par semaine, soit un horaire annuel de travail de 2'210 heures (52 semaines de 42.5 heures). Quoi qu'en dise le recourant, un horaire de travail de 69 heures par semaine dans le cadre de l'activité de jardinier qu'il a exercée quelques jours avant l'accident ne saurait être tenu pour établi. D'une part, un horaire de 69 heures par semaine annualisé à 3'247 heures, comme le propose le recourant (9.87 heures x 7 jours x 47 semaines = 3'247 heures), enfreindrait très clairement les maxima autorisés par la CCT-PJ (art. 2) et par la LTr (art. 9 al. 1). D'autre part, comme le relève l'intimé à juste titre, on ne saurait inférer un horaire annuel de travail avoisinant 3'250 heures du seul fait que l'assuré a travaillé de façon soutenue durant la semaine ayant précédé l'accident ; en effet, la charge de travail dans le secteur du jardinage est notoirement sujette à fluctuation en fonction des saisons et, conformément à l'art. 1 CCT-PJ, la période de mars à septembre – durant laquelle les travailleurs du secteur effectuent 2.5 heures de travail en plus par rapport à l'horaire hebdomadaire normal de 42.5 heures – doit impérativement être compensée par un horaire allégé durant le reste de l'année, de manière à correspondre sur l'ensemble de l'année à un horaire de 2'210 heures. Partant, il n'y a pas lieu de s'écarter de l'horaire de travail de 42.5 heures par semaine (ou 2'210 heures par année) retenu par l'intimée sur la base de la CCT-PJ.

9.3 En ce qui concerne ensuite le montant du salaire horaire, l'intimée l'a fixé à CHF 24.09, sur la base de l'art. 8 al. 2 let. c CCT-PJ.

Le recourant, qui se réfère au jugement des Prud'hommes du 15 mars 2021, estime pour sa part son salaire horaire à CHF 33.90, en soulignant que, pendant son activité exercée du 15 au 22 juillet 2017, il a travaillé deux samedis et un dimanche, ce qui, selon l'art. 10 CCT-PJ, correspond à des « heures supplémentaires » donnant lieu à une majoration du salaire. En tenant compte des heures travaillées le samedi et le dimanche, mieux rémunérées, il soutient que le

salaire horaire déterminant pour le calcul du gain assuré devrait être porté à CHF 33.90.

Suite à la procédure engagée par le recourant contre M. B_____, le Tribunal des Prud'hommes a constaté qu'entre le 15 et le 22 juillet 2017, le recourant avait travaillé 14 heures pendant deux samedis et 10 heures le dimanche. Sur la base de la CTT-PJ et pour la rémunération de ces heures accomplies en sus de la durée normale du travail prévue par la CCT-PJ, le Tribunal des Prud'hommes a alloué au recourant la somme de CHF 903.35 ([14 heures x CHF 24.09 x 125%] + [10 heures x CHF 24.09 x 200%]), soumise aux déductions sociales. Une fois ajoutée aux heures travaillées pendant la semaine (50 heures x CHF 24.09), le recourant pouvait prétendre un salaire de CHF 2'107.85 (cf. jugement du Tribunal des Prud'hommes du 15 mars 2021, p. 20).

L'intimée se limite à affirmer que tenir compte des heures supplémentaires dans le calcul du gain assuré lui paraît « irréaliste ». Ce faisant, elle ne conteste pas que les heures supplémentaires rétribuées fassent partie du salaire déterminant au sens de l'AVS (art. 7 RAVS). En outre, il résulte clairement de la jurisprudence que la rémunération des heures supplémentaires est prise en compte dans le calcul du gain assuré, même en cas de « travail au noir » (cf. l'arrêt de principe ATAS/253/2015 du 7 avril 2015 consid. 8 et les références citées). Pour le reste, dans la mesure où l'intimée qualifie d'« irréaliste » la prise en compte des heures supplémentaires dans le gain assuré, il faut relever que c'est bien plutôt son propre calcul qui ne reflète pas la situation effective dans la dernière activité exercée, puisqu'il revient à traiter le recourant comme s'il n'avait jamais travaillé le week-end, alors que tel est précisément le cas.

Dès lors que les heures supplémentaires doivent être prises en compte dans le calcul du gain assuré, le montant du salaire horaire doit être porté à CHF 28.48 (CHF 2'107.85 / 74 heures = CHF 28.48). Sur ce point, le recours est partiellement admis.

On précisera encore que le salaire horaire de CHF 33.90 dont se prévaut le recourant ne peut être confirmé (CHF 2'507.70 / 74 heures = CHF 33.90). En effet, dans son calcul, l'intéressé intègre la totalité de la rémunération qui lui a été accordée par le Tribunal des Prud'hommes, y compris le salaire afférent aux vacances. Or, il s'agit là d'un élément de rémunération qui doit être écarté du calcul du gain assuré, dans la mesure où il en est déjà tenu compte une première fois lorsque l'on multiplie le salaire horaire par 2'210 heures, ce qui correspond à 52 semaines de 42.5 heures (cf. supra consid. 5.1 in fine).

10. En dernier lieu, le recourant réclame l'intégration, dans le calcul du gain assuré, d'indemnités de repas.

À cet égard, il faut rappeler que, selon l'art. 9 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS - RS 831.101), les frais généraux sont les dépenses résultant pour le salarié de l'exécution de ses travaux ; le dédommagement pour

frais encourus n'est pas compris dans le salaire déterminant (al. 1) ; ne font pas partie des frais généraux les indemnités accordées régulièrement pour le déplacement du domicile au lieu de travail habituel et pour les repas courants pris au domicile ou au lieu de travail habituel ; ces indemnités font en principe partie du salaire déterminant (al. 2). Comme exposé précédemment, la CCT-PJ prévoit une indemnité de CHF 15.- par jour pour les frais de repas lorsque le travailleur doit « manger sur le chantier ou à l'établissement », c'est-à-dire lorsqu'il ne peut pas se sustenter chez lui.

Dans un cas portant sur les indemnités de repas prévues par la CCT du second œuvre romand (SOR), laquelle prévoit également le versement d'indemnités de repas lorsque le repas de midi ne peut pas être pris à domicile, le Tribunal fédéral a retenu que ces indemnités servaient à couvrir les frais supplémentaires subis par le travailleur et représentaient incontestablement des indemnités pour frais encourus non comprises dans le salaire déterminant, leur caractère forfaitaire n'y changeant rien (arrêt du Tribunal fédéral 8C_310/2018 du 18 décembre 2018 consid. 7.4). Sur ce point, la présente cause est identique dès lors que les indemnités de repas sont prévues lorsque les travailleurs ne sont pas en mesure de se sustenter chez eux. Partant, il convient de confirmer la position de l'intimée, en tant qu'elle a exclu ces indemnités du calcul du gain assuré.

11. Au vu de ce qui précède, pour calculer le gain assuré, il convient de multiplier le salaire horaire de CHF 28.48 par 2'210 heures, ce qui conduit à un montant annualisé de CHF 62'940.-. S'y ajoute encore le 13ème salaire de CHF 5'243.- (8.33% x CHF 62'940.- = CHF 5'243.-), ce qui porte en définitive à CHF 68'183.- le gain annuel assuré.

Corollairement, c'est à tort que l'intimée a fixé le gain assuré à CHF 57'673.70.

12. Partant, le recours est partiellement admis, la décision sur opposition du 20 août 2021 annulée et la cause renvoyée à l'intimée pour nouveau calcul de l'indemnité journalière due au recourant, sur la base d'un gain assuré de CHF 68'183.-.

13. Le recourant, qui obtient partiellement gain de cause et est assisté d'un conseil, a droit à des dépens, qui seront arrêtés à CHF 2'000.- et mis à la charge de l'intimée (art. 61 let. g LPGA ; art. 89H al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA; RS E 5 10 ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA ; RS E 5 10.03).

******

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement et annule la décision sur opposition du 20 août 2021.
3. Dit que le gain assuré déterminant pour le calcul de l'indemnité journalière s'élève à CHF 68'183.-.
4. Renvoie la cause à l'intimée pour nouvelle décision, dans le sens des considérants.
5. Condamne l'intimée à verser au recourant une indemnité de CHF 2'000.- à titre de dépens.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière	La présidente
Marie-Catherine SECHAUD	Karine STECK

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral de la santé publique par le greffe le