



POUVOIR JUDICIAIRE

A/296/2004

ATAS/923/2004

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

6^{ème} Chambre

du 15 novembre 2004

En la cause

Monsieur M _____, représenté par DAS Protection Juridique, Me _____ recourant
Serge TODSCHINI, route des Acacias 48, case postale 224, 1211
Genève 24

contre

SUVA, CAISSE NATIONALE SUISSE D'ASSURANCE EN CAS _____ intimée
D'ACCIDENTS, Fluhmattstrasse 1, 6002 Lucerne

**Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente, Mesdames Karine STECK et Isabelle
DUBOIS, Juges.**

EN FAIT

1. M. M_____, né le 11 mai 1944 a été engagé dès le 2 avril 1979 comme représentant auprès de l'entreprise Y_____ (l'employeur) et assuré contre le risque accidents auprès de la Caisse Nationale Suisse d'Assurance en cas d'accidents (ci-après : CNA).
2. Le 30 décembre 1998, M. M_____ s'est cassé le tibia gauche à la suite d'une chute à ski de fond. Il a subi une intervention chirurgicale (ostéosynthèse par plaque et vis) le 31 décembre 1998 à l'Hôpital cantonal de Genève.
3. Il a repris le travail à 50 % le 15 mars 1999 et à 100 % dès le 18 mai 1999. La CNA a pris en charge cet accident non professionnel.
4. La déclaration d'accidents remplie par l'employeur le 4 janvier 1999 mentionne un salaire mensuel de l'assuré de fr. 5'200.- ainsi que fr. 1'928.- de commissions et fr. 166.- de gratification, soit un total de fr. 7'294.-.
5. En 2001, l'assuré était employé de la société X_____ à Nyon et non plus de Y_____.
6. Le 30 octobre 2001, X_____ a résilié le contrat de travail de l'assuré pour le 31 janvier 2002. Celui-ci était libéré avec effet immédiat.
7. Le 1^{er} février 2002, l'assuré a été victime d'une rechute (apparition d'intenses douleurs) entraînant une incapacité de travail totale depuis le 22 février 2002. Le licenciement de l'assuré a été en conséquence suspendu jusqu'au 30 septembre 2002.
8. Le 19 février 2002, l'employeur a rempli une déclaration d'accidents et mentionné un salaire mensuel de fr. 5'800.- + fr. 1'360.- de commissions.
9. Le 18 mars 2002, l'assuré a subi une nouvelle intervention chirurgicale (ablation du matériel d'ostéosynthèse et arthroscopie au genou gauche).
10. Le 29 mai 2002, l'assuré a requis une augmentation du montant de ses indemnités journalières.
11. Le 12 juin 2002, la CNA a accordé à l'assuré une indemnité journalière fondée sur un salaire annuel de 99'029 fr. 15, selon les attestations établies par X_____ pour la période de mars 2001 à février 2002.

Lesdites attestations de l'employeur soumettent à cotisation AVS, outre le salaire de base, les commissions, la gratification et une participation de 40.- mensuelle à la prime de l'assurance-maladie.

12. Du 1^{er} septembre au 1^{er} octobre 2002, l'assuré a séjourné à la clinique romande de réadaptation à Sion. Le rapport de sortie indique une incapacité de travail de 100 %, la situation médicale n'étant pas stabilisée.
13. Le Dr. A _____, médecin d'arrondissement de la CNA, a attesté le 6 mai 2003 qu'une capacité de travail serait possible à plein temps et à plein rendement dans une activité adaptée, essentiellement assise, ou alternée en position assise et debout avec déplacements sur de courtes distances et terrains plats.
14. Le 19 mai 2003 « Y _____ » a communiqué à la CNA le gain de l'assuré « s'il n'avait pas été victime de l'accident », soit :

2000	fr. 5'300.- (salaire) + fr. 1'885.- (commissions) + fr. 373.- (gratification) Total : fr. 7'558.-/mois ou fr. 90'696/an
2001	fr. 5'800.- (salaire) + fr. 1'360.- (commissions) + fr. 373.- (gratification) Total : Fr. 7'533/mois ou fr. 90'396/an

15. Le 7 juillet 2003, la CNA a établi le gain annuel assuré à fr. 87'540.- pour la période de janvier à décembre 1998, sur la base des décomptes de Y _____ établissant le salaire soumis à l'AVS. La participation mensuelle de l'employeur de fr. 40.- à l'assurance-maladie était expressément exclue du salaire 1998 soumis à l'AVS.
16. Le 21 juillet 2003, l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (OCAI), saisi d'une demande de prestations AI, a décidé de mettre l'assuré au bénéfice d'une orientation professionnelle pour déterminer ses possibilités de réinsertion professionnelle.
17. Le 22 juillet 2003, X _____ a rempli le questionnaire pour l'employeur de l'AI, en attestant d'un salaire annuel de l'assuré en 2000 de fr. 90'700.-, et en 2001 de fr. 100'312.-.
18. Le 13 août 2003, « Y _____ » a transmis à la CNA, à la demande de celle-ci, le salaire suivant de l'assuré :

2000	5'300.- + 1'885.- (commissions) + 373.- (gratification). Total : 90'696.-/an
2001	5'800.- + 1'360.- (commissions) + 373.- (gratification) + 9'912.- (« annuel primes »). Total : 100'308.-/an

Cette société indique qu'« à partir de 2002 nous avons garanti un salaire annuel minimum de fr. 85'920.- suite à la vente et à la cessation définitive de notre société, soit fr. 5'800.- + fr. 1'360.- (commissions) », soit fr. 7'160.-/mois.

19. Les certificats de salaire pour la déclaration d'impôt signés par X_____ les 9 février 2000 et 26 janvier 2001 attestent d'un salaire brut total de l'assuré suivant :

2000	fr. 90'700.-
2001	fr. 100'312.-

20. Par décision du 25 août 2003, la CNA a alloué à l'assuré une rente d'invalidité transitoire de fr. 2'426.- dès le 1^{er} juillet 2003 fondée sur une incapacité de gain de 40 % ainsi qu'une indemnité pour atteinte à l'intégrité de fr. 19'440.- fondée sur un taux de 20 %. Le gain annuel assuré retenu était de fr. 87'540.-. Sur la base des constatations médicales, l'assuré était à même d'exercer, dans différents secteurs de l'industrie ou du commerce, une activité légère autorisant l'alternance des positions, permettant de réaliser un salaire mensuel de fr. 4'350.-. Comparé au gain mensuel que l'assuré pourrait obtenir sans l'accident de fr. 7'200.- (soit annuel de fr. 86'400.-) il en résultait une perte de 39,6 %.

Etaient joints des descriptifs de postes de travail (DPT) suivants pour 2003 :

- Employé d'exploitation dans l'industrie pour un salaire mensuel de fr. 3'900.- à fr. 4'500.- (+ 13^{ème} salaire).
 - Employé postal pour un salaire de fr. 4'000.- à 4'445.-.
 - Employé en assemblage électrique dans l'industrie pour un salaire de fr. 3'750.- à 4'200.- (+ gratification de fr. 4'650.- à 6'930.-).
 - Sertisseur pour un salaire de fr. 3'500.- à 4'500.-.
 - Portier pour un salaire de fr. 3'440.- à fr. 3'840.- (+ 13^{ème} salaire).
 - Caissier pour un salaire de fr. 4'427 à fr. 5'033.- (+ indemnité de fr. 2'400.-).
21. Le 22 septembre 2003, l'assuré, représenté par la DAS Protection Juridique, s'est opposé à cette décision.

Le gain annuel assuré était de fr. 88'020.- et non pas de fr. 87'540.- car il comprenait fr. 480.- de participation de l'employeur à l'assurance maladie. Il était au bénéfice de deux CFC, soit installateur en sanitaire et chauffagiste. On ne pouvait raisonnablement lui imposer un travail impliquant un déclassement social, de surcroît vu son âge (60 ans). Sans mesures de réadaptation, sa capacité de travail était nulle.

Par ailleurs, en 2001 il avait réalisé un revenu de fr. 100'312.-. Il était donc arbitraire de retenir un salaire annuel sans l'accident de fr. 86'400.-.

22. Par décision du 18 novembre 2003, la CNA a rejeté l'opposition de l'assuré.

Selon le Dr. A _____, l'assuré pouvait exercer une activité adaptée à plein temps. Aucun élément médical ne permettait de douter de ces conclusions.

Les DPT démontraient que l'assuré pouvait réaliser un salaire mensuel de fr. 4'350.-. Par ailleurs, selon le salaire statistique de l'enquête suisse sur la structure des salaires 2000 (ESS 2000), la valeur moyenne de la rémunération pour des tâches simples dans le secteur privé était de fr. 4'637.- (Table 1 niveau de qualification 4) - avant prise en compte de l'augmentation nominale des salaires depuis 2000 - soit un salaire encore supérieur.

L'employeur avait clairement expliqué le salaire 2003. Il n'était pas possible de tenir compte d'un salaire antérieur. Pour la fixation du gain assuré, la période déterminante était celle entre le 30 décembre 1997 et le 29 décembre 1998, sans prise en compte de la part de l'employeur à l'assurance-maladie dès lors que cette part n'était pas soumise à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS).

23. Le 21 février 2004, l'assuré a recouru contre cette décision auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales en concluant à l'octroi d'une rente d'invalidité transitoire fondée sur un taux d'incapacité de gain de 100 % et un gain assuré de fr. 88'020.-.

Il a repris les arguments soulevés dans son opposition. Sa capacité de travail ne pouvait être mise en valeur qu'après une réadaptation de l'AI. S'agissant du salaire qu'il aurait réalisé sans l'accident, son employeur avait précisé qu'il lui garantissait en 2003 un salaire minimum de fr. 85'926.-. Son salaire avait toujours varié en fonction des commissions calculées sur le chiffre d'affaires de l'entreprise. Il était erroné de retenir le salaire minimum. S'il n'avait pas été licencié en 2001, il n'aurait jamais accepté un autre mode de rémunération. Il fallait donc retenir au minimum un gain annuel de fr. 100'000.-.

Enfin, il n'était pas pertinent que l'employeur n'ait pas soumis à cotisations la part mensuelle à l'assurance-maladie. Celle-ci faisait partie du salaire à prendre en compte.

24. Le 17 mars 2004, la CNA a conclu au rejet du recours et, subsidiairement, à une *reformatio in pejus*.

L'argument du déclassement social n'était pas pertinent au regard de l'obligation de l'assuré de réduire son dommage (ATF du 20 novembre 2001 en la cause H.). Par ailleurs, il impliquait une prise en compte d'un revenu d'invalidité supérieure, soit en fonction d'un degré de qualification 3 de la table ESS 2000 - et non 4 comme retenu dans la décision litigieuse - aboutissant à un revenu mensuel de fr. 5'815.- et donc à un degré d'invalidité de 19,24 % seulement.

Par ailleurs, le revenu mensuel sans invalidité de fr. 7'200.- avait été confirmé par l'employeur, lequel avait cessé ses activités en 2002. L'assuré n'avait pas établi qu'il aurait effectivement réalisé des commissions plus importantes en 2003.

Même si l'on retenait le revenu annuel de valide de fr. 100'000.-, il en ressortirait une perte de gain de 30,22 %, donnant droit à une rente d'invalidité de 30 %.

Enfin, seul le salaire déterminant au sens de la LAVS entrerait en compte dans le calcul du gain, ce qui n'était pas le cas de la participation de l'employeur à l'assurance-maladie. Compte tenu de l'incertitude liée aux commissions que l'assuré aurait encore pu obtenir en 2003, un taux de rente de 30 % pouvait encore se justifier. Le taux de la rente d'invalidité devait ainsi être revu à la baisse.

25. Le 16 avril 2004, l'assuré a répliqué en relevant que c'était à tort que la CNA citait un arrêt du Tribunal fédéral des assurances qui se rapportait à un calcul de rente d'invalidité dès lors qu'en l'espèce il s'agissait d'une rente d'invalidité transitoire, limitée dans le temps. Les efforts qu'on pouvait attendre de lui devaient être d'une intensité moindre.

L'employeur avait déjà donné des indications erronées sur ses revenus le 19 février 2002. Cette erreur avait pu être rectifiée mais il fallait prendre avec circonspection ses déclarations. Il n'avait jamais été informé que son salaire minimum aurait été de fr. 85'920.- dès 2002. D'ailleurs cette déclaration avait été remplie par Y _____ alors que son dernier employeur était X _____.

26. Le 6 mai 2004, la CNA a dupliqué en relevant que le calcul d'une rente transitoire ne différait pas de celui d'une rente normale. Selon la Table ESS 2002, récemment établie, le salaire 2002 pour un niveau de qualification 3 et de 41,8 heures par semaine, était de fr. 5'740.-. Il en ressortait une perte de 20 %, ce qui justifiait une rente d'un même taux. La comparaison avec un salaire annuel de fr. 100'000.- donnait un taux de rente de 31 %. L'assuré n'établissait toujours pas qu'il aurait réalisé des commissions plus importantes en 2003.

27. Le 22 juin 2004, le Tribunal cantonal des assurances sociales a entendu les parties en audience de comparution personnelle.

M. M _____ a déclaré qu'il était encore dans l'attente d'une décision AI. Il avait exercé la profession d'installateur en sanitaire durant 15 ans. En revanche, il n'avait pas exercé la profession de chauffagiste. Il prétendait à un salaire annuel de valide de fr. 100'000.-. Il avait été licencié le 30 octobre 2001 pour le 31 janvier 2002. On ne lui avait jamais signifié une modification de ses conditions salariales pour 2002 ou 2003. Dans son ancienne activité, il travaillait sur le terrain. Il ne connaissait pas l'informatique et ne savait pas taper à la machine. Deux secrétaires étaient à l'époque en charge de toute l'administration.

Le CNA a relevé qu'elle ne reconnaissait pas le salaire de fr. 100'000.- mais celui de fr. 85'920.- en 2003. Elle n'avait pas examiné la question d'un abattement sur le salaire statistique. Le niveau 3 de l'ESS était appliqué dès lors que l'assuré possédait deux CFC et une grande expérience professionnelle.

28. Le 5 juillet 2004, la CNA a versé au dossier huit enquêtes économiques complémentaires faisant apparaître un salaire moyen de fr. 5'800.- mensuel. Elle relevait que selon le Tribunal fédéral des assurances des déductions ne se justifiaient pas sur des salaires ressortant des enquêtes économiques. Comme le salaire moyen de 5'800 fr. était plus élevé que celui résultant de l'ESS, il n'y avait pas lieu non plus d'opérer une déduction sur le salaire ESS. Les DPT se rapportaient aux emplois suivants :

- Employé programmeur (exigence d'un CFC d'électricien).
- Electricien (exigence d'un CFC d'électricien avec une base informatique).
- Responsable dans un atelier de décoration (formation élémentaire).
- Employé d'atelier, contrôleur (formation de radio-électricien ou monteur électricien).
- Assistant de département (exigence d'un apprentissage/école professionnelle).
- Chauffeur de bus (formation de chauffeur poids lourds et car).
- Gardien de loge (exigence d'un apprentissage/école professionnelle).
- Employé de bureau.

29. Sur demande du Tribunal de céans, le recourant a précisé qu'il avait à l'époque son bureau route des Jeunes 63-65 à Genève, soit à l'adresse de la succursale X_____ à Genève, mais les responsables étaient situés à Nyon, endroit où il se rendait pour effectuer des rapports de direction.

30. L'entreprise « TAVELLI 50B, route de Divonne », a répondu à un courrier du Tribunal de céans du 30 septembre 2004 envoyé à Y_____ en précisant qu'en janvier 2002 le recourant, qui travaillait pour X_____ avait été transféré chez Y_____ du fait de la vente de la première société. Il y avait eu cessation d'activité d'exploitation mais Y_____ était toujours inscrite au Registre du commerce. Il n'y avait plus de personnel employé dans l'entreprise.

31. Selon les extraits du Registre du commerce genevois du 16 septembre 2004, X_____ route des Jeunes 63-65 a été radiée le 1^{er} février 2002. Le siège principal était situé à Nyon.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges,

dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

Statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 1^{er} juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (ATF 130 I 106).

2. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56 V al. 1 let. a ch. 5 et 60 LPGA).
3. S'agissant de l'application des dispositions matérielles de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, il convient de se référer aux principes généraux selon lesquels on applique, en cas de changement de règles de droit, les dispositions en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (ATFA du 21 septembre 2004 en la cause K 158/03).

En l'espèce, cet état de fait correspond à une période antérieure au 1^{er} janvier 2003 ce qui a pour conséquence l'inapplicabilité des dispositions matérielles de la LPGA.

4. L'art. 19 al. 3 LAA prévoit que le Conseil fédéral édicte des prescriptions détaillées sur la naissance du droit aux rentes lorsque l'on ne peut plus attendre de la continuation du traitement médical une sensible amélioration de l'état de l'assuré, mais que la décision de l'assurance-invalidité quant à la réadaptation professionnelle intervient plus tard.

L'art. 30 de l'ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1982 (OLAA) précise ainsi que lorsqu'on ne peut plus attendre de la continuation du traitement médical une sensible amélioration de l'état de santé de l'assuré, mais que la décision de l'AI concernant la réadaptation professionnelle n'interviendra que plus tard, une rente sera provisoirement allouée dès la fin du traitement médical ; cette rente est calculée sur la base de l'incapacité de gain existant à ce moment-là. Le droit s'éteint :

- a. Dès la naissance du droit à une indemnité journalière de l'AI ;
- b. Avec la décision négative de l'AI concernant la réadaptation professionnelle ;
- c. Avec la fixation de la rente définitive.

En édictant l'art. 19 al. 3 LAA, le législateur – les travaux préparatoires le confirment – n'a pas voulu créer un nouveau mode d'évaluation de l'invalidité. Une rente fondée sur l'art. 30 OLAA doit donc aussi être fixée d'après la méthode de comparaison des revenus. Toutefois, l'évaluation intervient dans ce cas avant l'exécution éventuelle de mesures de réadaptation. Par conséquent, seule entre en considération, à cette date, l'activité qui peut raisonnablement être exigée de la part d'un assuré non encore réadapté, compte tenu d'une situation équilibrée du marché du travail (ATF 116 V p. 246).

5. a. Selon l'art. 18 de la loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA), si l'assuré est invalide à 10 % au moins par suite d'un accident, il a droit à une rente d'invalidité. Est réputé invalide celui dont la capacité de gain subit vraisemblablement une atteinte permanente ou de longue durée. Pour l'évaluation de l'invalidité, le revenu du travail que l'assuré devenu invalide par la suite d'un accident pourrait obtenir en exerçant l'activité qu'on peut raisonnablement attendre de lui, après exécution éventuelle de mesures de réadaptation et compte tenu d'une situation équilibrée du marché du travail, est comparé au revenu qu'il aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide.

b. La notion de situation équilibrée du marché du travail est une notion théorique et abstraite, qui sert de critère de distinction entre les cas tombant sous le coup de l'assurance-accidents et ceux qui relèvent de l'assurance-chômage. Elle implique, d'une part, un certain équilibre entre l'offre et la demande de main d'œuvre et, d'autre part, un marché du travail structuré de telle sorte qu'il offre un éventail d'emplois diversifiés (ATF 110 V 276 consid. 4b).

c. Il faut tenir compte, dans l'estimation du revenu d'invalide, des difficultés objectives que présente la réadaptation professionnelle de l'assuré, selon les circonstances. En particulier, on ne saurait déterminer le revenu raisonnablement exigible de l'assuré en se fondant sur des possibilités d'emploi irréalistes ou en se bornant à prendre en considération un genre d'activité quasiment inconnue du marché du travail. On rappellera notamment que le marché du travail accessible aux travailleurs non qualifiés est en règle générale limité à des emplois de manœuvre ou à d'autres activités physiques (RCC 1989 p. 331 consid. 4a). Par ailleurs, dans l'industrie et l'artisanat, des travaux pénibles physiquement sont de plus en plus souvent exécutés par des machines, alors que la part des travaux de surveillance s'accroît (RCC 1991 p. 332 consid. 3b ; MONNARD, La notion de marché du travail équilibré de l'art. 28 al. 2 LAI, thèse Lausanne 1990, p. 59-62). En revanche, l'absence d'une occupation lucrative pour des raisons étrangères à l'invalidité ne peut donner droit à une rente. Si un assuré ne trouve pas un travail approprié en raison de son âge, d'une formation insuffisante ou de difficultés linguistiques à se faire comprendre (ou à comprendre les autres), l'assurance-invalidité n'a pas à répondre ; « l'incapacité de travail » qui en résulte n'est pas due à l'invalidité (ATF

107 V 21 consid. 2c ; RCC 1991 p. 333 consid. 3c ; 1989 p. 325 consid. 2b ; ATA S. du 1^{er} septembre 1998).

d. Le juge ne peut pas se fonder simplement sur le travail que l'assuré fourni ou s'estime lui-même capable de fournir après l'accident, ceci pour éviter que la victime soit tentée d'influencer, à son profit, le degré de son invalidité (ATF 106 V 86 consid. 2 p. 87). De plus, en la matière, il est utile de rappeler ici que selon un principe fondamental en assurances sociales, l'assuré a l'obligation de tout mettre en œuvre pour limiter au maximum le préjudice subi, soit même au prix d'efforts importants (ATF 107 V 17). Si un assuré n'utilise pas sa capacité résiduelle de travail, le taux d'invalidité est déterminé en procédant à la comparaison des revenus prévue à l'art. 28 al. 4 de l'ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1982 (OLAA – RS 832.202 ; ATFA M. du 9 avril 1991, U 27/90 ; ATA D. du 21 novembre 2000 ; R. du 21 septembre 1999).

Savoir si on peut exiger raisonnablement d'un assuré qu'il exerce une activité lucrative et si ou laquelle, dépend de l'ensemble des circonstances concrètes, en particulier de ses capacités physiques et psychiques, ainsi que de sa situation professionnelle et sociale, considérées de manière objective (ATF 109 V 28 ; Maeschi, Kommentar zum Bundesgesetz über die Militärversicherung (MVG) vom 19. Juni 1992, n° 38 ss p. 320). Dès lors que, de manière générale en droit des assurances sociales, l'assuré a l'obligation de réduire le dommage résultant de son invalidité (ATF 117 V 400), il peut être tenu de consentir d'importants efforts en vue de maintenir sa capacité de gain, dans les limites imposées par le principe de proportionnalité (cf. ATF 122 V 380 consid. 2b/cc, 119 V 254 consid. 3a et les arrêts cités ; Thomas Locher, Die Schadenminderungspflicht im IVG in : Mélanges pour le 75^{ème} anniversaire du Tribunal fédéral des assurances, p. 425 ss ; voir également ATF 113 V 28, 32 sv. ; SVR 1995 UV n° 35 p. 106 consid. 5). Dans ce contexte, un assuré peut être tenu d'accepter une fonction moins élevée hiérarchiquement que celle qu'il occupait auparavant, ou d'exercer une activité lui conférant moins d'autonomie que celle dont il disposait, l'effort à consentir étant d'autant plus important que la diminution du dommage escomptée est substantielle (ATF du 20 novembre 2001 en la cause U 133/01).

e. Lorsque l'assuré n'a pas repris d'activité, ou aucune activité adaptée lui permettant de mettre pleinement en valeur sa capacité de travail résiduelle, contrairement à ce qui serait raisonnablement exigible de sa part, le revenu d'invalidité peut être évalué sur la base, notamment, des données salariales publiées par l'Office fédéral de la statistique (ci-après : l'OFS). Dans ce cas, on réduira le montant des salaires ressortant de ces données en fonction des empêchements propres à la personne de l'invalidité, tels que le handicap, l'âge, les années de service, la nationalité, la catégorie d'autorisation de séjour ou le taux d'occupation. On procédera alors à une évaluation globale des effets de ces empêchements sur le revenu d'invalidité, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas concret,

étant précisé que la jurisprudence n'admet pas de déduction globale supérieure à 25 % (ATF 126 V 76 sv. consid. 3b/bb, 78 ss consid. 5).

Quant à la détermination du revenu d'invalidé sur la base des DPT il suppose, en sus de la production d'au moins cinq DPT, la communication du nombre total des postes de travail pouvant entrer en considération d'après le type de handicap, ainsi que du salaire le plus haut, du salaire le plus bas, et du salaire moyen du groupe auquel il est fait référence. Les éventuelles objections de l'assuré sur le choix et sur la représentativité des DPT dans le cas concret doivent être soulevés, en principe, durant la procédure d'opposition. Si la CNA n'est pas en mesure de satisfaire à ces exigences de procédure, on ne peut pas se référer aux DPT. Lorsque le revenu d'invalidé est déterminé sur la base des DPT, une réduction du salaire, eu égard au système même des DPT, n'est ni justifié ni admissible (ATF 129 V 472).

6. a. Selon l'art. 15 al. 1 et 2 LAA, les indemnités journalières et les rentes sont calculées d'après le gain assuré. 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.

Le montant maximum du gain assuré s'élève à 106'800 francs par an et 293.- francs par jour. Est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS, compte tenu de certaines dérogations (art. 22 al. 1 et 2 OLAA).

Au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, 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.

Ne sont pas compris dans le salaire déterminant les cotisations de l'employeur aux assureurs maladie et accidents de leurs salariés et aux caisses de compensation pour allocations familiales, si tous les salariés sont traités de la même manière (art. 8 let. b RAVS).

Lorsque le droit à la rente naît plus de cinq ans après l'accident ou l'apparition de la maladie professionnelle, le salaire déterminant est celui que l'assuré aurait reçu, pendant l'année qui précède l'ouverture du droit à la rente, s'il n'avait pas été victime de l'accident ou de la maladie professionnelle, à condition toutefois que ce salaire soit plus élevé que celui qu'il touchait juste avant la survenance de l'accident ou l'apparition de la maladie professionnelle (art. 24 al. 2 OLAA).

7. Il appartient au médecin et éventuellement au psychiatre d'apprécier de manière globale les conséquences d'un accident sur l'état de santé de la victime - en

particulier les séquelles psychiques ainsi que d'éventuelles interférences des affections physiques et mentales - et d'indiquer par rapport à quelles activités et dans quelle mesure l'assuré est inapte au travail. Les renseignements médicaux constituent un élément important pour trancher le point de savoir quel effort on peut encore exiger d'un assuré, compte tenu de sa situation personnelle (ATF 115 V 403 et les références).

8. En l'espèce, le recourant ne conteste pas sa capacité de travail après l'accident telle que décrite par le Dr. A _____, soit une activité essentiellement assise ou alternée en position assise et debout avec déplacements sur de courtes distances et terrains plats. Il critique en revanche les postes de travail que l'intimée considère comme adaptés à son handicap soit par là-même le gain avec invalidité, ainsi que le gain sans invalidité et le gain annuel assuré retenus par l'intimée.
9. Préalablement, il convient de constater que le droit à la rente débutant en 2003, c'est cette année qui doit être prise comme référence pour effectuer la comparaison des revenus (art. 16 LPGA). Reste à déterminer le revenu sans invalidité, le revenu avec invalidité ainsi que le gain assuré.
10. Au vu de la jurisprudence précitée, le recourant ne saurait invoquer un déclassement social pour refuser de mettre à profit sa capacité de travail. Cet argument doit ainsi être écarté (ATF du 20 novembre 2001 précité).
11. a. S'agissant du revenu avec invalidité, l'intimée produit huit DPT selon lesquels l'assuré serait en mesure de réaliser un salaire mensuel de fr. 5'800.-.

Elle propose également l'application d'un salaire statistique basé sur la table ESS 2002 en retenant un niveau de qualification 3, correspondant à des connaissances professionnelles spécialisées.

Le Tribunal de céans constate que la majorité des DPT avec exigence de formation professionnelle communiqués par l'intimée le 5 juillet 2004 ne sont pas adaptés au cas du recourant dès lors que ces postes exigent une formation spécialisée que l'assuré ne possède pas (CFC d'électricien, avec base informatique, formation de radio-électricien ou monteur-électricien, secrétariat) ou des aptitudes dont il n'est pas médicalement attesté – compte tenu des limitations dont souffre le recourant – que celui-ci les possède (travail de précision nécessitant de bons yeux ou capacité à conduire des poids lourds).

S'agissant des DPT dont la moyenne des salaires retenus par l'intimée est de fr. 4'350.-, ils sont adaptés au cas du recourant. Toutefois, en l'absence de la communication du nombre total des postes de travail pouvant entrer en considération en l'espèce (ATF 129 V 472), il y a lieu de s'en tenir aux statistiques salariales telles qu'elles apparaissent dans l'ESS 2002 publiées par l'Office fédéral de la statistique.

b. A cet égard, le niveau de qualification retenu par l'intimée, soit le niveau 3, apparaît trop élevé dès lors qu'il est motivé par le fait que le recourant possède deux CFC, un d'installateur en sanitaire et l'autre de chauffagiste. Or, d'une part selon les déclarations du recourant devant le Tribunal de céans d'ailleurs non contestées par l'intimée, celui-ci n'a jamais exercé la profession de chauffagiste. D'autre part, le recourant n'est manifestement plus à même de mettre à profit sa formation d'installateur en sanitaire, au vu de son handicap. En outre, il ne possède aucune formation de bureau et ne maîtrise absolument pas l'informatique.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu d'appliquer le niveau de qualification 4. Ainsi, d'après l'ESS 2002, le salaire mensuel brut des hommes exerçant une activité simple et répétitive dans le secteur privé était de fr. 4'557.- en 2002. Comme les salaires bruts standardisés tiennent compte d'un horaire de travail de 40 heures par semaine, il convient d'adapter ledit revenu en le fondant sur un horaire moyen usuel de 41,7 heures en 2002 (La Vie économique 8-2004 p. 94, table B 9.2), ce qui augmente le revenu mensuel avec invalidité à fr. 4'751.-. Ce dernier doit encore être majoré de 1,4 %, pour tenir compte de l'évolution des salaires de l'année 2003 soit un montant avec invalidité de fr. 4'817.-.

c. La mesure dans laquelle les salaires ressortant des statistiques doivent être réduits, dépend de l'ensemble des circonstances personnelles et professionnelles du cas particulier (limitations liées au handicap, âge, années de service, nationalité/catégorie d'autorisation de séjour et taux d'occupation) et résulte d'une évaluation dans les limites du pouvoir d'appréciation. Une déduction globale maximum de 25 % sur le salaire statistique permet de tenir compte des différents éléments qui peuvent influencer le revenu d'une activité lucrative (ATF 126 V 79 ss, consid. 5b/aa-cc).

En l'espèce, compte tenu de l'âge (60 ans) et du handicap du recourant, un abattement de 15 % est justifié (ATF du 22 mars 2002 en la cause U 130/01 et du 5 juin 2002 en la cause U 254/01), soit un revenu d'invalidé mensuel de fr. 4'094.-.

Il convient encore de déterminer le gain sans invalidité, ainsi que le gain assuré.

12. Le gain que l'assuré aurait pu réaliser sans l'accident en 2003 soit le gain sans invalidité a été arrêté par l'intimée à fr. 85'920.-. Le recourant invoque un gain d'au moins fr. 100'000.- fondé sur le salaire réalisé auprès de X _____ en 2001.

Pour arrêter le gain sans invalidité l'intimée s'est fondée sur les déclarations de Y _____ du 13 août 2003 selon lesquelles à partir de 2002 un salaire minimum de fr. 85'920.- aurait été garanti aux employés suite à la vente et la cessation définitive de la société.

Le Tribunal de céans constate que X _____ qui était l'employeur de l'assuré en 2001 a cessé ses activités le 1^{er} février 2002.

Le recourant aurait été à nouveau engagé par Y _____ en janvier 2002, entreprise qui, selon les informations de TAVELLI, société qui répond actuellement au courrier adressé à Y _____, a également cessé ses activités courant 2002. En conséquence, le salaire estimé à fr. 85'920.- par Y _____ le 13 août 2003 correspond à une évaluation théorique du revenu minimum auquel le recourant aurait pu prétendre en 2002, compte tenu de la situation particulière de l'entreprise ayant abouti, au cours de la même année, à la cessation complète de ses activités.

Selon le TFA, s'agissant du gain assuré, lorsqu'un assuré perçoit des indemnités de chômage au moment déterminant pour le calcul du gain assuré, il est tenu compte du salaire qu'il aurait obtenu auprès de son dernier employeur avant de tomber au chômage (ATF du 19 avril 2004 en la cause U 212/02). Par ailleurs, l'art. 24 al. 1 OLAA prévoit aussi que si le salaire de l'assuré est réduit au cours de l'année qui précède l'accident en raison notamment d'une réduction de l'horaire de travail, il est tenu compte du gain que l'assuré aurait réalisé sans cette réduction.

S'agissant du gain sans invalidité, il y a lieu d'appliquer les mêmes principes, en présence d'un employeur qui atteste de salaires nettement diminués en raison de difficultés financières conduisant à la cessation de toutes ses activités. Aussi, doit-on considérer que le salaire réduit proposé par Y _____ peu avant la cessation de ses activités correspond à une situation similaire à la réduction de l'horaire de travail qui doit être traitée de la même façon et conduire à la prise en compte du salaire effectivement réalisé par le recourant avant 2002, soit son salaire 2001.

Ainsi, c'est à juste titre que le recourant invoque un salaire sans invalidité de fr. 100'312.- par an, lequel est prouvé par la déclaration de salaire de X _____ soit le réel employeur de l'assuré en 2001, à l'intention des autorités fiscales pour l'année 2001, soit fr. 8'359.- par mois. Le salaire correspond ainsi à celui déclaré par cette même société à l'assurance-invalidité le 22 juillet 2003. Ce revenu réalisé en 2001 doit encore être majoré de 1,8 % en 2002 et 1,4 % en 2003 pour tenir compte de l'évolution des salaires, soit en 2003 fr. 8'628.-.

13. Pour calculer le taux d'invalidité, le revenu sans invalidité de fr. 8'628.- par mois doit être comparé avec le revenu d'invalidité de 4094 fr. par mois soit :

$$\frac{8'628 \times 100}{8'628} = 52,55 \%$$

Le taux d'invalidité est ainsi de 52,55 %.

Reste à déterminer le gain assuré.

14. a. En l'espèce, le gain assuré se rapporte au salaire réalisé par l'assuré durant l'année précédant l'accident du 30 décembre 1998, soit durant l'année 1998. En effet, le droit à la rente est né le 1^{er} juillet 2003, soit avant l'échéance du délai de 5

ans dès l'accident de l'art. 24 al. 2 OLAA, lequel, s'il est dépassé, permet de prendre en compte le salaire réalisé pendant l'année qui précède le droit à la rente.

b. Selon les décomptes de Y_____, le salaire soumis à cotisation AVS pour l'année 1998, s'élève à fr. 87'540.-. A été exclu de ce montant la participation annuelle de fr. 480.- à l'assurance-maladie du recourant.

A cet égard, le TFA a considéré que l'art. 8 let. b RAVS, dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1997, doit être interprété en ce sens que l'exclusion des prestations sociales du salaire déterminant suppose (outre l'égalité de traitement entre les salariés) que les cotisations de l'employeur soient versées directement aux assureurs-maladie ou aux assureurs-accidents des salariés (ATF 126 V 221).

En l'espèce, dès lors que la participation de l'employeur n'a pas été versée directement à l'assureur-maladie du recourant, elle fait partie du salaire déterminant. Le Tribunal de céans relève que par la suite, soit en 2001 et 2002, X_____ a effectivement soumis à cotisations la participation de fr. 40.- à l'assurance-maladie.

Les directives concernant les rentes de l'AVS/AI (DR) précisent que les revenus sur lesquels des cotisations étaient dues mais n'ont pas été payées (peu importe qu'il s'agisse de cotisations de l'année en cours ou de cotisations arriérées selon l'art. 39 RAVS) font également partie de la somme des revenus provenant d'une activité lucrative. Sont dues toutes les cotisations non encore acquittées, qui ne sont pas encore prescrites selon l'art. 16 al. 1 et 2 LAVS. De telles cotisations seront, au besoin, compensées avec la rente (DR n° 5220).

Toutefois, dans la mesure où des cotisations dont l'assuré est débiteur ne peuvent faire l'objet d'aucune compensation, les revenus correspondants ne sont pas comptés dans la somme des revenus. Si des cotisations arriérées sont acquittées ou peuvent être compensées ultérieurement, la prise en compte des revenus correspondants doit avoir lieu. Il convient ensuite de fixer à nouveau la rente (DR n° 5221).

L'art. 16 al. 1 1^{ère} phrase LAVS prévoit que les cotisations dont le montant n'a pas été fixé par décision notifiée dans un délai de cinq ans à compter de la fin de l'année civile pour laquelle elles sont dues, ne peuvent plus être exigées ni payées.

En l'espèce, la cotisation due sur la participation de l'employeur à l'assurance-maladie au montant de fr. 480.- est prescrite dès lors qu'elle n'a pas été fixée par une décision intervenant dans le délai de cinq ans précité depuis le 31 décembre 1998, soit avant le 31 décembre 2003.

Partant, c'est à juste titre que le gain assuré a été fixé à fr. 87'540.- par l'intimée, sans prise en compte de la participation annuelle de l'employeur à l'assurance-maladie de fr. 480.-.

15. Au vu de ce qui précède, le recours doit être partiellement admis et la décision litigieuse annulée, la cause étant renvoyée à l'intimée pour nouvelle décision au sens des considérants, soit un calcul de la rente transitoire d'invalidité du recourant basée sur un taux d'invalidité de 52,55 %.

Une indemnité de fr. 1'500.- sera allouée au recourant.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :
(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)**

A la forme :

1. Déclare le recours recevable ;

Au fond :

2. L'admet partiellement ;
3. Annule la décision sur opposition de la SUVA du 18 novembre 2003.
4. Renvoie la cause à la SUVA pour nouvelle décision au sens des considérants ;
5. Condamne la SUVA à verser à M. M _____ une indemnité de fr. 1'500.- ;
6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière :

Nancy BISIN

La Présidente :

Valérie MONTANI

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