



POUVOIR JUDICIAIRE

A/3450/2006

ATAS/368/2007

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 4

du 4 avril 2007

En la cause

Monsieur T _____, domicilié , GENEVE, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Guy ZWAHLEN

recourant

contre

SOCIETE D'ASSURANCE LA MOBILIERE SUISSE
ASSURANCES, sise Bundesgasse 35, BERNE, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Philippe GRUMBACH

intimée

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Nicole BOURQUIN et Bertrand REICH, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur T_____ (ci-après : l'assuré), né le 1958 et travaillant en Suisse depuis 1977, était employé par la société X_____ SA, selon un contrat de travail de durée déterminée pour la période du 15 avril au 15 juin 2004.
2. A ce titre, il était assuré par son employeur auprès de la MOBILIERE, société d'assurances et de prévoyance (ci-après : l'assureur-accidents), pour les suites d'accidents professionnels et non professionnels.
3. En date du 4 mai 2004, l'assuré a été victime d'un accident sur la voie publique, qui l'a laissé totalement incapable de travailler. Piéton, ce dernier a été heurté de plein fouet par un automobiliste. Polytraumatisé, il a été, dans un premier temps, hospitalisé aux (ci-après : "établissement hospitalier") jusqu'au 6 juillet 2004, puis a été transféré pour poursuivre une rééducation au Centre thermal de SAILLON, d'où il a pu regagner son domicile le 25 septembre 2004.
4. Par déclaration de sinistre du 3 juin 2004, l'employeur a informé l'assureur-accidents de cet événement, mentionnant que son employé travaillait à plein temps pour un salaire de 3'300 fr. brut, avec la précision qu'il s'agissait d'une "occupation temporaire". Le contrat de travail signé le 15 avril 2004 confirme ce salaire "pour une période à durée déterminée de deux mois pour un poste de remplacement en tant que serveur dans une salle de billard".
5. Par courrier du 13 décembre 2004, l'assureur-accidents a demandé à l'assuré des renseignements et documents détaillés utiles à l'appréciation du gain perdu, dans la mesure où, lorsque les rapports de travail, de durée déterminée, sont inférieurs à un an, la détermination du gain assuré s'opère selon la loi sur la base du salaire reçu au cours de cette période et valant comme gain annuel.
6. Par réponse du 24 décembre 2004, le conseil de l'assuré a notamment informé l'assureur-accidents qu'il transmettrait les documents demandés dans une prochaine correspondance.
7. Les 9 février, 18 mars et 18 avril 2005, l'assureur-accidents a relancé l'assuré pour l'obtention de ces documents.
8. En date du 30 juin 2005, l'assuré a obtenu une autorisation de séjour (permis B).
9. L'assureur-accidents a diligenté une expertise pluridisciplinaire. Celle-ci, datée du 22 juillet 2005, a été réalisée par les Drs A_____, psychiatre, B_____, neurologue, et C_____, chirurgien orthopédiste. Les experts ont posé les diagnostics suivants :

- a) sur le plan neurologique : neurotraumatisme, fracture frontale gauche et fracture de la base occipitale gauche non déplacée, traumatisme du membre inférieur gauche, traumatisme thoracique, traumatisme de l'épaule gauche, fracture vertébrale C6 stable sans complication neurologique, contusion hépatique biologique, contusion myocardique biologique minime, petite rhabdomyolyse, céphalées post-traumatiques et syndrome post-commotionnel, atteinte post-traumatique de l'hémilangue gauche;
- b) sur le plan orthopédique : fracture de la cheville gauche, délabrements des parties molles du mollet gauche, grande plaie délabrante du creux poplité du genou gauche, fractures des côtes I et II à gauche avec contusion pulmonaire, fractures de l'aile de l'omoplate gauche et de l'acromion, fractures du tiers distal de la clavicule gauche et fracture de la 6^{ème} vertèbre cervicale stable;
- c) sur le plan psychiatrique: autres troubles de la personnalité et du comportement dus à une maladie, une lésion ou un dysfonctionnement cérébral.

S'agissant de sa capacité de travail, les experts ont conclu à une incapacité totale de travail chez l'assuré, en particulier sur le plan psychiatrique, en raison de la perte de ses compétences relationnelles et sa concentration, sans possibilité de rééducation à ce niveau. En ce qui concernait l'évaluation de l'atteinte à l'intégrité, les experts ont estimé qu'il fallait attendre deux à trois ans après l'événement pour y procéder, une évolution favorable ultérieure au point de vue neurologique n'étant pas impossible.

10. En ce qui concerne l'évaluation du gain déterminant, le conseil de l'assuré a précisé à l'assureur-accidents, par courrier du 18 novembre 2005, qu'il était en train de récolter les documents relatifs aux salaires versés par différents employeurs.
11. Par courrier du 21 octobre 2005, l'assureur-accidents a transmis à l'assuré le rapport d'expertise et a estimé qu'il n'y avait plus lieu d'attendre une sensible amélioration de l'état de santé, de sorte que le droit à la rente lui était reconnu avec un degré d'invalidité de 100% dès le 1^{er} novembre 2005. Le montant de la rente mensuelle était fixé à 440 fr., sur la base du 80% du salaire déterminant de 6'600 fr., correspondant aux revenus versés par X_____ SA, seuls revenus réalisés dans l'année précédent l'accident selon les informations à disposition de l'assureur-accidents. S'agissant de l'indemnité pour atteinte à l'intégrité, elle s'élevait à 64'080 fr., correspondant à un total de 60% du montant maximum du gain annuel assuré (106'800 fr.). Par ailleurs, les traitements médicaux appropriés continuaient à être pris en charge. Un délai a été fixé à l'assuré pour faire valoir ses objections.
12. Par courrier du 20 décembre 2005, l'assuré a indiqué souscrire tant au degré d'invalidité de 100% qu'au degré de l'atteinte de 60% retenus par l'assureur-accidents. Le seul point litigieux demeurerait le salaire déterminant et donc le montant de la rente, dans la mesure où il soutenait avoir exercé plusieurs emplois durant l'année précédant l'accident. Devant la difficulté à obtenir les preuves

nécessaires sur ce point, il a demandé à l'assureur-accidents de s'adresser à la caisse de compensation, de poursuivre l'instruction sur ce point et de lui permettre de fournir tous les renseignements nécessaires à cet effet.

13. Par lettre du 5 janvier 2006, l'assureur-accidents a répondu à l'assuré qu'il avait requis la caisse de compensation du canton de Genève de lui fournir l'extrait de compte individuel utile, tout en précisant que la preuve d'un emploi régulier antérieur à l'autorisation de séjour du 30 juin 2005 semblait aléatoire, laissant cependant le soin à l'assuré de lui fournir les preuves nécessaires. L'assureur-accidents souhaitait en outre être informé des démarches entreprises auprès de l'assurance-invalidité.
14. Le 20 janvier 2005, l'assuré a précisé qu'une demande de prestations auprès de l'assurance-invalidité avait été initiée et était en cours d'examen. Il continuait au surplus à récolter les renseignements nécessaires en lien avec ses emplois précédents.
15. A été produit dans la procédure un contrat de travail entre l'assuré et la société Y_____ SA, prenant effet au 16 avril 2002, pour un salaire horaire de 26 fr. 50, ainsi qu'une fiche de salaire du mois de mai 2002 portant sur un montant total de 2'623 fr. 50 brut;
16. Les extraits du compte individuel de l'assuré auprès des caisses de compensation AVS d'Aarau et de Genève ont fait ressortir les salaires déclarés suivants : pour 1977 (5'560 fr.), 1978 (3'907 fr.), 1991 (7'950 fr.), 1992 (15'023 fr.), 1993 (8'723 fr.), 1994 (12'571 fr. + 2'831 fr.), 1995 (17'200 fr.), 1996 (1'095 fr.), 1997 (950 fr.), 2002 (2'197 fr. + 5'513 fr. + 871 fr.) et 2004 (6'600 fr.).
17. L'assureur-accidents a fixé par décision du 15 mars 2006 la rente mensuelle à 440 fr., au vu d'un salaire déterminant de 6'600 fr. brut, et l'indemnité pour atteinte à l'intégrité à 64'080 fr. Il a indiqué par ailleurs continuer à prendre en charge le traitement médical approprié.
18. En date du 12 avril 2006, l'assuré a fait opposition à cette décision quant au montant de la rente, réservant pour le surplus ses droits pour l'indemnité pour atteinte à l'intégrité en relation avec les atteintes neurologiques. Il a admis n'avoir pas pu établir le salaire gagné avant l'accident. Il a sollicité, en cas d'impossibilité à établir par "haute vraisemblance" ce salaire, un calcul fondé sur l'équité, lequel prendrait en compte le salaire brut de 3'300 fr. par mois, plus un treizième salaire, qu'il aurait touché si son dernier employeur l'avait annualisé, ce qui correspondrait à un salaire annuel de 42'900 fr. La rente en découlant s'élèverait ainsi à 2'860 fr., objet de sa conclusion.
19. Par décision du 20 juin 2006, l'assureur-accidents a rejeté l'opposition et confirmé sa décision. Il a estimé qu'il ne faisait aucun doute que le contrat de travail était de

durée déterminée, sans volonté des cocontractants de le prolonger, de telle manière que le revenu annuel déterminant était bien celui portant sur les deux mois de ce contrat.

20. Dans une attestation du 26 avril 2006, dont la date de transmission reste indéterminée, X_____ SA a indiqué qu'elle avait eu la ferme intention de proposer à l'assuré "un contrat de durée indéterminée si les besoins de notre société le justifiaient" et avoir "pris contact avec *l'intéressé* en septembre 2005 pour lui proposer un poste de serveur à plein temps pour une durée indéterminée".
21. Le 5 juillet 2006, à sa demande, l'assuré s'est entretenu, en présence de son conseil, avec deux représentants de l'assureur-accidents. Il a déclaré à cette occasion que c'était la première fois qu'il voyait l'attestation précitée et qu'il ne connaissait pas les raisons de l'apparition de ce document. Il a précisé avoir travaillé durant de longues périodes comme serveur à "Z_____" ainsi qu'au "X1_____", sis tous deux à Genève, et avoir œuvré comme peintre en bâtiment durant une année et demie.
22. Par acte adressé le 25 septembre 2006 au Tribunal cantonal des assurances sociales (ci-après : le Tribunal), l'assuré a fait recours contre la décision sur opposition, concluant à l'annulation de cette décision et à l'octroi d'une rente d'invalidité d'un montant mensuel de 2'860 fr. dès le 1^{er} novembre 2005. A l'appui de son recours, il expose qu'il ne peut lui être reproché de n'avoir pas collaboré à l'établissement du salaire déterminant, d'une part parce que son état de santé le laisse dans l'impossibilité de gérer ses affaires et lui occasionne des troubles de mémoire et, d'autre part, parce que ses anciens employeurs n'ont pas satisfait à leurs obligations de cotisations en raison de son travail non déclaré, ce qui rend impossible toute reconstitution de salaire par consultation des fichiers de la caisse de compensation AVS. Dans cette mesure, le salaire déterminant doit être calculé par annualisation du salaire réalisé au moment de l'accident. Enfin, sa situation à ce moment-là était transitoire et ne peut en conséquence servir de référence au calcul de la rente par l'intimé.
23. Par réponse du 23 octobre 2006, l'assureur-accidents a conclu au déboutement de l'assuré et à la confirmation de sa décision sur opposition, reprenant pour l'essentiel ses arguments développés dans ses écritures précédentes.
24. Par duplique du 20 novembre 2006, l'assuré a persisté dans ses conclusions, pour les motifs qu'il a précédemment exposés.
25. Après transmission de la duplique à l'assureur-accidents, la cause a été gardée à juger.

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).
2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 5 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La LPGA est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003 entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 130 consid. 1.1, 335 consid. 1.2, 129 V 4 consid. 1.2, 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références).

En l'espèce, le présent recours concerne le droit à une rente à dater de novembre 2005, de sorte que le présent cas est régi par la LPGA.

4. Selon l'art. 56 al. 1^{er} LPGA, les décisions sur opposition sont sujettes à recours dans un délai de 30 jours (art. 60 al. 1^{er} LPGA) auprès du tribunal des assurances du canton de domicile de l'assuré (art. 58 al. 1^{er} LPGA). En matière d'assurance-accidents toutefois, en dérogation à l'art. 60 LPGA, le délai de recours est de trois mois pour les décisions sur opposition antérieures au 1^{er} janvier 2007, portant sur les prestations d'assurance (art. 106 LAA).

En outre, l'art. 89C de la loi cantonale genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA), applicable sans réserve à la procédure de recours formé devant le Tribunal de céans contre des décisions sur opposition portant sur des prestations de l'assurance-accidents (ATF 130 V 320 consid. 2.1), prévoit la suspension des délais fixés aussi bien en mois qu'en jours, notamment du 15 juillet au 15 août inclusivement.

Interjeté dans la forme prescrite le 22 septembre 2006 contre la décision sur opposition reçue le 22 juin 2006, soit dans le délai prescrit, le présent recours est recevable.

5. Le litige porte sur la question du calcul de la rente, et plus particulièrement sur le salaire déterminant, à savoir s'il concerne un contrat de durée déterminée ou non.
6. A teneur de l'art. 20 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA), la rente d'invalidité s'élève à 80 % du gain assuré, en cas d'invalidité totale.

Est en principe 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, seconde phrase; message du Conseil fédéral à l'appui du projet de loi fédérale sur l'assurance-accidents du 18 août 1976, FF 1976 III 192). Les bases de calcul sont réglées à l'art. 22 al. 4 de l'ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1982 (OLAA), lequel prévoit que les rentes sont calculées sur la base du salaire que l'assuré a reçu d'un ou plusieurs employeurs durant l'année qui a précédé l'accident, y compris les éléments de salaire non encore perçus et auxquels il a droit (1ère phrase). Si les rapports de travail ont duré moins d'une année, le salaire reçu au cours de cette période est converti en gain annuel. En cas d'activité de durée déterminée, la conversion se limite à la durée prévue. Cette dernière règle s'applique aux assurés qui exercent d'emblée une activité limitée dans le temps et inférieure à une année. Pour ces assurés, il n'y a pas de conversion possible en gain annuel : le gain assuré est celui correspondant à la durée convenue des rapports de travail, ce qui peut conduire à des rentes minimales, même pour de grands invalides (FRESARD, L'assurance-accidents obligatoire, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, no 52 p. 24). La jurisprudence a par ailleurs considéré que l'ancien art. 22 al. 4 OLAA, qui visait spécifiquement l'activité saisonnière, était conforme à la loi (ATF 112 V 313). Il n'y a par ailleurs pas de nouvelle fixation du gain assuré lorsque le travailleur saisonnier devient après coup titulaire d'une autorisation à l'année (RAMA 1992 no U 145, p. 85).

En application de la délégation contenue à l'art. 15 al. 3 LAA, le Conseil fédéral a édicté des prescriptions sur le gain assuré pris en considération dans des cas spéciaux, exhaustivement déterminés à l'art. 24 OLAA (pour les rentes). Cette disposition a 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, ainsi lorsque au cours de l'année qui précède l'accident, le salaire de l'assuré a été réduit par suite de service militaire, de service civil, de service de protection civile, ou par suite d'accident, de maladie, de maternité, de chômage ou de réduction de l'horaire de travail (al. 1), lorsque le droit à la rente naît plus de cinq ans après l'accident ou l'apparition de la maladie professionnelle (al. 2) - dont le Tribunal fédéral a confirmé la conformité à la constitution et à la loi (consid. 3 non publié de l'arrêt ATF 127 V 456 -, si l'assuré suivait des cours de formation le jour de l'accident et touchait de ce fait un salaire inférieur au plein salaire de la même catégorie professionnelle (al. 3), ou encore lorsque le bénéficiaire d'une

rente d'invalidité est victime d'un nouvel accident couvert par l'assurance qui aggrave son invalidité (al. 4).

7. Dans la procédure en matière d'assurance sociale, régie par le principe inquisitoire, les parties ne supportent pas le fardeau de la preuve au sens de l'art. 8 CC. L'obligation des parties d'apporter la preuve des faits qu'elles allèguent signifie seulement qu'à défaut, elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve. Cette règle de preuve ne s'applique toutefois que lorsqu'il est impossible, en se fondant sur l'appréciation des preuves conformément au principe inquisitoire, d'établir un état de fait qui apparaisse au moins vraisemblablement correspondre à la réalité (ATF du 13 juin 2006 no U 354/05 consid. 4.1; ATF 117 V 264 consid. 3b et la référence; SVZ/RSA 68/2000 p. 202).
8. Le recourant allègue qu'il aurait eu plusieurs employeurs autres que X_____ SA l'année précédent l'accident. Il admet cependant qu'il n'est pas en mesure de le démontrer. Les extraits des caisses de compensation AVS ne comprennent aucune déclaration de salaire émanant d'un autre employeur pour cette période. Les dernières mentions correspondent à celles, en 2002, de Y1_____ SA pour un montant de 2'197 fr. et de Y_____ SA pour un montant de 5'513 fr. Quant aux emplois pour "Z_____" et le "Moulin A Danses", mentionnés par le recourant lors de son entrevue de juillet 2006, ils ont donné lieu à des versements de cotisations auprès de la caisse de compensation respectivement en 1995 (salaire de 17'200 fr.) et en 1996-1997 (salaires de 1'095 fr. et 950 fr.). Compte tenu de la situation irrégulière du recourant avant juin 2005, on ne peut exiger de la caisse de compensation d'autres démarches que celles qu'elle a déjà entreprises. On ne voit pas ailleurs pas quelles démarches complémentaires auraient pu être tentées. Le recourant n'a en effet pas mentionné d'autres noms d'employeurs ou de témoins particuliers qui auraient pu être entendus afin de démontrer une activité salariée entre 2003 et 2004. Compte tenu de l'impossibilité d'établir l'existence de tels emplois d'une manière qui corresponde au moins vraisemblablement à la réalité, le recourant supporte la conséquence de cette absence de preuve, en ce sens que seule l'activité exercée pour le compte de X_____ SA sera retenue pour l'année précédent l'accident.
9. S'agissant de cet emploi, il était limité à la période courant du 15 avril au 15 juin 2004. La mention "pour une période à durée déterminée de deux mois pour un poste de remplacement en tant que serveur dans une salle de billard", figurant dans le contrat de travail, indique clairement son caractère limité dans le temps. Cet élément ressort également des termes "occupation temporaire" figurant dans la déclaration de sinistre de l'employeur. Enfin, l'attestation du 26 avril 2006, par laquelle X_____ SA indique avoir eu la ferme intention de proposer à l'assuré "un contrat de durée indéterminée si les besoins de notre société le justifiaient" et avoir "pris contact avec l'intéressé en septembre 2005 pour lui proposer un poste de serveur à plein temps pour une durée indéterminée", n'apporte aucun élément

permettant de mettre en doute le fait qu'en 2004 le recourant a d'emblée été engagé pour une activité limitée dans le temps et inférieure à une année. Dans ces circonstances, c'est à juste titre que l'intimé a fait application de l'art. 22 al. 4 OLAA et a retenu comme salaire déterminant le montant de 6'600 fr. correspondant aux deux mois de salaires versés par X_____ SA.

10. Le recourant requiert une application par analogie de l'art. 78 al. 1 et 79 de l'ancienne loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents du 13 juin 1911 (aLAMA), en vigueur jusqu'au 31 décembre 1983, ainsi que la jurisprudence y relative.

Le principe d'un correctif à la rigueur de la règle du dernier salaire reçu avant l'accident, lorsque cette règle pourrait conduire à des résultats inéquitables ou insatisfaisants, ressort exclusivement, dans le droit actuel, de l'art. 24 OLAA. Force est toutefois de constater qu'aucune des situations prévues par cette disposition ne concerne le cas du recourant. Le caractère exhaustif de cet article, selon la jurisprudence constante (voir ATF du 16 janvier 2006 no U 308/04), ne laisse pas place à une application par analogie au cas d'espèce.

11. Par conséquent, le recours est rejeté et la décision entreprise confirmée.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. 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); 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 :

Sylvie CHAMOUX

Juliana BALDE

La secrétaire-juriste : Sandrine TORNARE

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