

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 10 août 2009

Présidence de Mme DI FERRO DEMIERRE
Juges : Mme Thalmann et M. Jomini
Greffier : M. Kramer

* * * * *

Cause pendante entre :

S. _____, à Pelussin (France), recourant, représenté par Me Jean Jacques
Schwaab, à Lausanne,

et

LA BALOISE, COMPAGNIE D'ASSURANCES (ci-après: la Bâloise
Assurances ou la caisse), à Bâle, intimée, représentée par Me Christian
Grosjean, à Genève.

Art. 15 LAA, 22 al. 3 OLAA, 22 al. 4 OLAA, 23 al. 3 OLAA et 23 al. 4 OLAA

E n f a i t :

A. S._____, né le 6 août 1976, de nationalité française, a exercé diverses activités professionnelles. De son curriculum vitae, il ressort notamment qu'il a travaillé en qualité de chef de publicité au sein d'une régie publicitaire en France de 2002 à 2004, avant d'effectuer une reconversion et d'obtenir un diplôme de menuisier d'agencement (AFPA), qu'il a œuvré comme menuisier décorateur/agencement d'octobre à décembre 2005, de janvier à février 2006, de septembre à décembre 2006, et qu'il a été employé saisonnier au V._____ en janvier et février 2007.

Le 28 août 2007, S._____ et le Théâtre P._____ ont conclu un contrat de travail de durée déterminée du 3 septembre au 26 octobre 2007 aux fins de collaborer au spectacle W._____, en qualité de constructeur de décor. Le salaire mensuel brut s'élevait à 5'000 fr., soit un salaire mensuel net de 3'734 fr., frais de déplacements et de repas en sus. Du fait de cet engagement, S._____ a été assuré, pendant la durée du contrat, contre les accidents professionnels et non professionnels par la Bâloise Assurances.

Le 14 septembre 2007 aux alentours de 15h30, l'assuré, en coupant de la baguette de bois avec une scie-circulaire/déligieuse, s'est coupé trois doigts de la main gauche avec le poussoir. Le diagnostic posé par le Dr Q._____ dans son rapport du 26 septembre 2007 est celui de "perte de 2 doigts en permanence, limitation fonctionnelle", l'incapacité étant totale dès le jour de l'accident et pour une durée indéterminée.

Le 26 septembre 2007, le Théâtre P._____ a adressé un courrier à la Bâloise Assurances, à teneur duquel il avait été proposé à S._____ une collaboration pour les prochains spectacles, aux mêmes conditions financières, pour autant qu'il ne trouve pas un autre engagement continu ailleurs, auquel cas il devait les prévenir quinze jours à l'avance. Les collaborations indiquées sont les suivantes:

- du 24 au 29 novembre 2007 : démontage du décor d'un spectacle;
- du 2 au 11 décembre 2007 : montage du décor d'un spectacle;
- du 17 au 21 décembre 2007 : démontage du décor d'un spectacle;
- du 1^{er} février au 31 mars 2008 : construction du décor d'un spectacle.

Par décision du 13 décembre 2007, confirmée par décision sur opposition du 21 février 2008, la Bâloise Assurances a fixé le montant de l'indemnité journalière accordée au recourant à 21 fr. 90 dès le 17 septembre 2007 pour une incapacité de travail totale. Pour calculer le montant de l'indemnité journalière, l'assurance a considéré la période d'engagement du recourant au Théâtre P._____ du 3 septembre au 26 octobre 2007 avec un salaire mensuel de 5'000 francs. Elle a constaté que l'assuré avait toujours travaillé de manière irrégulière, également durant l'année 2007, et que de ce fait, l'art. 23 al. 3 OLAA (ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents; RS 832.202) devait lui être appliqué. En effet, de janvier à février 2007, il avait travaillé pour le V._____, puis s'était retrouvé sans activité jusqu'au 3 septembre 2007, date de l'engagement par le Théâtre P._____ pour une durée déterminée. Selon la caisse, le fait que le théâtre avait attesté avoir proposé à l'assuré d'autres travaux était sans pertinence, dès lors qu'il indiquait uniquement des possibilités de travail qui ne remplissaient pas les critères de la vraisemblance prépondérante. Selon la Bâloise Assurances, le recourant avait gagné 10'000 fr. durant les deux mois en question. Ce revenu devrait être considéré comme revenu annuel, ce qui fixe l'indemnité journalière à 21 fr. 90 par jour (10'000 fr. /365 jours x 80%).

B. Le 2 avril 2008, S._____ a interjeté recours contre la décision sur opposition de la Bâloise Assurances du 21 février 2008. Il a conclu à l'annulation des décisions prononcées les 13 décembre 2007 et 21 février 2008 et à la fixation du montant de l'indemnité journalière à 81 fr. 15 dès le 17 septembre 2007 pour une incapacité totale de travail. En résumé, le recourant soutient que du mois de novembre 2006 au mois d'octobre 2007, il a réalisé un revenu brut moyen journalier de 101 fr. 40, dont le

80% correspond à 81 fr. 15, montant qui doit être retenu comme revenu équitable journalier au sens de l'art. 23 al. 3 OLAA.

Par réponse du 12 juin 2008, la caisse a conclu au rejet du recours.

Par déterminations du 18 août 2008, le recourant a modifié ses conclusions en ce sens que le montant de l'indemnité journalière due par la Bâloise Assurances à S._____ est fixé à 92 fr. 50 dès le 17 septembre 2007 pour une incapacité de travail totale.

Par explications complémentaires du 11 septembre 2008, le recourant a relevé que la Bâloise Assurances avait accordé à K._____, au bénéfice du même contrat d'assurance LAA que S._____, des indemnités journalières calculées sur la base des salaires reçus pour des travaux à temps partiel aux Théâtres de B._____, de J._____ et auprès de l'entreprise Y._____, selon lettres et décomptes annexés. Les salaires reçus pendant la période considérée avaient simplement été additionnés et divisés par le nombre de jours travaillés. Le salaire journalier moyen ainsi obtenu avait été multiplié par 365 pour déterminer le salaire annuel LAA. L'indemnité journalière a été fixée à 80% dudit salaire, conformément à la loi. En l'espèce, S._____ avait reçu 15'785 fr., représentant une indemnité journalière de 106 fr. 70, montant qui devait être pris en compte. Le recourant a ainsi modifié sa conclusion comme il suit: "Le montant de l'indemnité journalière due par La Bâloise Assurances à S._____ est fixée à 106 fr. 70 (cent six francs et septante centimes) pour une incapacité totale dès le 17 septembre 2007."

Le 24 septembre 2008, l'intimée a conclu au rejet des conclusions modifiées du recourant.

Le recourant s'est encore déterminé le 9 octobre 2008.

E n d r o i t :

1. Le litige est circonscrit aux considérants et dispositifs de la décision sur opposition du 21 février 2008, ainsi qu'aux griefs soulevés par le recourant, à savoir le montant de l'indemnité journalière dès le 17 septembre 2007 pour une incapacité totale de travail, soit 21 fr. 90 pour l'intimée et 106 fr. 70 pour le recourant.

2. L'assuré totalement ou partiellement incapable de travailler à la suite d'un accident a droit à une indemnité journalière. Le droit à l'indemnité journalière naît le troisième jour qui suit celui de l'accident. Il s'éteint dès que l'assuré a recouvré sa pleine capacité de travail, dès qu'une rente est versée ou dès que l'assuré décède (art. 16 al. 1 et 2 LAA [loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents; RS 832.20]).

Aux termes de l'art. 17 al. 1 LAA, l'indemnité journalière correspond, en cas d'incapacité totale de travail, à 80% du gain assuré. Si l'incapacité de travail n'est que partielle, l'indemnité journalière est réduite en conséquence. Selon l'art. 15 LAA, les indemnités journalières sont calculées d'après le gain assuré (al. 1). Est réputé gain assuré pour le calcul des indemnités journalières le dernier salaire que l'assuré a reçu avant l'accident; est déterminant pour le calcul des rentes le salaire que l'assuré a gagné durant l'année qui a précédé l'accident (al. 2). Par ailleurs, il appartient au Conseil fédéral d'édicter des prescriptions sur le gain assuré pris en considération dans des cas spéciaux, notamment lorsque l'assuré est occupé de manière irrégulière (al. 3 let. d).

Le Conseil fédéral a fait usage de cette délégation de compétence à l'art. 23 OLAA dont l'al. 3 prévoit que 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. Selon l'art. 23 al. 4 OLAA, qui concerne les activités saisonnières, l'art. 22 al. 3 OLAA est applicable à l'assuré qui est victime d'un accident pendant son activité saisonnière. Si l'accident survient pendant la période où il ne travaille pas, le salaire qu'il a effectivement reçu au cours de l'année précédente doit être divisé par 365. L'art. 22 al. 3 OLAA prévoit que l'indemnité journalière est calculée sur la base du salaire

que l'assuré a reçu en dernier lieu avant l'accident, y compris les éléments de salaire non encore perçus auxquels il a droit.

Selon l'art. 22 al. 4 OLAA, 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 du salaire non encore perçus et auxquels il a droit. 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.

3. En l'espèce, l'intimée soutient que les professions exercées par le recourant sont des activités saisonnières. Il aurait été employé saisonnier entre décembre 2006 et mars 2007 au V._____ pour l'A._____. Il a par la suite travaillé en qualité d'aide de cuisine dans un restaurant d'alpage aux mois de juillet et août 2007 pour le X._____. Il a enfin été engagé pour le spectacle W._____ par le Théâtre P._____ pour la période du 3 septembre au 6 octobre 2007. Ces activités seraient saisonnières en ce sens qu'elles ont été exercées durant l'hiver au V._____, durant deux mois l'été dans un restaurant d'alpage et pendant la préparation d'un seul spectacle au Théâtre P._____. Aussi, il y a lieu de limiter la conversion à la durée normale de l'activité prévue, à savoir deux mois. Pour se faire, l'intimée se base sur un ATF 121 V 321 qui prévoit que la conversion du salaire reçu se limite à la durée normale de l'activité s'agissant de travailleurs saisonniers, à savoir qu'en cas d'activité de durée déterminée, la conversion pour le calcul des rentes se limite à la durée prévue (art. 22 al. 4 OLAA); règle qui s'applique également dans le cas d'activité saisonnière de courte durée, de quatre mois, de trois mois, voire de quatre semaines (ATF 121 V 321, consid. 3d).

De son côté, le recourant soutient que son travail ne revêt pas de caractère saisonnier.

En l'occurrence, il faut relever premièrement que tout rapport de travail qui dure moins d'une année n'est pas de ce seul fait une activité

saisonnaire. L'indemnité journalière d'un assuré qui travaille irrégulièrement selon des besoins occasionnels peut être calculée selon l'art. 23 al. 3 OLAA. Le travail saisonnier se définit comme un travail périodique et limité dans le temps. En l'occurrence, le critère de périodicité fait défaut. En cela, sa situation diffère de celle d'un ouvrier agricole engagé pour cueillir des pommes (cas de figure de l'ATF 121 V 321 cité par l'intimée). Par ailleurs, même si le recourant a exercé à l'occasion des activités saisonnières, tel n'est pas le cas pour tous les postes qu'il a occupés. L'exercice durant une certaine partie de l'année d'une activité saisonnière n'exclut pas forcément l'exercice, durant le reste de l'année, d'une activité indépendante ou salariée comme celle de menuisier-décorateur qui dépend des différents chantiers qu'il se voit confier. En l'occurrence, le recourant a exercé des activités en fonction des opportunités s'offrant à lui. Si son salaire est de ce fait soumis à de fortes fluctuations, il ne s'agit pas pour autant d'un travail à caractère saisonnier. L'art. 23 al. 3 OLAA est donc applicable à la situation du recourant. On relèvera toutefois que la situation ne serait pas si différente si on retenait une activité de saisonnier dans la mesure où l'intimée se prévaut d'un arrêt basé sur la dernière phrase de l'art. 22 al. 4 aOLAA (pour un assuré exerçant une activité saisonnière, la conversion se limite à la durée normale de cette activité). Cette phrase n'existe plus dans l'actuelle OLAA. Seul le calcul relatif aux rentes (et non aux indemnités journalières) prévoit que la conversion se limite à la durée prévue en cas d'activité de durée déterminée. C'est ce que rappelle un ATF 128 V 298 qui prévoit notamment un changement de la jurisprudence publiée aux ATF 121 V 321 en ce sens que l'art. 22 al. 3 OLAA est applicable même dans le cas d'une activité à caractère saisonnier avec une rémunération très fluctuante. L'art. 23 al. 3 OLAA donne ainsi une grande liberté d'appréciation au tribunal qui doit prendre en considération l'ensemble des éléments du cas d'espèce pour fixer le montant du salaire équitable journalier. Il s'agira d'apprécier la situation au regard d'éléments tels que l'âge, la capacité, l'expérience professionnelle du travailleur, les emplois déjà exercés, ainsi que la rémunération usuelle dans la branche, celle des collaborateurs ou les statistiques de rémunération usuelle dans le domaine d'activité (ATF 128 V 298).

4. En l'espèce, le salaire équitable journalier peut notamment se déterminer à la lumière de l'activité déployée par le recourant dans l'année précédent l'accident. Dans l'année précédent la fin de son engagement à durée limitée, le recourant a réalisé entre novembre 2006 et octobre 2007, les gains bruts suivants:

Novembre 06: Menuiserie R. _____ :	5'257 fr. 60
Décembre 06: Menuiserie R. _____ :	4'778 fr.
Décembre 06: A. _____ :	845 fr. 55
Janvier 07: A. _____ :	1'876 fr. 05
Février 07: A. _____ :	2'805 fr. 25
Mars 07: A. _____ :	1'541 fr. 40
(- Mai 07: ASSEDIC [= 969.12 € x 1.60] :	1'550.60)
(- Juin 07: ASSEDIC [= 1'615.20 € x 1.60] :	2'584.30)
(+ Janvier à juin 2007: X. _____ :	2'251 extra)
Juillet 07: X. _____ :	2'669 fr.
Août 2007: X. _____ :	3'113 fr.
Septembre 2007: P. _____ :	5'000 fr.
Octobre 2007 (jusqu'au 26.10.07): Théâtre P. _____ :	5'000 fr.
Total:	37'020 fr. 75

L'intimée soutient qu'il ne faut pas tenir compte des sommes perçues du chômage français (ASSEDIC) durant les mois de mai et juin 2007. Le recourant a effectivement perçu des indemnités de chômage durant les mois de mai et juin 2007, ce qui pose la question de la pertinence d'un revenu réalisé sur un territoire étranger dans le calcul du salaire déterminant. L'ALCP (Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes; RS 0.142.112.681) est entré en vigueur le 1^{er} juin 2002. En matière de coordination des systèmes de sécurité sociale, l'ALCP a pour effet de rendre applicable les règlements n^{os} 1408/71 (règlement [CEE] n^o 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté; RS 0.831.109.268.1) et 574/72

(règlement [CEE] n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement [CEE] n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté; RS 0.831.109.268.11). L'art. 3 du règlement n° 1408/71 concrétise un principe général en ce qu'il impose notamment de traiter de manière non discriminatoire les ressortissants d'autres Etats membres lors de l'application des systèmes nationaux de sécurités sociales. Au surplus, et comme dans la plupart des conventions bilatérales alors applicables, l'unicité de la législation applicable est assurée au moyen du principe du pays d'emploi (art. 13 du règlement n° 1408/71). En l'espèce, le pays d'emploi est la Suisse dont la législation précise expressément qu'est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS (art. 15 al. 1 LAA et 22 al. 2 OLAA). Selon l'art. 5 al. 2 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants; RS 831.10), le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il s'ensuit que les prestations versées par l'assurance-chômage, fut-ce d'une institution étrangère comme les ASSEDIC en France, ne sont pas comprises dans le salaire déterminant à prendre en compte pour le calcul du gain assuré au sens de la LAA. Quoiqu'il en soit, l'art. 58 al. 1 du règlement n° 1408/71, applicable par renvoi de l'annexe II ALCP, prévoit que le gain moyen est calculé exclusivement en fonction des gains constatés pendant les périodes accomplies sous la législation de l'Etat concerné. En d'autres termes, il n'y a pas lieu de tenir compte des montants reçus des ASSEDIC, mais la période correspondante à ces indemnités de chômage n'entre pas non plus dans le calcul du gain moyen.

Dans la mesure où le recourant a passé les mois de mai et juin 2007, soit 61 jours, en France, durant lesquels il a touché 4'134 fr. 90 du chômage français, il ne faut pas tenir compte de cette somme ni de cette période pour établir son revenu moyen. Le revenu à considérer serait donc de 32'885 fr. 85 (37'020.75 - 4'134.90) et la période de 304 jours (365 -

61). Au montant précité de 32'885 fr. 85, il convient encore d'ajouter la somme de 2'251 fr. reçue pour des extras effectués en janvier, mars, avril et juin 2007 au X._____. Ainsi, le revenu moyen journalier à considérer est de 115 fr. 60 (35'136.85/304), ce qui représente une indemnité journalière à 80% de 92 fr. 50.

Dans le cadre de ses explications complémentaires du 11 septembre 2008, le recourant se prévaut du calcul de l'indemnité journalière opéré par la Bâloise Assurances suite à un accident survenu le 8 mai 2007 à K._____. L'opinion du recourant ne saurait être suivie au motif que les deux situations ne sont pas comparables: K._____ n'a jamais été employé par le Théâtre P._____, on ignore les activités déployées par K._____ auprès des employeurs et, plus particulièrement, la nature et le type de contrat conclu. De plus, l'art. 23 al. 3 OLAA prévoit qu'il y a lieu de se fonder sur un salaire moyen équitable par jour, de sorte que chaque cas doit être apprécié de manière concrète, ce qui a été effectué en l'espèce.

Il s'ensuit que le recours doit être admis et la décision attaquée réformée en ce sens que l'indemnité journalière due par la Bâloise Assurances à S._____ s'élève à 92 fr. 50 dès le 17 septembre 2007 pour une incapacité de travail totale.

5. Obtenant gain de cause avec le concours d'un mandataire professionnel, le recourant a droit à des dépens qu'il convient d'arrêter à 2'000 fr. à charge de l'intimée (art. 55 LPA-VD). Pour le surplus, la procédure étant gratuite, il n'est pas perçu de frais de justice (art. 61 let. a LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1]).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

- I. Le recours est admis.

- II. La décision attaquée est réformée en ce sens que le montant de l'indemnité journalière due par la Bâloise Assurances à S._____ est de 92 fr. 50 dès le 17 septembre 2007 pour une incapacité de travail totale.

- III. Il n'est pas perçu de frais de justice.

- IV. La Bâloise Assurances versera à S._____ la somme de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens.

Le président :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Jean Jacques Scwaab (pour S._____),
- Me Christian Grosjean (pour la Bâloise, Compagnie d'Assurances),
- Office fédéral des assurances sociales,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :