

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 6 avril 2023

Composition : Mme DURUSSEL, présidente
Mme Di Ferro Demierre, juge, et M. Perreten, assesseur
Greffière : Mme Jeanneret

Cause pendante entre :

R. _____, à [...], recourant, représenté par Me David Métille, avocat à Lausanne,

et

CAISSE NATIONALE SUISSE D'ASSURANCE EN CAS D'ACCIDENTS, à Lucerne, intimée.

Art. 4, 16 LPGA ; 4, 18 al. 1, 19 al. 1 LAA

E n f a i t :

A. R._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a été employé comme grutier par l'entreprise O._____ SA. A ce titre, il était assuré pour le risque accident auprès de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (ci-après : la CNA ou l'intimée).

Le 9 avril 2019, alors qu'il travaillait sur un chantier, il est tombé sur son épaule droite en marchant sur des étais. Il s'est rendu aux urgences de [...], où un certificat d'incapacité de travail a été délivré.

Selon la déclaration de sinistre établie par l'employeur le 16 avril 2019, l'assuré était employé à 100 % à raison de 40.5 heures par semaine et percevait un salaire horaire de 33 fr. 05 brut, auquel s'ajoutait une indemnité pour vacances et jours fériés de 13 %, le 13^e salaire par 8.30 % et 250 fr. à titre d'allocations familiales. La CNA a pris en charge le cas.

L'assuré a repris son travail le 22 avril 2019. Il a précisé au cours d'un entretien avec un collaborateur de la CNA le 25 juin 2019, qu'il était droitier et que le 9 avril 2019, alors qu'il tenait une pompe à huile dans les mains, il avait chuté lourdement directement sur le moignon de son épaule droite, bras fléchi contre le corps. Travaillant en tant que grutier depuis environ 10 ans, il œuvrait soit dans la cabine de la grue, soit au sol avec la télécommande en participant aux travaux de maçonnerie ordinaires. Depuis son accident, il ne pouvait plus effectuer les travaux au sol.

Consulté dès le 29 avril 2019, le Dr G._____, spécialiste en chirurgie orthopédique et traumatologie de l'appareil locomoteur, a exposé que la chute avait entraîné la rupture du tendon du sus-épineux, rendant nécessaire une reconstruction chirurgicale de la coiffe des rotateurs. Ce médecin ayant signalé avoir déjà opéré les deux épaules de l'assuré par le passé, en particulier l'épaule droite en 2012, la CNA a soumis le cas à son médecin-conseil pour déterminer le lien de causalité.

Dans un premier temps, la CNA a considéré que l'accident avait tout au plus entraîné une aggravation passagère d'un état antérieur et a mis fin aux prestations au 26 juillet 2019, selon décision du 22 août 2019. Elle est cependant revenue sur sa position le 9 janvier 2020 et a maintenu le paiement des soins médicaux et des indemnités journalières, sur la base de l'appréciation de la Dre W._____, spécialiste en chirurgie et médecin conseil de la CNA, laquelle avait conclu le 8 janvier 2020 que l'événement du 9 avril 2019 avait entraîné une décompensation déterminante d'un état préexistant, à savoir une atteinte du tendon du muscle supra-épineux droit connue depuis 2012, en précisant que le mécanisme - chute de sa hauteur et réception sur le moignon de l'épaule, donc sans traction - ne faisait pas partie des actions vulnérantes des tendons de la coiffe des rotateurs, mais qu'il y avait eu une impotence fonctionnelle immédiate alors qu'il n'y avait ni infiltration graisseuse, ni ascension de la tête humérale.

Le Dr G._____ a attesté d'une incapacité de travail de 100 % dès le 19 mars 2020 et préconisé une intervention chirurgicale, que la CNA a accepté de prendre en charge. Celle-ci a été effectuée le 25 mai 2020, mais une nouvelle rupture s'est produite durant la phase de cicatrisation. Le Dr G._____ estimait qu'une reprise chirurgicale n'était pas envisageable et a évoqué la nécessité, à terme, de poser une prothèse totale (cf. rapport du Dr G._____ du 3 novembre 2020). Face à l'évolution peu favorable décrite par le médecin traitant, la CNA a procédé à une analyse de la situation asséculoologique le 17 novembre 2020, notant que le gain annuel de base pour le calcul de la rente s'élevait à 78'380 fr. et que les coûts potentiel de rente seraient de 143'991 fr., les coûts potentiels d'indemnités journalières de 118'708 fr., les coûts potentiels de traitement de 17'000 fr., soit un total de 279'000 fr., mais qu'une épargne pourrait être réalisée grâce au « Case management » avec pour objectif général la mise en valeur de la pleine capacité de travail dans une activité adaptée.

Parallèlement, l'assuré a déposé une demande de prestations auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (OAI) le 10 juin 2020, dans laquelle il a annoncé notamment que son salaire horaire en tant que

grutier s'élevait à 33 fr. 90. Il a bénéficié d'un suivi de reprise dans le cadre d'une mesure d'intervention précoce, laquelle a débouché sur une reprise de l'activité habituelle à 50 % durant l'automne 2020. Celle-ci a été interrompue en raison d'une incapacité de travail complète attestée dès le 16 décembre 2020. Consulté à nouveau, le Dr G._____ a exposé que la pose de la prothèse paraissait la seule option susceptible de restaurer une mobilité complète de l'épaule droite et une amélioration de la force (cf. rapport du Dr G._____ du 5 janvier 2021).

Un consilium a ensuite été demandé au Prof. M._____, spécialiste en chirurgie orthopédique et traumatologie de l'appareil locomoteur, lequel a indiqué dans son rapport du 7 avril 2021 qu'il ne retenait pas pour l'instant d'indication à une reprise de réparation du sous-épineux ou de transfert musculaire, ni à la mise en place d'une prothèse totale de l'épaule de type inversé, mais proposait une prise en charge à la J._____.

Le séjour à la J._____ s'est déroulé du 16 juin au 21 juillet 2021. Selon le rapport de sortie du 17 août 2021, la situation n'était pas stabilisée du point de vue médical et des aptitudes fonctionnelles, la poursuite d'un traitement de physiothérapie pouvant permettre d'améliorer les douleurs, la force et l'endurance du membre supérieur droit, et donc d'améliorer les aptitudes fonctionnelles. Le consultant spécialisé en chirurgie de l'épaule ne retenait cependant pas d'indication à une nouvelle intervention chirurgicale. Une stabilisation médicale était attendue dans un délai de deux à trois mois.

La Dre D._____ a procédé à un examen final le 17 décembre 2021. Sur le plan médical, la situation était stabilisée. Aucun traitement médical ou chirurgical ne pouvait améliorer notablement l'état de santé, la pose d'une prothèse n'étant pas retenue par le Prof. M._____ ni souhaitée par l'assuré. Les limitations fonctionnelles étaient : pas de port de charges supérieures à 10-15 kg pour des ports de charges des pieds à la taille bras le long du corps, pas de port de charges répété supérieures à 5-10 kg de la taille aux épaules et pas de port de charges au-dessus du

plan des épaules, pas de travail prolongé avec le membre supérieur droit au-dessus du plan des épaules, pas d'activité nécessitant de la force ou des mouvements répétés du membre supérieur droit, pas de position en porte-à-faux prolongée du membre supérieur droit. Dans une activité adaptée à ces limitations, la capacité de travail était entière sans diminution de rendement. S'agissant du métier de grutier effectué dans la grue, il fallait vérifier auprès d'un spécialiste de la prévention des accidents si l'assuré pouvait être autorisé à monter les échelons avec le bras droit coude au corps. Si tel était le cas, l'activité était adaptée. Toutes les activités de manœuvre sur les chantiers étaient en revanche proscrites de manière définitive. Dans un rapport séparé du même jour, la Dre D. _____ a évalué le taux de l'atteinte à l'intégrité à 7,5 % pour une épaule mobile à un peu plus de 130 °, en se fondant sur la table 1 des atteintes à l'intégrité résultant de troubles fonctionnels des membres supérieurs.

Le 20 décembre 2021, la CNA a informé l'assuré qu'elle mettait fin au paiement des soins médicaux et de l'indemnité journalière avec effet au 31 janvier 2022, l'examen du droit aux autres prestations se poursuivant.

L'OAI a rendu un projet de décision du 23 décembre 2021, confirmé le 5 mai 2022, octroyant à l'assuré une rente entière du 1^{er} mars 2021 au 31 mars 2022. Il était retenu qu'une pleine capacité de travail dans une activité adaptée aux limitations fonctionnelles était exigible dès décembre 2021 et que le degré d'invalidité calculé à cette date était de 17.25 %, ce qui n'ouvrait pas le droit à une rente de l'assurance-invalidité.

Ayant sollicité en vain des relevés de salaires auprès d'O. _____ SA, la CNA s'est procuré la Convention nationale du Gros œuvre et salaires vaudois 2022 et la Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse, puis a procédé au calcul du taux d'invalidité le 28 mars 2022. Elle a déterminé que le revenu dans l'activité adaptée au handicap, basé sur l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS), niveau de compétence 1 pour un homme, adapté au temps

de travail et indexé à 2022, correspondait à un salaire annuel de 69'061 francs. Pour le revenu avant l'accident, elle s'est basée sur le revenu annoncé dans la déclaration d'accident du 16 avril 2019, indexé à 2022, pour retenir un revenu annuel de 76'155 francs. Le calcul contenait la remarque suivante : « Vu que le salaire annoncé au moment du sinistre est légèrement supérieur aux CCT, nous prenons le salaire annoncé en l'adaptant à 2022. Il est à noter que l'entreprise O._____ SA est en faillite ».

Par décision du 30 mars 2022, la CNA a nié le droit à une rente d'invalidité, au motif que la comparaison des revenus montrait une perte de gain de 9 %. Par ailleurs, une indemnité pour atteinte à l'intégrité de 7,5 % était allouée.

Le 14 avril 2022, représenté par sa protection juridique, l'assuré s'est opposé à cette décision, en précisant que le montant de l'indemnité pour atteinte à l'intégrité n'était pas contesté. Complétant sa motivation le 12 mai 2022, il a fait valoir qu'au moment de l'accident, son revenu annuel était de 77'996 fr., montant qui ressortait de l'extrait de son compte individuel. La faillite de la société ne permettait pas de retenir un salaire moins élevé que la réalité, étant au surplus relevé qu'O._____ SA avait obtenu un sursis concordataire et que les employés de la société avaient été repris par une autre entreprise de la construction, aux mêmes conditions salariales. Indexé à 2022, le revenu sans invalidité était de 79'764 francs. Par ailleurs, un abattement de 5 % devait être porté sur le revenu d'invalidité en raison de son âge (54 ans) et de l'importance des limitations fonctionnelles définitives. Avec ces corrections, le taux d'invalidité s'élevait à 17.25 %, taux identique à celui retenu par l'OAI.

Instruisant l'opposition, la CNA s'est adressée à nouveau à O._____ SA, qui a répondu le 22 juin 2022 en indiquant en particulier que le revenu horaire de l'assuré pour 40.5 heures par semaine se serait élevé à 34.88 fr. en 2020, 2021 et 2022. Il fallait ajouter à ce montant 8.33 % pour le 13^e salaire et 250 fr. par mois d'allocations familiales.

Selon décompte du 5 juillet 2022, des indemnités journalières ont été versées par la CNA au recourant du 9 au 22 avril 2019 puis du 19 mars 2020 au 31 janvier 2022. Celles-ci étaient calculées sur un salaire annuel de 78'380 fr. 35.

Un extrait du compte individuel AVS de l'assuré a été versé au dossier le 9 août 2022.

Par décision sur opposition du 11 août 2022, la CNA a rejeté l'opposition. Elle a constaté que le montant de 79'764 fr. allégué par l'assuré ne ressortait pas de son extrait de compte individuel et que l'OAI s'était fondé sur le revenu communiqué par l'employeur dans le questionnaire réadaptation du 16 juillet 2020, sans autre vérification. Quant au revenu mentionné par O. _____ SA le 20 juin 2022, il s'agissait d'une augmentation qu'aucun élément au dossier ne justifiait dès lors que l'assuré n'avait jamais obtenu une telle rémunération, que l'employeur n'a jamais laissé entrevoir de perspective d'avancement ou donné d'assurance en ce sens, qu'il n'avait pas expliqué cette hausse tandis que l'assuré n'avait suivi aucun perfectionnement et que la situation économique de l'entreprise, en sursis concordataire, rendait hautement improbable une telle hausse, laquelle s'éloignait en outre substantiellement des dispositions de la convention collective de travail. Cela étant, une correction devait être apportée sur le chiffre retenu par la CNA, en ce sens que l'indexation était de 0.8 % pour 2020, -0.7 % pour 2021 et 1.9 % pour 2022 en se fondant sur l'estimation trimestrielle de l'évolution des salaires nominaux, ce qui établissait le gain de valide à 76'906 fr. 40. S'agissant du gain avec invalidité, il fallait également corriger l'indexation selon l'augmentation nominale des salaires de 2019 à 2022, de respectivement 0.9 %, 0.8 %, -0.7 % et 1.9 %, portant ce montant à 69'741 francs. Aucun abattement supplémentaire ne se justifiait sur le niveau de compétence 1 de l'ESS, dès lors que l'assuré n'avait pas atteint l'âge pour lequel le Tribunal fédéral commandait une approche particulière et que la statistique englobait un large éventail d'activités correspondant aux limitations fonctionnelles de l'assuré, accessibles sans formation, sans expérience spécifique et

indépendamment de l'âge. La comparaison des deux revenus laissait apparaître une perte de gain de 9.32 %, arrondi à 9 %.

B. Désormais représenté par Me David Métille, R._____ a recouru le 9 septembre 2022 contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à la réforme en ce sens qu'une rente d'invalidité d'un taux de 21 % lui est versée avec effet au 1^{er} février 2022 pour les suites de l'accident du 9 avril 2019. Précisant que le litige portait uniquement sur la quotité du taux d'invalidité, il a fait valoir que le revenu sans invalidité devait être calculé sur la base du salaire horaire de 34 fr. 88 déclaré par l'employeur, même si ce dernier avait indiqué 33 fr. 95 auprès de l'OAI dans un formulaire en 2020. Aucun motif ne permettant de l'écarter puisqu'il s'agissait d'une augmentation appliquée dès 2020, époque où l'entreprise ne connaissait pas encore de difficultés financières. Un revenu sans invalidité annuel de 79'576 fr. 25 devait ainsi être retenu. Le revenu d'invalidité devait être établi sur la base de l'ESS 2020 en vertu de l'ATF 143 V 295 et une indexation de -0.7 % pour 2021 et 1.5 % pour 2022 (évolution des salaires nominaux pour les hommes), ce qui portait le revenu d'invalidité à 66'334 fr. 72. Il fallait en outre appliquer un abattement supplémentaire de 5 % pour tenir compte des limitations fonctionnelles ainsi que du fait qu'il avait été engagé auprès de la même entreprise depuis 19 ans au moment de l'accident et qu'il serait pénalisé dans des activités plus légères, en particulier à vocation administrative ou de surveillance, dès lors qu'il ne disposait d'aucune formation sanctionnée par l'obtention d'un diplôme ou d'un titre. Enfin, il fallait tenir compte du fait que la CNA avait calculé un coût potentiel de rente le 17 novembre 2020 d'un montant de 143'991 fr. et créé une réserve de ce montant, qui correspondait à un taux d'invalidité de 13.98 %. Le revenu avec invalidité s'établissait ainsi à 63'017 fr. 98, donnant droit à une rente d'invalidité d'un taux de 20.80 %, arrondi à 21 %. A l'appui de son écriture, le recourant a produit en particulier le questionnaire pour l'employeur rempli par O._____ SA le 16 juillet 2020 à l'intention de l'OAI, indiquant notamment que le salaire horaire valable depuis le 1^{er} janvier 2020 pour 40.5 heures par semaine

était de 33 fr. 95, montant auquel s'ajoutait le 13^e salaire ainsi que des indemnités vacances et jours fériés.

Répondant le 27 septembre 2022, l'intimée a relevé en premier lieu que l'ATF 143 V 295 cité par le recourant confirmait qu'il fallait recourir aux statistiques connues jusqu'au moment de la décision sur opposition, soit en l'occurrence l'ESS 2018 puisque l'ESS 2020 avait été publiée le 23 août 2022, soit postérieurement à la décision sur opposition litigieuse, rendue le 11 août 2022. Pour le surplus, l'intimée a réfuté l'ensemble de l'argumentation du recourant et conclu au rejet du recours.

Par réplique du 21 octobre 2022, le recourant a modifié ses conclusions, dans le sens de l'octroi d'une rente d'invalidité de 22 % dès le 1^{er} février 2022 pour les suites de l'accident du 9 avril 2019. Les renseignements donnés par l'employeur à l'OAI en juillet 2020 devaient être pris en compte, puisque l'entreprise ne rencontrait alors aucune difficulté économique. Une augmentation de salaire n'était en outre pas insolite, face à une pénurie de grutiers expérimentés. Il fallait donc retenir un revenu sans invalidité de 79'576 fr. 25. Pour le revenu avec invalidité, l'ESS 2020 devait être utilisée, selon les principes rappelés au consid. 4.1.5 de l'ATF 143 V 295. Il fallait en outre tenir compte d'une indexation de 0.1 % pour 2022 et calculer un abattement supplémentaire de 5 % pour tenir compte de l'âge, du temps de service pour le même employeur (19 ans) et de l'absence d'expérience professionnelle dans un autre domaine que la construction. Le revenu avec invalidité devait dès lors être fixé à 62'148 fr. 77.

Dans sa duplique du 4 novembre 2022, l'intimée a déclaré maintenir ses conclusions tendant au rejet du recours en renvoyant à sa décision sur opposition du 11 août 2022 ainsi qu'à sa réponse du 27 septembre 2022.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-accidents (art. 1 al. 1 LAA [loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents ; RS 832.20]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 et 58 LPGA), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

2. Le litige porte sur le droit du recourant à une rente de l'assurance-accidents, plus particulièrement sur la détermination des revenus avec et sans invalidité.

3. a) Aux termes de l'art. 6 al. 1 LAA, les prestations d'assurance sont allouées en cas d'accident professionnel, d'accident non professionnel et de maladie professionnelle.

L'art. 4 LPGA définit l'accident comme toute atteinte dommageable, soudaine et involontaire, portée au corps humain par une cause extérieure extraordinaire qui compromet la santé physique, mentale ou psychique ou qui entraîne la mort. La notion d'accident repose donc sur cinq éléments, ou conditions, qui doivent être cumulativement réalisés : une atteinte dommageable à la santé, le caractère soudain de l'atteinte, son caractère involontaire, un facteur extérieur et le caractère extraordinaire de ce facteur extérieur (ATF 142 V 219 consid. 4.3.1 ; 129 V 402 consid. 2.1). En outre, l'atteinte doit s'inscrire dans un rapport de causalité naturelle et adéquate avec le facteur extérieur extraordinaire.

b) Aux termes de l'art. 18 al. 1 LAA, si l'assuré est invalide à 10 % au moins par suite d'un accident, il a droit à une rente d'invalidité, pour autant que l'accident soit survenu avant l'âge ordinaire de la retraite. Le droit à la rente prend naissance dès qu'il n'y a plus à attendre de la continuation du traitement médical une sensible amélioration de l'état de la personne assurée – ce par quoi il faut entendre l'amélioration ou la récupération de la capacité de travail (ATF 134 V 109 consid. 4.3 ; TF 8C_95/2021 du 27 mai 2021 consid. 3.2) – et que les éventuelles mesures de réadaptation de l'assurance-invalidité ont été menées à terme. Le droit au traitement médical et aux indemnités journalières cesse dès la naissance du droit à la rente (art. 19 al. 1 LAA).

c) Pour évaluer le taux d'invalidité, et ainsi le montant de la rente, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide (revenu sans invalidité) est comparé à celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut encore raisonnablement être exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré (revenu avec invalidité). C'est la méthode ordinaire de comparaison des revenus (art. 16 LPGGA).

La comparaison des revenus s'effectue, en règle générale, en chiffrant aussi exactement que possible les montants de ces deux revenus et en les confrontant l'un avec l'autre, la différence permettant de calculer le taux d'invalidité (ATF 137 V 334 consid. 3.1.1 ; TF 8C_1/2020 du 15 octobre 2020 consid. 3.1). Pour procéder à la comparaison des revenus, il convient de se placer au moment de la naissance du droit éventuel à la rente (ATF 143 V 295 consid. 4.1.3 et les références ; TF 8C_837/2019 du 16 septembre 2020 consid. 5.2).

d) Le revenu sans invalidité doit être évalué de la manière la plus concrète possible. Il se déduit en règle générale du salaire réalisé avant l'atteinte à la santé, en l'adaptant toutefois à son évolution vraisemblable jusqu'au moment déterminant de la naissance éventuelle du droit à la rente (ATF 144 I 103 consid. 5.3 ; 134 V 322 consid. 4.1). On

se fondera, sur ce point, sur les renseignements communiqués par l'employeur ou, à défaut, sur l'évolution des salaires nominaux (par ex. : TF 9C_192/2014 du 23 septembre 2014 consid. 4.2).

On ne tiendra compte d'une hypothétique évolution salariale en raison d'un développement des capacités professionnelles individuelles (complément de formation, par exemple) ou de circonstances telles qu'une éventuelle promotion ou d'un changement d'emploi que si des indices concrets rendent une telle évolution de la carrière professionnelle vraisemblable de manière prépondérante. De simples déclarations d'intention de la personne assurée ne suffisent pas (TF 8C_290/2013 du 11 mars 2014 consid. 6 ; TF 9C_486/2011 du 12 octobre 2011 consid. 4.1 ; Margit Moser-Szeless, in Dupont/Moser-Szeless [édit.], Loi sur la partie générale des assurances sociales, Commentaire romand, Bâle 2018, n° 18 ad art. 16 LPGa).

e) aa) Comme le revenu sans invalidité, le revenu avec invalidité doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de la personne assurée. Le revenu effectivement réalisé par la personne assurée après la survenance de l'atteinte à la santé doit être pris en considération si l'activité exercée repose sur des rapports de travail stables et qu'elle met pleinement en valeur la capacité résiduelle de travail et de gain raisonnablement exigible (ATF 143 V 295 consid. 2.2). Un éventuel salaire social versé par l'employeur n'est pas pris en considération. La preuve d'un tel salaire social est toutefois soumise à des exigences strictes, car on peut partir du principe que les salaires payés équivalent normalement à une prestation de travail correspondante (ATF 141 V 351 consid. 4.2).

bb) Lorsque la personne assurée n'a pas repris d'activité lucrative dans une profession adaptée, ou lorsque son activité ne met pas pleinement en valeur sa capacité de travail résiduelle, contrairement à ce qui serait raisonnablement exigible, le revenu avec invalidité peut être évalué en se référant aux données salariales publiées tous les deux ans

par l'Office fédéral de la statistique dans l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS ; ATF 143 V 295 consid. 2.2 et 129 V 472 consid. 4.2.1).

cc) Pour une personne ne disposant d'aucune formation professionnelle dans une activité adaptée, il convient en règle générale de se fonder sur les salaires bruts standardisés (valeur centrale) dans l'économie privée (tableaux TA1_skill_level), tous secteurs confondus (TF 8C_205/2021 du 4 août 2021 consid. 3.2). Les salaires bruts standardisés dans l'ESS correspondent à une moyenne de travail de 40 heures par semaine et il convient de les adapter à la durée hebdomadaire moyenne dans les entreprises pour l'année prise en considération. On tiendra également compte de l'évolution des salaires nominaux, pour les hommes ou les femmes selon la personne concernée, entre la date de référence de l'ESS et l'année déterminante pour l'évaluation de l'invalidité (ATF 129 V 408 consid. 3.1.2). Cette année correspond en principe à celle lors de laquelle le droit éventuel à la rente prend naissance (ATF 134 V 322 consid. 4.1 ; 129 V 222).

dd) La personne assurée peut, selon sa situation personnelle, voir ses perspectives salariales être réduites par des facteurs tels que le handicap, les années de services, la nationalité, le titre de séjour ou le taux d'occupation. Une évaluation globale des effets de ces circonstances sur le revenu d'invalidité est nécessaire. La jurisprudence admet de procéder à une déduction de 25 % au maximum pour en tenir compte (ATF 146 V 16 consid. 4.1 ; 126 V 75).

4. Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent

raisonnablement en considération (ATF 144 V 427 consid. 3.2 ; 139 V 176 consid. 5.3 et les références citées).

5. a) En l'espèce, le recourant conteste l'appréciation des revenus avec et sans invalidité prise en compte par l'intimée pour déterminer son droit à une rente d'invalidité.

Il convient de relever à titre préliminaire que le recourant plaide en vain le recours aux chiffres retenus par l'OAI pour statuer sur le droit à la rente de l'assurance-invalidité. Bien que la notion d'invalidité soit en principe identique en matière d'assurance-invalidité et d'assurance-accidents, il n'en demeure pas moins que l'évaluation de l'invalidité par l'assurance-accidents n'a pas de force contraignante pour l'assurance-invalidité (ATF 133 V 549), tout comme l'assureur-accidents n'est pas lié par l'évaluation de l'invalidité de l'assurance-invalidité (ATF 131 V 362 consid. 2.3). Ce principe s'applique notamment à la détermination des revenus avec et sans invalidité (cf. TF 8C_679/2020 du 1^{er} juillet 2021 consid. 5.1). Cela étant, il convient d'examiner si les chiffres retenus par l'intimée sont conformes au droit et à la jurisprudence applicables en matière d'assurance-accidents.

b) Pour le revenu sans invalidité, l'intimée a retenu les chiffres figurant dans la déclaration de sinistre établie par l'employeur le 16 avril 2019, qu'elle a indexés à 2022. Lorsqu'elle a pris sa décision, l'employeur n'avait pas répondu à ses demandes malgré plusieurs rappels et l'intimée a constaté que le revenu annoncé en 2019 était supérieur au minimum prévu dans la convention collective. En procédure d'opposition, elle a écarté les chiffres communiqués entre-temps par l'employeur, parce que celui-ci faisait état d'une augmentation substantielle du salaire horaire au 1^{er} janvier 2020 qui ne paraissait pas crédible eu égard au salaire prévu dans la convention collective applicable au recourant et aux difficultés financières rencontrées par l'entreprise.

En premier lieu, il faut souligner que le recourant ne peut tirer argument des « coûts potentiels de rente » calculés par l'intimée le

17 novembre 2020. S'agissant uniquement d'une projection pour fixer les objectifs de gestion du cas, destinée à l'usage interne de l'assurance, les chiffres qui y sont reportés ne créent manifestement pas un droit pour l'assuré. Du reste, le même montant figure aux rubriques « gain assuré (base de l'[indemnité journalière]) » et « gain annuel (base de la rente) », alors que ces deux notions ne se recoupent pas entièrement. En effet, le gain assuré comprend les allocations familiales, lesquelles ne sont pas prises en compte dans le calcul du revenu sans invalidité (cf. TF 8C_733/2013 du 5 septembre 2014 consid. 5 et la référence citée). Le chiffre mentionné en tant que gain annuel ne saurait dès lors être repris sans autre vérification pour procéder au calcul du degré d'invalidité.

Les motifs pour lesquels l'intimée a écarté le salaire horaire communiqué par l'employeur en 2022 ne prêtent pas le flanc à la critique. Le passage d'un salaire horaire de 33 fr. 05 en 2019 à 34 fr. 88 en 2020 paraît en effet inexplicable en l'absence de changement du cahier des charges ou de nouvelle formation, ce d'autant que l'entreprise a connu quelques mois plus tard des difficultés économiques qui ont débouché sur l'ouverture d'une procédure de faillite. En revanche, c'est le lieu de rappeler que le recourant a pu reprendre le travail quelques jours après son accident, sans interruption jusqu'en mars 2020. Un réajustement du salaire au 1^{er} janvier 2020, par exemple pour rattraper des indexations non répercutées les années précédentes, est ainsi plausible. Or, le recourant a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité en juin 2020 en déclarant un salaire horaire de 33 fr. 90, tandis que l'employeur a noté un salaire horaire de 33 fr. 95 dans le formulaire ad hoc qu'il a rempli en juillet 2020 à l'intention de l'OAI. Ces deux déclarations ont été données de manière concomitante par l'employeur et le recourant, à une époque où ceux-ci ne pouvaient se rendre compte des incidences de leurs déclarations sur le calcul du degré d'invalidité. Elles peuvent ainsi être assimilées à des « premières déclarations » sur la situation valable en 2020 (cf. ATF 142 V 590 consid. 5.2), étant au surplus relevé que la véracité de ces déclarations aurait pu facilement être vérifiées par l'intimée en se procurant les fiches de salaires de janvier à mars 2020, ce qu'elle n'a pas fait. Ainsi, contrairement à ce qu'a retenu

l'intimée, aucun élément au dossier ne permet de remettre en doute le salaire communiqué à l'OAI par le recourant en juin 2020, respectivement en juillet 2020 par l'employeur. Ceux-ci n'ayant pas fait état d'autres modifications salariales pour 2021 et 2022, le revenu sans invalidité doit être calculé sur la base d'un salaire horaire brut de 33 fr. 95 auquel s'ajoute le treizième salaire par 8.33 %, avec une durée de travail de 40.5 heures par semaine, puis indexé à 2021 et 2022.

Le revenu annuel valable pour 2020 s'élève ainsi à $(33.95 \times 108.33 \% \times 40.5 \times 52 =) 77'454 \text{ fr. } 55$. Pour l'indexation, l'intimée a retenu, dans sa décision sur opposition, les taux de -0.7 % pour 2021 et 1.9 % pour 2022. Le recourant a contesté ce dernier taux dans le cadre de la détermination du revenu avec invalidité, mais les mêmes règles sont applicables dans les deux termes de la comparaison. L'intimée a retenu ce taux dès lors qu'il s'agissait de l'estimation de l'évolution des salaires nominaux du premier trimestre 2022 publié par l'Office fédéral de la statistique. S'agissant du seul indice disponible au moment où l'intimée a statué sur l'opposition, elle était légitimée à s'en servir, quand bien même il s'agit d'une estimation qui n'opère pas de distinction entre les hommes et les femmes. Le recourant ne peut être suivi dans son calcul consistant à pondérer cet indice sur la base des écarts observés les années précédentes entre les salaires des hommes et des femmes, sauf à tomber dans l'arbitraire. Par ailleurs, contrairement à ce que soutient le recourant, l'ATF 143 V 295 ne consacre pas le recours à des statistiques publiées postérieurement à la date de la décision sur opposition ni, a fortiori, en cours d'instance cantonale. Cet arrêt confirme uniquement l'utilisation des nouvelles statistiques publiées durant la procédure d'opposition, soit postérieurement à la décision sujette à opposition mais avant la décision sur opposition (consid. 4.1.7 ; dans le cas jugé par le Tribunal fédéral, la décision sur opposition rendue le 9 novembre 2015 pouvait prendre en compte l'ESS 2012 publiée en octobre 2014, quand bien même la décision avait été rendue en juillet 2014). Après indexation de -0.7 % puis de 1.9 %, le revenu sans invalidité déterminant est de 78'373 fr. 70.

c) A propos du revenu avec invalidité, le recourant remet en question le recours à l'ESS 2018 par une lecture erronée de l'ATF 143 V 295. Comme déjà exposé ci-dessus (consid. 5b), seules les données statistiques publiées au plus tard à la date de la décision sur opposition peuvent être prises en compte. L'ESS 2020 a été publiée le 23 août 2022, donc postérieurement à la décision sur opposition litigieuse, rendue le 11 août 2022. Il faut dès lors s'en tenir à l'ESS 2018. Pour le surplus, le recourant ne conteste pas, à juste titre, l'utilisation du montant déterminé par le tableau TA1_skill_level, niveau de compétence 1, pour les hommes, tous secteurs confondus, à savoir 5'417 fr. par mois dans l'ESS 2018, ainsi que de la durée usuelle du temps de travail de 41.7 heures. Les indexations à 2019 (0.9 %), 2020 (0.8 %) et 2021 (-0.7 %) sont également admises, tandis qu'il a été constaté ci-dessus que le chiffre utilisé par l'intimée pour l'indexation à 2022 (1.9 %) peut être confirmé. Avec ces éléments de calcul, le revenu avec invalidité s'élève bien à 69'741 fr. 50.

Le recourant fait valoir qu'un abattement de 5 % aurait dû être opéré pour tenir compte de son handicap et de ses années de service pour le même employeur ainsi que dans le même domaine d'activité. Sur le handicap, le parallèle que semble faire le recourant entre le taux d'abattement et le taux de l'indemnité pour atteinte à l'intégrité n'a pas lieu d'être, dans la mesure où il s'agit de deux notions bien distinctes. En effet, l'atteinte à l'intégrité se détermine en fonction de la perte de fonctionnalité de la partie du corps atteinte, indépendamment de la profession exercée. Or selon la jurisprudence, les limitations fonctionnelles ne peuvent justifier un abattement sur le revenu d'invalidité que si, dans un marché du travail équilibré, il n'y a plus un éventail suffisamment large d'activités accessibles à l'assuré (cf. TF 8C_122/2019 du 10 septembre 2019 consid. 4.3.1.4 ; TF 8C_174/2019 du 9 juillet 2019 consid. 5.2.2 et les références). En l'occurrence, les limitations fonctionnelles consécutives à l'accident de 2019 restent compatibles avec un grand nombre d'activités légères dans les secteurs de la production et des services comprises dans le tableau TA1_skill_level de l'ESS 2018 niveau de compétence 1 (sur ce point, l'arrêt TF 8C_122/2019 précité concernait un assuré dont les

limitations fonctionnelles touchaient les mouvements du coude droit et une limitation du port de charges supérieures à 7 kg). Il ne se justifie dès lors pas d'admettre un abattement en lien avec les limitations fonctionnelles.

S'agissant du parcours professionnel du recourant, il faut admettre qu'il a travaillé pour le même employeur durant de nombreuses années. La jurisprudence considère cependant que l'influence de la durée de service diminue dans la mesure où les exigences d'un emploi dans le secteur privé sont moins élevées, de sorte qu'un abattement pour années de service n'est pas justifié dans le cadre du niveau de compétence 1 de l'ESS (correspondant au niveau de qualification 4 avant l'ESS 2012 ; cf. TF 8C_46/2018 du 11 janvier 2019 consid. 4.4 ; 8C_103/2018 du 25 juillet 2018 consid. 5.2). Il en va de même en cas d'absence d'expérience et de formation, le niveau de compétence 1 de l'ESS concernant une catégorie d'emploi ne nécessitant ni formation ni expérience professionnelle spécifique (TF 8C_118/2021 du 21 décembre 2021 consid. 6.3.2). Au demeurant, selon l'extrait de son compte individuel AVS, il apparaît qu'O._____ SA n'a pas été le seul employeur du recourant depuis qu'il est actif et qu'il a précédemment œuvré dans le domaine de l'hôtellerie-restauration notamment, ce qui témoigne d'une certaine capacité d'adaptation.

Enfin, il n'apparaît aucun autre motif susceptible de justifier un abattement supplémentaire. Etant relevé que le Tribunal fédéral n'a pas encore tranché le point de savoir si, dans le domaine de l'assurance-accidents obligatoire, l'âge d'un assuré constitue un critère d'abattement ou si son influence sur la capacité de gain doit être prise en compte uniquement dans le cadre de la réglementation particulière de l'art. 28 al. 4 OLAA (TF 8C_122/2019 du 10 septembre 2019 consid. 4.3.2 et les références citées), il ne constitue pas en soi un facteur de réduction du salaire statistique. Bien que l'âge soit inclus dans le cercle des critères déductibles depuis la jurisprudence de l'ATF 126 V 75, il ne suffit pas de constater qu'un assuré a dépassé la cinquantaine au moment déterminant du droit à la rente pour que cette circonstance justifie de procéder à

un abattement. L'effet de l'âge combiné avec un handicap doit faire l'objet d'un examen dans le cas concret, les possibles effets pénalisants au niveau salarial induits par cette constellation aux yeux d'un potentiel employeur pouvant être compensés par d'autres éléments personnels ou professionnels tels que la formation et l'expérience professionnelle de l'assuré concerné (TF 8C_175/2020 du 22 septembre 2020 consid. 3.4 ; 8C_766/2017 et 8C_773/2017 du 30 juillet 2018 consid. 8.6 ; TF 8C_227/2017 du 17 mai 2018 consid. 5). En l'occurrence, au moment de l'ouverture du droit à la rente, le recourant était âgé de 54 ans. Cet âge, relativement éloigné de celui de la retraite, ne constitue ainsi pas en soi un obstacle à l'accès aux emplois visés par le niveau de compétence 1 de l'ESS 2018, les emplois non qualifiés étant, en règle générale, disponibles indépendamment de l'âge de l'intéressé sur le marché équilibré du travail (cf. 8C_766/2017 et 8C_773/2017 du 30 juillet 2018 consid. 8.6 ; TF 8C_226/2018 du 30 janvier 2019 consid. 4.2). En conséquence, il n'y a pas lieu d'opérer un abattement supplémentaire sur le revenu avec invalidité en lien avec l'expérience, la formation ou encore l'âge du recourant.

d) La comparaison entre les revenus avec et sans invalidité déterminés ci-dessus fait apparaître une perte de gain annuelle de 8'632 fr. 20, ce qui correspond à un degré d'invalidité de 11.01 %, arrondi à 11 % (ATF 130 V 121 consid. 3.2 ; TF 9C_497/2020 du 25 juin 2021 consid. 5.2.2). Ce taux ouvre le droit à une rente d'invalidité dans la même mesure à compter du 1^{er} février 2022, date non contestée à laquelle la situation médicale est considérée comme stabilisée.

6. a) Vu ce qui précède, le recours doit être admis et la décision sur opposition litigieuse réformée en ce sens que le recourant a droit à une rente d'invalidité de 11 % à compter du 1^{er} février 2022.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f^{bis} LPGA).

Vu le sort de ses conclusions, la partie recourante a droit à une indemnité de dépens à titre de participation aux honoraires de son conseil (art. 61 let. g LPGA). Il convient d'arrêter cette indemnité à 2'000 fr., débours et TVA compris (art. 10 et 11 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]), et de la mettre intégralement à la charge de la partie intimée.

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

- I. Le recours est admis.

- II. La décision sur opposition rendue le 11 août 2022 par la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents est réformée, en ce sens que R. _____ a droit à une rente d'invalidité de 11 % à compter du 1^{er} février 2022.

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

- IV. La Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents versera à R. _____ une indemnité de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me David Métille (pour R. _____),
- Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents,
- Office fédéral de la santé publique,

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).

La greffière :