

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 4 janvier 2021

Composition : Mme DURUSSEL, présidente
M. Neu et Mme Dessaux, juges
Greffière : Mme Guardia

Cause pendante entre :

A. _____, à [...], recourant, représenté par Me Charles Fragnière, avocat à Montreux,

et

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

Art. 4 et 37 al. 4 LPGA ; art. 6 al. 1, 15 et 17 LAA ; art. 8 et 28 LACI ; art. 11, 22 et 23 al. 1 et 8 OLAA ; art. 19a, 19d, 19f et 19i LEmp

E n f a i t :

A. a) A. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a travaillé comme ouvrier de construction pour [...] entre le 9 janvier 2017 et le mois d'octobre 2017, date de son licenciement. A ce titre, il était assuré contre les accidents professionnels et non professionnels ainsi que les maladies professionnelles auprès de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (ci-après : la CNA ou l'intimée).

Le 24 août 2017, l'assuré a glissé et est tombé dans un petit trou alors qu'il marchait sur le chantier d'une patinoire. Il a par la suite présenté une contusion des deux talons et des douleurs aux deux chevilles (rapport du 29 octobre 2017 du Dr T. _____, spécialiste en médecine interne générale).

La CNA a pris le cas en charge et fixé le montant de l'indemnité journalière à 130 fr. 20 (décision du 15 septembre 2017).

Par décision du 15 juin 2018, la CNA a mis fin au paiement des soins médicaux et de l'indemnité journalière avec effet au 30 juin 2018 au soir, considérant que dès cette date l'assuré n'avait plus besoin de traitement médical spécifique. Dans une décision du 9 juillet 2018, la CNA a refusé d'octroyer à l'assuré une rente d'invalidité ou une indemnité pour atteinte à l'intégrité.

b) Suite à la décision de la CNA, la Caisse de chômage a ouvert un délai-cadre d'indemnisation dès le 2 juillet 2018.

Par certificats médicaux du 2 octobre, du 31 octobre et du 30 novembre 2018, le Dr T. _____ a attesté de l'incapacité de travail de l'assuré pour cause de maladie du 1^{er} octobre au 31 décembre 2018.

L'assuré s'est ainsi vu mettre au bénéfice des prestations de l'assurance perte de gain maladie (APGM) entre le 31 octobre 2018 et le

25 juin 2019, son droit aux prestations étant épuisé à cette date (décision du 3 juillet 2019 du Service de l'emploi). Dans ce cadre, son indemnité journalière s'élevait à 171 fr. 45.

c) Se plaignant de douleurs aux pieds, l'assuré a subi le 11 janvier 2019 des infiltrations plantaires, sans que celles-ci n'apportent l'amélioration escomptée. Une IRM (imagerie par résonance magnétique) pratiquée le 4 février 2019 a montré une tendinopathie insertionnelle du tendon d'Achille à droite, non présente sur les précédents examens d'imagerie du 6 novembre 2017 (rapports du 14 mars 2019 du Dr J._____, spécialiste anesthésiologie ; du 7 août 2019 du Dr M._____, spécialiste en chirurgie orthopédique et traumatologie de l'appareil locomoteur, médecin d'arrondissement auprès de la CNA). Au vu de ces éléments, le Dr W._____, spécialiste en chirurgie orthopédique et traumatologie de l'appareil locomoteur, a préconisé, le 1^{er} avril 2019, un traitement chirurgical en endoscopie.

Dans un envoi daté du 28 avril 2019, l'assuré a requis de la CNA qu'elle reconsidère sa décision du 15 juin 2018 au motif qu'il se trouvait toujours en incapacité de travail et qu'il devait être opéré.

Par courrier du 4 septembre 2019, la CNA a indiqué allouer ses prestations pour la rechute de l'accident survenu le 24 août 2017 et pour laquelle une intervention avait été programmée le 27 juin 2019.

Le 27 juin 2019, l'assuré a subi une calcanéoplastie endoscopique, une arthroscopie sous-talienne, une synovectomie partielle postérieure, une libération du tendon fléchisseur hallucis longus et une plastie tendineuse du tendon d'Achille de la cheville droite.

A la suite de cette intervention, l'assuré s'est trouvé en incapacité de travail jusqu'au 29 mai 2020 (rapport du 18 septembre 2019 du Dr M._____; certificats médicaux du Dr W._____ des 27 juin 2019, 9 juillet 2019, 23 août 2019, 4 octobre 2019, 26 novembre 2019, 17

janvier 2020 et 13 mars 2020 ; rapports des 8 janvier et 24 mars 2020 du Dr W._____).

Dans un courrier du 2 octobre 2019, la CNA a fixé le montant de l'indemnité journalière de l'assuré à 32 fr. 50, le droit à dite indemnité prenant effet le 27 juin 2019.

Le 24 octobre 2019, l'assuré, représenté par Me Charles Fragnière, a contesté le montant de l'indemnité journalière fixé par la CNA. Il a fait valoir qu'à la date de sa rechute, il se trouvait toujours dans le délai-cadre d'indemnisation de l'assurance-chômage et qu'il avait perçu, juste avant qu'elle ne survienne, des prestations de l'APGM, de sorte que son indemnité journalière devait correspondre à 167 fr. 20 par jour calendaire.

Par courrier du 2 décembre 2019, la CNA a répondu que l'assuré ne pouvait pas, au moment de la rechute, être considéré comme une personne dépendante de l'assurance-chômage dès lors qu'il bénéficiait de prestations prévues par la législation vaudoise pour les personnes sans activité professionnelle se trouvant en incapacité de travail. Elle a confirmé que l'indemnité journalière devait être fixée à 32 fr. 50.

Le 12 décembre 2019, l'assuré a requis que la CNA rende une décision formelle fixant le montant des indemnités journalières.

Par décision du 16 décembre 2019, la CNA a fixé le montant de l'indemnité journalière à 32 fr. 50, confirmant le contenu de son courrier du 2 décembre 2019.

Par acte du 31 janvier 2020, l'assuré, représenté par Me Fragnière, a formé opposition à l'encontre de la décision du 16 décembre 2019. Il a fait valoir que les indemnités qui lui avaient été versées par l'APGM avant sa rechute devaient être assimilées à un salaire et qu'à défaut, le gain assuré devait être déterminé en tenant compte du gain

qu'il aurait obtenu sans atteinte à la santé. Il a également demandé à être mis au bénéfice de l'assistance juridique gratuite.

Par décision sur opposition du 13 février 2020, la CNA a rejeté l'opposition formée par l'assuré, considérant que le salaire déterminant pour calculer le gain assuré avant la rechute ne pouvait être établi compte tenu des APGM. La CNA a également refusé d'accorder à l'assuré l'assistance juridique gratuite au motif que les conclusions de l'opposant paraissaient vouées à l'échec.

B. Par acte du 16 mars 2020, A._____, toujours représenté par Me Fragnière, a déféré la décision susmentionnée devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal concluant principalement à sa réforme en ce sens que le montant de l'indemnité journalière versée suite à la rechute du 27 juin 2019 soit arrêté à 167 fr. 20 par jour calendaire ainsi qu'à l'octroi de l'assistance juridique gratuite et subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause devant la CNA pour nouvelle décision. Il a fait valoir que le montant des indemnités journalières versées par l'APGM devait être pris en considération pour déterminer son gain assuré, ces indemnités constituant un revenu de substitution. Il a également relevé que le recourant se trouvait au chômage - ou aurait perçu les prestations de l'assurance-chômage s'il n'avait été atteint dans sa santé - au moment de sa rechute, de sorte que les indemnités journalières de l'assurance-accidents devaient correspondre à l'indemnité nette de l'assurance-chômage.

Par acte du 3 juillet 2020, la CNA a conclu au rejet du recours.

Le 11 août 2020, A._____ a indiqué ne pas avoir de moyens complémentaires à faire valoir.

A la demande de la juge instructrice, la Caisse cantonale de chômage a attesté, le 25 août 2020, du fait que le recourant avait bénéficié d'indemnités de chômage entre le 2 juillet et le 30 octobre 2018, son délai-cadre d'indemnisation ayant été ouvert du 2 juillet 2018 au 1^{er}

juillet 2020. A compter du 31 octobre 2018 et jusqu'au 25 juin 2019, il avait été indemnisé par l'APGM. La Caisse a précisé que si l'intéressé avait recouvré une capacité de travail à la fin des prestations de l'APGM, et pour autant que les autres conditions soient remplies, il aurait pu bénéficier encore de 178 indemnités de chômage, ceci jusqu'à la fin de son délai-cadre d'indemnisation.

Le 10 septembre 2020, faisant suite à l'envoi de la Caisse cantonale de chômage, la CNA a confirmé son écriture du 3 juillet 2020.

Par acte du 24 septembre 2020, le recourant a relevé que la date de la rechute retenue par l'autorité intimée devait être avancée dès lors que la nécessité de l'opération finalement prise en charge était apparue le 4 février 2019 au moins. A cet égard, il a produit une pièce nouvelle, soit un certificat du 14 septembre 2020 du Dr T. _____ selon lequel son patient s'était présenté le 30 novembre 2018 à sa consultation, signalant d'importantes douleurs au pied droit, suite à une marche du 20 novembre 2018, et qu'il avait été adressé au [...].

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 a pour objet le montant de l'indemnité journalière à laquelle le recourant a droit pour la période suivant sa rechute, singulièrement le gain assuré à prendre en considération pour le calcul de cette indemnité, ainsi que son droit à l'assistance gratuite d'un conseil juridique dans la procédure administrative conduite par l'intimée.

3. a) Aux termes de l'art. 6 al. 1 LAA, si la loi n'en dispose pas autrement, les prestations d'assurance sont allouées en cas d'accident professionnel, d'accident non professionnel et de maladie professionnelle. Selon l'art. 4 LPGA, est réputé accident 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 responsabilité de l'assureur-accidents s'étend, en principe, à toutes les conséquences dommageables qui se trouvent dans un rapport de causalité naturelle et adéquate avec l'événement assuré. Les prestations d'assurance sont donc également allouées en cas de rechutes et de séquelles tardives (art. 11 OLAA [ordonnance fédérale du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents ; RS 832.202]). Selon la jurisprudence, les rechutes et les séquelles tardives ont ceci en commun qu'elles sont attribuables à une atteinte à la santé qui, en apparence seulement, mais non dans les faits, était considérée comme guérie. Il y a rechute lorsque c'est la même affection qui se manifeste à nouveau. On parle de séquelles tardives lorsqu'une atteinte apparemment guérie produit, au cours d'un laps de temps prolongé, des modifications organiques ou psychiques qui conduisent souvent à un état pathologique différent (ATF 123 V 137 consid. 3a et les références citées ; TF 8C_61/2016 du 19 décembre 2016 consid. 3.2). Les rechutes et suites tardives se rattachent donc par définition à un événement accidentel. Corrélativement, elles ne peuvent faire naître une obligation de l'assureur-accidents (initial) de verser des prestations que s'il existe un lien de causalité naturelle et adéquate entre les nouvelles plaintes de l'intéressé et l'atteinte à la santé causée à l'époque par l'accident assuré (ATF 118 V

293 consid. 2c et les références citées ; TF 8C_571/2016 du 24 mars 2017 consid. 3).

b) aa) Selon l'art. 15 LAA, les indemnités journalières et les rentes 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).

Pour les salariés, l'indemnité journalière s'élève à 80 % du gain assuré en cas d'incapacité totale de travail (art. 17 al. 1 LAA). Pour les personnes au chômage, l'indemnité journalière correspond à l'indemnité nette de l'assurance-chômage visée aux art. 22 et 22a LACI (loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage ; RS 837.0), calculée par jour civil (art. 17 al. 2 LAA).

bb) Sous réserve de certains des cas spéciaux prévus par la loi (cf. par exemple art. 23 al. 1 OLAA), le gain assuré au sens des art. 15 LAA et 22 OLAA se fonde sur le salaire effectivement touché par l'assuré et ne se rapporte pas à un gain fictif. Il ne faut pas perdre de vue que, dans l'assurance-accidents, les indemnités journalières servent à compenser la perte de revenu d'une activité lucrative ou d'un revenu de substitution en cas d'incapacité de travail consécutive à un accident assuré (art. 16 al. 1 LAA ; Message du 18 août 1976 à l'appui d'un projet de loi fédérale sur l'assurance-accidents, FF 1976 III 143, 170 ch. 342 ; Alfred Maurer, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 2^{ème} éd., Berne 1989, p. 321). L'indemnité journalière compense la perte de capacité de gain résultant de l'incapacité de travail. Par conséquent, le droit aux indemnités journalières est subordonné à une limitation de la capacité de travail avec une réduction correspondante du salaire (ATF 130 V 35 consid. 3.3 et les références citées). Ainsi, un assuré qui est (médicalement parlant) atteint dans sa capacité de travail par les conséquences de l'accident, mais qui ne subit pas de perte de gain, n'a en principe pas droit à des prestations (ATF 130 V 35 consid. 3.3 à 3.5 et les références citées ; TF 4A_348/2007 du 19 décembre 2007 consid. 3.3.1).

cc) Conformément à la délégation de l'art. 15 al. 3 LAA, le Conseil fédéral a promulgué des dispositions sur la prise en considération du gain assuré dans des cas spéciaux, pour l'indemnité journalière à l'art. 23 OLAA. 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 (TFA du 19 août 1996, publié in SVR 1997 UV n° 91 p. 331 consid. 3a).

Aux termes de l'art. 23 al. 1 OLAA, lorsque l'assuré n'a pas perçu de salaire ou seulement un salaire réduit notamment en raison d'absences par suite d'accident ou de maladie, le gain pris en considération est celui qu'il aurait obtenu sans ces absences. Dans les éventualités visées, on se fonde sur le revenu hypothétique que l'assuré aurait obtenu sans leur survenance ; les pertes ou réduction de salaire sont ainsi compensées, pour autant qu'elles soient survenues durant l'affiliation à l'assurance obligatoire en raison de l'une des circonstances énumérées (Jean-Maurice Frésard/Magrit Moser-Szeless, L'assurance-accidents obligatoire, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3^{ème} éd., Bâle 2016, n° 130 p. 885).

L'art. 23 al. 8 OLAA concerne le calcul des indemnités journalières en cas de rechute (ATF 123 V 137 consid. 3a et les références citées ; TF 8C_61/2016 du 19 décembre 2016 consid. 3.2, in SVR 2017 UV n° 19 p. 63). Dans pareille situation, le salaire déterminant est celui que l'assuré a reçu juste avant celle-ci ; il ne saurait toutefois être inférieur à 10 % du montant maximum du gain journalier assuré, sauf pour les bénéficiaires de rentes de l'assurance sociale (art. 23 al. 8 OLAA). L'art. 23 al. 8 OLAA constitue une prescription particulière qui déroge à la règle générale de l'art. 15 al. 2 LAA, concernant la période de référence pour le calcul du gain assuré. La circonstance prévue à l'art. 23 al. 8 OLAA se rapporte en effet directement à la survenance d'une (nouvelle) incapacité de travail. Par salaire reçu juste avant la rechute, il faut ainsi comprendre le gain réalisé juste avant l'incapacité de travail (TF 8C_778/2016 du 1^{er} septembre 2017 consid. 3.3.3 ; TFA U 357/04 du 22 septembre 2005

consid. 1.5.2). A cet égard, appliquant l'art. 23 al. 8 *in fine* OLAA, le Tribunal fédéral des assurances a eu l'occasion de préciser que l'assuré victime d'une rechute ou de séquelles d'un accident assuré qui, juste avant cette incapacité de travail, ne percevait ni revenu d'une activité lucrative ni revenu de substitution, a droit à des indemnités journalières calculées sur un salaire déterminant fixé à 10 % du montant maximum du gain journalier assuré (SVR 1997 UV n° 91 p. 331 consid. 3b)

4. a) L'assurance-chômage vise en particulier à combattre le chômage existant et à favoriser l'intégration rapide et durable des assurés dans le marché du travail (art. 1a al. 2 LACI). Un assuré a droit à l'indemnité de chômage (art. 8 al. 1 LACI) s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse AVS (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences de contrôle (let. g).

Selon l'art. 28 al. 1 LACI, les assurés qui, passagèrement, ne sont aptes ni à travailler ni à être placés ou ne le sont que partiellement en raison d'une maladie (art. 3 LPGA), d'un accident (art. 4 LPGA) ou d'une grossesse et qui, de ce fait, ne peuvent satisfaire aux prescriptions de contrôle, ont droit à la pleine indemnité journalière s'ils remplissent les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité. Leur droit persiste au plus jusqu'au trentième jour suivant le début de l'incapacité totale ou partielle de travail et se limite à quarante-quatre indemnités journalières durant le délai-cadre. Ainsi, les personnes assurées qui sont passagèrement inaptes à travailler ou à être placées en raison d'une maladie notamment et qui, de ce fait, ne peuvent satisfaire aux obligations qui leur incombent (rechercher un emploi, se présenter aux entretiens fixés par leur office régional de placement) ont droit aux indemnités journalières de chômage, pour autant que toutes les autres conditions du droit soient remplies. Ce droit est de relativement courte

durée puisqu'il persiste au plus tard jusqu'au trentième jour civil suivant le début de l'incapacité totale ou partielle de travail. Pour pallier à cette problématique et éviter que des personnes au chômage, qui se trouvent en incapacité passagère de travail en raison d'une maladie ou d'une grossesse, se retrouvent sans aucune ressource financière alors qu'elles ont épuisé leur droit aux indemnités prévues par l'art. 28 LACI, le canton de Vaud a adopté des dispositions relatives à l'assurance perte de gain maladie pour les bénéficiaires d'indemnités de chômage (Exposé des motifs et projet de loi sur une assurance perte de gain maladie pour les bénéficiaires d'indemnités de chômage et projet de loi modifiant la LEmp, avril 2011 ; ci-après : EMPL 2011, pp. 4 et 6).

b) Aux termes de l'art. 19a LEmp (loi vaudoise sur l'emploi du 5 juillet 2005 ; BLV 822.11), l'assurance perte de gain maladie pour les bénéficiaires d'indemnités de chômage a pour but le versement de prestations complémentaires aux chômeurs en incapacité provisoire de travail, totale ou partielle, pour des raisons de maladie ou de grossesse, et qui ont épuisé leur droit aux indemnités de chômage, conformément à l'art. 28 LACI. L'APGM produit ses effets dès le jour où débute le délai-cadre d'indemnisation de l'assuré (art. 19d LEmp). Pour pouvoir prétendre aux prestations de cette assurance, l'assuré doit cumulativement se trouver en incapacité provisoire de travail, totale ou partielle, au sens de l'art. 28 LACI, avoir satisfait aux obligations de contrôle prévues par la LACI pendant un mois au moins et séjourner dans son lieu de domicile (art. 19e LEmp). Le montant des prestations, après paiement des cotisations APGM, est équivalent au montant net des indemnités de chômage qui serait versé à l'assuré s'il n'était pas en incapacité de travail, totale ou partielle (art. 19f LEmp). Les prestations sont versées jusqu'à concurrence de 170 jours ouvrables si l'assuré a droit à 260 indemnités de chômage (art. 19h al. 4 let. b LEmp).

Selon l'art. 19l al. 1 LEmp, les prestations et le fonctionnement de l'APGM sont financés par les cotisations des assurés. Conformément à l'art. 19m al. 1 LEmp, la cotisation à l'APGM est prélevée d'une part par les caisses de chômage, au moyen d'une déduction du montant des

indemnités de chômage versées aux assurés - les caisses de chômage rétrocèdent ensuite ces montants au Service de l'emploi, selon des modalités fixées par le Conseil d'Etat - (let. a), d'autre part par le Service de l'emploi, au moyen d'une déduction du montant des prestations versées au titre de l'APGM (let. b).

Les personnes, inscrites auprès de l'assurance-chômage, qui remplissent toutes les conditions du droit et qui bénéficient des indemnités de chômage, sont en principe obligatoirement assurées à l'APGM (cf. EMPL 2011, p. 6). Le but de cette assurance complémentaire est de pallier une absence de couverture momentanée ; elle ne doit pas servir à prolonger la couverture d'une incapacité qui existait déjà avant l'arrivée au chômage. Ainsi, les personnes qui s'inscrivent au chômage avec un certificat médical et bénéficient tout de suite des indemnités versées en application de l'art. 28 LACI, sans jamais toucher d'indemnités de chômage « normales », n'ont pas droit à ces prestations (cf. EMPL 2011 p. 10).

5. a) En l'occurrence, l'existence d'une rechute en lien de causalité avec l'accident survenu le 24 août 2017 a été admise par l'intimée. Il n'y a ainsi pas lieu de s'attarder sur le principe de la couverture d'assurance par l'assureur-accidents.

En outre, dès lors que l'intimée est entrée en matière sur l'allocation d'indemnités journalières, le droit à l'allocation de ces indemnités ne sera pas examiné dans son principe, notamment sous l'angle de l'existence d'une perte de gain, mais uniquement en lien avec le calcul des indemnités qui est seul contesté.

b) Il ressort de ses déterminations que l'intimée considère que, dans la mesure où, à la veille de la rechute qu'elle a fixée au 27 juin 2019, le recourant n'avait pas touché de prestations de l'APGM - dès lors que son droit avait pris fin au 25 juin 2019 -, il convient de considérer qu'il ne percevait, directement avant cette nouvelle incapacité de travail, ni revenu d'une activité lucrative ni revenu d'une activité de substitution de

sorte qu'en application de l'art. 23 al. 8 *in fine* OLAA et de la jurisprudence rendue en la matière (cf. consid 3b cc) *supra*) les indemnités journalières doivent être calculées sur un salaire déterminant fixé à 10 % du montant maximum du gain journalier assuré. La CNA estime en outre qu'en tout état de cause, il ne peut être tenu compte des prestations de l'APGM pour déterminer le gain assuré car ces prestations tendent non pas à remplacer un salaire mais à éviter que des personnes n'aient recours à l'aide sociale. Elle relève que ces prestations sont subsidiaires aux indemnités de chômage et découlent du droit cantonal autonome et qu'elles ne sauraient donc justifier une application - cas échéant par analogie - de l'art. 17 al. 2 LAA. L'intimée estime ainsi que le gain journalier assuré doit être arrêté à 40 fr. 60, soit 10 % du montant maximum du gain journalier assuré de 406 fr. (art. 22 al. 1 et 23 al. 8 *in fine* OLAA) et a donc fixé les indemnités journalières à 32 fr. 50 (40 fr. 60 x 80 %) (art. 17 al. 1 LAA).

Pour sa part, le recourant allègue que les prestations de l'APGM doivent être considérées comme un revenu de substitution visant à compenser la perte de revenu d'une activité lucrative de sorte qu'il y a lieu de les prendre en compte dans le calcul de son gain assuré. Subsidiairement, il affirme que, comme il se trouvait au chômage avant la rechute, il y a lieu d'appliquer l'art. 17 al. 2 LAA pour déterminer son indemnité journalière, cas échéant par analogie.

aa) En premier lieu, il convient de déterminer la date à laquelle est survenue la rechute, les parties étant en désaccord sur ce point. L'intimée a fixé la survenance de la rechute au 27 juin 2019, date à laquelle le recourant a subi une intervention. Le recourant prétend quant à lui que la problématique ayant justifié dite intervention était antérieure et que dès lors il convient de fixer la rechute au 4 février 2019, date à laquelle l'atteinte ayant justifié l'intervention du 27 juin 2019 a été détectée.

Pour fixer la date de la rechute, il y a lieu de déterminer à partir de quel moment le recourant s'est trouvé en incapacité de travail (art. 11 OLAA, 16 al. 1 LAA ; TF 8C_778/2016 précité consid. 3.3.4). A cet

égard, on constate que, bien que l'atteinte à la santé ayant justifié l'intervention du 27 juin 2019 a été diagnostiquée avant celle-ci, c'est seulement après cette opération que le recourant s'est trouvé en incapacité de travail (cf. rapport du 18 septembre 2019 du Dr M. _____ ; certificats médicaux du Dr W. _____ des 27 juin 2019, 9 juillet 2019, 23 août 2019, 4 octobre 2019, 26 novembre 2019, 17 janvier 2020 et 13 mars 2020). Il n'existe au demeurant aucun élément au dossier permettant de reconnaître une incapacité de travail antérieure en lien avec la rechute. Ainsi, la rechute doit être fixée au 27 juin 2019 de sorte que le revenu déterminant pour calculer le gain assuré est celui perçu juste avant cette date (art. 23 al. 8 OLAA ; cf. consid. 3b cc) *supra*).

bb) La date de la rechute étant fixée, il y a lieu de délimiter la période à prendre en considération pour arrêter le « salaire déterminant reçu juste avant la rechute » au sens de l'art. 23 al. 8 OLAA.

Comme relevé ci-dessus (cf. consid 3b cc) *supra*), l'art. 23 OLAA tend à atténuer la rigueur de la règle du dernier salaire reçu avant l'accident lorsque cette règle pourrait conduire à des résultats inéquitables. Ainsi, si par suite de service militaire, de service civil, de service dans la protection civile ou par suite d'accident, de maladie, de maternité ou de réduction de l'horaire de travail, l'assuré n'a reçu aucun salaire ou n'a touché qu'un salaire réduit, le gain pris en considération est celui qu'il aurait obtenu sans la survenance de ces éventualités (al. 1) ; lorsqu'un 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 (al. 3) ; si l'assuré était au service de plus d'un employeur avant l'accident, il y a lieu de se fonder sur le salaire provenant de l'ensemble des rapports de travail, que ceux-ci couvrent uniquement les accidents professionnels, ou également les accidents non professionnels (al. 5 *ab initio*) ; pour les stagiaires, les volontaires et les personnes exerçant une activité aux fins de se préparer au choix d'une profession et pour les assurés exerçant une activité aux fins d'acquérir une formation dans des centres de réadaptation professionnelle pour personnes handicapées, il y a lieu de prendre en considération, si ces

personnes ont 20 ans révolus, un gain journalier d'au moins 20 % du montant maximum du gain journalier assuré et d'au moins 10 % si elles n'ont pas 20 ans révolus (al. 6) ; le salaire déterminant doit être à nouveau fixé pour l'avenir au cas où le traitement médical a duré au moins trois mois et où le salaire de l'assuré aurait été augmenté d'au moins 10 % au cours de cette période (al. 7) ; le salaire déterminant en cas de rechute est celui que l'assuré a reçu juste avant celle-ci (al. 8 *ab initio*) ; si les suites d'un événement assuré occasionnent un retard d'au moins six mois dans la formation professionnelle, une indemnité journalière partielle correspondant à la différence entre le gain alloué durant la formation et le gain minimum d'un travailleur spécialisé de la même branche sera accordée pour la durée du retard dans la formation, mais au plus pendant un an (al. 9).

On constate que l'esprit de la loi est, quelle que soit la particularité envisagée, de calculer le gain assuré sur une période représentative ; le fait de fonder le calcul du gain assuré sur le seul jour précédant l'incapacité de travail ne le respecte pas. Au demeurant, l'opération justifiant l'incapacité de travail a été fixée au mois d'avril 2019. On ne saurait dès lors faire dépendre le gain assuré du recourant de la date de l'opération aléatoirement fixée au 27 juin 2019 par le médecin, soit deux jours après la fin de la perception des prestations de l'APGM. Dans la mesure où c'est à partir du mois d'avril 2019 que le Dr W. _____ a constaté la nécessité de l'intervention à l'origine de l'incapacité de travail, il se justifie d'autant plus de tenir compte des revenus perçus par le recourant durant toute cette période. En conséquence, si, à la veille de l'incapacité de travail, le recourant ne percevait plus d'indemnités de l'APGM car il avait épuisé son droit ni ne recevait d'indemnité de chômage car il se trouvait toujours en incapacité de travail pour cause de maladie (cf. consid. 5b cc) i) *infra*), il n'en demeure pas moins qu'il a touché les prestations de l'APGM pendant une longue période qui a pris fin à l'avant-veille de l'opération à l'origine de l'incapacité de travail fixant la date de la rechute.

Il y a ainsi lieu de prendre en considération la période pendant laquelle le recourant a perçu ces indemnités pour déterminer le gain assuré.

cc) i) Quant au revenu déterminant à la fixation du gain assuré, le recourant allègue que, dans la mesure où il se trouvait au chômage au moment de la survenance de la rechute, il peut prétendre à l'application de l'art. 17 al. 2 LAA aux termes duquel l'indemnité journalière de l'assurance-accidents correspond à l'indemnité nette de l'assurance-chômage visée aux art. 22 et 22a LACI, calculée par jour civil.

En réalité, avant sa rechute, le recourant a bénéficié d'une assurance sociale perte de gain maladie cantonale. Comme relevé plus haut (cf. consid. 4 *supra*), pour pouvoir bénéficier des prestations de l'APMG, l'assuré doit présenter une incapacité de travail passagère au sens de l'art. 28 LACI (TF 8C_461/2019 du 14 janvier 2020 consid. 5 à 7). Il ressort des certificats médicaux au dossier qu'avant sa rechute, le recourant se trouvait en incapacité de travail en raison d'une maladie. Le Service de l'emploi a d'ailleurs admis cette situation puisqu'il a mis le recourant au bénéfice des APGM. En conséquence, il y a lieu de constater que le recourant se trouvait, avant sa rechute, en incapacité de travail passagère en raison de maladie.

De prime abord, l'art. 17 al. 2 LAA n'est pas applicable à cette situation puisque la rechute n'est pas survenue alors que le recourant percevait des indemnités de l'assurance-chômage mais des indemnités pour perte de gain car il se trouvait déjà en incapacité de travail en raison d'une maladie. Ainsi, pendant la période à prendre en considération, le recourant ne répondait déjà plus aux conditions des art. 22 et 22a LACI pour percevoir des indemnités de l'assurance-chômage. Une application directe de l'art. 17 al. 2 LAA semble par conséquent exclue.

ii) Le recourant prétend que l'art. 17 al. 2 LAA serait applicable par analogie aux bénéficiaires des APGM dès lors que les circonstances du cas d'espèce seraient très proches des faits auxquels le législateur a voulu

attacher les effets juridiques de l'art. 17 al. 2 LAA. Il affirme que sa situation est similaire à celle d'une personne visée par l'art. 17 al. 2 LAA dès lors qu'il répondait aux conditions de l'art. 8 LACI et qu'il percevait des prestations de l'APGM pour compenser une perte de gain. Il estime que son incapacité de travail ne saurait constituer un motif raisonnable propre à justifier que sa situation soit traitée différemment de celle d'une personne qui aurait touché, avant la rechute, des indemnités de chômage et que différencier ces deux situations reviendrait à créer une discrimination.

De par leur nature, les prestations des APGM visent à remplacer ou compléter des indemnités de l'assurance-chômage à certaines conditions et pendant une certaine durée selon les règles fixées par la LEmp (cf. consid. 4 *supra*). Ainsi, le recourant a perçu des indemnités de cette assurance parce qu'il était en incapacité de travail en raison d'une maladie. Or, sans cette atteinte, il aurait continué à percevoir des indemnités de l'assurance-chômage ; il aurait même pu, s'il avait recouvré une capacité de travail au 25 juin 2019, se réinscrire à l'Office régional de placement puisqu'il se trouvait toujours dans les limites de son délai-cadre d'indemnisation. C'est le lieu de rappeler qu'aux termes de l'art. 23 al. 1 OLAA, lorsque l'assuré n'a pas perçu de salaire ou seulement un salaire réduit notamment en raison d'absences par suite d'accident ou de maladie, le gain pris en considération est celui qu'il aurait obtenu sans ces absences (cf. consid. 3b cc) *supra*). En application de cette disposition, le revenu déterminant devrait donc être celui que le recourant aurait perçu de l'assurance-chômage de sorte que l'indemnité journalière devrait correspondre à l'indemnité nette de l'assurance-chômage (art. 17 al. 2 LAA) lequel est équivalent aux prestations de l'APGM (art. 19f LEmp). A cet égard, même si le recourant avait perçu, par le biais de cette assurance notamment, un montant réduit en raison de sa maladie, il se justifierait de fixer l'indemnité journalière de manière à ce qu'elle corresponde à l'indemnité nette de l'assurance-chômage (art. 23 al. 1 OLAA). Cette solution se justifie également pour le cas d'une incapacité partielle qui donnerait droit à des indemnités de l'assurance-chômage partielles complétées par les prestations de l'APGM pour équivaloir au montant net

des indemnités de l'assurance-chômage sans incapacité de travail. Ainsi, l'application de l'art. 23 al. 1 OLAA et de l'art. 17 al. 2 LAA permet de garantir un traitement identique des personnes en incapacité de travail totale ou partielle provisoire connaissant une rechute d'accident pendant la période de chômage, qu'elles perçoivent ou non des indemnités de perte de gain maladie (facultative).

Il découle de ce qui précède que, dans la mesure où le recourant aurait perçu des indemnités de l'assurance-chômage s'il n'avait pas été en incapacité de travail en raison d'une maladie, l'art. 23 al. 1 OLAA commande la prise en compte du gain qu'il aurait obtenu sans cette maladie, soit les indemnités de l'assurance-chômage (art 17 al. 2 LAA).

C'est le lieu de relever que la situation du recourant diffère de celle décrite à l'arrêt SVR 1997 UV n° 91 p. 331 précité dans laquelle le Tribunal fédéral des assurances avait préconisé l'application de l'art. 23 al. 8 OLAA *in fine*. En effet, dans ce dernier cas, l'assuré était un chômeur en fin de droits ne touchant ni revenu d'une activité lucrative ni revenu de substitution mais qui aurait pu exercer une activité rémunérée s'il s'était vu proposer un emploi avant sa rechute. Or, en l'espèce, le recourant percevait un revenu de substitution puisqu'il percevait des indemnités de l'APGM en remplacement des indemnités de l'assurance-chômage en raison d'une maladie. C'est donc à tort que l'intimée a fixé le gain assuré à 10 % du montant maximum du gain journalier comme si le recourant n'avait perçu aucun revenu juste avant sa rechute.

c) En conséquence, l'indemnité journalière de l'assurance-accidents doit correspondre à l'indemnité de l'assurance-chômage calculée par jour civil. Le recours doit donc être admis sur ce point.

6. a) L'intimée a également refusé d'octroyer au recourant l'assistance juridique gratuite, estimant que les conclusions de l'opposant paraissaient vouées à l'échec.

b) D'après l'art. 37 al. 4 LPGA, l'assistance gratuite d'un conseil juridique est accordée au demandeur lorsque les circonstances l'exigent.

Dans la procédure en matière d'assurances sociales, l'assistance d'un avocat s'impose uniquement dans les cas exceptionnels où il est fait appel à lui parce que des questions de droit ou de fait difficiles rendent son assistance apparemment nécessaire et qu'une assistance par le représentant d'une association, par un assistant social ou d'autres professionnels ou personnes de confiance d'institutions sociales n'entrent pas en considération. Il faut mentionner, en plus de la complexité des questions de droit et de l'état de fait, les circonstances qui tiennent à la personne concernée, comme sa capacité à s'orienter dans une procédure (ATF 132 V 200 consid. 4.1 et les références citées ; TF 9C_786/2017 du 21 février 2018 consid. 4.2).

En outre, le point de savoir si l'assistance d'un avocat est nécessaire doit être tranché d'après les circonstances concrètes objectives et subjectives. Pratiquement, il faut se demander pour chaque cas particulier si, dans des conditions semblables et dans l'hypothèse où le requérant ne serait pas dans le besoin, l'assistance d'un avocat serait judicieuse, compte tenu du fait que l'intéressé n'a pas lui-même des connaissances juridiques suffisantes et que l'intérêt au prononcé d'un jugement justifierait la charge des frais qui en découlent (ATF 130 I 180 consid. 2 ; TF 8C_297/2008 du 23 septembre 2008 consid. 3.2).

c) Contrairement à ce qu'a retenu l'intimée, l'assistance juridique administrative ne pouvait être refusée à l'assuré en raison de l'absence de chances de succès de la procédure. En outre, il y a lieu de constater que la présente procédure revêt une certaine complexité sur le plan juridique. Au moment de la rechute, le recourant se trouvait en incapacité de travail en raison d'une maladie et bénéficiait des indemnités de l'APGM cantonale en lieu et place des indemnités de l'assurance-chômage. Cette situation particulière n'était pas réglementée par une disposition légale - ni traitée par la jurisprudence - de sorte qu'il y avait

lieu de déterminer quelle règle était applicable au calcul du gain assuré. Il fallait donc examiner les différents cadres légaux des assurances sociales en cause pour ensuite déterminer le régime applicable au cas d'espèce, ce que le recourant non juriste, même assisté d'un assistant social ou d'un organisme de protection des intérêts des assurés, ne pouvait que difficilement appréhender. On doit admettre que dans pareille situation la détermination du gain assuré pour la fixation des indemnités journalières soulevait des questions de droit susceptibles de rendre nécessaire l'intervention d'un avocat.

d) En conséquence, le recours doit également être admis sur ce point.

7. a) Compte tenu de ce qui précède, le recours doit être admis et la décision rendue par la CNA le 13 février 2020 doit être annulée, la cause étant renvoyée à cette autorité pour qu'elle procède à un nouveau calcul des indemnités journalières conformément aux considérants qui précèdent ; elle est réformée en ce sens que le recourant a droit à l'assistance juridique de Me Fragnière pour la durée de la procédure administrative dès le 31 janvier 2020, date de la requête.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA).

c) Obtenant gain de cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel, le recourant a droit à des dépens (art. 61 let. g LPGA), qu'il convient de fixer à 3'000 fr. et de mettre à la charge de l'intimée.

Le recourant a obtenu, au titre de l'assistance judiciaire, la commission d'office d'un avocat en la personne de Me Charles Fragnière à compter du 16 mars 2020 (décision de la Juge instructrice du 6 juillet 2020). Le montant alloué au recourant à titre de dépens correspondant au moins à ce qui aurait été alloué au titre de l'assistance judiciaire selon le tarif (art. 2 al. 1 let. a et 3^{bis} al. 1 et 2 du règlement sur l'assistance

judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 [RAJ ; BLV 211.02.3]), il n'y a pas lieu de fixer plus précisément l'indemnité d'office.

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

- I. Le recours est admis.

- II. La décision rendue le 13 février 2020 par la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents est annulée et renvoyée à cette autorité pour nouvelle décision dans le sens des considérants ; elle est réformée en ce sens que l'assistance juridique est octroyée à A._____ pour la durée de la procédure administrative dès le 31 janvier 2020, Me Charles Fragnière étant désigné en qualité de défenseur d'office.

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

- IV. La Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents versera à A._____ une indemnité de dépens fixée à 3'000 fr. (trois mille francs).

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Charles Fragnière (pour A._____),
- 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 :