

**Le droit du travail en pratique
Arbeitsrecht in der Praxis**

**Collection dirigée par Gabriel Aubert
Professeur à l'Université de Genève**

Volume 13

**Le droit du travailleur
au salaire
en cas de maladie**

Thèse présentée à la Faculté de droit
et des sciences économiques de l'Université de Neuchâtel
pour obtenir le grade de docteur ès sciences sociales

par
Philippe Gnaegi

Monsieur Philippe GNAEGI est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en sciences sociales intitulée: « Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie ».

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 9 novembre 1995

**Le doyen de la faculté de
droit et des sciences
économiques**

P.-H. BOLLE

SOMMAIRE

Sommaire	V
Avant-propos	I

INTRODUCTION GENERALE

I. But de l'étude	3
II. Démarche suivie	7
III. Inventaire des conventions collectives et des contrats-types de travail	8

PREMIERE PARTIE

LA GARANTIE DU DROIT AU SALAIRE EN DROIT DU TRAVAIL: LE REGIME LEGAL DE BASE

CHAPITRE I SOURCES ET GRANDES LIGNES DU SYSTEME	15
I. Les articles 324a et 324b CO	15
II. L'évolution historique	19
CHAPITRE II LE REGIME LEGAL DE BASE (ARTICLE 324a AL. 1 A 3 CO)	43
I. Le système	43
II. Les conditions du droit au salaire	44
III. Les obligations de l'employeur	70

CHAPITRE III LE REGIME CONVENTIONNEL "COMPLEMENTAIRE"	93
I. Le système	93
II. La convention collective de travail (CCT) et le régime complémentaire	94
III. Le contrat-type de travail (CTT) et le régime complémentaire	98

DEUXIEME PARTIE

LA GARANTIE DU DROIT AU SALAIRE ENTRE L'ASSURANCE-MALADIE ET LE DROIT DU TRAVAIL

CHAPITRE IV LE REGIME CONVENTIONNEL "DEROGATOIRE" (ARTICLE 324a AL. 4 CO)	103
I. Le système	103
II. La forme requise	104
III. La notion d'équivalence des prestations	105
CHAPITRE V L'ASSURANCE-MALADIE SELON LA LAMaL	119
I. Remarques préliminaires	119
II. Historique	120
III. Les principales caractéristiques de la LAMaL	128
IV. L'assurance d'une indemnité journalière: à cheval entre le droit des assurances et le droit du travail	147
CHAPITRE VI L'ASSURANCE-MALADIE PRIVEE	157
I. Système et sources	157
II. Historique	159
III. Quelques différences entre la LAMaL et la LCA dans le cadre de l'assurance d'indemnités journalières	161

CHAPITRE VII LE REGIME CONVENTIONNEL "DEROGATOIRE" DANS LES CONVENTIONS COLLECTIVES ET LES CONTRATS-TYPES DE TRAVAIL	169
I. Le régime conventionnel "dérogatoire" dans les conventions collectives	169
II. Le régime dérogatoire dans les contrats-types de travail	175

TROISIEME PARTIE

LA GARANTIE DU DROIT AU SALAIRE PAR UNE ASSURANCE OBLIGATOIRE (LE REGIME SPECIAL DE L'ARTICLE 324b CO)

CHAPITRE VIII LE SYSTEME	179
CHAPITRE IX LE REGIME SPECIAL DE L'ARTICLE 324b CO	183
I. Le champ d'application de l'art. 324b CO	183
II. L'application de l'art. 324b CO en cas de maladie	188
III. Les éléments constitutifs de l'art. 324b CO	188
IV. Le régime conventionnel "complémentaire" et "dérogatoire"	195
V. La coordination avec l'article 324a CO	197
CHAPITRE X LES ASSURANCES OBLIGATOIRES	201
I. L'assurance-invalidité	201
II. L'assurance-militaire	220
III. L'assurance-accidents	234
IV. Le régime des allocations pour perte de gain	252
V. L'assurance maternité: une nouvelle assurance obligatoire ?	257

CHAPITRE XI LE REGIME DE L'ART. 324b CO DANS LES CONVENTIONS COLLECTIVES ET LES CONTRATS-TYPES DE TRAVAIL	263
I. Le problème	263
II. Le régime des allocations pour perte de gain	263
III. L'assurance-accidents	272

QUATRIEME PARTIE

LA PROTECTION DU TRAVAILLEUR MALADE DANS CERTAINES HYPOTHESES PARTICULIERES

CHAPITRE XII MALADIE ET PROTECTION CONTRE LE LICENCIEMENT	279
I. Le problème	279
II. Remarques préliminaires	279
III. La maladie comme motif de licenciement	281
IV. La protection contre le licenciement en cas de maladie: la résiliation en temps inopportun selon l'article 336c CO	281
V. Fin des rapports de travail et droit au salaire selon l'article 324a CO	288
CHAPITRE XIII MALADIE ET DROIT AUX VACANCES	291
I. Le problème	291
II. Possibilité de reprendre les vacances lorsque le travailleur a été malade pendant celles-ci	292
III. Réduction du droit aux vacances en cas de maladie	296

CHAPITRE XIV MALADIE ET CHOMAGE	303
I. Historique	303
II. Le problème	305
III. Aucune assurance n'a été conclue	306
IV. Une assurance perte de salaire en cas de maladie a été conclue	311
 <i>CONCLUSIONS GENERALES</i>	 315
ABREVIATIONS	319
BIBLIOGRAPHIE	323
TABLE DES MATIERES	339

AVANT-PROPOS

Une thèse n'est jamais l'oeuvre d'une seule personne. Elle n'est que l'aboutissement de nombreux conseils, d'encouragements et d'un cadre de travail agréable.

Je voudrais ici particulièrement remercier les personnes suivantes qui m'ont permis de mener à bien cet ouvrage :

M. le professeur Pascal Mahon, directeur de thèse, qui m'a guidé tout au long de ce travail, avec une patience et une rigueur que j'envie.

M. le professeur Michel Rousson, co-rapporteur de thèse, pour ses remarques judicieuses.

Les personnes qui ont eu le courage de relire ce travail : Mme Florence Quartier, Mme Béatrice Despland, M. Alain Ribaux, mon frère Daniel.

L'OFIAMT qui m'a permis de consulter des conventions collectives.

M. le professeur Gabriel Aubert qui a autorisé l'impression de ce travail dans la collection "Le droit du travail en pratique"; Mes Sophie Cornioley et Natacha Polli, assistantes à la faculté de droit de l'Université de Genève, qui ont mis au point le manuscrit en vue de l'impression.

Enfin, mais surtout, à ma très chère famille : mon épouse Patrizia qui a assumé tout le travail de dactylographie et de mise en page, mes trois princesses, Melissa, Marjorie et Morgane et mes parents pour leur aide et encouragements.

INTRODUCTION GENERALE

I. BUT DE L'ETUDE

1. Exposé du problème

Qu'en est-il du droit au salaire d'un travailleur qui tombe malade, sans faute de sa part, et est, de ce fait, empêché de travailler ?

Chacun d'entre nous s'est sans doute vu, un jour, dans l'impossibilité de se rendre à son travail parce qu'il était malade¹. A la fin du mois, certains ont peut-être été surpris de ne pas recevoir leur plein salaire alors que d'autres n'ont remarqué aucune différence malgré l'absence de prestation à leur employeur.

Le droit au salaire en cas de maladie est le fruit d'une réglementation complexe, qui découle aujourd'hui de deux sources: d'une part, du droit du travail, qui accorde au travailleur une protection salariale en cas d'empêchement de travailler et, d'autre part, du droit des assurances, qui accorde au travailleur un revenu de substitution en cas de maladie.

Le droit du travail aménage les six régimes ci-dessous, dont les trois premiers cités concernent l'article 324a CO et les trois derniers l'article 324b CO:

- 1) le régime de base légal de l'article 324a CO assure au travailleur un salaire pendant un temps limité lorsque celui-ci est empêché de travailler, sans faute de sa part, pour des causes inhérentes à sa personne, telles que la maladie, la grossesse et l'accouchement, l'accident, l'accomplissement d'une fonction légale ou d'une fonction publique. Ainsi le CO prévoit-il, par exemple, que pendant la première année de service, l'employeur verse au travailleur le salaire de trois semaines;
- 2) le régime conventionnel "complémentaire" de l'article 324a CO permet de compléter les prestations prévues par la loi, ceci au bon vouloir des parties. Ces dernières peuvent convenir, par exemple,

¹ Durant l'année 1989, en Suisse, une femme était absente en moyenne durant 7.2 jours alors que l'homme l'était durant 4 jours (ZINSLI, 1992, p. 1). Voir également à ce propos l'ouvrage de l'OFIAMT (BIGA): Arbeitsbedingungen und gesundheitliches Befinden, p. 69, chiffre 10.03.

d'un droit au salaire plus généreux que celui prévu par la disposition légale ou étendre les causes d'empêchement mentionnées par la loi;

- 3) le régime conventionnel "dérogatoire" de l'article 324a CO permet aux parties d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes à celles prévues par le régime de base légal mais en dérogeant à celui-ci;
- 4) le régime de base légal de l'article 324b CO régit le droit au salaire du travailleur lorsque ce dernier est assuré obligatoirement en vertu d'une disposition légale;
- 5) le régime conventionnel "complémentaire" de l'article 324b CO permet de compléter les prestations prévues par la loi, ceci au bon vouloir des parties. Ces dernières peuvent, par exemple, compléter les prestations d'assurance afin qu'elles atteignent 100 % du salaire du travailleur;
- 6) le régime conventionnel "dérogatoire" de l'article 324b CO permet d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes à celles prévues par le régime de base légal mais en dérogeant à celui-ci. Ce régime peut ainsi prévoir un pourcentage de salaire inférieur à celui fixé par la disposition légale, mais qui serait versé pendant une plus longue durée que celle prévue par cette même disposition.

En droit des assurances, de même, plusieurs régimes peuvent intervenir. Ils sont, en fait, mentionnés implicitement par l'article 324a CO et explicitement par l'article 324b CO.

L'article 324a CO, à son alinéa 4, dispose qu'un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger aux trois premiers alinéas à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes. Les parties au contrat de travail ont ainsi la possibilité de conclure une assurance perte de gain en cas de maladie auprès d'un assureur-maladie, qui remplace l'obligation de l'employeur de verser le salaire selon l'article 324a al. 1 à 3. Bien que présentant un caractère facultatif, cette disposition est souvent mentionnée dans les conventions collectives. Une assurance perte de gain en cas de maladie peut être également conclue non pas pour déroger à la disposition légale mais pour la compléter. Nous pensons particulièrement à un travailleur qui aurait décidé, de sa propre initiative ou de par son contrat de travail, de conclure une assurance prévoyant un délai d'attente correspondant au temps limité de l'article 324a CO.

L'article 324b CO ne se réfère plus à une assurance facultative mais à une assurance obligatoire. Le travailleur doit être assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler.

Parmi ces assurances obligatoires qui assurent un revenu de substitution au travailleur malade figurent l'assurance-invalidité, l'assurance-militaire, l'assurance-accidents et le régime des allocations pour perte de gain en cas de service militaire.

L'assurance-invalidité assure un revenu de substitution au travailleur lorsque la maladie entraîne une incapacité de travail pendant au moins 360 jours et qu'après cette durée la capacité de gain demeure toujours restreinte.

L'assurance-militaire intervient lorsque l'assuré tombe malade pendant le service et est évacué sur un établissement hospitalier ou licencié du service. Mais elle peut aussi intervenir lorsque l'assuré est malade avant le service et que les instances militaires décident malgré tout d'enrôler le militaire ou lorsque l'assuré tombe malade après le service et qu'il est établi que l'affection a été causée ou aggravée pendant le service ou qu'il s'agit de séquelles tardives ou d'une rechute d'une affection assurée.

L'assurance-accidents intervient lors de maladies professionnelles ou lorsque l'assuré, victime d'un accident, tombe malade dans un établissement hospitalier.

Enfin, le régime des allocations pour perte de gain intervient lorsque le militaire tombe malade pendant son service mais qu'il n'est pas licencié du service ni évacué sur un établissement hospitalier.

Il existe plusieurs différences entre l'assurance facultative et l'assurance obligatoire. Dans une assurance facultative, l'assuré (ou un tiers) a la possibilité de conclure ou de ne pas conclure un contrat l'obligeant à payer des primes ou cotisations et lui donnant le droit de recevoir en contrepartie des prestations lorsque le risque assuré se réalise. D'autre part, l'assurance a la faculté de refuser le candidat ou de l'accueillir à certaines conditions. Ainsi, les assureurs soumis à la LAMal, dans le cadre de l'assurance d'indemnités journalières, ont, par exemple, la possibilité de mettre sous réserve certaines maladies, c'est-à-dire de refuser de couvrir, pendant une durée ne dépassant pas cinq ans, certains risques. Les assureurs soumis à la LCA ont le droit, quant à eux, de refuser tout simplement un candidat s'ils jugent qu'il présente trop de risques. Les assurances obligatoires ne peuvent émettre de telles réserves ou refuser un candidat en raison de son état de santé ou de son

âge. Elles ont l'obligation d'accueillir toutes les personnes qui remplissent les conditions d'assurance. Enfin, l'assurance obligatoire déploie ses effets indépendamment de toute démarche de l'assuré ou d'un tiers; elle versera ses prestations si le risque assuré se réalise. Il en va différemment d'une assurance facultative dont les prestations sont subordonnées au fait que le candidat indique sa volonté d'appartenir au cercle des assurés et qu'il s'engage à remplir certaines obligations, par exemple le paiement des primes.

2. Objet et limite de l'étude

Nous avons tenté d'aborder le droit au salaire du travailleur en cas de maladie sous deux angles différents: l'un théorique et l'autre pratique. L'aspect théorique mêle, comme nous l'avons mentionné, à la fois le droit du travail et le droit des assurances. Nous avons donc gardé cette même logique dans notre étude. Ainsi, lorsque nous traiterons de l'article 324a al. 4 CO, nous parlerons également du droit de l'assurance-maladie. Lorsque nous évoquerons l'article 324b CO, nous aborderons les assurances obligatoires mentionnées par cette disposition. L'aspect pratique portera sur l'étude de conventions collectives et de contrats-types de travail. Il nous montrera si les parties appliquent les dispositions légales sans les modifier ou si, au contraire, elles améliorent les prestations prévues par le régime légal ou encore si elles y dérogent. L'aspect théorique et l'aspect pratique sont complémentaires. Le premier sert de base à l'élaboration des conventions collectives (CCT) et contrats-types de travail (CTT). Il est, en fait, un instrument de référence indispensable pour les parties à la CCT ou au CTT. L'aspect pratique nous montre si la loi est désuète ou si elle est encore d'actualité. Il permet, d'autre part, d'analyser les conditions de travail dans les entreprises et de les comparer avec celles dont le travailleur aurait bénéficié sans CCT ou CTT. Nous verrons dans la suite de notre travail que ces conditions sont, pour la majorité des CCT ou CTT, plus généreuses que celles prévues par le régime légal. Mentionnons encore que nous ne traiterons pas, dans cet ouvrage, du droit de recours contre le tiers responsable ni de la subrogation.

La présente étude a été mise à jour pour la dernière fois au début du mois de juin 1995. Elle tient donc compte de la nouvelle loi sur

l'assurance-maladie et de l'avant-projet d'assurance-maternité. Par contre, les modifications du 23 juin 1995 de la loi sur l'assurance-chômage (LACI)² n'y sont pas mentionnées.

II. DEMARCHE SUIVIE

Nous présentons ci-dessous la démarche que nous entendons suivre et qui donnera au lecteur une image plus claire de notre propos.

Au cours de la première partie de cette étude, nous examinerons le régime légal de base de l'article 324a CO. A ce titre, nous exposerons tout d'abord les sources et les grandes lignes du système (chapitre I); ensuite, nous étudierons le régime légal de base de l'article 324a CO (chapitre II) et nous terminerons cette partie par l'analyse du régime conventionnel "complémentaire" en droit du travail et au regard des conventions collectives et des contrats-types de travail (chapitre III).

Dans la deuxième partie, nous traiterons de la garantie du droit au salaire entre l'assurance-maladie et le droit du travail, en abordant ce problème tout d'abord sous l'angle du droit du travail, c'est-à-dire de l'article 324a al. 4 CO (chapitre IV), puis en rapport avec l'assurance-maladie sociale (chapitre V) et avec l'assurance-maladie privée (chapitre VI) et, enfin, à la lumière des conventions collectives et des contrats-types de travail (chapitre VII).

La troisième partie sera consacrée à l'étude de la garantie du droit au salaire par une assurance obligatoire. Nous traiterons tout d'abord du système de l'article 324b CO (chapitre VIII), puis nous examinerons le régime spécial de cet article (chapitre IX), les assurances obligatoires mentionnées par cette disposition (chapitre X) et, enfin, l'application de cette disposition sous l'angle des conventions collectives et des contrats-types de travail (chapitre XI).

Enfin, dans la quatrième partie, nous analyserons la protection du travailleur malade dans certaines hypothèses particulières: tout d'abord la protection contre le licenciement en cas de maladie (chapitre XII),

² FF 1995 III 519 ss.

ensuite le droit aux vacances du travailleur malade (chapitre XIII) et, finalement, le droit au salaire du chômeur en cas de maladie (chapitre XIV).

Nous terminerons en formulant des conclusions générales.

III. INVENTAIRE DES CONVENTIONS COLLECTIVES ET DES CONTRATS-TYPES DE TRAVAIL

Notre étude se fonde non seulement sur la loi, sur la doctrine et la jurisprudence, mais aussi sur la pratique des conventions collectives et des contrats-types de travail.

1. Choix de conventions collectives de travail

Le choix que nous avons opéré, illustré par le tableau des pages suivantes, est celui appliqué par l'OFIAMT³. Il vise à prendre au moins la plus importante convention collective de chaque domaine économique.

Classe économique	Conventions collectives de travail choisies	Nombre de salariés assujettis
02 Horticulture	Jardiniers de la Suisse allemande et du Tessin	10'000
21 Industrie des produits alimentaires	Industrie du chocolat (Suisse)	4'000

³ BIGA, Methodische und konzeptionelle Grundlagen zur Auswertung der Inhaltsmerkmale von Gesamtarbeitsverträgen, Bern, 1992.

Classe économique	Conventions collectives de travail choisies	Nombre de salariés assujettis
22 Industrie des boissons	Bière (Suisse)	2'500
24 Industrie du textile	Industrie du textile (Suisse)	2'410
26 Industrie du bois et du meuble	Menuiserie de Suisse allemande et du Tessin	19'050
27 Industrie du papier	Industrie du papier (Suisse)	3'190
28 Arts graphiques	- Entreprises graphiques (Suisse)	7'300
	- Rédacteurs, journalistes et photographes (Suisse)	5'880
31 Industrie chimique	Chimie bâloise	8'160
33 Industrie des produits minéraux non métalliques	Industrie des tuiles (Suisse)	2'100
34 Métallurgie	Industrie du métal (Suisse)	10'710
35 Construction de machines et de véhicules	Industrie des machines (Suisse)	180'000
37 Horlogerie-bijouterie	Industrie horlogère (Suisse)	32'000
41 Construction	Secteur principal de la construction (Suisse)	127'520

Classe économique	Conventions collectives de travail choisies	Nombre de salariés assujettis
42 Aménagement et parachèvement	Installation de l'électricité (Suisse)	30'000
55 Commerce de détail	- Migros (Suisse)	50'000
	- Personnel du commerce de détail du canton de Zurich	100'000
	- Bouchers (Suisse)	20'000
57 Restauration et hébergement	Hôtellerie et restauration (Suisse)	147'000
58 Entreprises de réparations	Branche de l'automobile (Suisse)	21'000
62 Transports routiers ou par pipelines	Entreprises de transports routiers du nord de la Suisse	2'500
64 Transports aériens	Swissair: Personnel au sol	10'000
71 Banques	Personnel bancaire (Suisse)	70'900
72 Assurances	Service interne des assurances (Suisse)	34'000
73 Affaires immobilières	Concierges du canton de Genève	3'950
74 Placement	Personnel temporaire (Suisse)	55'000

Classe économique	Conventions collectives de travail choisies	Nombre de salariés assujettis
75 Bureaux de consultation, services commerciaux	Bureaux d'architecture, d'ingénieurs et de planification (Suisse)	3'500
76 Services personnels	Coiffeurs (Suisse)	10'200
81 Enseignement	Education du canton de Genève	4'460
83 Services de santé et services vétérinaires	Service de santé du canton du Valais	1'820
88 Culture, sports, loisirs, divertissements	Théâtre, personnel artistique indépendant (Suisse)	1'600
99 Divers	Employés commerciaux du canton de Bâle-Ville	35'000

Au total, nous avons choisi trente-deux conventions collectives regroupant 1'015'750 travailleurs, soit environ 73 % de tous les travailleurs assujettis à des conventions collectives. Parmi celles-ci, on compte vingt-et-une conventions collectives de travail nationales, trois conventions collectives de travail supracantonales, six conventions collectives de travail cantonales et deux conventions collectives de travail d'entreprises.

D'autre part, sont également incluses dans le choix deux conventions collectives de travail dont le champ d'application a été étendu, à savoir

la convention collective de travail pour le secteur principal de la construction en Suisse⁴ et la convention collective de travail nationale des coiffeurs⁵.

Toutes ces conventions collectives de travail étaient encore en vigueur au 1er mai 1991.

2. Choix de contrats-types de travail

La présente étude analysera les contrats-types fédéraux, soit:

- 1) le contrat-type de travail des éducateurs employés dans des foyers et internats, du 16 janvier 1985⁶;
- 2) le contrat-type de travail des médecins-assistants, du 5 mai 1971⁷;
- 3) le contrat-type de travail pour le personnel soignant, du 23 décembre 1971⁸;
- 4) le contrat-type de travail pour le personnel professionnellement exposé aux radiations ionisantes, du 22 avril 1966⁹;
- 5) le contrat-type de travail pour le personnel des laiteries, du 11 janvier 1984¹⁰;
- 6) le contrat-type de travail des jardiniers privés, du 3 décembre 1979¹¹.

⁴ FF 1991 IV 1059.

⁵ FF 1992 V 452.

⁶ RS 221.215.324.1.

⁷ RS 221.215.328.1.

⁸ RS 221.215.328.4.

⁹ RS 221.215.328.6.

¹⁰ RS 221.215.329.2.

¹¹ RS 221.215.329.3.

PREMIERE PARTIE

**LA GARANTIE DU DROIT AU SALAIRE
EN DROIT DU TRAVAIL :**

LE REGIME LEGAL

CHAPITRE I

SOURCES ET GRANDES LIGNES DU SYSTEME

I. LES ARTICLES 324a ET 324b CO

I. Le système

Les articles 324a et 324b CO aménagent six régimes pouvant se compléter ou s'exclure. Trois de ces régimes concernent l'article 324b CO, les trois autres l'article 324a CO.

Pour déterminer lequel de ces régimes intervient dans un cas donné, il convient d'abord de savoir si la perte de gain du travailleur empêché d'exécuter sa prestation est couverte ou non par une assurance obligatoire. Dans l'affirmative, il s'agira d'examiner s'il existe un régime qui complète celui de l'assurance obligatoire en améliorant les prestations légales¹ ou un régime qui déroge à la disposition légale en accordant au travailleur des prestations au moins équivalentes à celles prévues par la disposition légale². Si les parties n'ont prévu ni complément ni dérogation, on s'en tiendra à la disposition légale. Sans empiéter sur la suite de notre travail, mentionnons cependant déjà que le régime faisant intervenir l'assurance obligatoire est traité par l'article 324b CO. Les assurances obligatoires couvrant tout ou partie de la perte de gain, en cas d'empêchement du travailleur d'exécuter sa prestation, sont, comme nous l'avons indiqué³, l'assurance-accidents, le régime des allocations pour perte de gain en cas de service militaire ou de protection civile et l'assurance-militaire. La question de savoir si l'assurance-invalidité entre dans le champ d'application de l'article 324b CO est controversée. Nous y reviendrons lorsque nous aborderons cette assurance⁴. Notons enfin que la perte de gain résultant d'une maladie et dont les

¹ Ce complément existe principalement pour les assurances couvrant la perte de gain en cas de service militaire et en cas d'accident.

² Cela peut être le cas lorsque les parties ont, par exemple, prévu de verser les deux tiers du salaire pendant toute la durée de l'école de recrue d'un travailleur célibataire qui se trouve dans sa première année de service.

³ Voir I.1.

⁴ Voir chapitre X ch. I.

conséquences sont prises en charge par un assureur-maladie ne fait pas l'objet d'une indemnité journalière prévue par une assurance obligatoire. En effet, en Suisse, une telle assurance est facultative.

Lorsque la perte de gain n'est pas couverte par une assurance obligatoire, l'article 324a CO s'appliquera. Il coïncidera alors d'examiner plusieurs hypothèses. D'abord, il faudra se demander si les parties ont convenu contractuellement, par un accord écrit, par un contrat-type ou par une convention collective, d'affilier le travailleur à une institution d'assurance dérogeant ainsi à l'article 324a alinéas 1 à 3 CO. Cette dérogation⁵ au régime légal de base se rencontre principalement lorsque les parties décident de conclure une assurance perte de gain en cas de maladie. Si tel n'est pas le cas, il faudra déterminer si les parties ont décidé d'améliorer contractuellement le régime légal de base en faveur du travailleur. De tels accords peuvent porter sur la durée du droit au salaire, sur la durée du contrat, sur les causes d'empêchement ou encore prévoir un crédit distinct pour chaque cause d'empêchement⁶. Lorsque la perte de gain n'entre ni dans le champ d'application d'un régime dérogeant à l'article 324a alinéas 1 à 3 CO, ni dans celui d'un régime complétant l'article 324a alinéas 1 à 3 CO, le régime légal de base (article 324 alinéas 1 à 3) s'appliquera.

Si le régime légal de base joue un rôle supplétif, en ce sens qu'il s'applique en l'absence d'un autre régime mentionné ci-dessus, il sert également de référence minimale *"en regard de laquelle sont, dans certains cas, déterminées les prestations dues par l'employeur en sus des indemnités versées dans le cadre d'une assurance obligatoire ou d'un régime conventionnel"*⁷.

2. Le caractère relativement impératif des articles 324a et 324b CO

2.1. Généralités

Avant l'entrée en vigueur des articles 324a et 324b CO, la doctrine avait hésité à considérer l'article 335 aCO comme relativement impératif, c'est-à-dire comme une disposition à laquelle il ne pouvait

⁵ Prévue par l'art. 324a al. 4 CO.

⁶ Voir chapitre III.

⁷ AUBERT, 1991, p. 84.

être dérogé au détriment du travailleur. Certains auteurs soutenaient que cette disposition pouvait être remplacée par un accord entre les parties⁸; d'autres, au contraire, pensaient qu'elle était une règle de droit strict, destinée à protéger la partie la plus faible au contrat, soit le travailleur⁹. Pourtant, à la veille de l'entrée en vigueur des nouveaux articles 324a et 324b CO, le Tribunal fédéral admit que l'article 335 aCO était bien de droit impératif¹⁰, mais que les parties pouvaient y déroger à la condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes à celles que lui garantissait la loi.

Les articles 324a et 324b CO ont conservé ce caractère relativement impératif, même si le législateur a négligé de mentionner deux alinéas dans les dispositions relativement impératives¹¹.

2.2. Article 324a CO

Parmi les quatre alinéas de cet article, deux sont cités par le Code des obligations comme étant de nature relativement impérative (le premier et le troisième). Plusieurs auteurs considèrent pourtant l'ensemble de l'article 324a CO comme étant relativement impératif¹².

Concernant l'alinéa 2, le caractère relativement impératif ressort du texte légal, puisque seule une durée plus longue du droit au salaire peut être admise ("*sous réserve de délais plus longs fixés par...*")¹³.

Concernant l'alinéa 4, il faut également rechercher le caractère relativement impératif dans le texte légal. L'alinéa 4 permet, en effet, de déroger aux trois premiers alinéas à la condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes. Un accord dérogatoire qui se ferait au détriment du travailleur serait considéré comme nul¹⁴.

⁸ OSER-SCHÖNENBERGER, pp.1263-1264 (N27); MEYER, p. 51; SCHNEEBERGER, pp. 68 ss. Voir également BERTHOUD, p. 36, pour d'autres références.

⁹ BIRCHMEIER, p. 107; KATZ, pp. 161 ss. Voir également BERTHOUD, p. 36, pour d'autres références.

¹⁰ ATF 96 II 133 ss.

¹¹ Art. 362 al. 1 CO.

¹² STREIFF, p. 128 (N35); SCHWEINGRUBER, p. 85 (N1); BRÜHWILER, p. 86 (N1).

¹³ Dans ce sens STREIFF/VON KAENEL, p. 177 (N35).

¹⁴ Art. 362 al. 2 CO.

Les parties ont donc la possibilité d'améliorer la protection offerte au travailleur par les trois premiers alinéas¹⁵. Ce régime complémentaire, que nous étudierons ultérieurement¹⁶, peut porter sur:

- la durée du contrat;
- la durée du droit au salaire;
- les causes d'empêchement;
- un crédit distinct pour chaque cause d'empêchement;
- la notion de faute du travailleur.

La plupart des conventions collectives et des contrats-types de travail améliorent la protection du travailleur sur au moins un des points mentionnés ci-dessus.

2.3. Article 324b CO

L'article 324b CO est également de droit relativement impératif. Il n'est, en effet, pas admissible de déroger à cette disposition au détriment du travailleur¹⁷. Seule une amélioration des prestations légales est envisageable. Celle-ci portera généralement sur:

- la durée du contrat;
- la durée du droit au salaire;
- le montant du salaire.

Il est également possible de déroger à la disposition légale à la condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes à celles prévues par le texte légal. Ainsi, les parties pourraient convenir, par écrit, que l'employeur verse, pendant la durée de l'école de recrue (quinze semaines), les deux tiers du salaire, allocations perte de gain comprises, au travailleur célibataire qui se trouve dans sa première année de service¹⁸. La doctrine envisage d'autres possibilités de dérogation, à notre avis douteuses. Ainsi STÄHELIN¹⁹ admet comme étant

¹⁵ L'alinéa 4, quant à lui, permet de déroger aux trois premiers alinéas.

¹⁶ Voir chapitre III.

¹⁷ Art. 362 al. 1 CO; également STREIFF, p. 127 (N32); SCHWEINGRUBER, p. 95 (N1); STÄHELIN, p. 253 (N18); ZINSLI, 1992, p. 168; KAUER, p. 78; ATF 101 Ia 460; JÄR 1980, pp. 210 ss (GGer. ZH du 2.9.1974).

¹⁸ STÄHELIN, p. 254 (N18).

¹⁹ STÄHELIN, p. 254 (N19).

équivalent un régime prévoyant que l'employeur ne paie rien pendant le délai d'attente de deux jours imposé par l'assurance-accidents, mais complète le salaire jusqu'à 100 % pendant le temps limité²⁰.

II. L'EVOLUTION HISTORIQUE

1. La garantie du droit au salaire avant 1881

1.1. Les dispositions civiles cantonales

Avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1874, la réglementation des rapports contractuels entre employeurs et travailleurs faisait l'objet de dispositions légales sur le plan cantonal ou communal²¹, ou de dispositions internes à l'entreprise. Il n'existait, par ailleurs, aucune loi fédérale concernant la maladie, le chômage, la vieillesse et l'invalidité.

La réglementation résultant des codes cantonaux instituait la liberté du contrat. Si elle contenait des règles favorisant les travailleurs, il s'agissait de règles sporadiques, ne faisant pas partie d'un ensemble cohérent qui aurait tenu compte de la situation réelle des travailleurs et de la disparité des forces entre travailleurs et employeurs²². Des dispositions spéciales étaient par contre prévues à l'égard des domestiques, qui étaient protégés par des mesures de caractère patriarcal²³.

Ainsi, on trouvait dans le "*Privatrechtliches Gesetzbuch*" du canton de Zurich, du 28 décembre 1853, à son article 459, la clause suivante: "*Lors d'une maladie passagère du domestique sans faute de sa part, son maître a l'obligation de lui fournir à ses frais la nourriture en suffisance ainsi que les soins médicaux nécessaires*"²⁴. Une clause analogue était mentionnée dans le "*Privatrechtliches Gesetzbuch*" du canton de Zoug, du 23 octobre 1861, à son article 129 II²⁵.

²⁰ Nous aborderons cette question au chapitre IX ch. IV.

²¹ Les lois cantonales et les réglementations communales constituaient cependant des exceptions (MAURER, 1982, p. 545).

²² BERENSTEIN, 1982, p. 229.

²³ Ibidem.

²⁴ SONTHEIM, pp. 11-12.

²⁵ SONTHEIM, p. 12.

Parmi les anciens codes civils cantonaux, c'est celui des Grisons qui offrait la plus grande protection en cas de maladie. L'article 433 alinéa 2 disposait: "*Le maître doit traiter humainement le travailleur; lorsqu'il le loge, il doit lui donner une nourriture saine et suffisante et, autant que possible, veiller à son bien-être et le soigner en cas de maladie, tout en ayant droit au remboursement des frais encourus*". L'article 434 alinéa 4 de ce même code autorisait pourtant le maître à renvoyer le travailleur si la maladie était de longue durée²⁶.

On retrouve également des traces de la protection en cas de maladie en 1769 à Küsnacht, où les domestiques en service depuis une demi-année recevaient, en cas de maladie, des soins de leur maître pendant 10 jours²⁷.

Mais, comme le mentionne KATZ dans sa thèse²⁸, aucun code civil cantonal ne mentionnait un droit au salaire en cas de maladie²⁹. Il faut plutôt rechercher le modèle de l'article 341 CO de 1881 dans le droit allemand. En effet, "*l'Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch*" de 1861 disposait à son article 60: "*Un employé de commerce qui, par un malheur dont il n'est pas responsable, est momentanément empêché de fournir sa prestation, ne perd pas son droit au salaire et à l'entretien. Cependant, il ne conserve ce privilège que pour une durée de six semaines*"³⁰.

1.2. Les institutions d'entraide et de secours

Comme les dispositions légales étaient rares et qu'elles n'offraient qu'une protection réduite, plusieurs institutions privées fournissaient des soins ou/et garantissaient un droit au salaire en cas de maladie.

Il s'agissait d'abord des caisses-maladie. Les premières furent fondées sous forme d'associations mutuelles d'assurance, au début du XIXe siècle. Ainsi virent le jour la caisse-maladie et de décès des imprimeries à Zurich (1819), la caisse-maladie de l'entreprise Escher-Wyss à Zurich

²⁶ SCHREURS, p. 74.

²⁷ CARLEN, p. 258.

²⁸ KATZ, p. 37; également CANNER, p. 34.

²⁹ Le projet du Code de commerce suisse de 1865 établi par le Dr Walther MUNZIGER ne contenait aucune clause analogue à celle de l'art. 341 CO de 1881. Le projet de 1871 de Code suisse des obligations et de commerce ne mentionnait qu'une clause concernant la nourriture et les soins à donner aux domestiques, mais aucune disposition sur le droit au salaire du travailleur en cas de maladie (KATZ, p. 37; SONTHEIM, p. 12).

³⁰ Cité par KATZ, p. 37, et traduit par nos soins.

(1838) et la caisse-maladie "Neumünster" à Zurich, qui fut la première caisse ouverte (1840)³¹. Dans la seconde moitié du XIXe siècle, avec le développement industriel, plusieurs nouvelles associations furent créées. Tout d'abord, les travailleurs établirent eux-mêmes des caisses de secours pour se protéger de certains risques. En 1880, 1085 caisses de ce genre qui, pour la plupart, accordaient des prestations en cas de maladie, avaient été recensées³². Les caisses de fabriques, versant essentiellement des prestations en cas de maladie, étaient elles aussi très répandues. En 1880, on en comptait entre 350 et 400, regroupant environ 45'000 travailleurs assurés, c'est-à-dire à peu près la moitié de l'ensemble des salariés travaillant dans les entreprises relevant de la loi sur le travail dans les fabriques³³.

D'autre part, de nombreuses institutions privées accordaient des secours à leurs membres qui, par suite de maladie, étaient dans le besoin. Ces institutions reposaient sur l'idée d'utilité publique³⁴. A Bâle, en 1880, un habitant sur 13,6 était membre d'une association d'assistance qui, dans les situations de besoin urgent ou chronique, accordait une aide sur la base du principe de la mutualité³⁵.

Ces diverses organisations présentaient cependant le défaut de limiter leur activité à un espace réduit, à une entreprise ou à une région. Les membres étaient donc tenus de trouver une autre possibilité d'assurance lorsqu'ils changeaient d'entreprise ou en cas de déménagement. Aussi, malgré l'existence de telles caisses d'entraide, la misère guettait partout et la commune d'origine constituait souvent la dernière structure d'accueil³⁶.

Ainsi, quoiqu'il existât différentes réglementations et diverses associations visant à assurer des soins ou un salaire en cas de maladie, il n'y avait pourtant aucune obligation d'assurer un revenu de substitution au travailleur malade.

³¹ 100 ans CCMS, p. 14.

³² Maurer, 1982, p. 545.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Idem, p. 546.

1.3. La législation sur le travail dans les fabriques

En même temps que l'article 64 de la Constitution de 1874 donnait à la Confédération la compétence de légiférer sur le droit des obligations, l'article 34 alinéa 1³⁷ lui accordait celui de légiférer sur divers aspects de la protection des travailleurs. C'est sur cette base que furent introduites pour la première fois sur le plan fédéral des dispositions légales relatives aux rapports de droit civil entre employeurs et travailleurs, par la loi fédérale concernant le travail dans les fabriques du 23 mars 1877³⁸. Cette loi contenait une disposition sur la responsabilité civile des propriétaires de fabrique (article 5), des règles sur les rapports contractuels entre le fabricant et l'ouvrier (article 9 sur la résiliation du contrat), de même que des dispositions relevant à la fois du droit public et du droit privé (articles 7 et 8 sur le règlement de fabrique, article 10 sur le paiement des salaires).

La plus importante de ces dispositions était celle qui concernait la responsabilité civile du fabricant en cas d'accident subi par un ouvrier ou un employé et provenant de l'exploitation de la fabrique. Inspirée de la loi fédérale sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur du 1er juillet 1875³⁹, cette disposition instituait une responsabilité objective du fabricant, indépendamment de toute faute, sauf en cas de force majeure ou de faute exclusive de la victime⁴⁰. Elle prévoyait, d'autre part, l'indemnisation de certaines maladies professionnelles devant être désignées par le Conseil fédéral.

L'article 5 de la loi de 1877 fut remplacé ensuite par la loi fédérale sur la responsabilité civile des fabricants du 25 juin 1881⁴¹, qui ajouta une autre cause d'exemption de l'employeur, celle d'actes criminels ou délictueux imputables à de tierces personnes, et fixa le principe du forfait d'indemnisation⁴².

³⁷ L'art. 34 al. 2 prévoyait que les opérations des agences d'émigration et des entreprises d'assurance non instituées par l'Etat étaient soumises à la surveillance et à la législation fédérales. Ce fut le mérite de cet alinéa de permettre aux assurances régies par le droit privé de connaître une saine croissance (MAURER, 1982, p. 542).

³⁸ RO III 224.

³⁹ RO I 720.

⁴⁰ RO III 227. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, l'employeur n'était tenu d'indemniser l'employé victime d'un accident que lorsqu'il avait, lui patron, commis un acte illicite (responsabilité délictuelle; RICHARD, p. 273).

⁴¹ RO 5 510.

⁴² BERENSTEIN, 1982, p. 231. La loi sur la responsabilité civile des fabricants du 25 juin 1881 confirme pour l'essentiel la responsabilité déjà prévue à l'art. 5 de la loi sur les fabriques. Son article 2 prévoit que l'entrepreneur d'une fabrique est responsable du dommage causé à un employé ou à un ouvrier tué ou blessé dans les

Cette dernière loi fut elle-même complétée par la loi fédérale sur l'extension de la responsabilité civile, du 26 avril 1887⁴³, qui avait pour but d'élargir le champ d'application de la responsabilité objective à d'autres entreprises industrielles et non plus seulement aux fabriques⁴⁴. Enfin, la loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents, du 13 juin 1911, remplaça la responsabilité de l'employeur par une obligation d'assurance, transférant ainsi ce domaine au droit public.

A la loi de 1877 succéda, le 18 juin 1914⁴⁵, une deuxième loi fédérale sur le travail dans les fabriques.

2. L'article 341 du Code des obligations de 1881

2.1. Remarques préliminaires

Le Code des obligations du 14 juin 1881 réglait, à son titre onzième (articles 338 à 349), les rapports entre le "maître" et celui qui avait engagé ses services. Ce contrat fut dénommé "louage de service"⁴⁶. Les

locaux de la fabrique et par son exploitation, lors même qu'il n'y aurait pas de faute de la part du fabricant. Celui-ci peut cependant se libérer de cette responsabilité en apportant la preuve que l'accident est dû à un cas de force majeure, à des actes criminels ou délictueux imputables à des tierces personnes ou à un acte qui résulterait exclusivement de la faute du travailleur. Le forfait maximal d'indemnisation du travailleur est fixé à six fois le montant du salaire annuel de l'employé ou de l'ouvrier, mais ne doit pas excéder la somme de Frs 6'000.- (MAURER, 1982, p. 550). Ce montant, relativement faible, devait tenir compte des moyens financiers peu importants dont disposaient certains fabricants (voir FF 1880 IV 441). Le Conseil fédéral voulait ainsi inciter les fabricants à conclure des contrats d'assurance, car selon l'art. 9 de la loi du 25 juin 1881, les prestations des assurances-accidents et des caisses-maladie devaient être imputées sur les indemnités de responsabilité dues par l'employeur, dès lors que celui-ci avait payé la moitié des primes. Par contre, si la participation du fabricant était inférieure à la moitié, il n'était déduit de l'indemnité que la part proportionnelle acquise par ces contributions.

⁴³ RO 10 196.

⁴⁴ La loi sur les fabriques de 1877 ne s'appliquait qu'à la liste des fabriques énumérées dans la loi et ne touchait au début qu'une minorité de la population active, puisque les groupes importants des travailleurs à domicile et des artisans n'étaient pas concernés (MAURER, 1982, p. 549).

⁴⁵ RO 30 539.

⁴⁶ Le texte allemand parlait de "Dienstvertrag"; la version italienne de "Locazione di opere".

dispositions de la loi fédérale concernant le travail dans les fabriques de 1877 ne furent pas abrogées par le Code⁴⁷, qui les réservait expressément (article 349 alinéa 2).

2.2. L'alinéa 1

L'article 341 alinéa 1 CO disposait:

"Celui qui a engagé ses services à long terme ne perd pas ses droits à la rémunération alors qu'il est empêché de s'acquitter de son obligation pendant un temps relativement court et sans sa faute, pour cause de maladie, de service militaire ou telle autre analogue."

La disposition de l'article 341 CO prévoyait donc un droit au salaire en cas de maladie, de service militaire et pour des causes analogues. Si les deux premières éventualités étaient relativement précises, il en allait différemment des causes analogues. REINERT⁴⁸ y englobait non seulement les obligations légales, comme la fonction de témoin, de juré ou le fait d'être enrôlé dans un service du feu, mais également les absences dues à une grave maladie ou à la mort d'un parent, si l'on ne pouvait exiger du travailleur qu'il poursuivît son activité, ainsi que les absences dues à des embouteillages sur la route.

Pour le reste, l'article 341 CO donnait peu de précisions concernant les notions de long terme et de temps relativement court. La liberté du juge était complète pour remédier au manque de clarté du texte légal⁴⁹. L'article 341 CO donnait lieu, en effet, à différentes interprétations. Selon celle qui prévalut, l'employé avait engagé ses services à long terme lorsque non seulement une longue durée avait été prévue, mais également lorsque le délai de résiliation du contrat était lui-même long⁵⁰. Le résultat fut que les ouvriers de fabriques, dont les contrats ne comportaient que de courts délais d'avertissement, ne purent se prévaloir de cet article⁵¹. Selon l'autre interprétation, le contrat à long terme était caractérisé par l'intention des parties de créer entre elles un rapport durable, quel que fût le délai de congé⁵². Quant au temps relativement court de l'article 341 CO, il n'était défini ni par la loi ni

⁴⁷ RO 5 577.

⁴⁸ REINERT, p. 42.

⁴⁹ ROSSEL, 1892, pp. 419-420.

⁵⁰ SONTHEIM, p. 16; MEYER, p. 16.

⁵¹ RICHARD, p. 256.

⁵² Ibidem.

par la jurisprudence et la doctrine. SCHNEIDER/FICK nous indiquent que dans l'engagement à la semaine, l'arrêt d'un jour entier était déjà trop long pour que le maître de l'ouvrage fût astreint à payer la journée⁵³. D'autre part, lorsque l'interruption de travail dépassait le temps relativement court de l'article 341 CO, le locataire ne pouvait exiger son salaire pour une partie quelconque de la durée de l'empêchement⁵⁴.

Si l'interruption était occasionnée par la faute du locataire, s'il était malade ensuite d'excès ou s'il devait faire de la prison pour expier une condamnation qu'il avait encourue, il était déchu du bénéfice de l'article 341 CO⁵⁵. ROSSEL⁵⁶ précise, d'autre part, qu'il n'était pas défendu de convenir, expressément ou tacitement, que la rémunération ne serait due que pour le temps réellement consacré aux services loués et que le maître serait autorisé à déduire la part du salaire afférente aux jours ou aux semaines de maladie ou de service militaire.

L'article 341 alinéa 1 CO, comme la plupart des articles relatifs au contrat sur le louage de service⁵⁷, n'avait qu'une valeur dispositive⁵⁸; les parties avaient la possibilité d'y déroger.

2.3. L'alinéa 2

L'alinéa 2 (de l'article 341 CO) comportait, par rapport au premier alinéa, une protection sociale plus étendue. Il disposait: "*Lorsque celui qui a engagé ses services vit dans le ménage de son maître et qu'il contracte, sans sa faute, une maladie passagère, le maître doit lui procurer, à ses propres frais, les soins et les secours médicaux nécessaires*". Cette disposition visait les gens de service, domestiques, ouvriers, apprentis, qui vivaient chez leur maître. C'était au juge qu'il appartenait de décider si la maladie était passagère ou non⁵⁹.

⁵³ SCHNEIDER/FICK, p. 281.

⁵⁴ ROSSEL, 1892, p. 420; SCHNEIDER/FICK, p. 281; REINERT, p. 50; SONTHEIM, p. 28; OSER-SCHÖNENBERGER, p. 1255 (N2).

⁵⁵ ROSSEL, 1892, p. 420; REINERT (p. 43) mentionne également la transmission de maladie sexuelle extra-conjugale et l'abus d'alcool.

⁵⁶ ROSSEL, 1892, p. 420.

⁵⁷ Excepté les art. 345 et 346 CO, concernant respectivement la possibilité pour le travailleur de résilier un contrat conclu pour la vie et la possibilité de résilier un contrat pour justes motifs, qui étaient de nature impérative.

⁵⁸ BERENSTEIN, 1982, p. 232; ROSSEL, 1892, p. 420. Contra: TSCHUDI, 1987b, p. 24, qui pense que l'art. 341 CO était de nature impérative.

⁵⁹ ROSSEL, 1892, p. 420.

Comme pour l'alinéa 1 du même article, le bénéfice de ce deuxième alinéa n'était pas acquis aux gens de service tombés malades par leur faute (suite à l'ivrognerie, aux imprudences graves, etc.)⁶⁰.

Quant aux soins et secours, ils comprenaient aussi bien les visites du médecin que les remèdes du pharmacien⁶¹. De l'avis de ROSSEL, ce deuxième alinéa était de caractère impératif; il n'était pas possible d'y déroger conventionnellement⁶².

3. L'article 335 du Code des obligations de 1911

3.1. Les projets de révision de l'article 341 du Code des obligations de 1881

Dans son message concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (droit des obligations et titre final), du 3 mars 1905⁶³, le Conseil fédéral proposait de ne pas laisser subsister le Code fédéral de 1881 comme loi spéciale, à côté du Code civil, mais bien de l'incorporer dans ce dernier, dont il formerait le livre cinquième⁶⁴.

A propos du contrat sur le louage de service, le Conseil fédéral relevait qu'il y avait urgence à réviser ses dispositions réglées de façon trop sommaire dans le Code de 1881. Ce dernier ne contenait en effet que douze articles concernant le contrat de travail.

Concernant la révision de l'article 341 CO, le Conseil fédéral trancha la controverse qui s'était élevée sur le sens des mots "*à long terme*" et "*pendant un temps relativement court*"⁶⁵. L'article 1381 alinéa 2 du projet de 1905 disposait en effet: "*ce temps s'apprécie non seulement eu égard au délai prévu pour donner congé, mais aussi à la durée des services que l'ouvrier a d'ores et déjà rendus au maître*"⁶⁶. Selon ce

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem.

⁶³ FF 1905 II 1 ss.

⁶⁴ FF 1905 II 4.

⁶⁵ Voir chapitre I ch. II.2.2.

⁶⁶ FF 1905 II 162; l'al. 1 reprenait l'art. 341 aCO.

texte, il fallait donc non seulement tenir compte du délai de résiliation, mais également de la durée effective des rapports contractuels⁶⁷.

Cette disposition allait ainsi à l'encontre de l'interprétation habituelle de l'article 341 CO de 1881, qui prévoyait le paiement du salaire non seulement lorsqu'une longue durée avait été expressément envisagée, mais aussi lorsque le délai de résiliation du contrat était long. Elle constituait, néanmoins, un grand progrès social par rapport à la disposition de l'article 341 CO.

Le troisième alinéa de l'article 1381 du projet de 1905 résolvait le problème lié à la déduction des prestations versées par les caisses de secours aux malades. L'employeur ne pouvait se libérer de son obligation de verser le salaire, mais, en cas d'empêchement dû à la maladie, il pouvait déduire du salaire les prestations de la caisse-maladie, proportionnellement à sa contribution au paiement des primes. Le but de cette disposition était de faire de l'article 1381 une règle de droit impératif et d'empêcher un enrichissement illégitime de l'employé au détriment de son employeur⁶⁸.

Le 16 novembre 1906, le Conseil national prenait la décision suivante, à laquelle le Conseil des Etats adhérait le 9 avril 1907: *"la discussion du projet de loi du 3 mars 1905 destinée à compléter le Code civil suisse (droit des obligations et titre final) est ajournée, - le titre final excepté -, jusqu'à l'adoption du Code civil suisse. Le Conseil fédéral est invité à soumettre le projet de loi concernant la révision du droit des obligations à une commission d'experts, lorsque la discussion du Code civil suisse sera terminée. Cette commission comprendra des représentants de tous les groupes politiques et sociaux, et le résultat de ses travaux sera communiqué à l'Assemblée fédérale assez tôt pour que le droit des obligations révisé puisse être mis en vigueur en même temps que les autres parties du Code civil"*⁶⁹. En exécution de ce mandat de l'Assemblée fédérale, le Département fédéral de justice et police constitua, le 19 mars 1908, une commission d'experts pour examiner et discuter le projet du Conseil fédéral du 3 mars 1905⁷⁰. Cette commission présenta, en 1909, un projet révisé⁷¹ qui différait peu de celui

⁶⁷ FF 1905 II 33; MEYER, p. 16; RICHARD, p. 256.

⁶⁸ FF 1905 II 33; MEYER, p. 17.

⁶⁹ FF 1909 III 747.

⁷⁰ FF 1909 III 748.

⁷¹ FF 1909 III 747 ss; SONTHEIM, p. 29.

de 1905. A son article 1381, le nouveau projet précisait quelques points⁷², notamment:

- que la prétention de l'employé à son salaire subsistait pendant un temps relativement court si l'empêchement était de longue durée;
- que l'employeur pouvait déduire de son obligation de verser le salaire une partie des prestations de l'assurance-accidents (et non plus seulement de l'assurance-maladie);
- que le service militaire devait être obligatoire selon la loi sur l'organisation militaire pour que le travailleur puisse se prévaloir de cet article.

Ce nouvel article 1381 était applicable si le délai de congé était long ou si le contrat avait duré effectivement longtemps. Cette notion fut même précisée: les Chambres fédérales décidèrent que le délai de congé devait être d'un mois ou que le contrat devait avoir duré un an⁷³.

Les Chambres tentèrent de déterminer précisément la durée de l'empêchement pendant laquelle le salaire serait dû. Certains se seraient contentés d'un maximum de quinze jours, d'autres voulaient porter cette durée à trois ou quatre semaines⁷⁴. Une pétition de la Société suisse des commerçants demanda aux Chambres de prévoir un délai d'un mois lorsque le contrat avait duré un an et de deux mois lorsqu'il était en vigueur depuis deux ans⁷⁵.

Une enquête, réalisée par le comité central des employés de commerce en 1907-1908⁷⁶, a fourni d'intéressants renseignements sur la pratique des commerçants lors d'une maladie. Elle montrait, pour autant que le nombre relativement modeste des réponses permet d'émettre un jugement, que l'article 341 CO était en général loyalement observé. Sur deux cent douze réponses relatives à la question: "*Pendant combien de semaines, en cas de maladie, le salaire est-il payé lors de la première année du louage de service ?*", cent indiquaient un droit au salaire de sept semaines au moins, vingt-trois de cinq à six semaines, soixante-sept de quatre à cinq semaines et vingt seulement de moins de quatre semaines. Concernant les contrats dont l'origine remontait à plus d'un an, le droit au salaire subsistait pendant des périodes plus longues

⁷² FF 1909 III 770.

⁷³ MEYER, p. 17; RICHARD, p. 257.

⁷⁴ RICHARD, p. 257.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ SCHINDLER, p. 15.

encore. Sur deux cent trente-deux réponses, cent trente-deux stipulaient que les patrons accordaient trois mois et plus, soixante-quatre, deux mois, et trente-quatre, un mois de salaire en cas de maladie.

De ces données, le comité de la Société suisse des commerçants concluait qu'il était préférable de ne pas limiter légalement le "*temps relativement court*" prévu par l'ancien Code des obligations de 1881⁷⁷. Telle fut également l'opinion du législateur, qui ne créa aucune norme pour ne pas nuire à l'intérêt de certains employés envers lesquels l'employeur se montrait généreux et pour ne pas imposer de trop lourdes charges à d'autres employeurs⁷⁸. On jugea donc préférable de laisser soit aux parties soit au juge le soin de dégager, dans chaque cas d'espèce, la solution la plus équitable⁷⁹.

L'opposition la plus vive à une durée minimale du droit au salaire vint des milieux industriels, car, jusqu'alors, l'article 341 aCO ne concernait pratiquement pas les employeurs et les employés de l'industrie⁸⁰, puisque leur contrat pouvait prendre fin moyennant un court délai d'avertissement. D'autres oppositions vinrent de l'artisanat, où l'on redoutait une extension des charges de l'employeur. Des pétitions furent adressées aux Chambres⁸¹. Les salariés pensaient que si les charges de leur employeur étaient trop lourdes, ils en subiraient les conséquences⁸². Les commissions des Chambres furent sensibles aux avis des diverses associations et ne voulurent pas porter préjudice aux employés âgés ou de santé fragile, ainsi qu'à ceux astreints au service militaire, qui risquaient de ne plus être embauchés⁸³.

En outre, le législateur craignit de susciter dans le peuple une opposition au projet de révision du Code des obligations ainsi qu'à la législation sur les assurances sociales. Il s'en est donc tenu à l'ancien droit, en apportant quelques modifications de détail. C'est ainsi que naquit l'article 335 aCO, qui devait régir pendant soixante-et-un ans le droit du travailleur au salaire en cas d'empêchement de travailler, bien que le législateur eût donné l'assurance que cet article serait entièrement réexaminé après l'introduction de la LAMA⁸⁴.

⁷⁷ RICHARD, p. 259.

⁷⁸ Ibidem; REINERT, p. 48.

⁷⁹ RICHARD, p. 259.

⁸⁰ BOCN 1909, p. 648; BOCE 1910, pp. 208 et 213.

⁸¹ MEYER, p. 18 avec références; RICHARD, pp. 262 ss.

⁸² BOCN 1910, pp. 346 ss.

⁸³ RICHARD, p. 264.

⁸⁴ BOCE 1910, p. 291; BOCN 1910, pp. 348 ss.

3.2. Le texte de l'article 335 du Code des obligations de 1911

L'article 335 CO de 1911 avait la teneur suivante:

"Dans les contrats de travail conclus à long terme, l'employé ne perd pas son droit au salaire pour un temps relativement court, lorsqu'il est empêché de travailler, sans sa faute, pour cause de maladie, de service militaire obligatoire à teneur de la législation fédérale ou pour telle autre cause analogue".

Quant à l'alinéa 2 de l'article 341 ancien sur les obligations du maître envers l'employé qui vit dans son ménage (que nous ne traiterons pas dans le cadre de cette étude), il fit l'objet d'un article distinct (l'article 344 CO).

L'article 352 du CO de 1911 prévoyait, quant à lui, que ni une courte maladie, dont l'employé était atteint sans sa faute, ni un service militaire suisse obligatoire n'autorisait l'employeur à se départir du contrat. Cette disposition visait ainsi à éviter que l'article 335 aCO ne fût rendu illusoire et que l'employeur ne s'affranchît de ses obligations. En revanche, l'impossibilité de remplir ses fonctions par suite de maladie prolongée constituait un juste motif de résiliation du contrat⁸⁵.

3.3. La durée du contrat

La première condition d'application de l'article 335 aCO était que le contrat de travail fût conclu à long terme. Il s'agissait, dès lors, de savoir quand un contrat avait été conclu pour le long terme, question que le législateur avait laissée à l'appréciation de la pratique.

Si le contrat de travail était de durée déterminée, et prévu pour une durée d'un an ou plus⁸⁶, il s'agissait, selon la plupart des auteurs, d'un contrat conclu à long terme, que l'empêchement de travailler survint avant ou après la première année de service⁸⁷.

Pour les contrats de durée indéterminée, les auteurs étaient plus divisés. Le critère choisi pour savoir s'il s'agissait d'un contrat à long terme était celui du délai de résiliation. L'article 348 CO de 1911 prévoyait, à son premier alinéa, que si le contrat de travail avait duré plus d'un an, la résiliation pouvait intervenir, de part et d'autre, moyennant un congé

⁸⁵ RICHARD, p. 314.

⁸⁶ KATZ, p. 118, considérait une durée de six mois comme suffisante.

⁸⁷ BERTHOUD, pp. 19-20.

donné deux mois à l'avance pour la fin d'un mois. Ainsi, un contrat de travail assorti d'un délai de résiliation de deux mois était considéré comme conclu à long terme.

Mais qu'en était-il d'un contrat de travail d'une durée indéterminée, qui avait duré plus d'un an et qui ne prévoyait aucun délai de résiliation ou un délai inférieur à deux mois ? La doctrine était très divisée à cet égard. En fait, il s'agissait de savoir si la durée effective d'un contrat de travail équivalait à sa durée prévue. Ceux qui niaient cette équivalence se basaient sur des critères juridiques. L'article 335 aCO ne prévoyait pas que les contrats qui n'avaient pas été initialement conclus à long terme (même s'ils avaient duré longtemps) fussent des contrats conclus à long terme. Le législateur n'avait pas prévu ce type de contrat et ce n'était pas au juge d'y remédier par mesure d'équité⁸⁸. En conséquence, le juge devait refuser d'appliquer l'article 335 aCO à un contrat dont le délai de résiliation était de quatorze jours, même si les rapports de travail avaient déjà duré dix ans, et l'accorder à celui dont le délai de congé était de deux mois, mais qui n'avait duré effectivement que six mois⁸⁹.

L'autre interprétation était plus extensive. Elle assimilait la durée effective du contrat à sa durée prévue. Ainsi, le contrat dont la durée n'avait pas été initialement prévue et qui avait duré plus d'un an était assimilé à un contrat conclu à long terme. C'est cette interprétation que retint le Tribunal fédéral des assurances dans un arrêt du 16 mars 1922⁹⁰. Cette jurisprudence fut reprise par de nombreuses instances cantonales⁹¹ et par la doctrine⁹².

3.4. Les causes d'empêchement de travailler

L'article 335 aCO mentionnait deux causes d'empêchement spécifiques, soit la maladie et le service militaire, ainsi que des causes analogues à ces empêchements. Le concept de maladie, tel qu'il était

⁸⁸ Nous avons vu que l'intention du législateur, dans les projets de 1905 et 1909, était de mettre les contrats qui avaient duré longtemps au bénéfice de l'art. 335 aCO. Mais les Chambres ne l'ont pas fait, cédant à l'opposition de différents milieux. Ce n'était, dès lors, pas le rôle de la jurisprudence d'introduire dans la loi ce que le législateur n'y avait pas mis (MEYER, p. 29).

⁸⁹ BERTHOUD, p. 22.

⁹⁰ RSJ 19, p. 86.

⁹¹ RSJ 44, pp. 261 ss (OGer. ZH du 4.5.1948); RSJ 46, pp. 158 ss (Tribunal du canton de VD du 1.11.1949).

⁹² Voir, pour les références, BERTHOUD, p. 22.

visé à l'article 335 aCO, comprenait également celui de l'accident⁹³. En revanche, la question de savoir si la grossesse et ses conséquences pouvaient constituer une cause analogue à la maladie était controversée. La majorité des auteurs le pensait, sous réserve parfois des grossesses hors mariage, qui pour certains auteurs étaient fautives⁹⁴. Un arrêt de Bâle-Ville⁹⁵ considéra pourtant que c'était au père de se charger de l'entretien de la mère, que la grossesse fût légitime ou non, et non pas à l'employeur.

La deuxième cause mentionnée par l'article 335 aCO était le service militaire à teneur de la législation fédérale. L'article 335 aCO a ainsi réglementé le droit au salaire en cas de service militaire jusqu'à l'avènement, en 1939, du régime des allocations pour perte de salaire et de gain⁹⁶.

Le service militaire prévu par l'article 335 aCO devait être accompli pour le compte de la Confédération et être obligatoire. Selon Meyer⁹⁷, en plus du service d'instruction (cours de répétition, écoles de recrue, services d'avancement) et du service actif, l'article 335 aCO incluait la participation à un défilé, l'inspection d'habillement et d'armes et l'obligation de témoigner devant les tribunaux militaires. En revanche, les cours de tirs pour retardataires, quand ils étaient la conséquence d'une faute de l'intéressé, devaient être exclus du domaine d'application de l'article 335 aCO⁹⁸. Le service militaire obligatoire accompli à l'étranger fut parfois considéré par la jurisprudence comme une cause analogue entraînant l'application de l'article 335 aCO⁹⁹.

Parmi les autres causes analogues à la maladie et au service militaire, citons celles qui relevaient d'événements familiaux (naissance, mariage, décès), la détention non fautive, la participation à certaines obligations légales telles que celles de juré, de pompier ou de membre d'un bureau électoral¹⁰⁰.

La question de savoir si les événements objectifs pouvaient être considérés comme des causes analogues au sens de l'article 335 aCO s'était

⁹³ BERTHOUD, p. 25, avec références.

⁹⁴ BIRCHMEIER, p. 100; OSER-SCHÖNENBERG, p. 1257 (N7).

⁹⁵ DTA vol. 4, p. 1 (GSGer. BS du 24.9.1954).

⁹⁶ Sur l'historique de la loi, voir le chapitre X ch. IV.1.

⁹⁷ MEYER, p. 37.

⁹⁸ REINERT, p. 44; MEYER, p. 37.

⁹⁹ SAAS, p. 51. Contra: SCHNEEBERGER, p. 59; RICHARD, p. 265; OSER-SCHÖNENBERGER, p. 1255 (N5).

¹⁰⁰ BERTHOUD, p. 28.

également posée lorsque ces événements influent sur la capacité de travailler¹⁰¹. La jurisprudence fut, à cet égard, restrictive, indiquant que les causes d'empêchement devaient être inhérentes à la personne du travailleur¹⁰².

3.5. L'absence de faute du travailleur

L'article 335 aCO ne s'appliquait que s'il n'y avait pas de faute du travailleur. Celle-ci devait pourtant être d'une certaine gravité pour entraîner la non-application de cette disposition. Une faute légère n'excluait pas la protection prévue à l'article 335 aCO¹⁰³.

Parmi les fautes graves et inexcusables figurait le fait d'avoir provoqué un accident ou une maladie ou de courir volontairement un danger inutile, de subir un emprisonnement ensuite d'un jugement, de cacher une maladie ou de projeter d'accomplir une longue période de service militaire sans en informer l'employeur au moment de la conclusion du contrat. Le service militaire volontaire, l'ivresse, les suites d'une rixe ou d'un duel auquel l'intéressé avait participé volontairement étaient également des fautes graves et, de ce fait, entraînaient la non-application de l'article 335 aCO¹⁰⁴.

La doctrine était plus divisée s'agissant des causes d'empêchement liées à la pratique d'un sport. OSER-SCHÖNENBERGER¹⁰⁵ estimaient que cette pratique n'était pas fautive malgré les dangers que certains sports pouvaient représenter, comme l'équitation, le vélo, la varappe; seule la participation à des concours était fautive. BIRCHMEIER¹⁰⁶ pensait que seule la participation à des concours qui pouvaient avoir des conséquences fâcheuses pouvait être considérée comme fautive. D'après MEYER¹⁰⁷, la pratique de certains sports dangereux (vol à voile, bobsleigh), sans même qu'il s'agisse de concours, était fautive. Au contraire, la pratique de sports sans risque particulier ne constituait pas une faute, même si l'intéressé participait à des compétitions.

¹⁰¹ SONTHEIM, p. 31, KATZ, p. 128, MEYER, p. 42, et BIRCHMEIER, p. 102, le pensaient.

¹⁰² Voir BERTHOUD, p. 28, avec références.

¹⁰³ KATZ, p. 141; MEYER, p. 44.

¹⁰⁴ MEYER, pp. 44-45.

¹⁰⁵ OSER-SCHÖNENBERGER, p. 1257 (N7); également REINERT, p. 43.

¹⁰⁶ BIRCHMEIER, p. 100.

¹⁰⁷ MEYER, p. 45.

Certains auteurs ont également considéré comme fautif l'empêchement dû à une grossesse extra-conjugale ou à une maladie vénérienne contractée hors mariage¹⁰⁸.

3.6. La durée du droit au salaire

Lorsque les conditions de l'article 335 aCO étaient réunies, l'employeur devait payer le salaire au travailleur pendant un temps relativement court.

L'article 335 aCO, contrairement à l'ancien article 341 CO, accordait à l'employé le droit au salaire pendant un temps relativement court même lorsque l'empêchement avait subsisté au-delà de cette durée¹⁰⁹.

La loi ne mentionnait toutefois aucune durée précise. Il incombait donc au juge de fixer cette durée, compte tenu de celle des rapports de travail (ou, selon une interprétation stricte du texte légal, en fonction de la durée prévue du contrat ou de la durée du délai de résiliation) et des circonstances particulières¹¹⁰. Le Tribunal de prud'hommes de la ville de Berne a publié en 1926¹¹¹ une échelle relative à la durée du droit au salaire, établie en fonction de la durée effective du contrat. Cette échelle est encore aujourd'hui utilisée par certains juges et figure dans diverses conventions collectives¹¹².

On remarquera qu'avant l'entrée en vigueur des articles 324a et 324b CO aucune durée minimale n'était prévue. Nous verrons, dans la suite de notre travail, que les nouveaux articles 324a et 324b CO ont partiellement précisé la durée du droit au salaire.

A ce stade de l'étude, il convient de mentionner l'article 130 LAMA, abrogé dès l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 25 juin 1971 révisant les titres X et Xbis CO¹¹³, qui réglait les relations entre le Code des

¹⁰⁸ OSER-SCHÖNENBERGER, p. 1257 (N7); REINERT, p. 43. Contra: MEYER, p. 45; SONTHEIM, p. 33.

¹⁰⁹ BOCN 1910, p. 349; RICHARD, p. 266.

¹¹⁰ Par exemple: la nécessité de remplacer le travailleur pendant son absence, le nombre d'empêchements survenus au cours de l'année précédente, la dimension de l'entreprise, la gravité du dommage subi par l'employé, une autre source de dédommagement touché par l'employé (MEYER, p. 49).

¹¹¹ RSJ 24, pp. 137-138 (GGer. BE du 24.8.1926).

¹¹² Voir chapitre II ch. III.3.2.7.

¹¹³ Art. 6, ch. 2, des dispositions finales et transitoires de la LF du 25 juin 1971 (RO 1971 II 1501).

obligations et la loi sur l'assurance-maladie et visait à éviter que le travailleur ne reçût simultanément les prestations de l'employeur et celles de l'assurance.

L'article 130 LAMA, à son alinéa 1, prévoyait que si l'employé était membre d'une caisse-maladie reconnue et si l'employeur supportait au moins la moitié des contributions, l'indemnité versée par la caisse-maladie pouvait être déduite du salaire dû à teneur de l'article 335 aCO. L'employeur devait pourtant garantir le plein salaire pendant le temps relativement court de l'article 335 aCO. Le travailleur ne subissait ainsi aucun préjudice du fait du délai d'attente de l'assurance-maladie et recevait la part du salaire non couverte par les prestations d'assurance pendant le temps relativement court de l'article 335 aCO¹¹⁴. Au-delà de cette période, il recevait les indemnités journalières de l'assurance. L'affiliation du travailleur à une caisse-maladie ne libérait pas l'employeur des obligations découlant de l'article 335 aCO. Il était, en effet, nécessaire que la caisse-maladie versât effectivement ses prestations¹¹⁵.

L'alinéa 2 de l'article 130 LAMA réglait, pour sa part, les relations entre le Code des obligations et l'assurance-accidents. L'employé n'avait pas droit au salaire s'il était obligatoirement assuré auprès de la caisse nationale, si l'employeur avait payé les primes auxquelles il était tenu et si la CNA s'acquittait effectivement de ses prestations¹¹⁶.

Quant à l'alinéa 3, il n'est jamais entré en vigueur¹¹⁷. Depuis les nouvelles dispositions du Code des obligations, le contenu de l'article 130 alinéa 1 LAMA a été remplacé par la disposition de l'article 324a alinéa 4 CO. L'article 130 alinéa 2 LAMA, quant à lui, a été repris par l'article 324b CO¹¹⁸.

¹¹⁴ BERTHOUD, p. 34.

¹¹⁵ Idem, avec références. Voir également DTA vol. 3, p. 115 (ATF du 28.1.1953) et DTA vol. 4, p. 1 (GSGer. BS du 19.3.1954).

¹¹⁶ Cette dernière condition était controversée; voir sur ce point DTA vol. 3, pp. 114 ss (ATF du 28.1.1953) et RSJ 33, pp. 347 et 348 (GSGer. ZH du 18.10.1934 et OGer. ZH du 2.3.1935).

¹¹⁷ Il mentionnait une assurance-accidents volontaire auprès de la CNA, qui n'a jamais été introduite.

¹¹⁸ Voir chapitre IX.

3.7. L'article 335 aCO. était-il de droit impératif ou de droit dispositif ?

Certains auteurs¹¹⁹ ont voulu faire de cette disposition une règle de droit strict parce qu'elle protégeait la partie la plus faible au contrat. Elle était, à leurs yeux, unilatéralement impérative, car elle pouvait être modifiée, mais uniquement en faveur de l'employé. D'autres¹²⁰ considéraient cet article comme étant de nature dispositif et pensaient qu'il pouvait y être dérogé par voie d'accord entre les parties.

Il fut pourtant admis unanimement que les exigences de l'article 335 aCO pouvaient être satisfaites, dans certains cas, par l'affiliation du travailleur à une institution d'assurance, l'employeur devant alors participer au paiement des primes¹²¹. Pour les auteurs partisans de la nature dispositif de l'article 335 aCO¹²², la condition de validité du régime d'assurance était que l'employeur participât aux primes d'assurance par moitié. Ce versement libérait l'employeur de ses obligations selon l'article 335 aCO, même si l'assurance ne versait pas ses prestations¹²³. Les partisans de la nature impérative de l'article 335 aCO¹²⁴ estimaient que la condition de validité d'un régime conventionnel dérogatoire instituant un régime d'assurance était que, dans l'ensemble, le régime d'assurance n'imposât pas moins de charges à l'employeur et n'offrît pas moins d'avantages au travailleur¹²⁵. L'employeur était donc tenu de payer le salaire complet pendant le délai d'attente et de verser la part du salaire non couverte par l'assurance pendant le temps relativement court de l'article 335 aCO; au-delà de cette période, le travailleur recevait uniquement les indemnités journalières de l'assurance.

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 20 mai 1970¹²⁶, a admis que l'article 335 aCO était de droit impératif, en reconnaissant cependant que les parties pouvaient convenir d'une réglementation différente, pourvu que le travailleur bénéficiât de prestations équivalentes à celles

¹¹⁹ BIRCHMEIER, p. 107; LAUTNER, p. 19; KATZ, pp. 161 ss; voir également RSJ 36, p. 30 (GGer. BE du 4.11.1938).

¹²⁰ SCHNEEBERGER, p. 68; OSER-SCHÖNENBERGER, p. 1264 (N27); SONTHEIM, p. 44; MEYER, p. 51.

¹²¹ BERTHOUD, p. 36.

¹²² SCHNEEBERGER, p. 68; OSER-SCHÖNENBERGER, p. 1264 (N27); SONTHEIM, p. 44.

¹²³ RSJ 46, p. 332 (Kantonsgericht Graubünden du 28.6.1949).

¹²⁴ BIRCHMEIER, p. 107; LAUTNER, p. 19; KATZ, pp. 161 ss.

¹²⁵ BERTHOUD, p. 37.

¹²⁶ RO 96 II 133 ss.

du régime de base. Il a estimé, d'une façon générale et sous réserve d'une approximation nuancée dans les cas d'espèce (par exemple, le niveau du salaire de l'intéressé et la contribution de l'employeur au paiement de la prime d'assurance), qu'une assurance garantissant des indemnités journalières égales à 60 % du salaire pendant un an pouvait être considérée comme l'équivalent du salaire payé pour le temps relativement court de l'article 335 aCO.

Ainsi, avant l'entrée en vigueur des nouveaux articles 324a et 324b CO, l'article 335 aCO fut considéré comme une disposition relativement impérative, à laquelle il n'était pas possible de déroger au détriment du travailleur¹²⁷.

4. L'adoption des articles 324a et 324b CO

4.1. Remarques préliminaires

L'article 335 aCO était l'une des dispositions les plus controversées du titre traitant du contrat de travail. Dans ces conditions, l'obligation de l'employeur de verser le salaire en cas d'empêchement de travailler devait être réglée de façon complètement nouvelle lors de la révision générale du droit du contrat de travail de 1971. Simultanément, il était nécessaire d'insérer dans la nouvelle disposition les prescriptions dérogatoires de l'assurance-maladie qui concernaient l'article 335 aCO¹²⁸. Le premier janvier 1972 entrèrent ainsi en vigueur les articles 324a et 324b CO (toujours applicables aujourd'hui).

4.2. L'article 324a CO

L'article 324a CO a la teneur suivante:

"1 Si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, l'employeur lui verse le salaire pendant un temps limité, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dans la mesure où les

¹²⁷ KAUER, p. 21; BERTHOUD, p. 38.

¹²⁸ FF 1967 II 339.

rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois.

- ² *Sous réserve de délais plus longs fixés par accord, contrat-type de travail ou convention collective, l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières.*
- ³ *En cas de grossesse et d'accouchement de la travailleuse, l'employeur a les mêmes obligations.*
- ⁴ *Un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger aux présentes dispositions à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes."*

Cet article présente une grande similitude avec l'ancien article 335 aCO de 1911¹²⁹. Pourtant, on constatera quelques différences relatives aux causes d'empêchement, à la notion de durée du contrat, à la durée du droit au salaire, au salaire en nature, qui est expressément mentionné, ainsi qu'à la dérogation aux trois premiers alinéas, à laquelle le législateur a consacré un quatrième alinéa.

Les causes d'empêchement ont été étendues. L'article 324a CO mentionne, en plus de la maladie, l'accident, l'accomplissement d'une obligation légale et l'exercice d'une fonction publique¹³⁰. Par contre, on remarquera que le service militaire n'y est plus visé expressément. Il faut pourtant considérer qu'il est englobé dans la notion d'obligation légale. Quoi qu'il en soit, le paiement du salaire au travailleur absent pour cause de service militaire est réglé par l'article 324b CO, puisque chaque citoyen appelé sous les drapeaux est assuré obligatoirement contre la perte de salaire ou de gain¹³¹. A ces causes d'empêchement, il faut ajouter la grossesse et l'accouchement, auxquels le législateur a consacré l'alinéa 3 de l'article 324a CO. Sous l'article 335 aCO, la grossesse et l'accouchement n'étaient pas unanimement reconnus comme causes analogues à la maladie¹³². L'insertion de la grossesse et de l'accouchement dans les motifs d'empêchement justifiant le paiement du salaire a été recommandée par de nombreux milieux économiques et

¹²⁹ Voir chapitre I ch. II.3.2.

¹³⁰ L'art. 335 aCO ne mentionnait que la maladie, le service militaire et les autres causes analogues.

¹³¹ BERTHOUD, pp. 42-43.

¹³² Voir chapitre I ch. II.3.4.

politiques¹³³, sans toutefois emporter l'adhésion des groupements d'employeurs¹³⁴. Ceux-ci souhaitent subordonner l'obligation de verser le salaire en cas d'accouchement à un délai de carence de neuf mois dès l'engagement de la travailleuse. Ils désiraient ainsi éviter que des travailleuses ne se fassent engager dans le seul but de recevoir un salaire lors de l'accouchement¹³⁵.

En ce qui concerne la durée du contrat, la notion imprécise de "*contrats conclus à long terme*" de l'article 335 aCO a été supprimée. En lieu et place, l'article 324a CO dispose que le salaire en cas d'empêchement de travailler n'est dû que si les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois. Comme nous le verrons par la suite¹³⁶, la nouvelle réglementation suscite, elle aussi, des difficultés d'interprétation et des controverses.

En ce qui concerne la durée du droit au salaire, l'article 324a CO, à son alinéa 1, dispose que l'employeur accorde le salaire au travailleur "*pour un temps limité*". Cette expression remplace celle de "*temps relativement court*" que consacrait l'article 335 aCO ancien. L'innovation la plus importante de l'article 324a CO consiste à fixer un minimum impératif dans la loi. Généralement, le législateur laisse aux parties le soin de fixer d'un commun accord la durée du paiement du salaire lors d'un empêchement de travailler. Le juge n'intervient qu'en cas de litige¹³⁷. Dans ce cas pourtant, le législateur a limité le pouvoir d'appréciation du juge en prescrivant que le travailleur a droit à trois semaines de salaire au moins pendant la première année de service. Notons que le salaire correspondant à trois semaines est celui versé par l'employeur en cas d'incapacité totale de travailler. En cas d'incapacité partielle, le droit du travailleur court sur un laps de temps plus long, jusqu'à concurrence du montant représentant le salaire de trois semaines¹³⁸. Après une année de service, le travailleur a droit au salaire pour une période plus longue que trois semaines, dont la durée est déterminée en fonction de la durée de son emploi et des circonstances particulières.

¹³³ FF 1967 II 340.

¹³⁴ BERTHOUD, p. 47.

¹³⁵ Voir BERTHOUD, p. 48.

¹³⁶ Voir chapitre II ch. II.1.

¹³⁷ BERTHOUD, pp. 98-99.

¹³⁸ Voir ch. II ch. III.3.5.

On soulignera encore que, contrairement à l'article 335 aCO, qui ne mentionnait rien à ce sujet, le législateur a précisé que le travailleur a droit à une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu.

Enfin, si la possibilité de déroger aux trois premiers alinéas, en octroyant au travailleur une réglementation au moins équivalente à celle prévue par le régime légal, existait déjà sous l'article 335 aCO et a été appliquée dans beaucoup de contrats de travail ou de conventions collectives, elle est, selon le nouvel article 324a al. 4 CO, expressément mentionnée dans la loi¹³⁹.

4.3. L'article 324b CO

L'article 324b CO a la teneur suivante:

- ¹ *Si le travailleur est assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler qui ne provient pas de sa faute mais est dû à des raisons inhérentes à sa personne, l'employeur ne doit pas le salaire lorsque les prestations d'assurance dues pour le temps limité couvrent les quatre cinquièmes au moins du salaire afférent à cette période.*
- ² *Si les prestations d'assurance sont inférieures, l'employeur doit payer la différence entre celles-ci et les quatre cinquièmes du salaire.*
- ³ *Si les prestations d'assurance ne sont versées qu'après un délai d'attente, l'employeur doit verser pendant cette période quatre cinquièmes au moins du salaire."*

Le but de l'article 324b CO est de coordonner le versement du salaire par l'employeur et le versement des prestations des différentes assurances obligatoires, afin que le travailleur ne se trouve pas enrichi par un empêchement de travailler. L'employeur et le travailleur n'ont plus la possibilité de choisir de s'affilier à une institution d'assurance comme c'est le cas pour l'article 324a alinéa 4 CO.

L'article 335 aCO ne contenait aucune disposition analogue à celle de l'article 324b CO. Les rapports entre le droit du contrat de travail et

¹³⁹ La source de ce quatrième alinéa est à chercher dans le projet du Conseil fédéral concernant l'art. 324b al. 2 CO, qui visait à permettre le remplacement de l'obligation de l'employeur de payer le salaire par un accord dérogoire (FF 1967 II 446).

celui des assurances obligatoires étaient réglés dans les différentes lois concernant les assurances en question, ou ne l'étaient pas du tout¹⁴⁰.

Sans entrer dans l'historique de l'article 324b CO, décrit par BERTHOUD dans sa thèse¹⁴¹, il est important de rappeler que deux tendances s'étaient affrontées lors des débats aux Chambres fédérales¹⁴². L'une proposait de dispenser l'employeur de verser le salaire quand le travailleur était assuré obligatoirement, l'autre souhaitait obliger l'employeur à verser le salaire, mais en imputant les prestations de l'assurance¹⁴³. L'article 324b CO est, en fait, un compromis entre ces deux tendances, puisqu'il libère l'employeur du versement du salaire à la condition que les prestations d'assurance couvrent au moins les quatre cinquièmes du salaire¹⁴⁴.

L'alinéa 3 de l'article 324b CO est entré en vigueur le 1er janvier 1984, en même temps que la nouvelle loi sur l'assurance-accidents (LAA). Sous l'empire de l'article 335 aCO et sur la base de l'article 130 al. 2 LAMA, l'employé n'avait pas droit au salaire en cas d'accident s'il était obligatoirement assuré auprès de la Caisse nationale et si l'employeur avait payé les primes auxquelles il était tenu. L'employeur était alors libéré du paiement du salaire pendant le délai d'attente fixé par l'assurance¹⁴⁵. Après l'entrée en vigueur du nouvel article 324b CO en 1972 et malgré l'absence de disposition concernant

¹⁴⁰ BERTHOUD, p. 116.

¹⁴¹ BERTHOUD, pp. 125 ss; voir également KAUER, pp. 75 ss, et SCHWEINGRUBER, p. 94 (N1).

¹⁴² Le Conseil fédéral (FF 1967 II 271, 342-343, 446) recommandait d'abroger l'art. 130 al. 2 LAMA et de lui substituer l'art. 324b al. 1 CO, dont la teneur eût été la suivante: "*En cas d'accident professionnel, le salaire n'est pas payé au travailleur qui est assuré obligatoirement auprès de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents et pour lequel l'employeur a acquitté les primes d'assurance*". Il aurait fallu en revanche maintenir l'art. 32 LAPG, qui dispensait l'employeur de verser le salaire au travailleur touchant des allocations en qualité de militaire (SCHWEINGRUBER, p. 94, N1).

¹⁴³ Les indemnités envisagées étaient les indemnités journalières de la Caisse nationale, les allocations pour perte de gain que touchent les militaires et les prestations que les militaires malades ou victimes d'un accident reçoivent en vertu de la loi sur l'assurance militaire (SCHWEINGRUBER, p. 95, N1).

¹⁴⁴ Voir à ce sujet BOCN 1969, pp. 461 ss; BOCE 1970, pp. 327 ss; BOCN 1970, pp. 722 ss; BOCE 1971, pp. 63 ss; BOCN 1971, pp. 430 ss.

¹⁴⁵ KAUER, p. 78; la réglementation de l'art. 130 al. 2 LAMA ne précisait pas si l'employeur était libéré de l'obligation de verser le salaire en cas d'accidents non professionnels. Selon BERTHOUD (p. 119), l'art. 130 al. 2 LAMA ne s'appliquait qu'en cas d'accidents professionnels. En cas d'accidents non professionnels, l'employeur avait l'obligation de verser le salaire pendant le temps relativement court selon l'art. 335 aCO et était autorisé à déduire du salaire les prestations versées par l'assurance, par analogie avec l'art. 130 al. 1 LAMA.

le paiement du salaire pendant le délai d'attente fixé par l'assurance, la doctrine¹⁴⁶ a considéré que l'employeur avait l'obligation de verser quatre cinquièmes au moins du salaire pendant le délai d'attente fixé par l'assurance. Le nouvel article 324b al. 3 CO ne fit donc que confirmer ce qui avait été admis par la doctrine.

Rappelons enfin que l'article 130 LAMA fut abrogé par la loi fédérale révisant les titres X et Xbis du Code des obligations, dont font partie les articles 324a et 324b CO¹⁴⁷.

¹⁴⁶ KAUER, p. 78; BERTHOUD, p. 155; SCHWEINGRUBER, p. 97 (N5).

¹⁴⁷ Art. 6 ch. 2. des dispositions finales et transitoires de la loi fédérale du 25 juin 1971.

CHAPITRE II

LE REGIME LEGAL DE BASE

(article 324a al. 1 à 3 CO)

I. LE SYSTEME

Nous avons vu que le régime légal de base joue un rôle supplétif, en ce sens qu'il est utilisé lorsqu'aucun des autres régimes légaux n'est applicable. Ce régime se rencontre donc lorsqu'aucune assurance obligatoire n'intervient¹, qu'il n'existe pas d'assurance perte de gain en cas de maladie² et que les parties ne sont pas convenues d'un régime complémentaire³. Il peut également apparaître si un régime prévu par le contrat de travail ne peut être appliqué, par exemple lorsqu'une assurance oppose une réserve au travailleur.

Le régime légal de base correspond, pour les parties au contrat de travail, à un seuil minimal de protection auquel il n'est pas possible de déroger au détriment du travailleur. Il requiert, quant à son application, plusieurs conditions qui ont trait:

- à la durée du contrat;
- à l'empêchement de travailler et à ses causes;
- à l'absence de faute.

Lorsque ces conditions d'application sont réunies, l'employeur a l'obligation de payer le salaire pendant un temps limité, dépendant principalement de la durée des rapports de travail, des circonstances particulières et de la possibilité pour l'employeur de résilier le contrat de travail.

Dans ce chapitre, nous examinerons les conditions d'application de l'article 324a alinéas 1 à 3 CO ainsi que l'obligation de l'employeur de verser le salaire pendant un temps limité. Lorsque nous traiterons d'une condition d'application, nous partirons de l'hypothèse que les autres conditions d'application sont remplies.

¹ Voir chapitre VIII.

² Voir chapitre IV.

³ Voir chapitre III.

II. LES CONDITIONS DU DROIT AU SALAIRE

1. La durée du contrat

1.1. Remarques préliminaires

La durée du contrat de travail revêt une double fonction. D'une part, elle est une des conditions d'application de l'article 324a CO, ce qui signifie que le législateur en a fait une condition du droit au salaire en cas d'empêchement de travailler⁴. D'autre part, elle influence la durée du droit au salaire du travailleur⁵. Ainsi, plus grande est l'ancienneté du travailleur, plus long sera son droit à un salaire lorsqu'il est empêché de fournir sa prestation.

Selon l'article 335 aCO, le législateur avait simplement indiqué que, dans le cadre de contrats de travail conclus à long terme, l'employé ne perdait pas son droit au salaire pour un temps relativement court. Désormais, le législateur lève, d'une part, l'ambiguïté sur le point de savoir ce qu'on entend par un contrat conclu à long terme et, d'autre part, il précise qu'un contrat de longue durée peut être assimilé à un contrat conclu à long terme. Malgré ces améliorations, le texte de l'article 324a alinéa 1 CO demeure imprécis, comme nous le verrons.

1.2. Calcul de la durée

1.2.1. Point de départ, suspension et déduction des longues absences de la durée du contrat de travail

Le calcul de la durée des rapports de travail commence au moment de la prise d'emploi et non lors de la conclusion du contrat⁶, c'est-à-dire dès le moment où le travailleur entre au service de son employeur. Cette durée n'est pas suspendue lors de jours de congé, de vacances ou

⁴ L'art. 324a al. 1 CO dispose que l'employeur verse au travailleur le salaire pour un temps limité y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois.

⁵ L'art. 324a al. 2 CO dispose que l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières.

⁶ RSJ 37, p. 87 (GGer. BE du 21.4. 1939); AUBERT, 1991, p. 87.

d'empêchement de travailler, car même s'il ne peut fournir sa prestation, le travailleur reste au service de son employeur⁷.

Les rapports de travail ne sont pas non plus interrompus si l'une des parties met fin au contrat et, après le délai de résiliation, établit un nouveau contrat avec de nouvelles conditions, ni lorsque le travailleur change d'emploi au sein de la même entreprise (par exemple, lors d'une promotion)⁸.

Lorsque le travailleur a été malade ou accidenté pendant une longue période, il n'est, à notre avis, pas admissible de tenir compte de cette absence dans le calcul de la durée, sauf si l'empêchement résulte d'une faute considérée comme grave ou intentionnelle par le droit du travail. Il en irait différemment si le travailleur bénéficiait d'un congé non payé⁹.

1.2.2. Contrat ayant duré plus de trois mois

a) *Remarques préliminaires*

Selon la première hypothèse visée à l'article 324a alinéa 1 CO, le travailleur a droit à son salaire si les rapports de travail ont duré plus de trois mois. Le droit au salaire naît donc le premier jour du quatrième mois, indépendamment du fait que l'incapacité de travail ait commencé avant ou après ce jour¹⁰. Ainsi, si le travailleur tombe malade pendant les trois premiers mois, l'employeur ne lui devra pas rétroactivement son salaire, même si les rapports de travail durent effectivement plus que trois mois¹¹. En revanche, si l'incapacité de travail commence avant les trois mois et se poursuit après cette durée, le travailleur peut prétendre au salaire dès le premier jour du quatrième mois d'emploi¹².

Dans les pages suivantes, nous examinerons divers contrats qui peuvent donner lieu à interprétation quant au calcul de leur durée, à savoir :

- le contrat d'apprentissage;
- le contrat des saisonniers;

⁷ STREIFF, p. 109 (N3); AUBERT, 1991, p. 87.

⁸ STÄHELIN, p. 234 (N38).

⁹ Dans ce cas, l'employeur pourrait en tenir compte dans le calcul de la durée comme le mentionne la CCT de l'industrie du chocolat Suisse, à son art. 17 al. 2.

¹⁰ AUBERT, 1991, p. 87.

¹¹ REHBINDER, p. 339 (N17); STREIFF, p. 109 (N3); KUHN 9/6.2.3, p. 1.

¹² AUBERT, 1991, p. 87.

- le contrat des retraités;
- le contrat des travailleurs à temps partiel.

b) Le contrat d'apprentissage

Lorsqu'un apprenti a fini son apprentissage et reste au service du même employeur, on peut se demander si les années d'apprentissage sont prises en compte dans le calcul de la durée du nouveau contrat de travail ou si le nouveau contrat de travail engendre une nouvelle durée des rapports de travail.

Selon la jurisprudence et la doctrine¹³, le nouveau contrat de travail d'un apprenti restant au service du même employeur n'engendre pas un nouveau calcul de la durée des rapports de travail. Il faudra donc prendre en compte les années d'apprentissage du travailleur lorsqu'on établira la durée des rapports de travail. Ainsi, nous pensons qu'une clause de convention collective stipulant que le temps d'apprentissage ne compte pas au titre des années de service est contraire au droit¹⁴.

A notre avis, la notion d'années de service doit être considérée comme signifiant les années de service auprès du même employeur. Il n'est pas important que la fonction du travailleur dans l'entreprise ou la nature du contrat se modifie. Seule compte la durée de la fidélité que le travailleur a témoignée à son employeur. Si, au contraire, on admettait que chaque fois que la nature du contrat se modifie ou que le travailleur change de fonction au sein de l'entreprise repart un nouveau calcul des années de service, on pénaliserait le travailleur qui exerce avec diligence et fidélité son activité au service de son employeur.

c) Le cas des saisonniers

Les saisonniers sont engagés soit sur la base de contrats de durée déterminée, soit sur la base de contrats de durée indéterminée¹⁵. Peu importe qu'un nouveau contrat soit conclu chaque année ou qu'un seul contrat englobe plusieurs saisons successives, car les rapports de travail

¹³ JAR 1989, p. 155 (ArbGer. ZH du 14.7.1985); JAR 1988, p. 204 (ArbGer. ZH du 14.7.1985); JAR 1981, pp. 262-263 (GSGer. BS du 6.12.1979), JAR 1980, p. 258 (GSGer. BS du 14.12.1978); STREIFF, p. 112 (N7); KUHN 9/7.4.4. (avec exemple); STÄHELIN, p. 234 (N38); REHBINDER, p. 339 (N17); AUBERT, 1991, p. 88; BRÜHWILER, p. 97 (N15).

¹⁴ C'est le cas de la CCT de l'industrie du chocolat Suisse à son art. 17 al. 1.

¹⁵ AUBERT, 1991, p. 88.

conservent leur continuité. Il n'y a donc pas, à chaque saison, création de nouveaux rapports de travail entre les parties¹⁶.

Ainsi, il faut tenir compte de la période de travail de la saison précédente lors de l'application de l'article 324a CO. Lorsque le saisonnier est empêché de travailler et que le contrat a été conclu pour une durée indéterminée, il aura droit à son salaire dès le premier jour du quatrième mois d'engagement. Si le contrat est de durée déterminée et conclu pour plus de 3 mois, le droit au salaire naît le premier jour des rapports de travail. Par la suite, la durée du droit au salaire dépendra des différents contrats de travail cumulés les uns aux autres. A notre avis, l'élément déterminant est celui de savoir si les parties avaient l'intention ou non de renouer des rapports de travail. Si tel est le cas, le calcul de la durée du contrat de travail doit se faire dès le premier engagement, même si un nouveau contrat de travail est conclu par la suite¹⁷.

d) Le cas des retraités

Il arrive parfois qu'un travailleur continue d'exercer son activité professionnelle dans la même entreprise après avoir atteint l'âge de la retraite. Ni le Code des obligations, ni la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants n'interdisent cette possibilité.

Dans ce cas ne naît pas un nouveau contrat, puisque les rapports de travail n'ont pas été interrompus. Il faut donc tenir compte, dans le calcul de la durée des rapports de travail, des années de service passées auprès de l'employeur avant l'âge de la retraite¹⁸, même si l'activité ne s'effectue qu'à temps partiel¹⁹. Cette méthode de calcul n'est valable que si les rapports de travail n'ont pas été interrompus volontairement au moment de la retraite, pour reprendre après une longue période, sans que les parties soient convenues préalablement de cette éventualité²⁰.

e) Le travail à temps partiel

Le problème qui se pose ici n'est pas tant de savoir si le changement de statut professionnel entraîne de nouveaux rapports de travail, mais plutôt de connaître la manière dont se calcule la durée des rapports de

¹⁶ ATF 101 Ia 465; STÄHELIN p. 235 (N38); JAR 1980, p. 208 (GSGer. BS du 24.8.1978); STREIFF, p. 112 (N7); AUBERT, 1991, p. 88; KUHN 9/6.2.2.

¹⁷ Dans ce sens, BERTHOUD, p. 96; ATF 101 Ia 465.

¹⁸ STREIFF, p. 112 (N7); KUHN 9/8.8, p. 1; BRÖHWILER, p. 100 (N20).

¹⁹ KUHN 9/8.8, p. 2.

²⁰ KUHN 9/8.8, p. 1.

travail. Doit-on tenir compte de la durée effective des heures de travail ou doit-on traiter, pour le calcul de la durée des rapports de travail, le travailleur à temps partiel comme un travailleur à temps complet et calculer la durée des rapports de travail selon le nombre de jours qui se sont écoulés depuis la prise d'emploi ?

Il faut distinguer plusieurs types de travail à temps partiel: celui qui est accompli régulièrement²¹, celui qui l'est irrégulièrement et celui qui ne l'est qu'occasionnellement²². Dans les deux premiers cas, le travailleur effectue sa prestation dans le cadre d'un seul rapport de travail, qui perdure. Dans le troisième cas, le salarié est lié par des contrats de travail successifs; il effectue sa prestation dans le cadre de rapports distincts les uns des autres et conclus pour chaque occasion. Le critère de distinction entre, d'une part, les contrats portant sur un travail à temps partiel accompli régulièrement ou irrégulièrement et, d'autre part, les contrats portant sur un travail accompli occasionnellement, réside dans la continuité, respectivement dans la non-continuité des rapports de travail²³.

Lorsqu'il exerce une activité à temps partiel régulière, le travailleur a les mêmes droits qu'un travailleur employé à plein temps. Si l'engagement a été prévu pour une durée de plus de 3 mois, le travailleur a droit à son salaire dès son entrée en service. Dans le cas contraire, son droit prend naissance le premier jour du quatrième mois. Le calcul de ce délai de trois mois se fait à partir de l'entrée en service et non pas en additionnant la somme des différentes périodes de travail effectué²⁴.

Lorsque le travail à temps partiel est accompli irrégulièrement, c'est-à-dire lorsque la durée des engagements n'est pas définie à l'avance (par exemple, une secrétaire travaillant un mois à 50 %, le mois suivant à 20 %) mais que les parties sont convenues d'avance de nouer des relations contractuelles pour certaines activités de caractère irrégulier sans en définir préalablement la durée, le droit du travailleur au salaire, en cas d'empêchement de travailler, ne prend naissance, selon certains auteurs²⁵, que dès l'instant où la somme des différentes

²¹ Voir AUBERT, 1989, pp. 215 ss; ATF 112 II 51 ss; JAR 1980, p. 209 (GSGer. BS du 24.8.1978).

²² Voir HUG, pp. 186 ss.

²³ AUBERT, 1989, p. 218-219; HUG, p. 187.

²⁴ KUHN 9/2.2.2, p. 1; BERTHOUD, p. 81. Contra: BRÜHWILER, p. 97 (N15) qui ne fait pas de distinction entre les différents "travaux à temps partiel". Selon cet auteur, il faut que l'addition des différentes durées de travail soit égale à trois mois.

²⁵ KUHN 9/2.2.2, p. 1; BERTHOUD, p. 81.

durées d'engagement dépasse trois mois. A notre avis, traiter différemment le travail à temps partiel régulier et irrégulier ne se justifie pas, car, dans les deux cas, le travailleur témoigne de la même fidélité, sur laquelle se fonde la disposition légale. Nous ne comprenons pas pourquoi le mode de calcul devrait être différent pour l'une ou l'autre activité, puisque la personne qui travaille à temps partiel irrégulièrement peut, en terme de durée du temps de travail, passer plus de temps auprès de son employeur que celle qui accomplit une activité à temps partiel régulièrement. On prendra pour exemple une personne qui travaille une semaine à 60 % puis la semaine suivante à 40 % (et ainsi de suite) et une autre travaillant régulièrement à 20 %. Nous ne voyons pas en quoi un traitement différent se justifierait, puisque toutes deux témoignent de la même fidélité à leur employeur, que toutes deux ont des rapports de travail qui marquent une certaine continuité et que le travailleur qui accomplit une activité à temps partiel irrégulièrement peut travailler plus que celui qui accomplit une activité à temps partiel régulièrement.

En cas de travail à temps partiel occasionnel (par exemple des travailleurs auxiliaires engagés en période de travail accru), chaque engagement se fait sur demande et, chaque fois, de nouveaux rapports de travail sont créés. Le droit au salaire, en cas d'empêchement de travailler, ne prend naissance que lorsqu'un de ces rapports a duré plus de trois mois (ou a été conclu pour plus de trois mois) et non pas en additionnant la durée des engagements antérieurs²⁶.

1.2.3. Contrat de travail ayant été conclu pour plus de trois mois

Selon la deuxième hypothèse visée à l'article 324a alinéa 1 CO, le travailleur a droit à son salaire si les rapports de travail ont été conclus pour plus de trois mois. La rédaction du texte légal suscite pourtant certaines difficultés d'interprétation. Doit-on calculer la durée d'un contrat de travail conclu pour plus de trois mois dès la prise d'emploi ou en fonction de la durée acquise de l'emploi au moment de l'empêchement et du délai de résiliation ?

Cette question ne se pose que pour les contrats de durée indéterminée, puisque, dans les contrats de durée déterminée, les parties sont convenues du terme du contrat. Dans ce dernier cas, si le contrat est conclu pour trois mois ou moins, le travailleur n'a pas droit au salaire lorsqu'il est empêché de travailler pendant la durée des rapports de

²⁶ KUHN 9/2.2.2, p. 2; BERTHOUD, p. 81.

travail²⁷. Si le contrat a été conclu pour plus de trois mois, le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler naît dès le début des rapports de service.

Dans les contrats de durée indéterminée, le problème est plus difficile à résoudre. Doit-on tenir compte, dans le calcul de la durée du contrat, du délai de résiliation ? Ainsi, si un travailleur dont les rapports de travail n'ont pas encore duré trois mois tombe malade une semaine au cours du troisième mois, est-il en droit de recevoir un salaire en invoquant le fait que son contrat de travail ne peut prendre fin avant la fin du quatrième mois ? En cas de réponse affirmative, son contrat de travail serait alors conclu pour plus de trois mois.

Selon la conception majoritaire²⁸, il n'est pas nécessaire que dès le premier jour, le contrat ait été conclu pour plus de trois mois. Il suffit qu'en vertu de la volonté des parties les rapports de travail ne puissent, au moment de la survenance de l'empêchement, prendre fin qu'après avoir duré plus de trois mois. Ainsi, certains auteurs considèrent comme conclus pour plus de trois mois les contrats comportant un délai de congé inférieur à trois mois, mais qui, au moment de la survenance de l'empêchement, compte tenu de la durée écoulée des rapports de travail, ne peuvent être résiliés que pour un terme survenant après plus de trois mois de service.

Selon une autre opinion²⁹, seuls devraient être considérés comme des contrats de travail conclus pour plus de trois mois les contrats dont les parties ont voulu, le jour de la conclusion, qu'ils durent plus de trois mois. Lorsque les parties n'ont pas manifesté une telle volonté, peu importe qu'au moment de l'incapacité de travail le salarié doive, compte tenu de la durée acquise de l'emploi et du délai de congé, rester au service de l'employeur plus de 3 mois.

Selon une troisième opinion³⁰, tout contrat de durée indéterminée serait conclu pour plus de trois mois.

²⁷ STÄHELIN, p. 232 (N33); JAR 1989, p. 157 (Cour de cassation NE du 11.3.1987); BRÜHWILER, p. 98 (N16); JAR 1981, p. 212 (AppGer. BS du 29.6.1979).

²⁸ REHBINDER, p. 339 (N17); STÄHELIN, p. 233 (N35); AUBERT, 1991, p. 89; BJM 1979, p. 305 (GSGer. BS); BJM 1974, p. 250 (GSGer. BS); JAR 1981, p. 213 (AppGer. BS du 29.6.1979).

²⁹ JAR 1989, p. 157 (Cour de Cassation NE du 11.3.1987); JAR 1986, p. 95 (Kantonsgericht SG du 4.2.1985); STREIFF, p. 109 (N3); KUHN 9/6.2.3, p. 2.

³⁰ JAR 1987, p. 297 (Ch. Appel GE du 18.4.1986); BRUNNER/BÖHLER/WAEBER, p. 66.

A notre avis, le travailleur a droit à son salaire si les parties ont manifesté, dès le début des rapports de travail, la volonté que le contrat soit conclu pour plus de trois mois. Si cette volonté ne s'est pas manifestée au début des rapports de travail, le droit au salaire naîtra le premier jour du quatrième mois³¹. Si le législateur avait voulu tenir compte de la durée acquise de l'emploi au moment de l'empêchement et du délai de résiliation, il l'aurait dit clairement (par exemple, en disant : "... si le contrat ne peut prendre fin avant les trois premiers mois du contrat de travail..."). Comme cela n'est pas le cas, nous pensons que si les parties n'ont pas manifesté leur volonté de conclure un contrat de durée déterminée de plus de trois mois, le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler ne peut naître que le premier jour du quatrième mois.

Il aurait été pourtant préférable de tenir compte uniquement de la durée effective de l'emploi et non pas de la nature du contrat. En effet, comme nous le verrons dans la suite de notre étude, la durée du droit au salaire est fonction principalement de la durée de l'emploi. Il aurait été plus judicieux de garder cette ligne de conduite et ne pas faire dépendre le droit au salaire de la nature du contrat de travail³².

Soulignons encore que le travailleur est également au bénéfice d'un contrat conclu pour plus de trois mois lorsque le contrat de durée indéterminée prévoit un délai de congé supérieur à trois mois³³. Dans ce cas, les parties ont, en effet, manifesté leur volonté que le contrat soit conclu pour plus de trois mois.

³¹ Dans ce sens KUHN 9/6.2.3, p. 1; JAR 1989, p. 157 (Cour de Cassation NE du 11.3.1987); STREIFF, p. 109 (N3); JAR 1986, p. 95 (Kantonsgericht SG du 4.2.1985).

³² STREIFF, p. 108 (N2), propose soit de fixer le délai d'attente à trois mois pour tous les types de contrats, soit de supprimer le délai d'attente et de faire commencer l'obligation de payer le salaire en cas d'empêchement de travailler dès le premier jour de travail.

³³ AUBERT, 1991, p. 89; selon KUHN 9/6.2.2, p. 1, si un contrat de travail prévoit dès le début un délai de résiliation supérieur à trois mois, à l'exclusion expresse du temps d'essai, il est réputé conclu pour plus de trois mois. Si le contrat ne prévoit pas de temps d'essai, l'art. 334 CO s'applique et institue automatiquement un temps d'essai. Dans ce cas, les rapports de travail n'ont pas été conclus pour plus de trois mois.

2. L'empêchement de travailler et ses causes

2.1. Remarques préliminaires

En plus de la durée du contrat de travail, le législateur a fait de l'empêchement de travailler et de ses causes des conditions d'application de l'article 324a CO. En effet, l'employeur ne doit le salaire que si, d'une part, le travailleur est empêché d'exercer son activité et, d'autre part, si la cause de l'empêchement est inhérente à la personne du travailleur.

Bien que notre propos porte sur le droit du travailleur au salaire en cas de maladie, nous mentionnerons également les autres causes d'empêchement qui influenceront la durée du droit au salaire en cas de maladie du travailleur. En effet, les durées des différents empêchements de travailler au sens de l'article 324a CO s'additionnent pendant la même année de service. Chaque empêchement ne donne donc pas droit à un crédit distinct³⁴. Ainsi, si un travailleur, lors de sa première année de service, s'absente trois jours parce qu'il fonctionne comme expert à des examens et qu'il tombe ensuite malade trois semaines toujours pendant la même année de service, son employeur ne lui devra le salaire pour la période de maladie, selon la disposition légale, que pendant trois semaines moins trois jours³⁵.

2.2. La notion d'empêchement

L'empêchement, au sens de l'article 324a CO, suppose que le travailleur soit dans l'impossibilité d'exercer son activité (par exemple, lors de l'accomplissement d'une fonction publique) ou qu'il soit dans l'incapacité de l'exercer (par exemple en cas de maladie). Ces empêchements sont généralement réalisés en cas de maladie, d'accident, d'accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, d'accouchement, ainsi que dans d'autres cas admis par la doctrine et la jurisprudence.

L'empêchement de travailler ne doit pas nécessairement impliquer un arrêt total de travail pour entraîner l'application de l'article 324a CO. Il peut arriver que le travailleur ne soit que partiellement incapable de travailler.

³⁴ REHBINDER, p. 345 (N27); JAR 1983, p. 170 (GSGcr. BS du 6.5.1982); BROHWILER, p. 94 (N10b); STÄHELIN, p. 235 (N39).

³⁵ Nous reviendrons en détail sur la durée du droit au salaire au chapitre II ch. III.3.

L'empêchement se définit en étroite relation avec l'activité du travailleur. Ainsi, par exemple, si une dactylographe se casse un doigt, elle sera empêchée d'exercer son activité, alors qu'un professeur, subissant la même atteinte, pourra poursuivre son enseignement.

En principe, les absences du travailleur qui peuvent s'effectuer en dehors des heures de travail ou des heures bloquées (en cas d'horaire libre) ne tombent pas sous l'article 324a CO³⁶ (par exemple un rendez-vous chez le dentiste ou le médecin). Lorsque le travailleur s'absente pendant les heures de travail bloquées, il doit avoir la possibilité de rattraper en temps cette absence (en cas d'horaire libre, le travailleur a toujours la possibilité de s'absenter pendant les heures non bloquées). En effet, le travailleur ne peut avoir droit à la fois au temps libre et au paiement du salaire que si l'obligation personnelle ne peut être accomplie en dehors des heures de travail³⁷.

2.3. La nature de l'empêchement

Concernant la nature de l'empêchement, certains auteurs³⁸ distinguent les causes objectives des causes subjectives. Les causes objectives touchent un grand nombre de travailleurs et ne sont donc pas inhérentes à la personne du travailleur. Pour cette raison, elles ne constituent pas un empêchement de travailler au sens de l'article 324a CO. On citera comme exemples de causes objectives les troubles politiques, les avalanches, les embouteillages, les catastrophes de l'environnement (Tchernobyl, Schweizerhalle), les barrages de routes (à la suite d'avalanches ou d'écroulement d'un pont), les guerres, les inondations³⁹. Ainsi, en cas d'empêchement dû à une cause objective, l'employeur n'a aucune obligation de verser le salaire au travailleur.

La cause subjective est celle qui empêche un travailleur de fournir sa prestation. Elle est inhérente à la personne même du travailleur et constitue un empêchement au sens de l'article 324a CO. Dans ce cas, si les autres conditions d'application sont réunies, l'employeur devra verser le salaire au travailleur.

³⁶ BRÜHWILER, p. 87 (N2).

³⁷ KUHN 9/3.6, p. 2. BRÜHWILER, p. 90 (N8) va encore plus loin en déclarant que si le travailleur peut être traité médicalement pendant les vacances ou pendant son temps libre, l'employeur n'est pas tenu de lui verser un salaire lorsque le travailleur s'absente pendant le travail.

³⁸ REHBINDER, p. 333 (N11); KUHN 9/3.6, p. 1 et 2; STREIFF, p. 110 (N6).

³⁹ REHBINDER, p. 334 (N11); STÄHELIN, p. 229 (N20); BRÜHWILER, p. 86 (N1); KUHN 9/4.1, p. 2.

La frontière entre la cause objective et la cause subjective n'est pas toujours aisée. Ainsi, le fait de chercher des membres de sa famille qui se trouvaient coupés du monde dans une zone touchée par un tremblement de terre a été considéré comme une cause subjective, mais, en revanche, le fait que le même travailleur ait été retardé par des intempéries sur le chemin du retour relevait de circonstances objectives qui n'étaient pas inhérentes à sa personne⁴⁰.

2.4. Les différentes causes d'empêchement

2.4.1. La maladie et l'accident

La notion de maladie n'est pas définie dans le Code des obligations. Elle y est pourtant énoncée à maintes reprises :

- à l'article 324a al. 1 CO, qui concerne le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler;
- à l'article 329b al. 2 CO, qui concerne la réduction du droit aux vacances;
- à l'article 336c al. 1 lit. b CO, qui concerne la résiliation en temps inopportun.

Nous tenterons, dans la suite de notre travail, de mieux cerner cette notion⁴¹.

Il est toutefois important de distinguer la notion de maladie de celle d'accident car, en cas de maladie, l'employeur a l'obligation de verser le salaire au travailleur alors que, dans le cas de l'accident, cette obligation incombe à l'assurance (généralement à l'assurance-accidents).

La loi sur l'assurance-maladie définit la maladie négativement par rapport à l'accident, la frontière entre les deux empêchements n'étant pas toujours très nette. On définira ainsi comme maladie *"toute atteinte à la santé physique ou mentale qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement médical ou provoque une incapacité de travail"*⁴². Quant à l'accident, il est défini comme *"toute atteinte*

⁴⁰ JAR 1982, p. 118 (ArbGer. ZH du 20.3.1981); AUBERT, 1991, p. 96; REHBINDER, p. 334 (N11).

⁴¹ Voir chapitre II ch. II.4.

⁴² Art. 2 al. 1 LAMal; voir également: FF 1991 II 183, ATF 105 V 180, ATF 102 V 132-133, Plädoyer 5/1989, p. 68.

*dommageable, soudaine et involontaire, portée au corps humain par une cause extérieure extraordinaire qui compromet la santé physique ou mentale*⁴³.

Il convient de préciser que les définitions ci-dessus ne sont pas totalement satisfaisantes en droit du travail, car l'obligation de payer le salaire n'existe que si la maladie ou l'accident empêche le travailleur d'effectuer sa prestation⁴⁴. Ainsi, un travailleur peut être malade au sens de la loi sur l'assurance-maladie et continuer d'exercer son travail.

2.4.2. La grossesse et l'accouchement

L'article 324a CO mentionne également la grossesse et l'accouchement comme des causes d'empêchement. La grossesse peut être définie comme l'état d'une femme enceinte, de la conception de l'enfant jusqu'à l'accouchement, alors que l'accouchement consiste dans la sortie de l'enfant hors du corps de sa mère⁴⁵.

La notion légale d'accouchement de l'article 324a al. 3 CO englobe la naissance d'un enfant né vivant. Ainsi, dans les cas d'avortement, de fausse couche ou de mort de l'enfant à la naissance, la présence de la mère à la maison pour les soins à prodiguer à l'enfant ne se justifie plus. Toutefois, si la travailleuse ne peut poursuivre son activité, l'empêchement de travailler relève de l'article 324a al. 1 CO, soit ensuite d'un accident si, par exemple, la fausse-couche est due à une chute, soit ensuite d'une maladie si la fausse-couche, l'avortement ou la mort de l'enfant à la naissance provoque des troubles psychiques ou physiques dus à des phénomènes pathologiques⁴⁶.

2.4.3. Les obligations légales et les fonctions publiques

Les obligations légales et les fonctions publiques constituent, comme l'accident et la maladie, des empêchements de travailler au sens de l'article 324a CO.

⁴³ Art. 2 al. 2 LAMal. Voir également: FF 1991 II 183, ATF 118 V 283, ATF 118 V 61, ATF 112 V 202, ATF 103 V 175, ATF 100 V 78, ATF 99 V 138, ATF 98 V 166, ATF 97 V 2, art. 9 al. 1 OLAA.

⁴⁴ REHBINDER, p. 327 (N3); BRUNNER/BÖHLER/WÄEBER pp. 62-63 (N2); Zinsli, 1992, p. 7.

⁴⁵ ROBERT P., *Le Petit Robert*, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris, 1991.

⁴⁶ REHBINDER, p. 330 (N6); Kuhn 9/3.5, p. 2. Contra: AUBERT, 1991, p. 93, qui pense que l'empêchement relève de l'art. 324a al. 3 CO.

Parmi les obligations légales, on citera le service militaire obligatoire (école de recrue, école de sous-officier, cours de répétition, cours complémentaires, cours de protection civile) en Suisse ou à l'étranger⁴⁷. Une question plus controversée se pose lorsqu'il s'agit de déterminer si un service militaire volontaire représente une obligation légale, comme par exemple le service féminin de l'armée. Selon la majorité de la doctrine et de la jurisprudence⁴⁸, cet empêchement de travailler doit être considéré comme une obligation légale. Le même problème se pose pour le service d'avancement de l'armée décidé librement, par exemple une école d'officier. A notre avis, il tombe également sous le coup de l'article 324a CO⁴⁹, de même que la participation volontaire du travailleur au corps d'aide en cas de catastrophes⁵⁰. Font également partie des obligations légales: le recrutement, les inspections d'armes et la restitution de l'équipement militaire⁵¹, l'obligation d'être juré ou témoin auprès d'un tribunal⁵², la participation à un service du feu⁵³, la fréquentation d'une école obligatoire ou de perfectionnement⁵⁴.

Il n'existe, en revanche, pas d'obligation légale lorsque le travailleur participe volontairement à une activité militaire (lutte, course d'armes, etc.)⁵⁵. L'employeur devra cependant accorder un congé non payé au travailleur qui entend participer à ces activités⁵⁶.

D'une manière plus générale, on peut se poser la question de savoir pourquoi il incombe à l'employeur de rémunérer son travailleur alors qu'il travaille pour le compte d'un tiers (généralement l'Etat). A notre avis, la perte de salaire découlant de l'exercice d'obligations légales

⁴⁷ Concernant le service militaire obligatoire à l'étranger, la doctrine admet qu'il est inclus dans l'art. 324a CO (AUBERT, 1991, p. 93; KUHN 9/8.10, p. 2; REHBINDER, p. 332 (N8); STÄHELIN, p. 227 (N12). Contra: BERTHOUD, p. 73).

⁴⁸ STÄHELIN, p. 227 (N14); KUHN 9/7.4, p. 2; STREIFF, p. 118 (N17); AUBERT, 1991, p. 93; JAR 1983, p. 151 (Bezirksgericht Uster du 9.7.1982); JAR 1982, p. 71 (Mittteilung des BIGA du 17.6.1981). Contra: BRÜHWILER, pp. 88 et 89 (N5); SCHWEINGRUBER, p. 87 (N3b).

⁴⁹ Dans ce sens, STÄHELIN, p. 227 (N14).

⁵⁰ REHBINDER, p. 331 (N8). Contra: BRÜHWILER, pp. 88 et 89 (N5).

⁵¹ REHBINDER, p. 331 (N8); STÄHELIN, p. 227 (N13).

⁵² SCHWEINGRUBER, p. 87 (N3b); STÄHELIN, p. 227 (N13); BRÜHWILER, p. 88 (N5); REHBINDER, p. 331 (N8); STREIFF, p. 118 (N17).

⁵³ REHBINDER, p. 331 (N8); STÄHELIN, p. 227 (N13).

⁵⁴ KUHN, 9/3.3, p. 1.

⁵⁵ REHBINDER, p. 331 (N7); KUHN 9/7.4, p. 4.

⁵⁶ KUHN 9/7.4, p. 4.

devrait être compensée par celui qui "utilise" le travailleur et non pas par celui qui "prête" le travailleur⁵⁷.

Les fonctions publiques visées à l'article 324a al. 1 CO sont principalement les mandats politiques (parlementaire, conseiller communal, membre d'une commission scolaire ou ecclésiastique, etc.). La question qui se pose est celle de savoir si l'employeur peut déduire du salaire les indemnités ou jetons de présence que reçoit le travailleur pour son engagement dans une fonction publique. Dans la négative, le travailleur recevrait plus que 100 % de son salaire (salaire de l'employeur plus jetons de présence) alors qu'il aurait réduit son temps de travail auprès de son employeur. Mais, d'autre part, les jours d'absence seraient déduits de la durée du droit au salaire⁵⁸. Dans l'affirmative, le travailleur recevrait 100 % de son salaire, mais ne se verrait pas imputer les jours d'absence de sa durée du droit au salaire. Quelle que soit la solution choisie, nous proposerions que le travailleur et l'employeur conviennent par écrit⁵⁹: soit de laisser au travailleur les indemnités reçues lors de l'exercice de sa fonction publique et d'imputer les jours d'absence de la durée du droit au salaire, soit d'imputer les indemnités reçues du salaire, mais en ne tenant pas compte des jours d'absence dans le calcul de la durée du droit au salaire⁶⁰.

2.4.4. Les autres causes d'empêchement

Parmi les autres empêchements de travailler qui ne sont pas mentionnés expressément à l'article 324a CO, mais qui découlent d'une pratique reconnue, on peut mentionner le mariage du travailleur ou d'un proche, la naissance d'un enfant dans le ménage du salarié, le décès d'un proche y compris d'un ami, le déménagement⁶¹, le fait pour une femme (à notre avis, également pour un homme) de s'occuper de son enfant malade durant le temps nécessaire à la recherche d'une autre solution permettant la prise en charge de l'enfant. Si la travailleuse (ou le travailleur) ne recherche pas une aide extérieure, son absence devient

⁵⁷ Dans le même sens, REHBINDER, pp. 332-333 (N9).

⁵⁸ Voir chapitre II ch. III.3.

⁵⁹ Egalement KUHN 9/3.4, p. 2.

⁶⁰ AUBERT, 1991, p. 93; KUHN 9/3.4, pp. 1 et 2; BRUNNER/BÜHLER/WEBER, p. 65 (N9); BRÜHWILER, p. 89 (N6); REHBINDER, p. 333 (N10); BERTHOUD, p. 55; SCHWEINGRUBER, p. 87 (N3c).

⁶¹ AUBERT, 1991, p. 95; STREIFF, p. 119 (N21); KUHN 9/4.3, p. 2; REHBINDER, pp. 334 (N11) et 348-349 (N30), qui y intègre également les noces d'or (p. 334, N11); STREIFF, p. 119 (N21), indique qu'il est utile de mentionner ces empêchements dans les ordres de service, dans les contrats individuels ou dans les CCT, avec la durée du droit au salaire.

fautive⁶². Les mêmes principes s'appliquent à une soeur qui vient de tenter un suicide⁶³ ou en cas d'aide indispensable apportée à une mère, à un père⁶⁴ ou à un accidenté⁶⁵.

Parmi les autres empêchements reconnus par la doctrine, on citera la consultation urgente d'un médecin ou d'un dentiste, le passage d'un examen professionnel ou d'un autre examen comme celui de conduite⁶⁶, la détention préventive non fautive⁶⁷, la vaccination et le don du sang⁶⁸.

2.5. L'empêchement partiel de travailler

Il arrive parfois que le travailleur ne soit pas totalement, mais partiellement incapable de travailler. C'est le cas, par exemple, d'un travailleur qui ne pourrait être présent dans sa fonction que la moitié de la journée, en raison de maux de dos, et qui devrait rester couché le reste du temps.

Il convient donc de se demander si l'empêchement partiel entraîne une réduction du temps de travail du même pourcentage que l'empêchement (par exemple, une incapacité de travail de 50 % qui occasionne une réduction des heures effectuées de 50 %) ou si le travailleur a l'obligation d'être présent à sa place de travail, mais en réduisant l'intensité de son activité.

Pour répondre à cette question, il faut tenir compte de l'état de santé du travailleur. Si un travailleur doit, à cause de douleurs au dos, rester couché quelques heures pendant la journée, le temps de travail sera raccourci. Il en va autrement si l'empêchement n'entraîne qu'un ralentissement de la vitesse d'exécution du travail. Dans ce dernier cas, le travailleur devra être présent durant toute la durée du temps de travail⁶⁹. Il en va de même lorsque le travailleur peut être employé à une autre tâche que celle qu'il a l'habitude d'accomplir⁷⁰. Ces indications sur

⁶² JAR 1988, p. 197 (ArbGer. ZH du 2.7.1987); JAR 1984, p. 33 (HOFFMANN U., Gesetzgebung, in: JAR 1984, pp. 13 ss); KUHN 9/3.3, p. 3; AUBERT, 1991, p. 94; BRUNNER/BOHLER/WAEBER, p. 65.

⁶³ JAR 1988, p. 201 (ArbGer. ZH du 28.10.1985).

⁶⁴ AUBERT, 1991, p. 94.

⁶⁵ STREIFF, p. 119 (N20).

⁶⁶ REHBINDER, p. 334 (N11); KUHN 4/3, p. 2.

⁶⁷ STÄHELIN, p. 229 (N17); SCHWEINGRUBER, pp. 87-88 (N3c); BRÜHWILER, p. 87 (N2).

⁶⁸ KUHN 4/3, p. 2.

⁶⁹ STREIFF, p. 117 (N15).

⁷⁰ BJM 1977, p. 287 (GSGer. BS); KUHN 9/3.1, p. 3; BRÜHWILER, p. 91 (N8).

l'état de santé du travailleur figurent généralement dans le certificat médical. A défaut, elles seront demandées au médecin⁷¹.

Lorsque le travailleur est partiellement empêché de travailler, il offrira sa capacité résiduelle de travailler à son employeur. Ce dernier peut lui proposer un autre travail approprié à son état de santé et ainsi le payer à temps plein. Si le travailleur refuse parce que la nouvelle tâche ne lui convient pas, l'obligation de payer le salaire tombe complètement⁷². Lorsque l'employeur refuse de donner du travail à un travailleur partiellement incapable de travailler et qui en désirerait, celui-ci pourra exiger le plein salaire⁷³.

3. Le caractère non fautif de l'empêchement

3.1. Remarques préliminaires

En plus d'une durée minimale des rapports de travail, de l'empêchement de travailler et de ses causes, le législateur a considéré que l'absence de faute du travailleur devait également être une des conditions d'application de l'article 324a CO. Selon cet article, le travailleur doit, en effet, être empêché de travailler sans faute de sa part⁷⁴.

Avant d'examiner la notion de faute au sens de l'article 324a CO, nous tenterons de définir les éléments constitutifs de la faute en général et de distinguer les différents types de faute.

3.2. La faute en général

3.2.1. Les éléments constitutifs de la faute

La faute, en droit suisse, comprend deux éléments constitutifs: l'un objectif, l'autre subjectif.

⁷¹ STREIFF, p. 117 (N15).

⁷² BJM 1977, pp. 287-288 (OSGer. BS); STÄHELIN, p. 225 (N7); REHBINDER, p. 335 (N2).

⁷³ REHBINDER, p. 335 (N2); STÄHELIN, p. 225 (N7); SCHWEINGRUBER, p. 86 (N2).

⁷⁴ Ce qui ne signifie pas que toute faute entraîne la suppression ou la réduction du droit au salaire.

L'élément objectif de la faute repose sur un comportement illicite. En matière contractuelle, l'illicéité apparaît comme un manquement à une obligation contractuelle⁷⁵.

Pour apprécier le caractère illicite du comportement du travailleur qui conduit à ce résultat, le juge comparera l'attitude du sujet en cause avec celle d'une personne diligente, de la même catégorie que lui et placée dans les mêmes conditions. La comparaison s'opère in abstracto, c'est-à-dire sans tenir compte des données particulières de l'auteur, qui seront prises en considération dans l'examen de l'élément subjectif. Le juge se demandera ainsi si le comportement de l'auteur s'est écarté du comportement qui aurait dû être le sien et, dans l'affirmative, il estimera la mesure de cet écart par rapport au modèle de référence⁷⁶.

En plus de cet élément objectif, le juge tiendra compte de l'imputabilité, soit des caractéristiques propres à l'auteur (ses capacités, ses connaissances et son intelligence). Il convient donc de prendre en considération la capacité de discernement de l'auteur, laquelle implique la conscience et la volonté. La conscience implique la capacité d'apprécier les motifs et la portée de ses actes, la volonté repose sur une attitude cohérente par rapport à cette appréciation.

L'imputabilité suppose donc que l'auteur soit conscient d'agir contrairement au droit (qu'il viole ses obligations contractuelles) et qu'il ait la possibilité d'agir conformément au droit⁷⁷.

3.2.2. Les différents types de fautes

La distinction entre les différents types de fautes peut s'opérer selon l'importance du manque de diligence ou selon la façon dont l'auteur envisage le résultat de son acte.

D'après la première distinction, on qualifie la faute selon sa gravité. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, "*comme une faute grave quiconque viole une règle élémentaire de prudence qui, dans les mêmes circonstances, se serait imposée à tout homme raisonnable*"⁷⁸. A contrario, toute faute qui n'est pas grave est légère.

D'après la deuxième distinction, on examine si l'auteur de la faute envisage ou non le résultat de son acte. On parle de faute intentionnelle

⁷⁵ BERTHOUD, p. 65.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Op. cit., p. 66.

⁷⁸ ATF 92 II 253 ; ATF 111 V 189; ATF 114 V 190; ATF 118 V 306.

lorsque l'auteur veut le résultat qui s'est produit, donc qu'il considère ce résultat comme certain; et de dol éventuel, lorsqu'il considère le résultat non pas comme certain mais possible. Dans ce cas, l'auteur sait que les conséquences de son acte peuvent se manifester et il y consent dans le cas où elles se réalisent⁷⁹. Dans le cas de la négligence (imprudence) consciente, l'auteur est conscient des conséquences que peut entraîner son acte, mais il n'envisage pas qu'elles se produisent⁸⁰. Dans la négligence (imprudence) inconsciente, l'auteur n'envisage même pas les conséquences de son acte⁸¹.

Le critère de la gravité de la faute se combine avec celui de la conscience qu'a l'auteur des conséquences de son acte ou de son omission. D'une façon générale, on peut considérer le dol éventuel⁸² comme une faute grave⁸³.

Si, généralement, la négligence ou l'imprudence constitue une faute légère, il peut arriver qu'aux yeux du juge, selon les circonstances, elle apparaisse comme une faute grave⁸⁴.

3.3. La faute au sens de l'article 324a CO

3.3.1. Notion

En matière de contrat de travail, les obligations du travailleur sont non seulement d'offrir sa capacité de travail à son employeur, mais également de lui être fidèle, de sauvegarder ses intérêts et de se soumettre à ses ordres et directives; le corollaire de ces obligations réside, entre autres, dans la possibilité de jouir d'un salaire pendant un temps limité en cas d'empêchement non fautif de travailler⁸⁵.

Au sens de l'article 324a CO, est considéré comme faute un manquement à la diligence d'un salarié, dans sa vie professionnelle ou non professionnelle, qui entraînerait un empêchement de travailler ou qui prolongerait la durée de l'empêchement⁸⁶.

⁷⁹ BERTHOUD, p. 67.

⁸⁰ Op. cit., p. 68.

⁸¹ Ibidem.

⁸² En droit civil, le dol éventuel est assimilé au dol (ou faute intentionnelle) que l'on oppose à la négligence, ou imprudence (BERTHOUD, p. 67; ENGEL P., *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, Neuchâtel, 1973, p. 318).

⁸³ BERTHOUD, p. 68.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Dans le même sens, AUBERT, 1991, pp. 96-97; selon VIRET, 1979, p. 6, la faute

Il importera également de comparer le comportement du travailleur avec celui d'une personne raisonnable placée dans la même situation et de se demander s'il est équitable, dans chaque cas particulier, de faire supporter l'incapacité de gain à l'employeur⁸⁷.

Selon l'opinion dominante⁸⁸, une faute grave (ou intentionnelle) entraîne une sanction⁸⁹ au niveau du salaire; une faute légère demeure sans conséquence.

3.3.2. Fautes graves lors de maladies

Parmi les fautes graves lors de maladies, on citera le fait de ne pas suivre les recommandations du médecin⁹⁰, de violer les mesures élémentaires de prudence au point d'entraîner une aggravation ou un allongement de la durée de la maladie déjà existante⁹¹.

Lorsque le travailleur tombe volontairement malade, son attitude est également fautive, sauf s'il était totalement incapable de se comporter raisonnablement. Coostitue, à notre avis, un comportement fautif le fait de contracter, au cours d'une relation extra-conjugale, une maladie vénérienne alors que le travailleur n'a pris aucune précaution (nous pensons ici plus particulièrement au SIDA)⁹². Il existe, en effet, dans notre société, assez de mises en garde (publicité à la télévision, à la radio, dans les journaux, etc.) concernant la transmission de cette maladie. Chaque personne devrait donc être consciente des risques qu'elle peut encourir.

peut se rapporter à la cause de l'empêchement, mais aussi à sa durée ou à son évolution - autrement dit à tout facteur qui prolongerait l'absence du travailleur et aurait des conséquences financières pour l'employeur.

⁸⁷ AUBERT, 1991, p. 97.

⁸⁸ KUHN 9/5.1, p. 3; REHBINDER, p. 337 (N16); STÄHELIN, p. 230 (N24); STREIFF, p. 123 (N29); BRÜHWILER, pp. 89-90 (N7); SCHWEINGRUBER, p. 88 (N5); VIRET, 1979, p. 6; JAR 1984, p. 126 (OGer. TG du 29.9.1983); BJM 1976, p. 326 (GSGer. BS); RSJ 40, p. 147 (GGer. BE du 10.11.1942).

⁸⁹ Nous verrons au chapitre II ch. II.3.4. si cette sanction équivalait à une diminution ou à une suppression de salaire.

⁹⁰ REHBINDER, p. 338 (N16). Pour un cas particulier: JAR 1990, p. 159 (OGer. ZH du 26.9.1989) où, en l'occurrence, le travailleur n'avait pas suivi un conseil médical qui consistait à se chercher une autre occupation professionnelle moins exposée aux intempéries. Le tribunal n'a pas considéré que l'inobservation de cette recommandation médicale constituait une faute grave. La protection de la personnalité de l'employé exige, en effet, que celui-ci puisse prendre quelques risques lorsqu'il s'agit de décider du choix de sa profession.

⁹¹ BRÜHWILER, p. 90 (N7).

⁹² Dans ce sens, STÄHELIN, p. 231 (N25); KUHN 9/5.1, p. 2.

3.3.3. Autres empêchements fautifs

Parmi les autres empêchements fautifs, on mentionnera:

- les séjours dans les régions de guerre lorsque le travailleur revient avec retard à cause de difficultés liées à son passeport⁹³;
- la détention préventive par faute personnelle⁹⁴;
- l'exécution d'une peine d'emprisonnement⁹⁵;
- l'absence du travailleur lorsque la cause de l'empêchement aurait pu être reportée (par exemple un travailleur qui va chez le médecin pendant ses heures de travail alors qu'il aurait pu y aller pendant son temps libre)⁹⁶.

Il n'y a en revanche pas de faute en cas de service volontaire comme le service féminin de l'armée ou la participation au corps d'aide en cas de catastrophe à l'étranger lorsque le travailleur interrompt son travail pour ces motifs⁹⁷, lors de l'absence d'une salariée qui se fait avorter⁹⁸ ou d'un travailleur toxicomane qui suit une cure de désintoxication⁹⁹.

Dans les cas de grossesse ou d'accomplissement d'une fonction publique, la faute n'entre pas non plus en considération¹⁰⁰.

3.4. La sanction de la faute au sens de l'article 324a CO

La disposition légale prévoit que le travailleur doit être empêché d'exercer son activité sans faute de sa part. On peut, dès lors, se demander si une faute entraîne automatiquement une sanction au niveau du salaire. En cas de réponse positive, il s'agira de déterminer si la sanction équivaut à une suppression ou à une réduction du salaire.

En cas de faute intentionnelle, l'obligation de poursuivre le paiement du salaire tombe¹⁰¹. En cas de négligence grave, le salaire devrait être

⁹³ RSJ 40, p. 266 (Kantonsgericht St. Gallen du 23.12.1943); STÄHELIN, p. 231 (N26).

⁹⁴ KUHN 9/5.1, p. 3.

⁹⁵ KUHN 9/5.1, p. 4.

⁹⁶ STÄHELIN, p. 231 (N26).

⁹⁷ BRÖHWILER, p. 90 (N7).

⁹⁸ JAR 1980, p. 207 (GSGer. BS du 31.10.1977).

⁹⁹ JAR 1984, p. 136 (GSGer. BS du 14.3.1983).

¹⁰⁰ KUHN 9/5.1, p. 1.

¹⁰¹ STÄHELIN, p. 231 (N29); BERTHOUD, p. 69.

réduit selon la gravité de la faute, voire dans certains cas supprimé¹⁰². La faute légère demeure sans conséquence sur le droit au salaire¹⁰³.

La question se pose de savoir si la sanction prise dans le droit des assurances doit être celle admise par le droit du travail¹⁰⁴. Ainsi, si l'assurance-accidents réduit de 20 % ses prestations ensuite d'une faute de l'assuré, l'employeur est-il en droit de réduire ses prestations du même pourcentage ? A notre avis, lorsque la faute est considérée comme légère par le droit du travail ou en cas d'absence de faute du travailleur, mais entraînant une réduction des prestations d'assurance, l'employeur a l'obligation de compléter ces prestations¹⁰⁵. Il arrive, en effet, qu'une assurance ne fournisse aucune prestation en objectant que l'accident a été annoncé avec retard, qu'aucune assurance n'a été conclue ou que des faits importants n'ont pas été mentionnés lors de la signature du contrat¹⁰⁶. Dans ces cas, l'employeur devra verser un salaire au travailleur. En revanche, lorsque la faute est qualifiée de grave ou d'intentionnelle par le droit du travail, il n'incombe pas à l'employeur de compléter systématiquement le salaire du travailleur, car sinon, il n'interviendrait que pour prendre en charge "les mauvais risques", exclus de la couverture d'assurance. D'autre part, le travailleur ne serait jamais sanctionné, puisque la décision de l'assurance serait compensée par le versement du salaire par l'employeur et cela pourrait l'inciter à "accumuler" les fautes, sachant qu'il ne sera jamais véritablement pénalisé s'il commet une faute grave ou intentionnelle.

3.5. Preuve de la faute

C'est à l'employeur de faire la preuve de la faute du travailleur pour se libérer de l'obligation de payer le salaire¹⁰⁷.

¹⁰² STÄHELIN, p. 231 (N29); SCHWEINGRUBER, p. 89 (N5), pense que cela doit être le cas (suppression du salaire) lorsque l'incapacité de travail a pour cause un gros abus d'alcool ou la consommation de drogue.

¹⁰³ STÄHELIN, p. 230 (N24); STREIFF, p. 123 (N29); REHBINDER, p. 337 (N16); BRÜHWILER, pp. 89-90 (N7).

¹⁰⁴ Comme le pensent STREIFF, p. 125 (N30); BRÜHWILER, p. 90 (N7); JAR 1984, p. 126 (OGer. TG du 29.9.1983); BJM 1976, p. 326 (GSGer. BS). Contra: BRUNNER/BÖHLER/WÄEBER, p. 63.

¹⁰⁵ Dans ce sens, STÄHELIN, p. 252 (N17); BJM 1976, p. 326 (GSGer. BS); Kuhn 9/7.2, p. 3.

¹⁰⁶ KUHN 9/7.2, p. 3.

¹⁰⁷ KUHN 9/5.2, p. 3; VIRET, 1979, p. 7; STÄHELIN, p. 232 (N31). Contra: AUBERT, 1991, p. 98; BRÜHWILER, p. 91 (N9).

A notre avis, l'article 324a CO déroge au principe général applicable en matière contractuelle, où la faute est présumée. L'article 97 CO prévoit, en effet, que lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. L'hypothèse visée par l'article 324a CO est celle de l'absence de faute du travailleur (et non de la faute présumée). La faute apparaît comme une exception. Il incombe donc à la personne qui l'invoque de prouver ses allégations si elle entend se libérer de l'obligation de verser le salaire.

4. La notion de maladie

4.1. Remarques préliminaires

Nous avons vu que la maladie peut être une cause d'empêchement de travailler, soit totale, soit partielle, qui pourrait conduire, en l'absence de disposition légale, à une perte de salaire du travailleur.

Selon les professions, la même maladie affecte différemment le travailleur. Une légère angine entraînera vraisemblablement un arrêt de travail pour un chanteur, alors qu'un employé de commerce pourra certainement poursuivre son activité professionnelle. En fixant le taux d'incapacité de travail, le médecin devra donc tenir compte du métier du travailleur¹⁰⁸.

Il importe de rappeler que la distinction entre la maladie et les autres causes d'empêchement de travailler¹⁰⁹ est importante puisqu'en cas de maladie du travailleur, l'employeur est tenu de verser le salaire à 100 %, tandis qu'en cas d'accident (par exemple), l'assurance-accidents couvre 80 % du salaire, l'employeur n'ayant aucune obligation de compléter le salaire afin qu'il atteigne 100 %.

4.2. Définition de la maladie

Vu la diversité des formes que peuvent revêtir des états et processus morbides, la notion de maladie se prête difficilement à une stricte

¹⁰⁸ JAR 1983, p. 117 (GSGer. BS du 4.2.1982).

¹⁰⁹ Le problème se pose surtout avec l'accident; nous renvoyons le lecteur au chapitre V ch. III.2. sur la différence entre la maladie et l'accident.

définition¹¹⁰. Il n'existe, en effet, nul nombre déterminé de maladies qu'on puisse aisément quantifier, mais plutôt un nombre illimité de maladies qu'une stricte définition ne peut englober¹¹¹. La notion de maladie doit donc, à notre avis, rester ouverte¹¹².

La maladie est une notion juridique et ne doit pas correspondre nécessairement à la définition qu'en donne la science médicale¹¹³. On ne saurait parler de maladie, dans un cas concret, s'il n'existe aucun trouble dû à des phénomènes pathologiques¹¹⁴.

La maladie, au sens de l'article 324a CO, ne saurait être identique à la notion générale de maladie admise par le droit des assurances¹¹⁵. Ainsi, une personne peut être atteinte de problèmes intestinaux qui nécessitent un traitement médical à la charge de l'assurance-maladie sans qu'elle soit véritablement empêchée de travailler. Inversement, une maladie peut entraîner la mise en œuvre de l'article 324a CO alors qu'elle ne donne pas lieu à des prestations d'assurance. Ainsi, par exemple, si une personne souffre d'une légère grippe ou d'un refroidissement, elle ne pourra se rendre au travail, mais ne devra pas pour autant consulter un médecin. D'autre part, le fait que l'assureur-maladie prenne à sa charge le cas de maladie ne signifie pas nécessairement que l'employeur devra payer le salaire.

Comme exemples de maladie, on citera les affections psychiques comme la schizophrénie, la dépression, l'épilepsie lorsque le travailleur ne peut pas ou n'est pas supposé se rendre au travail, le mal de dent, l'extraction d'une dent malade¹¹⁶, la grossesse lorsqu'elle se déroule avec des complications¹¹⁷, la cure thermale ordonnée par le médecin si elle présente un caractère urgent.

Dans le cadre de notre étude, nous parlerons de maladie lorsqu'il existe des troubles dus à des phénomènes pathologiques qui ne proviennent pas

¹¹⁰ ATF 116 V 240; Plädoyer 5/1989, p. 68; ZINSLI, 1992, p. 6.

¹¹¹ La LAMal, à son article 2 al. 1, précise cette notion : "*Par maladie, on entend toute atteinte à la santé physique ou mentale qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement médical ou provoque une incapacité de travail*".

¹¹² Dans ce sens, REHBINDER, p. 326 (N3).

¹¹³ ATF 116 V 240.

¹¹⁴ ATF 116 V 240; ATF 114 V 163; ATF 113 V 43; ATF 111 V 231; ATF 101 V 71.

¹¹⁵ Dans le même sens, BRÜHWILER, p. 87 (N3).

¹¹⁶ KUHN 9/3.1, pp. 2-3.

¹¹⁷ ATF 107 V 101.

d'un accident et qui peuvent être non seulement la cause d'une incapacité totale ou partielle de travail, mais qui peuvent également rendre peu raisonnable la poursuite de l'exécution du travail.

4.3. Délimitation de la maladie au sens de l'article 324a CO

La mesure médicale qui est prise doit l'être dans l'intérêt de l'employeur¹¹⁸. Ainsi, les mesures médicales visant à améliorer la capacité de travail, soit par le biais d'une opération, d'un traitement psychiatrique ou d'une cure, doivent être englobées dans la maladie. Il faut pourtant que le travailleur ne puisse repousser le traitement¹¹⁹. Sont également incluses dans la notion de maladie selon l'article 324a CO les opérations esthétiques qui sont recommandées pour des raisons psychiques (par exemple, une prothèse mammaire après une opération du cancer du sein, une opération visant à supprimer des déformations au visage, mais non l'opération esthétique pure¹²⁰). D'autre part, l'employeur ne peut exiger du travailleur qu'il renvoie, après la fin des rapports de travail, une opération concernant l'impossibilité d'une femme à procréer¹²¹ ou une cure de bains ayant pour but de soigner des douleurs aiguës au dos¹²².

Les cures qui ne sont pas liées à une maladie aiguë ou menaçante, par exemple une cure de rétablissement, font partie des vacances payées du travailleur¹²³. Lorsque la cure sert à empêcher la survenance d'une maladie menaçante et précise, à empêcher l'aggravation d'une maladie, à guérir d'une maladie précise ou encore à éviter la réapparition d'une maladie, l'employeur a l'obligation de verser le salaire¹²⁴, cela s'il y a urgence médicale à l'application de la cure. Il ne faut pourtant pas que l'état d'épuisement qui a entraîné la cure soit dû à une surcharge d'activités non professionnelles ou à une activité déraisonnable pendant les vacances¹²⁵.

¹¹⁸ REHBINDER, p. 328 (N3).

¹¹⁹ JAR 1981, p. 260 (ArbGer. ZH du 23.5.1979).

¹²⁰ REHBINDER, p. 327 (N3).

¹²¹ STÄHELIN, p. 226 (N8); BJM 1975, p. 229 (GSGer. BS).

¹²² REHBINDER, p. 327 (N3); STÄHELIN, p. 226 (N8).

¹²³ Voir également KUHN 9/8.1, p. 2.

¹²⁴ REHBINDER, p. 328 (N4).

¹²⁵ REHBINDER, p. 328 (N4).

La question se pose également de savoir s'il faut assimiler aux empêchements résultant d'une maladie les visites de contrôle préventif chez le médecin. A notre avis¹²⁶, ces visites peuvent se faire soit en dehors des heures de travail, soit pendant celles-ci, mais dans ce cas, elles doivent être rattrapées ou remplacées. En effet, il n'y a aucun caractère urgent dans une visite préventive qui pourrait empêcher le travailleur d'exercer sa prestation.

4.4. Preuve de la maladie

C'est au salarié qu'il appartient de prouver son empêchement de travailler¹²⁷, soit en présentant un certificat médical, soit en fournissant d'autres preuves¹²⁸, par exemple en faisant appel à des témoins.

L'employeur a légalement la possibilité de demander une preuve de l'incapacité de travail dès le premier jour; selon l'usage établi, le travailleur apportera généralement la preuve de sa maladie après trois jours. Sur l'ensemble des conventions collectives que nous avons consultées (trente-deux CCT), treize mentionnent l'apport du certificat médical. Sur ces treize, cinq précisent que le certificat doit être apporté après trois jours, deux qu'il doit l'être après deux jours et six n'indiquent aucune durée.

La femme enceinte peut, sur simple avis, se dispenser d'aller travailler lorsqu'elle estime que cela est nécessaire pour sa propre santé ou celle de l'enfant¹²⁹. Elle n'a donc pas besoin de certificat médical et l'employeur n'a pas à lui en réclamer un¹³⁰.

Lorsque les parties sont convenues, par convention collective ou par contrat individuel, que le travailleur devait apporter la preuve de la maladie après trois jours, c'est à l'employeur de fournir la preuve que le travailleur était capable de travailler avant ce terme¹³¹.

¹²⁶ Également celui de KUHN 9/3.1, p. 3. Contra: AUBERT, 1991, p. 92.

¹²⁷ Art. 8 CC.

¹²⁸ JAR 1983, p. 119 (GSGer. BS du 8.12.1982); JAR 1982, p. 112 (OGer. SO du 8.4.1976); KUHN 9/5.2, p. 1-2; REHBINDER, p. 340 (N18); STREIFF, p. 115 (N12); STÄHELIN, p. 227 (N11).

¹²⁹ Art. 35 al. 1 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (RS 822.11).

¹³⁰ KUHN 9/3.5, p. 2.

¹³¹ STREIFF, p. 115 (N12); REHBINDER, p. 340 (N18); STÄHELIN, p. 227 (N11); BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, p. 63 (N3); TOBLER, p. 60; BJM 1974, pp. 251-252 (GSGer. BS); JAR 1984, p. 134 (GSGer. BS du 24.1.1983). Contra: BRÜHWILER, p. 92 (N9a).

Lorsque l'employeur a de sérieuses raisons de douter de la véracité de la preuve apportée, il peut faire contrôler l'incapacité de travail, à ses propres frais, par un médecin conseil de son choix, qui en vérifiera l'existence et le degré¹³². Cette faculté appartient également au juge¹³³. Ainsi, on ne peut admettre la validité d'un certificat médical lorsqu'un employé d'une entreprise de révision de citerne est déclaré médicalement totalement incapable de travailler ensuite de maux de genou et qu'il effectue des travaux sur le toit de sa maison et marche sur celui-ci¹³⁴. Cependant, une simple promenade ne suffit pas à prouver la capacité de travail de l'employé¹³⁵.

Lorsque le salarié refuse de se soumettre à un examen destiné à vérifier l'existence et le degré de l'incapacité, l'employeur peut contester la preuve fournie¹³⁶.

4.5. Un cas particulier: les maladies professionnelles

La distinction entre maladie non professionnelle et maladie professionnelle est importante en droit du travail et en droit des assurances. Selon la classification, les obligations de l'employeur sont différentes. Les maladies professionnelles sont assimilées aux accidents professionnels et couvertes par la loi sur l'assurance-accidents. Elles relèvent donc d'une assurance obligatoire¹³⁷.

Les maladies professionnelles sont définies comme des maladies dues exclusivement ou de manière prépondérante¹³⁸, dans l'exercice de l'activité professionnelle, à des substances nocives ou à certains travaux¹³⁹. Le Conseil fédéral a établi une liste de ces substances et des affections dues au travail¹⁴⁰. Sont aussi réputées maladies professionnelles les

¹³² AUBERT (400 arrêts, n° 118, p. 75); STREIFF, p. 115 (N12); REHBINDER, pp. 340-341 (N19); BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, p. 63 (N3); JAR 1982, p. 113 (Ch. d'Appel GE du 21.8.1980); JAR 1984, p. 225 (ArbGer. BE du 2.6.1983); BJM 1960, p. 175 (GSGer. BS).

¹³³ BRÜHWILER, p. 92 (N9).

¹³⁴ BJM 1975, p. 230 (GSGer. BS); dans le même sens, JAR 1980, p. 209 (GSGer. BS du 10.7.1978); BJM 1977, p. 287 (GSGer. BS); BJM 1976, p. 325 (GSGer. BS); BRÜHWILER, pp. 92-93 (N9).

¹³⁵ AUBERT, 400 arrêts, n° 116, p. 119; STREIFF, p. 115 (N12).

¹³⁶ STREIFF, p. 116 (N12); BRÜHWILER, p. 93 (N9).

¹³⁷ Voir chapitre X ch. III.2. et III.4.3.

¹³⁸ La maladie est prépondérante si elle a été causée au moins à 50 % par l'activité professionnelle (ATF 114 V 110; ZINSLI, 1992, p. 8; JANUTIN, p. 116).

¹³⁹ Art. 9 al. 1 LAA.

¹⁴⁰ Annexe 1 de l'ordonnance sur l'assurance-accidents, du 20 décembre 1982.

autres maladies, qui ne figurent pas sur cette liste, dont il est prouvé qu'elles ont été causées exclusivement ou de manière nettement prépondérante¹⁴¹ par l'exercice de l'activité professionnelle¹⁴². La maladie professionnelle est réputée déclarée dès que la personne doit se soumettre pour la première fois à un traitement médical ou est incapable de travailler¹⁴³. Les prestations d'assurance sont également versées en cas de rechutes et de séquelles¹⁴⁴, ainsi que pour les lésions corporelles que l'assuré subit lors d'un examen médical ordonné par l'assureur ou rendu nécessaire par les circonstances¹⁴⁵.

En Suisse, on compte annuellement environ sept mille cas de maladies professionnelles et la tendance est à la hausse. La plupart de ces cas se rencontrent dans le domaine de la construction¹⁴⁶. Les formes de maladies professionnelles les plus répandues sont l'empoisonnement et les atteintes aux voies respiratoires¹⁴⁷.

Dans la suite de notre étude, nous traiterons de la maladie non professionnelle. La maladie professionnelle sera abordée dans le chapitre consacré à l'assurance-accidents¹⁴⁸.

III. LES OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR

1. L'obligation de payer le salaire

I.1. Remarques préliminaires

Lorsque les conditions d'application de l'article 324a CO sont réunies, l'employeur est tenu de verser, pendant un temps limité, un salaire au

¹⁴¹ Par nettement prépondérant, on admet que l'influence de l'activité professionnelle sur la maladie est de 75 % ou plus (ATF 114 V 111 ; ZINSLI, 1992, p. 8; JANUTIN, p. 117).

¹⁴² Art. 9 al. 2 LAA.

¹⁴³ Art. 9 al. 3 LAA.

¹⁴⁴ Art. 11 OLAA; JANUTIN, p. 117.

¹⁴⁵ Art. 10 OLAA; JANUTIN, p. 117.

¹⁴⁶ ZINSLI, 1992, p. 9.

¹⁴⁷ Ibidem.

¹⁴⁸ Voir chapitre X ch. III.

travailleur. Celui-ci peut ainsi garder son niveau de vie antérieur pendant une certaine durée, malgré l'inexécution de sa tâche.

Le paiement du salaire incombe à l'employeur. C'est donc lui qui assume les frais résultant de l'absence de son personnel et les frais éventuels occasionnés par l'engagement d'un remplaçant. Dans les pages suivantes, nous examinerons quand naît et cesse l'obligation de verser le salaire, la notion de salaire ainsi que la durée du droit au salaire.

1.2. Début de l'obligation de payer le salaire

L'obligation de payer le salaire naît au moment de la prise d'emploi et non lors de la conclusion du contrat. Si le travailleur ne peut commencer son travail à cause d'une maladie inhérente à sa personne, sans faute de sa part, et que le contrat ait été conclu pour plus de trois mois, le travailleur a droit au salaire dès le premier jour supposé de travail¹⁴⁹.

Lorsque le contrat n'a pas été conclu pour plus de trois mois et que la maladie dure depuis déjà trois mois à compter de la prise d'emploi, l'obligation de verser le salaire naît le premier jour du quatrième mois, à partir de la date d'entrée prévue¹⁵⁰.

1.3. Fin de l'obligation de payer le salaire

L'obligation de payer le salaire cesse avec la fin de l'empêchement de travailler, à l'échéance du temps limité pendant lequel l'employeur doit verser le salaire¹⁵¹ ou encore à la fin des rapports de travail, pour autant que la résiliation par l'employeur à cause de la maladie (ou d'une autre cause) soit admissible¹⁵².

¹⁴⁹ STÄHELIN, p. 224; KUHN 9/8.6, p. 1.

¹⁵⁰ KUHN 9/8.6, p. 1.

¹⁵¹ Voir chapitre II ch. III.3.

¹⁵² Voir chapitre XII; STÄHELIN, p. 238 (N51); REHBINDER, p. 344 (N26); BRÜHWILER, p. 93 (N10); Kauker, p. 90; BJM 1973, p. 280 (GSGer. BS).

2. La notion de salaire

2.1. Le montant du salaire

Lorsqu'il ne peut exécuter sa prestation et que les conditions de l'article 324a CO sont réunies, le travailleur a droit au salaire correspondant à la rémunération qu'il aurait reçue s'il avait travaillé¹⁵³. Le travailleur ne doit donc être ni enrichi ni appauvri en raison de son empêchement de travailler.

En raison du principe de non-appauvrissement, le travailleur aura droit à tous les avantages financiers qu'il aurait obtenus s'il avait pu travailler. Il recevra donc les allocations supplémentaires régulières (allocations de renchérissement, allocations familiales, majorations légales ou contractuelles pour le travail de nuit ou du dimanche, heures supplémentaires si elles revêtent un caractère régulier¹⁵⁴, augmentations de salaire que recevrait l'ensemble du personnel de l'entreprise), toujours d'après le principe selon lequel le travailleur doit recevoir le même salaire que s'il n'avait pas été empêché de travailler¹⁵⁵.

Lorsque le travailleur recevait un salaire en nature avant son empêchement de travailler, celui-ci lui sera versé sous la même forme, si cela est possible¹⁵⁶. Dans le cas contraire, le salaire sera converti en espèces, comme l'indique l'article 324a CO à son premier alinéa "...y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu..."¹⁵⁷. Ce sont les caisses AVS et les autorités fiscales qui fixent la valeur du salaire en nature, à moins que les conventions collectives de travail, elles-mêmes, ne l'aient déterminée¹⁵⁸.

L'employeur doit à son employé la gratification lorsque l'empêchement survient à une époque où elle est allouée¹⁵⁹, ou une partie de celle-ci

¹⁵³ BRÜHWILER, p. 94 (N11); BRUNNER/BOHLER/WAEBER, p. 66 (N11); BERTHOUD, p. 85; SONTHEIM, p. 37; AUBERT, 1991, p. 113; REHBINDER, p. 341 (N21); STÄHELIN, p. 238 (N48); KUHN 9/6.2.4, pp. 6-7.

¹⁵⁴ Contra: STREIFF, p. 113 (N9), qui dit que l'essence même des heures supplémentaires va à l'encontre d'un salaire "régulier".

¹⁵⁵ BERTHOUD, p. 85; BRÜHWILER, p. 95 (N11), qui mentionne que pour les travailleurs temporaires engagés à plein temps, cette règle est également valable; REHBINDER, p. 342 (N22).

¹⁵⁶ KUHN 9/9, p. 2.

¹⁵⁷ BERTHOUD, p. 86; REHBINDER, p. 343 (N23); KUHN (9/9, p. 2) indique que si l'employeur finance une assurance destinée à couvrir les frais de pension en cas d'hospitalisation, il faut considérer qu'il est libéré de l'obligation de verser le salaire en nature.

¹⁵⁸ KUHN 9/6.1, p. 3.

¹⁵⁹ BERTHOUD, pp. 88-89; KUHN 9/6.1, p. 3; BRUNNER/BOHLER/WAEBER, p. 65 (N11).

quand l'empêchement de travailler a comme conséquence une rupture des rapports de travail¹⁶⁰, ceci lorsqu'un accord écrit le prévoit. En cas d'accord tacite, la preuve est plus difficile à établir. Selon BERTHOUD¹⁶¹, des actes concluants suffisent, comme le versement annuel pendant de nombreuses années et sans réserve de la gratification. Les mêmes principes s'appliquent à la participation au bénéfice de l'entreprise¹⁶².

Lorsque la rétribution est composée de commissions, l'employeur versera, en cas d'incapacité de travail, le salaire correspondant à la moyenne obtenue durant l'année écoulée et non pas en fonction du gain obtenu par le remplaçant¹⁶³. En revanche, les dépenses professionnelles des voyageurs de commerce (frais de déplacement, indemnités de repas) ne seront pas indemnisées, puisque le travailleur ne supporte plus ces frais¹⁶⁴, sauf si les caisses AVS et les autorités fiscales considèrent comme un salaire non déclaré une partie du forfait versé à titre de frais¹⁶⁵.

D'autre part, pour les voyageurs de commerce, lorsque la provision constitue moins d'un cinquième du salaire, les parties peuvent convenir par écrit qu'au cas où le voyageur de commerce est empêché de travailler sans faute de sa part, aucune indemnité ne lui sera versée en raison de la perte de la provision¹⁶⁶.

Les pourboires, s'ils sont substantiels et réguliers, font également partie du salaire dont il faut compenser la perte. En cas de variations saisonnières, on fera une moyenne de la période, en tenant compte de la saison¹⁶⁷. Par contre, lorsque le service est compris (restaurants, taxis, hôtels, coiffeurs, etc.), les pourboires versés ne font pas partie du salaire, comme l'a précisé l'Arbeitsgericht de Zurich¹⁶⁸.

Si l'employeur met à la disposition du travailleur une cantine servant des repas à des prix très avantageux, le travailleur n'a droit à aucune

¹⁶⁰ BERTHOUD, p. 88.

¹⁶¹ BERTHOUD, p. 89.

¹⁶² REHBINDER, p. 342 (N22); KUHN 9/9, p. 3; BRUNNER/BOHLER/WAEBER, p. 65 (N11).

¹⁶³ JAR 1990, p. 164 (Ch. d'Appel GE du 12.12.1988); AUBERT, 1991, p. 113; STÄHELIN, p. 238 (N48); KUHN (9/6.1, p. 2) précise qu'il faut tenir compte le cas échéant de la haute et de la basse saison; STREIFF, p. 113 (N9).

¹⁶⁴ KUHN 9/9, p. 4; selon BERTHOUD (p. 89), les dépenses professionnelles devraient être indemnisées si elles exercent une influence sur le niveau de vie de l'individu.

¹⁶⁵ KUHN 9/6.1, p. 4.

¹⁶⁶ Art. 349c al. 2 CO; Kuhn 9/9, p. 4.

¹⁶⁷ KUHN 9/6.1, p. 2 et 9/9, p. 2; STREIFF, p. 113 (N9).

¹⁶⁸ JAR 1986, p. 96 (ArbGer. ZH du 8.6.1984); KUHN 9/6.1, p. 2-3.

indemnité¹⁶⁹. Il en irait autrement si l'employeur distribuait gratuitement des bons pour les repas¹⁷⁰.

Quant au travailleur à temps partiel, il a également droit au salaire qu'il aurait gagné s'il n'avait pas été empêché de travailler¹⁷¹.

2.2. Coordination avec l'assurance perte de gain en cas de maladie selon la LAMal et la LCA

Lorsque l'employeur et le travailleur ont conclu une assurance perte de salaire régie par la LAMal, le cumul des prestations d'assurance et du versement du salaire par l'employeur n'est possible que dans les limites de l'article 78 al. 2 LAMal, qui dispose que les prestations de l'assurance-maladie ne doivent pas conduire à une surindemnisation. Le travailleur ne peut donc se trouver enrichi puisque l'assurance réduira, le cas échéant, ses prestations¹⁷².

Lorsque l'employeur et le travailleur ont conclu une assurance perte de salaire régie par la loi sur le contrat d'assurance, cette dernière exclut le cumul de prétentions contre le tiers responsable et l'assureur¹⁷³, de sorte que le travailleur ne peut se trouver enrichi dans cette éventualité.

2.3. Prescription de la créance du travailleur envers son employeur

La prétention de salaire se prescrit par 5 ans¹⁷⁴ à partir du moment où la créance est devenue exigible¹⁷⁵. Ces délais de prescription ne peuvent être modifiés conventionnellement¹⁷⁶.

¹⁶⁹ KUHN 9/6.1, p. 3; REHBINDER, p. 343 (N23).

¹⁷⁰ KUHN 9/6.1, p. 3.

¹⁷¹ STÄNELIN, p. 238 (N49); HUG K., p. 188.

¹⁷² Selon l'art. 72 al. 5 LAMal. Nous n'évoquerons pas, dans le cadre de cette étude, les cas où l'employeur verse le salaire au travailleur, alors qu'il n'y est pas tenu (prestations volontaires de l'employeur) entraînant ainsi un enrichissement du travailleur.

¹⁷³ VIRET, 1991, pp. 151 et 159; BUCHER, p. 18.

¹⁷⁴ Art. 128 al. 3 CO.

¹⁷⁵ Art. 130 CO.

¹⁷⁶ Art. 129 CO; BRÜHWILER, p. 95 (N12).

3. La durée du droit au salaire

3.1. Remarques préliminaires

Lorsque les conditions d'application de l'article 324a CO sont réunies, l'employeur doit verser le salaire au travailleur pendant un temps limité.

La durée du droit au salaire dépend principalement des années de service que le travailleur aura passées auprès de son employeur. Plus ce temps sera long, plus la durée du droit au salaire sera élevée¹⁷⁷. Ainsi, un travailleur au service de son employeur depuis vingt ans recevra, en cas d'empêchement de travailler, un salaire pendant un temps plus long que celui qui n'est au service de son employeur que depuis deux ans. Ce système vise à récompenser, en fait, la fidélité de l'employé envers son employeur. Par contre, il n'encourage pas la mobilité du travailleur puisque celui-ci est pénalisé s'il change d'emploi. Dans ce cas, en effet, les années de service passées auprès de l'ancien employeur ne sont pas comptées dans le calcul de la durée du droit au salaire. Le travailleur entre donc dans sa première année de service au moment où il change d'employeur.

Pendant la première année de service, le travailleur a droit, en cas d'empêchement de travailler, à un salaire de trois semaines dans l'hypothèse d'une incapacité totale. En cas d'incapacité partielle, son droit est prolongé jusqu'à ce qu'il atteigne le montant de trois semaines de salaire¹⁷⁸.

Après une année de service, le travailleur a droit au salaire pour une période plus longue que trois semaines, période calculée en fonction de la durée de son emploi. Le législateur n'a pas précisé la durée au-delà de la première année de service. Il a laissé aux parties ou au juge le soin de la fixer. Pour éviter de tomber dans l'arbitraire, les tribunaux ont établi des échelles déterminant le droit au salaire dans le cadre de l'article 324a CO, en fonction de l'ancienneté du travailleur.

Il existe trois échelles cantonales importantes: les échelles bernoise, bâloise et zurichoise. A celles-ci s'ajoutent des échelles prévues par les contrats-types, qui reflètent souvent la pratique cantonale, ainsi que des échelles conventionnelles, établies par les partenaires sociaux.

Si la durée minimale du droit au salaire pendant la première année de service est unifiée sur le plan suisse, il en va bien différemment des

¹⁷⁷ ATF 84 II 31.

¹⁷⁸ Voir chapitre II ch. III.3.5.

années ultérieures. Pour une même année de service, les échelles prévoient, en effet, des durées différentes.

Ainsi, selon l'échelle appliquée, une personne empêchée de travailler ne sera pas traitée de la même manière si elle réside à Neuchâtel ou à Zurich.

Ces échelles n'ont qu'une valeur indicative et les juges ne sont nullement liés par les normes qu'elles préconisent. Il ressort d'une enquête faite pendant l'hiver 1989-1990 que peu de tribunaux s'en tiennent aux durées prévues par les échelles¹⁷⁹. Ces dernières servent souvent de normes de référence dont les tribunaux peuvent s'écarter selon les circonstances¹⁸⁰.

3.2. Les différentes échelles¹⁸¹

3.2.1. L'échelle bernoise

En 1926, le tribunal de prud'hommes de la ville de Berne¹⁸² a établi un barème de la durée du droit au salaire en fonction de la durée de l'emploi, plus connu sous le nom "d'échelle de Berne". Cette échelle est encore retenue dans la pratique¹⁸³ et a fortement inspiré les nouveaux barèmes pris en considération par les juges. Elle se présente comme suit:

Durée des rapports de travail

Jusqu'à 3 mois

De 3 à 12 mois

Durant la 2ème année de service

De la 3ème année à la 5ème année

Durée du droit au salaire

Aucun salaire, ou salaire pendant 3 semaines si les rapports de travail ont été conclus pour plus de trois mois.

3 semaines

1 mois

2 mois

¹⁷⁹ ZINSLI, 1990, p. 31.

¹⁸⁰ STÄHELIN, pp. 236-237 (N44).

¹⁸¹ Concernant la présentation des différentes échelles, nous avons largement repris celle proposée par le texte de G. AUBERT: Le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler.

¹⁸² RSJ 24, p. 138 (arrêt du 24.8.1926).

¹⁸³ Par exemple dans la CCT de l'industrie du chocolat et dans celle de l'hôtellerie et de la restauration; AUBERT (1991, p. 101) indique qu'elle est également utilisée par l'office genevois de conciliation.

De la 6ème année à la 10ème année	3 mois
De la 11ème année à la 15ème année	4 mois
De la 16ème année à la 20ème année	5 mois
Dès la 21ème année	6 mois

3.2.2. La nouvelle échelle bernoise: première version

En 1975, après la révision des titres X et Xbis du Code des obligations, l'OFIAMT a utilisé une nouvelle échelle qui paraît correspondre à la pratique actuelle des tribunaux bernois¹⁸⁴. Elle se présente comme suit:

Durée des rapports de travail	Durée du droit au salaire
Jusqu'à 3 mois	Aucun salaire, ou salaire pendant 3 semaines si les rapports de travail ont été conclus pour plus de trois mois.
De 3 à 12 mois	3 semaines
De la 2ème année à la 4ème année	2 mois
De la 5ème année à la 9ème année	3 mois
De la 10ème année à la 14ème année	4 mois
De la 15ème année à la 19ème année	5 mois
Dès la 20ème année	6 mois

Par rapport à l'ancienne échelle, le nouveau barème prévoit deux mois de salaire dès la deuxième année de service (non pas dès la troisième) et trois mois dès la cinquième année de service (non pas dès la sixième). Un mois supplémentaire s'ajoute chaque cinq ans dès la dixième année de service (et non pas dès la onzième).

3.2.3. La nouvelle échelle bernoise: deuxième version

La première version de la nouvelle échelle bernoise fut critiquée par des milieux patronaux qui souhaitaient s'en tenir à l'ancien barème¹⁸⁵. Dans une publication ultérieure, l'OFIAMT a maintenu la nouvelle échelle, en réduisant à un mois le droit au salaire durant la deuxième année de service. Elle se présente comme suit:

¹⁸⁴ DTAC 1975, p. 92; JAR 1981, p. 264 (ArbGer. ZH du 13.6.1980).

¹⁸⁵ AUBERT, 1991, p. 103.

Durée des rapports de travail	Durée du droit au salaire
Jusqu'à 3 mois	Aucun salaire, ou salaire pendant 3 semaines si les rapports de travail ont été conclus pour plus de trois mois.
De 3 à 12 mois	3 semaines
Durant la 2 ^{ème} année de service	1 mois
De la 3 ^{ème} année à la 4 ^{ème} année	2 mois
De la 5 ^{ème} année à la 9 ^{ème} année	3 mois
De la 10 ^{ème} année à la 14 ^{ème} année	4 mois
De la 15 ^{ème} année à la 19 ^{ème} année	5 mois
De la 20 ^{ème} année à la 24 ^{ème} année	6 mois

Puis tous les 5 ans, un mois de plus¹⁸⁶.

Cette échelle est adoptée aujourd'hui tant du côté patronal que syndical¹⁸⁷.

Bien que moins connues que l'échelle bernoise, il convient de mentionner les échelles bâloise et zurichoise qu'appliquent certaines autorités judiciaires¹⁸⁸.

3.2.4. L'échelle bâloise¹⁸⁹

Elle se présente comme suit:

Durée des rapports de travail	Durée du droit au salaire
Jusqu'à 3 mois	Aucun salaire, ou salaire pendant 3 semaines si les rapports de travail ont été conclus pour plus de trois mois.
De 3 à 12 mois	3 semaines
De la 2 ^{ème} année à la 3 ^{ème} année	2 mois
De la 4 ^{ème} année à la 10 ^{ème} année	3 mois
De la 11 ^{ème} année à la 15 ^{ème} année	4 mois

¹⁸⁶ ZINSLI, 1992, p. 107.

¹⁸⁷ JAR 1984, p. 69 (Mitteilungen des BIGA); STREIFF, p. 111 (N7); STÄHELIN, p. 236 (N42); BRUNNER/BOHLER/WAEGER, p. 67 (N14).

¹⁸⁸ Voir à ce sujet l'enquête de ZINSLI, 1990, pp. 29-35.

¹⁸⁹ STREIFF, p. 112 (N7); AUBERT, 1991, p. 105.

De la 16 ^{ème} année à la 20 ^{ème} année	5 mois
Dès la 21 ^{ème} année	6 mois

La durée maximum du droit au salaire, quel que soit le nombre d'années de service, est de 6 mois¹⁹⁰.

3.2.5. L'ancienne échelle zurichoise¹⁹¹

Elle se présente comme suit:

Durée des rapports de travail	Durée du droit au salaire
Jusqu'à 3 mois	Aucun salaire, ou salaire pendant 3 semaines si les rapports de travail ont été conclus pour plus de trois mois.
De 3 à 12 mois	3 semaines
Durant la 2 ^{ème} année de service	4 semaines
Durant la 3 ^{ème} année	5 semaines
Durant la 4 ^{ème} année	6 semaines
etc.	

Pour chaque année de service supplémentaire, la durée du droit au salaire est augmentée d'une semaine¹⁹².

3.2.6. La nouvelle échelle zurichoise

Dans un jugement récent¹⁹³, l'Arbeitsgericht de Zurich a proposé une nouvelle échelle beaucoup plus généreuse que l'ancienne. En effet, la durée du droit au salaire pour chaque année de service, excepté la première, est augmentée de 4 semaines par rapport à l'ancienne échelle.

Elle se présente comme suit:

¹⁹⁰ ZINSLI, 1992, p. 107.

¹⁹¹ JAR 1984, p. 69 (Mitteilungen des BIGA); JAR 1981, p. 265 (ArbGer. ZH du 13.6.1980).

¹⁹² ZINSLI, 1992, p. 107.

¹⁹³ JAR 1994, p. 149 (ArbGer. ZH, octobre 1992).

Durée des rapports de travail	Durée du droit au salaire
Jusqu'à 3 mois	Aucun salaire, ou salaire pour 3 semaines si les rapports de travail ont été conclus pour plus de trois mois.
De 3 à 12 mois	3 semaines
Durant la 2 ^{ème} année de service	8 semaines
Durant la 3 ^{ème} année	9 semaines
Durant la 4 ^{ème} année	10 semaines
etc.	

Pour chaque année de service supplémentaire, la durée du droit au salaire est augmentée d'une semaine.

3.2.7. Les recommandations des partenaires sociaux sur les conditions de travail des employés

Les partenaires sociaux se sont entendus pour recommander une échelle destinée à s'appliquer à tous les contrats passés avec des employés¹⁹⁴.

Elle se présente comme suit:

Durée des rapports de travail	Durée du droit au salaire
Jusqu'à 3 mois	Aucun salaire, ou salaire pendant 3 semaines si les rapports de travail ont été conclus pour plus de trois mois.
De 3 à 12 mois	1 mois
De la 2 ^{ème} année à la 3 ^{ème} année	2 mois
De la 4 ^{ème} année à la 9 ^{ème} année	3 mois
De la 10 ^{ème} année à la 14 ^{ème} année	4 mois
De la 15 ^{ème} année à la 19 ^{ème} année	5 mois
Dès la 20 ^{ème} année	6 mois

En cas de durée plus longue de l'emploi, il est recommandé aux employeurs d'aller au-delà, en tenant compte des conditions individuelles.

¹⁹⁴ Voir l'art. 24.2 des Recommandations relatives aux conditions de travail des employés, convention nationale du 1er juillet 1989 entre l'Union centrale des associations patronales suisses, l'Union suisse du commerce et de l'industrie, l'Union suisse des arts et métiers, la Société suisse des employés de commerce et l'Association suisse des cadres.

3.2.8. Les échelles dans les conventions collectives étudiées

Sur les trente-deux conventions collectives examinées, dix-neuf mentionnaient l'existence d'échelles. Sur ces dix-neuf, trois correspondaient à l'échelle bernoise, deux se référaient aux recommandations des partenaires sociaux sur les conditions de travail des employés, les autres ne correspondaient à aucune échelle mentionnée par la jurisprudence et la doctrine¹⁹⁵.

3.3. La notion de mois dans les différentes échelles

Comme on peut l'observer, la durée figurant dans les différentes échelles est fixée en mois dès la deuxième année de service, excepté pour l'échelle zurichoise qui fixe la durée en semaines.

Lorsqu'un travailleur tombe malade, il ne va pas forcément reprendre son travail au début d'une nouvelle semaine ou d'un nouveau mois. Il est, dès lors, important de pouvoir convertir les mois en semaines et les semaines en jours. Le mois compte 4.33 semaines¹⁹⁶ indépendamment du fait que certains mois sont plus longs que d'autres (par exemple mars par rapport à février) ou 21.66 jours lorsque la semaine comprend cinq jours de travail et vingt-six jours lorsqu'elle comprend six jours de travail. Ainsi, pendant la première année de service, lorsque la semaine comporte cinq jours de travail, la personne a droit à quinze jours¹⁹⁷ de salaire en cas d'empêchement de travailler, respectivement à dix-huit jours si la semaine comporte six jours de travail.

Dans le calcul de la durée du droit au salaire ne sont pas inclus les jours fériés et payés légaux. Ils n'entament donc pas le temps limité de l'article 324a CO¹⁹⁸.

3.4. Les circonstances particulières

Si la durée du droit au salaire dépend (dès la deuxième année de service) principalement de la durée des rapports de service et de l'échelle

¹⁹⁵ Concernant la durée du droit au salaire de ces différentes échelles, voir le chapitre III ch. II.4.

¹⁹⁶ AUBERT, in: CGSS 1990/7, p. 151; ZINSLI (1992, p. 100), a arrondi le mois à 4.35 semaines et à 21.75 jours.

¹⁹⁷ STÄHELIN, p. 235 (N39).

¹⁹⁸ STREIFF, p. 122 (N26).

appliquée (ainsi l'échelle bernoise prévoit pour la deuxième année de service un mois de salaire alors que l'échelle bâloise en prévoit deux), les circonstances particulières¹⁹⁹ peuvent également influencer cette durée. Elles sont laissées à la libre appréciation du juge.

Parmi ces circonstances particulières, on citera celles qui augmentent les durées fixées par les échelles²⁰⁰, soit principalement:

- des anciens rapports de travail auprès du même employeur;
- de lourdes charges de famille du travailleur;
- l'âge du travailleur;
- l'état de santé du travailleur;
- le bas niveau de salaire²⁰¹.

D'autres circonstances particulières peuvent influencer vers le bas la durée fixée par les échelles²⁰², par exemple:

- le nombre d'absences payées antérieurement²⁰³;
- une faute importante du travailleur, mais ne justifiant pas une suppression du salaire;
- la nécessité de remplacer le travailleur pendant sa maladie;
- l'intention du travailleur de reprendre ou non son activité après la fin de son empêchement²⁰⁴.

BRÜHWILER²⁰⁵ admet en outre que le droit à une rente AVS peut aussi influencer vers le bas la durée du paiement du salaire. A notre avis, le but d'une rente AVS ne doit pas être la prise en charge du droit au salaire en cas d'empêchement de travailler, mais principalement d'assurer des rentes de vieillesse et de survivants. Selon l'opinion de BRÜHWILER, l'employeur n'assumerait plus qu'en partie le risque qui lui

¹⁹⁹ ATF 84 II 32.

²⁰⁰ Dans ce sens, STÄHELIN, p. 237 (N45); BRÜHWILER, p. 100 (N21); BERTHOUD, p. 98; ATF 84 II 32.

²⁰¹ Plus le salaire est bas, plus longue sera la durée du droit au salaire (ZINSLI, 1992, p. 104).

²⁰² Voir STÄHELIN, p. 237 (N46); REHBINDER, p. 347 (N29); BRÜHWILER, p. 100 (N21).

²⁰³ Cela peut arriver lors de maladies nerveuses. La réduction de la durée du droit au salaire peut être dans l'intérêt du travailleur, car si l'employeur devait verser chaque année de service la totalité du "crédit", il pourrait décider alors de renvoyer le travailleur.

²⁰⁴ RSJ 34, pp. 105-106 (GGer. BE du 18.2.1936); ZINSLI, 1992, p. 105.

²⁰⁵ BRÜHWILER, p. 100 (N21). Contra: STREIFF, p. 112 (N7); ZINSLI, 1992, p. 105.

incombe, à savoir le paiement du salaire en cas d'empêchement du travailleur et profiterait du fait que la personne touche une pension pour lui faire couvrir ce risque. Or, ceci est contraire au sens de l'article 324a CO.

3.5. La notion de durée

3.5.1. L'interprétation de la notion de durée

La question se pose de savoir si la durée fixée par l'article 324a CO (trois semaines) ou par les différentes échelles correspond uniquement à une durée de l'incapacité de travail (qu'elle soit totale ou partielle) ou à un montant annuel d'argent qui sera épuisé au fil des incapacités de travail. S'agit-il en fait d'un minimum de temps ou d'un minimum d'argent? Nous étudierons ce problème à la lumière de l'article 324a CO uniquement. La coordination avec l'article 324b CO sera examinée ultérieurement²⁰⁶.

La question est d'importance puisque, selon la solution envisagée, la durée de l'indemnisation du travailleur variera. Nous illustrerons notre propos par quelques exemples²⁰⁷ qui permettront au lecteur de mieux comprendre les différences qui existent entre le minimum de temps et le minimum d'argent.

Exemples

- 1/ Un salarié, pendant sa première année de service, est empêché de travailler à raison de 50 %, pendant 6 semaines, pour cause de maladie.

Selon la théorie du minimum de temps, il reçoit 100 % de son salaire pendant trois semaines et 50 % pendant les dernières semaines de sa maladie, ce qui correspond à sa prestation auprès de son employeur.

Selon la théorie du minimum d'argent, le travailleur reçoit son salaire à 100 % pendant les six semaines de sa maladie, puisque

²⁰⁶ Voir chapitre IX ch. V.

²⁰⁷ Les exemples ci-dessous supposent que le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler soit encore intact, donc qu'il n'ait pas été entamé par d'autres absences, et que les conditions d'application de l'art. 324a CO soient remplies.

son droit au salaire correspond à une somme d'argent de trois semaines à 100 %, donc de six semaines à 50 %.

- 2/ Un salarié, durant sa première année de service, est empêché de travailler, pour cause de maladie, durant d'abord trois semaines à 50 % puis durant trois autres semaines à 100 %.

Selon la théorie du minimum de temps, le travailleur reçoit son salaire à 100 % pendant trois semaines, puis aucun salaire pendant les trois semaines suivantes.

Selon la théorie du minimum d'argent, le travailleur reçoit, pendant les trois premières semaines, son salaire à 100 % puis, pendant les trois semaines suivantes, son salaire à 50 %.

- 3/ L'ordre des incapacités de travail est inversé par rapport à l'exemple 2/. Le salarié est empêché de travailler pendant trois semaines à 100 %, puis pendant trois autres semaines à 50 %.

Selon la théorie du minimum de temps, le travailleur reçoit 100 % de son salaire les trois premières semaines puis le 50 % lors des trois dernières. Il n'est donc jamais privé complètement de salaire.

Selon la théorie du minimum d'argent, il reçoit son salaire à 100 % pendant trois semaines, puis un salaire à 50 % pendant les trois dernières semaines.

Dans ce troisième exemple, quelle que soit la théorie appliquée, le travailleur reçoit le même pourcentage de salaire.

3.5.2. Constatations

On constate que, selon le choix de la théorie, le degré et l'ordre des incapacités influencent le montant du salaire du travailleur.

Les avis à ce sujet sont très partagés. Selon une opinion²⁰⁸, le droit au salaire selon l'article 324a CO et les échelles constitue un minimum en argent et non pas en temps. Selon une autre opinion²⁰⁹, cette durée doit être interprétée comme un minimum de temps.

Selon nous, le texte légal peut être interprété comme faisant référence à une durée, mais également à une somme globale d'argent que le

²⁰⁸ JAR 1988, pp. 223-224 (OGer. SO du 16.11.1987); JAR 1984, p. 133 (GSGer. BS du 2.6.1983); BJM 1974, p. 250 (GSGer. BS); STREIFF/VON KAENEL, pp. 168-169 (N25); KUHN 9/6.2.5, p. 9; AUBERT, 1991, p. 111; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, p. 69 (N17); BERTHOUD, p. 99; ZINSLI, 1992, p. 121.

²⁰⁹ REHBINDER, p. 335 (N12); BRÖHWILER, p. 91 (N8) et p. 94 (N10b); STÄHELIN, p. 225 (N7).

travailleur épuisera au fil de ses incapacités. En effet, l'article 324a al. 2 CO fait allusion à un salaire de trois semaines²¹⁰, ce qui à notre avis peut correspondre à un minimum d'argent équivalant à trois semaines de salaire. La réponse à cette question est donc à rechercher dans le traitement équitable que doivent recevoir tous les travailleurs²¹¹. Il ne s'agit pas de traiter différemment le travailleur partiellement incapable de travailler de celui qui est totalement incapable de travailler. D'autre part, que l'incapacité totale précède l'incapacité partielle ou qu'elle lui succède ne doit pas influencer le droit au salaire du travailleur. Ainsi, à notre avis, le salaire mentionné par l'article 324a CO doit être considéré comme un minimum d'argent.

3.6. La période de référence

3.6.1. L'année de service et le point de départ du droit au salaire

Nous avons vu²¹² que les différentes échelles prévoient une durée du droit au salaire en fonction du temps que le travailleur a passé auprès de son employeur. Ce droit au salaire se calcule selon l'année de service²¹³ et non pas selon l'année civile (le calcul sur l'année civile peut être prévu dans d'un régime conventionnel)²¹⁴ ou selon les douze mois précédant l'incapacité de travail²¹⁵. Ainsi, si un travailleur est engagé le 1er juillet 1994, il sera dans sa première année de service jusqu'au 30 juin 1995 et commencera sa deuxième année de service le 1er juillet 1995.

²¹⁰ Le texte allemand mentionne "... den Lohn für drei Wochen ...".

²¹¹ Ce que prévoit l'art. 324a al. 2 CO "...le salaire pour une période plus longue fixée équitablement...".

²¹² Voir chapitre II ch. III.3.1.

²¹³ AUBERT, 1991, p. 111; STÄHELIN, p. 235 (N39); REHBINDER, p. 344 (N25). Dans l'année de service sont inclus les 3 mois du délai d'attente de l'art. 324a CO (BRÜHWILER, p. 98 (N17)).

²¹⁴ AUBERT, 1991, p. 111; STREIFF, p. 112 (N8); REHBINDER, p. 344 (N25); BRÜHWILER, Kritische Betrachtung der neueren Rechtsprechung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, Kommentierung ausgewählter Urteile insbesondere zürcherischer Gerichte und des Bundesgerichts, in: RSJ 79 (1983), p. 279.

²¹⁵ STÄHELIN, p. 236 (N44); STREIFF, p. 112 (N8); JAR 1981, pp. 136-137 (AppGer. BS du 22.5.1980).

Le droit au salaire court dès le premier jour de l'incapacité de travail. Un régime conventionnel dérogatoire ne peut, à notre avis, prévoir un délai de carence²¹⁶.

Lorsque l'année de service est incomplète, le travailleur a droit au crédit total de salaire de l'année de service, qu'il se trouve dans la première année de service ou dans les années ultérieures²¹⁷.

3.6.2. Crédit distinct pour chaque année de service

Chaque année de service donne droit à un crédit distinct²¹⁸. Ainsi, si un travailleur est tombé malade pendant trois semaines durant sa première année de service et qu'il a épuisé son droit au salaire, il aura droit, dès la deuxième année de service, à un nouveau crédit (duquel ne seront pas déduits les jours d'absence de l'année de service précédente) de un mois (selon la nouvelle échelle bernoise²¹⁹). Les soldes non utilisés des années de service précédentes ne sont pas reportés dans le nouveau crédit et sont donc perdus²²⁰.

Comme chaque année de travail donne droit à un crédit distinct, le travailleur qui serait empêché de travailler pendant sept semaines consécutives, dont trois à la fin de sa première année de service et quatre au début de sa deuxième année de service, recevrait son salaire à 100 % pendant toute la durée de son empêchement. Le droit au salaire renaît donc au début de chaque nouvelle année de service²²¹.

A notre avis, une réglementation qui viserait à faire une moyenne arithmétique des deux crédits, soit dans l'exemple ci-dessus de trois semaines et demi, soit la moyenne entre trois et quatre semaines, ne serait pas conforme à l'esprit de la loi. En effet, cette dernière précise que chaque année de service donne droit à un nouveau crédit indépendamment du fait qu'il y ait chevauchement entre deux années de service. Il nous semblerait, d'autre part, peu équitable de traiter différemment un travailleur engagé le 1er juillet 1992, tombant malade

²¹⁶ Voir chapitre IV ch. III.1.5.

²¹⁷ JAR 1988, p. 202 (ArbGer. ZH du 27.12.1985); JAR 1982, p. 122 (Einzelrichter des Kreises Chur du 17.11.1981); AUBERT, 1991, pp. 112-113.

²¹⁸ STÄHELIN, p. 236 (N44).

²¹⁹ Voir chapitre II ch. III.3.2.3.

²²⁰ KUHN 9/3.5, p. 5.

²²¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER, p. 68 (N15); JAR 1990, p. 247 (Tr. Prud. GE du 29.8.1989); JAR 1981, p. 136 (AppGer. BS du 22.5.1980); STREIFF, pp. 112-113; KUHN 9/6.2.4, pp. 5-6. Contra: REHBINDER, p. 347 (N29); JAR 1981, p. 260 (GSGer. BS du 28.8.1980), qui prévoit de faire une moyenne arithmétique entre les deux crédits.

le 9 juin 1993 jusqu'au 28 juillet 1993, et celui qui reprend son travail le 1er juillet 1993 et tombe à nouveau malade du 2 juillet 1993 au 29 juillet 1993. Si l'on admettait la théorie de la moyenne mathématique, cela signifierait que le travailleur n'aurait droit à son crédit entier qu'à la fin de l'année. Il faudrait donc, pour être cohérent, calculer un crédit proportionnel au nombre de jours qui se sont écoulés depuis le début des rapports de travail jusqu'à l'empêchement de travailler, solution que le législateur n'a jamais souhaitée.

3.6.3. Crédit unique pour l'ensemble des causes d'empêchement ?

Le crédit annuel se rapporte à l'ensemble des causes d'empêchement de travailler mentionnées par l'article 324a CO, excepté à notre avis, à la grossesse et l'accouchement qui font l'objet d'un crédit distinct. Le législateur place, en effet, ces causes à un alinéa distinct de celui de la maladie. Nous pensons que le législateur a intentionnellement créé une différence, entre, d'une part la maladie, l'accident, les obligations légales et les fonctions publiques, et d'autre part, la grossesse et l'accouchement. L'interprétation du texte légal a une incidence importante puisque, selon que la grossesse et l'accouchement sont assimilés ou non aux autres causes d'empêchement, la travailleuse, absente pour cause de maladie et d'accouchement, pourrait avoir, au cours de sa première année de service, un droit au salaire de six semaines ou de trois semaines. Une telle interprétation n'est donc pas sans conséquence sur les droits des travailleuses ainsi que sur les charges financières des employeurs.

La disposition légale mentionne qu'en cas de grossesse et d'accouchement, l'employeur a les mêmes obligations qu'en cas de maladie. La rédaction d'une telle phrase peut signifier soit que la grossesse et l'accouchement sont simplement prévus au rang des autres motifs d'empêchement, soit qu'ils font l'objet d'un crédit distinct. Dans le premier cas, la travailleuse bénéficie d'un crédit pour tous les empêchements mentionnés par l'article 324a CO, c'est-à-dire que si elle tombe malade, lors de sa première année de service, durant trois semaines, elle n'aura droit à aucun salaire en cas de grossesse et d'accouchement. Dans le deuxième cas, la travailleuse bénéficiera, lors de la première année de service, d'un crédit supplémentaires de trois semaines uniquement pour un empêchement lié à la grossesse et l'accouchement.

L'histoire de l'article 324a CO ne permet pas de tirer des conclusions quant à l'interprétation de cette question. Le message concernant la révision des titres X et Xbis du Code des obligations indique simplement que la grossesse et l'accouchement ont été ajoutés à la liste des empêchements, sans que l'on puisse en conclure que la salariée bénéficie d'un crédit séparé²²². Lors des travaux parlementaires, au Conseil national²²³, M. Forel proposa qu'en cas de grossesse et d'accouchement, l'employeur paie le salaire de huit semaines au minimum. La proposition fut rejetée, mais au cours du débat qui suivit la proposition, le rapporteur, M. Mugny, rappela à M. Forel que la commission proposait de porter à trois semaines la période durant laquelle l'employeur était tenu, au cours de la première année de service, de verser le salaire à la travailleuse en période de grossesse et d'accouchement. Cette affirmation, comme le mentionne Aubert²²⁴, ne contient aucune réserve d'où les auditeurs auraient pu inférer que le droit au salaire était conditionné à l'absence, durant la première année, de versements liés à une autre incapacité.

A notre avis, la thèse retenue par le Tribunal fédéral²²⁵, selon laquelle les travaux parlementaires indiquent que la grossesse et l'accouchement ne font pas l'objet d'un crédit distinct, n'est pas crédible. Nous sommes d'avis qu'il faut rechercher d'autres arguments qui puissent répondre à cette question. Selon nous, la grossesse et l'accouchement donnent droit à un crédit distinct des autres causes d'empêchement²²⁶, cela pour trois raisons:

- 1) Comme nous l'avons évoqué ci-dessus, le législateur a placé ces causes d'empêchement à un alinéa distinct des autres causes d'empêchement, mais non pas, comme l'affirme REHBINDER²²⁷, parce que la grossesse et l'accouchement ne peuvent être fautifs: si tel avait été le cas, le législateur aurait dû, logiquement, créer aussi un alinéa distinct pour l'exercice de fonctions publiques. Il faut donc admettre

²²² FF 1967 II 340.

²²³ BOCN 1969, pp. 458 et 459.

²²⁴ AUBERT, 1991, p. 116.

²²⁵ SJ 1993, pp. 349 ss (12.3.1993).

²²⁶ Dans ce sens: AUBERT, 1991, p. 117; BRUNNER/BÜHLER/WÄBER, p. 68 (N15/16); BERTHOUD, pp. 49 et 75; Plädoyer 2/1992, pp. 63 ss (Chambre d'appel GE du 13.11.1991). Contra: REHBINDER, p. 345 (N27); STÄHELIN, p. 235 (N39); KUHN 9/3.5, p. 4; GLOOR, p. 175; RSJ 1991, p. 395 (Tribunal cantonal VD, Chambre des recours, du 18.12.1990); SJ 1993, pp. 349 ss (Tribunal fédéral du 12.3.1993).

²²⁷ REHBINDER, p. 330 (N6); KUHN 9/3.5, p. 2. donne également comme raison qu'ainsi la santé de la mère et de l'enfant n'est pas mise en danger.

que la grossesse et l'accouchement doivent être traités indépendamment des autres causes d'empêchement et qu'ils donnent droit à un crédit distinct. Il est intéressant de remarquer un parallélisme entre la disposition de l'article 324a CO et celle de l'article 336c CO. Dans le cadre de cette dernière disposition, la doctrine et la jurisprudence²²⁸ sont unanimes à considérer que la grossesse et l'accouchement font naître une période de protection distincte qui s'ajoute aux autres causes d'empêchement mentionnées par les différentes lettres de ce même article²²⁹. Nous ne comprenons donc pas pourquoi la même logique ne pourrait pas être appliquée à l'article 324a CO.

- 2) D'autre part, la rédaction même du texte légal permet d'affirmer que la grossesse et l'accouchement font l'objet d'un crédit distinct. Supposons une norme fiscale qui stipulerait: "le citoyen suisse paie des impôts sur la fortune. En cas de succession, il a les mêmes obligations". Il ne viendrait à l'esprit de personne d'affirmer que le citoyen qui a payé l'impôt sur la fortune est libéré de tout impôt en cas d'héritage. Tout le monde comprend que le citoyen suisse paie des impôts sur la fortune et, en plus, sur l'héritage. Dès lors, le même raisonnement ne peut-il être appliqué à la grossesse et l'accouchement ?
- 3) Enfin, la troisième raison qui nous amène à penser que la grossesse et l'accouchement font l'objet d'un crédit distinct est le principe de l'égalité de traitement entre l'homme et la femme. Malgré l'évolution des techniques modernes, seule, pour le moment, la femme peut enfanter. Cela signifie qu'une travailleuse mettant au monde un enfant n'a droit à aucun salaire si elle tombe malade avant l'accouchement et épuise ainsi le "crédit" de l'article 324a CO. Pour toutes les autres causes d'empêchement (maladie, accident, obligations légales, fonctions publiques), les hommes et les femmes sont traités par le Code des obligations d'une manière identique. A notre avis, la femme ne doit pas être préférencée parce qu'elle met au monde un enfant. Elle doit avoir les mêmes droits qu'un homme s'agissant des autres causes d'empêchement qui surviendront pendant la même année de service.

Notons enfin que beaucoup de conventions collectives prévoient, comme nous le verrons dans la suite de notre travail, un droit au salaire

²²⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, p. 177 (N16); PEDERGNANA, p. 42; FRITZ, p. 38 (N6); WEBER D., p. 55; FF 1984 II 631; GLOOR, p. 171; ATF 113 II 263; JAR 1983, p. 170-171 (GSGer. BS du 6.5.1982); STREIFF/VON KAENEL, p. 358 (N4); KUHN 9/8.3, p. 3; ZINSLI, 1992, p. 234.

²²⁹ Voir à ce propos le chapitre XII ch. IV.2.

pour des absences de nature différente (par exemple, un droit au salaire pour la maladie et un droit au salaire distinct pour l'accident)²³⁰.

D'autre part, lorsque l'employeur n'a rien eu à payer pendant un empêchement de travailler de son employé (par exemple dans le cas de versements d'indemnités par l'assurance-accidents, excepté pendant le délai d'attente), le temps limité de l'article 324a CO n'est pas entamé²³¹. A notre avis, il en va de même lorsque les parties ont contracté une assurance perte de gain en cas de maladie qui ne prévoit aucun délai d'attente. Bien que cela semble paradoxal, on constate que plus l'employeur est généreux (par exemple, en concluant une assurance perte de gain en cas de maladie), plus le travailleur bénéficiera d'un droit au salaire important pour tous les empêchements non couverts par une assurance.

3.7. Exemples d'application des échelles

Pour clore ce chapitre et illustrer l'application des différentes échelles, nous donnons encore ci-dessous quelques exemples d'empêchements dus à la maladie.

Imaginons un travailleur engagé le 1er février 1993 pour une durée indéterminée, travaillant cinq jours par semaine, dont le délai de congé est de un mois la première année de service, qui tombe successivement malade dans les périodes suivantes:

- a) du 3 mars au 12 mars 1993 (huit jours de travail);
- b) du 7 juin au 25 juin 1993 (quinze jours de travail);
- c) du 27 septembre au 5 octobre 1993 (sept jours de travail);
- d) du 7 février au 8 mars 1994 (vingt-deux jours de travail);
- e) du 6 juillet au 15 juillet 1994 (huit jours de travail);
- f) du 30 janvier au 3 février 1995 (cinq jours de travail).

- a) Comme le travailleur est tombé malade pendant les trois premiers mois de son engagement, l'employeur ne lui doit aucun salaire. Son droit au salaire n'est donc pas entamé.

²³⁰ STÄHELIN, p. 235 (N39); KAUER, p. 190; voir également le chapitre III ch. II.3. et III.3.

²³¹ STREIFF, p. 122 (N25).

- b) Le travailleur tombe malade pendant trois semaines lors de sa première année de service et cela après le délai de carence de trois mois. L'employeur lui doit donc, pendant cette période, son salaire à 100 %. Son droit au salaire pour la première année de service est épuisé.
- c) Le travailleur tombe à nouveau malade pendant la première année de service. Comme son droit est épuisé, il ne recevra plus aucun salaire pendant son absence.
- d) Le travailleur tombe malade pendant sa deuxième année de service. Il naît donc un nouveau crédit d'une durée d'un mois selon l'échelle bernoise, de deux mois selon l'échelle bâloise ou de quatre semaines selon l'ancienne échelle zuricoise²³². Selon l'échelle bernoise, le salarié reçoit 100 % de son salaire, mais son crédit est épuisé pour la deuxième année de service²³³. Selon l'échelle bâloise, le salarié reçoit 100 % de son salaire et il lui reste un mois sur son crédit. Selon l'échelle zuricoise, le salarié reçoit pendant vingt jours son salaire à 100 %, mais plus rien pendant les deux derniers jours puisque son crédit est épuisé.
- e) Le travailleur se trouve toujours dans sa deuxième année de service. Selon les échelles bernoise et zuricoise, il n'a droit à aucun salaire puisque le crédit est épuisé. Selon l'échelle bâloise, il a droit à la totalité de son salaire pendant sa maladie puisque le crédit n'est pas épuisé.
- f) Le travailleur se trouve à cheval entre la deuxième et la troisième année de service. Selon les échelles bernoise et zuricoise, le droit du travailleur ne naît qu'à partir de la troisième année de service puisque le crédit de la deuxième année de service est épuisé. Le travailleur recevra donc trois jours de salaire. Selon l'échelle bâloise, il a droit à cinq jours puisque le crédit de la deuxième année de service n'est pas épuisé.

²³² Nous avons décidé d'appliquer, dans nos exemples, l'ancienne échelle zuricoise, car nous ne savons pas encore si la nouvelle échelle sera adoptée définitivement ou modifiée par une instance judiciaire supérieure.

²³³ En fait, le salarié recevrait son salaire pendant 21.66 jours. Nous nous sommes permis d'arrondir ce chiffre à vingt-deux jours.

CHAPITRE III

LE REGIME CONVENTIONNEL

"COMPLEMENTAIRE"

I. LE SYSTEME

Nous avons vu que, lorsque certaines conditions d'application sont remplies¹, l'employeur verse le salaire à son employé pendant trois semaines durant la première année de service et ensuite pour une période plus longue, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières. L'article 324a alinéas 1 à 3 CO est de nature relativement impérative, c'est-à-dire qu'il n'est pas possible d'y déroger au détriment du travailleur. Les parties au contrat de travail ont toutefois la possibilité d'améliorer la protection du travailleur tout en laissant intactes les dispositions minimales légales. Par exemple, les parties peuvent convenir que, lors de la première année de service, le salaire sera versé pendant quatre semaines, et non trois comme le prévoit la loi.

Ce "complément" au régime légal n'est soumis à aucune forme particulière. Un simple accord, même oral, suffit². Il se rencontre souvent dans les contrats-types de travail ou dans les conventions collectives que nous étudierons ultérieurement³. L'objet du "complément" porte principalement sur:

- la durée des rapports de travail: les parties peuvent convenir que, quelle que soit la nature du contrat, le salarié a droit, dès le début des rapports de travail, à un salaire en cas de maladie;
- la durée du droit au salaire: les parties peuvent prévoir un droit au salaire plus étendu que celui admis par la loi ou les échelles en vigueur;
- la suppression de la notion de faute: théoriquement, les parties peuvent disposer qu'elles ne tiendront pas compte d'une faute du

¹ Voir chapitre II ch. II.

² STÄHELIN, p. 240 (N55); AUBERT, 1991, pp. 118 et 123.

³ Voir chapitre III ch. II et III.

travailleur pour décider d'une éventuelle réduction du droit au salaire. Parmi les conventions collectives et contrats-types de travail examinés, aucun ne mentionnait pourtant une telle clause;

- un crédit distinct pour chaque empêchement: selon la loi, il n'existe pas un crédit distinct pour chaque empêchement de travailler, mais un seul crédit pour tous les empêchements mentionnés à l'article 324a al. 1 CO. Les parties peuvent pourtant prévoir un crédit distinct pour chaque empêchement;
- la cause de l'empêchement: les parties peuvent convenir d'autres causes d'empêchement que celles admises légalement, par exemple prévoir un jour de congé en cas de noces d'or ou en cas de mariage d'un proche parent du travailleur.

L'étude de ce chapitre portera sur les "compléments" contenus dans les conventions collectives et les contrats-types de travail.

II. LA CONVENTION COLLECTIVE DE TRAVAIL (CCT) ET LE REGIME COMPLEMENTAIRE

1. Remarques préliminaires

Sur les trente-deux conventions collectives de travail étudiées, seules trente contiennent une ou plusieurs clauses concernant le droit au salaire du travailleur en cas de maladie. Les deux conventions collectives de travail⁴ dans lesquelles ne figurent que très peu d'indications concernent 41'000 travailleurs, soit 4.04 % de l'ensemble des salariés assujettis⁵. Nous avons pourtant décidé de prendre comme base de référence l'ensemble des conventions collectives de travail, soit les trente-deux conventions collectives de travail recensées. Cela signifie que si dix conventions collectives de travail mentionnent une certaine clause, nous parlerons de 10/32e des conventions collectives de travail et non de 10/30e des conventions collectives de travail mentionnant cette clause.

⁴ Il s'agit de la CCT des bouchers et de la CCT de la branche de l'automobile.

⁵ Lorsque nous mentionnons les travailleurs assujettis, nous faisons référence aux travailleurs des trente-deux CCT examinées.

Nous avons choisi d'analyser, dans les conventions collectives de travail, trois types de clauses qui complètent les prestations minimales légales, à savoir:

- une clause relative à la durée des rapports de travail (ci-après chiffre 2);
- deux clauses relatives aux causes d'empêchement (ci-après chiffre 3);
- une clause relative à la durée du droit au salaire (ci-après chiffre 4).

2. Clause relative à la durée des rapports de travail

La question se pose de savoir si les conventions collectives de travail prévoient de faire naître le droit au salaire lorsque les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou de déroger à cette disposition légale et de faire naître le droit au salaire dès la prise d'emploi.

Sur les trente-deux conventions collectives de travail consultées, seules neuf s'en tiennent explicitement à la disposition légale⁶. Elles concernent 137'860 travailleurs, soit 13.57 % de l'ensemble des personnes soumises aux conventions collectives de travail. Onze conventions collectives de travail font naître le droit au salaire dès la prise d'emploi. Dix conventions collectives de travail reprennent la disposition de l'article 324a al. 1 CO sans mentionner le délai de trois mois. Nous en avons déduit que le droit au salaire commence dès le début de la prise d'emploi.

On peut conclure que les conventions collectives de travail, dans leur majorité, offrent une protection plus étendue que celle prévue par la disposition légale.

3. Clauses relatives aux causes d'empêchement

La question qui se pose est celle de savoir si les conventions collectives de travail prévoient un seul crédit annuel pour toutes les causes d'empêchement, comme la disposition légale (c'est-à-dire un droit au

⁶ Parmi ces neuf CCT, deux fixent un délai de deux mois. Nous les avons intégrées à ce groupe pour marquer la différence avec les CCT qui ne prévoient aucun délai ou ne fournissent aucune indication.

salaire pour l'accident, la maladie, l'accomplissement d'une obligation légale et l'exercice d'une fonction publique) ou si elles prévoient un crédit annuel distinct pour chaque cause d'empêchement. Il nous semble important de préciser que si une convention collective de travail prévoit la conclusion obligatoire d'une assurance perte de gain en cas de maladie, elle crée, à notre avis, un crédit distinct pour cette cause d'empêchement lorsque l'assurance intervient dès le premier jour de maladie et qu'elle est considérée comme équivalente au système légal.

Nous avons analysé deux cas de figure: d'une part, celui dans lequel le service militaire et la protection civile sont des causes distinctes des autres causes d'empêchement et, d'autre part, celui dans lequel l'accident et la maladie sont considérés comme des causes distinctes.

Concernant la première situation évoquée, toutes les conventions collectives de travail prévoient que le service militaire et la protection civile constituent des causes d'empêchement distinctes des autres causes mentionnées par l'article 324a al. 1 CO. Ainsi, les conventions collectives de travail, dans leur ensemble, offrent une protection plus étendue que celle prévue par la disposition légale.

Concernant la deuxième situation, les conventions collectives de travail qui prévoient un empêchement distinct uniquement pour la maladie, la grossesse et l'accouchement⁷ sont au nombre de dix-sept. Elles touchent 620'530 travailleurs, soit 61.09 % des personnes assujetties. Les autres conventions collectives de travail prévoient un droit au salaire pour la maladie, la grossesse, l'accouchement et l'accident ensemble. On peut en conclure qu'une majorité de conventions collectives de travail offrent une protection plus étendue que celle mentionnée par la disposition légale.

4. Clause relative à la durée du droit au salaire

Il est difficile de vérifier si les conventions collectives de travail offrent un droit au salaire plus généreux que les échelles bernoise, bâloise ou zurichoise. D'une part, parce que les échelles cantonales ne prévoient pas une durée uniforme entre elles (l'échelle bernoise est différente de l'échelle bâloise qui, elle-même, est différente de l'échelle zurichoise). D'autre part, les conventions collectives de travail peuvent prévoir pour

⁷ Plusieurs CCT assimilent la grossesse et l'accouchement à la maladie.

certaines années de service une durée plus longue que celle prévue par les échelles, mais pour d'autres années de service une durée plus courte.

Nous avons examiné la dérogation au niveau de la première année de service, puisque la durée du droit au salaire est la même pour toutes les échelles cantonales. Elle s'élève, comme nous l'avons vu, à trois semaines. Nous avons également analysé le droit au salaire au cours de la cinquième année de service, car les échelles bernoise et bâloise prévoient toutes deux trois mois de salaire (alors que l'ancienne échelle zurichoise prévoit sept semaines), et au cours de la vingt-et-unième année de service, car ces deux échelles prévoient six mois de salaire (alors que l'ancienne échelle zurichoise prévoit vingt-trois semaines).

Au cours de la première année de service, treize conventions collectives de travail prévoient un droit au salaire d'au minimum 4 semaines. Elles s'appliquent à 533'700 travailleurs, soit 52.54 % des travailleurs assujettis. Parmi ces conventions collectives de travail, certaines prévoient une échelle différenciée durant la première année de service, par exemple trois semaines les trois premiers mois, puis quatre semaines du quatrième mois au douzième mois.

Les conventions collectives de travail prévoyant trois semaines lors de la première année de service sont au nombre de trois⁸. Elles touchent 161'000 travailleurs, soit 15.85 % de l'ensemble des personnes assujetties.

Au cours de la cinquième année de service, dix des seize conventions collectives de travail mentionnées ci-dessus prévoient trois mois de salaire, une convention collective de travail moins de trois mois de salaire⁹ et cinq conventions collectives de travail plus de trois mois de salaire¹⁰. Au cours de la vingt-et-unième année de service, douze conventions collectives de travail prévoient six mois de salaire et quatre conventions collectives de travail plus de six mois¹¹.

⁸ Il s'agit des CCT de l'industrie du chocolat, de l'hôtellerie et de la restauration et des jardiniers de la Suisse allemande et du Tessin.

⁹ Il s'agit de la CCT de l'hôtellerie et de la restauration, qui prévoit uniquement deux mois de salaire.

¹⁰ La durée varie de quatre à douze mois. La CCT qui prévoit douze mois indique que le salaire est versé à 100 % pendant les six premiers mois, puis à 75 % du septième au neuvième mois et à 60 % du dixième au douzième mois.

¹¹ La CCT des bureaux d'architecture, d'ingénieurs et de planification recommande à l'employeur de tenir compte, après la vingtième année, d'une plus longue durée des rapports de travail sans toutefois préciser la durée du droit au salaire après cette période. Trois CCT (dont celle du personnel bancaire et celle des coiffeurs) fixent douze mois de salaire (parmi ces trois CCT, une prévoit 100 % du salaire pendant six mois, 75 % du septième au neuvième mois et 60 % du dixième au douzième mois).

Onze conventions collectives de travail prévoient des prestations plus étendues (le plus souvent, un régime d'assurance couvrant le salaire durant 720 jours dans une période de 900 jours consécutifs, indépendamment des années de service). Trois conventions collectives de travail ne mentionnent rien et dans ce cas, à notre avis, le régime légal minimum s'applique.

On peut en conclure que, lors de la première année de service, les conventions collectives de travail offrent, dans leur majorité, une réglementation plus généreuse que celle prévue par la disposition légale. Il en va différemment pour les années ultérieures, car les conventions collectives de travail adoptent, pour la plupart, la durée du droit au salaire des échelles bernoise ou bâloise. On constatera également que lorsqu'une convention collective de travail prévoit la conclusion d'une assurance perte de gain en cas de maladie, tous les travailleurs, sans exception, sont avantagés par rapport à un système "d'échelle". L'assurance garantit un droit au salaire durant 720 jours dans une période de 900 jours consécutifs, alors que l'échelle la plus généreuse que nous avons consultée prévoit un droit au salaire de douze mois au maximum.

5. Conclusion

Comme nous pouvons le constater, le régime complémentaire est souvent appliqué dans les conventions collectives de travail. Les travailleurs bénéficient ainsi, dans leur majorité, d'un niveau de protection plus élevé que celui prévu par la disposition légale.

III. LE CONTRAT-TYPE DE TRAVAIL (CTT) ET LE RÉGIME COMPLÉMENTAIRE

1. Remarque préliminaire

Un contrat-type de travail, à savoir le contrat-type de travail pour le personnel professionnellement exposé aux radiations ionisantes, du 22 avril 1966, ne donne aucune indication sur le droit au salaire du travailleur en cas de maladie.

2. Clause relative à la durée du contrat

Un contrat-type de travail prévoit un droit au salaire de deux semaines durant le premier mois de service et d'un mois du début du deuxième à la fin du sixième mois de service. Un contrat-type de travail prévoit pour les trois premiers mois de service un droit au salaire de sept jours. Les autres contrats-types de travail ne mentionnent pas le droit au salaire lorsque les rapports de travail ont duré plus de trois mois. Ils reprennent pourtant pour l'essentiel l'article 324a al. 1 CO, sans évoquer la clause des trois mois. Nous en avons déduit que ce droit commence donc dès le début des rapports de travail.

On peut donc en conclure que les contrats-types de travail offrent une protection plus étendue que celle prévue par la disposition légale.

3. Clauses relatives aux causes d'empêchement

Quatre contrats-types de travail indiquent le service militaire et la protection civile comme causes distinctes des autres causes d'empêchement. Un contrat-type de travail les assimile aux autres causes d'empêchement. Ainsi, les contrats-types de travail, dans leur majorité, offrent une protection plus étendue que celle prévue par la disposition légale.

Aucun contrat-type de travail ne prévoit que la maladie et l'accident sont des causes d'empêchements distinctes. Certains contrats-types de travail visent d'autres causes d'empêchement qui s'ajoutent à celles de l'accident et de la maladie. Par exemple, le contrat-type de travail pour le personnel soignant, du 23 décembre 1971¹², prend ensemble les causes de maladie, d'accident, de grossesse, de couches, de service militaire ou de protection civile obligatoire selon la législation fédérale, de service féminin de l'armée et de service de la Croix-Rouge. Concrètement, cela signifie¹³ qu'un travailleur, dans sa première année de service, qui aurait effectué un cours de répétition de trois semaines, n'aurait droit à aucun salaire s'il tombait malade au cours de la même année de service. Sur ce point, les contrats-types de travail appliquent donc strictement la disposition légale.

¹² RS 221.215.328.4.

¹³ Pour les partisans de la théorie du minimum de temps. Voir à ce propos le chapitre II ch. III.3.5.

4. Clause relative à la durée du droit au salaire

Quatre contrats-types de travail prévoient un droit au salaire d'un mois durant la première année de service¹⁴. Un contrat-type de travail prévoit, pour les trois premiers mois, un droit au salaire de sept jours et, du quatrième au douzième mois, un droit au salaire de vingt-et-un jours de travail. Deux contrats-types de travail ne donnent aucune indication sur le droit au salaire durant la cinquième année de service. Selon les autres contrats-types de travail, le droit au salaire varie entre deux et six mois. Lors de la vingt-et-unième année de service, ce droit varie entre quatre¹⁵ et six mois. On peut en conclure que, durant la première année de service, les contrats-types de travail offrent une protection plus étendue que celle prévue par la disposition légale. Pendant les années ultérieures, la durée du droit au salaire se rapproche de celle prévue par les échelles en vigueur.

5. Conclusion

Comme nous pouvons le constater, le régime complémentaire est souvent appliqué dans les contrats-types de travail. Les travailleurs touchés bénéficient ainsi, dans leur majorité, d'un niveau de protection plus élevé que celui prévu par la disposition légale.

¹⁴ Un de ces quatre contrats-types de travail prévoit deux semaines le premier mois, puis un mois du deuxième à la fin du sixième mois de service.

¹⁵ Il s'agit du CIT pour le personnel des laiteries. A notre avis, une telle durée est insuffisante, car elle se situe en-dessous de toutes les échelles appliquées par les tribunaux.

DEUXIEME PARTIE

**LA GARANTIE DU DROIT AU SALAIRE
ENTRE L'ASSURANCE-MALADIE
ET LE DROIT DU TRAVAIL**

CHAPITRE IV

LE REGIME CONVENTIONNEL "DEROGATOIRE"

(ARTICLE 324a al. 4 CO)

I. LE SYSTEME

Le régime de l'article 324a alinéas 1 à 4 CO est de nature relativement impérative, c'est-à-dire que les parties ne peuvent y déroger qu'en faveur du travailleur, soit en complétant le régime de base, soit en accordant au travailleur des prestations au moins équivalentes à celles prévues par le régime de base. Dans ce dernier cas, il ne s'agit plus d'un "complément" à l'article 324a alinéas 1 à 3 CO comme nous l'avons vu au chapitre précédent, mais d'une dérogation à ces trois alinéas.

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 20 mai 1970 en la cause Inzerillo c/ Dietrich¹, a précisé que l'article 335 aCO était de droit impératif et que les parties pouvaient convenir d'une réglementation différente à condition que le travailleur reçoive des prestations équivalentes à celles que lui garantissait le régime légal. Ce caractère relativement impératif a été repris par l'article 324a alinéa 4 CO, qui stipule "*qu'un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger à l'obligation de l'employeur de verser le salaire dans la mesure où le travailleur reçoit des prestations au moins équivalentes à celles que lui garantit la loi*"².

La notion d'équivalence n'est pas précisée par la loi, mais on peut affirmer qu'un régime équivalent est réalisé lorsqu'il offre au travailleur au moins la même protection que le régime légal³.

Dans la majorité des cas, ces accords déchargent l'employeur de l'obligation de verser une rémunération en substituant à cette dernière l'obligation de conclure et de financer partiellement ou totalement une assurance destinée à couvrir la perte de salaire. Les risques assurés

¹ ATF 96 II 133 ss.

² JAR 1990, p. 175 (Tr. Prud. GE du 8.12.1989); JAR 1980, p. 216 (GGer. ZH du 2.9.1974).

³ STÄHELIN, p. 243 (N62); ZINSLI, 1992, p. 120.

comportent généralement la maladie et parfois la grossesse et l'accouchement. Ce régime d'assurance prévoit souvent des prestations inférieures à celles de la disposition légale (fixation d'un délai de carence, salaire octroyé inférieur à 100 %), mais versées pendant une plus longue période que celle visée à l'article 324a alinéa 2 CO.

Pour juger de l'équivalence, il faudra comparer, d'une part, le système de l'article 324a alinéas 1 à 3 CO, qui prévoit le versement de 100 % du salaire pendant un temps limité, dépendant de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières et, d'autre part, le système de l'assurance qui, indépendamment de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières, prévoit le versement d'un salaire inférieur à 100 %, mais pendant une durée plus longue que le régime de l'article 324a alinéas 1 à 3 CO⁴.

Il n'existe pas de recette miracle pour juger de l'équivalence ou de la non-équivalence des prestations, cela d'une part, parce que le régime légal n'est pas clairement défini (les juges appliquent, par exemple, des échelles différentes) et qu'il peut varier selon les circonstances particulières et, d'autre part, parce que l'équivalence peut être réalisée de différentes manières, comme nous le verrons ultérieurement.

Dans ce chapitre, nous examinerons les conditions d'application de l'article 324a alinéa 4 CO, c'est-à-dire du régime dérogatoire prévu par cette disposition. Ces conditions consistent en une exigence de forme et dans l'équivalence des prestations, notion qui suscite plusieurs difficultés et controverses. Enfin, nous analyserons ce régime dérogatoire au travers des conventions collectives et des contrats-types de travail.

II. LA FORME REQUISE

La forme écrite représente une des conditions de validité de l'accord dérogatoire au sens de l'article 324a alinéa 4 CO⁵. Cet accord comporte généralement les éléments suivants: la part du salaire versé; le

⁴ BRÜHWILER, pp. 101-102 (N24a).

⁵ STÄHELIN, p. 240 (N55); KUHN 9/6.2.5, p. 2; STREIFF, p. 123 (N28); REHBINDER, p. 350 (N33).

délai de carence pendant lequel le travailleur ne perçoit pas de salaire; la durée des prestations; le mode de financement des primes d'assurance.

Il peut également renvoyer aux conditions générales de l'assurance ou à un autre document dont le travailleur doit pouvoir disposer en tout temps⁶.

À notre avis⁷, l'indication générale que le travailleur est assuré contre la perte de gain en cas de maladie ne suffit pas. Le document écrit doit préciser les prestations de l'assurance (délai de carence, pourcentage de salaire assuré, durée des prestations, participation de l'employeur aux primes d'assurance) pour que le salarié puisse les accepter en toute connaissance de cause.

Lorsque l'exigence de forme n'est pas réalisée, le régime de base s'appliquera et le travailleur pourra exiger le montant de son salaire pendant la durée fixée par l'échelle applicable⁸. Dans ce cas, l'employeur devra restituer les éventuelles primes d'assurance indûment perçues⁹.

III. LA NOTION D'EQUIVALENCE DES PRESTATIONS

1. Les éléments de l'équivalence

Nous avons vu que les parties peuvent déroger aux alinéas 1 à 3 de l'article 324a CO en accordant au travailleur des prestations au moins équivalentes. Pour juger de l'équivalence, le Tribunal fédéral¹⁰ a posé le principe selon lequel il faut comparer les deux régimes, celui du Code des obligations et celui du droit des assurances, par une appréciation

⁶ AUBERT, 1991, p. 119; JAR 1990, p. 165 (Ch. d'Appel GE du 12.12.1988); JAR 1983, p. 120 (ArbGer. ZH du 10.6.1981); JAR 1980, p. 218 (GGer. ZH du 2.9.1974); JAR 1982, p. 114 (AppGer. BS du 3.8.1981).

⁷ Egalement celui d'AUBERT, 1991, p. 119.

⁸ AUBERT, 1991, p. 123.

⁹ JAR 1990, p. 166 (Ch. d'appel GE du 12.12.1988).

¹⁰ ATF 96 II 133 ss (arrêt Inzerillo c/Dietrich, du 20 mai 1970). Le TF y a traité pour la première fois la question de savoir si les parties pouvaient convenir d'une réglementation différente de celle de l'art. 335 aCO à la condition que le travailleur reçoit des prestations au moins équivalentes à celles garanties par le régime légal.

globale de leurs avantages respectifs et établir, dans chaque cas d'espèce, si le second accorde au travailleur assuré, dans l'ensemble, des prestations au moins équivalentes à celles que lui garantit le premier¹¹.

Le Tribunal fédéral s'est exprimé comme suit: *"Pour l'employé, le système d'assurance en cas de maladie o, sur le système légal, l'avantage d'impliquer une répartition des risques et de garantir le paiement d'une indemnité journalière pour une période plus longue, indépendamment de la durée de l'emploi. Il sera manifestement préférable si la part du salaire couverte par l'indemnité journalière garantit à l'employé, pendant sa maladie, les prestations indispensables à son entretien et à celui des personnes à sa charge. Cette part devra être proportionnellement d'autant plus élevée que le salaire sera plus faible. Lorsque de tels avantages sont accordés, ils justifient que l'employeur ne paie pas la totalité des primes. On peut dès lors admettre, d'une façon toute générale et sous réserve d'une approximation nuancée dans les cas d'espèce, qu'une assurance garantissant des indemnités journalières égales à 60 % du salaire pendant un an, si l'employeur paie la moitié des primes, peut être considérée comme l'équivalent du salaire payé pour un temps relativement court selon l'article 335 CO..."*

Selon cet arrêt, les éléments essentiels de la notion d'équivalence reposent sur:

- la participation de l'employeur aux primes d'assurance;
- la part du salaire convertie par les indemnités journalières de l'assurance;
- la durée de paiement des indemnités journalières par l'assurance (indépendamment de la durée de l'emploi);
- les circonstances particulières (prestations indispensables à l'entretien du travailleur et à celui des personnes à sa charge).

Ces quatre éléments sont cumulatifs, c'est-à-dire que si l'un d'eux fait défaut, le régime conclu par les parties ne peut être considéré comme équivalent au régime légal.

Nous ajouterons encore à ces conditions le délai de carence. En effet, une assurance peut intervenir dès que le cas de maladie se présente ou prévoir un délai d'attente. Pour juger de l'équivalence des prestations, il convient de se demander si l'employeur a l'obligation de compléter

¹¹ VIRET, 1979, pp. 12-13 ; ATF 96 II 136-137.

les prestations d'assurance pendant le délai d'attente ou si un délai de carence est admissible (pendant lequel le travailleur ne sera pas indemnisé).

Dans son principe, l'arrêt du Tribunal fédéral¹² est aujourd'hui encore d'actualité puisqu'il est souvent cité par les tribunaux et la doctrine¹³. Dans les pages suivantes, nous étudierons les cinq éléments relatifs à l'équivalence pour aborder ensuite la question, controversée, des deux formes d'équivalence.

1.1. La participation de l'employeur aux primes d'assurance

La substitution d'un régime d'assurance à l'obligation de l'employeur de payer le salaire en vertu de l'article 324a CO ne doit pas se faire au détriment du travailleur. L'employeur doit donc participer équitablement au financement de l'assurance.

Le Tribunal fédéral a jugé qu'une participation de l'employeur au moins égale à celle du travailleur pouvait être considérée comme une prestation équivalente à celle du salaire dû pendant le temps limité de l'article 335 aCO si les autres conditions d'application étaient remplies, toutes choses étant par ailleurs égales.

L'ancien article 130 alinéa 1 LAMA, abrogé aujourd'hui, prévoyait également que l'employeur pouvait imputer les prestations d'assurance sur le salaire dû au travailleur empêché d'exercer son activité pour cause de maladie, à condition que ce dernier fût assuré auprès d'une caisse reconnue et que l'employeur supportât au moins la moitié des contributions.

Cette participation de l'employeur était également expressément mentionnée dans un avis de droit du 18 mars 1947 émanant de la Division de justice du Département fédéral de justice et police (DFJP)¹⁴. Cet avis admettait de libérer l'employeur de l'obligation de payer le salaire dès qu'il assumait la moitié des primes d'assurance et à condition que les prestations d'assurance fussent suffisantes.

¹² ATF 96 II 133 ss.

¹³ JAR 1990, p. 175 (Tr. Prud. GE du 8.12.1989); JAR 1983, p. 115 (ATF du 4.2.1982); JAR 1980, p. 218 (GGer. ZH du 2.9.1974); VIRET, 1979, p. 12; BERTHOUD, pp. 230 ss; AUBERT, 1991, p. 121.

¹⁴ Vie économique 1947, p. 270.

Le Tribunal fédéral, dans l'arrêt Inzerillo c/Dietrich, a indiqué que l'employeur qui paie la moitié des primes d'assurance fournit une prestation équivalente à celle du salaire versé pendant le temps relativement court de l'article 335 aCO. En supportant l'autre moitié des primes, le travailleur finance les prestations qui lui sont versées au-delà du temps relativement court de l'article 335 aCO¹⁵. Cette règle relative au financement des primes d'assurance est aujourd'hui admise autant par la doctrine que par la jurisprudence¹⁶.

1.2. La part du salaire couverte par les indemnités journalières de l'assurance

La deuxième caractéristique propre à l'équivalence est le pourcentage de couverture du salaire par l'assurance. Dans l'avis de droit du 18 mars 1947 précité¹⁷, la Division de la justice du Département fédéral de justice et police considérait comme équivalent un système d'assurance dont les prestations n'étaient pas inférieures à 50 % du salaire.

Dans une décision du 4 avril 1955¹⁸, le Conseil fédéral a précisé que l'indemnité journalière devait couvrir au moins un quart du salaire journalier, mais qu'en principe cette limite se situait à la moitié du gain journalier. Il préconisait la prise en charge complète des primes d'assurance par l'employeur et la couverture du salaire à raison de 50 %.

En la cause Inzerillo c/Dietrich, le Tribunal fédéral a admis que la conclusion d'une assurance garantissant les indemnités journalières égales à 60 % du salaire pendant un an réalisait en principe la condition de l'équivalence. Aujourd'hui, la doctrine et la jurisprudence admettent, vu l'évolution économique et sociale intervenue ces deux dernières décennies, que les prestations d'assurance doivent couvrir au moins 80 % du salaire du travailleur¹⁹.

¹⁵ ATF 96 II 133 ss.

¹⁶ REHBINDER, p. 354 (N36); STREIFF, p. 121 (N24); AUBERT, 1991, p. 122; JAR 1990, p. 175 (Tr. Prud. GE du 8.12.1989); JAR 1983, p. 114 (ATF du 4.2.1982), où l'employeur paie les deux tiers de la prime.

¹⁷ Vie économique 1947, p. 270.

¹⁸ DTAC vol. 3, pp. 50-51.

¹⁹ REHBINDER, p. 354 (N36); BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, p. 70 (N19); STREIFF, p. 121 (N24); AUBERT, 1991, p. 122; JAR 1990, p. 175 (Tr. Prud. GE du 8.12.1989); JAR 1983, p. 114 (ATF du 4.2.1982).

1.3. Les circonstances particulières

Dans une décision du 20 juillet 1957²⁰, le Conseil fédéral avait préconisé de tenir compte des circonstances particulières lorsqu'il s'agissait de branches économiques dont les ressources étaient limitées : *"Le champ d'application d'une clause introduisant l'assurance-maladie ne peut être étendu quand l'indemnité journalière prévue est de beaucoup inférieure à la moitié du salaire d'une journée, sauf s'il s'agit d'une branche économique dont les ressources sont limitées"*.

Le Tribunal fédéral, en la cause Inzerillo c/Dietrich, a également tenu compte de la situation matérielle du travailleur et a implicitement admis que les circonstances particulières devaient être prises en compte pour juger de l'équivalence. Selon cet arrêt, la part du salaire couverte par l'indemnité journalière devrait garantir à l'employé les prestations indispensables à son entretien et à celui des personnes à sa charge. Cette part devrait être d'autant plus élevée que le salaire est faible. On pourrait croire, à la lumière de cet arrêt, qu'une des conditions de l'équivalence est d'assurer au travailleur un minimum vital.

Ainsi, à notre avis, une réglementation contractuelle qui instituerait des taux d'indemnisation différenciés selon les années de service ne heurterait pas l'exigence de l'équivalence²¹.

1.4. La durée de l'indemnisation

Le Tribunal fédéral, dans l'arrêt précité²², a admis que les indemnités journalières devaient être versées pendant un an pour être considérées comme équivalentes au salaire dû pour le temps relativement court prévu par l'article 335 aCO (les autres conditions d'application étant réalisées). Il paraît étrange que le Tribunal fédéral n'ait pas repris la durée prévue par la loi sur l'assurance-maladie. En effet, dès la révision de 1964, la durée de versement des indemnités est passée de 360 jours à 720 jours dans une période de 900 jours consécutifs²³. Aujourd'hui, la jurisprudence et la doctrine sont unanimes à reconnaître cette durée²⁴, conformément à ce que prévoit la loi sur l'assurance-maladie²⁵.

²⁰ DTAC vol. 5, p. 106.

²¹ VIRET, 1979, p. 14, avec exemple.

²² ATF 96 II 133 ss.

²³ GREBER, 1982, p. 344.

²⁴ AUBERT, 1991, p. 122; BRUNNER/BÖHLER/WAEBER, p. 70 (N19); STREIFF, p. 121 (N24); JAR 1990, p. 175 (Tr. Prud. GE du 8.12.1989); JAR 1983, p. 114 (ATF du 4.2.1982); BJM 1974, p. 251 (GSGer. BS).

Nous pensons pourtant que les prestations de l'assurance-maladie devraient être servies uniquement jusqu'au moment où l'assurance-invalidité verse une rente, mais au maximum durant 720 jours dans l'espace de 900 jours consécutifs. A notre avis, il n'est pas du ressort de l'assurance-maladie d'indemniser l'incapacité de gain mais uniquement les conséquences financières d'une incapacité de travail²⁵. Ainsi, le coût de l'assurance serait moindre et encouragerait les employeurs et les travailleurs à conclure une telle assurance. Ces derniers seraient pourtant sensiblement désavantagés par rapport au système actuel. En effet, les rentes de l'assurance-invalidité, même complétées par les prestations du 2e pilier, sont pour la plupart inférieures à une indemnité journalière garantissant le 80 % du salaire.

1.5. Le délai de carence

Lorsque les parties concluent une assurance perte de gain en cas de maladie, l'assureur fixe généralement un délai d'attente de trois jours au minimum. Dès lors, il convient de se demander si l'employeur a l'obligation de compléter les prestations d'assurance pendant les trois premiers jours ou s'il est libéré de cette obligation. En d'autres termes, un délai de carence de trois jours durant lequel le travailleur ne reçoit aucun salaire est-il admissible ?

Nous illustrerons notre propos à l'aide de quatre exemples par lesquels le lecteur pourra se rendre compte que le travailleur est parfois avantage par un système d'assurance alors que, dans d'autres situations, son salaire est supérieur lorsque la disposition légale est appliquée. Le système d'assurance que nous avons choisi correspond à une durée d'indemnisation de 720 jours dans une période de 900 jours consécutifs, un pourcentage de salaire assuré de 80 % et un délai de carence de trois jours.

Exemples

- 1/ Un travailleur, dans sa deuxième année de service, est malade pendant deux mois. Selon l'échelle bernoise, il a droit à un mois de

²⁵ Cela aussi bien pour la nouvelle loi (art. 72 al. 3 LAMal) que pour l'ancienne (art. 12bis al. 3 LAMA).

²⁶ Voir chapitre X ch. I.

saire. Le solde des jours de maladie ne sera pas indemnisé. Selon l'ancienne échelle zurichoise, il a droit à quatre semaines de salaire. Le solde des jours de maladie ne sera pas indemnisé. Selon l'échelle bâloise, il a droit à deux mois de salaire et sera entièrement indemnisé.

S'il est assuré, le travailleur recevra, quel que soit son domicile en Suisse, 80 % de son salaire pendant toute la durée de sa maladie, excepté durant les trois premiers jours de maladie. D'autre part, il conserve, au cas où surviendrait une autre cause d'empêchement, un crédit de salaire non entamé²⁷.

Cet exemple montre que le système d'assurance présente pour le travailleur des avantages certains. Toutefois, les travailleurs soumis à l'échelle bâloise sont, dans cette hypothèse concrète, désavantagés en regard de la disposition légale. Ils recevront, en effet, seulement 80 % du salaire et rien pendant les trois premiers jours de maladie, alors qu'en l'absence d'un régime d'assurance ils auraient reçu 100 % du salaire pendant toute la durée de leur empêchement.

- 2/ Un travailleur, dans sa vingtième année de service, tombe malade pendant deux mois. Selon l'échelle bernoise, il a droit à six mois de salaire à 100 %. Selon l'ancienne échelle zurichoise, il a droit à vingt-deux semaines à 100 %. Selon l'échelle bâloise, il a droit à cinq mois de salaire à 100 %. Dans les trois cas de figure, il recevra pendant les deux mois de maladie son salaire à 100 %.

S'il est assuré, le travailleur ne recevra que 80 % de son salaire et sera soumis à un délai de carence de trois jours. Il sera donc désavantagé par rapport à la disposition légale.

- 3/ Un travailleur est malade deux jours (l'ancienneté ne joue ici aucun rôle puisque le droit au salaire ne peut être inférieur à trois semaines). Selon la disposition de l'article 324a alinéa 2 CO et toutes les échelles en vigueur, il sera indemnisé à 100 %.

Selon le système d'assurance, il ne recevra aucun salaire, puisque l'assurance prévoit un délai d'attente de trois jours. Dans ce troisième exemple, le travailleur serait avantagé s'il n'était pas au bénéfice d'une assurance perte de gain en cas de maladie.

²⁷ Voir chapitre II ch. III.3.1.

- 4/ Un travailleur, dans sa première année de service, est malade pendant six mois.

Selon la disposition de l'article 324a al. 2 CO, il sera indemnisé à 100 % pendant trois semaines et ne recevra aucun salaire par la suite.

Selon le système d'assurance, il recevra 80 % de son salaire pendant six mois, excepté pendant les trois premiers jours de sa maladie. Dans ce dernier cas, le travailleur serait avantagé s'il était au bénéfice d'une assurance.

On sait que la plupart des maladies ne sont généralement que de courte durée²⁸. Une statistique représentative de toute la Suisse, parue dans la Feuille fédérale du 19 juin 1984 et portant sur 318'000 cas d'absence dues à la maladie et à l'accident, montre que les cas d'absence de plus de soixante jours représentent 2.9 % de l'ensemble des absences et que les absences de plus de 360 jours n'interviennent que dans un cas sur mille²⁹. Par rapport à l'ensemble du personnel des entreprises inclus dans la statistique (120'000 personnes observées pendant une période de trois ans), ces chiffres sont respectivement de 1.74 % et 0.6 ‰³⁰. Aussi, lorsque les parties prévoient un délai de carence, beaucoup de travailleurs, s'ils tombent malades pendant une courte période, sont privés de salaire et désavantagés par rapport à la disposition légale du Code des obligations. On peut dès lors s'interroger sur l'admissibilité d'un tel délai, vu le caractère relativement impératif de la disposition. Cette dernière ne devrait pas être appliquée au détriment de la majorité des travailleurs. Ainsi, si 98 % des absences dues à la maladie étaient inférieures à trois jours, il ne serait pas admissible de tolérer un délai de carence de trois jours, pendant lequel le travailleur ne serait pas indemnisé, puisque le caractère relativement impératif de la disposition ne serait plus respecté, du moins dans une perspective collective. La plupart des travailleurs seraient, en fait, désavantagés par rapport à la disposition légale.

Faute de statistiques plus précises sur la durée d'absence des travailleurs en cas de maladie, nous ne pouvons apporter que quelques éléments qui nous semblent étayer l'inadmissibilité du délai de carence.

Tout d'abord, comme nous l'avons dit ci-dessus, la plupart des absences sont de courte durée. Aussi, à notre avis, un délai de carence va-t-il à l'encontre du caractère relativement impératif de l'article 324a

²⁸ Viret, 1979, p. 15.

²⁹ FF 1984 II 628.

³⁰ FF 1984 II 628-629.

alinéa 4 CO. Deuxièmement, l'employeur a la possibilité de mettre à la charge du travailleur la moitié des primes d'assurance et de ne garantir au travailleur que 80 % de son salaire. Cette charge financière et la réduction du pourcentage de salaire, que le travailleur n'a pas à supporter en l'absence d'un régime d'assurance, ont leur corrolaire dans le versement des prestations d'assurance pendant une durée plus longue que celle prévue à l'article 324a alinéas 1 à 3 CO. Le travailleur ne devrait donc pas subir encore un troisième inconvénient lié au délai de carence, sinon le caractère relativement impératif de l'article 324a alinéa 4 CO ne serait plus respecté. Enfin, dans le cas des assurances obligatoires visées à l'article 324b CO, l'employeur a l'obligation de verser, pendant le délai d'attente de l'assurance, quatre cinquièmes au moins du salaire³¹. Dès lors, comme les articles 324a et 324b CO forment un tout, l'un constituant simplement un cas particulier par rapport à l'autre, la même logique devrait être appliquée dans le cadre des deux dispositions.

En cas de délai d'attente fixé par l'assurance, l'employeur a donc, à notre avis, l'obligation de verser au minimum quatre cinquièmes du salaire pendant le temps limité de l'article 324b alinéa 1 CO, même si les prestations de l'employeur sont très généreuses (par exemple, s'il paie la totalité des primes d'assurance). Il faut, en effet, toujours garder en mémoire que la plupart des absences sont de courte durée et qu'ainsi la plupart des travailleurs risquent d'être désavantagés par rapport à la disposition légale. Le désavantage que subirait un travailleur, au sens de l'article 324a alinéa 4 CO, doit rester une exception, car cette disposition est de nature relativement impérative, c'est-à-dire qu'il n'est pas possible d'y déroger au détriment du travailleur. D'autre part, le but premier des articles 324a et 324b CO est d'assurer une protection au travailleur empêché d'exercer sa prestation, lui permettant ainsi de maintenir son niveau de vie sans être pénalisé par un empêchement qui n'est pas dû à sa faute. Dans ce contexte, un délai de carence le mettrait dans une situation difficile. Le travailleur serait ainsi doublement pénalisé, d'une part par sa maladie, d'autre part parce qu'il devrait réduire son niveau de vie alors qu'il n'a commis aucune faute.

³¹ Art. 324b al. 3 CO.

2. L'équivalence abstraite et concrète des prestations

Nous avons vu que certains travailleurs pouvaient être avantagés par la conclusion d'une assurance d'une indemnité journalière, alors que d'autres, au contraire, préféreraient être soumis au régime légal. Nous présentons ci-dessous deux exemples qui illustrent cet état de fait et qui nous permettront de préciser les notions d'équivalences abstraites et concrètes des prestations.

Exemples

- 1/ Soit un salarié X, dont le contrat de travail prévoit, en cas d'empêchement de travailler dû à une maladie, une indemnité journalière couvrant son salaire à raison de 80 % dès le premier jour, versée pendant 720 jours dans une période de 900 jours consécutifs. Les primes de l'assurance sont payées par moitié par l'employeur, par moitié par le travailleur. Ce dernier tombe malade pendant une semaine dans sa première année de service et est empêché de travailler.

Selon le régime légal (article 324a alinéa 2 CO), le salarié a droit à son salaire à 100 % pendant la semaine de maladie.

Selon le régime conventionnel, il doit se contenter de 80 % de son salaire pendant la durée de sa maladie. Il sera donc désavantagé par rapport à la disposition légale.

- 2/ Soit la même donnée que dans l'exemple 1/, mais le travailleur est malade dans sa vingtième année de service pendant trente jours.

Selon l'échelle bernoise, il a droit à six mois de salaire à 100 %. Selon l'ancienne échelle zurichoise, il a droit à vingt-deux semaines à 100 %. Selon l'échelle bâloise, il a droit à cinq mois de salaire à 100 %. Selon les trois échelles, il recevra pendant les trente jours son salaire à 100 %.

Selon le régime conventionnel, il doit se contenter de 80 % de son salaire pendant la durée de sa maladie. Il sera donc désavantagé par rapport à la disposition légale.

La question est donc de savoir si le régime conventionnel, dans ces deux cas d'espèce, est l'équivalent du régime légal.

La première conception, qualifiée d'abstraite, consiste à considérer l'équivalence entre le régime légal et le régime conventionnel dès que certaines conditions théoriques sont réalisées, à savoir la participation de l'employeur aux primes d'assurance, un certain pourcentage de salaire couvert par l'assurance et une durée des prestations d'assurance suffisante.

La seconde conception de l'équivalence, qualifiée de concrète, est réalisée lorsque, dans chaque cas d'espèce, les prestations d'assurance ne sont pas inférieures au salaire que le travailleur aurait pu réclamer en vertu de l'article 324a CO.

A l'appui de la première conception, on peut soutenir que la présence de l'article 324a alinéa 4 CO n'a de sens que si elle autorise une dérogation au régime de base en instaurant un régime prévoyant des prestations parfois inférieures au minimum légal, mais, d'une manière générale, équivalentes à celui-ci. C'est à cette conclusion qu'est parvenue la jurisprudence. Dans l'arrêt *Inzerillo c/ Dietrich*³², le Tribunal fédéral a considéré comme équivalente au régime de base de l'article 335 aCO, l'obligation, pour l'employeur, de financer la moitié des primes d'une assurance garantissant, en cas d'incapacité de travail, le 60 % du salaire pendant un an. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que l'équivalence requise n'était qu'abstraite. Cette manière de voir a été confirmée par la suite³³, sans que l'article 324a alinéa 4 CO vienne modifier les principes découlant de l'article 335 aCO.

On rencontre parfois, dans la doctrine et la jurisprudence, d'autres propositions destinées à mesurer l'équivalence des prestations. Ainsi, pour STREIFF³⁴, lorsqu'on se trouve devant des cas où le juge peut se demander si le régime dérogatoire est équivalent au régime légal, la meilleure manière d'apprécier l'équivalence est de comparer les primes payées par l'employeur avec les primes qui auraient dû être payées

³² ATF 96 II 137.

³³ SJ 1982, pp. 574 ss (ATF du 4.2.1982); JAR 1990, p. 175 (Tr. Prud. GE du 8.12.1989); JAR 1980, p. 216 (GGer. ZH du 2.9.1974). Contra: SCHWEINGRUBER, pp. 92-93 (N8), qui dit que le Conseil national, dans ses travaux (BOCN 1969, pp. 459-460), a biffé les mots "*dans son ensemble*" contenus dans le message du Conseil fédéral (qui disposait qu'un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective de travail pouvait déroger à l'art. 324a CO à condition d'accorder, dans son ensemble, des prestations au moins équivalentes, FF 1967 II 446). SCHWEINGRUBER en conclut que l'équivalence doit être considérée individuellement et dans chaque cas de maladie. A notre avis, dans ce cas, la disposition de l'art. 324a al. 4 CO n'aurait plus de sens, puisqu'elle ne dérogerait plus à l'art. 324a al. 1 à 3 comme le prévoit le texte légal ("*... peut déroger aux présentes dispositions...*"), mais qu'elle ne ferait que compléter (sans y déroger) les prestations prévues à ces trois alinéas.

³⁴ STREIFF, p. 121 (N24).

pour que les travailleurs reçoivent les prestations du régime de base. Lorsque les premières sont supérieures aux secondes, l'équivalence doit être admise. Dans le cas contraire, l'employeur doit compléter les prestations d'assurance pour qu'elles correspondent aux prestations légales, ceci pendant le temps limité de l'article 324a CO. A notre avis, cette réglementation proposée relève de l'équivalence concrète et n'est pas à retenir.

Dans le même ordre d'idée, un arrêt du Tribunal des Prud'hommes de Genève du 16 novembre 1989³⁵ indique qu'une conception concrète de l'équivalence doit être admise si l'employeur ne paie que la moitié des primes d'assurance. En revanche, une conception abstraite de l'équivalence doit être prise en considération si l'employeur assume seul le financement des primes. Selon nous, l'équivalence doit se mesurer compte tenu de la situation propre à chaque salarié et non pas en fonction de celle des salariés en général dans l'entreprise, sans que cela se traduise par une équivalence concrète des prestations³⁶. Il n'est donc pas exclu que, dans certains cas de maladie, le travailleur soit moins bien traité que si le régime légal avait été appliqué³⁷. Il est pourtant plus important de considérer l'ensemble des prestations sur lesquelles le travailleur peut compter au début des rapports de travail pour juger de l'équivalence des prestations³⁸.

3. Conclusion

Compte tenu du libellé plus large de l'article 324a CO (par rapport à l'article 335 aCO) et de l'évolution économique et sociale intervenue ces deux dernières décennies, le régime dérogatoire devrait être considéré comme au moins équivalent au régime légal lorsque l'employeur finance, en contribuant pour moitié aux primes d'assurance³⁹, 80 % du

³⁵ JAR 1990, p. 166 (Tr. Prud. GE du 16.11.1989).

³⁶ AUBERT, 1991, pp. 121-122; STREIFF, pp. 120-121 (N24); REHBINDER, p. 352 (N36); STÄHELIN, p. 243 (N62); BRÜHWILER, p. 102 (N24b); JAR 1980, p. 216 (GGer. ZH du 2.9.1974).

³⁷ ZINSLI, 1992, p. 130; STÄHELIN, p. 243 (N62).

³⁸ STÄHELIN, p. 243 (N62); ZINSLI, 1992, p. 130; dans ce sens également, KAUER, p. 72 : DTAC vol. 5, p. 107 (décision du Conseil fédéral du 20.7.1957).

³⁹ Faute de quoi le poids principal de la couverture de la perte de gain repose sur le travailleur. Certaines conventions prévoient le paiement des primes d'assurance à la charge de l'employeur jusqu'à concurrence d'un certain pourcentage du salaire. Le système, à notre avis, est dangereux pour l'employeur car, en cas de hausse des

salaires pendant 720 jours sur une période de 900 jours consécutifs⁴⁰. En cas de délai d'attente, l'employeur a, à notre avis, l'obligation de verser au moins quatre cinquièmes du salaire.

4. Non-équivalence des prestations

L'équivalence des prestations est une des conditions de validité matérielle du régime dérogatoire de l'article 324a alinéa 4 CO. Lorsque celle-ci n'est pas réalisée, l'obligation de verser le salaire selon l'article 324a alinéas 1 à 3 CO (régime de base) renaît⁴¹. L'employeur devra restituer les primes d'assurance indûment perçues⁴². Il conviendra également de déduire les prestations d'assurance du salaire versé par l'employeur⁴³, afin de prévenir un enrichissement du travailleur.

Comme exemple de non-équivalence, on peut citer un degré de couverture du salaire assuré insuffisant⁴⁴, un délai de carence⁴⁵, des primes à la charge du travailleur⁴⁶ ou encore une réglementation équivalente plus généreuse pour une cause d'empêchement qui remplacerait l'obligation légale de verser le salaire pour une autre cause d'empêchement⁴⁷. Ainsi, par exemple, la conclusion d'une assurance prévoyant le versement du salaire à 100 % dès le 1er jour de maladie pendant 720 jours ne peut remplacer l'obligation de l'employeur de compléter les allocations pour perte de gain en cas de service militaire.

Relevons enfin que ce n'est pas la conclusion d'une assurance jugée équivalente qui libère l'employeur, mais seul le versement effectif, par l'assureur, des prestations assurées⁴⁸.

primes d'assurance, l'équivalence pourrait ne plus être admise (si la participation de l'employeur devenait inférieure à 50 % de la prime d'assurance).

⁴⁰ Comme le prévoit la LAMal à son art. 72 al. 3.

⁴¹ AUBERT, 1991, p. 123; ATF 96 II 138; ZINSLI, 1992, p. 135.

⁴² AUBERT, 1991, p. 123.

⁴³ AUBERT, 1991, p. 123, avec de nombreuses références.

⁴⁴ ATF 96 II 138.

⁴⁵ A notre avis. Voir également JAR 1990, p. 168 (Tr. Prud. GE du 16.11.1989), où le délai de carence de 14 jours a été jugé inadmissible et JAR 1982, p. 117 (GSGer. BS du 13.10.1981), où le délai de carence de 60 jours a été également considéré comme inadmissible.

⁴⁶ REHBINDER, p. 353 (N36).

⁴⁷ REHBINDER, p. 349 (N31); ZINSLI, 1992, p. 133.

⁴⁸ GLOOR, p. 176, avec références.

CHAPITRE V

L'ASSURANCE-MALADIE SELON LA LAMal

I. REMARQUES PRELIMINAIRES

Une des fonctions de l'assurance-maladie est de verser à l'assuré, lorsqu'il tombe malade, un revenu de substitution, qui lui permet, dans la plupart des cas, de maintenir partiellement ou intégralement son niveau de vie antérieur. Il n'existe, dans notre pays, aucune obligation de couvrir un tel risque en concluant une assurance d'une indemnité journalière auprès d'un assureur-maladie. La conclusion d'une telle assurance est envisagée implicitement à l'article 324a alinéa 4 CO. Les parties ont ainsi la possibilité, par un accord écrit, un contrat-type ou une convention collective de travail, de prévoir un système d'assurance accordant au travailleur des prestations au moins équivalentes à celles prévues par le régime légal. Beaucoup de conventions collectives instituent un tel système, qui permet au travailleur d'être assuré durant une plus longue durée que celle prévue par le régime légal et qui ne fait pas dépendre le droit au salaire de la nature du contrat (contrat conclu pour plus de trois mois ou ayant duré plus de trois mois). Lorsque l'assurance verse ses prestations, l'employeur est libéré de son obligation de payer le salaire selon l'article 324a CO, si le régime d'assurance est considéré comme équivalent au régime légal.

Dans cette deuxième partie, nous analyserons le régime de l'assurance d'une indemnité journalière en cas de maladie. Nous étudierons, dans le présent chapitre, l'historique de l'assurance-maladie, plus particulièrement de l'indemnité journalière. Nous décrirons ensuite quelques caractéristiques de l'assurance qui, à notre avis, aident à comprendre le fonctionnement de l'assurance perte de gain en cas de maladie. Par la suite, nous nous interrogerons sur l'assurance d'une indemnité journalière, qui touche à la fois le droit du travail et celui des assurances. Dans le chapitre VI, nous ferons une brève incursion dans le monde de l'assurance-maladie privée. Enfin, nous terminerons cette deuxième partie par l'étude du régime conventionnel "dérogatoire" dans les conventions collectives et les contrats-types de travail (chapitre VII).

II. HISTORIQUE

I. Des origines au rejet de la loi Forrer

La maladie s'attaque indifféremment à toutes les couches sociales de la population, aux hommes et aux femmes, à toutes les tranches d'âge de l'espèce humaine. Elle entraîne généralement des frais importants découlant des soins au malade et, en cas d'incapacité de travail, une perte de salaire ou de gain¹. Très tôt déjà, les hommes ont éprouvé le besoin de se grouper pour s'entraider. Les premières mesures d'aide aux malades émanèrent d'institutions privées. Ces institutions reposaient sur l'idée d'utilité publique². Au Moyen-Age, ce furent les confréries et les corporations qui portèrent secours aux malades. A titre d'exemple, en 1328, à Paris, les ouvriers, maîtres et compagnons des fourreurs de vair recevaient trois sols pendant la maladie, trois sols pendant la convalescence et trois sols pour reprendre force afin de se remettre au travail. Les cotisations étaient prélevées sur les salaires par le maître. Parfois, ceux qui n'avaient pas travaillé assez par manque de travail étaient exonérés de la cotisation hebdomadaire³. Par la suite, de nombreuses sociétés de secours virent le jour⁴.

Au début du XIXème siècle, les premières caisses-maladie furent fondées, parmi lesquelles la caisse-maladie de l'entreprise Escher-Wyss à Zurich en 1838 et la caisse-maladie "Neumünster" à Zurich en 1840, qui fut la première caisse ouverte⁵. Dans la seconde moitié du XIXème siècle, sous l'influence de l'évolution industrielle et sociale, plusieurs autres caisses apparurent⁶. Elles prenaient la forme d'associations mutuelles d'assurance, mais présentaient un grand défaut: leur activité

¹ Le système de santé en Suisse coûtait, en 1990, environ 25 milliards de francs, ce qui représentait 7.4 % du produit national brut (RICHNER, 1991a, p. 495; ZINSLI, 1992, p. 1). Il employait 215'000 personnes (RICHNER, 1991b, p. 6). Les coûts liés aux dépenses des caisses-maladie s'élevaient à 12.2 milliards (Statistik über die Krankenversicherung, vom Bund anerkannte Versicherungsträger, Einnahmen, Ausgaben und Krankenpflegekosten 1966-1990, OFAS, Berne 1992).

² MAURER, 1982, p. 545.

³ GRAU, p. 2.

⁴ BAILLY/BRIDEL/PERIAT, p. 32.

⁵ Concordat des caisses-maladie suisses, p. 14. GRAU (p. 3) mentionne déjà la création en 1560, à Lucerne, de la caisse-maladie de la "Confrérie des vieux garçons". Dans ses statuts, on y lisait qu'un malade avait droit à 3.5 Pfennigs, mais que "si notre Seigneur l'aide au point qu'il recouvre la santé et peut travailler" il devait les rembourser. S'il était longtemps malade, on lui prêtait sous caution. S'il mourait, la succession devait rembourser.

⁶ Voir chapitre I ch. II.1.2.

se limitait à un espace limité (soit à une entreprise, soit à une région) et leurs membres devaient trouver une autre possibilité d'assurance lorsqu'ils changeaient d'entreprise ou de lieu d'habitation⁷. Afin de corriger cette lacune, les "Männerkrankenvereine" de Rütli, Wald et Wetzikon, dans l'Oberland zurichois fondèrent, en octobre 1876, une association pour le libre passage entre les caisses-maladie du canton de Zurich⁸. Il s'agissait d'un regroupement qui permettait à l'assuré de s'affilier sans difficulté à une autre caisse-maladie en cas de changement de domicile. Cette initiative fut suivie en 1885 et 1887 par des projets semblables dans les cantons de Thurgovie, de St-Gall et d'Appenzell⁹. Parallèlement à ces ententes régionales et locales, les caisses-maladie d'entreprises d'Escher-Wyss & Cie à Zurich et de la fabrique de machines-outils Oerlikon fondèrent, en 1885, une fédération de libre passage entre les caisses-maladie suisses d'entreprises. Elle regroupait six caisses actives dans le canton de Zurich et en Suisse orientale¹⁰.

Au cours du XIX^{ème} siècle, l'Etat commença également à s'occuper de l'assurance-maladie. Plusieurs cantons, parmi lesquels ceux de Zurich, Schaffhouse, Argovie, Soleure, Lucerne et St-Gall, arrêtaient des dispositions concernant l'introduction et l'encouragement de l'assurance-maladie, soit en prévoyant la création de caisses-maladie publiques, soit en subventionnant les caisses-maladie existantes¹¹. Malgré ces réglementations cantonales, l'assurance-maladie ne fit guère de progrès jusqu'au début du XX^{ème} siècle¹².

C'est au moment où l'on voulut remplacer les dispositions légales sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer et de navigation et des propriétaires de fabriques par une assurance obligatoire contre les accidents que le Conseil fédéral, allant au-delà du cadre qui lui avait été assigné¹³, proposa, dans son message du 28 novembre 1889¹⁴, d'ancrer

⁷ Concordat des caisses-maladie suisses, p. 14.

⁸ Concordat des caisses-maladie suisses, p. 15.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

¹² La constitution fédérale de 1848 et celle de 1874 ne contenaient aucune attribution de compétence à la Confédération en matière d'assurances sociales. Il convient pourtant de relever l'importance de l'art. 34 al. 1 de la constitution de 1874, qui contient en germe les bases du système des assurances sociales de l'époque moderne. Il dispose que: "*la Confédération a le droit de statuer des prescriptions uniformes sur le travail des enfants dans les fabriques, sur la durée du travail qui pourra y être imposée aux adultes, ainsi que sur la protection à accorder aux ouvriers contre l'exercice des industries insalubres et dangereuses*".

¹³ Suite à la motion KLEIN (FF 1886 II 665 ss).

¹⁴ FF 1890 I 309 ss et 325.

dans la Constitution le droit pour la Confédération de légiférer aussi bien en matière d'accidents qu'en ce qui concerne l'assurance-maladie. Cette proposition fut suivie et, le 26 octobre 1890, un nouvel article 34bis fut accepté à une forte majorité (283'228 oui contre 92'200 non; seuls le canton du Valais et le demi-canton d'Appenzell-Rh. int. refusèrent le nouvel article, alors que 18 cantons et 5 demi-cantons s'en déclarèrent partisans¹⁵). La teneur de cette disposition, toujours en vigueur, est la suivante:

"La Confédération introduira, par voie législative, l'assurance en cas d'accident et de maladie, en tenant compte des caisses de secours existantes.

Elle peut déclarer la participation à ces assurances obligatoire en général ou pour certaines catégories déterminées de citoyens."

La Confédération recevait ainsi, pour la première fois, la compétence et la mission d'édicter des lois en matière d'assurances sociales. En 1891, le Conseil fédéral envoya une délégation en Allemagne et en Autriche pour y étudier l'assurance en cas de maladie et d'accidents et chargea le conseiller national Forrer de rédiger les projets de loi. Sur cette base, le 21 janvier 1896, il adressa un message à l'Assemblée fédérale et lui soumit deux projets de loi concernant l'assurance contre les maladies et les accidents¹⁶. L'Assemblée fédérale transforma profondément les deux projets et les réunit en un seul, auquel elle ajouta une troisième partie consacrée à l'assurance-militaire.

Le Parlement adopta la loi le 5 octobre 1899¹⁷. Celle-ci prévoyait une affiliation obligatoire en cas de maladie et d'accident pour tous les travailleurs dépendants âgés de plus de 14 ans, à condition que leur salaire annuel ne dépassât pas fr. 5'000.-. Elle devait couvrir les frais médicaux et garantir une indemnité journalière représentant 60 % du salaire, dès le troisième jour, pendant une année. Lors de la votation référendaire du 20 mai 1900¹⁸, la loi fut rejetée par le peuple par 341'914 voix contre 148'035.

¹⁵ FF 1896 I 128.

¹⁶ FF 1896 I 127 ss (message et aperçu des travaux préparatoires), 376 ss (projet de loi) ainsi que FF 1906 VI 213 ss (aperçu historique).

¹⁷ FF 1899 IV 1051 ss (loi fédérale sur l'assurance contre les maladies et les accidents, et sur l'assurance militaire, du 5 octobre 1899).

¹⁸ C'est contre le caractère obligatoire de l'assurance-maladie, dont l'exécution aurait été gérée par des caisses-maladie en partie publiques, créées par les cantons, que l'opposition s'est surtout mobilisée (MAURER, 1982, p. 560).

2. La LAMA de 1911 et sa révision en 1964

Après l'échec de la loi Forrer, le Conseil fédéral, ensuite de nombreuses requêtes et interventions et une enquête statistique sur les sociétés mutuelles de secours¹⁹, fut chargé de préparer un nouveau projet de loi sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents²⁰. Celui-ci fit l'objet d'un message daté du 10 décembre 1906²¹. Après maintes délibérations, les Chambres adoptèrent la loi sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents (LAMA) le 13 juin 1911. Une demande de référendum fut à nouveau déposée, sur quoi le peuple adopta le projet de loi, le 4 février 1912, à une faible majorité (287'565 oui contre 241'416 non).

Dans cette loi, les éventualités maladie et accident étaient presque totalement séparées. La portée de l'assurance-maladie (LAMA I), entrée en vigueur le 1er janvier 1914, était sensiblement réduite par rapport à la lex Forrer. La loi n'instituait plus l'assurance-maladie obligatoire, mais se limitait à prévoir le subventionnement des caisses-maladie reconnues, lesquelles devaient observer des conditions minimales. Les indemnités journalières n'étaient plus fixées en pourcentage du revenu pour les salariés, mais devaient être au minimum d'un franc par jour en cas d'incapacité totale de travail.

Après l'échec de plusieurs projets de réforme (1921 et 1954)²², le Conseil fédéral proposa de nouvelles modifications dans son message du 5 juin 1961, complété par un autre du 16 novembre 1962²³. Celles-ci furent adoptées le 13 mars 1964. Il s'agissait là de la première grande transformation que la LAMA I ait connue depuis son adoption en 1911. Greber²⁴ décrit les améliorations importantes de la révision de 1964 et mentionne, entre autres, l'allongement de la durée des indemnités journalières (720 jours dans l'espace de 900 jours consécutifs²⁵) que concrétisèrent, le 15 janvier 1965, les articles 27 et 28 de l'ordonnance

¹⁹ BONER/HOLZHERR, p. 6.

²⁰ Le titre relatif à l'assurance militaire n'ayant pas donné lieu à contestation (FF 1900 III 409 ss), l'Assemblée fédérale le détacha de l'ensemble du projet et adopta, le 28 juin 1901, la nouvelle loi sur l'assurance militaire, qui entra en vigueur le 1er janvier 1902 (RO 18 734 ss).

²¹ FF 1906 VI 213 ss (message) et 363 ss (projet).

²² ACHERMANN, p. 54.

²³ FF 1961 I 1425 ss et FF 1962 II 1252 ss. Pour plus de détails sur l'histoire, voir GREBER, 1982, p. 342, et MAURER, 1982, p. 587.

²⁴ GREBER, 1982, pp. 343 ss.

²⁵ Avant la révision, celles-ci étaient limitées à 180 jours dans l'espace de 360 jours consécutifs. Le montant minimum passa de Fr. 1.- à Frs. 2.- (ACHERMANN, p. 54).

III LAMA sur l'étendue du droit à l'indemnité journalière (article 27) et sur l'assurance d'une indemnité journalière différée (article 28).

3. Les tentatives avortées de révision en 1974 et 1987

Malgré cette révision, le système de l'assurance-maladie restait considéré comme insuffisant; les tentatives de révision se poursuivirent. Le 3 janvier 1970, le Parti socialiste suisse déposa une initiative visant l'adoption d'un nouvel article 34bis de la Constitution. Ce dernier prévoyait, entre autres, une assurance perte de gain s'élevant à 80 % au moins du revenu réalisé précédemment. Pour les personnes sans activité lucrative, les prestations devaient être au moins égales aux indemnités journalières de l'assurance en cas d'invalidité et financées par des contributions de la Confédération, des cantons et des assurés. Pour les personnes exerçant une activité lucrative, l'employeur devait prendre à sa charge la moitié au moins de la cotisation des travailleurs²⁶. Ensuite de cette initiative, le Département fédéral de l'intérieur désigna, le 11 février 1972, une commission d'experts. Cette dernière élaborait le modèle de Flims, rapport qui prévoyait, entre autres, une assurance d'une indemnité journalière obligatoire pour les salariés et certains groupes professionnels d'indépendants. L'assurance était facultative pour les autres personnes et pour le domaine des prestations qui n'était pas couvert par l'assurance obligatoire. Les indemnités journalières devaient être versées aux salariés en cas d'incapacité de travail d'au moins 50 %; leur montant devait être égal aux indemnités journalières versées par l'assurance-accidents (LAMA II). Le financement devait provenir à parts égales des cotisations des salariés et des employeurs²⁷.

L'Assemblée fédérale adopta, le 22 mars 1974, un contre-projet, inspiré du modèle de Flims, dans lequel l'obligation d'assurance d'une indemnité journalière pour les salariés fut reprise. La Confédération ou les cantons pouvaient étendre l'assurance obligatoire à d'autres catégories de la population. L'assurance était financée, à parts égales, par les cotisations des salariés et de l'employeur²⁸. Le 8 décembre 1974, le peuple rejeta l'initiative du parti socialiste par 1'007'271 voix contre 383'029 et le contre-projet par 878'957 voix contre 458'008.

²⁶ FF 1973 I 908 ss (message) et 925 ss (rapport).

²⁷ Pour plus de précisions sur le projet, voir GREBER, 1982, pp. 346 ss.

²⁸ FF 1973 I 948-949.

Après cet échec, on en revint à l'idée d'une révision partielle de la LAMA. Une commission d'experts fut nommée en 1976 et remit son rapport le 5 juillet 1977. Sur la base des propositions des experts, le Département fédéral de l'intérieur elabora un avant-projet et le soumit à consultation. Au vu des résultats encourageants, le Conseil fédéral présenta aux Chambres un projet de révision partielle de la LAMA, le 19 août 1981²⁹. Selon ce projet, l'affiliation à l'assurance d'indemnités journalières était obligatoire pour tous les salariés occupés en Suisse et ne bénéficiant pas d'une rente de vieillesse AVS (article 40a alinéa 1 LAMM)³⁰. L'indemnité journalière était allouée dès que l'assuré présentait une incapacité de travail de 50 % au moins (article 40e alinéa 1 LAMM). Elle s'élevait - en cas d'incapacité totale de travail - à 80 % du gain assuré. En cas d'incapacité partielle, l'indemnité était réduite proportionnellement (article 40f alinéa 1 LAMM). Le montant maximum assuré était en principe le même que celui de l'assurance-accidents et était défini plus tard par ordonnance³¹. Sauf convention contraire, les indemnités étaient servies dès le trente-et-unième jour suivant le début de l'incapacité de travail. Pendant le délai d'attente, l'employeur devait verser 80 % du salaire sur la base de l'article 324b CO. Les indemnités étaient versées pendant 540 jours au plus lorsque l'incapacité de travail ne subissait pas de modification notable, le délai d'attente étant imputé sur cette durée. Le droit prenait fin lorsque l'assuré recouvrait plus de 50 % de sa capacité de travail, en cas d'ouverture du droit à une rente de vieillesse AVS ou en cas de décès.

Selon l'article 40h alinéa 4 LAMM, l'assuré avait droit, à l'expiration des 540 jours, à une indemnité journalière réduite pendant 180 jours au plus lorsqu'il ne recevait pas une rente de l'assurance-invalidité, mais remplissait les conditions d'obtention des prestations de cette assurance et s'était annoncé pour les recevoir. Cette indemnité s'élevait, en cas d'incapacité totale de travail, à 40 % du gain assuré pour les personnes seules et à 50 % pour celles qui avaient une obligation d'entretien. En cas d'incapacité partielle de travail, ladite indemnité était réduite proportionnellement. Cette seconde durée d'octroi des prestations était censée compenser l'absence provisoire de prestations de l'assurance-invalidité³².

²⁹ FF 1981 II 1069 ss.

³⁰ FF 1981 II 1146.

³¹ FF 1981 II 1149.

³² FF 1981 II 1150.

Le Parlement mit près de six ans pour délibérer sur le projet du Conseil fédéral. Une loi fut adoptée le 20 mai 1987³³. Elle renonçait à l'assurance d'une indemnité journalière obligatoire pour les travailleurs. En effet, l'ancien cheval de bataille du projet dut faire face aux assauts redoublés de la critique au cours des débats parlementaires. En lieu et place, il fut décidé d'introduire l'assurance-maladie obligatoire pour la branche des soins ainsi qu'une allocation en cas de maternité. Cette dernière s'inspirait du système des allocations pour perte de gain en faveur des personnes astreintes au service militaire ou à la protection civile (APG). La loi fut rejetée en votation populaire le 6 décembre de la même année par 1'418'231 voix contre 571'447³⁴.

4. La nouvelle loi sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994

Entre-temps, le 30 juin 1985, une initiative populaire "Pour une assurance-maladie financièrement supportable" (initiative des caisses-maladie³⁵) avait été déposée. Elle visait en premier lieu à abaisser la charge que représentaient les primes par une augmentation des subsides fédéraux. L'assurance d'une indemnité journalière obligatoire n'y était pas mentionnée. L'initiative fut soumise au peuple et aux cantons, qui la rejetèrent le 16 février 1992³⁶.

Le 17 mars 1986, une deuxième initiative populaire "Pour une saine assurance-maladie"³⁷, lancée par le Parti socialiste et l'Union syndicale suisse, était déposée. Elle visait, entre autres, à rendre obligatoire l'assurance d'une indemnité journalière en cas de maladie, pour tous les travailleurs, et à garantir, pour la perte de gain résultant de la maladie, une indemnité d'au moins 80 % du salaire assuré. L'assurance aurait été financée par des cotisations en pourcentage du salaire assuré, dont la moitié au moins à la charge des employeurs. La Confédération devait veiller à ce que les personnes qui n'étaient pas assurées de par la loi

³³ FF 1987 I 971 ss (loi fédérale sur l'assurance-maladie, modification du 20 mars 1987).

³⁴ FF 1988 I 541. Les causes du refus sont dues principalement aux mesures prévues en faveur des mères et aussi aux dispositions sur le contrôle des prestations médicales et paramédicales (BRIDEL, p. 18).

³⁵ Le Conseil fédéral adopta un message y afférent le 24 février 1988 (FF 1988 II 256 ss).

³⁶ FF 1992 III 723.

³⁷ FF 1986 II 308; pour le commentaire de l'initiative par le Conseil fédéral, voir FF 1991 IV 961 ss.

puissent adhérer à l'assurance d'une indemnité journalière en cas de maladie ou d'accident. Le 4 décembre 1994, le souverain rejeta massivement l'initiative par 1'504'177 voix contre 460'674 (aucun canton ne l'accepta)³⁸.

Auparavant, poursuivant les travaux de réforme de l'assurance-maladie, le Conseil fédéral avait chargé le Département fédéral de l'intérieur d'organiser un concours d'idées en nommant quatre experts n'ayant pas participé aux travaux de révision les plus récents. Ceux-ci devaient travailler d'une manière indépendante et présenter des propositions concrètes concernant l'assurance des soins médicaux et pharmaceutiques. Les quatre expertises furent présentées à la presse le 13 octobre 1988. Trois des experts firent des propositions au sujet des indemnités journalières, qui n'étaient pas comprises dans leur mandat. Un seul des experts pourtant, M. Gilliland, souhaitait une assurance d'une indemnité journalière obligatoire pour les travailleurs. Après avoir examiné les rapports des quatre experts, le Conseil fédéral décida, le 23 août 1989, de poursuivre les travaux de révision. Il constitua une commission d'experts de vingt-six membres, comprenant des représentants des milieux intéressés ainsi que des experts indépendants. Le mandat de la commission était d'élaborer un avant-projet de révision de la LAMA. Seule l'assurance des soins médicaux et pharmaceutiques en faisait partie. La commission n'examina pas en détail l'assurance d'une indemnité journalière. Elle souhaita cependant que cette assurance reste facultative et soumise à des règles identiques pour tous les assureurs. Le 15 février 1991, le Conseil fédéral mit le projet de la commission en consultation auprès des cantons, des partis politiques et des milieux intéressés³⁹. Il y joignit un avant-projet de révision de l'assurance facultative d'indemnités journalières⁴⁰ (ainsi qu'un complément sur la législation applicable et sur les autorités compétentes en matière d'assurance complémentaire). Cet avant-projet permit de dégager trois courants d'idées⁴¹: l'option majoritaire consistait à dire qu'il ne fallait pas lier la révision de l'assurance d'une indemnité journalière à celle des soins. Ce qui signifiait à court et à moyen terme le maintien du système actuel. Une autre tendance souhaitait s'en tenir au système

³⁸ FF 1995 I 290 ss.

³⁹ FF 1991 I 1111.

⁴⁰ Dans le cadre d'une assurance toujours facultative, le Département fédéral de l'intérieur proposait de laisser la possibilité de conclure une assurance d'indemnités journalières jusqu'à concurrence de 80 % du revenu d'une activité lucrative. De plus, les personnes n'exerçant pas d'activité lucrative devaient se voir faciliter l'accès à cette assurance (assurance de la rémunération d'une personne de substitution).

⁴¹ FF 1992 I 108.

facultatif conformément, au projet de l'administration, qui comportait certaines améliorations. La dernière tendance souhaitait l'adoption d'un système d'assurance obligatoire.

Le 6 novembre 1991⁴², le Conseil fédéral présentait un message concernant la révision de l'assurance-maladie. La nouvelle loi (LAMal) fut adoptée par le Parlement le 18 mars 1994⁴³. Saisi par référendum, le peuple suisse l'acceptait le 4 décembre 1994, à une faible majorité, par 1'021'175 voix contre 950'360⁴⁴. Par rapport à l'ancienne loi, la LAMal présente peu de changements concernant l'indemnité journalière. Cette dernière reste facultative⁴⁵. Un âge maximal d'entrée est fixé à 65 ans. D'autre part, le nouvel assureur ne doit pas tenir compte de l'âge d'entrée dans l'assurance précédente pour fixer la prime (sauf pour les assurés sortant de l'assurance collective)⁴⁶. Le montant de l'indemnité assurable n'est plus mentionné dans la loi⁴⁷. Il est fixé d'entente entre l'assureur et le preneur d'assurance. Concernant la durée des prestations, la loi maintient celle de l'ancien système, c'est-à-dire une durée de 720 jours au moins dans une période de 900 jours consécutifs.

III. LES PRINCIPALES CARACTERISTIQUES DE LA LAMal

I. Remarques préliminaires

Dans les pages suivantes, nous traiterons de la nouvelle loi sur l'assurance-maladie, qui entrera en vigueur au 1er janvier 1996. Au moment de la rédaction de ce chapitre, l'ordonnance de la LAMal n'est pas encore connue. Nous limiterons donc notre propos à la loi fédérale du

⁴² FF 1992 I 121-122.

⁴³ FF 1994 II 239 ss. Le projet a fait l'objet de plusieurs modifications. Voir à ce propos les articles de MOSER, d'HUBER et de SCHÜRER.

⁴⁴ FF 1995 I 290 ss.

⁴⁵ Pour le Conseil fédéral, c'est la révision de l'assurance des soins qui est prioritaire. Une assurance obligatoire d'indemnités journalières mettrait le projet à forte contribution sur le plan politique (FF 1992 I 121).

⁴⁶ FF 1992 I 182.

⁴⁷ Sous l'ancien droit, le montant minimum était de Frs. 2.-.

18 mars 1994. Comme la nouvelle loi ne modifie pas fondamentalement le régime de l'assurance d'indemnités journalières, nous nous inspirerons de la jurisprudence rendue sous l'ancien droit, qui vraisemblablement s'appliquera également à la LAMal.

La LAMal régit l'assurance-maladie sociale, qui comprend une assurance obligatoire, celle des soins, et une assurance facultative, celle des indemnités journalières. L'assurance-maladie sociale alloue des prestations en cas de maladie, mais aussi en cas d'accident et de maternité. Nous définirons dans ce chapitre les éventualités couvertes par la LAMal, puis traiterons brièvement des prestations prévues par l'assurance obligatoire des soins, ainsi que de son champ d'application. Nous terminerons par l'étude de l'assurance facultative d'indemnités journalières.

Relevons encore que les caisses-maladie ainsi que les institutions d'assurance privées⁴⁸ pourront pratiquer l'assurance-maladie sociale. Ces deux catégories d'assureurs sont ainsi mises sur un pied d'égalité.

2. Les éventualités couvertes par la LAMal

La LAMal couvre l'éventualité maladie mais également les éventualités accident et maternité.

La maladie est définie par l'article 2 alinéa 1 LAMal⁴⁹:

*"Par maladie, on entend toute atteinte à la santé physique ou mentale qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement médical ou provoque une incapacité de travail"*⁵⁰.

La définition de la maladie est indispensable, car elle permet d'établir les droits qu'une personne peut faire valoir auprès de son assureur-maladie. Elle est donc une condition du droit aux prestations. Il ressort de cette définition que la maladie englobe non seulement les maladies organiques mais également les maladies psychiques. D'autre part, la maladie doit exiger un examen ou traitement médical ou provoquer une incapacité de travail. Ainsi, dans le cas où l'assuré est incapable de

⁴⁸ Selon l'article 11 LAMal.

⁴⁹ FF 1994 II 239.

⁵⁰ Cette définition est proche de celle de MANES, pour lequel la maladie est un état physique ou psychique extraordinaire d'un individu ayant pour conséquence la nécessité d'un traitement ou une incapacité de travail, voire les deux (Duc, 1978, p. 31).

travailler et que l'employeur n'exige un certificat médical qu'après un certain nombre de jours, le seul fait d'être incapable de travailler devrait ouvrir le droit aux prestations de l'assurance, sans qu'un examen ou un traitement médical soit exigé. Cette définition, à notre avis, est heureuse, car elle permet d'établir un lien avec la notion de maladie figurant dans le droit du travail. Comme exemples de maladie⁵¹, on citera la stérilité, la grossesse qui se déroule avec complications⁵², la toxicomanie⁵³, l'alcoolisme et les infections⁵⁴. Ainsi, le Tribunal fédéral des assurances a notamment considéré comme une maladie l'infection par le virus HIV (sérologie HIV positive)⁵⁵. On peut cependant se demander si une telle décision pourrait être maintenue au regard de la définition de la maladie donnée par la nouvelle loi. Nous pensons qu'une telle décision pourra être maintenue au regard de la définition de la nouvelle loi, puisque l'état d'une personne séropositive nécessite un traitement médical. L'infection par le virus HIV répond donc à la définition de l'article 2 alinéa 1 LAMal⁵⁶.

La notion de maladie est avant tout juridique⁵⁷. L'opinion du médecin ne saurait être décisive, même si ses constatations doivent être considérées comme justes⁵⁸. Dans les cas limites, on recourra à la casuistique. On ne pourra cependant guère parler de maladie lorsqu'il n'existe pas de trouble d'origine pathologique⁵⁹.

L'accident est défini comme toute atteinte dommageable, soudaine et involontaire, portée au corps humain par une cause extérieure extraordinaire qui compromet la santé physique ou mentale⁶⁰. Cette définition est aussi celle posée par l'ordonnance sur l'assurance-accidents⁶¹. Le

⁵¹ Voir à ce sujet également GREBER, 1982, pp. 385-386.

⁵² ATF 107 V 101; ZINSLI, 1992, p. 7.

⁵³ Voir à ce sujet ATF 118 V 107 ss.

⁵⁴ ZINSLI, 1992, pp. 7 et 12-13.

⁵⁵ ATF 116 V 240.

⁵⁶ Voir à ce propos, l'ouvrage de BORELLA, pp. 187 ss avec plusieurs références à la p. 190.

⁵⁷ ATF 116 V 240.

⁵⁸ RAMA 1986, pp. 426-427 (ATFA du 16 mai 1986); selon BONER/HOLZHERR (p. 39), la question de savoir si, dans un cas donné, on se trouve en présence d'une maladie doit être tranchée selon des critères médicaux et, en cas de litige, par le Tribunal cantonal des assurances, au besoin sur la base d'une expertise médicale.

⁵⁹ ATF 118 V 109; ATF 116 V 240; ATF 114 V 163; ATF 113 V 43; ATF 111 V 231; ATF 101 V 71.

⁶⁰ Art. 2 al. 2 LAMal.

⁶¹ Art. 9 al. 1 OLAA.

législateur a simplement précisé le lien de causalité qui doit exister entre l'atteinte portée au corps humain et ses conséquences sur la santé physique ou mentale. La LAMal alloue des prestations en cas d'accidents dans la mesure où aucune assurance-accidents n'en assume la prise en charge. La couverture des accidents peut être suspendue si l'assuré est entièrement couvert pour ce risque, à titre obligatoire, en vertu de la loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA). Une telle suspension n'est admise que lorsque l'assuré en fait la demande et apporte la preuve qu'il est entièrement assuré conformément à la LAA. La prime est réduite en conséquence⁶². Les accidents sont donc couverts par la LAMal dès que la couverture au sens de la LAA cesse totalement ou en partie⁶³. Lorsque l'assurance-maladie assume des coûts relatifs à un accident et que la couverture des accidents est suspendue, elle continue à les prendre en charge jusqu'à la fin du traitement⁶⁴. Lors de l'affiliation, l'assurance-maladie sociale doit indiquer par écrit à l'assuré qu'il a la possibilité de présenter une demande de suspension de la couverture des accidents⁶⁵. Il appartient à l'employeur d'indiquer, également par écrit, au travailleur qui quitte son emploi ou cesse d'être assuré contre les accidents non professionnels au sens de la LAA qu'il doit signaler l'absence de couverture à son assureur-maladie. La même obligation incombe à l'assurance-chômage lorsque le droit aux prestations de cette institution cesse sans que l'intéressé trouve un nouvel emploi⁶⁶. Si l'assuré, l'employeur ou l'assurance-chômage faillissent à leur obligation, l'assurance-maladie sociale allouera tout de même ses prestations. Elle pourra toutefois exiger le paiement de la part de la prime relative à la couverture des accidents, ainsi que des intérêts moratoires⁶⁷.

La distinction entre les atteintes à la santé dues à un accident et celles qui ne le sont pas est importante, car les deux domaines font l'objet de législations différentes. MAURER⁶⁸ indique qu'il faut éviter que des atteintes à la santé ne soient qualifiées ni d'accident ni de maladie, créant par là une lacune dans la protection sociale. Lorsque l'on se demande si l'atteinte à la santé est du domaine de l'assurance-maladie ou de l'assurance-accidents, il convient d'examiner d'abord si celle-ci

⁶² Art. 8 al. 1 LAMal.

⁶³ Art. 8 al. 2 LAMal.

⁶⁴ Art. 8 al. 3 LAMal.

⁶⁵ Art. 9 LAMal.

⁶⁶ Art. 10 al. 1 LAMal.

⁶⁷ Art. 10 al. 2 LAMal.

⁶⁸ MAURER, 1979, pp. 278-279.

provient des suites d'un accident ou d'une maladie professionnelle couverte par la LAA. Si tel n'est pas le cas, elle doit être considérée comme relevant de la LAMal⁶⁹. Le Tribunal fédéral des assurances, afin de préciser la distinction entre les deux types d'atteinte, définit la maladie négativement par rapport à l'accident: *"Il faut considérer comme maladie toute atteinte dommageable à la santé physique ou psychique qui n'est pas due à un accident ou à ses conséquences directes"*⁷⁰.

Quant à la notion de maternité, elle comprend la grossesse et l'accouchement, ainsi que la convalescence qui s'ensuit pour la mère⁷¹. La Suisse dispose désormais pour la première fois d'une assurance obligatoire des soins concernant cette éventualité.

3. L'assurance obligatoire des soins

3.1. Les prestations

Parmi les prestations qu'offre la LAMal, il faut distinguer celles qui concernent la maladie, celles qui relèvent de l'accident et enfin celles qui se rapportent à la maternité.

Dans le domaine de l'éventualité maladie, l'assurance prend en charge les coûts des prestations qui servent à diagnostiquer ou à traiter une maladie et ses séquelles⁷², les coûts de certains examens destinés à détecter

⁶⁹ ATF 118 V 109; MAURER, 1993, p. 280.

⁷⁰ ATF 97 V 2; ATF 101 V 71; ATF 102 V 132-133; ATF 105 V 183; ATF 113 V 43; ATF 114 V 163; ATF 118 V 109; Plädoyer 5/89, p. 68; GREBER, 1982, pp. 383 ss, donne encore plus de détails sur cette distinction.

⁷¹ Art. 2 al. 3 LAMal. Voir également le chapitre II ch. II.2.4.2.

⁷² L'article 25 LAMal fixe l'étendue des prestations qui comprennent:

- a. les examens, traitements et soins dispensés sous forme ambulatoire au domicile du patient, en milieu hospitalier ou semi-hospitalier ou dans un établissement médico-social, par des médecins, chiropraticiens ou des personnes fournissant des prestations sur prescription ou sur mandat médical;
- b. les analyses, médicaments, moyens et appareils diagnostiques ou thérapeutiques prescrits par un médecin ou, dans les limites fixées par le Conseil fédéral, par un chiropraticien;
- c. une participation aux frais de cures balnéaires prescrites par un médecin;
- d. les mesures de réadaptation effectuées ou prescrites par un médecin;
- e. le séjour en division commune d'un hôpital;
- f. le séjour dans une institution prodiguant des soins semi-hospitaliers;

à temps les maladies, ainsi que des mesures préventives en faveur d'assurés particulièrement menacés⁷³, les infirmités congénitales non couvertes par l'assurance-invalidité⁷⁴ et les coûts des soins dentaires. Ces derniers doivent pourtant soit avoir été occasionnés par une maladie grave et non évitable du système de la mastication, soit avoir été provoqués par une autre maladie grave ou par ses séquelles, soit encore être nécessaires pour traiter une maladie grave ou ses séquelles⁷⁵.

En cas d'accident, l'assurance prend en charge les mêmes prestations qu'en cas de maladie⁷⁶, ainsi que les coûts du traitement de lésions du système de la mastication causées par un accident⁷⁷.

En cas de maternité, l'assurance prend en charge les mêmes prestations qu'en cas de maladie, ainsi que les coûts des examens de contrôle pendant et après la grossesse, de l'accouchement à domicile ou dans un établissement hospitalier et des conseils nécessaires en cas d'allaitement⁷⁸.

Les prestations en cas de maladie, d'accident et de maternité sont dispensées pour une durée illimitée. L'assuré a droit aux prestations dès le premier jour de la maladie, n'a pas à supporter les frais liés à un délai d'attente. Les prestations doivent être efficaces, appropriées et économiques⁷⁹. Les assureurs ne peuvent pas prendre en charge d'autres coûts que ceux des prestations mentionnées ci-dessus. Le Conseil fédéral pourra décider dans quelle mesure l'assurance doit prendre en charge le coût des prestations fournies à l'étranger⁸⁰.

g. une contribution aux frais de transport médicalement nécessaires ainsi qu'aux frais de sauvetage.

⁷³ Ces examens ou mesures préventives doivent être effectués ou prescrits par un médecin (art. 26 LAMal).

⁷⁴ Art. 27 LAMal. Relevons que depuis la révision de 1964, le traitement des infirmités congénitales fait partie des prestations incombant obligatoirement aux caisses-maladie.

⁷⁵ Art. 31 al. 1 LAMal.

⁷⁶ Art. 28 LAMal.

⁷⁷ Art. 31 al. 2 LAMal.

⁷⁸ Art. 29 LAMal.

⁷⁹ Art. 32 al. 1 LAMal.

⁸⁰ Art. 34 LAMal.

3.2. Le champ d'application personnel

Toute personne domiciliée en Suisse doit⁸¹ s'assurer pour les soins, ou être assurée par son représentant légal, dans les trois mois qui suivent la prise de domicile ou la naissance en Suisse. L'assurance obligatoire des soins repose sur le principe de l'affiliation individuelle. Cela signifie que l'affiliation à l'assurance ne confère des droits qu'à l'assuré et non à des tiers. L'assurance contractée par le chef de famille ne s'étend donc pas, contrairement à ce que prévoient certains régimes étrangers, aux membres de la famille. Chaque membre doit s'assurer individuellement pour pouvoir bénéficier de prestations. Chaque assuré a donc des droits et des obligations envers son assureur (par exemple, le droit de recevoir des prestations ou l'obligation de payer les primes d'assurance). Le Conseil fédéral peut excepter de l'assurance obligatoire certaines catégories de personnes, notamment les employés d'organisations internationales et d'Etats étrangers. Il peut étendre l'obligation de s'assurer à des personnes qui n'ont pas leur domicile en Suisse, en particulier à celles qui exercent une activité en Suisse ou y séjournent

⁸¹ La Confédération avait, avant l'entrée en vigueur de la LAMal, renoncé à instituer l'obligation de s'assurer en cas de maladie. Ainsi, au niveau fédéral, l'assurance-maladie restait facultative. La Confédération avait délégué sa compétence aux cantons, qui pouvaient décréter cette assurance obligatoire pour l'ensemble de la population ou pour certaines catégories de personnes seulement. Malgré ce caractère facultatif, presque toute la population (99 %) était assurée, avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, pour les soins médicaux et pharmaceutiques (FF 1992 I 83). D'après une étude du Concordat des caisses-maladie suisses du mois de juillet 1993 (Assurances obligatoires dans les cantons, Etat: juillet 1993, Concordat des caisses-maladie suisses), six cantons avaient introduit l'assurance des soins médicaux et pharmaceutiques obligatoire pour toute leur population. Il s'agissait des cantons de Genève, Vaud, Fribourg, Neuchâtel, Tessin et Bâle-Ville. D'autres cantons avaient rendu cette assurance obligatoire pour certaines catégories de leur population. Il s'agissait des cantons d'Appenzell (les deux Rhodes), Bâle-Campagne, Jura (bien que la constitution cantonale prévoit à son art. 29 al. 1 une assurance obligatoire), Lucerne, St. Gall, Thurgovie, Valais et Zoug. Parmi les critères principaux employés par ces cantons pour définir les catégories de la population soumises à l'assurance obligatoire, on citera: le niveau du revenu (au-dessous d'un certain revenu, les résidents avaient l'obligation de s'assurer), l'âge (obligation pour les jeunes de s'assurer obligatoirement), la nationalité (obligation pour les travailleurs étrangers de s'assurer obligatoirement). D'autres cantons avaient cédé leur compétence de déclarer l'assurance obligatoire à leurs communes. Il s'agissait des cantons de Berne, des Grisons et de Zurich. D'autres cantons, enfin, ne connaissaient pas du tout d'assurance obligatoire. Il s'agissait des cantons d'Argovie, de Glaris, de Nidwald, d'Obwald, de Schaffhouse, de Schwytz, de Soleure (bien que la constitution cantonale prévoit, à son article 71, la possibilité d'introduire une assurance obligatoire) et d'Uri. L'obligation de s'affilier à une assurance-maladie pouvait également trouver sa source dans une convention collective de travail, un contrat-type de travail, un contrat individuel de travail, dans les conditions d'engagement de l'Etat ou encore dans une convention internationale.

de façon prolongée ou encore à celles qui sont occupées à l'étranger par une entreprise ayant un siège en Suisse⁸².

L'assurance déploie ses effets dès la prise de domicile ou la naissance. En cas d'affiliation tardive, l'assurance pourra exiger un supplément de prime si le retard n'est pas excusable⁸³. La couverture d'assurance prend fin lorsque l'assuré cesse d'être soumis à l'obligation de s'assurer⁸⁴.

Nous ne pouvons qu'approuver le passage à une assurance-maladie fédérale obligatoire, puisque celle-ci favorise la solidarité entre bien-portants et malades. Elle permet d'éviter des situations financières douloureuses pour des personnes qui n'étaient pas assurées et devaient faire face à des coûts élevés suite à une maladie. Une telle obligation comble, enfin, des lacunes pour des personnes mal informées (notamment des étrangers habitués à un système généralisé de sécurité sociale).

4. L'assurance facultative d'indemnités journalières

4.1. Remarques préliminaires

Malgré diverses tentatives⁸⁵ de rendre l'assurance d'indemnités journalières obligatoire, le Conseil fédéral a préféré, dans la nouvelle loi sur l'assurance-maladie⁸⁶, laisser l'affiliation à une telle assurance facultative. Il a estimé, en effet, qu'une affiliation obligatoire aurait pu mettre la LAMal à trop forte contribution sur le plan politique⁸⁷.

Les indemnités journalières permettent de couvrir principalement la perte de gain due à la maladie. Elles peuvent également contribuer à la prise en charge de certains frais qui ne sont pas couverts par l'assurance des soins et qui touchent tant les personnes exerçant une activité lucrative que celles qui n'en ont pas⁸⁸. La conclusion d'une telle assurance autorise l'employeur à se décharger de son obligation de payer le

⁸² Art. 3 LAMal.

⁸³ Art. 5 al. 1 et 2 LAMal. Si le paiement du supplément de prime met l'assuré dans la gêne, l'assureur réduira ce montant en tenant compte équitablement de la situation de l'assuré et des circonstances du retard (art. 5 al. 2 LAMal).

⁸⁴ Art. 5 al. 3 LAMal.

⁸⁵ Voir chapitre V ch. II.

⁸⁶ FF 1994 II 261.

⁸⁷ FF 1992 I 121.

⁸⁸ MAURER, 1981, p. 330.

salaire selon l'article 324a CO. Lorsque l'assurance intervient, l'assuré n'est plus en mesure d'exercer son activité antérieure suite à sa maladie ou ne peut l'exercer que partiellement ou encore pourrait l'exercer, mais avec le danger d'aggraver son état de santé⁸⁹. Toute personne domiciliée en Suisse ou qui y exerce une activité lucrative, âgée de 15 ans révolus, mais qui n'a pas atteint 65 ans, peut conclure une telle assurance⁹⁰. Le montant de l'indemnité, exprimé en francs ou en pour cent du salaire (principalement lors de la conclusion d'une assurance collective), dépend du choix de l'assuré⁹¹.

Avant d'étudier plus en détail les caractéristiques de l'assurance d'indemnités journalières, nous aborderons quelques notions générales qui permettront au lecteur de mieux comprendre le système dans lequel cette assurance est intégrée. Nous traiterons ainsi des réserves d'assurance, de l'affiliation individuelle et de l'assurance collective, ainsi que du libre passage. Nous avons décidé d'étudier ces notions dans le cadre de l'assurance d'indemnités journalières, puisque, dans l'assurance obligatoire des soins, les assureurs ne peuvent imposer des réserves, que l'affiliation ne peut être qu'individuelle et que le libre passage est garanti.

4.2. Les réserves

Les assureurs-maladie ne peuvent refuser l'admission d'un candidat pour raisons de santé ou de grossesse⁹². Ils peuvent cependant exclure de l'assurance, par une clause de réserve, les maladies existant au moment de l'admission. Il en va de même des maladies antérieures si, selon l'expérience, une rechute est possible (par exemple, dans le cas de l'arthrose)⁹³. Les réserves sont caduques après cinq ans au plus tard. Avant l'échéance de ce délai, il appartient à l'assuré de fournir la preuve que la réserve n'est plus justifiée⁹⁴. Dans ce cas, la réserve fixée devient

⁸⁹ MAURER, 1993, p. 286.

⁹⁰ Art. 67 al. 1 LAMal.

⁹¹ Art. 72 al. 1 LAMal.

⁹² Avant la révision de 1964, les caisses pouvaient refuser les candidats pour ces motifs (FF 1961 I 1447-1448). Les assureurs soumis à la LCA peuvent refuser l'admission pour des raisons de santé et prévoir des réserves sans limite de temps (GREBER, 1982, p. 393).

⁹³ MAURER, 1993, p. 267.

⁹⁴ Art. 69 LAMal. Lors de l'admission, l'assureur doit communiquer, par écrit, avec exactitude sur le certificat d'assurance, le type de maladie mise sous réserve ainsi que le début et la fin de la durée de validité de la réserve. Voir à ce sujet RJAM 1980, p. 58 (ATFA du 29 octobre 1979); ATF 116 V 243; RAMA 1989, pp. 281-282 (ATFA du 17 avril 1989); RAMA 1987, pp. 111 ss (ATFA du 15

caduque (par exemple, parce que la maladie a été guérie par une opération). La réserve peut être également instituée lorsque l'assuré désire augmenter le montant des indemnités journalières ou réduire le délai d'attente. Ces réserves sont également caduques après cinq ans⁹⁵. En revanche, les assureurs ne sont pas autorisés à excepter de l'assurance les prédispositions aux maladies ou les suites de maladie ou d'accidents⁹⁶. La réserve doit porter uniquement sur une maladie⁹⁷.

L'assureur peut également imposer une réserve rétroactive lorsqu'il apprend seulement plus tard que l'assuré souffrait d'une maladie et qu'il l'a tue fautivement au moment de son admission⁹⁸. Le comportement de l'assuré ou du candidat à l'admission est fautif dans la mesure où il n'indique pas, à la demande de l'assureur, une maladie existante ou une maladie antérieure, ainsi qu'une tendance à des rechutes, qu'il connaissait ou aurait dû connaître⁹⁹. L'absence d'annonce n'est en revanche pas fautive si l'assureur n'exige aucun renseignement¹⁰⁰. La réserve émise ultérieurement prend effet rétroactivement au moment de l'admission chez l'assureur, voire au moment du changement de catégorie dans l'assurance¹⁰¹.

Sous l'empire de la LAMA, les caisses avaient également la possibilité de prévoir dans leurs statuts que la couverture d'assurance pouvait être limitée au minimum légal lorsqu'une réserve se justifiait¹⁰². On peut se demander si cette pratique sera encore admissible avec la nouvelle loi, puisque la LAMal ne fixe plus de minimum légal.

4.3. Affiliation individuelle et assurance collective

Comme nous l'avons vu, l'assurance obligatoire des soins repose sur le principe de l'affiliation individuelle. Cela signifie que l'affiliation à l'assurance ne confère des droits qu'à l'assuré et non à des tiers. Chaque

octobre 1986); RAMA 1987, p. 176 (ATFA du 26 novembre 1986). La réserve doit parvenir sous pli recommandé à l'assuré pour qu'en cas de litige une preuve puisse être fournie (RAMA 1990; p. 237 ATFA du 26 juin 1990).

⁹⁵ Art. 69 al. 4 LAMal.

⁹⁶ BONER/HOLZHERR, p. 24.

⁹⁷ MAURER, 1993, p. 267.

⁹⁸ DUC, 1992, p. 77; MAURER, 1993, p. 268.

⁹⁹ ATF 110 V 310.

¹⁰⁰ RAMA 1991, pp. 11 ss (ATFA du 24 octobre 1990); RAMA 1989, pp. 198 ss (ATFA du 22 février 1989).

¹⁰¹ ATF 102 V 193 ss.

¹⁰² ATF 98 V 129 ss.

membre doit s'assurer individuellement pour pouvoir bénéficier de prestations. L'assurance d'une indemnité journalière connaît également le principe de l'affiliation individuelle. Dans ce cas, moyennant le versement d'une prime de l'assuré, l'assurance s'engage à verser une indemnité exprimée en francs, établie en fonction des besoins de l'assuré, lorsque le risque se réalise.

Le principe de l'affiliation individuelle connaît une exception: celle de l'assurance collective¹⁰³. Dans ce cas, le preneur d'assurance, généralement l'employeur, conclut un contrat afin d'assurer un groupe de personnes (généralement son personnel) contre les risques de la maladie. Le principe de l'assurance collective¹⁰⁴ a été introduit lors de la révision de 1964, principalement à cause de l'augmentation du nombre des conventions collectives de travail.

Les preneurs d'assurance peuvent être des employeurs, des organisations d'employeurs, des associations professionnelles ou des organisations de travailleurs¹⁰⁵.

Notons enfin que les contrats d'assurance collective peuvent prévoir des conditions différentes de celles de l'assurance individuelle¹⁰⁶ (par exemple des primes moins élevées¹⁰⁷), qui permettent au preneur d'une assurance collective de répondre à des besoins particuliers, tels que l'admission sans limite d'âge ou sans réserve, des primes d'indemnités journalières fixées en pourcentage du salaire. D'autre part, la conclusion d'une assurance collective permet à l'employeur de transférer son obligation de verser le salaire en vertu de l'article 324a CO à un assureur-maladie.

¹⁰³ En 1989, 2'456'953 personnes (hommes et femmes) étaient assurées individuellement pour une indemnité journalière auprès d'une caisse-maladie alors que 1'001'315 l'étaient collectivement (source: statistique de l'OFAS sur l'assurance-maladie en 1989).

¹⁰⁴ Art. 5bis LAMA.

¹⁰⁵ Art. 67 al. 3 LAMal.

¹⁰⁶ Cette différence entre l'assurance individuelle et collective peut provoquer une concentration de mauvais risques dans l'assurance individuelle, avec comme conséquence des coûts plus élevés et de ce fait des primes plus chères (ATF 115 V 386; MAURER, 1993, p. 273).

¹⁰⁷ Art. 77 LAMal. Les primes de l'assurance collective peuvent être inférieures de 50 % à celles de l'assurance individuelle (STÖCKLI/ZEHNDER, p. 56). Ces primes doivent être fixées de manière que l'assurance collective soit au moins autonome.

4.4. Passage de l'assurance collective à l'assurance individuelle

Lorsqu'un assuré sort de l'assurance collective parce qu'il cesse d'appartenir au cercle des personnes défini par le contrat ou lorsque le contrat est résilié, il a le droit de passer dans l'assurance individuelle. L'assureur ne peut émettre de nouvelles réserves, sauf si l'assuré s'assure pour des prestations plus élevées. Il peut maintenir les réserves déjà existantes dans l'assurance collective jusqu'à l'expiration de leur délai de validité ou faire porter effet à des réserves non applicables à l'assurance collective. L'âge d'entrée déterminant dans le contrat collectif est maintenu¹⁰⁸.

Les assureurs ont l'obligation de renseigner par écrit leurs assurés sur leurs droits de passage dans l'assurance individuelle. Si l'assureur ne renseigne pas l'assuré, ce dernier reste dans l'assurance collective¹⁰⁹.

4.5. Le libre passage

Le libre passage peut être défini comme le passage d'un assureur pratiquant l'assurance-maladie sociale à un autre assureur soumis également à la LAMal. La question du libre passage est liée à l'organisation de l'assurance-maladie. Certains assureurs n'exercent pas leur activité sur l'ensemble du territoire suisse ou fixent des conditions d'entrée dans leurs statuts¹¹⁰. Ainsi, lorsqu'un individu quitte une assurance collective parce qu'il ne répond plus aux conditions d'affiliation, il pourrait subir, sans réglementation légale, de nombreux inconvénients. De ce fait, lorsqu'un assuré doit changer d'assureur parce que ses rapports de travail ou la fin de ceux-ci l'exigent, ou qu'il doit sortir du rayon d'activité de l'assureur, ou encore que ce dernier ne pratique plus l'assurance-maladie sociale, la LAMal a prévu que le nouvel assureur ne peut instituer de nouvelles réserves¹¹¹. Il peut maintenir celles déjà existantes, en imputant le temps pendant lequel ces réserves ont été en vigueur auprès de l'ancien assureur¹¹². Il doit également, sur demande de l'assuré, continuer d'assurer les indemnités journalières pour le même montant que précédemment. Il a la possibilité, à cet effet, d'imputer

¹⁰⁸ Art. 71 al. 1 LAMal.

¹⁰⁹ Art. 71 al. 2 LAMal.

¹¹⁰ Art. 68 LAMal.

¹¹¹ Art. 70 al. 1 LAMal.

¹¹² Art. 70 al. 2 LAMal.

les indemnités journalières touchées auprès de l'ancien assureur sur la durée du droit aux prestations¹¹³.

L'assuré ne bénéficie pas du libre passage lorsqu'il sort volontairement de l'assurance. Dans ce cas, le nouvel assureur pourra formuler des réserves ou refuser les candidats qui dépassent l'âge maximum statutaire d'admission. Il en va de même d'un assuré qui désire entrer dans la caisse d'une entreprise sans y être obligé, mais pour bénéficier, par exemple, de cotisations patronales¹¹⁴. Le libre passage n'existe pas non plus lorsque l'assuré sort d'une assurance soumise à la LCA pour entrer dans une assurance soumise à la LAMal ou inversement¹¹⁵. Pourtant, le 1er janvier 1989, l'association suisse des assureurs privés maladie et accidents (AMA) a passé avec le Concordat des caisses-maladie suisses une convention visant à faciliter le libre passage, pour le(s) assuré(s) lié(s) à un contrat collectif d'une indemnité journalière en cas de maladie, à un autre contrat similaire, lorsque ce changement implique le passage d'un assureur privé à une caisse-maladie ou inversement¹¹⁶. Cet accord ne semble pourtant pas avoir résolu tous les problèmes, puisque plusieurs caisses et assureurs privés ne l'ont pas adopté et que beaucoup de travailleurs qui changent d'emploi n'en ont pas connaissance¹¹⁷. On rappellera encore que le libre passage est limité au territoire suisse¹¹⁸.

L'ancien assureur doit renseigner par écrit l'assuré sur son droit au libre passage. S'il omet de le faire, la couverture d'assurance auprès de lui subsiste. L'assuré devra faire valoir son droit au libre passage dans les trois mois qui suivent la réception de la communication¹¹⁹. Après ces trois mois, l'assuré perd ce droit et ne peut adhérer à une assurance que comme nouveau membre et non plus comme passant.

4.6. Autres caractéristiques des Indemnités journalières

Parmi les autres caractéristiques relatives aux indemnités journalières, on signifiera tout d'abord que les assureurs qui pratiquent l'assurance

¹¹³ Art. 70 al. 4 LAMal.

¹¹⁴ GREBER, 1982, p. 378.

¹¹⁵ ATF 98 V 226; RAMA 1986, pp. 32-33 (ATFA du 16 septembre 1985); ATF 106 V 172-173.

¹¹⁶ CLERC, p. 262; LOVEY, p. 19.

¹¹⁷ KUHN H., Genomanalysen und Taggeldversicherung, in : Schweizerische Arztezeitung, Band 76, Heft 26/1995, pp. 1089-1090.

¹¹⁸ RAMA 1988, p. 15 (ATFA du 7 septembre 1987).

¹¹⁹ Art. 70 al. 3 LAMal.

obligatoire des soins doivent également pratiquer l'assurance individuelle d'indemnités journalières au sens de la LAMal. Le fait que l'assureur assure les indemnités journalières selon la LAMal n'exclut pas qu'il pratique également une assurance d'indemnités journalières d'après la loi fédérale sur le contrat d'assurance¹²⁰. D'autre part, l'assuré peut choisir un autre assureur que celui de l'assurance obligatoire des soins¹²¹.

En deuxième lieu, l'indemnité journalière est servie à des personnes exerçant ou n'exerçant pas une activité lucrative. Sous l'empire de la LAMA, les caisses pouvaient fixer dans leurs statuts que les personnes sans activité lucrative n'étaient assurées que pour le minimum légal. Le Tribunal fédéral des assurances avait admis que les statuts des caisses pouvaient prévoir la réduction de l'indemnité journalière au minimum légal lorsque les membres recevaient une rente de vieillesse AVS¹²². Il avait également jugé que la résiliation d'un contrat de travail pendant une période d'incapacité de travail due à la maladie ne conférait pas à l'assuré la qualité de personne sans activité lucrative¹²³. Il avait, en outre, précisé que la réduction de l'indemnité journalière au minimum légal n'était possible que s'il était vraisemblable que l'assuré ne reprendrait plus aucune activité lucrative¹²⁴. On peut se demander si cette jurisprudence sera encore maintenue sous la nouvelle loi, puisque la LAMal ne prévoit plus de minimum légal.

Troisièmement, les assureurs ont l'obligation de verser des indemnités journalières en cas d'incapacité partielle de travail. Le droit à l'indemnité journalière prend naissance lorsque l'assuré a une capacité de travail réduite de moitié au moins¹²⁵. L'incapacité de travail se rapporte à la profession exercée jusque-là par l'assuré, aussi longtemps que l'on ne peut pas raisonnablement exiger de lui qu'il utilise sa capacité résiduelle dans un autre secteur professionnel¹²⁶. Les assureurs se baseront sur le degré d'incapacité indiqué par le médecin. En cas de litige, le juge tranchera¹²⁷.

¹²⁰ FF 1992 I 181.

¹²¹ Art. 67 al. 2 LAMal.

¹²² ATFA 1969 18. Pourtant, une clause statutaire prévoyant le versement d'une indemnité journalière réduite au minimum légal, en cas de séjour dans un établissement pour buveurs, viole le principe de la mutualité consacré à l'article 3 al. 3 LAMA (SJ 1993, p. 53 (ATFA du 12.10.1992)).

¹²³ RJAM 1972, pp. 132 ss (ATFA du 20 avril 1972); ATFA 1968 172.

¹²⁴ ATFA 1969 128.

¹²⁵ Art. 72 al. 2 et 4 LAMal.

¹²⁶ ATF 101 V 145; ATF 114 V 283.

¹²⁷ RAMA 1986, pp. 426-427 (ATFA du 16 mai 1986); MAURER, 1993, p. 287.

Quatrièmement, l'indemnité journalière, à défaut d'accord contraire, doit être versée dès le troisième jour à compter du début de la maladie¹²⁸. Ce délai d'attente de deux jours permet d'éviter à l'assurance la prise en charge de maladies de très courte durée. Il peut être prolongé moyennant une réduction correspondante du montant de la prime¹²⁹. Lorsqu'il existe un délai d'attente, durant lequel l'employeur est tenu de verser le salaire, ce délai peut être déduit de la durée minimale du versement de l'indemnité journalière¹³⁰. L'indemnité journalière est due, pour une ou plusieurs maladies, pendant au moins 720 jours dans une période de 900 jours consécutifs¹³¹. Le droit de l'assuré ne s'éteint que si le nombre de 720 jours - durant lesquels il a bénéficié des prestations de l'indemnité journalière - se place dans la période de 900 jours prévue par la loi. Pour établir s'il y a épuisement du droit aux prestations, il convient de se reporter 900 jours avant un jour déterminé et de calculer les jours d'indemnités qui se placent dans cette période¹³². Sous l'empire de la LAMA, certaines caisses adoucissaient cette mesure et accordaient une nouvelle période, parfois plus courte, prévoyant des indemnités journalières réduites¹³³. On signalera encore que, toujours sous l'empire de la LAMA, les statuts des caisses prévoyaient des solutions très différentes quant à l'application du délai d'attente. Certaines prescrivaient un nouveau délai d'attente pour chaque nouveau cas de maladie, d'autres un seul délai par année civile; d'autres encore prévoyaient que le délai d'attente devait être observé sur une période de 365 jours, à compter du jour de l'entrée en vigueur de l'assurance. Nous ne pensons pas que l'ordonnance LAMal règlera ce problème et nous pouvons le regretter, car le système offert au preneur d'assurance n'est souvent connu que par l'assureur lui-même.

Cinquièmement, l'assureur perçoit des primes égales s'il s'agit de prestations égales. Il peut échelonner les primes d'après l'âge d'entrée et selon les régions¹³⁴.

Sixièmement, le droit à l'indemnité journalière du travailleur ne doit pas être une source de gain pour l'assuré¹³⁵. La surindemnisation se

¹²⁸ Art. 72 al. 2 LAMal.

¹²⁹ Art. 72 al. 2 LAMal.

¹³⁰ Art. 72 al. 2 LAMal.

¹³¹ Art. 72 al. 3 LAMal.

¹³² BONER/HOLZHERR, p. 49.

¹³³ Par exemple, en versant à l'assuré la moitié de l'ancienne indemnité durant une deuxième période de 720 jours (ATF 115 V 390).

¹³⁴ Art. 76 al. 1 et 3 LAMal.

¹³⁵ Art. 72 al. 5 LAMal.

produit lorsque les prestations reçues par l'assuré en cas de maladie (provenant d'assurances-maladie sociales ou d'autres assurances sociales, d'assurances privées ou d'un tiers responsable) sont d'un montant supérieur au dommage subi par cet assuré¹³⁶. En cas de doute, il appartient à l'assuré de prouver sa perte de gain due à la maladie ou ses éventuels frais¹³⁷. Par contre, lorsqu'une assurance ou un tiers verse des prestations qui ne sont pas de même nature que celles servies par l'assureur (par exemple, une indemnité pour tort moral), elles ne sont pas prises en compte dans le calcul de la surindemnisation¹³⁸. Dans les cas de surindemnisation, si plusieurs assureurs sont appelés à intervenir, ils réduisent proportionnellement leurs prestations. Lorsque le montant de l'indemnité journalière est réduit pour éviter la surindemnisation, la période d'indemnisation doit être augmentée dans une proportion adéquate¹³⁹. Selon la jurisprudence, les ménagères qui exercent une activité lucrative tout en tenant le ménage familial supportent une double charge. Par conséquent, l'indemnité ne peut leur être refusée si elles restent capables de vaquer aux travaux de ménage bien qu'étant totalement incapables de travailler dans leur profession¹⁴⁰.

Septièmement, les chômeurs assurés peuvent prétendre, moyennant une adaptation équitable des primes, à la transformation de leur ancienne assurance en une assurance dont les prestations commencent dès le trente-et-unième jour. La nouvelle assurance doit garantir le montant de l'ancienne indemnité journalière et n'a pas la possibilité d'instituer une réserve au moment de la transformation. Si le chômeur est atteint d'une incapacité de travail supérieure à 50 %, il reçoit une pleine indemnité journalière. Celui qui est atteint d'une incapacité de travail de plus de 25 % mais de 50 % au maximum reçoit une demi-indemnité journalière, lorsque l'assureur verse des prestations en espèces pour un même degré d'incapacité de travail¹⁴¹.

Enfin, en cas de maternité, les assurées reçoivent des indemnités journalières pendant seize semaines, dont au moins huit après l'accouchement¹⁴². Ces indemnités ne sont versées que si, lors de

¹³⁶ GREBER, 1982, p. 412.

¹³⁷ MAURER, 1993, p. 287, qui précise qu'une preuve n'est pas nécessaire si, selon l'expérience et le cours ordinaire de la vie, ces frais sont habituels.

¹³⁸ RJAM 1981, p. 50 (ATFA du 30 septembre 1980); RJAM 1981, pp. 211-212 (ATFA du 2 avril 1981).

¹³⁹ Art. 72 al. 5 LAMal.

¹⁴⁰ RJAM 1975, pp. 46-47 (ATFA du 11 février 1975).

¹⁴¹ Art. 73 LAMal.

¹⁴² Art. 74 al. 2 LAMal.

l'acconchement, les assurées étaient au bénéfice d'une assurance depuis au moins 270 jours sans interruption notable de plus de trois mois¹⁴³. Même si elle a épuisé son droit à l'indemnité journalière en cas de maladie, l'assurée ne perd pas son droit à l'indemnité en cas de maternité. Ces indemnités sont indépendantes les unes des autres et peuvent se cumuler¹⁴⁴.

5. La réduction ou la suppression des prestations en raison d'une faute de l'assuré

La LAMal ne fait pas mention d'une réduction ou d'un refus des prestations en raison d'une faute de l'assuré. Il appartient aux règlements et statuts des assureurs de poser les règles applicables en la matière. Ceux-ci doivent cependant observer les principes mis en évidence par la jurisprudence: l'égalité de traitement, la bonne foi et la proportionnalité¹⁴⁵.

Nous pouvons distinguer plusieurs cas où se pose le problème de la faute de l'assuré. Le premier est celui de la maladie résultant d'une faute intentionnelle ou grave de l'assuré. Lorsque l'assuré a causé intentionnellement¹⁴⁶ la maladie, l'assureur peut refuser ses prestations ou les réduire, si cette solution paraît plus appropriée au vu des circonstances. Si l'assuré a causé la maladie par une faute grave non intentionnelle, l'assureur peut réduire ses prestations, mais non les exclure complètement. Selon la jurisprudence, une telle sanction est possible même en l'absence de normes statutaires en la matière, pourvu que le principe de la proportionnalité soit respecté¹⁴⁷. En cas de faute légère, aucune réduction ne sera opérée¹⁴⁸.

¹⁴³ Art. 74 al. 1 LAMal.

¹⁴⁴ Art. 74 al. 2 LAMal.

¹⁴⁵ ATF 118 V 267; MAURER, 1981, p. 393.

¹⁴⁶ La faute pourrait être intentionnelle si l'assuré est allergique à une substance et la respire ou l'avale pour tomber malade en vue, par exemple, de prendre des vacances (MAURER, 1993, p. 297).

¹⁴⁷ Voir ATF 98 V 10-11; ATF 106 V 22 ss. Le Tribunal fédéral des assurances a jugé qu'il était conforme à une règle admise aussi bien par l'assurance privée que par l'assurance sociale de réduire les prestations assurées lorsque le sinistre a été causé par une faute grave de l'ayant-droit. Cette règle est valable aussi dans l'assurance-maladie, même lorsque les statuts ou les conditions de l'assurance ne le rappellent pas. Dans les cas d'abus d'alcool, il y a faute grave lorsque l'assuré était en mesure de comprendre à temps, en disposant d'une instruction moyenne et en faisant preuve de la prudence que l'on pouvait attendre de lui, que l'abus de

Le non-respect d'une prescription de l'assurance constitue le deuxième cas de réduction ou de suppression des prestations. L'assureur peut exiger de l'assuré qu'il se soumette à une mesure que l'on peut raisonnablement exiger de sa part et qui est conforme au principe de la proportionnalité, ceci afin de diminuer le dommage (par exemple, une opération¹⁴⁹). Ce principe général du droit des assurances est applicable même si les statuts ne le prévoient pas¹⁵⁰. Afin de faciliter le processus de guérison, les assureurs fixent statutairement certaines prescriptions à suivre par l'assuré. MAURER¹⁵¹ cite la limitation des heures de sortie le soir pour un assuré victime d'une incapacité de travail, l'interdiction de conduire un véhicule à moteur, le fait de suivre les instructions du médecin, ou de se laisser hospitaliser sur ordre de l'assurance. Ces prescriptions doivent figurer dans les statuts ou règlements si l'assureur veut en faire usage (en cas de non-respect) pour réduire, voire supprimer ses prestations. On peut, d'autre part, exiger de l'assuré qu'il fasse tout ce qui est en son pouvoir pour atténuer la maladie¹⁵².

Le troisième cas est celui de la violation du devoir de renseigner ou d'informer l'assureur. Dès l'admission, l'assuré a le devoir de renseigner l'assurance sur son état de santé. Généralement, l'admission se fait sur la base d'un questionnaire rempli par le candidat¹⁵³. L'assureur pourra exclure l'assuré si celui-ci a caché l'existence d'une maladie en cours ou des affections préexistantes¹⁵⁴. La réticence commise doit cependant être fautive, c'est-à-dire que l'assuré ne signale pas un fait qu'il connaît ou aurait dû connaître¹⁵⁵. L'exclusion constitue la sanction extrême et ne doit pas frapper indifféremment tous les fraudeurs¹⁵⁶. Plutôt

boissons alcoolisées des années durant risquait de porter une grave atteinte à la santé et qu'il aurait été capable de s'abstenir, en conséquence, d'un tel abus (RAMA 1989, pp. 283-284; ATFA du 17 avril 1989).

¹⁴⁸ MAURER, 1993, p. 297.

¹⁴⁹ L'assuré doit se soumettre à une intervention qui, selon l'expérience, ne présente pas de difficulté et aucun danger pour la vie. Cette opération doit entraîner avec certitude ou grande vraisemblance la guérison totale ou une amélioration importante de l'affection et, par là, un accroissement notable de la capacité de gain, et ne pas provoquer de souffrances excessives (ATF 105 V 179).

¹⁵⁰ ATF 105 V 178.

¹⁵¹ MAURER, 1981, p. 395.

¹⁵² ATF 118 V 116.

¹⁵³ Pour les enfants, le questionnaire sera rempli par leurs parents ou leur représentant légal; le candidat peut aussi être représenté par son conjoint.

¹⁵⁴ RAMA 1986, p. 316 (ATFA du 18 mars 1986); RJAM 1974, pp. 101 ss (ATFA du 8 juillet 1974).

¹⁵⁵ Voir à ce sujet ATF 112 V 185 ss; RJAM 1970, pp. 113 ss (ATFA du 23 mars 1970).

¹⁵⁶ Voir à ce propos VIRET, 1975, p. 45.

que l'exclusion, lorsque la faute de l'assuré n'est pas véritablement grave, les assureurs assortissent, a posteriori, l'assurance de réserves la ou les maladies passées sous silence par l'assuré¹⁵⁷. La durée maximale de la réserve est de cinq ans. Sous l'empire de la LAMA, les caisses pouvaient éventuellement ramener la couverture d'assurance au minimum légal¹⁵⁸. Plus le questionnaire de santé est complet et précis, plus le risque de violer l'obligation de renseigner (et de commettre une réticence) est grand¹⁵⁹. Lorsqu'ils tombent malades, les assurés ont l'obligation, dans un délai déterminé, de renseigner l'assureur au moyen d'un certificat médical. Généralement, les statuts prévoient qu'en cas de retard dans l'annonce de la maladie, les prestations ne sont pas versées pendant la durée du retard¹⁶⁰.

Le retard dans le paiement des cotisations constitue également une hypothèse permettant l'exclusion de l'assuré. En général, les statuts et règlements des assureurs prévoient l'exclusion pour non-paiement des cotisations¹⁶¹. Cette sanction extrême doit toujours être appliquée selon le principe de la proportionnalité¹⁶². GREBER¹⁶³ relève que cette règle, si elle est compréhensible du point de vue de l'équilibre financier de la caisse, n'en est pas moins contraire à l'idée de sécurité sociale, lorsque le non-paiement des cotisations est dû à une situation financière difficile (grandes familles, chômeurs, etc.). En matière d'assurance collective, l'exclusion n'est admissible que si l'assuré est lui-même responsable du retard. Si l'assuré ne doit pas lui-même la cotisation (mais que celle-ci soit versée, par exemple, par l'employeur), les assureurs doivent verser leurs prestations. Cette disposition permet au travailleur de recevoir des prestations d'assurance même si l'employeur n'a pas payé les primes. En cas de retard dans le paiement des cotisations par le preneur d'assurance, les assureurs peuvent se réserver le droit de mettre fin au contrat avant l'expiration du délai ordinaire de résiliation. Ils doivent

¹⁵⁷ BONER/HOLZHERR, p. 66.

¹⁵⁸ La caisse devait agir dans l'année de la découverte de la réticence, mais avant l'échéance d'un délai de 5 ans (voir à ce propos SCHÄR/DUC/KELLER, p. 77 avec références).

¹⁵⁹ SCHÄR/DUC/KELLER, p. 77.

¹⁶⁰ BONER/HOLZHERR, pp. 66-67.

¹⁶¹ ATF 111 V 320; BONER/HOLZHERR, p. 28.

¹⁶² ATF 118 V 264, où en l'occurrence le Tribunal fédéral n'a pas admis que la caisse exclue l'assuré, malgré le non-paiement des cotisations, car elle n'avait, entre autres, pas respecté le principe de proportionnalité; ATF 111 V 320.

¹⁶³ GREBER, 1982, p. 371.

pourtant avoir adressé préalablement une sommation écrite. Les assurés ont alors le droit de demander leur transfert dans l'assurance individuelle.

La recherche ou la réalisation de profits illicites au détriment de l'assurance constitue également un motif d'exclusion. Tel est le cas, par exemple, lorsque l'assuré envoie de fausses factures de médecin à son assureur¹⁶⁴.

En conclusion, on rappellera que si l'assureur décide d'exclure un assuré (par exemple, parce qu'il ne paie pas ses primes ou réalise des profits illicites à son encontre), il doit dans chaque cas respecter le principe de la proportionnalité¹⁶⁵. L'assuré doit, en outre, avoir commis une faute grave ou intentionnelle¹⁶⁶.

IV. L'ASSURANCE D'UNE INDEMNITE JOURNALIERE: A CHEVAL ENTRE LE DROIT DES ASSURANCES ET LE DROIT DU TRAVAIL

1. Le système

La conclusion d'une assurance d'une indemnité journalière en cas de maladie est facultative en Suisse. Nombreuses sont pourtant les personnes, avec ou sans activité lucrative, qui sont liées par une telle assurance, malgré le coût qu'elle peut représenter.

Dans ce chapitre, nous tenterons de faire le lien entre l'indemnité journalière prévue par la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal)¹⁶⁷ et le droit du travail. En d'autres termes, nous analyserons les effets de la conclusion, par le travailleur ou l'employeur, d'une assurance d'une indemnité journalière auprès d'un assureur pratiquant l'assurance-maladie sociale.

¹⁶⁴ RJAM 1976 44 ss (ATFA du 16 février 1976).

¹⁶⁵ ATF 118 V 267; ATF 111 V 320; MAURER, 1993, p. 270.

¹⁶⁶ RAMA 1986, p. 315 (ATFA du 18 mars 1986); l'exclusion, dans le cadre d'une assurance complémentaire à l'assurance de base légale, des frais d'hospitalisation consécutifs à l'alcoolisme, ne contrevient pas au principe de la mutualité et de l'égalité de traitement (SJ 1993, pp. 53 ss; ATFA du 12.10.1992).

¹⁶⁷ Nous ne traiterons plus de l'indemnité journalière en cas de maternité.

Vu le caractère facultatif d'une telle assurance, le preneur dispose d'une grande liberté de manoeuvre dans la fixation des conditions. On distinguera trois variables susceptibles de se modifier: le délai d'attente, le pourcentage de salaire assuré et le mode de financement des primes. Le délai d'attente varie généralement de zéro à nonante jours. Pendant ce délai, l'employeur a l'obligation de payer au minimum les quatre cinquièmes du salaire¹⁶⁸. Concernant le pourcentage de salaire assuré, la tendance actuelle est d'assurer 80 % du salaire¹⁶⁹, comme le prévoit également l'article 324b CO. Ce taux est, à notre avis, justifié, car il permet au travailleur de maintenir son niveau de vie antérieur, mais l'incite également à regagner sa place de travail le plus rapidement possible pour recevoir son plein salaire. Enfin, le mode de financement des primes d'assurance peut également varier selon les preneurs d'assurance. Le Tribunal fédéral, dans l'arrêt *Inzerillo c/ Dietrich*¹⁷⁰, avait tranché pour la première fois la question de savoir si les parties pouvaient convenir d'une réglementation différente de celle de l'article 335 aCO. Dans cet arrêt, le Tribunal, jugeant des conditions de l'équivalence, admit que l'employeur devait payer au moins la moitié des primes d'assurance. Ce principe est aujourd'hui adopté par l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence¹⁷¹.

Quant à la durée des prestations, elle est généralement, pour une ou plusieurs maladies, de 720 jours dans une période de 900 jours consécutifs comme le prévoit l'article 72 alinéa 3 LAMal.

2. Les différents systèmes d'affiliation à une institution d'assurance

2.1. Le problème

La conclusion d'une assurance d'une indemnité journalière peut être soit individuelle, c'est-à-dire que l'objet de l'assurance est une seule personne, soit collective, c'est-à-dire que l'objet de l'assurance est un groupe de personnes.

¹⁶⁸ A notre avis, dès le 1er jour de maladie. Voir chapitre IV ch. III.1.5. et III.4.

¹⁶⁹ STREIFF, p. 121 (N24); AUBERT, 1991, p. 122; REHBINDER, p. 354 (N36); BRUNNER/BÖHLER/WAEBER, p. 70 (N19); JAR 1983, p. 115 (arrêt du Tribunal fédéral du 4.2.1982).

¹⁷⁰ ATF 96 II 133 ss.

¹⁷¹ Voir chapitre IV ch. III.1.1.

Dans l'assurance individuelle, le preneur d'assurance est l'employé¹⁷². Dans l'assurance collective, l'employeur est le preneur d'assurance et porte l'entière responsabilité de la conclusion du contrat¹⁷³.

2.2. L'assurance individuelle

2.2.1. Le preneur d'assurance est le travailleur et l'employeur participe au financement de la prime

Généralement, l'employeur et le travailleur concluent un accord écrit, qui peut figurer soit dans le contrat de travail, soit dans un texte séparé, au terme duquel l'employeur est libéré, de l'obligation de verser le salaire s'il remet au travailleur une part de la prime destinée à conclure une assurance couvrant la perte de salaire en cas de maladie. Le travailleur est donc le preneur d'assurance; c'est à lui qu'incombe le soin de contracter une telle assurance. L'accord passé entre l'employeur et le travailleur doit, à notre avis, contenir des précisions quant au montant du salaire assuré, au délai d'attente, au financement des primes et à la durée des prestations.

Il convient de se demander si l'employeur est délié de l'obligation de verser le salaire lorsqu'il a participé au financement de l'assurance, mais que le travailleur est inassurable, par exemple en raison de son âge ou par le fait que l'assurance lui oppose une réserve. L'une des conditions de la libération de l'employeur est que l'institution d'assurance verse effectivement ses prestations. Si tel n'est pas le cas, l'employeur est tenu selon l'article 324a CO. Il pourra déduire du salaire les primes indûment versées¹⁷⁴.

Lorsque le travailleur a reçu une contribution de son employeur pour conclure une assurance perte de gain et qu'il omet de conclure une telle assurance, alors qu'il y est tenu conventionnellement¹⁷⁵, on ne saurait, à notre avis, le priver automatiquement de son droit au salaire, comme le

¹⁷² Il serait envisageable que l'employeur conclue une assurance à son seul bénéfice et obtienne, lorsque le travailleur est incapable de travailler, les prestations de l'assurance sans que le travailleur acquière la qualité d'assuré. Ce système n'est plus du ressort de la LAMal, mais d'une assurance privée. Le risque assuré porte sur le patrimoine de l'entreprise, l'employeur assurant une somme, qui en cas de réalisation du risque, lui sera versée. Quant au travailleur, il sera indemnisé sur la base de l'article 324a al. 2 CO ou sur la base de son contrat de travail.

¹⁷³ REHBINDER, pp. 351-352 (N35).

¹⁷⁴ RSJ 52, p. 127 (GSGer. BS du 19.3.1954).

¹⁷⁵ Cette clause devrait être mentionnée expressément dans le contrat de travail; voir à ce sujet JAR 1983, p. 116 (OGer. ZH du 9.9.1982).

pensent certains auteurs¹⁷⁶. Selon nous, l'employeur reste tenu même si le travailleur n'a pas conclu une telle assurance, car il a l'obligation de contrôler que ses employés soient bien assurés¹⁷⁷ (par exemple, l'employeur pourra exiger du travailleur qu'il lui remette un certificat d'affiliation). Le seul fait de demander à ses employés s'ils sont au bénéfice d'une assurance-maladie n'est pas suffisant¹⁷⁸.

Si le travailleur tombe malade alors qu'il n'a pas encore conclu l'assurance (mais qu'on peut supposer qu'il se serait engagé à le faire) ou que les prestations d'assurance ne sont pas versées (par exemple, en cas de stage de l'assuré), l'employeur reste tenu de verser le salaire selon l'article 324a CO.

Parfois, les parties conviennent que le salaire (généralement horaire ou à la commission) inclut les prestations dues par l'employeur en cas d'incapacité de travail. Lorsqu'elle revêt un caractère forfaitaire, sans précision de la part du salaire à affecter à l'assurance, cette inclusion n'est pas admissible, car il est impossible de contrôler si l'employeur s'est acquitté de ses obligations et de juger si un tel procédé est équivalent au minimum légal de l'article 324a alinéa 4 CO¹⁷⁹. Parfois, les parties précisent quelle part de salaire doit être affectée, par le travailleur, aux primes d'assurance. A notre avis, ce procédé est préférable, car il permet, d'une part, de vérifier si une des conditions de l'équivalence est remplie et, d'autre part, il rend le travailleur conscient de son obligation de conclure une assurance. L'employeur a toutefois l'obligation de contrôler l'affiliation du travailleur¹⁸⁰.

2.2.2. Le preneur d'assurance est le travailleur et l'employeur ne participe pas au financement de la prime

Il peut arriver que le travailleur conclue à son seul profit et à ses frais une assurance individuelle. Le délai d'attente de l'assurance peut soit correspondre au temps limité de l'article 324a CO (ou se situer au-delà

¹⁷⁶ STÄHELIN, p. 243 (N61); REHBINDER, p. 351 (N35); BRUNNER/BÜHLER/WAEGER, p. 72 (N23); BERTHOUD, p. 216; voir également RSJ 59, p. 309 (Tribunal cantonal, Chambre des recours VD, du 27.11.1962).

¹⁷⁷ Dans ce sens, KUHN 9/6.2.5, p. 3.

¹⁷⁸ ATF 115 II 252. L'article 43 al. 2 de la convention collective de travail de l'hôtellerie et de la restauration prévoit que l'employeur doit rendre le travailleur attentif à son obligation de s'assurer pour les frais médicaux, pharmaceutiques et d'hospitalisation.

¹⁷⁹ AUBERT, 1991, p. 124.

¹⁸⁰ ATF 115 II 251 ss.

du temps limité), soit être à cheval sur le temps limité de l'article 324a CO (par exemple, un travailleur ayant un droit au salaire de trois semaines, conclut une assurance d'une indemnité journalière avec un délai d'attente de trois jours). Dans le premier cas évoqué, le travailleur recevra le salaire de son employeur pendant le temps limité de l'article 324a CO, puis les indemnités journalières de l'assurance. Ce système est adopté par plusieurs conventions collectives¹⁸¹. Dans le second cas, il convient de se demander si l'employeur est en droit de ne pas verser le salaire selon l'article 324a CO, du fait que le travailleur reçoit déjà des indemnités de l'assurance. A notre avis, la réponse à cette question est négative. D'une part, si l'employeur n'a pas participé au financement des primes d'assurance, il nous semble illogique qu'il puisse se prévaloir d'une indemnisation du travailleur pour refuser le versement du salaire¹⁸². D'autre part, l'employeur ne peut se soustraire à son obligation légale de verser le salaire alors que le travailleur est toujours lié par un contrat de travail. D'une manière analogue, on ne saurait supprimer la rente AVS à un retraité qui continue de travailler. De même, on ne saurait lui supprimer son salaire en tirant argument du fait qu'il reçoit déjà une rente. Il conviendra pourtant d'examiner s'il ne s'agit pas d'un cas de surindemnisation¹⁸³, dans lequel l'assurance se verrait en droit de refuser ou de réduire ses prestations.

Lorsque le travailleur conclut lui-même l'assurance, il devra veiller à ce que le délai d'attente ne dépasse pas le temps limité de l'article 324a alinéa 1 CO, faute de quoi il serait privé de salaire durant une certaine période.

2.3. L'assurance collective

Dans l'assurance collective, l'employeur porte la responsabilité de contracter l'assurance et d'y affilier le travailleur. C'est donc lui qui est le preneur d'assurance. Ce système peut résulter soit d'une convention collective, soit d'un contrat-type, soit encore d'un accord individuel.

¹⁸¹ Convention collective de travail de l'industrie du textile; convention collective de travail du personnel du commerce de détail du canton de Zurich; convention collective de travail des bureaux d'architecture, d'ingénieurs et de planification.

¹⁸² STAHELIN, p. 238 (N48). La convention collective de travail des employés commerciaux du canton de Bâle-Ville prévoit à son art. 32 al. 3 que l'employeur ne peut tenir compte des indemnités journalières de l'assurance que s'il a participé au moins pour moitié aux primes d'assurance.

¹⁸³ Au sens des art. 72 al. 5 et 78 al. 2 LAMal.

Dans la plupart des cas, lorsque l'employeur a souscrit une assurance perte de gain pour son personnel, il déduit directement la part de la prime supportée par le travailleur de son salaire. Lorsque le risque se réalise, l'assurance verse généralement ses prestations à l'employeur, qui les restitue à l'employé. Il arrive parfois que l'employeur complète ces prestations jusqu'à 100 % du salaire pendant le temps limité de l'article 324a alinéa 1 CO¹⁸⁴.

Lorsqu'il omet de conclure une assurance d'une indemnité journalière alors que cette obligation lui incombait ou qu'il exécute mal ses obligations de preneur d'assurance (il ne paie pas les primes d'assurance, il procède à des annonces tardives), l'employeur devra verser, à la place de l'assurance, les prestations que cette dernière aurait allouées¹⁸⁵ (le juge tiendra compte, le cas échéant, des primes économisées par le salarié, lorsqu'il devra calculer le préjudice subi¹⁸⁶). Il en va de même lorsque l'employeur résilie le contrat d'assurance sans en avertir à temps le travailleur, et de ce fait ne lui laisse pas la possibilité de maintenir sa couverture en assurance individuelle¹⁸⁷. Dans chaque cas, on se demandera si le salarié pouvait de bonne foi considérer que l'employeur avait conclu une assurance ou s'il avait consenti à l'absence d'assurance¹⁸⁸. Dans ce dernier cas, seules les prestations légales s'appliqueront¹⁸⁹. En vertu de l'article 357 CO, le consentement du travailleur reste pourtant sans effet lorsque l'employeur était tenu, par une clause d'une convention collective, de conclure l'assurance, sauf si l'attitude du salarié est fautive (ce qui est difficile à prouver vu le caractère protecteur de l'article 357 CO)¹⁹⁰.

¹⁸⁴ C'est le cas de la convention collective de travail de l'industrie des machines (art. 16.4. al. 3).

¹⁸⁵ SJ 1982, pp. 572 ss (arrêt du Tribunal fédéral du 2.3.1982); JAR 1989, p. 155 (ArbGer. ZH du 25.1.1988); JAR 1988, p. 206 (Kantonsgericht Zug du 26.1.1987); JAR 1986, pp. 149-150 (OGer. BL du 18.12.1984); JAR 1985, pp. 152 ss (Ch. d'Appel des Prud'hommes GE du 25.6.1984); JAR 1982, p. 116 (GSGer. BS du 30.11.1981); STÄHELIN, p. 242 (N59); STREIFF, pp. 116-117 (N14); REHBINDER, p. 352 (N35); BRUNNER/BÜHLER/WÄEBER, p. 72 (N23); KUHN 9/6.2.5, p. 2; voir également DUC, 1989, pp. 201 ss; AUBERT, 1991, pp. 126-127. Deux conventions collectives de travail le mentionnent expressément. Il s'agit de la convention collective de travail de l'hôtellerie et de la restauration (art. 45 al. 8) et de celle des coiffeurs (art. 35 al. 6).

¹⁸⁶ JAR 1985, p. 154 (Ch. d'Appel des Prud'hommes GE du 25.6.1984).

¹⁸⁷ ZINSLI, 1992, p. 139; JAR 1987, pp. 170 ss (Ch. d'Appel des prud'hommes GE du 29.9.1986).

¹⁸⁸ JAR 1989, p. 154 (ArbGer. ZH du 25.1.1988); JAR 1988, p. 206 (Kantonsgericht Zug du 26.1.1987); JAR 1985, p. 153 (Ch. d'Appel des Prud'hommes GE du 25.6.1984); AUBERT, 1991, p. 126.

¹⁸⁹ ZINSLI, 1992, p. 140.

¹⁹⁰ STÄHELIN, pp. 242-243 (N60); ZINSLI, 1992, p. 140.

Il peut aussi arriver que l'employeur ait bien exécuté son obligation de conclure une assurance perte de salaire, mais que l'assurance, lorsque l'incapacité survient, ne couvre pas le risque assuré. On peut distinguer différentes situations.

Dans le premier cas, la période d'incapacité n'est pas couverte par l'assurance, par exemple lorsque l'assurance prévoit un délai d'attente. L'employeur devra verser, durant cette période, au minimum quatre cinquièmes du salaire¹⁹¹.

Dans le deuxième cas, le travailleur n'a pas effectué les démarches nécessaires. Ainsi, si le travailleur n'a pas rempli ses obligations envers l'assurance (annonce de la maladie, remise d'un certificat médical), les statuts peuvent prévoir que les prestations ne seront pas versées pendant la durée du retard¹⁹². Il convient de se demander si l'employeur doit verser le salaire selon l'article 324a CO ou plutôt les prestations que le travailleur aurait reçues de l'assurance s'il avait respecté ses obligations ou, si au contraire, l'employeur est libéré de son obligation de verser le salaire. Il nous semble que le travailleur doit supporter seul les conséquences d'un manquement à ses obligations et qu'il n'incombe pas à l'employeur de supporter la perte de salaire du travailleur alors que ce dernier ne sauvegarde pas fidèlement les intérêts légitimes de son employeur, comme le prévoit l'article 321a alinéa 1 CO. Par contre, si la faute est excusable, parce que le travailleur est alité et n'est pas en mesure de remplir ses obligations, l'employeur doit supporter, à notre avis, les conséquences financières de cette situation.

Dans le troisième cas, la durée de l'atteinte à la santé est prolongée parce que le travailleur n'a pas suivi les conseils médicaux; l'assurance peut alors réduire ou supprimer ses prestations. Une diminution, voire une suppression, n'entre en considération qu'en cas de faute grave ou intentionnelle¹⁹³. Dans cette éventualité, l'employeur a la possibilité de réduire ses prestations dans la même proportion que celles de l'assurance, mais uniquement, à notre avis, si la faute peut être qualifiée de grave ou d'intentionnelle selon le droit du travail. Bien que la notion de faute ne soit pas identique dans le droit des assurances et dans le droit du travail et que le juge civil ne soit pas lié par une décision d'une assurance¹⁹⁴, l'employeur ne doit pas être celui qui intervient pour les

¹⁹¹ Voir chapitre IV ch. III.1.5.

¹⁹² BONER/HOLZHERR, pp. 66-67.

¹⁹³ Voir chapitre V ch. III.5.

¹⁹⁴ STÄHELIN, pp. 252-253 (N17); REHBINDER, p. 359 (N4); ATF 118 V 305 ss, où le Tribunal fédéral indique que la pratique juridique en droit pénal et en droit de la responsabilité civile n'est pas déterminante pour apprécier la notion de faute grave en droit des assurances sociales.

mauvais risques que l'assurance ne voudrait pas prendre en charge¹⁹⁵. La seule exception à ce principe doit être la faute considérée comme légère par le droit du travail, mais qui entraîne une réduction ou une suppression des prestations d'assurance. Dans ce cas, l'employeur devra compléter le salaire selon l'article 324a CO.

Reste le cas du travailleur "inassurable". L'assureur peut, en effet, refuser de verser une indemnité journalière parce que le travailleur fait l'objet d'une réserve ou qu'il est inassurable, par exemple en raison de son âge avancé. Les motifs invoqués par l'assureur pour ne pas payer l'indemnité journalière relèvent du droit des assurances, de sorte que l'employeur demeure tenu de verser le plein salaire selon l'article 324a CO et non les prestations que l'assurance aurait versées si le travailleur avait été assuré¹⁹⁶. Il arrive également, dans la pratique, que si une maladie mise sous réserve se déclare, certaines assurances versent le salaire du travailleur selon une échelle définie préalablement.

Mentionnons enfin que si l'assurance ne couvre que le risque de maladie, mais non pas l'éventualité maternité¹⁹⁷, l'employeur doit verser, face à cette dernière, le salaire selon l'article 324a CO¹⁹⁸.

3. Avantages et inconvénients du système d'assurance

3.1. Les avantages

Pour l'employeur, le système d'assurance permet de planifier à l'avance ses charges (versement d'un certain pourcentage de la masse salariale à l'assurance), ce qu'il ne peut faire s'il doit assumer lui-même le risque du paiement du salaire en cas de maladie. D'autre part, l'employeur se décharge d'un travail administratif coûteux qui lui incomberait si

¹⁹⁵ Dans ce sens, BRÜHWILER, p. 106 (N5); voir également BIM 1976, p. 326 (GS Ger. BS); JAR 1984, p. 131 (O Ger. TG du 29.9.1983).

¹⁹⁶ VIRET, 1979, p. 16; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, p. 72 (N22); JAR 1990, p. 161 (O Ger. ZH du 26.9.1989); JAR 1984, pp. 133-134 (GS BS du 19.12.1983). Contra: AUBERT, 1991, pp. 125-126, qui indique que si le travailleur pouvait, de bonne foi, considérer que l'employeur s'était engagé à conclure une assurance, l'employeur devra verser, à la place de l'assurance, les prestations dues par cette dernière; dans le même sens, STAHELIN, p. 242 (N59); JAR 1982, p. 114 (App Ger. BS du 3.8.1981); JAR 1981, p. 261 (Arb Ger. ZH du 3.6.1980).

¹⁹⁷ Cela peut être le cas lorsque l'employeur conclut une assurance d'une indemnité journalière auprès d'un assureur soumis à la LCA; voir à ce propos le chapitre VI ch. III.

¹⁹⁸ GLOOR, p. 176.

l'assurance n'était pas conclue (examen des sinistres, rapport avec les médecins). En outre, il a la possibilité de faire participer le travailleur au financement de l'assurance alors que, sous le régime de l'article 324a CO, il finance seul le salaire en cas de maladie. Enfin, il est délié de son obligation de verser le salaire selon l'article 324a CO, lorsque le système d'assurance est considéré comme équivalent au système légal.

Pour le travailleur, ce système présente aussi plusieurs avantages. Tout d'abord, les indemnités journalières de l'assurance sont servies pendant une période plus longue que le temps limité selon l'article 324a alinéa 2 CO. D'autre part, les prestations d'assurance n'entament pas le crédit lié aux autres causes d'empêchement. Ainsi, lorsque l'assurance verse ses prestations dès le premier jour de maladie, le travailleur aura, dans sa première année de service, un crédit de trois semaines pour les autres causes d'empêchement (accidents, obligations légales, fonctions publiques, etc.). Troisièmement, les trois mois de carence prévus par l'article 324a alinéa 1 CO, pendant lesquels le travailleur ne reçoit aucun salaire, ne sont pas pris en compte par l'assurance. Cela signifie que le travailleur pourra bénéficier, s'il tombe malade, des prestations d'assurance dès le premier jour de service. Enfin, le critère du droit au salaire en fonction des années de service dans l'entreprise ne sera plus appliqué. Celui qui aura travaillé une année recevra les mêmes prestations (pour la même maladie) que celui qui aura travaillé vingt ans dans l'entreprise (nous comprenons très bien que pour certains lecteurs, cette clause ne constitue pas un avantage, puisqu'elle ne récompense pas la fidélité du travailleur à l'entreprise; pourtant, à notre avis, la maladie n'est pas un choix délibéré du travailleur et le droit au salaire ne devrait pas dépendre de l'ancienneté dans l'entreprise).

3.2. Les inconvénients

Pour l'employeur, l'inconvénient réside principalement dans une charge financière supplémentaire. Le coût de l'assurance doit pourtant être comparé aux salaires qui auraient dû être versés selon l'article 324a CO. Cette comparaison tiendra compte du temps de travail administratif économisé par l'entreprise et de la participation du travailleur au financement des primes d'assurance.

D'autre part, le régime d'assurance n'existe pas indépendamment du Code des obligations. Il ne fait que se substituer au régime légal, qui reste la garantie première du travailleur. Ainsi, lorsque l'assurance

réduit ou supprime ses prestations, émet une réserve, déclare le travailleur inassurable, l'employeur n'est pas nécessairement délié de l'obligation de payer le salaire. Il en va de même lorsqu'une des parties au contrat de travail omet de s'assurer alors qu'elle est tenue contractuellement.

Pour le travailleur, l'inconvénient réside dans un coût supplémentaire lorsqu'il participe au financement de l'assurance. D'autre part, le salaire qu'il reçoit est généralement inférieur au salaire auquel il aurait eu droit pendant le temps limité selon l'article 324a CO. Ainsi, si l'absence est de courte durée, le travailleur pourrait ne recevoir de l'assurance que 80 % de son salaire alors que, d'après le régime légal, l'employeur lui aurait versé 100 % de son salaire.

CHAPITRE VI

L'ASSURANCE-MALADIE PRIVEE

I. SYSTEME ET SOURCES

En Suisse, l'assurance-maladie est soumise à un double régime. Le premier est celui de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal), du 18 mars 1994, qui régit l'assurance-maladie sociale. Celle-ci comprend l'assurance obligatoire des soins et une assurance facultative d'indemnités journalières. Cette forme d'assurance est qualifiée de sociale, car elle est destinée à participer aux objectifs de politique sociale définis par la Confédération¹. L'assurance-maladie sociale est pratiquée selon le principe de la mutualité. D'après ce principe, les membres d'une communauté de risques se garantissent mutuellement les mêmes avantages sans autre distinction que celle qui résulte des cotisations fournies; ils excluent toute idée de bénéfice ou, en d'autres termes, postulent l'équilibre des cotisations et des prestations et, à situation identique, leur égalité². Du principe de la mutualité découlent, d'une part, le principe de l'égalité de traitement et, d'autre part, le principe de la proportionnalité³. Le premier principe suppose que les assurés bénéficient, à conditions égales, de prestations égales. S'agissant d'une sanction qu'une caisse est amenée à prendre à l'encontre d'un assuré, ce principe postule que la mesure à infliger ne soit pas plus lourde qu'elle ne l'a été dans un cas similaire. Le principe de la proportionnalité apparaît principalement en matière de sanction. Selon ce principe, la sanction doit, dans chaque cas, se trouver dans un rapport raisonnable avec le but visé par l'assureur et la faute de l'assuré⁴. L'assurance-maladie sociale bénéficie de subsides⁵ de la Confédération et est réglemen-tée par cette

¹ VIRET (1991, p. 14) précise que les assureurs sociaux peuvent relever du droit public (par exemple l'AVS/AI, la CNA) ou du droit privé (par exemple des caisses-maladie et des caisses de pension érigées en la forme de sociétés coopératives ou de fondations).

² ATFA 1967 5. Voir au sujet de la mutualité dans l'assurance-maladie l'article de DUC: A propos de solidarité dans l'assurance-maladie, et celui de VIRET: Le principe de la mutualité dans l'assurance-maladie sociale.

³ ATF 105 V 281.

⁴ VIRET, 1983, p. 609.

⁵ Art. 66 et 106 LAMal.

dernière (par exemple dans son organisation ou du point de vue financier). Elle est soumise à la surveillance de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), qui dépend du Département fédéral de l'intérieur. Rappelons enfin que les assureurs privés, comme les caisses-maladie, pourront dorénavant pratiquer l'assurance-maladie sociale.

L'autre régime est celui de la loi sur le contrat d'assurance (LCA), du 2 avril 1908, qui s'applique aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale⁶. Alors que la plupart des contrats sont régis par le Code des obligations, le contrat d'assurance fait exception à cette règle, en raison de son caractère technique accentué et du besoin de protection des assurés⁷. La LCA contient des règles de droit impératif lorsque l'exige une protection efficace des assurés, des règles de droit semi-impératif qui autorisent une dérogation en faveur du preneur d'assurance ou de l'ayant-droit et des règles de droit dispositif auxquelles peut déroger un accord entre les parties aux contrats. De tels accords figurent dans les conditions générales ou dans les conditions particulières d'assurance⁸. Lorsqu'il n'existe aucune réglementation dans la LCA ou dans les conditions générales ou particulières, l'article 100 alinéa 1 LCA renvoie au droit des obligations.

Toute disposition particulière l'emporte sur une règle plus générale. Les conditions particulières l'emportent donc sur les conditions générales, lesquelles, dans la mesure où cela est licite, priment la LCA, laquelle déroge à certains principes généraux du Code des obligations⁹.

La LCA se subdivise en cinq parties: les articles 1 à 47 contiennent les dispositions générales, les articles 48 à 72 les dispositions spéciales relatives à l'assurance contre les dommages, les articles 73 à 96 les dispositions spéciales relatives à l'assurance des personnes, les articles 97 à 99 les dispositions impératives et les articles 100 à 104 les dispositions finales. En dehors de l'article 87 LCA¹⁰, la loi sur le contrat

⁶ Constituent des assurances complémentaires celles qui répondent à des souhaits particuliers des assurés, tels que l'hospitalisation en chambre privée ou semi-privée (VIRET, 1993, p. 248).

⁷ VIRET, 1991, p. 18.

⁸ Les conditions générales d'assurance sont celles qui servent de base à un grand nombre de contrats, alors que les conditions particulières sont des clauses conventionnelles qui dépendent des particularités de chaque risque à assurer et qui sont destinées à déterminer l'objet de l'assurance, ainsi que les obligations du preneur d'assurance, compte tenu des circonstances spéciales du cas concret (VIRET, 1991, p. 20).

⁹ VIRET, 1991, p. 21.

¹⁰ Selon lequel, en assurance collective, l'assuré possède un droit direct contre l'assureur. La mention de l'assurance-maladie, à côté de l'assurance-accidents, n'existe

d'assurance ne contient aucune disposition se rapportant explicitement et spécifiquement à l'assurance-maladie, car, lorsque la loi fut élaborée, l'assurance-maladie n'était pas encore pratiquée par les assureurs privés¹¹.

Contrairement aux assureurs dans l'assurance sociale, les assureurs soumis à la LCA, qui peuvent être des caisses-maladie ou des assureurs privés, n'ont pas l'obligation de pratiquer l'assurance-maladie selon les principes de l'égalité de traitement, notamment entre les sexes, de la proportionnalité, en particulier lors de l'application de sanctions, et de la mutualité¹².

Les assureurs régis par la LCA, agréés par la Confédération et soumis à sa surveillance¹³, s'organisent librement et gèrent leurs finances de manière indépendante. La surveillance et le contrôle de l'activité des compagnies d'assurance pratiquant selon la LCA incombent à l'Office fédéral des assurances privées (OFAP), qui dépend du Département de justice et police.

II. HISTORIQUE

Jusqu'en 1929, chacun s'accordait à reconnaître que l'assurance-maladie était pratiquée uniquement par les caisses-maladie¹⁴. Toutefois, la Winterthur-Accidents et la Northern exploitaient déjà depuis un certain temps une assurance-maladie complémentaire à l'assurance contre les accidents, limitée respectivement aux maladies infectieuses aiguës et à

que depuis la révision du titre dixième du CO sur le contrat de travail, du 25.6.1971 (dispositions finales, art. 3).

¹¹ BUCHER, p. 17.

¹² VIRET, 1993, p. 252.

¹³ En vertu de l'art. 34 al. 2 de la Constitution fédérale, qui a la teneur suivante: "*Les opérations des agences d'émigration et des entreprises d'assurance non instituées par l'Etat sont soumises à la surveillance et à la législation fédérales*". La norme constitutionnelle est concrétisée par la loi fédérale du 23 juin 1978 sur la surveillance des institutions d'assurance privées (LSA, RS 961.01). L'art. 4 LSA mentionne certaines exceptions à la surveillance des institutions d'assurance. Parmi ces dérogations, citons les institutions d'assurance en faveur du personnel d'un employeur privé, d'un ou de plusieurs employeurs publics, de plusieurs employeurs privés entre lesquels il existe des liens étroits de nature économique ou financière, ainsi que les institutions d'assurance de faible importance économique.

¹⁴ LOVEY, p. 7.

certaines maladies spécifiques. En 1929, l'Union-Genève, compagnie d'assurance établie à Genève, soumit au Bureau fédéral des assurances (actuellement Office fédéral des assurances privées) une demande en vue d'exploiter l'assurance-maladie privée. Son but n'était pas de concurrencer les caisses-maladie, mais de combler les restrictions et les exclusions qui existaient alors. L'Union-Genève prétendait que les caisses-maladie ne pouvaient pas offrir aux milieux aisés de la population une garantie suffisamment étendue¹⁵. Les caisses-maladie, à l'époque, se contentaient de couvrir les besoins des classes laborieuses, qui constituaient alors la majorité de leurs adhérents.

L'Union-Genève, qui devint par la suite l'Helvétia-Vie et obtint le 15 mars 1930 l'autorisation d'exploiter la branche maladie, fut suivie par un certain nombre d'autres compagnies d'assurance. Pourtant, la branche maladie n'a véritablement pris son essor qu'après la Seconde Guerre mondiale. Les contrats de groupe prévoyant des indemnités journalières pour perte de salaire en cas de maladie, lancés à la fin des années 1940, ont largement contribué à cet essor¹⁶.

Grâce à l'expansion économique en général, aux besoins grandissants liés à la santé et à l'expansion du système des conventions collectives de travail, l'assurance-maladie privée s'est hissée au rang des branches d'assurance importantes. Concernant l'assurance-maladie des soins médico-pharmaceutiques, les assureurs privés, jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, ne disposaient que d'un marché restreint, vu les privilèges dont bénéficiaient les caisses-maladie (principalement les subsides). Le domaine d'activité des assureurs privés concernait surtout les assurances complémentaires pour traitement en chambre privée ou semi-privée (frais de séjour et de traitement médical)¹⁷.

Par contre, sur le marché de l'assurance d'une indemnité journalière, où les caisses-maladie ne bénéficiaient d'aucune subvention, les compagnies privées ont acquis une part de marché plus importante que celle des caisses. En 1988, cette part s'élevait à 54 % pour les compagnies privées et à 46 % pour les caisses-maladie¹⁸. Ce pourcentage serait encore plus élevé pour les compagnies privées si certaines conventions

¹⁵ LOVEY, p. 7.

¹⁶ CLERC, p. 261.

¹⁷ Clerc, p. 261.

¹⁸ RICHNER, 1991a, p. 496. L'encaissement des compagnies privées pour l'assurance-maladie s'élevait en 1988 à 1,2 milliard de francs, dont 700 millions pour l'assurance d'une indemnité journalière en cas de maladie.

collectives de travail ne prévoyaient pas la conclusion d'une assurance d'indemnités journalières en cas de maladie auprès d'une caisse-maladie exclusivement¹⁹.

III. QUELQUES DIFFERENCES ENTRE LA LAMAL ET LA LCA DANS LE CADRE DE L'ASSURANCE D'INDEMNITES JOURNALIERES

Si, dans la plupart des cas, l'aspect financier revêt une grande importance quant au choix de l'assureur, il importe également de relever quelques différences selon que les parties au contrat de travail ou le particulier choisissent de conclure une assurance perte de salaire soumise à la LAMal ou à la LCA. Nous traiterons dans ce chapitre de certaines divergences que présente l'assurance d'une indemnité journalière selon l'une ou l'autre loi²⁰. Nous examinerons successivement les conditions d'admission, la réticence, l'aggravation essentielle du risque, le mode de fixation des primes, le retard dans le paiement des cotisations, le libre passage, les indemnités journalières en cas de maternité et la procédure en cas de litige.

Nous avons vu que tout citoyen suisse a le droit de s'affilier auprès d'un "assureur LAMal" s'il remplit les conditions statutaires d'admission²¹. D'autre part, l'admission ne peut être refusée pour raisons de santé ou de grossesse. Les "assureurs LAMal" peuvent cependant excepter de l'assurance d'indemnités journalières, en créant une réserve, les maladies existantes au moment de l'admission, ainsi que les maladies antérieures si, selon l'expérience, une rechute est possible. Ces réserves s'éteignent après cinq ans au plus. La liberté des "assureurs LCA" est beaucoup plus grande. Ils ont, en effet, non seulement la faculté de

¹⁹ C'est le cas des CCT suivantes: l'industrie horlogère (32'000 personnes assujetties), l'industrie du métal (10'710 personnes assujetties) et l'entreprise de transports routiers du nord de la Suisse (2'500 personnes assujetties).

²⁰ Etant donné que l'assurance d'une indemnité journalière peut être pratiquée selon la LAMal ou la LCA, nous parlerons dans la suite de notre texte des "assureurs LAMal" et des "assureurs LCA". Les caisses-maladie pourront donc pratiquer l'assurance d'une indemnité journalière selon la LCA (FF 1992 I 181) et les compagnies privées selon la LAMal.

²¹ Art. 67 et 68 LAMal.

refuser un candidat à l'assurance²², mais également la possibilité d'imposer des réserves d'une durée beaucoup plus longue (puisqu'elles peuvent subsister pendant toute la durée du contrat) que celles prévues par les "assureurs LAMal"²³. "L'assureur LCA", lorsqu'il refuse un nouvel assuré, n'est pas tenu de justifier sa décision²⁴. D'autre part, lorsque la durée de la maladie mise sous réserve s'est écoulée, l'assuré doit apporter, à ses frais, la preuve que la réserve n'a plus sa raison d'être; à défaut, la réserve continuera à déployer tous ses effets²⁵. Enfin, les "assureurs LCA" ont la possibilité de faire payer, dès l'entrée en vigueur du contrat, un supplément de prime à l'assuré lorsque son état de santé laisse à désirer, contrairement aux "assureurs LAMal", qui ne peuvent compenser certains états malades par un supplément de cotisations²⁶.

La deuxième différence concerne la réticence de l'assuré. Si les "assureurs LAMal" et les "assureurs LCA" s'entendent sur la définition de la réticence²⁷, ils divergent sur l'objet et les conséquences d'un tel acte, ainsi que sur les délais dans lesquels les assureurs doivent invoquer la réticence. La LCA sanctionne toute omission ou déclaration inexacte relative à un fait important pour l'appréciation du risque²⁸; dans l'assurance-maladie sociale, la réticence existe uniquement par rapport à des maladies en cours ou à des maladies antérieures qui sont, selon l'expérience, sujettes à rechute²⁹. Dans la LCA, les déclarations inexactes ou incomplètes confèrent à l'assureur un droit de résolution du contrat³⁰; dans l'assurance-maladie sociale, la sanction ordinaire consiste généralement dans la fixation d'une réserve rétroactive. La caisse peut parfois, tout en respectant le principe de la proportionnalité, prévoir l'exclusion de l'assuré³¹. Quant aux délais, "l'assureur LCA" doit se prévaloir de la réticence dans les quatre semaines suivant le moment où il en a eu

²² ATF 102 V 196.

²³ Les dispositions générales sur la conclusion du contrat sont précisées aux art. 1 ss LCA.

²⁴ VIRET, 1991, p. 79.

²⁵ LOVEY, p. 10.

²⁶ LOVEY, p. 17; BUCHER, p. 78; VIRET, 1993, p. 249.

²⁷ La réticence peut être définie comme l'omission de déclarer ou le fait de déclarer inexactement, lors de la conclusion de l'assurance ou en cas d'augmentation ultérieure des prestations, des maladies ou affections dont souffre ou a souffert la personne à assurer (VIRET, 1975, p. 48).

²⁸ Art. 6 LCA, qui se réfère implicitement à l'art. 4 LCA.

²⁹ VIRET, 1975, p. 40.

³⁰ Art. 6 LCA.

³¹ Voir chapitre V ch. III.5.

connaissance ou aurait pu ou dû en avoir connaissance³²; l'assureur LAMal¹⁹ dispose, pour sa part, d'un double délai: une année dès la connaissance des faits, mais au maximum cinq ans dès la commission de l'acte³³.

La LCA, contrairement à la LAMal, envisage par ailleurs l'hypothèse de l'aggravation essentielle du risque en cours de contrat³⁴. L'aggravation est essentielle lorsqu'elle porte sur un fait qui est important pour l'appréciation du risque³⁵ et dont les parties avaient déterminé l'étendue lors de la conclusion du contrat³⁶. Lorsque c'est le preneur d'assurance qui provoque une telle aggravation, l'assureur est délié du contrat dès l'instant où l'aggravation s'est produite. La loi ne lui impose pas de se départir préalablement et formellement du contrat, pas plus qu'elle n'exige de lui l'observation d'un délai de dénonciation³⁷. Dans le cas d'une aggravation essentielle du risque sans le fait du preneur d'assurance, le contrat ne prend fin que si le preneur n'a pas déclaré cette aggravation à l'assureur par écrit et dès qu'il en a eu connaissance³⁸. Lorsque le preneur a déclaré l'aggravation, l'assureur est fondé, dans la mesure où les conditions du contrat l'y autorisent, à résilier l'assurance. Dans ce cas, sa responsabilité prend fin quatorze jours après la notification de la résiliation du contrat³⁹. Si l'assureur a renoncé expressément ou tacitement à se départir du contrat, l'aggravation essentielle du risque, régulièrement déclarée par le preneur, reste sans

³² Art. 6 LCA. Voir sur ce point MAHON, 1994b, p. 312 avec références et ATF 118 II 333 ss.

³³ VIRET, 1975, p. 49.

³⁴ Sous réserve de l'art. 29 LCA, qui prévoit que l'aggravation essentielle du risque par le preneur d'assurance ne s'applique pas aux conventions par lesquelles celui-ci se charge d'obligations déterminées en vue d'atténuer ou d'empêcher l'aggravation. Si le preneur contrevient à ses obligations, l'assureur ne peut pas se prévaloir de la clause qui le libère du contrat lorsque la contravention n'a exercé nulle influence sur le sinistre ou sur l'étendue des prestations incombant à l'assurance.

³⁵ Sont importants tous les faits de nature à influencer sur la détermination de l'assureur de conclure le contrat ou de le conclure aux conditions convenues (art. 4 al. 2 LCA). Sont réputés importants les faits au sujet desquels l'assureur a posé par écrit des questions précises, non équivoques (art. 4 al. 3 LCA).

³⁶ Art. 28 al. 2 LCA; VIRET, 1986, p. 87.

³⁷ Art. 28 al. 1 LCA. En pratique, toutefois, l'assureur notifie le plus souvent au preneur sa décision de ne plus se considérer comme lié par le contrat; l'avis qu'il adresse à son partenaire contractuel est une déclaration unilatérale de volonté, dont les effets rétroagissent au jour de l'aggravation essentielle du risque (VIRET, 1986, pp. 89-90).

³⁸ Art. 30 al. 1 LCA. La libération de l'assureur prend effet dès le moment où le preneur a violé son obligation de déclarer l'aggravation (VIRET, 1986, p. 91).

³⁹ Art. 30 al. 2 LCA.

conséquence pour celui-ci⁴⁰. Dans l'assurance collective, lorsque le contrat comprend plusieurs choses ou plusieurs personnes et que le risque ne s'est aggravé que pour une partie de ces choses ou de ces personnes, l'assurance demeure en vigueur pour les autres, à la condition que le preneur paie pour celles-ci, à la première réquisition, la prime plus élevée qui pourrait être due à l'assureur⁴¹. L'aggravation du risque reste sans effet juridique lorsqu'elle n'a exercé aucune influence sur le sinistre et sur l'étendue des prestations incombant à l'assureur, si elle a eu lieu pour sauvegarder les intérêts de l'assureur ou encore si elle était imposée par un devoir d'humanité⁴².

Une autre différence est celle de la liberté dont dispose l'"assureur LCA" dans la fixation des primes en fonction des risques, notamment du sexe et de l'âge. Cette liberté est considérablement limitée pour l'"assureur LAMal". Ce dernier ne pourra pas échelonner les primes en fonction de l'âge effectif des assurés mais uniquement en fonction de l'âge d'entrée dans l'assurance⁴³. D'autre part, il devra appliquer le principe de l'égalité de primes entre hommes et femmes⁴⁴.

Le retard dans le paiement des primes constitue une cinquième différence. Dans le cadre de la LCA, les articles 20 et suivants prévoient une procédure de sommation à l'encontre de l'assuré, puis de suspension de la couverture et enfin l'extinction de l'assurance. Dans l'assurance-maladie sociale, la réglementation apparaît plus favorable pour les assurés. Bien que les statuts puissent prévoir l'exclusion de l'assuré pour non-paiement des cotisations, les "assureurs LAMal" doivent toujours respecter le principe de la proportionnalité. L'exclusion, qui constitue la sanction la plus lourde, doit demeurer une exception⁴⁵. Les "assureurs LAMal" peuvent toutefois prononcer une mesure moins grave, comme la suspension du droit aux prestations, laquelle peut être maintenue tant que subsistent des arriérés de cotisations⁴⁶.

Le libre passage est également traité différemment dans la LAMal et dans la LCA. Les "assureurs LAMal" assurent le libre passage aussi

⁴⁰ Art. 32 ch. 4 LCA; VIRET, 1986, p. 91.

⁴¹ Art. 31 LCA.

⁴² Art. 32 ch. 1 à 3 LCA.

⁴³ Art. 76 al. 3 LAMal. L'"assureur LAMal" peut également échelonner les primes selon les régions s'il est prouvé que les coûts diffèrent. Il ne peut y avoir plus de trois échelonnements par canton.

⁴⁴ FF 1992 I 185.

⁴⁵ Voir chapitre V ch. III.5.

⁴⁶ VIRET, 1993, p. 251.

bien dans le cadre d'une assurance individuelle que dans celui de l'assurance collective. En revanche, les "assureurs LCA" ne reconnaissent ce droit que dans l'assurance collective⁴⁷. Ainsi, lorsque la sortie ne remonte pas à plus de deux mois, la nouvelle assurance doit admettre l'assuré sans percevoir aucun droit d'entrée ni formuler de nouvelles réserves dépassant celle de l'assurance précédente⁴⁸. D'autre part, lorsque l'assuré cesse d'appartenir au cercle des personnes assurées collectivement, soit par sa sortie, soit par extinction du contrat collectif, il a le droit d'exiger son admission dans l'assurance individuelle. L'assureur doit accepter l'assuré, quels que soient son état de santé et son âge, et lui garantir des prestations au moins équivalentes à celles dont il bénéficiait sous le régime collectif. La prime de l'assurance individuelle sera déterminée en fonction de l'âge d'entrée dans l'assurance collective. La demande de passage doit parvenir par écrit à l'assureur dans un délai fixé le plus souvent à trente jours après la sortie de l'assurance collective⁴⁹.

Une autre différence entre assurance-maladie sociale et assurance-maladie privée réside dans le traitement des indemnités journalières en cas de maternité. Selon l'assurance-maladie sociale, la travailleuse qui a conclu une assurance d'une indemnité journalière bénéficie de cette prestation non seulement en cas de maladie au sens strict du terme, mais également pendant la grossesse (si celle-ci se déroule avec complication ou si l'assurée cesse son activité avant l'accouchement) et surtout après l'accouchement. La durée des prestations est de seize semaines, dont au moins huit après l'accouchement. Elle ne peut être déduite de la durée des indemnités en cas de maladie. Les indemnités en cas de maternité doivent donc être allouées même si la durée des autres formes d'indemnités a expiré⁵⁰. Les prestations concernant la maternité sont versées autant en assurance individuelle qu'en assurance collective. Les "assureurs LCA", quant à eux, ne prévoient dans l'assurance individuelle aucune indemnité journalière en cas d'accouchement⁵¹. Celle-ci ne peut être conclue, moyennant un supplément de prime, que dans l'assurance collective⁵². Si, par contre, la grossesse se déroule avec complication et que la travailleuse soit incapable

⁴⁷ LOVEY, p. 19.

⁴⁸ BUCHER, p. 91.

⁴⁹ BUCHER, p. 91; Lovey, p. 10.

⁵⁰ Art. 74 al. 2 LAMal.

⁵¹ BUCHER, p. 41.

⁵² LOVEY, p. 18.

d'exercer son activité, les indemnités journalières sont versées, autant dans l'assurance individuelle que collective, car la grossesse est alors assimilée à une maladie.

Enfin, la procédure en cas de litige constitue également un autre élément de différence entre la LCA et la LAMal. En cas de désaccord avec un assuré ou un candidat à l'assurance, l'"assureur LAMal" doit lui notifier une décision dans les trente jours à compter de la demande expresse de l'assuré⁵³. Si la décision n'est pas contestée, elle entre en force. Dans le cas contraire, l'assuré a trente jours pour l'attaquer, par voie d'opposition, auprès de l'assureur qui l'a notifiée. Les décisions rendues sur opposition peuvent être portées devant le tribunal des assurances compétent, dans les trente jours à partir de leur notification. La procédure doit être simple, rapide et gratuite⁵⁴, quelle que soit la valeur litigieuse⁵⁵. Le preneur d'assurance peut (et c'est un grand avantage) agir sans mandataire et s'épargner ainsi des dépenses inutiles. Le tribunal des assurances compétent est celui du canton où l'assuré ou le tiers a son domicile au moment de l'ouverture de l'action (ou du canton où se trouve le siège de l'assureur défendeur). Le jugement de l'autorité de première instance peut, à son tour, être attaqué, selon l'article 91 LAMal, auprès du Tribunal fédéral des assurances. En revanche, lorsque le travailleur est assuré auprès d'un "assureur LCA", les litiges sont de la compétence de la juridiction civile ordinaire, dont le for peut se trouver hors du domicile de l'assuré. D'autre part, la procédure n'est pas gratuite et exige souvent l'intervention d'un avocat. De plus, les procès peuvent se prolonger et entraîner pour le preneur d'assurance d'importantes dépenses. Toutefois, le nouvel article 47 al. 2 et 3 de la loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurances privées (LSA), introduit par la LAMal, prévoit que, pour les contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale, la procédure cantonale doit être simple, rapide et gratuite (sauf en cas de recours téméraire). On mentionnera encore que

⁵³ Art. 80 LAMal.

⁵⁴ Art. 87 lit. a LAMal. En réalité, cette simplicité n'est qu'apparente, car le droit de fond de l'assurance-maladie est complexe. D'autre part, la procédure n'est pas toujours rapide lorsqu'il faut, par exemple, demander une expertise médicale, entendre des témoins ou tout simplement éclaircir des questions litigieuses difficiles. Voir à ce propos l'article de KIESER, *Das einfache und rasche Verfahren*, insbesondere im Sozialversicherungsrecht, celui de SPIRA: *Le contentieux des assurances sociales fédérales et la procédure cantonale*, et, du même auteur: *Le recours de première instance dans l'assurance-maladie*, selon les règles du droit fédéral.

⁵⁵ Des émoluments de justice et les frais de procédure peuvent toutefois être mis à la charge du recourant en cas de recours téméraire ou interjeté à la légère (art. 87 lit. a LAMal). Voir à ce propos l'article de LEUZINGER-NÄF, pp. 178-179.

"l'assureur LAMal" détient indiscutablement un grand pouvoir, puisqu'il peut rendre une décision. Pour l'"assureur LCA", ce pouvoir n'existe pas, car les parties se trouvent juridiquement sur un pied d'égalité. D'autre part, si, dans l'assurance-maladie sociale, les parties sont liées par des délais de recours (trente jours dès la communication de la décision ou du jugement), il n'en est rien lors d'une action civile. L'article 46 LCA institue uniquement un délai de prescription de deux ans, à dater du fait d'où naît l'obligation⁵⁶.

Enfin, pour conclure ce chapitre, mentionnons encore d'autres caractéristiques de la LCA, qui ne sont généralement pas appliquées en pratique. On citera, sans les développer, la possibilité de ne pas reconduire le contrat puisque celui-ci est ordinairement conclu pour une durée déterminée et renouvelable moyennant l'accord des deux parties et la possibilité pour chacune des deux parties de résilier le contrat lors de la survenance d'un sinistre, en vertu de l'article 42 LCA⁵⁷.

⁵⁶ Voir également VIRET, 1993, pp. 254-255.

⁵⁷ VIRET, 1993, pp. 251-252.

CHAPITRE VII

LE REGIME CONVENTIONNEL "DEROGATOIRE" DANS LES CONVENTIONS COLLECTIVES ET LES CONTRATS-TYPES DE TRAVAIL

I. LE REGIME CONVENTIONNEL "DEROGATOIRE" DANS LES CONVENTIONS COLLECTIVES

1. Remarques préliminaires

Sur trente-deux conventions collectives de travail étudiées, seuls trente contiennent une ou plusieurs clauses concernant le droit au salaire du travailleur malade. Les deux conventions collectives de travail dans lesquelles ne figurent que peu d'indications concernent 41'000 travailleurs, soit 4.04 % de l'ensemble des salariés assujettis.

La base de calcul sera pourtant l'ensemble des conventions collectives de travail, soit les trente-deux conventions collectives de travail examinées.

2. Le problème

Parmi les conventions collectives de travail choisies, nous avons examiné si celles-ci prévoyaient un régime dérogatoire, puis avons tenté de décrire le mode de fonctionnement de ce régime en répondant à trois questions.

a) Quel est le mode de financement des primes de l'assurance perte de gain ? Sont-elles financées totalement par l'employeur, principalement par l'employeur, à parts égales entre le travailleur et l'employeur ou encore par l'employé après le temps limité de l'article 324a CO¹ ?

¹ Dans ce dernier cas, il ne s'agit plus d'un régime dérogatoire. L'employeur applique strictement les dispositions légales ou complète ces dispositions sans y déroger. Il exige, par contre, du travailleur qu'il conclue une assurance d'une indemnité

- b) Quel est le pourcentage de salaire couvert par l'assurance ? Est-il inférieur ou supérieur à 80 % du salaire assuré ?
- c) Quel est le délai d'attente fixé par le régime d'assurance. Est-il de zéro jour, un jour, deux jours, trois jours ou encore les parties décideot-elles de faire intervenir l'assurance après le temps limité de l'article 324a CO ?

3. Le régime dérogatoire

Le régime dérogatoire suppose un accord écrit, qui déroge à l'article 324a alinéas 1 à 3 CO tout en accordant au travailleur des prestations au moins équivalentes à celles prévues par la disposition légale. Cet accord consiste, pour l'ensemble des conventions collectives de travail examinées, à conclure une assurance destinée à couvrir la perte de salaire en cas de maladie. Sur l'ensemble des conventions collectives de travail examinées, vingt-huit prévoient la conclusion d'une telle assurance; elles concernent 970'650 travailleurs, soit 95.56 % des personnes assujetties. Bien que la possibilité de conclure une assurance soit souvent mentionnée, plusieurs conventions collectives de travail laissent pourtant aux parties le choix entre un tel système et l'application du régime légal de base ou d'un régime complémentaire.

4. Mode de financement des primes de l'assurance perte de gain

Le mode de financement des primes d'assurance est une des conditions d'équivalence. Pour que celle-ci soit réalisée, l'employeur doit participer au moins à raison de 50 % au financement des primes.

Le tableau de la page suivante illustre le financement des primes de l'assurance perte de gain en cas de maladie:

journalière dont le délai d'attente correspond à la fin du temps limité de l'art. 324a al. 1 CO.

Mode financement	Nombre de conventions collectives de travail	Nombre de travailleurs	Pourcentage
entièrement par l'employeur ²	2	89'950	8.86
principalement par l'employeur ³	4	161'260	15.88
à parts égales entre le travailleur et l'employeur	11	147'250	14.50
pourcentage fixe financé par l'employeur ⁴	2	307'520	30.28
par l'employé* ⁵	6	197'910	19.48
Total	25	903'890	89

* après le temps limité de l'article 324a CO

On constate que la plupart des conventions collectives de travail (dix-sept) prévoit une participation d'au moins 50 % de l'employeur. Pour ces conventions collectives de travail, une des conditions de l'équivalence est ainsi réalisée. Deux conventions collectives de travail prévoient un pourcentage fixe payé par l'employeur. A notre avis, ce mode de financement est à déconseiller. Il suffirait en effet que les primes d'assurance augmentent pour que le pourcentage de 50 % ne

² Il s'agit de la convention collective de travail du personnel bancaire et de la convention collective de travail de la menuiserie de Suisse allemande et du Tessin.

³ Il s'agit des conventions collectives de travail de l'industrie du chocolat, de l'industrie des tuiles, de l'hôtellerie et de la restauration et de la chimie bâloise.

⁴ Il s'agit de la convention collective de travail du secteur principal de la construction et de la convention collective de travail de l'industrie des machines. Par exemple, pour cette dernière convention collective de travail, l'entreprise verse une contribution de 2% du salaire moyen à l'assurance perte de gain.

⁵ Il s'agit des conventions collectives de travail de l'industrie du textile, du personnel du commerce de détail du canton de Zurich, de l'industrie horlogère, des bureaux d'architecture, d'ingénieurs et de planification ainsi que de deux conventions collectives de travail d'entreprises.

soit plus atteint. Six conventions collectives de travail prévoient un financement par l'employé. Dans ce cas, il ne s'agit pas d'un régime dérogatoire, mais d'une application du régime légal de base ou du régime complémentaire. Les parties sont simplement convenues que le travailleur a l'obligation de conclure, à sa charge, une assurance d'une indemnité journalière dont le délai d'attente doit coïncider avec la fin du temps limité de l'article 324a alinéa 1 CO.

Enfin, trois conventions collectives de travail sont muettes quant au mode de financement des primes d'assurance. A notre avis, le travailleur devrait disposer d'un document lui indiquant sa participation aux primes d'assurance ainsi que celle de son employeur.

5. Pourcentage du salaire couvert par l'assurance

Le pourcentage du salaire assuré couvert par l'assurance représente également une condition d'équivalence. Nous avons vu que la doctrine et la jurisprudence sont d'avis que ce pourcentage doit être d'au moins 80 %⁶ pour que le régime dérogatoire soit considéré comme équivalent au régime légal.

Le tableau ci-dessous illustre le pourcentage de salaire couvert par l'assurance:

Pourcentage assuré	Nombre de conventions collectives de travail	Nombre de travailleurs	Pourcentage
inférieur à 80 %	1	5'880	0.58
80 %	20	803'500	79.09
100 % ⁷	5	56'440	5.56
Total	26	865'820	85.23

⁶ Voir chapitre IV ch. III.1.2.

⁷ Il s'agit des conventions collectives de travail de l'industrie horlogère, de l'éducation dans le canton de Genève, du Service de santé du canton du Valais, de la chimie bâloise et d'une convention collective de travail d'entreprise.

La plupart des conventions collectives de travail (vingt-cinq) prévoit un pourcentage de couverture par l'assurance supérieur ou égal à 80 %. Une des conditions de l'équivalence est ainsi réalisée. Une convention collective de travail⁸ prévoit un salaire assuré inférieur à 80 %. Dans ce cas, il ne s'agit pas d'un régime dérogatoire, mais d'une application du régime de l'article 324a alinéas 1 à 3 CO. Les parties sont simplement convenues de conclure une assurance d'une indemnité journalière dont le délai d'attente est de nonante jours⁹. Enfin, deux conventions collectives de travail ne précisent rien quant au pourcentage de salaire assuré. A notre avis, le travailleur devrait être en possession d'un document écrit lui indiquant le pourcentage de salaire assuré pour qu'il ait la possibilité de prendre toutes mesures préventives afin de conserver son niveau de vie antérieur. Imaginons, en effet, que les parties aient décidé de conclure une assurance garantissant 65 % du dernier salaire après le temps limité de l'article 324a alinéa 1 CO. S'il connaît les conditions d'assurance, le travailleur a la possibilité de conclure un complément d'assurance afin que son salaire s'élève au minimum à 80 % de sa dernière rémunération.

6. Délai d'attente fixé par le régime d'assurance

Les entreprises choisissent entre deux possibilités, soit une assurance perte de gain intervenant entre zéro et deux jours, soit une assurance intervenant après un délai de trente, soixante, nonante jours ou après le temps limité de l'article 324a alinéa 1 CO. Dans le premier cas, le travailleur ne reçoit pas de salaire le premier ou les deux premiers jours. Dans le deuxième cas, soit l'employeur verse les mêmes prestations que l'assurance dès le premier jour de maladie, soit il verse le salaire selon l'échelle en vigueur dans la convention collective de travail (100 % du salaire). Dans les cas où la convention collective de travail ne mentionne aucun délai d'attente, nous avons admis qu'il n'y en a pas.

Le tableau ci-après illustre le délai d'attente fixé par le régime d'assurance:

⁸ Il s'agit de la convention collective de travail des rédacteurs, journalistes et photographes Suisse.

⁹ La convention collective de travail précise qu'après la première année de service le salaire sera versé intégralement pendant au moins trois mois.

Délai d'attente	Nombre de conventions collectives de travail	Nombre de travailleurs	Pourcentage
aucun jour	9	316'830	31.19
1 jour	1	127'520	12.55
2 jours	5	98'200	9.67
30, 60, 90 jours ou après le temps limité de l'article 324a alinéa 1 CO	13	428'100	42.15
Total	28	970'650	95.56

On observera que les deux possibilités évoquées ci-dessus sont, toutes deux, très répandues. Selon la première possibilité, le travailleur ne pourra être privé de salaire que pendant deux jours au maximum. Selon la seconde possibilité, le travailleur reçoit son salaire dès le premier jour de maladie. Nous pensons toutefois, qu'en cas de délai d'attente de l'assurance, l'employeur a l'obligation de verser au moins les quatre cinquièmes du salaire¹⁰. On notera également que les conventions du tableau présenté sous chiffre 1.4 ci-avant qui prévoient le financement des primes par l'employé, se retrouvent dans les treize conventions collectives de travail où le délai d'attente est fixé à trente, soixante, nonante jours ou après le temps limité de l'article 324a alinéa 1 CO.

¹⁰ Voir chapitre IV ch. III.1.5.

II. LE REGIME DEROGATOIRE DANS LES CONTRATS-TYPES DE TRAVAIL

I. Remarques préliminaires

Les contrats-types de travail ne contiennent que très peu d'indications sur le régime dérogatoire. Notre analyse ne pourra donc pas être aussi approfondie que celle ayant porté sur les conventions collectives de travail. En effet, parmi l'ensemble des contrats-types de travail examinés (soit six au total), seuls trois¹¹ prévoient un régime dérogatoire.

2. Mode de financement des primes de l'assurance perte de gain

Sur les trois contrats-types de travail prévoyant un régime dérogatoire, deux prévoient un financement paritaire, un¹² prévoit des primes totalement payées par l'employeur.

3. Autres indications

Parmi les trois contrats-types de travail prévoyant un régime dérogatoire, deux¹³ n'indiquent ni le pourcentage du salaire assuré, ni le délai d'attente fixé par l'assurance, ni la durée des prestations. A notre avis, le travailleur doit connaître ces indications au moment de son engagement, ne serait-ce que pour pouvoir juger de l'équivalence. De plus, il aurait ainsi la possibilité soit de conclure un complément d'assurance s'il juge les prestations prévues par le contrat-type de travail insuffisantes, soit de résilier une assurance conclue précédemment qui couvrirait déjà le même risque. Un contrat-type de travail¹⁴ est plus précis: il dispose que 80 % du gain journalier doit être garanti pendant

¹¹ Il s'agit du contrat-type de travail pour les éducateurs employés dans des foyers et internats, du contrat-type de travail pour le personnel des laiteries et du contrat-type de travail pour les jardiniers privés.

¹² Il s'agit du contrat-type de travail pour les jardiniers privés.

¹³ Il s'agit du contrat-type de travail pour les éducateurs employés dans des foyers et internats et du contrat-type de travail pour le personnel des laiteries.

¹⁴ Il s'agit du contrat-type de travail pour les jardiniers privés.

720 jours au moins dans une période de 900 jours consécutifs (1800 jours au moins dans une période de sept ans consécutifs pour la tuberculose), ainsi qu'une indemnité supplémentaire d'hospitalisation de Frs 20.- au moins. Le délai d'attente ne doit pas être supérieur à deux jours et le stage ne doit pas durer plus de trois mois.

TROISIEME PARTIE

**LA GARANTIE DU DROIT AU SALAIRE
PAR UNE ASSURANCE OBLIGATOIRE**

(LE REGIME SPECIAL DE L'ARTICLE 324b CO)

CHAPITRE VIII

LE SYSTEME

Dans la deuxième partie de notre étude, nous avons vu que les intéressés ont la possibilité, et non l'obligation, de conclure une assurance, dérogeant ainsi aux dispositions de l'article 324a alinéas 1 à 3 CO. Dans un tel système d'assurance, l'affiliation est volontaire et ne repose sur aucune obligation légale.

Selon l'article 324b CO, l'employeur et le travailleur n'ont plus la possibilité de choisir le système visé par l'article 324a alinéa 4 CO, puisqu'il existe une assurance obligatoire. Le régime de l'article 324b CO s'appliquera donc lorsque le travailleur est assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler, qui ne provient pas de sa faute et qui est dû à des raisons inhérentes à sa personne. L'obligation d'assurance doit ainsi résulter d'une obligation figurant dans une loi. Le travailleur a une prétention de droit public envers l'assurance, qui lui garantit certaines prestations lorsque le risque se réalise. Concrètement, cela signifie que lorsque le travailleur appartient au cercle des assurés, il peut revendiquer des prestations de l'assurance.

L'article 324b CO libère l'employeur de verser le salaire lorsque les prestations de l'assurance couvrent quatre cinquièmes au moins du salaire¹. Si les prestations d'assurance sont inférieures, l'employeur versera la différence entre celles-ci et quatre cinquièmes du salaire pendant un temps limité². Ainsi, si un travailleur, au service militaire, est absent pendant trois mois et touche de l'assurance perte de gain 45 % de son salaire, l'employeur versera, au minimum, la différence

¹ Art. 324b al. 1 CO; ATF 101 Ia 460. Deux tendances se sont affrontées lors de l'élaboration du nouvel art. 324b CO. L'une était de dispenser l'employeur de payer le salaire et l'autre de l'obliger à le verser sous déduction des prestations assurées obligatoirement en vertu d'une disposition légale. L'art. 324b CO est un compromis entre ces deux tendances puisqu'il libère l'employeur du paiement du salaire à la condition que les prestations d'assurance couvrent au moins quatre cinquièmes du salaire (voir à ce sujet BOCN 1969, pp. 461 ss; BOCE 1970, pp. 327 ss; BOCN 1970, pp. 722 ss; BOCE 1971, pp. 63 ss; BOCN 1971, pp. 430 ss).

² Art. 324b al. 2 CO; STÄHELIN, p. 248 (N3); BERTHOUD, pp. 125 ss.

entre 80 % et 45 % du salaire pendant le temps limité de l'article 324b CO³. Le législateur a dû ainsi harmoniser les règles du droit du travail et celles des assurances obligatoires, d'une part afin que le travailleur ne puisse prétendre à la fois aux prestations de l'employeur et de l'assurance et se trouve donc enrichi par son empêchement de travailler et, d'autre part, parce que certaines assurances obligatoires prévoient des prestations peu étendues qu'il incombera à l'employeur de compléter.

Bien que la maladie ne fasse pas partie des éventualités couvertes par une assurance obligatoire au sens de l'article 324b CO, il nous faut traiter de cette disposition pour différentes raisons. D'une part, une telle assurance pourrait dans les prochaines années voir le jour, bien que la nouvelle loi sur l'assurance-maladie ne prévoit pas d'assurance d'indemnités journalières obligatoire⁴. D'autre part, l'étude de l'article 324b CO s'impose dans la mesure où certaines absences peuvent faire intervenir, au cours de la même année de service, les articles 324a et 324b CO. Prenons pour exemple un employé tombant malade et devant se rendre dans la même année de service à la protection civile. Il s'agira de déterminer comment s'effectue la coordination entre le régime de l'article 324a CO, dont dépend l'absence due à la maladie, et le régime de l'article 324b CO, dont dépend l'absence due à la protection civile. Enfin, la maladie peut être couverte, dans certains cas, par une assurance obligatoire. Ainsi, si un travailleur tombe malade ensuite du service militaire, son absence ne relèvera pas de l'article 324a CO, mais de l'article 324b CO.

Parmi les assurances obligatoires couvrant tout ou partie de la perte de gain en cas de maladie figurent l'assurance-invalidité, l'assurance-militaire, l'assurance-accidents et le régime des allocations pour perte de gain. L'assurance-invalidité intervient lorsque l'incapacité de travail est de longue durée, soit généralement après 360 jours et, lorsqu'après cette durée, la capacité de gain est toujours restreinte. L'assurance-militaire intervient lorsque l'assuré est malade avant le service, mais que les instances militaires décident malgré tout d'enrôler le militaire; lorsqu'il tombe malade pendant le service et est évacué sur un établissement hospitalier ou licencié du service; lorsqu'il tombe malade après le service et qu'il est prouvé que l'affection a été causée probablement par des influences subies pendant le service. L'assurance-accidents, pour sa part, intervient lors de maladies professionnelles ou lorsque l'assuré, victime d'un accident, tombe malade pendant son séjour dans

³ Voir chapitre IX ch. III.4.2.

⁴ FF 1994 II 261. Voir chapitre V ch. III.4.

un établissement hospitalier. Le régime des allocations pour perte de gain, enfin, intervient lorsque le militaire tombe malade pendant son service, mais qu'il n'est pas licencié du service ni évacué sur un établissement hospitalier.

Relevons encore que l'article 324b CO, comme l'article 324a CO, est de caractère relativement impératif; il n'est pas possible d'y déroger au détriment du travailleur⁵.

Dans cette quatrième partie, nous examinerons tout d'abord le régime spécial de l'article 324b CO (chapitre IX), puis les assurances obligatoires mentionnées par cette disposition et leur coordination avec le droit du travail (chapitre X) et, enfin, l'application pratique de l'article 324b CO au travers des conventions collectives et des contrats-types de travail (chapitre XI).

Concernant l'article 324b CO, nous étudierons son champ d'application, son fonctionnement en cas de maladie, ses éléments constitutifs, la dérogation à ce régime et, enfin, la coordination avec l'article 324a CO. Pour ce qui est des diverses assurances obligatoires, nous ferons tout d'abord un bref survol historique, puis nous traiterons de l'éventualité assurée, du cercle des personnes assurées, de l'intervention de l'assurance en cas de maladie, des indemnités journalières et de leur coordination avec l'article 324b CO, des rentes versées par l'assurance et de leur coordination avec l'article 324b CO et, enfin, de la réduction ou de la suppression des prestations de l'assurance en raison d'une faute de l'assuré. Dans ce dernier cas, nous ne nous prononcerons pas systématiquement sur le fait de savoir si l'employeur doit compléter le salaire selon l'article 324b CO. Nous pensons pourtant qu'il doit le faire chaque fois que la faute est considérée comme légère par le droit du travail. Lorsque la faute est qualifiée de grave ou d'intentionnelle par le droit du travail, l'employeur peut, à notre avis, réduire ses prestations dans la même proportion que celle de l'assurance.

⁵ SCHWEINGRUBER, p. 95 (N1); ATF 101 Ia 460.

CHAPITRE IX

LE REGIME SPECIAL DE L'ARTICLE 324b CO

I. LE CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 324b CO

1. Les assurances obligatoires

1.1. Généralités

Nous avons vu que l'article 324b CO s'applique lorsque le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part et qu'il est assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale. Les assurances qui entrent dans le cadre de l'article 324b CO répondent à différents critères. Elles doivent être obligatoires, relever d'une disposition légale, intervenir lorsque le travailleur est empêché d'exercer son activité pour des raisons inhérentes à sa personne et entrer en concours avec l'obligation patronale de verser le salaire.

Trois des régimes d'assurances sociales, que nous traiterons ultérieurement¹, remplissent indiscutablement ces conditions. Il s'agit:

- de l'assurance-militaire à teneur de la loi fédérale sur l'assurance-militaire (LAM);
- de l'assurance-accidents à teneur de la loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA);
- du régime des allocations pour perte de gain à teneur de la loi fédérale sur le régime des allocations pour perte de gain (LAPG).

En revanche, la question est plus délicate s'agissant de l'assurance-invalidité.

1.2. Le cas de l'assurance-invalidité

1.2.1. Le problème

Il est plus difficile de décider si l'assurance-invalidité entre dans le champ d'application de l'article 324b CO². L'article 4 LAI définit

¹ Voir chapitre X ch. II, III et IV.

l'invalidité comme *"la diminution de la capacité de gain, présumée permanente ou de longue durée, qui résulte d'une atteinte à la santé physique ou mentale provenant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident"*.

Les rentes de l'AI ne sont versées qu'en cas d'atteinte à la santé durable ou permanente, donc, dans la plupart des cas, lorsque le temps limité de l'article 324a alinéa 2 CO est écoulé et que le travailleur n'a plus droit au salaire.

Il se peut toutefois que les prestations de l'assurance-invalidité entrent en concours avec les prestations de l'employeur. Cela peut être le cas pour les indemnités journalières de l'AI. Cela peut aussi théoriquement être le cas pour les rentes, lorsque le droit au salaire du travailleur empêché de travailler est très long³ ou lorsque le caractère définitif de l'invalidité peut être déterminé immédiatement.

Il convient donc d'envisager deux cumuls possibles des prestations de l'assurance-invalidité avec celles de l'employeur: le cumul avec les indemnités journalières de réadaptation et le cumul avec les rentes d'invalidité⁴.

1.2.2. Les indemnités journalières de réadaptation

Le but des indemnités journalières de réadaptation est principalement de favoriser la réintégration professionnelle de l'assuré. Pendant l'exécution des mesures de réadaptation auxquelles l'assuré doit se soumettre et lorsque cette réadaptation l'empêche d'exploiter sa capacité résiduelle de travail, l'assurance-invalidité verse à l'assuré une indemnité journalière, dont le montant, le mode de calcul et les taux maximum sont identiques à ceux des allocations pour perte de gain.

Les indemnités journalières reviennent à l'employeur dans la mesure où il verse un salaire ou un traitement à l'assuré pendant la réadaptation⁵. Comme la LAI est une assurance obligatoire, l'employeur devra compléter les prestations de l'assurance pour qu'elles atteignent 80 % du

² Selon JAR 1988, p. 217 (ArbGer. ZH du 23.4.1985), ce n'est pas le cas.

³ Certaines conventions collectives prévoient parfois une échelle très généreuse. On mentionnera, à ce propos, la convention relative aux conditions du personnel bancaire qui prévoit, dès la 15^e année, 12 mois de salaire lorsque le travailleur est incapable de travailler par suite de maladie ou d'accident sans faute de sa part, en cas d'absence ensuite d'une grossesse ou d'un accouchement et en cas d'accomplissement d'obligations légales (art. 28 al. 1).

⁴ Voir chapitre X ch. I.5.2. et I.6.2.

⁵ Art. 47 al. 2 LAI.

salaire. Les indemnités journalières de l'AI remplissent, en effet, toutes les conditions pour entrer dans le champ d'application de l'article 324b CO⁶. Elles sont du ressort d'une assurance obligatoire, elles entrent en concours avec l'obligation patronale de payer le salaire et elles sont versées ensuite d'un empêchement inhérent à la personne du travailleur.

1.2.3. Les rentes d'invalidité

Lorsqu'une personne reçoit une rente d'invalidité, elle n'est généralement plus liée par un contrat de travail, ou elle l'est uniquement pour sa capacité résiduelle de travail. Dans la plupart des cas, l'assurance-invalidité n'entre donc pas en concours avec l'obligation patronale de verser le salaire sauf, d'une part, lorsque la rente d'invalidité est versée tout de suite (et non après 360 jours) et que l'employeur ne peut résilier le contrat de travail⁷ ou, d'autre part, lorsque le contrat de travail prévoit un droit au salaire relativement long (par exemple, de plus de 360 jours). L'une et l'autre hypothèses sont cependant rares en pratique. Pourtant, si elles devaient se présenter, il se justifierait d'appliquer l'article 324b CO, puisque la rente d'invalidité est versée en vertu d'une assurance obligatoire, qu'elle entre en concours avec l'obligation patronale de payer le salaire et qu'elle est versée ensuite d'un empêchement inhérent à la personne du travailleur. Enfin, comme la notion d'invalidité envisagée dans l'assurance-invalidité correspond à celle de l'assurance-militaire et de l'assurance-accidents⁸, les rentes versées par ces trois assurances doivent être traitées de manière identique lorsqu'il s'agit de coordonner leur versement avec celui de l'employeur.

⁶ Dans ce sens, BRÜHWILER, p. 104 (N2); REHBINDER, p. 357 (N2); STREIFF, p. 125 (N31). Contra: BERTHOUD, pp. 146-147, pour lequel ni les indemnités journalières ni les rentes ne sont incluses dans l'art. 324b CO; dans le même sens, BRUNNER/BUEHLER/WAEBER, p. 73 (N1) et STÄHELIN, pp. 249-250 (N6). AUBERT (1991, p. 82) estime qu'en cas de versement d'indemnités journalières de l'assurance-invalidité, l'employeur est tenu selon l'art. 324a CO; en cas de versement de rentes, il se justifie d'appliquer l'art. 324b CO. A notre avis, les indemnités journalières de l'assurance-invalidité ne peuvent dépendre de l'art. 324a CO, puis-qu'on est en présence d'une assurance obligatoire.

⁷ Voir à ce sujet l'art. 337 al. 3 CO.

⁸ ATF 113 V 143-144; ATF 114 V 313; ATF 116 V 249.

2. Les assurances hors du champ d'application de l'article 324b CO

2.1. L'assurance-vieillesse et survivants

Parmi les autres assurances obligatoires qui existent *ex lege* et assurent un revenu de substitution, mais qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 324b CO, mentionnons tout d'abord l'assurance-vieillesse et survivants. Elle échappe à la réglementation de l'article 324b CO, parce qu'il ne peut y avoir de concours entre l'obligation patronale de payer le salaire et celle des caisses de compensation de verser leurs prestations⁹. Ainsi, si un rentier AVS continue de travailler et tombe malade, sa rente AVS lui sera versée indépendamment de son activité rémunératrice et l'employeur aura l'obligation de lui payer son salaire pour un temps limité en cas d'empêchement de travailler¹⁰, le but de l'AVS n'étant pas de remplacer le salaire mais d'assurer une prestation sociale de base à son bénéficiaire. La rente AVS est, en effet, attribuée indépendamment du fait que le bénéficiaire exerce une activité professionnelle ou non. Le seul critère déterminant pour bénéficier de la rente est le fait d'atteindre une limite d'âge, le décès du conjoint ou celui d'un parent.

2.2. L'assurance-chômage

L'assurance-chômage n'entre pas non plus dans le champ d'application de l'article 324b CO, car le motif d'empêchement n'est pas inhérent à la personne du travailleur, mais est dû à des circonstances propres à l'entreprise, à la conjoncture économique ou au climat (cas des intempéries)¹¹.

2.3. L'assurance-accidents des marins naviguant sous pavillon suisse

Est également exclue du champ d'application de l'article 324b CO l'assurance-accidents des marins, au sens de la loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse du 23 septembre 1953 (LNM)¹². En effet, selon l'article 84 alinéa 2 de cette loi, l'armateur d'un navire suisse doit

⁹ REHBINDER, p. 357 (N2); BERTHOUD, p. 145; STÄHELIN, p. 249 (N5).

¹⁰ BERTHOUD, p. 145.

¹¹ BERTHOUD, p. 148; REHBINDER, p. 357.

¹² RS 747.30.

assurer son équipage contre la maladie et les accidents professionnels. Selon l'article 74 alinéa 4 LNM, le droit au salaire est suspendu aussi longtemps qu'une indemnité journalière est payée au marin pendant une incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident. En application de l'article 42 alinéa 1 de l'ordonnance sur la navigation maritime du 20 novembre 1956 (ONM)¹³, le Conseil fédéral a approuvé, le 23 novembre 1965, un contrat-type pour l'assurance de l'équipage des navires de mer. Selon l'article 7 de ce contrat-type, l'assureur doit verser une indemnité journalière de 100 % pendant au moins 180 jours, mais tout au plus jusqu'au montant maximum assuré selon l'article 15 LAA. Les dispositions de cette loi spéciale priment donc les dispositions générales du Code des obligations¹⁴.

2.4. L'assurance-maladie obligatoire

La question se pose de savoir si l'assurance-maladie entre dans le champ d'application de l'article 324b CO. Avec l'acceptation le 4 décembre 1994 de la LAMal, l'assurance-maladie est devenue obligatoire pour toute personne domiciliée en Suisse¹⁵. En revanche, la conclusion d'une assurance d'indemnités journalières reste facultative. D'autre part, un élément fait obstacle à la prise en compte par l'article 324b CO de l'indemnité journalière en cas de maladie. Il s'agit de la participation patronale au financement de l'assurance. L'employeur, selon la LAMal ou la LCA, n'a, en effet, nullement l'obligation de participer au financement d'une telle assurance. Il serait donc contraire à l'équité qu'il soit libéré du paiement du salaire de son employé, alors qu'il ne participe point au financement d'une telle assurance¹⁶. En conséquence, le régime de l'assurance-maladie ne fait pas partie des assurances obligatoires mentionnées à l'article 324b CO¹⁷.

¹³ RS 747.301.

¹⁴ REHBINDER, p. 357 (N2); STÄHELIN, p. 250 (N8); ZINSLI, 1992, p. 164.

¹⁵ A l'exception de certaines catégories de personnes, notamment les employés d'organisations internationales et d'États étrangers (art. 3 al. 2 LAMal).

¹⁶ BERTHOUD, p. 180.

¹⁷ Également BERTHOUD, p. 180.

II. L'APPLICATION DE L'ARTICLE 324b CO EN CAS DE MALADIE

Comme nous l'avons évoqué ci-dessus¹⁸, la maladie du travailleur, lorsqu'elle est prise en charge par une assurance-maladie, n'entre pas dans le champ d'application de l'article 324b CO. Cela ne signifie pourtant pas que toute maladie soit exclue du champ d'application de cette disposition. En effet, en Suisse, la perte de salaire due à une maladie peut dépendre d'autres régimes que celui de l'assurance-maladie, lesquels entrent eux dans le champ d'application de l'article 324b CO. Ces régimes d'assurance, que nous étudierons ultérieurement¹⁹ sont multiples. Il s'agit du régime de l'assurance-militaire, du régime de l'assurance-accidents et du régime des allocations pour perte de gain.

III. LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE L'ARTICLE 324b CO

1. La notion d'assurance obligatoire

Une des conditions d'application de l'article 324b CO est que le travailleur soit assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale, c'est-à-dire qu'indépendamment de toute démarche de sa part ou de celle de son employeur, il soit assuré auprès d'une institution qui lui garantira des prestations si le risque se produit.

Le travailleur peut donc faire valoir ses droits directement auprès de l'assureur et possède une prétention de nature publique envers celui-ci, lui donnant la garantie de recevoir les prestations²⁰. D'autre part, il connaît à l'avance ses droits, de telle sorte qu'il ne peut y avoir de lacune dans la couverture d'assurance²¹. L'affiliation à l'assurance est donc déclaratoire et non constitutive de droit.

¹⁸ Voir chapitre IX ch. 1.2.4.

¹⁹ Voir chapitre X ch. II, III et IV.

²⁰ BERTHOUD, p. 142.

²¹ BERTHOUD, p. 168.

2. Le caractère non fautif de l'empêchement

Comme selon l'article 324a CO, l'absence de faute du travailleur est une des conditions d'application de l'article 324b CO. La question se pose pourtant de savoir si une réduction des prestations des assurances obligatoires au sens de l'article 324b CO, à savoir une réduction des prestations de l'assurance-accidents ou de l'assurance-militaire, entraîne automatiquement une réduction de même ampleur des prestations versées par l'employeur, ou si ce dernier doit compléter le salaire du travailleur jusqu'à 80 % pendant le temps limité, ou encore si l'employeur, dans certaines circonstances, peut être totalement libéré de compléter le salaire du travailleur.

Comme nous l'avons évoqué²², la notion de faute dans le droit des assurances n'est pas toujours identique à celle de la faute en droit du travail. Il est donc possible que le même comportement conduise à une appréciation différente de la faute, selon que l'on se trouve dans le droit du travail ou dans celui des assurances²³.

Si le travailleur commet une faute considérée comme légère selon les critères du droit du travail, l'employeur doit compenser l'éventuelle réduction des prestations d'assurance jusqu'à 80 % du salaire²⁴. Si la faute relève, en droit du travail, d'une négligence grave ou d'une faute intentionnelle, l'employeur peut réduire ses prestations dans la même proportion que celles de l'assurance²⁵.

3. La durée du contrat de travail

L'article 324b CO ne prévoit rien quant à la durée minimum des rapports de travail. Faut-il dès lors reprendre les critères définis par l'article 324a CO, à savoir que le droit au salaire ne naît que si les rapports de travail ont été conclus pour plus de trois mois ou ont duré au moins trois

²² Voir chapitre II ch. II.3.4.

²³ STÄHELIN, p. 252 (N17); KUHN 9/7.2, p. 3; SCHWEINGRUBER, p. 97 (N5).

²⁴ STÄHELIN, p. 252 (N17); KUHN 9/7.2, p. 3.

²⁵ BJM 1976, p. 326 (GSGer. BS); STÄHELIN, p. 253 (N17); BERTHOUD, pp. 158 ss; BROHWILER, p. 106 (N5) et p. 90 (N7). L'art. 37 al. I LAA prévoit que, lorsque l'assuré a provoqué intentionnellement l'atteinte à la santé ou le décès, aucune prestation d'assurance ne sera allouée, sauf l'indemnité pour frais funéraires. A notre avis, l'employeur n'a pas, dans ce cas, à verser le salaire au travailleur, car il n'interviendrait alors que pour prendre en charge "les mauvais risques" exclus de la couverture d'assurance.

mois ? Cette question est d'importance puisque, selon la réponse, l'employeur devra ou non compléter, pendant les trois premiers mois d'un contrat de durée indéterminée, le salaire du travailleur jusqu'à concurrence du 80 % de l'ancienne rémunération.

Le silence du texte légal pourrait être interprété comme impliquant l'inexistence de cette condition. Mais, d'autre part, comme le texte de loi vise expressément le temps limité de l'article 324a CO, on peut en déduire qu'il existe un parallélisme entre la durée de protection des articles 324a et 324b CO, marqué par le texte légal lui-même, et donc que le droit au salaire de l'article 324b CO est également soumis à l'exigence de la durée minimum des rapports de travail de l'article 324a alinéa 1 CO²⁶. On ne voit pas pourquoi les obligations de l'employeur devraient être plus lourdes en cas d'accident ou de service militaire qu'en cas de maladie.

La seule exception à ce principe est le paiement du salaire par l'employeur pendant le délai d'attente, cela parce que l'article 324b alinéa 3 CO le prévoit explicitement. L'employeur doit, en effet, en toutes circonstances, quelle qu'ait été la durée des rapports de travail, quatre cinquièmes du salaire²⁷. Ainsi, si un travailleur a un accident pendant les trois premiers mois des rapports de travail, l'employeur est tenu de verser, pendant le délai d'attente, 80 % du salaire, même si le contrat n'a pas été conclu pour plus de trois mois.

4. L'obligation de l'employeur

4.1. Le salaire garanti

Lorsque les conditions d'application de l'article 324b CO sont réunies, le travailleur reçoit au minimum quatre cinquièmes de son salaire durant le temps visé par cette disposition²⁸. Lorsque les prestations de l'assurance n'atteignent pas 80 % du dernier salaire ou quand elles ne naissent qu'après un délai d'attente, l'employeur versera la différence, afin que le travailleur perçoive au minimum quatre cinquièmes de son salaire. Ainsi, lorsqu'une assurance ne verse que 45 % du salaire, l'employeur est tenu de compléter la somme pour qu'elle atteigne, au minimum, quatre cinquièmes du salaire. D'autre part, lorsqu'une assurance verse ses prestations

²⁶ AUBERT, 1991, p. 130.

²⁷ FF 1976 III 169 et 233; AUBERT, 1991, p. 130; REHBINDER, p. 361 (N7).

²⁸ Voir chapitre IX ch. III.4.2.

dès le troisième jour, l'employeur versera au travailleur, pendant les deux premiers jours, au minimum 80 % du salaire, même si les rapports de travail ont duré moins de trois mois ou si le temps limité est écoulé.

Lorsque l'assurance a plafonné le salaire assuré, l'employeur est tenu de compléter les prestations d'assurance jusqu'à ce qu'elles atteignent 80 % de la rémunération prévue par le contrat de travail²⁹. Ainsi, lorsqu'une personne gagnant Frs 10'000.- par mois est victime d'un accident professionnel, l'assurance-accidents lui versera 80 % de Frs 8'100.- (montant maximum du gain assuré), soit Frs 6'480.-³⁰. L'employeur sera alors tenu de compléter cette somme de Frs 1'520.-.

Comme nous l'avons déjà souligné, deux tendances s'étaient manifestées lors de l'élaboration de l'article 324b CO au Parlement: l'une prévoyait de libérer l'employeur de l'obligation de verser le salaire si le travailleur était assuré obligatoirement, l'autre prévoyait le versement de 100 % du salaire par l'employeur, avec la possibilité pour celui-ci d'imputer les prestations d'assurance³¹. Le conseiller national MEYER-BOLLER proposa un compromis, qui prévoyait de libérer l'employeur si les prestations de l'assurance obligatoire garantissaient 80 % du salaire³². C'est cette solution qui fut retenue par les Chambres et qui figure dans le texte légal³³. Elle peut être expliquée par le fait que le pourcentage de salaire assuré, limité à 80 % du salaire et non à 100 %, pousse le travailleur accidenté à réintégrer plus vite son travail³⁴. Une autre explication de la réduction de 20 % du salaire assuré est que la personne concernée est assurée contre la perte de salaire pendant une longue période en cas d'assurance obligatoire, alors que, selon l'article 324a alinéas 1 à 3 CO, elle n'a droit aux prestations que pour une période limitée³⁵.

Lorsque l'assurance verse 80 % du salaire pendant le temps limité de l'article 324b CO, l'employeur est alors libéré de son obligation de payer le salaire³⁶.

²⁹ KUHN 9/7.1, p. 3; STÄHELIN, p. 252 (N15).

³⁰ Art. 22 al. 1 OLAA, état au 1er janvier 1994.

³¹ Voir BOCN 1969, pp. 461 ss; BOCE 1970, pp. 327 ss; BOCN 1970, pp. 722 ss; BOCE 1971, pp. 63 ss; BOCN 1971, pp. 430 ss.

³² BOCN 1970, p. 724.

³³ KAUER, p. 77.

³⁴ REHBINDER, p. 356 (N1).

³⁵ KUHN 9/7.2, p. 1.

³⁶ Art. 324b al. 1 CO.

4.2. La durée du droit au salaire

4.2.1. Le temps limité selon l'article 324b alinéa 1 CO

L'article 324b alinéa 1 CO dispose que l'employeur ne doit pas le salaire lorsque les prestations d'assurance dues pour le temps limité couvrent les quatre cinquièmes au moins du salaire afférent à cette période. Ce temps limité est-il celui visé à l'article 324a alinéa 1 CO ou doit-on prendre en considération d'autres critères d'interprétation ?

La doctrine s'accorde à penser que le temps limité selon l'article 324b alinéa 1 CO est le même que celui mentionné à l'article 324a alinéa 1 CO³⁷. Nous partageons cet avis, puisque les articles 324a et 324b CO forment un tout, comme le signale le législateur dans les titres marginaux. L'article 324b CO constitue une exception par rapport au principe défini par l'article 324a CO. Il est donc logique d'interpréter de manière identique les termes identiques que ces deux dispositions contiennent et de considérer qu'elles se réfèrent l'une à l'autre. D'autre part, les travaux parlementaires nous montrent que, lors de l'élaboration de l'article 324b CO, le texte de loi faisait explicitement référence au temps limité de l'article 324a CO ("*pour la période de paie prévue à l'article 324a CO*")³⁸. Ce texte fut ensuite remanié du point de vue rédactionnel. On parla d'abord de "*période limitée au sens de l'article 324a CO*" puis de "*temps limité*" uniquement³⁹.

En vertu de l'article 324b alinéa 3 CO, la seule exception à ce principe est le paiement du salaire par l'employeur pendant le délai d'attente fixé par l'assurance, cela même au-delà du temps limité⁴⁰.

4.2.2. L'interprétation de la notion de durée

Nous avons vu que la notion de durée selon l'article 324a CO soulevait des difficultés d'interprétation. S'agit-il d'une durée représentant un minimum de temps ou un minimum d'argent ? Cette question se pose également dans le cadre de l'article 324b CO.

Imaginons un travailleur célibataire, au service militaire pendant quatre mois, qui touche de l'assurance perte de gain 45 % de son dernier salaire et qui a droit, selon l'échelle applicable, à deux mois de salaire. Pendant combien de temps l'employeur est-il tenu de compléter son salaire ? En

³⁷ REHBINDER, p. 358 (N3); STÄHELIN, p. 251 (N12).

³⁸ BOCN 1970, p. 722.

³⁹ BERTHOUD, pp. 138-139.

⁴⁰ REHBINDER, p. 361 (N7); KAUER, p. 79.

d'autres termes, la différence que versera l'employeur correspond-elle à un minimum de temps ou à un minimum d'argent ?

La jurisprudence et la doctrine ont soutenu que cette différence représente un minimum de temps et non pas d'argent⁴¹. Dans le cas précité, le travailleur touchera alors 80 % (au minimum) de son salaire pendant deux mois, puis, pendant les deux derniers mois, 45 % de son salaire versé par l'assurance. L'employeur sera donc tenu de verser, au minimum, 35 % du salaire pendant deux mois. Peu importe que cette différence représente, en argent, moins de deux mois de salaire.

En revanche, dans la mesure où l'assurance verse elle-même quatre cinquièmes du salaire sans que l'employeur ait rien à payer, le minimum en temps prévu à l'article 324b CO n'est pas entamé⁴².

Nous nous étonnons que les auteurs⁴³ qui soutiennent la théorie du minimum d'argent dans le cadre de l'article 324a CO admettent la théorie du minimum de temps dans le cadre de l'article 324b CO. Les travaux parlementaires⁴⁴ ne permettent pas, à notre avis, d'affirmer qu'un système doit être appliqué plutôt qu'un autre⁴⁵. Ils nous indiquent uniquement que le temps limité mentionné à l'article 324a CO est le même que celui de l'article 324b CO⁴⁶. Cela signifie donc que l'interprétation adoptée en regard de l'article 324a CO doit être celle de l'article 324b CO. En outre, il ne nous paraît pas très logique d'appliquer la théorie du minimum d'argent dans le cadre de l'article 324a alinéas 1 à 3 CO, en avantageant de ce fait le travailleur, alors que l'employeur finance entièrement le salaire, et d'appliquer la théorie du minimum de temps, qui désavantage le travailleur, lorsque les prestations d'assurance, dans le cadre des allocations pour perte de gain ou de l'assurance-accidents non professionnels, sont financées, au moins en partie, par le travailleur. Il nous semblerait plus cohérent d'admettre que lorsque le travailleur participe

⁴¹ JAR 1988, p. 224 (OGer. SO du 16.11.1987); JAR 1984, p. 133 (GSGer. BS du 2.6.1983), jurisprudence modifiée par rapport à BJM 1974, p. 250 (GSGer. BS); KUHN 9/7.1, p. 3; STÄHELIN, p. 251 (N12); STREIFF, p. 127 (N31); REHBINDER, p. 358 (N3); AUBERT, 1991, p. 131; SCHWEINGRUBER, p. 97 (N4); BRÜHWILER, p. 104 (N3).

⁴² STREIFF, p. 122 (N25); AUBERT, 1991, p. 131. Contra: REHBINDER, p. 358 (N3).

⁴³ AUBERT, 1991, p. 111; STREIFF/VON KAENEL, pp. 168-169 (N25).

⁴⁴ BOCN 1969, pp. 460 ss; BOCE 1970, pp. 327 ss; BOCN 1970, pp. 722 ss; BOCE 1971, pp. 63 ss; BOCN 1971, pp. 430 ss.

⁴⁵ Voir à ce sujet AUBERT, 1991, p. 131, mais dont l'opinion s'est modifiée (CGSS 1990/7, p. 152).

⁴⁶ Voir principalement la proposition de la majorité de la commission (BOCN 1970, p. 722) ainsi que les débats des parlementaires (BOCN 1970, pp. 722 ss; BOCE 1971, pp. 63 ss; BOCN 1971, pp. 430 ss).

au financement de l'assurance; ses droits doivent être autant, si ce n'est plus importants que si l'employeur assure seul ce financement.

En admettant la théorie du minimum de temps, on fait dépendre les prestations de l'employeur (donc également les prétentions du travailleur) du pourcentage de salaire versé par l'assurance. Imaginons, en effet, un travailleur, dans sa première année de service, effectuant un cours de répétition de trois semaines. Si celui-ci est marié, il recevra 75 % du revenu moyen acquis avant le service⁴⁷. L'employeur devra alors compléter ce revenu à raison de 5 %⁴⁸ pendant les trois semaines pour qu'il atteigne 80 % du dernier salaire. Si le travailleur est célibataire, il recevra 45 % du revenu moyen acquis avant le service⁴⁹. L'employeur devra alors compléter ce revenu à raison de 35 % pendant les trois semaines de service militaire (80 % - 45 %). Si le travailleur reçoit, dans les deux cas, 80 % de son salaire, l'employeur verse, quant à lui, des prestations différentes selon le taux d'indemnisation de l'assurance. L'application de la théorie du minimum de temps pourrait, dans le cas précité, s'effectuer au détriment du travailleur célibataire puisqu'il favoriserait l'engagement de personnes mariées.

Le choix de l'une ou de l'autre théorie a également une influence sur le droit au salaire du travailleur partiellement incapable d'exercer son activité. Imaginons, en effet, un travailleur qui, dans sa première année de service, a une capacité résiduelle de travail de 50 % durant six semaines, ensuite d'un accident. Quelle que soit la théorie appliquée, l'assurance-accidents lui versera 40 % de son salaire (50 % de 80 %)⁵⁰. Pourtant, selon la théorie du minimum de temps, le travailleur recevra 80 % de son salaire pendant trois semaines (40 % de l'assurance, 40 % de l'employeur) puis uniquement 40 % de l'assurance pendant les trois dernières semaines. Selon la théorie du minimum d'argent, le travailleur percevra 80 % de son salaire pendant six semaines.

Enfin, comme l'article 324b CO constitue une exception par rapport à la disposition de l'article 324a CO, il nous semble que le choix de la solution appliquée concernant la disposition principale (article 324a CO) devrait également s'étendre au régime exceptionnel (article 324b CO).

⁴⁷ Art. 9 al. 1 LAPG.

⁴⁸ Nous considérons que le salaire assuré ne dépasse pas le plafond fixé par l'assurance et que le travailleur est pour la première fois absent de son travail.

⁴⁹ Art. 9 al. 2 LAPG.

⁵⁰ Nous admettons que le seuil maximal du gain assuré fixé par la LAA (art. 22 al. 1 OLAA) n'est pas atteint.

Pour les raisons évoquées ci-dessus, nous sommes d'avis que, comme dans le cadre de l'article 324a CO, la théorie du minimum d'argent devrait aussi s'appliquer.

IV. LE REGIME CONVENTIONNEL "COMPLEMENTAIRE" ET "DEROGATOIRE"

On peut se demander si, comme c'est le cas selon l'article 324a CO, les parties peuvent modifier le régime de l'article 324b CO, soit en complétant les prestations de l'assurance sans en modifier les modalités, soit en dérogeant aux prescriptions légales en accordant au travailleur des prestations au moins équivalentes.

Dans le premier cas, les parties décident de compléter la disposition légale. Par exemple, elles peuvent convenir que, pendant le temps limité, l'employeur complète les prestations d'assurance jusqu'à 100 % du salaire⁵¹ ou elles peuvent envisager de payer le salaire au-delà du temps limité. Ce complément ne pose pas de problème particulier vu le caractère relativement impératif de l'article 324b CO. Il ne requiert donc aucune forme particulière⁵².

Dans le second cas, la doctrine et la jurisprudence ont admis que les parties pouvaient déroger par convention au régime de l'assurance obligatoire en instituant une réglementation au moins équivalente, donc qui serait sur certains points plus favorables et sur d'autres moins favorables, mais qui, dans son ensemble, serait équivalente pour le travailleur⁵³. La forme requise est la même que celle exigée par l'article 324a alinéa 4 CO, c'est-à-dire la forme écrite. Elle peut être respectée soit dans un accord individuel de travail, soit dans un contrat-type de travail, soit encore dans une convention collective⁵⁴. Si l'équivalence est possible théoriquement, pratiquement elle est difficilement réalisable, car la conclusion de l'assurance qui permettait d'assurer l'équivalence en regard de

⁵¹ STÄHELIN, p. 253 (N18); STREIFF, p. 127 (N32).

⁵² REHBINDER, p. 362 (N8).

⁵³ STREIFF, p. 127 (N32); REHBINDER, p. 361 (N8); BRÜHWILER, pp. 105 ss (N5); JAR 1981, p. 263 (ArbGer. ZH du 13.6.1980); JAR 1980, pp. 210 ss (GGer. ZH du 2.9.1974); BERTHOUD, p. 203; ATF 101 Ia 460; KAUER, p. 83.

⁵⁴ AUBERT, 1991, p. 131; STÄHELIN, p. 254 (N18); KUHN 9/13.2.4. p. 2; JAR 1981, p. 263 (ArbGer. ZH du 13.6.1980).

l'article 324a alinéa 4 CO existe déjà dans le cadre de l'article 324b CO. Dans les rares cas d'équivalence qui peuvent se présenter, citons celui où les parties conviennent par écrit d'un régime où le travailleur reçoit moins que 80 % de son salaire, mais pendant une plus longue période que celle prévue par l'article 324a CO et les échelles y relatives. Ainsi, pour un jeune travailleur célibataire faisant son école de recrue, les parties pourraient convenir que celui-ci reçoive moins que 80 % de son salaire, mais pendant toute la durée de son école⁵⁵. REHBINDER⁵⁶ admet qu'un accord garantissant 50 % du salaire pendant toute la durée de l'école de recrue est équivalent au régime légal si le travailleur célibataire se trouve dans sa première ou deuxième année de service. STÄHELIN⁵⁷ cite un autre cas d'équivalence où l'employeur ne paie rien pendant le délai d'attente de deux jours imposé par la CNA mais complète le salaire de l'assurance jusqu'à 100 % pendant le temps limité. A notre avis, une telle pratique ne peut constituer un avantage réel pour le travailleur, car beaucoup d'absences dues à des accidents sont de courte durée⁵⁸.

La convention collective de travail nationale de l'hôtellerie et de la restauration, à son article 48 alinéa 1, prévoit que l'employeur paie au minimum la moitié des primes des assurances-accidents professionnels et non professionnels, le travailleur payant l'autre moitié des primes mais au maximum un certain pourcentage du salaire assuré. Cette forme d'équivalence nous semble peu indiquée, car il suffirait que le montant de la prime d'accidents non professionnels vienne à diminuer et à se situer en dessous du pourcentage payé par le travailleur⁵⁹ pour que l'équivalence ne soit plus réalisée. D'autre part, ce mode de financement nous semble contraire à la disposition de l'article 91 alinéa 1 LAA, qui prévoit que les primes de l'assurance obligatoire contre les accidents et maladies professionnels sont à la charge de l'employeur.

⁵⁵ STÄHELIN, p. 254 (N18).

⁵⁶ REHBINDER, p. 361 (N8).

⁵⁷ STÄHELIN, p. 254 (N19).

⁵⁸ FF 1984 II 628-629; la statistique qui ressort du message (FF 1984 II 628-629) concerne les accidents et les maladies indistinctement.

⁵⁹ On rappellera qu'en l'absence d'un accord entre parties, la prime d'assurance-accidents non professionnels est à la charge du travailleur.

V. LA COORDINATION AVEC L'ARTICLE 324a CO

La juxtaposition des régimes des articles 324a et 324b CO soulève la question de leur coordination. Sur quelle base sera indemnisé le travailleur lorsque surviennent des incapacités de travail relevant des articles 324a et 324b CO ?

Nous avons vu que, dans le cadre de l'article 324a CO le salaire minimum dû par l'employeur en cas d'incapacité de travail est, selon une opinion, un minimum en argent et, selon une autre opinion, un minimum en temps⁶⁰; dans le cadre de l'article 324b CO, en revanche, la doctrine et la jurisprudence admettent que ce minimum est fixé en temps, alors qu'à notre avis il s'agit d'un minimum en argent⁶¹.

Lorsque survient un empêchement de travailler relevant des articles 324a et 324b CO, il faudra établir si la théorie du minimum d'argent s'applique ou si le droit au salaire du travailleur se calcule comme un minimum de temps. Nous présentons ci-dessous trois exemples qui illustrent les conséquences de l'application de l'une ou de l'autre méthode.

Exemples

1/ Imaginons un salarié célibataire qui, dans sa deuxième année de service, a droit à un mois de salaire (4.33⁶² semaines) en cas d'empêchement de travailler. Ce salarié tombe malade trois semaines pendant sa deuxième année de service et effectue un cours de répétition de trois semaines, également pendant sa deuxième année de service. Son salaire est de Frs 4'333.35⁶³ mensuellement, soit Frs 1'000.- par semaine.

a. Application de la théorie du minimum d'argent⁶⁴

Selon la théorie du minimum d'argent, ce travailleur a droit à un mois de salaire en cas d'empêchement de travailler, soit Frs 4'333.35. Ce montant sera épuisé au fil de ses absences.

⁶⁰ Voir chapitre II ch. III.3.5.

⁶¹ Voir chapitre IX ch. III.4.2.2.

⁶² 4.33 semaines représentent 4 semaines et un tiers de semaine.

⁶³ Nous avons arrondi la somme aux 5 centimes.

⁶⁴ Défendue par AUBERT, 1991, p. 133; STREIFF, p. 127 (N31); KUHN 9/7.3, pp. 3-4.

Comme l'absence due à la maladie dure trois semaines, il recevra de son employeur 100 % de son salaire pendant trois semaines de maladie, soit Frs 3'000.- (3 X 1'000). Il lui reste donc Frs 1333.35 qu'il pourra utiliser au cours de sa prochaine absence due au service militaire.

Lorsque le travailleur se rend "sous les drapeaux", l'assurance lui verse 45 % de son salaire et l'employeur complète les prestations de l'assurance pour qu'elle atteigne 80 % du salaire, mais au maximum jusqu'à ce que le crédit de Frs 1333.35 soit épuisé. L'employeur verse donc 35 % du salaire (80 % - 45 %), ce qui correspond, par semaine, à Frs 350.-⁶⁵. Le travailleur reçoit ainsi, pendant toute la durée de son cours de répétition, 80 % de son salaire. Il lui reste, à son retour, un crédit de Frs 283.35 (1'333.35 - 1'050).

b. Application de la théorie du minimum de temps⁶⁶

Selon la théorie du minimum de temps, le droit du travailleur en cas d'empêchement de travailler est limité à un mois, quelles que soient les causes de l'empêchement. Dans ce cas particulier, le travailleur a droit, pendant les trois semaines de maladie, à son salaire à 100 %, soit Frs 3'000.- (3 X 1'000) et, ensuite, à 1.33 semaines à 35 %, soit Frs 466.65, donc au total Frs 3'466.65. Avec la théorie du minimum de temps, le travailleur ne recevra, pour la fin de son service militaire (1.66 semaines), qu'une prestation réduite (45 % de son salaire versé par le régime des allocations pour perte de gain), car son crédit est épuisé.

La différence avec la méthode ci-dessus représente Frs 866.70 (4'333.35 - 3'466.65).

- 2/ Les incapacités sont inversées par rapport à l'exemple précédent, les autres paramètres restant inchangés. Le travailleur effectue un cours de répétition pendant trois semaines puis tombe malade durant trois semaines.

⁶⁵ $4'333.33/4.33 = 1'000 \times 0.35 = 350.-$. Voir également l'exemple D'AUBERT, in: CGSS 1990/7, p. 151.

⁶⁶ Défendue par REHBINDER, p. 358 (N3); STÄHELIN, p. 225 (N7); BRÜHWILER, p. 91 (N8) et p. 94 (N10b).

a. Application de la théorie du minimum d'argent

L'employeur versera au travailleur le montant correspondant à trois semaines de service militaire, soit Frs 1'050 (3 X 350), puis le montant correspondant à trois semaines de maladie, soit Frs 3'000.-. La situation du travailleur par rapport à l'exemple précédent reste identique. Il sera indemnisé pendant toute la durée de son absence et il lui restera un crédit de Frs 283.35.

b. Application de la théorie du minimum de temps

L'employeur versera au travailleur, durant trois semaines, 35 % du salaire, soit Frs 1'050 et pendant 1.33 semaines le salaire dû à la maladie, soit Frs 1'333.35 (1.33 X 1'000). Au total, la somme versée par l'employeur est de Frs 2'383.35. La différence avec l'autre méthode représente Frs 1'950.-. (4'333.35 - 2'383.35). D'autre part, le salarié est privé de salaire pendant 1.66 semaines de maladie car son crédit est épuisé.

- 3/ Durant sa première année de service, un travailleur est victime d'un accident couvert par l'assurance-militaire. Il est empêché de travailler durant trois semaines et l'employeur doit lui verser 20 % de son salaire afin que le minimum légal de 80 % soit atteint (son salaire dépasse donc le gain maximum assuré de l'assurance-militaire). Dans la même année de service, il tombe malade durant deux semaines. Son droit au salaire est celui prévu par la disposition légale, soit trois semaines.

a. Application de la théorie du minimum d'argent

Selon la théorie du minimum d'argent, son droit au salaire est de quinze jours⁶⁷ à 100 %. Comme l'employeur a dû verser, durant trois semaines, le salaire à 20 %, cela correspond à quinze jours de travail à 20 % équivalant à trois jours de travail à 100 %. Il reste donc au travailleur un crédit de douze jours (15-3) à 100 %. Durant sa maladie, il recevra donc son salaire à 100 % et il lui restera encore, après celle-ci, un crédit de deux jours (12-10).

⁶⁷ Nous supposons que la semaine de travail est de cinq jours.

b. Application de la théorie du minimum de temps

Selon la théorie du minimum de temps, l'employeur versera 20 % du salaire pendant la durée de l'accident (trois semaines), mais aucun salaire pendant la maladie, puisque le crédit du travailleur est épuisé. La différence avec la méthode du minimum d'argent est de douze jours.

Comme le montrent les travaux parlementaires⁶⁸, la disposition de l'article 324b CO a pour but de dispenser l'employeur de certaines prestations en cas d'accident ou de service militaire et non d'accorder au travailleur une protection moindre que celle dont il bénéficie dans les cas d'incapacité non couverte par une assurance obligatoire.

En outre, le principe posé par l'article 324a CO est que le droit au salaire doit être fixé équitablement et non au détriment du travailleur⁶⁹. Si l'on appliquait la théorie du minimum de temps, l'ordre des incapacités ainsi que les taux d'indemnisation des assurances influenceraient le droit au salaire du travailleur. Les droits du salarié varieraient ainsi selon le hasard et, de ce fait, ne sauraient être qualifiés d'équitables, comme le prévoit l'article 324a alinéa 2 CO ("*...le salaire pour une période plus longue fixée équitablement...*")⁷⁰.

Enfin, comme nous l'avons déjà dit, les articles 324a et 324b CO forment un tout, l'un constituant simplement une exception par rapport à l'autre. Il est donc logique d'interpréter d'une manière analogue les deux systèmes évoqués par ces dispositions.

A notre avis, le principe posé par les articles 324a et 324b CO est que le droit au salaire consiste en un crédit d'argent, que le travailleur épuise au fil des incapacités de travail.

⁶⁸ BOCN 1969, pp. 460 ss; BOCE 1970, pp. 327 ss; BOCN 1970, pp. 722 ss; BOCE 1971, pp. 63 ss; BOCN 1971, pp. 430 ss.

⁶⁹ KUHN 9/7.3, p. 3.

⁷⁰ AUBERT. in: CGSS 1990/7, p. 152.

CHAPITRE X

LES ASSURANCES OBLIGATOIRES

I. L'ASSURANCE-INVALIDITE

1. Historique

Le 26 juin 1919, le Conseil fédéral adressait un message et un projet de loi au Parlement¹ en vue de donner à la Confédération la compétence de légiférer dans le domaine de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité. Le peuple et les cantons adoptèrent l'article 34quater Cst. le 6 décembre 1925. La nouvelle disposition avait la teneur suivante:

"La Confédération instituera par voie législative l'assurance en cas de vieillesse et l'assurance des survivants; elle pourra introduire ultérieurement l'assurance en cas d'invalidité.

Elle pourra déclarer ces assurances obligatoires en général ou pour certaines catégories de citoyens.

Les assurances seront réalisées avec le concours des cantons; il pourra être fait appel au concours de caisses d'assurance publiques ou privées.

Les deux premières branches d'assurance sont introduites simultanément.

Les contributions financières de la Confédération et des cantons n'excéderont pas, en tout, la moitié du montant total nécessaire à l'assurance.

Dès le 1er janvier 1926, la Confédération affectera à l'assurance en cas de vieillesse et à l'assurance des survivants le produit total de l'imposition du tabac.

La part de la Confédération aux recettes nettes provenant de l'imposition des eaux-de-vie sera affectée à l'assurance en cas de vieillesse et à l'assurance des survivants."

¹ FF 1919 IV 1.

Alors que le message² envisageait une naissance simultanée des trois assurances (vieillesse, survivants et invalidité), le Parlement n'imposa pas à la Confédération le mandat d'introduire l'assurance-invalidité ("*pourra introduire ultérieurement*"), ceci principalement à cause de la crise économique et de ses répercussions sur les finances fédérales³.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité en 1960, le risque de l'invalidité était partiellement couvert par diverses institutions publiques ou privées. Au niveau fédéral, certaines lois prévoyaient des prestations concernant cette éventualité. Il s'agissait de la loi sur l'assurance-militaire fédérale, du 20 septembre 1949⁴, modifiant celle du 28 juin 1901, de la loi sur l'assurance-maladie et accidents, du 13 juin 1911⁵, de la loi fédérale sur l'amélioration de l'agriculture et le maintien de la population paysanne, du 3 octobre 1951⁶ et de la loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse, du 23 septembre 1953⁷.

Au niveau cantonal, certains cantons avaient adopté des réglementations en matière d'affiliation soit à une caisse soit à une assurance-invalidité. Ainsi, le canton de Glaris avait-il créé, en 1918, une assurance-invalidité obligatoire⁸. Les cantons de Genève, Soleure et Bâle-Ville instituèrent l'aide aux invalides dans les années 1950. Des réglementations analogues étaient également en vigueur dans plusieurs communes⁹.

On signalera encore que les caisses de pension publiques ou privées et les compagnies d'assurance privées pratiquaient l'assurance-invalidité en complément à l'assurance-vie et accidents et versaient des rentes

² FF 1919 IV 221.

³ MAHON, 1983, p. 51.

⁴ RS 833.10.

⁵ RS 832.10.

⁶ RS 910.1. La loi obligeait les chefs d'exploitation à conclure une assurance contre les accidents professionnels en faveur de leur personnel et prévoyait une indemnité en cas d'invalidité.

⁷ RS 747.30. La loi imposait aux armateurs de conclure une assurance contre les accidents professionnels en faveur de leur équipage et prévoyait une indemnité en cas d'invalidité.

⁸ FF 1958 II 1164; MAHON, 1983, p. 51.

⁹ MAHON, 1983, p. 51.

d'invalidité¹⁰. Enfin, il existait des institutions d'entraide et de nombreuses oeuvres d'assistance qui servaient des prestations en cas d'invalidité¹¹.

Ce n'est que vers les années 1950, après l'adoption de la loi sur l'AVS, qu'on repara de l'introduction de l'assurance-invalidité. Le 13 septembre 1955, le Conseil fédéral constitua une commission d'experts¹², qui remit son rapport le 30 novembre 1956. Ce rapport servit de base au Conseil fédéral pour élaborer le projet de loi qu'il adressa aux Chambres fédérales le 24 octobre 1958¹³. L'Assemblée fédérale fit preuve de beaucoup de célérité et adopta la loi fédérale sur l'assurance-invalidité le 19 juin 1959¹⁴. Celle-ci est entrée en vigueur le 1er janvier 1960. Le Conseil fédéral a édicté le règlement sur l'assurance-invalidité le 17 janvier 1961¹⁵ (avec entrée en vigueur rétroactive au 1er janvier 1961).

Depuis le 1er janvier 1966, la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS/AI du 19 mars 1965¹⁶ complète le système des rentes AI. Dans sa conception initiale, indique MAURER¹⁷, l'AVS/AI ne devait être qu'une assurance de base complétée par la suite par une prévoyance professionnelle. Mais, après l'introduction de l'AVS/AI, la nouvelle loi de complément apparaissait incertaine. On s'orienta donc vers une solution rapidement applicable, qui se présenta sous la forme des prestations complémentaires, lesquelles étaient dues à celui qui, malgré la rente AVS/AI, était encore dans le besoin¹⁸.

Le 5 octobre 1967, la loi sur l'assurance-invalidité a fait l'objet d'une révision autonome importante¹⁹, qui est entrée en vigueur le 1er janvier

¹⁰ Ibidem.

¹¹ FF 1958 II 1164.

¹² Comme suite aux initiatives du Parti socialiste suisse et du Parti du travail (FF 1958 II 1167) visant à instaurer une assurance-invalidité.

¹³ FF 1958 II 1161 ss.

¹⁴ Aucune demande de référendum ne fut déposée.

¹⁵ RO 1961 29 ss (règlement d'exécution de la loi sur l'assurance-invalidité, du 17 janvier 1961).

¹⁶ RO 1965 541 ss (loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, du 19 mars 1965).

¹⁷ MAURER, 1982, p. 589.

¹⁸ Pour plus de détails sur la loi, voir MAURER, 1982, p. 589; GREBER, 1982, pp. 157-158.

¹⁹ Les modifications apportées à la législation en matière d'AVS s'appliquent généralement à l'AI. Ainsi, lorsque les rentes sont augmentées, elles le sont pour l'AVS et l'AI.

1968²⁰. Cette révision s'est étendue à tous les domaines de l'AI, sans cependant en toucher les structures²¹. Parmi les changements intervenus, Greber²² signale l'abaissement de 20 à 18 ans de l'âge minimal fixé pour le début du droit aux rentes AI et aux allocations pour impotents, la suppression de la clause du besoin pour l'octroi des allocations pour impotents et le droit à des mesures de réadaptation indépendamment des possibilités de reprendre une vie professionnelle²³.

Le 3 décembre 1972, le peuple et les cantons acceptèrent²⁴ le nouvel article 34quater Cst. remplaçant l'article 34quater de 1925²⁵. L'AVS et l'AI sont dès lors conçues comme constituant le premier pilier de la prévoyance sociale en faveur des personnes âgées, des survivants et des invalides, et non plus comme une simple assurance de base. Dix ans plus tard, le premier pilier fut complété par la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 25 juin 1982²⁶, qui entra en vigueur le 1er janvier 1985. Ce deuxième pilier vise à maintenir de façon appropriée le niveau de vie antérieur de l'assuré. Il complète donc les prestations versées par l'AVS et l'AI.

L'assurance-invalidité a encore subi deux révisions importantes. L'une a été adoptée par les Chambres le 9 octobre 1986 et est entrée en vigueur le 1er janvier 1988²⁷. Elle visait notamment à améliorer la situation des jeunes handicapés qui suivaient une formation professionnelle initiale et des mineurs qui n'avaient pas encore exercé une activité lucrative en leur octroyant des indemnités journalières, à échelonner d'une manière plus nuancée les rentes d'après le degré d'invalidité, à accélérer la procédure administrative, ainsi qu'à donner

²⁰ RO 1968 29 ss (loi modifiant celle de l'assurance-invalidité, du 5 octobre 1967).

²¹ MAURER, 1982, p. 586.

²² GREBER, 1982, p. 158.

²³ Voir à ce sujet FF 1967 I 677 ss.

²⁴ L'art. 34quater fut accepté par 1'393'797 oui contre 418'018 non et par tous les cantons (FF 1973 I 69 ss).

²⁵ A l'origine de la révision constitutionnelle de l'art. 34quater Cst., on trouve trois initiatives populaires et un rapport d'experts. Il s'agit de l'initiative pour une véritable retraite populaire, déposée le 2 décembre 1969 par le Parti du travail, de l'initiative pour la création de pensions populaires, déposée le 18 mars 1970 par le Parti socialiste suisse, avec l'appui de l'Union syndicale suisse, de l'initiative pour un régime de prévoyance vieillesse, survivants et invalidité, déposée le 13 avril 1970 par les partis "bourgeois", et du rapport de la commission fédérale d'experts chargée d'examiner les mesures propres à encourager la prévoyance professionnelle pour les cas de vieillesse, d'invalidité et de décès, du 16 juillet 1970. Voir à ce sujet FF 1970 II 569 et AUBERT Jean-François, Exposé des institutions politiques de la Suisse à partir de quelques affaires controversées, pp. 103 ss.

²⁶ RS 831.40.

²⁷ RO 1987 447 ss.

au Conseil fédéral la compétence d'augmenter le taux de cotisation d'un cinquième au plus dans le but d'équilibrer les comptes de l'assurance. L'autre révision a été adoptée par les Chambres le 22 mars 1991 et est entrée en vigueur le 1er janvier 1992²⁸. Elle modifie l'organisation de l'assurance, prévoyant la création d'offices cantonaux AI, en remplacement des commissions AI et des offices régionaux²⁹.

2. L'éventualité invalidité

2.1. La définition de l'invalidité

L'article 4 LAI définit l'invalidité³⁰ comme la diminution de la capacité de gain, présumée permanente ou de longue durée, qui résulte d'une atteinte à la santé physique ou mentale provenant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident. Dans cette définition, on relèvera les éléments constitutifs suivants³¹:

- l'invalidité doit résulter d'une atteinte à la santé physique ou mentale (élément médical);
- l'invalidité doit entraîner une diminution de la capacité de gain présumée permanente ou de longue durée (élément économique);
- il doit exister un rapport de causalité adéquate entre l'atteinte à la santé et l'incapacité de gain (élément causal)

2.2. Les éléments constitutifs de l'invalidité

2.2.1. L'atteinte à la santé

Le premier élément de l'invalidité est d'ordre médical. L'invalidité doit provenir d'une atteinte à la santé physique ou mentale³².

²⁸ RO 1991 2377 ss.

²⁹ MAHON, 1993c, p. 3.

³⁰ L'art. 5 LAI définit l'invalidité pour les personnes n'exerçant pas d'activité lucrative avant d'être atteintes dans leur santé physique ou mentale. Nous n'en parlerons donc pas puisque cette notion déborde le cadre de notre étude.

³¹ Directives concernant l'invalidité et l'impotence (DII), p. 1.

³² Dans son message à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi sur l'assurance-invalidité ainsi qu'à un projet de loi modifiant celle de l'assurance-vieillesse et survivants, du 24 octobre 1958 (FF 1958 II 1161 ss), le Conseil fédéral souligne que les deux composantes de l'invalidité ne peuvent être séparées : "...la protection de

L'assurance-invalidité n'a donc pas à couvrir les conséquences d'une incapacité de gain qui n'est pas causée par une atteinte à la santé, par exemple une incapacité de gain résultant d'une cause économique comme le chômage ou une incapacité de gain provenant de circonstances personnelles comme la paresse, l'instabilité ou le manque d'ardeur au travail³³.

L'atteinte à la santé physique entraîne un dommage à l'intégrité corporelle, alors que l'atteinte à la santé mentale provoque une perturbation des facultés intellectuelles ou affectives et entrave de manière permanente ou pour assez longtemps la capacité de gain ou la capacité de travail spécifique (par exemple l'idiotie, les psychoses maniaco-dépressives, les désordres psychiques liés à des troubles graves du caractère, du comportement ou de l'affectivité d'origine post-traumatique, névrotique, psychopathique ou fonctionnelle pour autant qu'ils se manifestent avec un certain degré d'intensité et équivalant à une maladie)³⁴. Sans entrer dans les détails³⁵, nous signalons que les notions d'atteinte à la santé physique et mentale sont des notions juridiques et non médicales³⁶.

D'autre part, l'assurance-invalidité couvre toutes les formes d'invalidité quelles que soient leurs causes³⁷, contrairement à l'assurance-militaire ou l'assurance-accidents obligatoire, qui ne répondent que d'événements déterminés dont elles doivent assurer les suites. Ainsi, indique VALTERIO³⁸, la notion d'accident selon l'article 4 LAI n'exige pas qu'il soit satisfait à la définition donnée dans la loi sur l'assurance-accidents et rien ne pourrait, par exemple, motiver dans l'AI l'exclusion d'une atteinte à la santé découlant d'une tentative de

l'assurance ne doit pas seulement s'étendre à l'invalidité physique, mais aussi à l'invalidité mentale; en effet, l'invalidité mentale pose, en général, les mêmes problèmes que l'invalidité physique, et leurs effets économiques, en particulier, peuvent être les mêmes. En outre, les deux genres d'infirmités se présentent fréquemment ensemble, de sorte qu'il n'est souvent pas possible d'établir une distinction précise entre infirmité physique et infirmité mentale..."(FF 1958 II 1184).

³³ VALTERIO, 1985, p. 52; DESPLAND, 1987, p. 12; RCC 1980, pp. 260 ss (ATFA du 8.10.1979).

³⁴ VALTERIO, 1985, p. 53, avec références.

³⁵ Nous renvoyons le lecteur intéressé à l'ouvrage de VALTERIO, 1985, pp. 52 ss.

³⁶ SPIRA, 1982, p. 205; RCC 1962, p. 200 (ATFA du 27 janvier 1962); RCC 1971, p. 196 (ATFA du 15 septembre 1970); RCC 1982, pp. 34 ss (ATFA du 23 janvier 1981); DESPLAND, 1987, p. 10.

³⁷ Le texte légal mentionne trois causes d'atteintes à la santé: les infirmités congénitales (qui figurent dans l'ordonnance concernant les infirmités congénitales, du 9 décembre 1985, RS 831.232.21), la maladie et l'accident.

³⁸ VALTERIO, 1985, p. 52.

suicide manquée, non-couverte par l'assurance-accidents. Dans l'AI, la cause de l'affection est juridiquement sans importance, sauf dans les cas de fautes intentionnelles ou de délits³⁹ ou lorsqu'il se présente un recours contre le tiers responsable de la maladie ou de l'accident⁴⁰.

2.2.2. L'incapacité de travail et de gain

L'invalidité comporte également un élément d'ordre économique. Il s'agit de l'incapacité de gain. Celle-ci se traduit, d'une part, par une diminution de la capacité de travail, c'est-à-dire l'impossibilité pour l'intéressé d'exercer, à cause d'une atteinte à la santé, tout ou partie de ses activités habituelles (profession, travaux ménagers) ou d'exercer une activité, mais avec le danger d'aggraver son état de santé⁴¹, et d'autre part, par l'absence d'une possibilité de mettre en valeur, économiquement, cette capacité de travail⁴².

Cet élément économique confère à l'assurance-invalidité son but prioritaire, qui est de reclasser dans la vie professionnelle ou non professionnelle des personnes qui auraient vu leur capacité de travail réduite à la suite d'une atteinte à la santé. L'activité proposée par l'assurance doit toutefois être raisonnablement exigible⁴³. Pour juger de l'activité que l'on peut raisonnablement exiger de l'assuré, l'assurance doit tenir compte des aptitudes physiques et mentales de l'intéressé, de sa formation professionnelle ainsi que des circonstances personnelles et familiales. Dans la détermination de la nouvelle activité, les préférences de l'assuré ne sont pas déterminantes, mais bien les perspectives de gain à long terme⁴⁴.

Pour savoir s'il y a incapacité de gain, il ne s'agit pas de rechercher uniquement si l'assuré peut ou non exercer l'activité qui était la sienne avant la survenance de l'atteinte à la santé, mais il faut encore déterminer si ses forces physiques le mettent ou ne le mettent pas en

³⁹ Art. 7 LAI.

⁴⁰ Art. 52 LAI.

⁴¹ RCC 1969, p. 572 (ATFA du 20 décembre 1968); RCC 1980, pp. 263 ss (ATFA du 16 août 1979); RAMA 1987, p. 394 (ATFA du 26 juin 1987).

⁴² Voir RÜEDI, pp. 147 ss.

⁴³ RÜEDI, p. 150.

⁴⁴ DESPLAND, 1987, p. 6. On peut attendre d'un assuré qu'il accepte une activité lucrative comportant un recul social si l'on doit admettre qu'il aurait vu, même sans atteinte à la santé, sa situation s'améliorer de façon importante pour des motifs personnels (ATFA du 30 septembre 1975 = RCC 1976, p. 285); cependant, selon le TFA (ATFA du 28 août 1981 = RCC 1982, pp. 472-473), on ne peut exiger d'un assuré, qui a occupé précédemment une position élevée, qu'il se résigne à une activité lucrative comportant un recul social manifeste.

état de profiter des possibilités de gain qui lui seraient offertes sur l'ensemble du marché du travail⁴⁵. Selon la conception universaliste de l'assurance-invalidité (l'assurance s'étend à l'ensemble de la population), le législateur a retenu le critère de l'incapacité de gain (c'est-à-dire l'impossibilité permanente ou de longue durée de gagner sa vie sur l'ensemble du marché du travail à cause d'une atteinte à la santé, ceci après avoir épuisé tous les efforts et les possibilités de réadaptation), et non celui de l'incapacité professionnelle (c'est-à-dire l'impossibilité d'exercer une profession donnée). Si l'atteinte à la santé interdit l'accès à une profession, ou à un petit nombre de professions, sans pour autant restreindre le libre-choix de l'assuré, elle ne porte pas atteinte à la capacité de gain en général⁴⁶.

La diminution de la capacité de gain doit être permanente ou de longue durée. Les conditions de l'incapacité permanente sont réalisées lorsqu'on ne doit pas s'attendre, selon toute vraisemblance, à une amélioration ou à une aggravation de l'état de santé de l'assuré⁴⁷. Quant à la diminution de la capacité de gain de longue durée, nous y reviendrons en détail ultérieurement⁴⁸.

2.2.3. La relation de cause à effet entre l'atteinte à la santé et l'incapacité de gain

La notion d'invalidité au sens de la LAI n'est réalisée que si l'incapacité de gain ou l'incapacité de travail spécifique résulte d'une atteinte à la santé. Il doit donc exister une relation de cause à effet entre ces deux éléments⁴⁹. On n'est pas en présence d'un cas d'invalidité lorsque l'incapacité de gain a été provoquée par des facteurs autres que ceux liés à l'atteinte à la santé, comme la situation économique, un manque d'ardeur au travail ou un comportement négligent ou négatif⁵⁰.

⁴⁵ VALTERIO, 1985, p. 58; MAURER, 1993, p. 141.

⁴⁶ VALTERIO, 1985, p. 58; RCC 1983, p. 429 (ATFA du 18 mai 1983).

⁴⁷ Art. 29 RAI; MAURER, 1993, p. 142.

⁴⁸ Voir chapitre X ch. 1.4.

⁴⁹ VALTERIO, 1985, p. 58, avec références.

⁵⁰ VALTERIO, 1985, p. 59. Lorsque la récession empêche un assuré suffisamment réadapté d'exercer une activité lucrative alors qu'il le pourrait si le marché du travail était équilibré ou que sa recherche d'un emploi est rendue plus difficile qu'à des personnes valides, celui-ci ne peut être considéré comme invalide (RCC 1977, p. 206 = ATFA du 4 octobre 1976). Il pourra alors, sous certaines conditions, recevoir les prestations de l'assurance-chômage (art. 15 OACI).

3. Le cercle des personnes assurées

3.1. L'affiliation obligatoire

L'article 34quater de la Constitution dispose que les assurances AVS/AI sont obligatoires pour l'ensemble de la population⁵¹. Le cercle des personnes assurées dans le cadre de l'assurance-invalidité est le même que celui de l'AVS. Il est défini à l'article 1 alinéa 1 LAVS, par renvoi de l'article 1 LAI, et comprend les personnes physiques qui ont leur domicile civil en Suisse, les personnes physiques qui exercent en Suisse une activité lucrative, ainsi que les ressortissants suisses qui travaillent à l'étranger pour le compte d'un employeur en Suisse et qui sont rémunérés par cet employeur.

Il ressort de cette définition que le cercle des personnes assurées relève d'une conception universaliste et ne se limite donc pas, comme pour d'autres assurances, aux personnes exerçant une activité lucrative.

L'article 1 alinéa 2 LAVS prévoit trois exceptions à l'assurance. La première concerne les ressortissants étrangers qui bénéficient de privilèges et d'immunités diplomatiques ou d'exemptions fiscales particulières⁵². La deuxième se rapporte aux personnes qui ne remplissent les conditions de l'article 1 alinéa 1 LAVS que pour une période relativement courte⁵³. La troisième s'applique aux personnes affiliées à une institution officielle étrangère d'assurance-vieillesse et survivants si l'assujettissement à la loi fédérale sur l'AVS constitue un cumul de charges trop lourd⁵⁴.

3.2. L'affiliation facultative

Certaines personnes, qui ne sont pas assurées à titre obligatoire, peuvent s'assurer facultativement à l'AVS/AI. Il s'agit des ressortissants suisses résidant à l'étranger qui ne sont pas obligatoirement assurés selon l'article 1 alinéa 1 LAVS. Ces personnes peuvent s'assurer facultativement si elles n'ont pas encore 50 ans révolus⁵⁵. D'autre part, les

⁵¹ Ce qui n'était pas le cas du précédent art. 34quater (version 1925). Le législateur fédéral pouvait déclarer l'assurance de ces éventualités (vieillesse, survivants et invalidité) obligatoire pour l'ensemble ou pour certaines catégories de la population (GREBER, 1982, p. 182).

⁵² Art. 1 RAVS.

⁵³ Art. 2 RAVS.

⁵⁴ Art. 3 RAVS.

⁵⁵ Art. 2 al. 1 LAVS.

ressortissants suisses qui cessent d'être obligatoirement affiliés à l'AVS/AI peuvent le demeurer à titre facultatif, quel que soit leur âge⁵⁶.

Les femmes dont le mari, ressortissant suisse résidant à l'étranger, ne s'est pas assuré facultativement ne peuvent le faire pour elles-mêmes que si leur mari n'en a pas légalement la possibilité ni ne l'a jamais eue ou si elles vivent séparées de leur mari depuis une année au moins; elles peuvent toutefois continuer l'assurance à titre facultatif si elles étaient assurées à titre obligatoire ou facultatif immédiatement après la conclusion du mariage⁵⁷. On précisera que si le mari s'assure à titre facultatif, la qualité d'assuré s'étend à l'épouse⁵⁸.

4. L'intervention en cas de maladie: la maladie de longue durée

Dans la première partie de notre étude, nous avons examiné de quelle manière le droit du travail s'appliquait lorsque le travailleur tombait malade. Lorsque l'incapacité de travail se prolonge, il convient maintenant d'examiner l'intervention de l'assurance-invalidité.

D'après le Tribunal fédéral des assurances⁵⁹, *"une incapacité de gain est de longue durée lorsque l'atteinte à la santé entraîne une incapacité de gain⁶⁰ pendant au moins 360 jours et qu'après cette durée, la capacité de gain est toujours restreinte. Des atteintes à la santé, qui n'ont pas au minimum cette conséquence (et qui n'entraînent pas non plus une incapacité de gain permanente), ne constituent pas une invalidité au sens de l'article 4 LAI et relèvent des domaines de l'assurance-maladie ou de l'assurance-accidents, ou du risque que l'individu supporte lui-même"*.

⁵⁶ Art. 2 al. 2 LAVS.

⁵⁷ Art. 2 al. 4 LAVS.

⁵⁸ GREBER, 1982, p. 187.

⁵⁹ ATF 102 V 165.

⁶⁰ A notre avis (également celui de MAURER, 1993, p. 142), il s'agit d'une incapacité de travail, car pendant les 360 premiers jours de maladie, l'assurance-invalidité ne juge pas de la capacité de gain de l'assuré. Elle intervient lorsque l'individu a été partiellement ou totalement incapable de travailler (professionnellement ou non professionnellement). L'incapacité de gain se fixe lorsque l'assuré a épuisé tous les efforts et les possibilités de réadaptation et qu'il lui est impossible, d'une manière permanente ou sur une longue durée, de gagner sa vie sur l'ensemble du marché du travail, à cause d'une atteinte à la santé (VALTERIO, 1985, p. 58).

La loi sur l'assurance-invalidité et la jurisprudence permettent de dégager, pour la maladie de longue durée, les caractéristiques suivantes:

- l'assuré doit être privé d'au moins 40 % de sa capacité de travail⁶¹;
- l'incapacité de travail de 40 % au moins doit avoir duré pendant 360 jours sans interruption notable⁶²;
- l'incapacité de gain (et non de travail) doit subsister après 360 jours⁶³ et elle doit être de 40 % au moins;
- l'état de santé de l'assuré peut encore s'améliorer ou s'altérer après le délai de 360 jours⁶⁴.

Lorsque les conditions de l'invalidité (s'agissant de la maladie de longue durée) sont réunies, l'assuré a droit à une rente qui sera versée pour tout le mois durant lequel la période de 360 jours vient à échéance⁶⁵, soit généralement après l'obligation de l'employeur de verser le salaire selon l'article 324b CO, mais pendant l'obligation de l'assurance-maladie de verser des indemnités journalières au travailleur (si une telle assurance a été conclue).

Dans le cadre de notre travail, nous étudierons deux types de prestations en espèces: d'une part, l'indemnité journalière liée à la réadaptation professionnelle de l'assuré, qui vise à rétablir, à améliorer, à sauvegarder ou à favoriser l'usage de la capacité de gain et, d'autre part, les rentes qui sont allouées dès que l'assuré présente une incapacité de gain durable de 40 % au moins ou si l'assuré a présenté, en moyenne, une incapacité de travail de 40 % au moins pendant une année sans interruption notable et qu'après cette durée la capacité de gain demeure toujours restreinte⁶⁶.

⁶¹ Art. 28 al. 1 LAI; RCC 1980, pp. 263 ss (ATFA du 16 août 1979); VALTERIO, 1985, p. 221.

⁶² Selon l'art. 29ter RAI, il y a interruption notable de l'incapacité de travail lorsque l'assuré a été entièrement apte au travail pendant 30 jours consécutifs au moins. Pour le calcul du délai de 30 jours, les dimanches et les jours de repos ne sont pas comptés. Le délai continue cependant à courir si la reprise du travail n'a qu'un but thérapeutique, alors qu'il ne subsiste plus de réelle capacité de travail utilisable sur le marché ou si l'activité exercée met manifestement à trop lourde contribution les forces de l'assuré (VALTERIO, 1985, pp. 222-223).

⁶³ RCC 1963, pp. 131 ss (ATFA du 5 novembre 1962).

⁶⁴ Contrairement à la notion d'invalidité permanente; voir à ce propos ATF 111 V 21 ss.

⁶⁵ RCC 1964, p. 286 (ATFA du 10 février 1964).

⁶⁶ Art. 29 al. 1 LAI; ATF 102 V 165 ss.

5. Les indemnités journalières de réadaptation

5.1. Généralités

Le but premier de l'assurance-invalidité est de rétablir la capacité de gain ou de travail de l'assuré⁶⁷. Celui-ci devra, dès lors, se soumettre à des mesures de réadaptation susceptibles d'améliorer de façon durable et importante sa capacité de gain ou de la préserver d'une diminution notable⁶⁸.

Les mesures de réadaptation comprennent des mesures médicales, des mesures d'ordre professionnel (orientation professionnelle, formation professionnelle initiale, reclassement professionnel, service de placement), des mesures pour la formation scolaire spéciale et en faveur de mineurs imputés, ainsi que l'octroi de moyens auxiliaires. Lorsque le droit à de telles mesures est reconnu et que les mesures de réadaptation empêchent l'assuré d'exercer une activité lucrative durant 3 jours consécutifs au moins ou s'il présente, dans son activité habituelle, une incapacité de travail de 50 % au moins, l'assuré a droit à une indemnité journalière de réadaptation de l'AI. A certaines conditions, l'indemnité est également allouée pendant la durée d'un examen nécessité par l'instruction d'une demande de prestations, lorsque les mesures de réadaptation empêchent l'assuré d'exercer une activité lucrative durant 2 jours consécutifs au moins ou pendant 3 jours isolés au moins au cours d'un mois civil, ainsi que pendant le délai d'attente qui précède l'exécution de mesures de réadaptation et lors de la mise au courant d'un nouvel emploi⁶⁹. Une indemnité journalière est également allouée aux assurés en cours de formation professionnelle initiale ainsi qu'aux assurés mineurs qui n'ont pas encore exercé d'activité lucrative, lorsqu'ils subissent un manque à gagner dû à l'invalidité⁷⁰.

Lorsque la mesure envisagée ne vise pas à rétablir la capacité de gain⁷¹ (principalement à réadapter l'assuré professionnellement), l'assuré ne peut prétendre aux mesures de réadaptation et ne saurait, dès lors, percevoir une indemnité journalière de l'assurance-invalidité⁷².

⁶⁷ ATF 108 V 212-213; ATF 100 V 189.

⁶⁸ MAURER, 1993, p. 148; VIRET (1979, p. 19) indique que cette formulation négative vise à tracer une limite entre le domaine de l'assurance-maladie et celui de l'assurance-invalidité.

⁶⁹ Art. 22 al. 1 LAI et art. 17 à 20 RAI.

⁷⁰ Art. 22 al. 1 LAI.

⁷¹ Ou à l'améliorer, à la sauvegarder ou à en favoriser l'usage.

⁷² VIRET, 1979, p. 19.

L'indemnité journalière est allouée au plus tôt dès le premier jour du mois qui suit le dix-huitième anniversaire de l'assuré. Le droit à l'indemnité s'éteint au plus tard à la fin du mois au cours duquel les hommes ont accompli leur 65^e année, et les femmes leur 62^e année⁷³.

Les dispositions de la loi fédérale sur le régime des allocations pour perte de gain en faveur des personnes servant dans l'armée ou dans la protection civile (LAPG), qui régissent le montant, le mode de calcul et les taux maximum des allocations, s'appliquent aux indemnités journalières⁷⁴. Si l'assuré exerçait une activité lucrative avant la réadaptation, la base de calcul de l'indemnité journalière sera le revenu du travail acquis dans sa dernière activité⁷⁵.

En vertu du caractère universel de l'assurance-invalidité, la perte du statut de salarié (après la fin du contrat de travail) demeure sans effet sur le droit éventuel aux mesures de réadaptation de l'AI. Les indemnités journalières de réadaptation sont versées tant que l'assuré est en stage de réadaptation⁷⁶.

S.2. Coordination entre les indemnités journalières de l'assurance-invalidité et l'article 324b CO

Il se peut que, lorsque l'AI verse une indemnité journalière, le travailleur soit toujours lié par un contrat de travail et bénéficie d'une rémunération de son employeur. Dans ce cas, les indemnités journalières reviennent à l'employeur dans la mesure où il verse un salaire ou un traitement à l'assuré pendant la réadaptation⁷⁷. Cette disposition permet d'éliminer le risque de surindemnisation du travailleur⁷⁸. L'employeur reste alors tenu de verser le salaire dans les limites de l'article 324b CO, puisque le travailleur est assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler⁷⁹.

⁷³ Art. 22 al. 2 LAI.

⁷⁴ Art. 24 al. 1 LAI; voir chapitre X ch. IV.5.

⁷⁵ Art. 24 al. 2 LAI.

⁷⁶ VIRET, 1979, p. 20.

⁷⁷ Art. 47 al. 2 LAI.

⁷⁸ AUBERT, 1991, p. 82; VIRET, 1979, p. 19.

⁷⁹ Voir chapitre IX ch. I.1.2.2.

5.3. Coordination entre l'indemnité journalière de l'assurance-invalidité et les indemnités journalières de l'assurance-maladie

Lorsque le travailleur reçoit des indemnités journalières de l'assurance-maladie, se pose la question de la coordination entre les deux types d'indemnités (maladie et invalidité). La réponse à ce problème ne figure pas dans la loi sur l'assurance-invalidité, mais dans celle sur l'assurance-maladie. L'indemnité de maladie est réduite dans la mesure où, additionnée à l'indemnité de l'assurance-invalidité, elle dépasse le montant de la perte de gain⁸⁰. L'assuré bénéficiera ainsi pendant une plus longue durée des indemnités de l'assureur-maladie, si celles-ci sont réduites. Le travailleur bénéficiant d'indemnités journalières de l'assurance-maladie est donc mieux traité que celui qui n'a pas conclu une telle assurance. Dans le premier cas, il recevra l'indemnité de l'AI plus l'indemnité de l'assurance-maladie, réduite à concurrence du 100 % du salaire. Dans le deuxième cas, le travailleur recevra seulement 80 % de son salaire et uniquement pendant le temps limité selon l'article 324b CO.

6. Les rentes d'invalidité

6.1. Généralités

Le droit à la rente prend naissance lorsque l'assuré, après d'éventuelles mesures de réadaptation, présente une incapacité de gain durable de 40 % au moins ou a présenté, en moyenne, une incapacité de travail de 40 % au moins pendant une année sans interruption notable et présente encore, à l'échéance de ce délai, une incapacité de gain de 40 % au moins⁸¹. Dans le premier cas, on parlera d'invalidité "permanente", dans le second cas, d'invalidité de "longue durée"⁸².

⁸⁰ Art. 72 al. 5 et 78 al. 2 LAMal; Voir également VIRET, 1979, p. 19; VALTERIO, 1985, p. 291; ATF 111 V 235 ss (où le Tribunal fédéral a jugé qu'un assuré au bénéfice de mesures de réadaptation professionnelle de l'AI ne peut se voir refuser le versement des indemnités journalières de l'assurance-maladie sous prétexte qu'il a recouvré sa capacité de travail pendant l'application desdites mesures).

⁸¹ Art. 29 al. 1 LAI.

⁸² VALTERIO, 1985, p. 218.

Lorsque l'invalidité est permanente⁸³, on ne doit pas s'attendre, selon toute vraisemblance, à une amélioration ou à une aggravation de l'état de santé de l'assuré⁸⁴.

L'invalidité de longue durée n'implique pas une telle prévision de permanence⁸⁵. L'assuré doit avoir présenté, en moyenne, une incapacité de travail de 40 % au moins, durant 360 jours consécutifs sans interruption notable et présenter encore, après ce délai, une incapacité de gain de 40 % au moins. Dans ce cas, la rente est allouée dès et y compris le mois au cours duquel la période de 360 jours arrive à échéance, mais au plus tôt dès le mois qui suit le dix-huitième anniversaire de l'assuré⁸⁶. L'assuré cesse d'avoir droit à la rente dès qu'il peut prétendre à la rente AVS, dès qu'il décède ou encore dès que cesse l'invalidité⁸⁷. Le mode de calcul et le type des rentes d'invalidité correspondent à ceux des rentes de l'AVS.

La statistique montre qu'en matière de maladie tout au moins, les rentes AI sont versées, dans leur très grande majorité, au terme du délai d'attente de 360 jours, soit après que le droit au salaire selon l'article 324b CO se soit éteint⁸⁸.

La loi sur l'assurance-invalidité prévoit différents degrés d'invalidité donnant naissance soit à une rente partielle soit à une rente entière. Le tableau suivant indique cette répartition⁸⁹:

⁸³ Il s'agit en effet d'une incapacité de gain permanente.

⁸⁴ Art. 29 RAI; voir également ATF 97 V 244 ss; RCC 1972, pp. 570 ss (ATFA du 10 décembre 1971); RCC 1964, pp. 508 ss (ATFA du 22 septembre 1964).

⁸⁵ VALTERIO, 1985, p. 218.

⁸⁶ Art. 29 al. 2 LAI.

⁸⁷ Art. 30 al. 1 LAI; art. 41 LAI.

⁸⁸ SPIRA, 1982, p. 217; VIRET, 1979, p. 18. Des statistiques représentatives de toute la Suisse et portant sur 318'000 cas d'absence dus à la maladie et à l'accident montrent que les absences de plus de 60 jours constituent 2,9 % des cas seulement. Une absence supérieure à 360 jours n'intervient que dans un cas sur mille. Par rapport à l'ensemble du personnel des entreprises incluses dans la statistique (120'000 personnes observées pendant une période de 3 ans), 1,74 % des travailleurs étaient empêchés de travailler en raison de maladie et d'accident pendant plus de 60 jours et 0,6 ‰ pendant plus de 360 jours (FF 1984 II 628-629).

⁸⁹ Art. 28 al. 1 LAI.

Degré d'invalidité	Droit à la rente en fraction de la rente entière
40 pour cent au moins	un quart de rente*
50 pour cent au moins	une demi rente
66 2/3 pour cent	une rente entière

* Dans les cas pénibles, une invalidité de 40 % au moins ouvre le droit à une demi-rente⁹⁰.

Comme dans le cadre de l'indemnité journalière de l'AI, il convient d'examiner les cas de concours de la rente AI avec le droit au salaire selon l'article 324b CO, ainsi qu'avec les indemnités journalières services par l'assureur-maladie. Dans cette étude, nous tiendrons principalement compte de la rente AI versée en cas de maladie de longue durée, puisque, en pratique, cette variante est appliquée de manière presque exclusive⁹¹.

6.2. Coordination entre la rente de l'assurance-invalidité et l'article 324b CO

La rente de l'assurance-invalidité n'entre généralement pas dans le champ d'application de l'article 324b CO, puisque, dans la plupart des cas, le temps limité selon l'article 324b CO ou les échelles approuvées par les partenaires sociaux s'est déjà éteint lorsque naît la rente AI. Il existe pourtant deux hypothèses où la rente peut entrer en concours avec l'obligation patronale de verser le salaire: celle où le caractère définitif de l'invalidité peut être déterminé immédiatement et celle où le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler est très long⁹². Dans ces deux cas, il se justifie d'appliquer l'article 324b CO puisque la rente d'invalidité est versée en vertu d'une assurance obligatoire. L'employeur a donc l'obligation de compléter la rente afin qu'elle atteigne

⁹⁰ Art. 28 al. 1bis LAI; l'art. 28bis RAI définit la notion de cas pénible.

⁹¹ SPIRA, 1982, p. 217.

⁹² Voir chapitre IX ch. I.1.2.3.

les quatre cinquièmes du salaire du travailleur pendant le temps limité prévu par l'article 324b CO ou par l'échelle appliquée. D'autre part, dans ces deux hypothèses, l'employeur devra compléter (jusqu'à 80 % du salaire du travailleur) les prestations d'assurance lorsque celles-ci sont réduites pour un motif propre à l'assurance-invalidité, mais qui n'est pas applicable en droit du travail.

6.3. Coordination entre la rente de l'assurance-invalidité et les indemnités journalières de l'assurance-maladie

Lorsque l'assurance-maladie verse des indemnités journalières et que l'assurance-invalidité accorde une rente d'invalidité, l'assuré peut cumuler les deux prestations⁹³, sous réserve de surassurance⁹⁴.

Lorsque l'assurance-maladie réduit ses prestations en vue d'éviter la surassurance, elle doit augmenter "proportionnellement" la durée d'indemnisation. Ainsi, lorsque l'indemnité journalière de l'assurance-maladie est servie pendant 720 jours dans l'espace de 900 jours consécutifs et que cette indemnité doit être réduite de moitié pour éviter la surassurance, la durée d'indemnisation passera à 1'440 jours compris dans l'espace de 1'800 jours consécutifs⁹⁵.

7. Le travailleur ne reçoit aucun salaire

Dans la plupart des cas, la rente d'invalidité intervient après 360 jours. Les travailleurs qui ne sont pas assurés pour une indemnité journalière en cas de maladie ont, le plus souvent, un droit au salaire bien inférieur à une année. L'échelle bernoise prévoit, dès la 20^e année de service, un droit au salaire de six mois, l'échelle bâloise de cinq mois, l'ancienne échelle zurichoise de vingt-deux semaines, les recommandations relatives aux conditions de travail des employés de six mois. Comme on le constate, il faut avoir travaillé longtemps dans une entreprise pour recevoir six mois de salaire. Cela signifie que notre système de "sécurité sociale" ne prévoit aucun revenu de substitution pour tous les

⁹³ DUC, 1978, p. 33; VIRET, 1979, p. 19.

⁹⁴ Art. 72 al. 5 et 78 al. 2 LAMal.

⁹⁵ DUC, 1987, p. 186, avec références: voir également l'art. 72 al. 5 LAMal.

travailleurs qui ont épuisé leur droit au salaire selon l'article 324a CO et qui ne reçoivent pas encore, soit des indemnités journalières de l'AI, soit une rente d'invalidité. Le travailleur qui n'aurait donc pas conclu une assurance d'une indemnité journalière en cas de maladie se trouvera privé de revenu jusqu'au jour où il bénéficiera des prestations de l'assurance-invalidité.

8. La faute de l'assuré

Les prestations en espèces, excepté les indemnités journalières et les allocations pour impotents⁹⁶, peuvent être refusées, réduites ou retirées, temporairement ou définitivement, à l'assuré qui a causé ou aggravé son invalidité intentionnellement, ou en commettant un crime ou un délit⁹⁷. Cette sanction ne s'applique pas aux proches, sauf s'ils ont eux-mêmes causé ou aggravé l'invalidité de l'assuré intentionnellement, ou en commettant un crime ou un délit⁹⁸. Selon une jurisprudence récente⁹⁹, le Tribunal fédéral a jugé que les prestations en espèces ne pouvaient être réduites comme suite à une faute grave non intentionnelle de l'assuré¹⁰⁰.

⁹⁶ Art. 38 RAI. L'art. 10 al. 2 LAI prévoit toutefois: "*l'assuré a le devoir de faciliter toutes les mesures prises en vue de sa réadaptation à la vie professionnelle. L'assurance peut suspendre ses prestations si l'ayant droit entrave ou empêche la réadaptation*". Une sanction n'est admissible que si la mesure est raisonnablement exigible (MAURER, 1993, p. 170). Une mesure représentant un danger pour la vie et la santé n'est pas raisonnablement exigible (ATF 105 V 179).

⁹⁷ Art. 7 al. 1 LAI.

⁹⁸ Art. 7 al. 2 LAI; voir à ce sujet ATF 101V 206, où la suppression d'une rente d'invalidité entraîne la suppression des rentes complémentaires, car c'est l'invalidité de l'assuré qui est remise en question.

⁹⁹ ATF 119 V 171 ss.

¹⁰⁰ Le Tribunal fédéral modifie ainsi une pratique très controversée et considère, dès lors, que le droit international est directement applicable. Aux termes de l'art. 32 § 1 lit. e de la Convention OIT no 128 concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants du 29 juin 1967, en vigueur pour la Suisse depuis le 13 septembre 1978 et de l'art. 68 lit. f du Code européen de sécurité sociale (CESS) du 16 avril 1964, en vigueur dans notre pays depuis le 17 septembre 1978, les prestations d'assurances sociales auxquelles une personne aurait droit peuvent être "*suspendues*", c'est-à-dire refusées, réduites ou retirées, lorsque l'éventualité a été provoquée "*par une faute grave et intentionnelle*" selon la Convention OIT no 128, ou "*par une faute intentionnelle de l'intéressé*" selon le CESS. Le Tribunal fédéral a considéré que ces règles de droit international n'autorisaient plus l'assurance-invalidité et l'assurance-accidents (mais uniquement dans le cas d'accidents et de maladies professionnels) à réduire leurs prestations pour faute grave non intentionnelle de l'assuré. En revanche, la réduction pour négligence grave reste possible en cas d'accidents non professionnels.

La faute intentionnelle suppose la capacité de discernement de l'auteur et celle d'agir raisonnablement et en connaissance de cause¹⁰¹. Il doit, en outre, exister un rapport de causalité adéquate entre la faute intentionnelle de l'assuré et l'invalidité. Peu importe que le comportement de l'assuré ou du tiers soit la cause totale ou partielle de l'invalidité¹⁰².

Dans le cadre des réductions des prestations en espèces de l'AI, il convient de mentionner l'article 31 LAI. Cette disposition prévoit un refus du versement de la rente lorsque l'assuré se soustrait ou s'oppose à une mesure de réadaptation raisonnablement exigible, qui améliorerait notablement sa capacité de gain¹⁰³, ou qu'il ne tente pas d'améliorer celle-ci de sa propre initiative alors qu'il le pourrait normalement¹⁰⁴. Dans tous les cas, l'assurance enjoindra à l'assuré de participer à sa réadaptation, en lui impartissant un délai coovenable et en l'avertissant¹⁰⁵ des conséquences qu'aurait sa passivité. Si l'assuré n'obtempère pas à cette mise en demeure, la rente lui sera refusée ou retirée temporairement ou définitivement¹⁰⁶. Le refus de la rente d'invalidité s'étend également aux rentes complémentaires¹⁰⁷. Si la rente est refusée, l'assuré pourra présenter une nouvelle demande lorsqu'il reviendra à de meilleurs sentiments.

La sanction en cas de délit consiste généralement en une réduction de la rente et non en sa suppression totale¹⁰⁸. Le refus de la rente est possible dans les cas particulièrement graves, par exemple lorsque l'assuré a provoqué son invalidité en vue de toucher des prestations ou lorsqu'il a commis un crime¹⁰⁹. La sanction doit être proportionnelle à la gravité de la faute, compte tenu de l'ensemble des circonstances. Les pourcentages de réduction s'établissent généralement entre 10 % et

¹⁰¹ VALTERIO, 1985, pp. 78-79.

¹⁰² VALTERIO, 1985, p. 79.

¹⁰³ On ne peut raisonnablement exiger d'un assuré qu'il se soumette à des mesures de réadaptation qui aboutiraient vraisemblablement à un échec; une mesure ne peut être ordonnée que si elle aboutira vraisemblablement à une amélioration de la capacité de gain, donc à une réduction du taux d'invalidité (RCC 1973, pp. 533 ss; ATFA du 9 octobre 1973; RCC 1965, pp. 199 ss; ATFA du 24 février 1964); voir également l'art. 31 al. 2 LAI.

¹⁰⁴ Ainsi, l'assuré ne peut être mis au bénéfice d'une rente AI s'il renonce, pour des raisons étrangères à l'atteinte à la santé, à entreprendre des démarches visant à l'obtention d'un revenu professionnel (VALTERIO, 1985, p. 234).

¹⁰⁵ L'avertissement doit se faire par sommation écrite lorsqu'il s'agit de supprimer la rente (VALTERIO, 1985, p. 234).

¹⁰⁶ Art. 31 al. 1 LAI.

¹⁰⁷ ATF 101 V 206; RCC 1976, pp. 289 ss (ATFA du 3 juillet 1975).

¹⁰⁸ ATF 119 V 248.

¹⁰⁹ VALTERIO, 1985, p. 80.

50 %¹¹⁰. Dans tous les cas, les circonstances atténuantes, par exemple une intelligence limitée ou de mauvaises conditions du milieu ou d'éducation, seroat de nature à influencer le degré de la sanction¹¹¹. La sanction a un caractère personnel et ne s'étend pas aux proches¹¹² (sauf s'ils ont intentionnellement, ou en commettant un crime ou un délit, causé ou aggravé l'invalidité de l'assuré). Elle sera maintenue aussi longtemps que dure l'effet du comportement fautif sur l'invalidité¹¹³.

II. L'ASSURANCE-MILITAIRE

1. Historique

L'assurance-militaire est la plus ancienne institution fédérale en matière d'assurances sociales. La première loi datait du 22 avril 1799 et concernait l'aide aux militaires blessés et à leur famille. Les secours prévus ne se distinguaient guère de l'assistance civile. Cette loi ne déploya ses effets que jusqu'à l'Acte de Médiation, le 19 février 1803. Les cantons redevinrent ensuite seuls compétents¹¹⁴. Le 20 août 1817, un règlement militaire général de la Confédération prévint, à son article 105, l'octroi de secours aux militaires blessés au combat ainsi qu'à leurs survivants. C'est sur cette base que furent indemnisées les victimes militaires du Sonderbund¹¹⁵. Le 8 mai 1850 fut adoptée une loi fédérale sur l'organisation militaire de la Confédération suisse, qui contenait une disposition (article 101) analogue à l'article 105 du règlement de 1817¹¹⁶. Elle fut suivie, le 7 août 1852, par une loi prévoyant le

¹¹⁰ MAURER, 1993, p. 169; également, pour des taux inférieurs, RCC 1962, pp. 404 ss (ATFA du 21 mai 1962) et RCC 1969, pp. 351 ss (ATFA du 1er octobre 1968).

¹¹¹ VALTERIO, 1985, p. 80; ATF 104 V 1 ss.

¹¹² RCC 1962, pp. 404 ss (ATFA du 21 mai 1962).

¹¹³ ATF 119 V 248; ATF 99 V 31 ss.

¹¹⁴ Jost, p. 1.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Ibidem.

versement de prestations par la Confédération aux personnes blessées pendant l'accomplissement de leur service militaire fédéral ou à leur famille¹¹⁷.

Après l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution du 29 mai 1874¹¹⁸, la loi de 1852 fut remplacée par la loi fédérale du 13 novembre 1874 sur les pensions militaires et les indemnités. Les deux lois de 1852 et 1874 se caractérisaient par le fait que les prestations en espèces dépendaient des conditions de famille, de fortune et de revenu de l'assuré. Comme les prestations étaient jugées insuffisantes, la Confédération conclut en 1887, avec la compagnie d'assurances "Zurich", un contrat privé d'assurance collective en cas d'accidents, de sorte que les personnes mobilisées purent s'assurer volontairement contre les séquelles d'un accident. Dès 1893, la Confédération prit les primes à sa charge et, en 1895, elle résilia le contrat la liant à la compagnie d'assurance, pour garantir elle-même des prestations équivalentes.

Le 28 juin 1898, le Conseil fédéral présenta un projet de loi relatif à une nouvelle assurance-militaire, que l'Assemblée intégra au projet Forrer. L'Assemblée fédérale adopta celui-ci le 5 octobre 1899, mais le peuple le rejeta le 20 mai 1900¹¹⁹. La partie relative à l'assurance militaire fut alors détachée de l'assurance-maladie et accidents et adoptée séparément, le 28 juin 1901¹²⁰. Une nouvelle loi fut votée le 23 décembre 1914, mais seuls quelques-uns de ses articles entrèrent en vigueur, plus précisément ceux relatifs au service actif de l'armée pendant la Première Guerre mondiale.

Les deux lois de 1901 et 1914, complétées par certaines ordonnances et modifications, furent en vigueur jusqu'à la fin de la Deuxième Guerre mondiale. Le 22 septembre 1947, le Conseil fédéral adressa à

¹¹⁷ La Confédération prenait à sa charge les frais de traitement entraînés par un accident ou une maladie. Elle allouait d'autre part une indemnité journalière ou une pension lorsqu'un militaire avait subi une perte de gain passagère ou durable en raison d'une atteinte à la santé, ainsi que des rentes de survivants en cas de décès du militaire (FF 1990 III 191).

¹¹⁸ La nouvelle Constitution, adoptée en 1874, contenait un article 18, toujours en vigueur, qui dispose à son al. 2: *"les militaires qui, par le fait du service fédéral, perdent la vie ou voient leur santé altérée d'une manière permanente, ont droit à des secours de la Confédération, pour eux ou pour leur famille, s'ils sont dans le besoin"*.

¹¹⁹ Voir chapitre V ch. II.1.

¹²⁰ RO XVIII 734 ss (loi fédérale concernant l'assurance des militaires contre les maladies et les accidents, du 28 juin 1901).

l'Assemblée fédérale un projet de loi, accompagné d'un message. Le 20 septembre 1949, l'Assemblée adopta la nouvelle loi, qui entra en vigueur le 1er janvier 1950¹²¹.

La loi du 20 septembre 1949 fit l'objet de six révisions, alors que l'ordonnance fut plusieurs fois modifiée pour tenir compte de l'évolution du droit et des changements sociaux. De 1971 à 1977, des travaux préparatoires furent entrepris en vue de réviser totalement la loi, mais cette tentative resta lettre morte. On décida alors d'attendre l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'assurance-accidents obligatoire et de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité.

Le 27 juin 1990, le Conseil fédéral présenta un projet de loi à l'Assemblée fédérale, accompagné d'un message¹²². Le 19 juin 1992, le Parlement adopta une nouvelle loi¹²³, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 1994.

2. Les éventualités assurées

L'assurance-militaire couvre toutes les affections physiques ou mentales de l'assuré et leurs conséquences pécuniaires directes. Cette couverture d'assurance s'étend aux accidents et aux maladies. L'assurance couvre, en outre, les affections découlant de mesures médicales préventives auxquelles toute personne s'est soumise, avant le service, sur recommandation du médecin en chef de l'armée ou sur ordre du Conseil fédéral¹²⁴. Elle répond aussi des dommages matériels dus à la détérioration d'objets tels que vêtements, lunettes, montres, prothèses, et autres objets portés sur soi ou emportés avec soi, lorsque ces dommages ont une relation étroite et directe avec une affection assurée¹²⁵, et elle assume les risques de toutes les mesures médicales¹²⁶.

¹²¹ RO 1949 1775 ss.

¹²² FF 1990 III 189 ss.

¹²³ FF 1992 III 880.

¹²⁴ Art. 4 al. 2 LAM.

¹²⁵ Art. 4 al. 1 et 57 LAM.

¹²⁶ Art. 18 al. 6 LAM.

3. Le cercle des personnes assurées

3.1. L'assurance obligatoire

Sont assurés à titre obligatoire, aux termes de l'article 1 alinéa 1 LAM:

- les personnes qui accomplissent un service militaire ou un service de protection civile, obligatoire ou volontaire;
- les militaires professionnels et les instructeurs de la protection civile¹²⁷;
- les agents de la Confédération détachés auprès d'une troupe ou d'une organisation de protection civile;
- les personnes qui sont convoquées en vertu d'un ordre de marche à un événement déterminé¹²⁸;
- les patients hospitalisés aux frais de l'assurance-militaire¹²⁹;
- les personnes astreintes au service militaire qui purgent une peine d'arrêts, se trouvent en détention préventive militaire ou ont été provisoirement arrêtées, indépendamment du fait qu'elles soient par la suite condamnées ou non¹³⁰ (l'ancienne loi n'assurait que les personnes en détention préventive militaire qui n'étaient ensuite pas condamnées¹³¹);
- les personnes participant à des actions de maintien de la paix et de bons offices de la Confédération ainsi que les membres du Corps suisse d'aide en cas de catastrophes¹³²;

¹²⁷ Art. 1 al. 1 lit. b LAM et 2 OAM. Parmi les militaires professionnels figurent les membres du corps des instructeurs de l'armée, les membres du corps des gardes-fortifications, les membres en uniforme de l'escadre de surveillance, les contrôleurs d'armes ou les remplaçants de ceux-ci, les agents en uniforme du Dépôt fédéral des chevaux de l'armée, ainsi que les gardes de place de tir, chefs de place de tir ou infirmiers militaires.

¹²⁸ Art. 1 al. 1 lit. d, e et f LAM. Cette disposition s'adresse aux personnes qui prennent part au recrutement (ainsi qu'à l'inscription et à l'information au recrutement), aux visites sanitaires de l'armée ou de la protection civile, aux inspections de l'armement et de l'équipement ainsi qu'aux inspections ou estimations d'animaux ou d'objets prévus pour la réquisition en faveur de l'armée ou de la protection civile.

¹²⁹ Art. 1 al. 1 lit. i LAM.

¹³⁰ Art. 1 al. 1 lit. k LAM.

¹³¹ Art. 1 al. 1 ch. 7 aLAM.

¹³² Art. 1 al. 1 lit. l et m LAM.

- les participants aux activités de la protection civile¹³³;
- les personnes qui participent à des activités "hors service"¹³⁴.

3.2. L'assurance facultative

Lors de leur mise à la retraite, les militaires professionnels, ainsi que les instructeurs de la protection civile, peuvent adhérer à l'assurance facultative de l'assurance-militaire. La demande d'adhésion se fait par écrit au cours de la dernière année de service, mais dans un délai de deux mois au plus tard après le départ à la retraite. L'admission est fixée sans aucune réserve à la date du départ à la retraite¹³⁵.

4. L'intervention en cas de maladie

4.1. Remarques préliminaires

Dans le cadre de notre propos, nous examinerons si l'assurance-militaire intervient en cas de maladie. Il convient de distinguer trois situations dans lesquelles l'assurance est mise à contribution: soit l'affection dont souffre l'assuré est antérieure au service, soit l'affection est constatée pendant le service, soit, enfin, l'affection est constatée après le service.

4.2. Affections antérieures au service

Le militaire a l'obligation de déclarer à la visite sanitaire d'entrée (et non à la visite sanitaire du premier jour) toute affection dont il a connaissance¹³⁶. Lorsque l'assuré contrevient à cette obligation sans raison plausible, il lui appartient d'apporter la preuve que l'affection a

¹³³ Art. 1 al. 1 lit. g ch. 4 LAM, art. 1 al. 1 lit. h LAM et 6 OAM.

¹³⁴ Art. 1 al. 1 lit. g ch. 1 à 6 LAM et 3 à 7 OAM. Parmi les activités "hors service", on citera l'instruction technique prémilitaire, les exercices de tir hors service et les activités militaires ou de la protection civile volontaires ou sportives.

¹³⁵ Art. 2 LAM et 8 OAM.

¹³⁶ Art. 83 al. 1 LAM.

été causée par des influences subies pendant le service¹³⁷. Il ne bénéficie donc pas de la présomption de responsabilité de l'assurance.

En règle générale, l'assurance-militaire ne prend pas en charge une maladie s'étant déclarée avant l'entrée au service militaire, sauf si les instances militaires décident malgré tout de retenir l'assuré au service¹³⁸. Lorsque l'affection antérieure au service est constatée à la visite sanitaire d'entrée, que l'assuré est néanmoins retenu au service et que survient une aggravation de l'affection, l'assurance-militaire répond entièrement de l'affection annoncée pendant au moins une année dès le licenciement du service¹³⁹.

4.3. Affections constatées pendant le service

L'assurance couvre toute affection qui se manifeste et est annoncée ou constatée de toute autre façon pendant le service¹⁴⁰.

En service, une affection peut être annoncée au médecin de troupe ou encore aux supérieurs. Elle peut aussi être constatée par des camarades de service ou encore par des parents ou amis, par exemple lors d'un congé général¹⁴¹. Il n'est pas nécessaire qu'un diagnostic soit posé. Il suffit qu'un symptôme ait été annoncé ou constaté en service et qu'il rende vraisemblable l'existence de l'affection¹⁴².

Toute affection constatée pendant le service est donc présumée avoir été causée par des influences subies au service. Cette présomption de contemporanéité ne peut être renversée que par preuve de la certitude¹⁴³. L'assurance peut, en effet, dégager sa responsabilité lorsqu'elle prouve, d'une part, que l'affection était, avec certitude, antérieure au service ou qu'elle ne peut pas, avec certitude, avoir été causée pendant ce dernier et, d'autre part, que cette affection n'a pas, avec certitude, été aggravée

¹³⁷ Art. 83 al. 1 LAM.

¹³⁸ KUHN 9/8.10, p. 1.

¹³⁹ Art. 7 LAM.

¹⁴⁰ Art. 5 LAM.

¹⁴¹ Jost, p. 15.

¹⁴² ATFA 1962, pp. 175 ss; SCHWEGLER, p. 7.

¹⁴³ ATF 105 V 225 ss. La notion de certitude ne doit pas être prise au sens théorique et scientifique, mais dans son acception empirique. La preuve de la certitude doit dès lors être considérée comme rapportée lorsqu'il est établi, selon la pratique médicale, qu'une influence de facteurs liés au service est pratiquement exclue (SCHWEGLER, p. 7).

par des influences subies pendant le service¹⁴⁴. Si l'assurance-militaire n'apporte pas la deuxième partie de la preuve, elle répond de l'aggravation de l'affection¹⁴⁵.

Si le travailleur tombe malade pendant une période de service militaire, il convient de se demander si la perte de salaire due à l'empêchement de travailler doit être supportée par l'assurance-militaire ou par la caisse de compensation compétente pour verser les allocations pour perte de gain. La pratique de l'assurance-militaire consiste à verser une indemnité journalière dès le moment où l'intéressé est licencié du service militaire ou évacué sur un établissement hospitalier. Tant que le travailleur reste à la troupe, l'assurance-militaire s'abstient d'intervenir. Le travailleur recevra donc une solde et, par voie de conséquence, les allocations pour perte de gain¹⁴⁶. Lorsque le service militaire a pris fin ou que le travailleur a été évacué sur un établissement hospitalier, l'assurance-militaire verse les indemnités journalières directement à l'employeur, en faveur de l'employé¹⁴⁷.

4.4. Affections constatées après le service

Lorsque l'affection est constatée après le service par un médecin, un dentiste ou un chiropraticien ou si des séquelles tardives ou une rechute sont invoquées, l'assurance-militaire en répond uniquement s'il est établi avec un degré de vraisemblance prépondérante que l'affection a été causée ou aggravée pendant le service ou qu'il s'agit de séquelles tardives ou de rechute d'une affection assurée¹⁴⁸. Le fardeau de la preuve n'incombe pas à l'assurance-militaire, mais à la personne qui revendique une prestation¹⁴⁹. Il n'est donc plus question de présomption du lien de causalité adéquate entre les influences du service et l'atteinte

¹⁴⁴ Art. 5 al. 2 LAM. Voir à ce propos l'article de JOST, Les affections antérieures au service au sens de la loi fédérale sur l'assurance militaire, in: *Le droit des assurances en mutation*, Mélanges pour le 75^e anniversaire du TFA, pp. 591 ss.

¹⁴⁵ Art. 5 al. 3 LAM.

¹⁴⁶ BERTHOUD, p. 182.

¹⁴⁷ Art. 29 al. 2 LAM et 19 al. 1 OAM.

¹⁴⁸ Art. 6 LAM. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, les suites tardives et les rechutes sont expressément soumises au régime de la preuve applicable aux affections constatées après le service (ATF 111 V 370 ss).

¹⁴⁹ L'assuré ne doit pourtant pas s'occuper de toutes les démarches requises pour l'enquête, telle une expertise médicale. L'assurance militaire doit aussi entreprendre une enquête d'office (SCHWEGLER, p. 8).

à la santé, comme c'est le cas dans l'affection constatée pendant le service, mais de causalité probable qu'il appartient à l'assuré de prouver¹⁵⁰.

5. Les indemnités journalières

5.1. Généralités

La loi prévoit que lorsqu'il subit une incapacité de travail par suite de son affection, l'assuré a droit à une indemnité journalière qui s'élève, indépendamment de sa situation familiale, à 95 % du gain assuré¹⁵¹. L'indemnité journalière, contrairement à ce qui était prévu par l'ancien droit, est soumise aux cotisations AVS/AI/APG et chômage (pour les salariés)¹⁵². Le gain annuel maximum pris en considération est de Frs 118'491.-¹⁵³.

Lorsqu'un traitement à domicile ou une cure privée a été autorisé et occasionne, pour le traitement de l'affection assurée ou pour l'impuissance de l'assuré, des frais supplémentaires de logement, d'alimentation, de soins ou de garde, l'assurance-militaire allouera des indemnités supplémentaires. Le droit à cette prestation s'éteint lorsqu'il y a lieu d'hospitaliser l'assuré à la charge de l'assurance-militaire et que, de ce fait, les frais supplémentaires sont supprimés¹⁵⁴.

5.2. La retenue pour hospitalisation

L'assurance peut retenir une partie de l'indemnité journalière pendant que l'assuré séjourne dans un établissement lui prodiguant des soins¹⁵⁵. La mesure de cette réduction est déterminée dans chaque cas suivant la durée du séjour et les conditions et charges de famille de l'assuré¹⁵⁶. En cas de séjour de courte durée, la déduction s'élève, par jour, à 20 % de

¹⁵⁰ ATF 105 V 229.

¹⁵¹ Art. 28 al. 1 et 2 LAM.

¹⁵² Art. 29 al. 3 LAM et 19 OAM.

¹⁵³ Art. 28 al. 4 LAM et 15 al. 1 OAM (état au 1er janvier 1995, RO 1994 2486).

¹⁵⁴ Art. 20 LAM.

¹⁵⁵ Etant donné que l'assuré n'a pas à supporter des frais de nourriture ou des frais de logement (électricité, eau, etc.).

¹⁵⁶ Art. 31 LAM.

l'indemnité journalière, mais au plus à Frs 20.-, pour les célibataires sans obligation d'entretien ou d'assistance, et à 10 %, mais au plus à Frs 10.-, pour les assurés mariés et pour les célibataires qui ont des obligations d'entretien ou d'assistance. En cas de séjour prolongé, la réduction s'élève à 40 % de l'indemnité journalière, mais au plus à Frs 40.-, pour les célibataires sans obligation d'entretien ou d'assistance, et à 30 %, mais au plus à Frs 30.-, pour les assurés mariés et pour les célibataires qui ont des obligations d'entretien ou d'assistance. L'indemnité journalière n'est jamais réduite pour les assurés mariés ou célibataires qui ont à leur charge un enfant mineur ou qui fait un apprentissage ou des études¹⁵⁷.

5.3. La coordination entre les indemnités journalières de l'assurance-militaire et l'article 324b CO

Les rapports entre les indemnités pour perte de salaire de l'assurance-militaire et le salaire dû par l'employeur à raison du Code des obligations sont régis par l'article 324b CO, puisque le travailleur astreint au service militaire est assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler¹⁵⁸. Le travailleur est couvert ex lege contre les conséquences de l'accident ou de la maladie; le seul fait d'entrer en service lui garantit la qualité d'assuré et lui permet de faire valoir une prétention directement contre l'assurance¹⁵⁹.

Selon l'article 324b CO, l'employeur est libéré de l'obligation de verser le salaire si les prestations de l'assurance couvrent les quatre cinquièmes du salaire. Comme les indemnités journalières de l'assurance militaire couvrent plus que les quatre cinquièmes du salaire, mais jusqu'à un gain maximum plafonné, l'employeur a l'obligation de compléter les prestations d'assurance lorsque les indemnités de l'assurance sont inférieures à 80 % du salaire du travailleur, cela pendant le temps limité prévu à l'article 324b CO.

D'autre part, l'employeur devra compléter (jusqu'à 80 % du salaire du travailleur pendant le temps limité visé à l'article 324b CO ou selon la

¹⁵⁷ Art. 21 OAM.

¹⁵⁸ Voir chapitre VIII.

¹⁵⁹ BERTHOUD, p. 184.

durée prévue par l'échelle en vigueur) les prestations de l'assurance réduites pour un motif propre à l'assurance-militaire, mais qui n'est pas applicable en droit du travail.

Dans la mesure où les deux hypothèses mentionnées ci-dessus ne sont pas réalisées, l'employeur n'a pas l'obligation de compléter les indemnités de l'assurance¹⁶⁰.

6. Les rentes d'invalidité

6.1. Généralités

Lorsqu'il n'y a pas lieu d'attendre de la continuation du traitement une sensible amélioration de l'état de l'assuré et si l'affection assurée, au terme de la réadaptation exigible, est suivie d'une atteinte de longue durée, ou présumée permanente, à la capacité de gain, l'indemnité journalière est remplacée par une rente d'invalidité¹⁶¹. En pratique, l'assurance accorde une rente dès que l'état de l'assuré présente une certaine stabilité ou permet un pronostic pour une certaine durée¹⁶².

Au regard de l'assurance-militaire, la notion d'invalidité englobe deux dommages qu'il convient de bien distinguer, car les bases d'évaluation et de calcul diffèrent totalement: d'une part, la diminution présumée permanente de la capacité de gain et, d'autre part, l'atteinte notable à l'intégrité physique ou psychique.

6.2. La rente d'invalidité suite à une diminution présumée permanente de la capacité de gain

La notion d'invalidité visée par l'assurance-militaire correspond à celle de l'assurance-invalidité et de l'assurance-accidents¹⁶³. Ses éléments constitutifs comprennent l'atteinte à la santé physique ou mentale, la diminution ou la disparition de la capacité de gain présumée permanente ou de longue durée et le rapport de causalité entre l'atteinte à la santé et l'incapacité de gain.

¹⁶⁰ BERTHOUD, p. 185.

¹⁶¹ Art. 40 al. 1 LAM.

¹⁶² JOST, p. 35.

¹⁶³ ATF 113 V 143-144; ATF 114 V 313; ATF 116 V 249.

Les rentes d'invalidité sont calculées sur la base du gain annuel moyen que l'assuré aurait probablement réalisé sans la diminution de sa capacité de gain¹⁶⁴. Un avancement professionnel ou une promotion ne pourront être pris en considération que s'ils sont établis avec une haute vraisemblance¹⁶⁵.

Pour l'assuré qui, lors de la fixation de la rente, n'a pas encore atteint le gain d'un travailleur de sa profession arrivé à son plein développement, la rente se calcule d'après ce gain dès l'époque où il l'aurait probablement obtenu sans son affection¹⁶⁶. Par gain d'un travailleur arrivé à son plein développement, il faut entendre le gain que l'assuré aurait probablement réalisé à la fin de son apprentissage ou de ses études et non des années plus tard¹⁶⁷.

Le gain maximum assuré et les taux d'indemnisation sont identiques à ceux prévus dans le cadre de l'indemnité journalière¹⁶⁸. Il en est de même de la réduction pour hospitalisation aux frais de la Confédération¹⁶⁹.

6.3. La rente d'invalidité due pour atteinte notable à l'intégrité physique ou psychique

Si l'assuré souffre d'une atteinte notable et durable à son intégrité physique ou mentale, il a droit à une rente pour atteinte à l'intégrité¹⁷⁰. L'atteinte est réputée durable lorsqu'il faut envisager qu'elle s'étendra sur toute la vie au moins dans la même proportion. Cela peut être le cas lors de mutilation, de défiguration, d'une atteinte notable d'une fonction vitale et essentielle (ouïe, vue), d'un état douloureux continu ou de tout autre trouble diminuant notablement et durablement la joie de vivre et le goût à la vie. La rente est due dès la fin du traitement médical ou lorsque la poursuite du traitement ne laisse plus prévoir d'amélioration notable de l'état de santé de l'assuré¹⁷¹. Actuellement, le montant annuel servant de base de calcul est fixé à Frs 29'690.-¹⁷². La

¹⁶⁴ Art. 40 al. 3 LAM.

¹⁶⁵ JOST, p. 38.

¹⁶⁶ Art. 41 al. 2 LAM.

¹⁶⁷ JOST, p. 38.

¹⁶⁸ Art. 40 al. 2 et 3 LAM et 15 à 17 OAM.

¹⁶⁹ Art. 31 LAM et 21 OAM.

¹⁷⁰ Art. 48 al. 1 LAM.

¹⁷¹ Art. 48 al. 2 LAM; SCHWEGLER, p. 10.

¹⁷² Art. 26 al. 1 OAM (état au 1er janvier 1995, RO 1994 2486).

rente pour atteinte à l'intégrité est déterminée en pour cent du montant ci-dessus selon la gravité de l'atteinte. Le taux minimum est fixé à 2,5 %, le taux maximum à 50 %, par exemple lors de la perte totale d'une fonction vitale comme l'ouïe ou la vue¹⁷³. En cas d'atteintes multiples à l'intégrité, les pourcentages des différentes atteintes sont cumulés. La valeur maximale de la rente ne peut toutefois dépasser 100 % du montant annuel qui sert de base de calcul¹⁷⁴.

La rente pour atteinte notable à l'intégrité physique ou psychique peut être cumulée avec la rente d'invalidité¹⁷⁵. Elle peut en tout temps être rachetée¹⁷⁶.

6.4. Coordination entre la rente d'invalidité de l'assurance-militaire et l'article 324b CO

Dans la plupart des cas, le temps limité de l'article 324b CO ou des échelles approuvées par les partenaires sociaux s'est déjà éteint lorsque naît la rente d'invalidité. Théoriquement, il serait envisageable que les parties aient dérogé au régime légal et prévu un droit au salaire relativement long. Si une telle situation devait se présenter, il se justifierait d'appliquer l'article 324b CO, puisque la rente de l'assurance-militaire est versée en vertu d'une assurance obligatoire¹⁷⁷.

Selon cet article, l'employeur est libéré de l'obligation de verser le salaire si les prestations d'assurance couvrent les quatre cinquièmes du salaire. Comme les rentes de l'assurance-militaire couvrent plus que les quatre cinquièmes du salaire, mais jusqu'à un gain maximum plafonné, l'employeur a l'obligation de compléter les prestations d'assurance lorsque le montant de la rente est inférieur à 80 % du salaire du travailleur, cela pendant le temps limité prévu à l'article 324b CO ou par l'échelle applicable.

D'autre part, l'employeur devra compléter (jusqu'à 80 % du salaire du travailleur) les prestations de l'assurance lorsque celles-ci sont réduites pour un motif propre à la LAM, mais qui n'est pas applicable en droit du travail.

¹⁷³ Art. 49 al. 2 LAM et 25 al. 2 OAM.

¹⁷⁴ Art. 25 al. 3 OAM.

¹⁷⁵ BOLLIER, p. 173; JOST, p. 42.

¹⁷⁶ Art. 49 al. 3 LAM et 27 OAM.

¹⁷⁷ Voir chapitre VIII.

Dans la mesure où les deux hypothèses mentionnées ci-dessus ne sont pas réalisées, l'employeur est libéré de l'obligation de compléter les prestations de l'assurance.

7. La faute de l'assuré

L'assurance-militaire a prévu divers cas de réduction, voire de refus des prestations. A ce propos, l'article 65 LAM prévoit à son alinéa 1 :

"Lorsque l'assuré a causé son affection intentionnellement ou si celle-ci a été causée en perpétrant intentionnellement un crime ou un délit, les prestations peuvent être réduites temporairement ou définitivement. L'indemnité journalière ainsi que les rentes d'invalidité et de survivants ne peuvent être réduites que d'un tiers au maximum lorsque et aussi longtemps que le conjoint ou les enfants ont droit à l'entretien".

L'alinéa 2 ajoute:

"Les prestations aux survivants peuvent être réduites temporairement ou définitivement lorsqu'ils ont causé intentionnellement le décès de l'assuré ou qu'ils ont causé sa mort en commettant intentionnellement un crime ou un délit; les prestations peuvent être refusées dans les cas particulièrement graves".

Enfin l'alinéa 3 précise:

"La décision portant sur la réduction ou le refus de prestations doit prendre en considération toutes les circonstances du cas, en particulier le degré de la faute et la situation pécuniaire de l'ayant droit".

Contrairement à l'ancien droit¹⁷⁸, le nouvel article 65 alinéa 1 LAM permet à l'assuré de bénéficier d'une atténuation de la réduction des prestations lorsqu'il doit pourvoir à l'entretien d'un conjoint ou d'un enfant. La limite de réduction est fixée au maximum à un tiers de l'indemnité journalière ou des rentes d'invalidité et de survivants.

La réduction ou le refus des prestations n'est envisageable qu'en cas de faute intentionnelle de l'assuré ou des survivants ou lorsque ceux-ci ont

¹⁷⁸ Art. 7 de l'ancienne LAM.

commis intentionnellement un crime ou un délit¹⁷⁹. L'assurance-militaire renonce donc à une réduction des prestations pour négligence grave ainsi que pour crimes ou délits non intentionnels. Elle va ainsi au-delà des principes adoptés par la Convention internationale OIT n° 128 du 29 juin 1967, du Code européen de sécurité sociale du 16 avril 1964 et de l'article 27 du projet de loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, qui indiquent que les prestations des assurances sociales peuvent être réduites ou refusées, si l'assuré a intentionnellement, ou en commettant un crime ou un délit (intentionnellement ou *non intentionnellement*), provoqué ou aggravé le risque assuré¹⁸⁰.

La réduction ou le refus de prestations n'intervient que s'il y a un lien de causalité adéquate entre la faute commise et l'atteinte à la santé ou le décès. Toutefois, si l'atteinte à la santé est survenue alors que l'assuré commettait un crime ou un délit, il n'est pas nécessaire de justifier d'un lien de causalité adéquate. La simple relation temporelle suffit¹⁸¹.

L'ampleur de la réduction est déterminée principalement en fonction du degré de la faute, mais également selon les conditions financières, les obligations familiales et la gravité de l'atteinte à la santé de l'assuré¹⁸². La réduction des prestations ne concerne que les prestations en espèces¹⁸³.

L'assurance-militaire prévoit également d'autres cas de réduction des prestations. Ainsi, lorsque l'assuré a intentionnellement omis d'annoncer une affection et qu'un tel oubli entraîne une augmentation des dépenses de l'assurance, cette dernière peut réduire ses prestations¹⁸⁴. Enfin, l'assurance peut également réduire, voire supprimer ses prestations lorsqu'une affection a été cachée dolosivement. En effet, l'assuré est tenu de déclarer, lors de la visite sanitaire d'entrée, pendant le service et à la fin de celui-ci, toute affection dont il aurait connaissance. Lorsque l'assuré, sans raison plausible, ne se conforme pas à cette obligation, il doit apporter la preuve que l'affection a été causée ou aggravée par des influences subies pendant le service¹⁸⁵.

¹⁷⁹ L'avis approfondi du Conseil fédéral sur la partie générale du droit des assurances sociales rejoint sur ce point la LAM (FF 1994 V 915).

¹⁸⁰ FF 1990 III 236-237; voir également le chapitre X ch. 1.8.

¹⁸¹ JOST, p. 55.

¹⁸² FF 1990 III 237.

¹⁸³ Art. 66 LAM qui prévoit pourtant une exception concernant le droit au traitement en cas de lésions dentaires.

¹⁸⁴ Art. 83 al. 4 LAM.

¹⁸⁵ Art. 83 al. 1 LAM. Voir également SCHÄR/DUC/KELLER, pp. 73-74.

Si l'assuré a indûment touché des prestations (par exemple, à la suite des renseignements inexacts ou d'une réticence volontaire sur des faits que l'assuré aurait dû communiquer), l'assurance a le droit d'exiger leur restitution. La restitution peut ne pas être demandée lorsque l'intéressé était de bonne foi¹⁸⁶.

III. L'ASSURANCE-ACCIDENTS

1. Historique

La législation fédérale relative à l'assurance-accidents est fondée, comme celle de l'assurance-maladie, sur l'article 34bis Cst., adopté le 26 octobre 1890¹⁸⁷. Depuis leur introduction jusqu'au 1er janvier 1984, ces deux assurances ont été régies par la même loi, celle sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents, du 13 juin 1911. Le titre premier de la loi concernait l'assurance-maladie (LAMA I), le titre deuxième l'assurance-accidents (LAMA II). Cette dernière ne protégeait qu'environ deux tiers des travailleurs contre les conséquences économiques des accidents professionnels, des maladies professionnelles et des accidents non professionnels¹⁸⁸. Parallèlement au régime général de la LAMA II coexistaient des régimes spéciaux. Il s'agissait de l'assurance-accidents obligatoire de l'agriculture¹⁸⁹, de l'assurance-accidents obligatoire de la navigation maritime¹⁹⁰, de l'assurance obligatoire des motocyclistes¹⁹¹,

¹⁸⁶ Art. 15 al. 1 LAM.

¹⁸⁷ FF 1890 V 51 ss et FF 1896 I 128; voir également le chapitre V ch. II.1.

¹⁸⁸ FF 1976 III 143.

¹⁸⁹ Dont la base juridique était constituée par la loi fédérale sur l'amélioration de l'agriculture et le maintien de la population paysanne (loi sur l'agriculture), du 3 octobre 1951 (RS 910.1), ainsi que par l'ordonnance concernant l'assurance contre les accidents professionnels et la prévention des accidents dans l'agriculture, du 9 mars 1954 (RO 1954 480 ss).

¹⁹⁰ Dont la base légale est constituée par un contrat-type fondé sur la loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse, du 23 septembre 1953 (RS 747.30).

¹⁹¹ Dont la base légale était constituée par l'art. 78 de la loi fédérale sur la circulation routière, du 19 décembre 1958 (RS 741.01), et les art. 55 à 59 de l'ordonnance sur la responsabilité civile et l'assurance en matière de circulation routière, du 20 novembre 1959 (RO 1959 1321 ss).

des lois cantonales genevoise et tessinoise sur l'assurance-accidents obligatoire pour certains salariés¹⁹² et de l'assurance-maladie selon la LAMA I¹⁹³.

Sur la base d'un rapport d'experts du 14 septembre 1973¹⁹⁴ ainsi que d'un message du Conseil fédéral du 18 août 1976¹⁹⁵, une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA) a été adoptée par le Parlement le 20 mars 1981 et est entrée en vigueur le 1er janvier 1984. Elle ne régit que l'assurance-accidents et abroge le titre deuxième de la LAMA¹⁹⁶, l'assurance obligatoire de l'agriculture¹⁹⁷, l'assurance-accidents obligatoire des motocyclistes¹⁹⁸ et les lois cantonales sur l'assurance-accidents obligatoire de certains salariés¹⁹⁹. L'objectif prioritaire de la nouvelle loi a été principalement l'extension de l'assurance-accidents et maladies professionnelles à tous les salariés²⁰⁰.

2. Les éventualités assurées

L'assurance-accidents a pour but d'allouer des prestations contribuant à couvrir les conséquences d'une atteinte à la santé dans les cas d'accidents professionnels, d'accidents non professionnels et de maladies professionnelles²⁰¹. Le Conseil fédéral peut inclure dans l'assurance des lésions corporelles qui sont semblables aux conséquences de l'accident²⁰².

Sous le régime de la LAMA, la notion d'accident n'était pas définie par la loi. La jurisprudence avait toutefois déterminé qu'il s'agissait de "*toute atteinte dommageable, soudaine et involontaire portée au corps*

¹⁹² Voir à ce propos GREBER, 1982, p. 253.

¹⁹³ GREBER, 1982, pp. 251 ss.

¹⁹⁴ Rapport de la commission d'experts chargée d'examiner la révision de l'assurance-accidents, du 14 septembre 1973.

¹⁹⁵ FF 1976 III 143 ss.

¹⁹⁶ Art. 116 al. 1 lit. a LAA.

¹⁹⁷ LAA in fine: modifications du droit fédéral, chiffre 6.

¹⁹⁸ LAA in fine: modifications du droit fédéral, chiffre 7.

¹⁹⁹ Art. 116 al. 2 LAA.

²⁰⁰ FF 1976 III 163.

²⁰¹ Art. 6 al. 1 LAA.

²⁰² Art. 6 al. 2 LAA; art. 9 al. 2, 10 et 11 OLAA.

*humain par une cause extérieure extraordinaire*²⁰³. Cette définition a été reprise par l'ordonnance sur l'assurance-accidents²⁰⁴. Ainsi, dans le cas de suicide ou de tentative de suicide, lorsque l'assuré était capable de discernement, l'assurance-accidents n'allouera aucune prestation, puisque l'atteinte dommageable a été portée volontairement au corps humain. Il en va différemment lorsque le suicide ou la tentative de suicide est la conséquence évidente de l'accident²⁰⁵ ou que l'assuré était, sans faute de sa part²⁰⁶, incapable de se comporter raisonnablement. Par contre, lorsque la capacité de discernement est très fortement réduite mais que l'assuré n'est pas totalement incapable de discernement, l'assurance niera l'existence d'un accident et ne versera aucune prestation²⁰⁷.

Les éventualités assurées sont définies par la loi: sont réputés accidents professionnels les accidents dont est victime l'assuré dans les cas suivants:

- lorsqu'il exécute des travaux sur ordre de son employeur ou dans son intérêt;
- au cours d'une interruption de travail, de même qu'avant ou après le travail, lorsqu'il se trouve, à bon droit, au lieu de travail ou dans la zone de danger liée à son activité professionnelle.

Les accidents qui se produisent sur le trajet que l'assuré doit emprunter pour se rendre au travail ou pour en revenir sont aussi réputés accidents professionnels pour les travailleurs occupés à temps partiel et dont la durée de travail n'atteint pas un minimum de douze heures par semaine²⁰⁸.

Sont réputés accidents non professionnels tous les accidents qui ne sont pas des accidents professionnels²⁰⁹. Quant à la définition de la maladie professionnelle, nous y reviendrons ultérieurement²¹⁰.

²⁰³ ATF 97 V 2; ATF 98 V 166; ATF 99 V 138; ATF 100 V 78; ATF 103 V 175; ATF 112 V 202; ATF 118 V 61; ATF 118 V 283.

²⁰⁴ Art. 9 al. 1 OLAA.

²⁰⁵ Art. 48 OLAA; voir également RAMA 1990, pp. 182 ss (ATFA du 27 octobre 1989), où le Tribunal fédéral a nié le lien de causalité adéquate entre le suicide et l'accident.

²⁰⁶ ATF 113 V 64 et RAMA 1990, p. 185 (ATFA du 27 octobre 1989) laissent ouverte la question de savoir si l'assurance-accidents est libérée de ses obligations en cas de faute de l'assuré.

²⁰⁷ Maurer, 1990, p. 54.

²⁰⁸ Art. 7 al. 1 et 2 LAA complété par l'art. 12 OLAA.

²⁰⁹ Art. 8 al. 1 LAA.

²¹⁰ Voir chapitre X ch. III.4.3.

3. Le cercle des personnes assurées

3.1. L'assurance obligatoire

Sont assurés à titre obligatoire les travailleurs²¹¹ occupés en Suisse, y compris les travailleurs à domicile, les apprentis, les stagiaires, les volontaires ainsi que les personnes travaillant dans des écoles de métiers ou des ateliers protégés²¹². Les travailleurs détachés à l'étranger, pendant une durée limitée, par un employeur en Suisse demeurent assurés²¹³. Les travailleurs à temps partiel occupés moins de douze heures par semaine ne sont pas assurés contre les accidents non professionnels²¹⁴. Ils le sont, en revanche, contre les accidents professionnels.

L'assurance est suspendue lorsque l'assuré est soumis à l'assurance-militaire ou à une assurance-accidents obligatoire étrangère²¹⁵.

La loi énumère certaines exceptions à l'assurance²¹⁶. Parmi celles-ci figurent notamment les personnes exerçant une activité accessoire non soumise aux cotisations AVS.

3.2. L'assurance facultative

Les personnes exerçant une activité indépendante et domiciliées en Suisse, ainsi que les membres de leur famille qui collaborent à l'entreprise, peuvent s'assurer à titre facultatif, si elles ne sont pas assurées à

²¹¹ Est réputé travailleur, au sens de la loi sur l'assurance-accidents, celui qui, dans un but lucratif ou de formation et sans devoir supporter de risque économique propre, exécute durablement ou provisoirement un travail pour un employeur, auquel il est plus ou moins subordonné (ATF 115 V 55).

²¹² Art. 1 al. 1 LAA complété par l'art. 1 OLAA, qui traite de l'assurance obligatoire dans des cas spéciaux (par exemple, pour les personnes détenues dans un établissement pénitentiaire ou les personnes appartenant à une communauté religieuse).

²¹³ Art. 2 al. 1 LAA. Le rapport d'assurance est maintenu pendant un an. L'assureur peut, sur demande, porter cette durée à 6 ans (art. 4 OLAA, voir à ce propos: ATF 106 V 219 ss et ATF 106 V 225 ss). L'art. 5 OLAA règle les conditions d'assurance pour les entreprises de transport et les administrations publiques qui emploient du personnel passagèrement ou d'une manière permanente à l'étranger. Les art. 2 al. 2 LAA et 6 al. 2 OLAA règlent le cas des travailleurs au service d'un employeur domicilié à l'étranger.

²¹⁴ Art. 13 al. 1 OLAA. Pour ces assurés, les accidents subis sur le trajet séparant leur domicile du lieu de travail sont réputés accidents professionnels (art. 13 al. 2 OLAA).

²¹⁵ Art. 3 al. 4 LAA.

²¹⁶ Art. 2 OLAA.

titre obligatoire²¹⁷. Peut également s'assurer à titre facultatif celui qui est partiellement occupé comme travailleur²¹⁸.

Les personnes qui atteignent l'âge de l'AVS ne peuvent contracter une assurance facultative que si elles ont été assurées à titre obligatoire pendant toute l'année précédente²¹⁹.

4. L'intervention en cas de maladie

4.1. Remarques préliminaires

Dans le cadre de notre étude, il nous intéresse de savoir si l'assurance-accidents intervient en cas de maladie. D'une manière générale, cette assurance ne verse pas de prestations concernant cette éventualité, cette tâche incombant à d'autres assurances (principalement à l'assurance-maladie, à l'assurance-militaire ou à l'assurance-invalidité). Il existe pourtant deux exceptions à ce principe. D'une part, lorsque l'accidenté tombe malade dans un établissement hospitalier alors qu'il y est soigné suite à un accident et, d'autre part, lorsque la maladie est qualifiée de professionnelle.

4.2. La maladie consécutive à une hospitalisation de l'accidenté

Si un assuré victime d'un accident tombe malade dans un établissement hospitalier, l'assurance-accidents alloue, tant que dure le traitement hospitalier pour les suites de l'accident, les soins médicaux, le remboursement des frais et les indemnités journalières pour l'ensemble de l'atteinte à la santé. L'assurance-maladie verse, à titre subsidiaire, les indemnités journalières à condition qu'il n'y ait pas de surassurance²²⁰.

Cette disposition suppose donc que l'assuré soit déjà en traitement dans un établissement hospitalier à la suite d'un accident, que ce traitement soit pris en charge par l'assurance-accidents et que l'assuré tombe malade dans ce même établissement. Quelle que soit l'origine de la

²¹⁷ Art. 4 al. 1 LAA.

²¹⁸ Art. 134 al. 1 OLAA.

²¹⁹ Art. 134 al. 2 OLAA.

²²⁰ Art. 128 al. 1 OLAA.

maladie, l'assurance-accidents accordera alors, jusqu'à la fin du traitement hospitalier, des prestations qui auraient, en l'absence de disposition légale, dû incomber à une autre assurance (maladie ou militaire).

Dans le cas inverse, si un assuré malade est victime d'un accident dans un établissement hospitalier, l'assureur-maladie alloue, tant que dure le traitement hospitalier pour la maladie, les prestations assurées pour l'ensemble de l'atteinte à la santé. L'assurance-accidents est alors libérée de son obligation d'allouer des prestations jusqu'à concurrence des prestations de l'assureur-maladie²²¹.

4.3. Les maladies professionnelles

Les maladies professionnelles sont définies comme des maladies dues exclusivement ou de manière prépondérante²²², dans l'exercice de l'activité professionnelle, à des substances nocives ou à certains travaux²²³. Le Conseil fédéral a établi une liste exhaustive²²⁴ de ces substances et des affections dues au travail ainsi que des travaux susceptibles de causer ces atteintes²²⁵.

La rigueur de cette disposition est toutefois tempérée par la clause de l'article 9 alinéa 2 LAA qui prévoit que "*sont aussi réputées maladies professionnelles les autres maladies dont il est prouvé qu'elles ont été causées exclusivement de manière nettement prépondérante par l'exercice de l'activité professionnelle*". L'exigence du rapport exclusif ou nettement prépondérant entre l'affection et l'exercice de l'activité professionnelle est remplie lorsque l'atteinte en question a été causée à raison de 75 % au moins par l'exercice de l'activité professionnelle²²⁶. Ultérieurement, le Tribunal fédéral des assurances a précisé que cela implique qu'épidémiologiquement la fréquence de l'atteinte incriminée soit au moins quatre fois plus élevée pour un groupe professionnel déterminé que pour la population en général²²⁷. Les exigences quant à la

²²¹ Art. 128 al. 2 OLAA.

²²² Par prépondérant, on entend que la maladie a été causée au moins à 50 % par l'activité professionnelle (ATF 114 V 110; ZINSLI, 1992, p. 8; JANUTIN, p. 116).

²²³ Art. 9 al. 1 LAA.

²²⁴ Cette liste ne peut donc être étendue à d'autres causes par analogie (RAMA 1988, p. 449, ATF du 6 juin 1988). Par contre, une extension est possible lorsque le texte précise: "etc." (MAURER, 1993, p. 356).

²²⁵ Annexe 1 de l'ordonnance sur l'assurance-accidents.

²²⁶ ATF 114 V 111; ZINSLI, 1992, p. 8; JANUTIN, p. 117.

²²⁷ ATF 116 V 143.

preuve à apporter par l'assuré, du caractère exclusif ou prépondérant de l'activité professionnelle dans la genèse de la maladie ne doivent pas être trop sévères; il lui incombera cependant de rendre digne de foi que l'affection est principalement due à son activité professionnelle²²⁸.

Sauf disposition contraire, la maladie professionnelle est assimilée à un accident professionnel dès le jour où elle s'est déclarée. Cela signifie qu'un assuré atteint d'une maladie professionnelle recevra les mêmes prestations qu'un assuré accidenté²²⁹.

La maladie professionnelle est réputée déclarée dès que la personne doit se soumettre pour la première fois à un traitement médical ou est incapable de travailler²³⁰. Il appartient pourtant à l'assureur auprès duquel le travailleur était assuré au moment où est survenue la maladie professionnelle d'allouer les prestations. Ce qui importe, ce n'est donc pas tant le moment où la maladie se déclare, mais le moment où la santé a été mise en danger pour la dernière fois. La maladie peut, en effet, apparaître après plusieurs années, alors que le travailleur n'est plus exposé à la matière "dangereuse". Il ne serait, en effet, pas très juste de rendre responsable le "nouvel assureur" alors que c'est "l'ancien" qui a assuré le risque de l'exposition.

Les prestations d'assurance sont également versées en cas de rechutes et de séquelles²³¹, ainsi que de lésions corporelles que l'assuré subit lors d'un examen médical ordonné par l'assureur ou rendu nécessaire par les circonstances²³².

5. L'indemnité journalière

5.1. Généralités

L'indemnité journalière a pour but de compenser totalement ou partiellement la perte de gain que subit l'assuré à la suite d'un accident ou d'une maladie professionnelle.

Le droit à l'indemnité journalière naît le troisième jour qui suit l'accident ou la maladie professionnelle. L'assurance prévoit donc un délai

²²⁸ GHELEW/RAMELET/RITTER, p. 68.

²²⁹ Art. 9 al. 3 LAA.

²³⁰ Ibidem.

²³¹ Art. 11 OLAA; JANUTIN, p. 117.

²³² Art. 10 OLAA; JANUTIN, p. 117.

d'attente de deux jours pendant lequel elle ne verse aucune indemnité. Le droit s'éteint dès que l'assuré a recouvré sa pleine capacité de travail, dès qu'une rente est versée ou dès que l'assuré décède²³³.

L'indemnité journalière correspond, en cas d'incapacité totale de travail, à 80 % du gain assuré²³⁴. Si l'incapacité de travail n'est que partielle, l'indemnité journalière est réduite en conséquence²³⁵. Le degré d'incapacité de travail est fixé par le médecin²³⁶. En cas de litige, le juge tranchera²³⁷.

Le gain maximum assuré couvre, en règle générale, 92 %, mais au plus 96 % des travailleurs assurés²³⁸. Il s'élevait, au début de l'année 1995, à Frs 97'200.- annuellement, soit à Frs 267.- par jour²³⁹. Ce montant est régulièrement adapté à l'augmentation du coût de la vie.

5.2. Déduction en cas de séjour hospitalier

Une déduction pour les frais d'entretien assumés par l'assurance est opérée sur l'indemnité journalière lorsque l'assuré séjourne dans un établissement hospitalier²⁴⁰. Elle s'élève à 20 %, mais au plus à Frs 20.-, pour les célibataires sans obligation d'entretien ou d'assistance ou à 10 %, mais au plus à Frs 10.-, pour les assurés mariés et pour les célibataires qui ont des obligations d'entretien ou d'assistance. L'indemnité journalière ne subit toutefois aucune déduction pour les assurés mariés ou célibataires ayant à leur charge des enfants mineurs ou qui font un apprentissage ou des études²⁴¹.

²³³ Art. 16 al. 2 LAA.

²³⁴ Est réputé gain assuré le dernier salaire que l'assuré recevait avant l'accident (art. 15 al. 2 LAA et 22 et 23 OLAA).

²³⁵ Art. 17 al. 1 LAA et 25 al. 3 OLAA.

²³⁶ Voir à ce propos l'article de SCHULER: L'appréciation de la capacité de travail par la médecine.

²³⁷ MAURER, 1993, p. 366; ATF 115 V 134.

²³⁸ Art. 15 al. 3 LAA.

²³⁹ Art. 22 al. 1 OLAA.

²⁴⁰ Art. 17 al. 2 LAA.

²⁴¹ Art. 27 OLAA.

5.3. La coordination entre les indemnités journalières de l'assurance-accidents et l'article 324b CO

Sous le régime de l'assurance-accidents, le travailleur est assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler qui ne provient pas de sa faute et qui est dû à des raisons inhérentes à sa personne. Ainsi, lorsque le travailleur, à la suite d'un accident ou d'une maladie professionnelle, ne peut exécuter son travail, l'employeur a l'obligation de lui garantir 80 % de son salaire pendant le temps limité selon l'article 324b CO.

L'intervention de l'employeur peut avoir trois origines différentes. D'une part, nous avons vu que l'indemnité journalière prévue par l'assurance-accident s'élève à 80 % du gain assuré, mais qu'elle n'est versée que dès le troisième jour. Dans ce cas, l'employeur devra allouer, pendant le délai d'attente fixé par l'assurance, au moins les quatre cinquièmes du salaire²⁴², ceci non seulement pendant le temps limité visé par cet article ou par l'échelle applicable, mais même lorsque celui-ci est écoulé²⁴³.

D'autre part, l'assurance-accidents prévoit un montant maximum assuré. Il se peut pourtant que certains travailleurs reçoivent un salaire supérieur à ce montant. Dans ce cas, l'employeur a l'obligation de compléter, pendant le temps limité ou selon l'échelle en vigueur, les prestations d'assurance, afin qu'elles atteignent les quatre cinquièmes du gain antérieur à l'accident ou à la maladie professionnelle²⁴⁴.

Enfin, l'employeur devra compléter (jusqu'au 80 % du salaire du travailleur pendant le temps limité visé à l'article 324b CO ou selon la durée de l'échelle applicable) les prestations de l'assurance lorsque celles-ci sont réduites pour un motif propre à l'assurance-accidents, mais qui n'est pas reconnu en droit du travail.

²⁴² Art. 324b al. 3 CO.

²⁴³ REHBINDER, p. 361 (N7); KAUER, p. 79; voir chapitre IX ch. III.4.2.1.

²⁴⁴ Art. 324b al. 2 CO.

6. Les rentes d'invalidité

6.1. Généralités

Comme l'assurance-invalidité et l'assurance-militaire, l'assurance-accidents verse des rentes d'invalidité. Le Tribunal fédéral des assurances a, à maintes reprises, affirmé l'identité de la notion d'invalidité dans ces trois assurances²⁴⁵: l'invalidité représente la diminution moyenne des possibilités de gain de l'assuré, permanente ou de longue durée, due à une atteinte à la santé provoquée par l'événement assuré, eu égard au marché du travail équilibré qui entre en considération pour l'ayant droit²⁴⁶. Il s'ensuit que, pour une même atteinte à la santé, le degré d'invalidité sera, en principe, le même dans ces trois domaines de l'assurance sociale, en fonction d'un état de fait semblable et d'une même méthode d'évaluation de l'invalidité²⁴⁷. Il peut toutefois y avoir des différences, par exemple, dans le montant de la rente ou dans les types de rentes (la LAA connaît, contrairement à l'assurance-invalidité, des rentes temporaires ou dégressives)²⁴⁸.

Le droit à la rente prend naissance dès qu'il n'y a plus lieu d'attendre de la continuation du traitement médical une sensible amélioration de l'état de l'assuré et que les éventuelles mesures de réadaptation de l'assurance-invalidité ont été menées à terme. La rente est allouée pour tout le mois au cours duquel le droit à la rente est né²⁴⁹.

Contrairement à l'assurance-invalidité, qui n'accorde des rentes que lorsque l'assuré présente une invalidité d'au moins 40 %, la LAA ne connaît pas cette limite. Selon la pratique, une rente peut être accordée dès que l'assuré présente une invalidité d'au moins 10 %²⁵⁰. Le degré d'invalidité sera fixé généralement par rapport à l'activité profes-

²⁴⁵ ATF 98 V 169; ATF 105 V 207; ATF 106 V 88; ATF 112 V 176; ATF 116 V 249.

²⁴⁶ GHELEW/RAMELET/RITTER, p. 96; DOUDIN, p. 252; voir également l'art. 18 al. 2 LAA.

²⁴⁷ ATF 116 V 249.

²⁴⁸ RAMA 1987, pp. 306 ss (ATFA du 22 décembre 1986); ATF 112 V 175.

²⁴⁹ Art. 19 al. 1 LAA (voir également l'art. 18 al. 2 LAA).

²⁵⁰ RAMA 1988, p. 235 (ATFA du 24 décembre 1987); MAURER 1993, p. 368 (voir également l'art. 28 OLAA, pour l'évaluation du degré d'invalidité dans les cas spéciaux, et l'art. 29 OLAA, pour l'invalidité due à la perte d'organes pairs {yeux, oreilles, reins}).

sionnelle antérieure de l'assuré. Celui-ci doit, dans les limites de ce qui est raisonnablement exigible, mettre en valeur sa capacité résiduelle de gain afin de diminuer son invalidité²⁵¹.

La rente d'invalidité s'élève à 80 % du gain assuré²⁵² en cas d'invalidité totale. Si l'invalidité n'est que partielle, la rente est diminuée en conséquence²⁵³.

6.2. Coordination entre la rente d'invalidité de l'assurance-accidents et l'article 324b CO

Dans la plupart des cas, le temps limité selon l'article 324b CO ou les échelles approuvées par les partenaires sociaux s'est déjà éteint lorsque naît le droit à la rente d'invalidité²⁵⁴. Théoriquement, il serait envisageable que les parties aient dérogé au régime légal et prévu un droit au salaire relativement long. Si une telle situation devait se présenter, il se justifierait d'appliquer l'article 324b CO, puisque la rente de l'assurance-accidents est versée en vertu d'une assurance obligatoire²⁵⁵.

Selon l'article 324b CO, l'employeur est libéré de l'obligation de verser le salaire si les prestations d'assurance couvrent les quatre cinquièmes du salaire. Comme la rente de l'assurance-accidents couvre les quatre cinquièmes du salaire, mais jusqu'à un gain maximum plafonné, l'employeur a l'obligation de compléter les prestations d'assurance lorsque le montant de la rente versée par l'assurance est inférieur à 80 % du salaire du travailleur, cela pendant le temps limité prévu à l'article 324b CO ou par l'échelle applicable.

D'autre part, l'employeur devra compléter (jusqu'à 80 % du salaire du travailleur pendant le temps limité selon l'article 324b CO ou selon la durée de l'échelle en vigueur) les prestations de l'assurance lorsque celles-ci sont réduites pour un motif propre à l'assurance-accidents, mais qui n'est pas reconnu en droit du travail.

²⁵¹ ATF 115 V 133; ATF 111 V 239; MAURER 1993, p. 369.

²⁵² Le gain assuré est le même que celui prévu pour les indemnités journalières (art. 15 al. 1 LAA).

²⁵³ Art. 20 al. 1 LAA.

²⁵⁴ Il est même probable que le contrat de travail ait été résilié.

²⁵⁵ Voir chapitre VIII.

Dans la mesure où les deux hypothèses mentionnées ci-dessus ne sont pas réalisées, l'employeur est libéré de l'obligation de compléter la rente de l'assurance-accidents.

7. La faute de l'assuré

7.1. La faute intentionnelle

Lorsque l'assuré a provoqué intentionnellement l'atteinte à la santé ou le décès, aucune prestation d'assurance n'est allouée, sauf l'indemnité funéraire²⁵⁶. Cette disposition vise principalement l'automutilation, le suicide et la tentative de suicide. Pourtant, dans ces trois hypothèses, il n'y a pas d'accident au sens juridique du terme lorsque la personne était capable de discernement²⁵⁷. La capacité de discernement comporte deux éléments: un élément intellectuel, la capacité d'apprécier le sens et les effets d'un acte déterminé, et un élément caractériel, la faculté d'agir en fonction de cette compréhension raisonnable, selon sa libre volonté²⁵⁸. D'autre part, lorsque l'assuré a intentionnellement aggravé les conséquences de l'accident, c'est-à-dire les blessures qui en résultent, l'assurance n'allouera aucune prestation²⁵⁹.

7.2. La négligence grave

Si l'assuré a provoqué l'accident par négligence grave, les prestations en espèces peuvent être réduites. Cette réduction n'est pourtant applicable que pour les accidents non professionnels²⁶⁰, car les accidents et maladies professionnels entrent dans le champ d'application des normes de droit international que la Suisse a ratifiées et qui excluent, comme nous l'avons vu, la réduction des prestations en cas de faute non intentionnelle²⁶¹. La réduction des prestations ne peut toutefois excéder la moitié du montant des prestations lorsque l'assuré doit, au moment de l'accident, pourvoir à l'entretien de proches auxquels son décès

²⁵⁶ Art. 37 al. 1 LAA.

²⁵⁷ Voir chapitre X ch. III.2.

²⁵⁸ ATF 111 V 61; ATF 113 V 61 ss; ATF 102 II 363 ss.

²⁵⁹ Hormis l'indemnité funéraire (GHELEW/RAMELET/RITTER, p. 146).

²⁶⁰ ATF 119 V 179.

²⁶¹ ATF 119 V 171 ss; voir le chapitre X ch. 1.8.

ouvrirait le droit à des rentes de survivants ou lorsqu'il décède des suites de l'accident²⁶². Le taux de réduction est au minimum de 10 %²⁶³. Il oscille en principe entre 20 et 30 %²⁶⁴. En revanche, les prestations pour soins et les remboursements de frais sont alloués sans restriction²⁶⁵.

Commet une négligence grave celui qui viole les règles de prudence élémentaire que tout homme raisonnable eût observées dans la même situation et dans les mêmes circonstances, afin d'éviter des conséquences dommageables, prévisibles dans le cours naturel des choses²⁶⁶.

C'est en matière de circulation routière principalement qu'abondent les exemples de négligence grave²⁶⁷, par exemple le non-respect d'un feu rouge²⁶⁸ ou l'absence du port de la ceinture de sécurité²⁶⁹.

7.3. Crimes ou délits

Si l'assuré a provoqué un accident en commettant un crime ou un délit, les prestations en espèces peuvent être réduites ou, dans les cas particulièrement graves, refusées. Si l'assuré doit, au moment de l'accident, pourvoir à l'entretien de proches auxquels son décès ouvrirait le droit à une rente de survivants ou s'il décède des suites de l'accident, les prestations en espèces sont réduites au plus de la moitié²⁷⁰. Les prestations pour soins et les remboursements de frais sont toujours accordés intégralement²⁷¹.

Les sanctions en matière de délits sont appliquées, en particulier, lors d'accidents en état d'ébriété et lors de franchissement d'une ligne de

²⁶² Art. 37 al. 2 L.A.A.

²⁶³ MAURER, 1993, p. 392.

²⁶⁴ GHELEW/RAMELET/RITTER, p. 148.

²⁶⁵ GHELEW/RAMELET/RITTER, p. 147.

²⁶⁶ ATF 97 V 212; ATF 105 V 123 et 214; ATF 106 V 24; ATF 109 V 151-152; ATF 111 V 189.

²⁶⁷ Nous renvoyons le lecteur pour d'autres exemples de négligence grave aux ouvrages de MAURER, 1985, pp. 489 ss; GHELEW/RAMELET/RITTER, p. 148; SCHÄR/DUC/KELLER, pp. 137 ss et au résumé de la jurisprudence du TFA (ATF 114 V 317).

²⁶⁸ ATF 114 V 315 ss.

²⁶⁹ ATF 109 V 150 ss.

²⁷⁰ Art. 37 al. 3 L.A.A.

²⁷¹ GHELEW/RAMELET/RITTER, p. 149.

sécurité entraînant la mort de personnes²⁷². La CNA refuse généralement toute prestation en espèces lorsque le taux d'alcoolémie est supérieur à deux pour mille et qu'il existe au surplus des circonstances aggravantes²⁷³. La commission ad hoc des assureurs LAA édicte des recommandations sur les taux de réduction à appliquer en fonction du taux d'alcoolémie²⁷⁴.

7.4. La déclaration tardive de l'accident

La déclaration tardive de l'assuré est réglée par l'article 46 LAA qui dispose:

"Le retard inexcusable de l'avis d'accident, dû à l'assuré ou à ses survivants, peut entraîner, s'il en résulte des complications importantes pour l'assureur, une privation de la moitié ou plus des prestations en espèces pour le temps précédant le préavis."

L'alinéa 2 ajoute:

"L'assureur peut réduire de moitié toute prestation si, par suite d'un retard inexcusable dû à l'assuré ou à ses survivants, il n'a pas été avisé dans les trois mois de l'accident ou du décès de l'assuré; il peut refuser la prestation lorsqu'une fausse déclaration d'accident lui a été remise intentionnellement."

Enfin, l'alinéa 3 précise que :

"Si l'employeur omet de manière inexcusable de déclarer l'accident, il peut être tenu pour responsable par l'assureur des conséquences pécuniaires qui en résultent."

Le premier alinéa de cet article concerne les retards de moins de trois mois. Un tel retard n'entraîne pas de sanction du seul fait de son existence. Il faut encore qu'il en résulte des complications importantes pour l'assureur. C'est à ce dernier qu'incombe d'apporter la preuve desdites complications, sans qu'il soit toutefois tenu de chiffrer son dommage, qui doit être d'ordre économique²⁷⁵. Le retard inexcusable devra être apprécié au regard de toutes les circonstances concrètes du

²⁷² ATF 119 V 241 ss. Il est intéressant de noter à ce sujet le changement de jurisprudence du TFA (voir à ce propos RJAM 1981, pp. 155 ss, ATFA du 10 mars 1981, où le TFA a considéré le franchissement d'une ligne de sécurité, alors que d'autres véhicules arrivaient en sens inverse, comme une négligence grave).

²⁷³ METTON, p. 62.

²⁷⁴ GHELEW/RAMELET/RITTER, p. 149.

²⁷⁵ GHELEW/RAMELET/RITTER, p. 175.

cas, des conditions individuelles des personnes concernées (formation, difficultés de compréhension dues à la langue, etc.), de la connaissance qu'a l'assuré de ses droits envers l'assureur²⁷⁶ et du principe général de la bonne foi²⁷⁷.

Le deuxième alinéa sanctionne les violations qualifiées du devoir d'annonce. La sanction, dans ce cas, ne doit pas s'apprécier au vu des complications importantes qui s'en suivraient pour l'assureur²⁷⁸, mais au regard de la seule faute de l'assuré ou de ses survivants. La deuxième différence par rapport au premier alinéa réside dans le fait que non seulement les prestations en espèces peuvent être réduites, mais également les autres prestations versées par l'assureur. Le deuxième alinéa vise également l'hypothèse de la fausse déclaration intentionnelle de l'assuré. L'assureur peut ainsi refuser toute prestation même avant le délai de trois mois²⁷⁹. Il en serait ainsi si l'assuré déclarait qu'il a glissé sur les escaliers dans sa maison alors qu'en fait il a été blessé lors d'une bagarre dans une auberge²⁸⁰.

Le troisième alinéa sanctionne l'omission inexcusable de l'employeur de déclarer l'accident. La sanction prise par l'assureur ne doit pourtant porter aucun préjudice à l'assuré ou à ses survivants²⁸¹. L'application de cette disposition exige que l'assureur apporte la preuve du dommage, à savoir un surcroît de frais découlant de l'omission²⁸².

8. Cas particuliers: les dangers extraordinaires et les entreprises téméraires

8.1. Remarques préliminaires

L'assurance-accidents peut réduire ou refuser ses prestations en cas de dangers extraordinaires et d'entreprises téméraires. Cette sanction n'a trait qu'à l'assurance des accidents non professionnels. Le but de cette

²⁷⁶ ATF 102 V 18 ss; ATF 108 V 84 ss.

²⁷⁷ GHELEW/RAMELET/RITTER, p. 175.

²⁷⁸ RAMA 1990, pp. 367 ss (ATFA du 21 mai 1990).

²⁷⁹ GHELEW/RAMELET/RITTER, p. 176.

²⁸⁰ MAURER, 1993, p. 398.

²⁸¹ MAURER, 1993, p. 398.

²⁸² GHELEW/RAMELET/RITTER, p. 176.

réglementation est d'éviter que la communauté des assurés ne supporte des charges excessives engendrées par le comportement de quelques assurés²⁸³.

Dans le cas des dangers extraordinaires, la sanction de l'assurance est indépendante du comportement de l'auteur; elle réside dans l'objet de l'action défini par l'ordonnance sur l'assurance-accidents. Il s'agit donc d'un critère purement objectif, indépendant de toute faute de l'assuré²⁸⁴. Dans le cas des entreprises téméraires, la sanction relève de critères objectif et subjectif: objectif en ce sens que l'entreprise téméraire implique le risque d'un danger particulièrement grave, qui résulte de l'action entreprise, et subjectif, parce que la témérité de l'auteur, manifestation de son esprit d'audace, réfléchi ou hasardeuse, doit être appréciée en fonction de sa personnalité²⁸⁵.

8.2. Les dangers extraordinaires

Les dangers extraordinaires sont énumérés de manière exhaustive dans l'ordonnance sur l'assurance-accidents²⁸⁶, qui a introduit deux catégories de dangers extraordinaires: l'une entraînant le refus des prestations²⁸⁷, l'autre entraînant la réduction des prestations en espèces²⁸⁸.

S'agissant de la première catégorie, aucune prestation d'assurance ne sera accordée lors d'un service militaire à l'étranger ou lors de participation à des actes de guerre, de terrorisme ou de banditisme²⁸⁹.

Pour ce qui est de la deuxième catégorie, les prestations en espèces sont réduites au moins de moitié en cas de participation à une rixe ou à une bagarre²⁹⁰, lors de dangers auxquels l'assuré s'est exposé en provoquant gravement autrui et en cas de participation à des désordres²⁹¹.

²⁸³ RAMA 1991, p. 89 (ATFA du 21 janvier 1991); METTON, p. 59; MAURER, 1993, p. 393; GREBER, 1982, p. 289.

²⁸⁴ Dans ce sens, SCHÄR/DUC/KELLER, p. 118; BERTHOUD, p. 162.

²⁸⁵ BERTHOUD, p. 162.

²⁸⁶ Art. 49 OLAA.

²⁸⁷ Art. 49 al. 1 OLAA.

²⁸⁸ Art. 49 al. 2 OLAA.

²⁸⁹ Art. 39 LAA et 49 OLAA.

²⁹⁰ A moins que l'assuré n'ait été blessé par des protagonistes alors qu'il ne prenait aucune part à la rixe ou à la bagarre, ou qu'il venait en aide à une personne sans défense. Ainsi, il n'y a pas de réduction des prestations dans le cas d'un assuré qui,

8.3. Les entreprises téméraires

Les entreprises téméraires sont celles par lesquelles l'assuré provoque un danger particulièrement grave sans prendre de mesures destinées à ramener celui-ci à des proportions raisonnables ou sans pouvoir prendre de telles mesures²⁹². L'entreprise téméraire doit menacer l'assuré d'un danger imminent²⁹³. Il n'est toutefois pas nécessaire que la vie de l'assuré soit mise en danger; il suffit que sa santé le soit²⁹⁴. Il faut en outre que l'assuré n'ait pas été totalement privé de sa capacité de discernement²⁹⁵. Dans l'ordonnance sur l'assurance-accidents, les entreprises téméraires sont définies par une clause générale et non par une liste exhaustive, comme les dangers extraordinaires²⁹⁶.

Le Tribunal fédéral des assurances²⁹⁷, reprenant l'avis de la doctrine²⁹⁸, distingue deux catégories d'entreprises téméraires: celles qui sont absolues et celles qui sont relatives.

Les entreprises téméraires absolues sont celles qui, indépendamment de l'instruction, de la préparation, de l'équipement et des aptitudes de l'assuré, comportent des risques particulièrement importants, même si elles sont pratiquées dans les conditions les moins défavorables²⁹⁹; on ne saurait alors imposer à l'ensemble des assurés d'en assumer les conséquences dommageables³⁰⁰. Citant GHELEW/RAMELET/RITTER³⁰¹, nous en mentionnons ci-dessous quelques-unes:

- la pratique de la boxe de compétition;
- la pratique du catch;
- la participation à une course de côte automobile;

voulant protéger une personne sans défense, victime d'actes de violence, est blessé par les assaillants (RAMA 1991, pp. 85 ss, ATFA du 21 janvier 1991).

²⁹¹ Pour plus de détails sur les dangers extraordinaires, voir l'ouvrage de GHELEW/RAMELET/RITTER, pp. 152 ss.

²⁹² Art. 50 al. 2 OLAA.

²⁹³ ATF 96 V 105.

²⁹⁴ MAURER, 1985, p. 508.

²⁹⁵ ATF 98 V 149.

²⁹⁶ Art. 50 al. 2 OLAA.

²⁹⁷ ATF 112 V 44 ss; ATF 113 V 222 ss.

²⁹⁸ MAURER, 1985, pp. 508 ss; NEF, pp. 103 ss.

²⁹⁹ Pour MAURER, 1993, p. 393, on peut parler d'entreprise téméraire absolue lorsqu'il existe un grave danger qu'on ne peut réduire dans une mesure raisonnable.

³⁰⁰ ATF 112 V 47.

³⁰¹ GHELEW/RAMELET/RITTER, p. 154; voir également SCHÄR/DUC/KELLER, pp. 138-139.

- la pratique du full contact en compétition;
- la chasse au record de ski;
- la pratique de la plongée sous-marine à une profondeur de plus de 40 mètres;
- la pratique du motocross en compétition et lors d'entraînements sur circuit.

Les entreprises téméraires relatives sont celles qui ne se révèlent pas d'emblée comme téméraires par elles-mêmes, mais à propos desquelles il faut se demander si l'assuré remplit, au moment déterminant, toutes les exigences requises pour s'y adonner, sur le plan des aptitudes personnelles, du caractère et de la préparation, pour pouvoir en surmonter les difficultés et ramener ainsi les risques à un niveau admissible. Encore faut-il en ce cas, pour qu'une telle entreprise puisse être couverte par l'assurance, qu'il existe un intérêt digne de protection³⁰². Comme exemples d'entreprises téméraires relatives, on peut citer la pratique de l'alpinisme, de la varappe ou de la plongée spéléologique³⁰³. Dans le cas de sauvetage d'une personne, l'assurance ne peut réduire ses prestations, même si un tel acte peut être considéré comme une entreprise téméraire³⁰⁴.

En tous les cas, il doit y avoir un lien de causalité adéquate entre le comportement de l'assuré et le dommage à la santé pour que puissent être réduites les prestations en cas de dangers extraordinaires ou d'entreprises téméraires³⁰⁵.

En cas d'accidents non professionnels dus à une entreprise téméraire, les prestations en espèces sont réduites de moitié; elles sont refusées dans les cas particulièrement graves³⁰⁶, lorsque l'assuré a fait preuve d'un comportement insensé ou gravement répréhensible³⁰⁷. En règle générale, la CNA s'en tient pourtant à une réduction de 50 % des prestations³⁰⁸.

³⁰² ATF 112 V 47.

³⁰³ GHELEW/RAMELET/RITTER, p. 155.

³⁰⁴ Art. 50 al. 2 OLAA.

³⁰⁵ MAURER, 1993, p. 393.

³⁰⁶ Art. 50 al. 1 OLAA.

³⁰⁷ METTON, p. 67; GHELEW/RAMELET/RITTER, p. 155.

³⁰⁸ METTON, p. 67.

IV. LE REGIME DES ALLOCATIONS POUR PERTE DE GAIN

1. Historique

Jusqu'en 1874, les citoyens qui tombaient dans le besoin à la suite de l'accomplissement de leurs devoirs militaires devaient recourir à l'assistance privée. La loi sur l'organisation militaire, du 13 novembre 1874, imposa aux cantons l'obligation de fournir une assistance suffisante aux parents des militaires qui se trouvaient privés de moyens d'existence. Cette obligation fut plus tard attribuée à la Confédération en vertu de la loi du 12 avril 1907 sur l'organisation militaire³⁰⁹. Une ordonnance du 21 janvier 1910 précisa les secours délivrés aux familles des militaires³¹⁰. En droit privé, le CO de 1881 et de 1911 avait introduit une disposition sur le droit au salaire pendant le service militaire. L'employeur ne devait verser le salaire que dans les contrats conclus à long terme et pendant un temps relativement court³¹¹. Lors de la Première Guerre mondiale, les secours publics devaient s'avérer insuffisants: moins de la moitié des soldats mobilisés bénéficièrent d'un soutien, au demeurant fort modeste. Ajoutée au rationnement et aux difficultés d'approvisionnement, cette carence fut l'un des principaux facteurs des troubles sociaux qui aboutirent à la grève générale de 1918. Par la suite, une ordonnance du 9 juin 1931 remplaça celle de 1910, améliorant quelque peu le montant des secours³¹².

Après 1930, les périodes de service furent prolongées. Les dispositions en vigueur n'étaient plus suffisantes et, lorsqu'éclata la Seconde Guerre mondiale, la nécessité d'une protection économique plus complète devint impérative. Le Conseil fédéral, usant de ses pleins pouvoirs, institua, le 20 décembre 1939, un arrêté réglant provisoirement le paiement des allocations pour perte de salaire aux travailleurs en service militaire actif³¹³ (régime des allocations pour perte de salaire). Le 14 juin 1940, un deuxième arrêté introduisit des allocations de perte

³⁰⁹ BINSWANGER, p. 2.

³¹⁰ RO 26 86 ss.

³¹¹ Voir chapitre I ch. II.2.2., II.3.3. et II.3.6.

³¹² RO 47 92 ss.

³¹³ RO 55 1552 ss. Cet arrêté mettait sur pied un véritable régime d'assurance sociale. Il prévoyait une structure nouvelle basée sur une compensation à l'échelle nationale. Il instituait un droit, indépendant de la situation financière des assurés, à des allocations modulées en fonction des charges de famille, et financées par des contributions paritaires des travailleurs et de leurs employeurs, de 4% du salaire au total (MAHON, 1993a, N4; MAURER, 1982, p. 571).

de gain pour les indépendants³¹⁴. Vers la fin de la guerre, un troisième arrêté, du 29 mars 1945, accorda des allocations aux étudiants des établissements d'instruction supérieure³¹⁵. Le régime d'allocations créé pendant la Seconde Guerre mondiale constituait un droit provisoire³¹⁶. Il convenait, comme il avait donné satisfaction, de le transposer dans la législation ordinaire et de créer une base constitutionnelle. Cette dernière fut adoptée le 6 juillet 1947³¹⁷.

La loi fédérale sur les allocations aux militaires pour perte de salaire et de gain a été adoptée le 25 septembre 1952³¹⁸ et est entrée en vigueur le 1er janvier 1953. Elle l'est encore aujourd'hui, sous un titre légèrement différent³¹⁹. Conformément à l'article 34 alinéa 3 de cette loi, le Conseil fédéral a édicté les dispositions d'exécution dans le règlement sur les allocations pour perte de gain, du 24 décembre 1959³²⁰. L'article 22bis alinéa 6 Cst., adopté le 24 mai 1959, a par ailleurs élargi la base constitutionnelle de la loi en prévoyant des allocations pour perte de gain en faveur des personnes servant dans la protection civile. Celles-ci ont été allouées par la loi du 23 mars 1962 sur la protection civile³²¹. La loi a fait, depuis lors, l'objet de plusieurs révisions³²². A l'heure où nous écrivons ces lignes, la sous-commission pour le régime des allocations perte de gain, issue de la Commission fédérale de l'AVS/AI, vient de soumettre au Conseil fédéral des propositions de révision des allocations perte de gain. Celles-ci prévoient, entre autres, la prise en considération du travail éducatif ou

³¹⁴ RO 56 961 ss. Cet arrêté créait deux régimes, l'un pour le commerce et l'artisanat, l'autre pour l'agriculture. Les allocations étaient financées, dans le premier, pour moitié par des cotisations des indépendants eux-mêmes et pour moitié par des contributions des pouvoirs publics; dans le second, à raison de deux cinquièmes par les assurés et de trois cinquièmes par les pouvoirs publics (MAHON, 1993a, N4).

³¹⁵ Dès le 121e jour de service (RO 61 183 ss). Contrairement aux deux premiers, cet arrêté n'était pas provisoire (MAHON, 1993a, N4).

³¹⁶ Le Conseil fédéral décida tout de même son maintien par un arrêté du 31 juillet 1945 (RO 61 553 ss). Compte tenu des réserves accumulées, l'obligation de cotiser fut toutefois supprimée à partir du 1er janvier 1948 (arrêté du 23 décembre 1947, RO 63 1509 ss). Voir à ce sujet MAHON, 1993a, N5.

³¹⁷ L'art. 34ter al. 1 lit. d Cst. dispose que la Confédération a le droit de légiférer "sur une compensation appropriée du salaire ou du gain perdu par suite de service militaire".

³¹⁸ RS 834.1.

³¹⁹ Elle porte aujourd'hui le nom de "loi fédérale sur le régime des allocations pour perte de gain en faveur des personnes servant dans l'armée ou dans la protection civile".

³²⁰ RS 834.11.

³²¹ RS 520.1, art. 47.

³²² Voir à ce sujet MAHON, 1993a, N7.

domestique, le versement d'une allocation indépendante de l'état civil à toutes les personnes qui font du service (à l'exception des recrues) de 60 % du revenu acquis avant le service, l'introduction d'une allocation de base unique indépendante de l'état civil pour toutes les recrues, de 20 % du montant maximal de l'allocation totale, et une allocation pour service de longue durée³²³.

2. Les éventualités couvertes

Le but des allocations pour perte de gain (APG) est de remplacer, en partie tout au moins, le manque à gagner que subit le militaire en accomplissant ses périodes de service.

Le régime des allocations pour perte de gain ne prévoit que des prestations en espèces, à savoir les allocations de ménage, les allocations pour personne seule, les allocations pour enfant, les allocations d'assistance et les allocations d'exploitation. Dans le cadre de notre étude, nous n'examinerons que les deux premières allocations citées, qui concernent la perte de salaire que subit le travailleur lorsqu'il est appelé à servir son pays.

3. Le cercle des personnes assurées

L'assurance s'étend principalement aux personnes qui quittent leur activité professionnelle pour entrer en service dans l'armée suisse, dans le service féminin de l'armée, au service de la Croix-Rouge, dans les services complémentaires ou dans la protection civile³²⁴. Parmi les ayants-droit figurent également les participants aux cours fédéraux et cantonaux pour moniteurs de jeunesse et sport, ainsi que les participants aux cours pour moniteurs de jeunes tireurs³²⁵. Les étrangers qui sont appelés à effectuer leur service militaire dans leur pays ne sauraient faire valoir un droit quelconque à une allocation pour perte de gain,

³²³ Voir à ce propos l'article de SCHLÄFLI sur la sixième révision des APG.

³²⁴ Art. 1 al. 1 et 2 LAPG.

³²⁵ Art. 1 al. 3 LAPG.

quand bien même ils auraient cotisé à l'assurance ou séjourné en Suisse, cela parce que les prestations d'assurance sont réservées aux personnes qui font du service dans l'armée suisse³²⁶.

La loi prend également en compte tous ceux qui poursuivent une formation professionnelle et dont le service militaire retarde l'entrée dans la vie professionnelle et, d'autre part, les chômeurs et les personnes qui font du service et rendent vraisemblable qu'elles auraient entrepris une activité lucrative de longue durée si elles n'avaient pas dû entrer en service³²⁷.

Depuis le 1er janvier 1960, les personnes sans activité lucrative ont droit, elles aussi, à l'allocation. Elles ne subissent certes pas une perte de gain, mais le législateur a considéré qu'il était juste de les mettre au bénéfice de cet avantage, puisqu'elles doivent payer aussi le supplément allocations perte de gain sur leurs éventuelles cotisations AVS³²⁸.

4. L'intervention en cas de maladie

En cas de maladie de l'assuré pendant une période de service militaire (ou de protection civile), le militaire est généralement licencié du service ou évacué sur un établissement hospitalier. Le cas est alors pris en charge par l'assurance-militaire. Pourtant, si le soldat reste à la troupe alors qu'il est malade, il recevra une solde et, par voie de conséquence, les allocations pour perte de gain³²⁹.

Cette pratique permet d'empêcher certains abus car, en cas d'intervention de l'assurance-militaire, certains assurés pourraient soudainement tomber malades pour bénéficier des prestations plus élevées de l'assurance-militaire et ainsi éviter que le temps limité de l'article 324b CO ne soit entamé. Un tel abus profiterait également à l'employeur, puisque l'obligation de compléter les prestations d'assurance à teneur de l'article 324b CO serait supprimée, en tous les cas réduite.

³²⁶ BUSCHINI, p. 4.

³²⁷ Art. 1 al. 2 RAPG.

³²⁸ BINSWANGER, pp. 3-4.

³²⁹ BERTHOUD, p. 182.

5. L'allocation de ménage et l'allocation pour personne seule

5.1. L'allocation de ménage

L'allocation de ménage est servie, d'une part, aux personnes mariées qui font du service et, d'autre part, aux personnes célibataires, veuves ou divorcées, qui vivent avec un ou des enfants³³⁰ ou qui sont tenues d'avoir leur propre ménage en raison de leur situation professionnelle ou officielle³³¹.

L'allocation journalière de ménage s'élève, pour les personnes exerçant une activité lucrative avant d'entrer en service, à 75 % du revenu moyen acquis avant le service, mais à Frs 52.- au minimum et à Frs 154.- au plus par jour³³².

Les militaires qui font du service d'avancement en vue d'acquérir un grade ou une fonction supérieure reçoivent une allocation journalière de Frs 103.- au moins, et de Frs 154.- au plus³³³.

5.2. L'allocation pour personne seule

Tous les ayants droit qui ne peuvent prétendre à l'allocation de ménage ont droit à l'allocation pour personne seule³³⁴. Pour les personnes exerçant une activité lucrative, cette allocation s'élève à 45 % du revenu moyen acquis avant le service, mais à Frs 31.- au moins et à Frs 93.- au plus³³⁵. Les recrues célibataires, quels que soient leurs revenus avant d'entrer à l'école, reçoivent l'allocation de Frs 31.- par jour³³⁶.

³³⁰ Sont considérés comme enfants, d'une part, les enfants de la personne qui fait du service et, d'autre part, les enfants recueillis par la personne qui fait du service et dont elle assume gratuitement et durablement les frais d'entretien et d'éducation (art. 6 al. 2 LAPG).

³³¹ Art. 4 al. 1 LAPG.

³³² Art. 9 al. 1 LAPG; voir également les taux journaliers de l'ordonnance 94 sur l'adaptation des allocations pour perte de gain à l'évolution des salaires, du 27 septembre 1993 (RS 834.12).

³³³ Etat au 1er janvier 1994.

³³⁴ Art. 5 LAPG.

³³⁵ Etat au 1er janvier 1994.

³³⁶ Idem.

L'allocation pour personne seule en cas de service d'avancement s'élève Frs 62.- au moins par jour et à Frs 94.- au plus³³⁷.

5.3. La coordination entre les allocations pour perte de gain et l'article 324b CO

Avec le régime des allocations pour perte de gain, le travailleur est assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler, qui ne provient pas de sa faute et qui est dû à des raisons inhérentes à sa personne.

Comme l'assurance ne couvre pas les quatre cinquièmes du salaire, l'employeur n'est pas libéré de son obligation de verser le salaire. Il a donc l'obligation de compléter les prestations d'assurance afin qu'elles atteignent 80 % du salaire pendant le temps limité prévu par l'article 324b CO ou par l'échelle en vigueur.

V. L'ASSURANCE MATERNITE: UNE NOUVELLE ASSURANCE OBLIGATOIRE ?

1. Historique

Depuis l'acceptation par le peuple et les cantons de l'article 34quinquies, le 25 novembre 1945³³⁸, la Confédération a non seulement la compétence, mais également le mandat d'instituer une

³³⁷ Idem.

³³⁸ FF 1945 II 789 ss. A la base de l'article constitutionnel, on trouve l'initiative du parti conservateur populaire suisse lancée en 1941. Déposée le 13 mai 1942, l'initiative demandait l'introduction d'un nouvel article 33bis chargeant la Confédération de pourvoir à la sauvegarde de la famille, d'instituer des allocations spéciales au profit des chefs de famille et d'encourager les initiatives en faveur de la famille dans le domaine du logement (FF 1944 825 ss). Le Conseil fédéral présenta un contre-projet, qui donnait à la Confédération la compétence de légiférer uniquement dans les domaines des allocations familiales, de l'aide au logement et de l'assurance-maternité (FF 1944 1029 ss). L'initiative fut retirée le 7 avril 1945 et le contre-projet accepté en votation populaire le 25 novembre 1945, par 548 601 voix contre 170 278 et par tous les cantons à l'exception du demi-canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures (FF 1945 II 789 ss).

assurance-maternité³³⁹. Elle a la faculté de déclarer l'assurance obligatoire en général ou pour certaines catégories de la population, c'est-à-dire d'instituer une protection universelle ou professionnelle. Elle peut astreindre des personnes ne bénéficiant pas des prestations à verser des contributions et peut faire dépendre ses prestations financières d'une participation équitable des cantons.

Depuis 1945, les tentatives d'instituer une assurance-maternité n'ont pas manqué. On citera, sans les développer³⁴⁰, la modification de l'article 34bis Cst., rejetée par le souverain le 8 décembre 1974³⁴¹, l'initiative populaire "Pour une protection efficace de la maternité", déposée en 1980 et rejetée le 14 décembre 1984³⁴², et enfin une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-maladie (et maternité), adoptée par les Chambres le 20 mars 1987 et rejetée par le peuple, ensuite d'un référendum, le 6 décembre 1987³⁴³.

Suite à ce rejet, le canton de Genève, par le truchement d'une initiative du 29 février 1988, invita le Conseil fédéral à élaborer dans les plus brefs délais un projet d'assurance-maternité indépendant de l'assurance-maladie³⁴⁴. Les Chambres donnèrent suite à cette initiative et la transmièrent sous forme de postulat au Conseil fédéral. Ce dernier y répondit favorablement et, dans son rapport sur le Programme de la législature 1991-1995, du 25 mars 1992³⁴⁵, il annonça qu'il soumettrait un projet de loi concernant une assurance-maternité. Lors de l'examen du rapport évoqué ci-dessus, les deux Chambres adoptèrent une motion de la commission du Conseil des Etats du 12 mai 1992 portant sur la protection de la maternité et de la famille. Cette motion demandait notamment d'élaborer des bases légales pour une meilleure protection de la maternité et de la famille. Le Conseil fédéral accepta la motion³⁴⁶. En juin 1994, il mettait en consultation un avant-projet de la loi fédérale sur l'assurance-maternité.

³³⁹ FF 1982 III 835 et 842; MAHON, 1993b, (N70); GREBER, 1982, pp. 341-342; GLOOR, p. 181.

³⁴⁰ Nous renvoyons le lecteur, pour plus de détails, à l'article de MAHON, 1993b, N74.

³⁴¹ Voir FF 1970 I 709 ss, 1973 I 908 ss, 1974 I 793 ss et 1975 I 484 ss et 1171 ss; GREBER, 1982, pp. 344 ss.

³⁴² FF 1980 I 825 ss, 1982 III 805 ss, 1983 III 1052 ss et 1985 I 285 ss.

³⁴³ FF 1987 I 971 ss et 1988 I 541.

³⁴⁴ Rapport explicatif concernant l'avant-projet de la loi fédérale sur l'assurance-maternité, p. 2.

³⁴⁵ FF 1992 III 109.

³⁴⁶ Rapport explicatif concernant l'avant-projet, p. 2.

L'assurance-maternité se résume aujourd'hui, au niveau fédéral, à la protection offerte par l'article 29 LAMal³⁴⁷. Depuis la votation du 4 décembre 1994, la conclusion d'une assurance-maladie est devenue obligatoire (dès le 1er janvier 1996) et toute femme domiciliée en Suisse³⁴⁸ peut prétendre à des prestations. En revanche, les indemnités journalières en cas de maternité demeurent facultatives. Seules les femmes qui se sont assurées personnellement, sous réserve d'une assurance collective déterminée par contrat individuel, contrat-type ou convention collective, peuvent bénéficier desdites indemnités.

Nous examinerons ci-dessous l'avant-projet selon la même structure que celle que nous avons adoptée jusqu'à présent, soit: l'éventualité assurée, le cercle des personnes assurées, l'intervention en cas de maladie, l'indemnité journalière (dénommée ci-après: allocation de maternité) et la coordination de l'allocation de l'assurance-maternité avec les indemnités de l'assurance-maladie et avec les prestations versées par l'employeur.

2. L'éventualité assurée

L'assurance-maternité³⁴⁹ prévoit le versement d'allocations durant le congé maternité et durant le congé "d'adoption". Au sens du projet d'article 329f CO, l'assurée a droit à un congé de maternité d'une durée de seize semaines au moins, dont douze semaines au moins doivent être prises après l'accouchement. Le droit à un congé maternité (ainsi qu'à une allocation de maternité) existe lorsque la grossesse a duré au moins 28 semaines, que l'enfant soit viable ou non³⁵⁰. Selon le commentaire accompagnant l'avant-projet³⁵¹, le congé maternité doit permettre non seulement la protection de la mère, mais également le développement des relations entre la mère et l'enfant. Il rendra possible un allaitement dans les meilleures conditions et laissera à la mère le temps de s'adapter à un changement important. Concernant le placement d'un enfant en vue de l'adoption, le projet d'article 329g CO

³⁴⁷ Voir chapitre V ch. III.3.1.

³⁴⁸ Sous réserve de l'art. 3 al. 2 et 3 LAMal.

³⁴⁹ La maternité comprend la grossesse et l'accouchement, ainsi que la convalescence qui s'ensuit pour la mère (art. 2 al. 3 LAMal).

³⁵⁰ Art. 3 de l'avant-projet.

³⁵¹ Rapport explicatif concernant l'avant-projet, p. 7.

prévoit que l'assuré ou l'assurée a droit à un congé de quatre semaines au moins si l'enfant a moins de huit ans à la date du placement.

3. Le cercle des personnes assurées

Toutes les mères salariées ou exerçant une activité indépendante et assurées obligatoirement à l'AVS peuvent prétendre à des prestations³⁵². Sont également assurés les hommes exerçant une activité lucrative lorsqu'ils prennent congé dans le but d'adopter un enfant. Les notions de personnes salariées ou indépendantes sont identiques à celles en vigueur dans la législation sur l'AVS³⁵³. Pour bénéficier des prestations, toute personne doit avoir été assurée durant les neuf mois qui ont précédé l'accouchement ou le placement en vue de l'adoption.

L'avant-projet précise que le cercle des personnes assurées pourra être élargi ultérieurement (on pense ici plus particulièrement aux personnes sans activité lucrative)³⁵⁴.

4. L'intervention en cas de maladie

L'assurance-maternité peut intervenir dès la quatrième semaine qui précède la date présumée de l'accouchement, mais au plus tard jusqu'à la fin de la seizième semaine qui suit l'accouchement. Dans le cadre de notre étude, il nous intéresse de savoir si l'assurance-maternité intervient en cas de maladie. Il convient de distinguer deux périodes où la maladie peut se déclarer: d'une part, celle qui précède l'accouchement et, d'autre part, celle qui suit l'accouchement. Une telle distinction est utile, car la coordination des allocations de l'assurance-maternité avec les prestations versées par l'employeur s'effectue différemment selon la période pendant laquelle se déclare la maladie.

³⁵² Art. 4 et 5 de l'avant-projet.

³⁵³ Art. 2 de l'avant-projet.

³⁵⁴ Rapport explicatif concernant l'avant-projet, pp. 2 et 10.

5. Les allocations de maternité

5.1. Généralités

L'allocation de maternité est versée durant seize semaines, dont douze au minimum après l'accouchement. La mère peut donc prendre son congé au plus tôt quatre semaines avant la date présumée de l'accouchement³⁵⁵. L'allocation couvre la totalité de la perte de gain³⁵⁶. Elle est calculée sur la base du gain assuré, qui ne dépassera toutefois pas le montant maximum du gain assuré de l'assurance-accidents³⁵⁷, soit fr. 97'200.-³⁵⁸. Le gain assuré correspond au revenu déterminant pour le calcul des cotisations de l'AVS³⁵⁹. En cas d'activité lucrative irrégulière ou de forte fluctuation du revenu, le calcul de l'allocation sera fondé sur le revenu obtenu au cours de l'année qui précède le congé³⁶⁰. Pour les indépendants, l'allocation est calculée sur la base du revenu qui a servi à fixer le montant de la dernière cotisation prévue par l'AVS avant l'accouchement ou le placement en vue de l'adoption³⁶¹.

Le droit à l'allocation existe indépendamment du fait que la personne continue ou cesse de travailler après le congé. L'assurée peut donc résilier son contrat de travail pour la fin du congé de maternité, sans que ses droits soient réduits. Lorsqu'un enfant est placé en vue d'adoption, la personne assurée a droit à des allocations durant quatre semaines au moins si l'enfant a moins de huit ans révolus à la date du placement³⁶².

5.2. La coordination des allocations de maternité avec les indemnités journalières de l'assurance-maladie

Lorsque la personne assurée tombe malade pendant son congé maternité, les allocations de maternité priment les indemnités jour-

³⁵⁵ Projet d'art. 329f CO.

³⁵⁶ Afin qu'aucune détérioration par rapport à la situation actuelle ne se produise (rapport explicatif concernant l'avant-projet, p. 7).

³⁵⁷ Art. 7 al. 2 de l'avant-projet.

³⁵⁸ Art. 22 al. 1 OLAA, état au 1er janvier 1994.

³⁵⁹ Art. 7 al. 2 de l'avant-projet.

³⁶⁰ Art. 7 al. 3 de l'avant-projet.

³⁶¹ Art. 7 al. 4 de l'avant-projet. Le Conseil fédéral règle les détails et peut édicter des prescriptions si le montant de cette cotisation est modifié par une décision ultérieure.

³⁶² Art. 6 al. 1 et 2 de l'avant-projet.

nalières de l'assurance-maladie³⁶³. Si l'indemnité journalière payée jusqu'au début du congé de maternité est plus élevée, alors l'allocation de l'assurance-maternité correspondra à ce montant³⁶⁴. D'autre part, l'assurée aura la possibilité d'inclure ou d'exclure le risque maternité lors de la conclusion d'une assurance d'une indemnité journalière en cas de maladie³⁶⁵.

5.3. La coordination des allocations de maternité avec l'obligation de l'employeur de verser le salaire

Il convient ici de s'interroger sur deux possibilités de coordination: d'une part, si la maladie survient avant l'accouchement et, d'autre part, si elle survient après l'accouchement. Nous avons vu que la mère pouvait prendre un congé au plus tôt quatre semaines avant la date présumée de l'accouchement. Si, pour des raisons de santé, elle est toutefois empêchée de travailler avant l'accouchement, l'employeur devra verser le salaire en cas de maladie selon l'article 324a CO. La durée du congé de maternité de seize semaines n'est, dans ce cas, pas réduite³⁶⁶.

Le deuxième cas de coordination est celui de la maladie pendant la période qui suit l'accouchement. L'employeur est-il libéré de son obligation de verser le salaire ou doit-il, comme dans le cas des assurances obligatoires visées à l'article 324b CO, compléter les allocations jusqu'à 80 % du gain antérieur? A notre avis, l'assurance-maternité relève, au même titre que l'assurance-militaire, l'assurance-accidents ou le régime des allocations pour perte de gain, d'une assurance obligatoire. La personne est, en effet, assurée obligatoirement, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler, qui ne provient pas de sa faute et qui est dû à des raisons inhérentes à son état. L'employeur a donc l'obligation de compléter les allocations de maternité lorsqu'elles n'atteignent pas 80 % du salaire, ceci pendant le temps limité prévu par l'article 324b CO ou par l'échelle en vigueur.

³⁶³ Art. 8 al. 1 de l'avant-projet. L'allocation de maternité prime également celle de l'assurance-chômage, de l'assurance-invalidité, de l'assurance-accidents et de l'assurance militaire.

³⁶⁴ Art. 8 al. 2 de l'avant-projet.

³⁶⁵ Rapport explicatif concernant l'avant-projet, p. 17.

³⁶⁶ Rapport explicatif concernant l'avant-projet, pp. 12-13.

CHAPITRE XI

LE REGIME DE L'ARTICLE 324b CO DANS LES CONVENTIONS COLLECTIVES ET LES CONTRATS-TYPES DE TRAVAIL

I. LE PROBLEME

Dans ce chapitre, nous examinerons si les conventions collectives et contrats-types de travail appliquent à la lettre l'article 324b CO, c'est-à-dire si le travailleur reçoit les quatre cinquièmes de son salaire pendant le temps limité ou si les parties ont décidé de compléter les prestations légales ou d'y déroger.

Les assurances obligatoires mentionnées dans les conventions collectives de travail et contrats-types de travail que nous avons examinés concernent le régime des allocations pour perte de gain et l'assurance-accidents. Concernant la première citée, nous étudierons le pourcentage du salaire garanti suivant les différents types de service militaire. Concernant l'assurance-accidents, nous étudierons le mode de financement de la prime d'assurance-accidents non professionnels, ainsi que le pourcentage du salaire garanti.

II. LE REGIME DES ALLOCATIONS POUR PERTE DE GAIN

I. Remarques préliminaires

Les conventions collectives que nous avons consultées distinguent six groupes de travailleurs en faveur desquels elles prévoient des prestations différenciées. Ces groupes se rapportent aux:

- travailleurs célibataires sans obligation d'entretien qui accomplissent une école de recrue;
- travailleurs mariés ou célibataires avec une obligation d'entretien qui accomplissent une école de recrue;
- travailleurs célibataires sans obligation d'entretien qui exercent une activité militaire jusqu'à 4 semaines durant l'année;
- travailleurs mariés ou célibataires avec une obligation d'entretien qui exercent une activité militaire jusqu'à 4 semaines durant l'année;
- travailleurs célibataires sans obligation d'entretien qui exercent une activité militaire de plus de 4 semaines;
- travailleurs mariés ou célibataires avec une obligation d'entretien qui exercent une activité militaire de plus de 4 semaines durant l'année.

Il convient également de mentionner que plusieurs conventions collectives de travail prévoient qu'au cas où les allocations pour perte de gain sont plus élevées que le pourcentage de salaire garanti, la différence sera versée au travailleur.

Concernant les contrats-types de travail, l'un d'entre eux ne donne aucune indication sur le droit au salaire en cas de service militaire. Il s'agit du contrat-type de travail relatif aux prestations d'assurance à prévoir pour le personnel professionnellement exposé aux radiations ionisantes, du 22 avril 1966¹. L'étude portera donc sur cinq contrats-types de travail uniquement. Les remarques que nous avons formulées pour les conventions collectives de travail concernant le pourcentage du salaire garanti sont également valables pour les contrats-types de travail. Nous nous permettrons donc de renvoyer le lecteur aux commentaires figurant dans l'analyse des conventions collectives de travail.

¹ RS 221.215.328.6.

2. Le pourcentage de salaire garanti

2.1. Le pourcentage du salaire garanti dans les conventions collectives

2.1.1. Travailleurs célibataires sans obligation d'entretien, qui accomplissent une école de recrue

Pourcentage du salaire garanti	Nombre de conventions collectives de travail	Nombre de travailleurs	Pourcentage de travailleurs
50 %	17	610'130	60.07 %
60 %	1	10'000	0.98 %
75 %	3	55'690	5.48 %
80 %	4	86'920	8.56 %
100 % ²	1	4'460	0.44 %
Total	26	767'200	75.53 %

Six conventions collectives de travail représentant 248'550 travailleurs, soit 24.47 % de l'ensemble des conventions collectives de travail examinées, ne donnent aucune indication.

On peut séparer les conventions collectives de travail mentionnées dans le tableau ci-dessus en deux groupes différents: celles qui dérogent à l'article 324b CO et celles qui complètent cette disposition.

Le premier groupe, majoritaire, est constitué des conventions collectives de travail qui prévoient un taux variant entre 50 % et 75 %. Ces conventions collectives de travail dérogent à la disposition légale, puisqu'elles fixent un pourcentage de salaire garanti inférieur à celui prévu par la disposition légale, mais, en contrepartie, elles versent un salaire pendant un temps plus long que celui prévu par l'article 324b CO (en général, les recrues ont travaillé durant un nombre

² Il s'agit de la convention collective de travail de l'Education dans le canton de Genève.

limité d'années dans l'entreprise). Pour chaque convention collective de travail, il s'agira d'examiner si la dérogation prévue est équivalente au régime légal.

Le deuxième groupe est formé des conventions collectives de travail qui complètent la disposition légale en prévoyant un taux de 80 % ou de 100 %. Concernant les conventions collectives de travail qui fixent un taux de 80 %, le complément porte sur la durée du droit au salaire. Pour la convention collective de travail qui prescrit un taux de 100 %, le complément porte sur la durée du droit au salaire et sur le pourcentage de salaire garanti.

2.1.2. Travailleurs mariés ou célibataires avec une obligation d'entretien, qui accomplissent une école de recrue

Pourcentage du salaire garanti	Nombre de conventions collectives de travail	Nombre de travailleurs	Pourcentage de travailleurs
50 %	1	7'300	0.72 %
70 %*	1	147'000	14.47 %
75 %	3	134'410	13.23 %
80 %	11	438'480	43.17 %
90 %	1	70'900	6.98 %
100 %	10	116'110	11.43 %
Total	27	914'200	90 %

* Cette convention collective de travail fixe un taux de 40 % pour les célibataires ayant une obligation d'entretien. Elle précise pourtant que durant les vingt-cinq premiers jours de l'école de recrue, le travailleur reçoit le plein salaire et que si les allocations perte de gain sont plus élevées que le pourcentage garanti, la différence sera versée au travailleur.

Cinq conventions collectives de travail représentant 101'550 travailleurs, soit 10 % de l'ensemble des conventions collectives de travail examinées, ne donnent aucune indication.

Les constatations formulées pour les travailleurs célibataires sans obligation d'entretien qui font une école de recrue sont également valables dans le tableau ci-dessus. On constate pourtant que, pour cette catégorie de travailleurs, la plupart des conventions collectives de travail complètent la disposition légale.

2.1.3. Travailleurs célibataires sans obligation d'entretien, qui exercent une activité militaire jusqu'à quatre semaines durant l'année

Pourcentage du salaire garanti	Nombre de conventions collectives de travail	Nombre de travailleurs	Pourcentage de travailleurs
80 %	5	96'350	9.49 %
100 %	24	876'800	86.32 %
Total	29	973'150	95.81 %

Trois conventions collectives de travail représentant 42'600 travailleurs, soit 4.19 % de l'ensemble des conventions collectives de travail examinées, ne donnent aucune indication.

On peut distinguer deux groupes de conventions collectives de travail: celles qui se limitent à la disposition légale et celles qui complètent cette disposition. Le premier groupe prévoit le versement du 80 % du salaire pendant quatre semaines au maximum durant l'année, ce qui correspond au pourcentage de salaire garanti selon l'article 324b CO. Seuls pourraient être avantagés par rapport à la disposition légale les travailleurs effectuant leur première année de service, puisque plusieurs conventions collectives de travail mentionnent le versement du salaire uniquement durant trois semaines.

Le deuxième groupe, qui comprend la majorité des conventions collectives de travail, mentionne un taux de 100 %. Dans ce cas, les

conventions collectives de travail complètent la disposition légale, principalement³ au niveau du pourcentage du salaire garanti.

2.1.4. Travailleurs mariés ou célibataires avec une obligation d'entretien, qui exercent une activité militaire jusqu'à quatre semaines durant l'année

Pourcentage du salaire garanti	Nombre de conventions collectives de travail	Nombre de travailleurs	Pourcentage de travailleurs
80 %	2	65'200	6.42 %
100 %	27	907'950	89.39 %
Total	29	973'150	95.81 %

Trois conventions collectives de travail représentant 42'600 travailleurs, soit 4.19 % de l'ensemble des conventions collectives de travail examinées, ne fournissent aucune indication.

Les remarques formulées pour les travailleurs célibataires sans obligation d'entretien, qui exercent d'autres activités militaires jusqu'à quatre semaines durant l'année, s'appliquent également au tableau ci-dessus.

2.1.5. Travailleurs célibataires sans obligation d'entretien, qui exercent une activité militaire de plus de quatre semaines

Pourcentage du salaire garanti	Nombre de conventions collectives de travail	Nombre de travailleurs	Pourcentage de travailleurs
50 %	14	534'930	52.66 %

³ Les travailleurs effectuant leur première année de service pourraient être également avantagés.

Pourcentage du salaire garanti	Nombre de conventions collectives de travail	Nombre de travailleurs	Pourcentage de travailleurs
60 %	2	45'000	4.43 %
75 %	4	89'690	8.83 %
80 %	4	86'920	8.56 %
100 % ⁴	2	10'660	1.05 %
Total	26	767'200	75.53 %

Six conventions collectives de travail représentant 248'550 travailleurs, soit 24.47 % de l'ensemble des conventions collectives de travail examinées, ne donnent aucune indication.

On peut diviser les conventions collectives de travail du tableau ci-dessus en deux groupes différents: celles qui dérogent à l'article 324b CO et celles qui complètent cette disposition.

Le premier groupe, majoritaire, est constitué des conventions collectives de travail qui prévoient un taux variant entre 50 % et 75 %. Ces conventions collectives de travail dérogent à la disposition légale puisqu'elles fixent un pourcentage de salaire garanti inférieur à celui prévu par la disposition légale, mais, en contrepartie, elles versent un salaire pendant un temps plus long que celui prévu par l'article 324b CO. Pour chaque convention collective de travail, il s'agira d'examiner si la dérogation prévue est équivalente au régime légal.

Le deuxième groupe est formé des conventions collectives de travail qui complètent la disposition légale en prévoyant un taux de 80 % ou de 100 %. Concernant les conventions collectives de travail qui fixent un taux de 80 %, le complément porte sur la durée du droit au salaire. Pour la convention collective de travail qui prescrit un taux de 100 %, le complément porte sur la durée du droit au salaire et sur le pourcentage du salaire garanti.

⁴ Il s'agit de la CCT de la chimie bâloise et de celle des entreprises de transports routiers du nord de la Suisse.

2.1.6. **Travailleurs mariés ou célibataires avec une obligation d'entretien, qui exercent une activité militaire de plus de quatre semaines durant l'année**

Pourcentage de salaire garanti	Nombre de conventions collectives de travail	Nombre de travailleurs	Pourcentage de travailleurs
50 %	1	7'300	0.72 %
70 %*	1	147'000	14.47 %
75 %	5	149'580	14.72 %
80 %	10	419'190	41.27 %
90 %	1	70'900	6.98 %
100 %	9	120'230	11.84 %
Total	27	914'200	90 %

* Cette convention collective de travail fixe un taux de 40 % pour les célibataires ayant une obligation d'entretien. Elle précise pourtant que les vingt-cinq premiers jours de l'école de recrue, le travailleur reçoit le plein salaire et que si les APG sont plus élevées que le pourcentage garanti, la différence sera versée au travailleur.

Cinq conventions collectives de travail représentant 101'550 travailleurs, soit 10 % de l'ensemble des conventions collectives de travail examinées, ne donnent aucune indication.

Les constatations formulées pour les travailleurs célibataires sans obligation d'entretien qui exercent une activité militaire de plus de quatre semaines sont également valables à propos du tableau ci-dessus. On constate pourtant que, pour cette catégorie de travailleurs, la plupart des conventions collectives de travail complètent la disposition légale.

2.2. Le pourcentage du salaire garanti dans les contrats-types

2.2.1. Travailleurs célibataires sans obligation d'entretien, qui accomplissent une école de recrue

Le contrat-type de travail des jardiniers privés fixe un taux d'indemnisation de 50 % dès le deuxième mois de service. Le contrat-type de travail pour le personnel soignant prévoit de verser 100 % du salaire en fonction des années de service du travailleur. Pour les autres contrats-types de travail, le taux varie entre 60 % et 100 %.

2.2.2. Travailleurs mariés ou célibataires avec une obligation d'entretien, qui accomplissent une école de recrue

Le contrat-type de travail pour le personnel soignant prévoit de verser 100 % du salaire en fonction de l'ancienneté du travailleur. Pour les autres contrats-types de travail, le taux varie entre 66.66 % et 100 %.

2.2.3. Travailleurs célibataires sans obligation d'entretien, qui exercent une activité militaire jusqu'à quatre semaines durant l'année

Le contrat-type de travail pour le personnel soignant prévoit de verser 100 % du salaire en fonction de l'ancienneté du travailleur⁵. Les autres contrats-types de travail fixent un taux de 100 % du salaire.

2.2.4. Travailleurs mariés ou célibataires avec une obligation d'entretien, qui exercent une activité militaire jusqu'à quatre semaines durant l'année

Le contrat-type de travail pour le personnel soignant prévoit de verser le 100 % du salaire en fonction de l'ancienneté du travailleur⁶. Les autres contrats-types de travail fixent un taux de 100 % du salaire.

⁵ Ce contrat-type de travail prévoit que, dès le deuxième mois de service, le travailleur recevra 100 % de son salaire.

⁶ Voir la note précédente.

2.2.5. **Travailleurs célibataires sans obligation d'entretien, qui exercent une activité militaire de plus de quatre semaines**

Le contrat-type de travail pour le personnel soignant prévoit de verser 100 % du salaire en fonction de l'ancienneté du travailleur. Les autres taux d'indemnisation varient entre 50 % et 100 %.

2.2.6. **Travailleurs mariés ou célibataires avec une obligation d'entretien, qui exercent une activité militaire de plus de quatre semaines durant l'année**

Le contrat-type de travail pour le personnel soignant prévoit de verser 100 % du salaire en fonction de l'ancienneté du travailleur. Les autres taux d'indemnisation varient entre 66.66 % et 100 %.

III. L'ASSURANCE-ACCIDENTS

1. Le problème

Dans les pages suivantes, nous examinerons si les conventions collectives de travail et contrats-types de travail complètent ou dérogent à la disposition légale de l'article 324b CO. Nous avons étudié deux types de complément ou dérogation. D'une part, celui qui a trait au financement des primes de l'assurance-accidents non professionnels et, d'autre part, celui qui concerne les prestations d'assurance.

Nous avons pris comme hypothèse de travail que lorsqu'une convention collective de travail ou un contrat-type de travail ne mentionnait pas la clause examinée, la norme légale s'appliquait. Ainsi, s'il n'existe aucune clause sur le mode de financement des primes d'assurance, nous admettons que la prime de l'assurance-accidents et maladies professionnels est à la charge de l'employeur et celle de l'assurance-accidents non professionnels à la charge du travailleur⁷.

⁷ Comme le prévoit l'art. 91 al. 1 et 2 L.A.A.

2. Mode de financement de la prime d'assurance

2.1. Mode de financement de la prime d'assurance dans les conventions collectives de travail

Mode de financement de l'assurance-accidents non professionnels	Nombre de conventions collectives de travail	Nombre de travailleurs	Pourcentage de travailleurs
Par le travailleur	30	860'590	84.72 %
Par l'employeur	1	8'160	0.81 %
Autre mode de financement*	1	147'000	14.47 %
Total	32	1'015'750	100 %

* Dans cette convention collective de travail⁸, l'employeur paie au minimum la moitié de la prime de l'assurance-accidents professionnels et non professionnels. Le travailleur paie l'autre moitié, mais au maximum 1 % du salaire brut pour l'homme et 0.8 % du salaire brut pour la femme.

Nous constatons que la majorité des conventions collectives de travail applique strictement l'article 91 alinéa 2 LAA, qui prévoit que les primes de l'assurance-accidents non professionnels sont à la charge du travailleur. Il n'y a donc, dans ce cas, ni complément ni dérogation à la disposition légale. Une convention collective de travail⁹ prévoit que l'employeur prend à sa charge ces primes. Dans ce cas, il s'agit d'un complément au régime légal. Une convention collective de travail, enfin, prévoit une autre forme de financement. A notre avis, un tel système ne peut être considéré comme équivalent au régime légal¹⁰.

⁸ Il s'agit de la convention collective de travail de l'hôtellerie et de la restauration.

⁹ Il s'agit de la convention collective de travail de la chimie bâloise.

¹⁰ Voir chapitre IX ch. IV.

2.2. Mode de financement de la prime d'assurance dans les contrats-types de travail

Les six contrats-types de travail prévoient que le travailleur finance les primes de l'assurance-accidents non professionnels et l'employeur les primes de l'assurance-accidents professionnels. Tous les contrats-types de travail appliquent donc strictement la disposition légale.

3. Le pourcentage du salaire garanti

3.1. Le pourcentage du salaire garanti dans les conventions collectives de travail

Nous avons examiné si les parties envisageaient de compléter le salaire versé par l'assurance ou si elles appliquaient la disposition légale. Lorsque la convention collective de travail ne précise rien, nous avons estimé que le taux fixé par la disposition légale s'appliquait, soit 80 % du salaire.

Le tableau ci-dessous illustre les résultats obtenus:

Pourcentage de salaire garanti	Nombre de conventions collectives de travail	Nombre de travailleurs	Pourcentage de travailleurs
80 %	15	433'090	42.64 %
100 %	17	582'660	57.36 %
Total	32	1'015'750	100 %

On peut distinguer deux groupes de conventions collectives de travail. L'un, qui applique la disposition légale de l'article 324b CO, l'autre qui complète cette disposition. Le premier groupe est constitué des conventions collectives de travail qui prévoient le versement du 80 % du salaire pendant le temps limité. Le deuxième groupe, qui comporte la majorité des conventions collectives de travail, complète les prestations légales. Ce complément peut se traduire soit par le versement du salaire pendant une plus longue durée que celle prévue par la disposition

légale, soit par un pourcentage garanti supérieur à celui de l'article 324b CO. Ainsi, parmi les conventions collectives de travail qui complètent le salaire versé par l'assurance, huit le font selon l'échelle applicable dans la convention collective de travail, neuf le font soit sur une plus longue période (par exemple sans limite de durée), soit sur une plus courte période (par exemple trente jours). D'autre part, certaines conventions collectives de travail font une distinction entre les accidents et maladies professionnels et les accidents non-professionnels. Dans le premier cas, elles garantissent 100 % du salaire, dans le deuxième cas 80 %.

3.2. Le pourcentage du salaire garanti dans les contrats-types de travail

Cinq contrats-types de travail complètent les prestations de l'assurance jusqu'à 100 % du salaire, selon l'échelle établie ou pendant une durée fixe. Un contrat-type de travail ne donne pas d'indication¹¹. On constate donc que la majorité des contrats-types de travail offrent une protection plus étendue que celle prévue par la disposition légale.

¹¹ Il s'agit du contrat-type de travail relatif aux prestations d'assurance à prévoir pour le personnel professionnellement exposé aux radiations ionisantes.

QUATRIEME PARTIE

**LA PROTECTION DU TRAVAILLEUR
MALADE DANS CERTAINES HYPOTHESES
PARTICULIERES**

CHAPITRE XII

MALADIE ET PROTECTION CONTRE LE LICENCIEMENT

I. LE PROBLEME

Lorsque le travailleur est empêché de travailler pour cause de maladie, l'employeur lui doit le salaire pour un temps limité. Cette absence du travailleur représente bien évidemment un coût pour l'employeur, puisqu'il doit rémunérer du personnel qui n'effectue aucune prestation. Beaucoup d'employeurs se sont certainement interrogés sur la possibilité de mettre fin au contrat de travail, non seulement pour éviter de payer le salaire pendant le temps limité de l'article 324a CO, mais également pour ne pas avoir à payer d'autres absences qui risqueraient de se produire dans les années ultérieures, puisque le travailleur bénéficie pour chaque année de service d'un crédit distinct pour l'ensemble des causes d'empêchement de travailler.

Nous tenterons, dans la suite de notre étude, de préciser si le travailleur malade bénéficie d'une protection en cas de licenciement ou si l'employeur a la possibilité de mettre fin au contrat de travail simplement en observant les délais légaux¹.

II. REMARQUES PRELIMINAIRES

C'est le 1er janvier 1989 qu'est entrée en vigueur la nouvelle loi sur la résiliation du contrat de travail du 18 mars 1988, modifiant les titres X et Xbis du Code des obligations relatifs au contrat de travail. Cette loi a

¹ L'art. 335c al. 1 CO dispose que le contrat peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois pendant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la neuvième année de service, de trois mois ultérieurement. L'art 335c al. 2 CO précise que ces délais peuvent être modifiés par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective; des délais inférieurs à un mois ne peuvent toutefois être fixés que par convention collective et pour la première année de service.

fait suite à une initiative populaire concernant la protection des travailleurs contre les licenciements, lancée par la Confédération des syndicats chrétiens et retirée par cette organisation à la suite de l'adoption de la nouvelle loi (initiative pour la protection des licenciements, déposée le 26 octobre 1981²). L'initiative prévoyait, à son alinéa 1 littéra d, qu'en cas d'incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident, l'employeur ne pouvait pas licencier un travailleur pendant les six premiers mois d'incapacité de travail ou aussi longtemps que le travailleur avait droit à des prestations plus étendues dérivant du contrat de travail ou à des indemnités journalières de l'assurance en cas de maladie, d'accident ou de service militaire. Le licenciement n'était pas non plus admis pendant la grossesse ni pendant les dix semaines qui suivaient l'accouchement.

Nous ne traiterons, dans la novelle de 1988, que de l'aspect qui concerne la résiliation du contrat de travail en temps inopportun par l'employeur, à savoir l'article 336c CO. Cette disposition reprend la systématique de l'ancien article 336e CO, mais en modifiant la durée des périodes de protection³, ainsi qu'en précisant la portée de certaines d'entre elles⁴.

La disposition de l'article 336c CO est de caractère relativement impératif: les périodes de protection peuvent être prolongées par contrat de travail ou convention collective de travail; il n'est en revanche pas possible de déroger à cet article au détriment du travailleur⁵.

² FF 1981 III 925.

³ Concernant la maladie et l'accident, la période de protection, au lieu d'être uniformisée dès la deuxième année à huit semaines, est maintenant de nonante jours de la deuxième à la cinquième année de service et de cent quatre-vingts jours dès la sixième année de service. Le message du Conseil fédéral prévoyait, sur ce point, d'aller beaucoup plus loin: "*La durée maximale de la protection est de nonante jours pour la première année de service, de 180 jours pour les deux premières années de service, et de 270 jours pour les trois premières années de service. Pour les années de service ultérieures, la période d'observation est de trois ans avant la résiliation du contrat ou avant la maladie ou l'accident du travailleur*" (FF 1984 II 629).

⁴ Par exemple, la période de protection recouvre non seulement la période de seize semaines qui suit l'accouchement, mais également toute la période de la grossesse (art. 336c al. 1 lit. c).

⁵ Art. 362 CO; l'ancien article était lui de droit impératif.

III. LA MALADIE COMME MOTIF DE LICENCIEMENT

Il convient de s'interroger sur la possibilité offerte aux parties de mettre fin au contrat de travail en raison d'une maladie du travailleur. Il est important tout d'abord de souligner que la maladie ne peut être considérée comme un juste motif de licenciement. L'article 337 alinéa 3 CO précise à ce sujet: "*Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tels le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler*". En principe, l'employeur peut mettre fin au contrat en respectant les délais prévus aux articles 335ss CO. Toutefois, le législateur n'a pas souhaité que le travailleur malade soit traité comme le travailleur bien portant; il n'a pas non plus désiré que la maladie empêche le contrat de prendre fin. Il a donc édicté des règles spéciales (article 336c CO), qui protègent le travailleur malade et qui autorisent l'employeur, sous certaines conditions, à mettre fin au contrat. En dehors de ces règles spéciales, on peut même se demander si le licenciement pour cause de maladie ne peut pas, suivant les circonstances, être considéré comme abusif au sens de l'article 336 CO⁶.

IV. LA PROTECTION CONTRE LE LICENCIEMENT EN CAS DE MALADIE: LA RESILIATION EN TEMPS INOCCUPÉ SELON L'ARTICLE 336c CO

1. Les périodes de protection

La protection contre le licenciement du travailleur, prévue à l'article 336c alinéa 1 s'applique dans quatre différents cas:

- a) pendant que le travailleur accomplit un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, en vertu de la législation fédérale, pendant qu'il sert dans un service féminin de l'armée ou dans un service de la Croix-Rouge ou encore pendant les quatre semaines qui précèdent et qui suivent ce service, pour autant qu'il ait duré plus de onze jours;

⁶ Voir chapitre XII ch. V.

- b) pendant une incapacité de travail due à une maladie ou à un accident, non imputable à la faute du travailleur, cela pendant trente jours au cours de la première année de service⁷, durant nonante jours de la deuxième à la cinquième année de service et durant cent quatre-vingts jours à partir de la sixième année de service;
- c) pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement;
- d) pendant que le travailleur participe, avec l'accord de son employeur, à un service d'aide à l'étranger, ordonné par l'autorité fédérale (mission dans le cadre de la coopération au développement et à l'aide humanitaire internationale).

2. Le problème du cumul des délais de protection

Comme nous l'avons vu ci-dessus, l'employeur n'est pas autorisé, dans certains cas, à résilier le contrat de travail. Il convient pourtant de se demander si les cas mentionnés ci-dessus donnent chacun naissance à une protection distincte ou si la protection englobe l'ensemble des cas et n'est applicable qu'une seule fois au cours d'une période.

Il faut distinguer plusieurs hypothèses lorsque, pendant ou après l'expiration de la période de protection, mais avant la fin des rapports de travail, survient un deuxième cas d'application de l'une des périodes mentionnées à l'article 336c alinéa 1 CO. S'il s'agit d'une situation visée par différentes lettres de l'article 336c alinéa 1 CO (cumul interlittéral), on admet en général que les périodes de protection s'ajoutent l'une à l'autre (par exemple la maladie et la grossesse, le service militaire et la maladie)⁸. Il est intéressant de noter la différence

⁷ La notion d'année de service est la même que celle mentionnée par l'art. 324a CO. On tiendra donc compte, dans le calcul des années de service, des années d'apprentissage auprès du même employeur (JAR 1989, p. 155; ArbGer. ZH du 14.7.1985), ainsi que des différents rapports de travail auprès du même employeur (ZINSLI, 1992, p. 233), sauf si le nouveau contrat de travail est totalement différent du précédent (AUBERT, 400 arrêts, n° 159); voir également AUBERT, 400 arrêts, n° 162, où il est dit que lorsqu'un salarié se trouve occupé successivement par différentes sociétés appartenant au même groupe, il sera tenu compte, pour déterminer le délai de congé, de la durée totale des rapports de travail auprès du même employeur.

⁸ BRUNNER/BOHLER/WAEBER, p. 177 (N16); PEDERGNANA, p. 42; FRITZ, p. 38 (N6); WEBER D., 1989, p. 55; FF 1984 II 631; GLOOR (pour la grossesse et la maladie), p. 171; ATF 113 II 263; JAR 1983, pp. 170-171 (GSGer. BS du 6.5.1982); STREIFF/VON KAENEL, p. 358 (N4); KUHN 9/8.3, p. 3; ZINSLI, 1992, p. 234.

entre cette conception et celle de l'article 324a CO qui, lui, prévoit un crédit unique pour l'ensemble des différentes absences, excepté, à notre avis, pour la grossesse et l'accouchement⁹.

Dans le cas d'une incapacité de travail due à la maladie suivie directement par une incapacité de travail due à un accident survenant pendant le délai de congé ou inversement (cumul intralittéral), les périodes de protection s'ajoutent également l'une à l'autre, ainsi qu'en a jugé le Tribunal fédéral dans un arrêt récent, du 19 avril 1994, mettant fin à une controverse de doctrine¹⁰. Cette pratique est également valable lors de maladies ou d'accidents successifs n'ayant aucun lien entre eux¹¹. Il est, à notre avis, tout à fait logique de traiter une incapacité de travail due à la maladie suivie d'une incapacité de travail due à la grossesse de manière identique à celle qui serait due d'abord à une maladie puis à un accident.

Par contre, en cas de rechute d'une maladie ou d'un accident entraînant à nouveau une incapacité de travail pendant le délai de congé, le travailleur a droit à une nouvelle suspension du délai de congé, mais seulement jusqu'à ce que le délai de protection soit épuisé (il faut donc additionner les différentes absences jusqu'à ce que le délai de protection soit épuisé)¹², sauf si la rechute tombe dans le délai supplémentaire de l'alinéa 3. Dans ce cas, le travailleur n'a pas droit à une nouvelle suspension, car l'alinéa 3 tend simplement à faciliter un changement d'emploi¹³.

3. Non-application des périodes de protection

Il existe diverses hypothèses dans lesquelles les périodes de protection de l'article 336c CO ne peuvent pas être invoquées. C'est tout d'abord le cas lorsque le travailleur résilie lui-même le contrat de travail¹⁴ ou

⁹ Voir chapitre II ch. III.3.6.4.

¹⁰ ATF 120 II 124 ss.

¹¹ ATF 120 II 127.

¹² FF 1984 II 629; ZINSLI, 1992, p. 235; KUHN 9/8.3, p. 4; STREIFF/VON KAENEL, p. 361 (N8); FRITZ, p. 38 (N6); ATF 109 II 330 (voir à ce sujet la critique d'AUBERT dans SJ 1986, p. 299); JAR 1989, p. 205 (Ch. d'Appel GE du 24.2.1988).

¹³ ATF 109 II 330/JT 1984 I 38 (arrêt critiqué par BRUNNER/BUHLER/WAEBER, p. 177 N16).

¹⁴ STREIFF/VON KAENEL, p. 357 (N2); KUHN 9/8.3, p. 5; BRUNNER/BUHLER/WAEBER, p. 172 (N1). Une étude datant de 1979 a montré que les travailleurs résiliaient plus

lorsque les parties résilient le contrat d'un commun accord¹⁵. Si, dans ce cas, le travailleur tombe malade pendant le délai de congé, le droit au salaire s'éteint à l'échéance de ce délai¹⁶. De même, l'article 336c CO ne peut être invoqué lors d'une résiliation pendant le temps d'essai¹⁷. Lorsque les parties ont supprimé le temps d'essai, la période de protection peut commencer dès le début des rapports de travail. Enfin, les périodes de protection ne sont pas non plus applicables en cas de résiliation immédiate pour justes motifs¹⁸, ni lorsque des rapports de travail de durée déterminée prennent fin au terme prévu, sans qu'il soit nécessaire de donner congé¹⁹.

4. Quelques problèmes particuliers d'application de la protection

Nous précisons ici quelques aspects particuliers de l'article 336c CO. En premier lieu, la disposition de l'article 336c CO s'applique non seulement aux incapacités totales de travail mais également aux incapacités partielles²⁰. Le délai de protection n'est, dans ce cas, pas prolongé proportionnellement au degré d'incapacité, mais il reste le même qu'en cas d'incapacité totale²¹.

souvent les contrats de travail que les employeurs (ZINSLI, 1992, p. 228 avec références).

¹⁵ ATF 118 II 58 ss où le Tribunal fédéral a jugé que: "le caractère relativement impératif de l'art. 336c CO interdit aux parties de convenir d'avance que l'employeur pourra résilier le contrat unilatéralement durant la grossesse de la travailleuse, mais il ne limite pas la faculté de rompre en tout temps le contrat d'un commun accord, pour autant qu'elles ne cherchent par ce biais à détourner une disposition impérative de la loi. En l'espèce, l'art. 336c CO n'empêche donc pas les parties de résilier conventionnellement le contrat de travail pour un terme tombant pendant la grossesse de l'employée".

¹⁶ SCHWEINGRUBER, p. 90 (N7); KUHN 9/8.3, p. 3.

¹⁷ FF 1984 II 627; KUHN 9/8.6, p. 1; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, p. 172 (N1).

¹⁸ KUHN 9/8.3, p. 5; FF 1984 II 627; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, p. 172 (N1); STREIFF/VON KAENEL, p. 356 (N2).

¹⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, p. 172 (N1); KUHN 9/8.3, p. 5; STREIFF/VON KAENEL, p. 356 (N2).

²⁰ Le législateur a expressément mentionné la notion d'incapacité partielle dans le texte légal (art. 336c al. 1 lit. b) ce qui était déjà reconnu implicitement sous l'ancien droit (voir FF 1984 II 628); AUBERT, 400 arrêts, n° 174; STREIFF, p. 247 (N6); JANUTIN, p. 165. Contra: BRÜHWILER, p. 191 (N4) qui pensait que, sous l'ancien droit, cette disposition ne s'appliquait qu'en cas d'incapacité totale de travail.

²¹ STREIFF/VON KAENEL, p. 361 (N8).

En deuxième lieu, lorsqu'une maladie survient lors de la première année de service ou pendant la cinquième année de service et qu'elle empiète sur la deuxième année de service respectivement sur la sixième année de service, c'est la période de protection la plus longue qui s'applique²².

Enfin, on rappellera que, selon le texte légal, l'empêchement du travailleur ne doit pas être fautif. Ainsi, celui qui sort son couteau lors d'une bagarre et se blesse est fautif et voit, en cas de licenciement, le délai de protection tomber²³. Il en va de même d'une personne ivre au volant qui causerait un accident²⁴. Nous pensons pourtant que l'appréciation de la faute doit être particulièrement restrictive en matière de licenciement²⁵. Elle ne doit pas seulement être appréciée en tant que faute du travailleur, mais en tenant compte des autres circonstances qui ont provoqué cet empêchement. Le Conseil fédéral avait l'intention, dans son message, de supprimer la notion de faute du travailleur et d'appliquer les délais de protection même si le travailleur avait provoqué, par sa faute, la maladie ou l'accident²⁶. Les Chambres n'ont pas suivi ce point de vue et s'en sont tenues à l'ancienne version de la loi²⁷.

Lorsque l'employeur licencie le travailleur sans respecter les délais de protection en invoquant le fait que l'empêchement de travailler est dû à une faute du travailleur, il lui incombe d'apporter la preuve de cette allégation.

²² GEISER, p. 60; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, pp. 173-174 (N8); STREIFF/VON KAENEL, p. 362 (N8). *Contra*: ZINSLI, 1992, pp. 236-237.

²³ JAR 1988, p. 272 (ArbGer. ZH du 15.12.1986).

²⁴ STREIFF/VON KAENEL, p. 361 (N8). Pourtant, selon le Tribunal cantonal du canton de Vaud, une incapacité de travail due à l'alcoolisme chronique ne doit pas empêcher la non-application de l'art. 336c al. 1 lit. b CO, car on ne saurait transposer dans le domaine du droit du travail les principes applicables en matière de circulation routière, si ce n'est en cas d'accident de la circulation en état d'ivresse (RSJ 1993, p. 308, arrêt du 8.9.1992).

²⁵ Voir à ce sujet GEISER, p. 59.

²⁶ FF 1984 II, 627-628.

²⁷ Art. 336e al. 1 lit. b aCO.

5. Les effets de la protection

5.1. Le problème

Selon l'alinéa 1 de l'article 336c CO, l'employeur ne peut pas résilier le contrat dans certaines hypothèses. Reste cependant à déterminer le sort d'un congé donné par l'employeur, soit avant, soit pendant l'incapacité de travail. Nous examinerons ici ces deux hypothèses mentionnées par l'article 336c alinéa 2 CO.

5.2. Congé donné pendant une incapacité de travail

Le congé donné pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident est nul, c'est-à-dire qu'il ne déploie aucun effet²⁸. Si l'employeur veut tout de même licencier le travailleur, il doit attendre la fin de la maladie ou la fin du délai d'interdiction pour prononcer un nouveau congé²⁹.

Pour que le congé soit valable, il faut que le travailleur en ait pris connaissance avant le début de l'empêchement. En cas de litige, il faut déterminer si le travailleur était malade au moment précis où il a eu connaissance du congé. Ce point sera généralement établi sur la base des déclarations du travailleur³⁰. C'est le moment de réception du congé qui est déterminant pour établir si le congé tombe dans une période de protection³¹.

5.3. Congé donné avant une incapacité de travail

Selon l'article 336c alinéa 2 CO, le congé donné avant l'incapacité de travail est suspendu. Il faut toutefois distinguer deux hypothèses: celle où la maladie survient pendant le délai de résiliation et celle où elle survient après le congé mais avant que le délai de résiliation n'ait commencé à courir.

²⁸ ATF 113 II 261.

²⁹ KUHN 9/8.3, pp. 1-2; BRUNNER/BÖHLER/WAEBER, p. 175 (N13); JAR 1981, p. 151 (OGer. ZH du 3.7.1980).

³⁰ KUHN 9/8.3, p. 1.

³¹ BRUNNER/BÖHLER/WAEBER, p. 175 (N13); voir ATF 113 II 261; JAR 1986, p. 116 (OGer. ZH du 16.7.1984); JAR 1985, p. 237 (ArbGer. ZH du 14.5.1984); ZINSLI, 1992, pp. 229-230.

Dans le premier cas, lorsque le travailleur tombe malade après le congé, mais pendant le délai de résiliation, le congé reste valable. Le délai de congé est suspendu et il ne continue à courir qu'après la fin de la période de protection. Le plus souvent, il suffira, en pratique, de reporter la période de suspension à la fin du délai de résiliation³². Ainsi, par exemple, lorsqu'un travailleur, soumis à un délai de résiliation d'un mois, reçoit une lettre de résiliation des rapports de travail pour fin juin 1993 et qu'il tombe malade du 1er juin au 15 juin, le délai de congé est suspendu. La durée de suspension (15 jours) est reportée à la fin du délai de la résiliation (30 juin). On arrive donc au 15 juillet. Toutefois, comme les rapports de travail ne peuvent s'éteindre que pour la fin d'un mois, le délai de congé est prolongé jusqu'à la fin du mois le plus proche, soit jusqu'au 31 juillet 1993³³. En revanche, lorsque le travailleur tombe malade après le congé, mais recouvre la santé avant le début du délai de résiliation, ce dernier n'est pas prolongé par des délais d'interdiction. La protection contre les licenciements ne dure que pendant le délai de résiliation³⁴. Ainsi, si un employeur licencie un travailleur, dont le délai de résiliation a été fixé à un mois, le 15 juin pour le 31 juillet, la période d'interdiction commence le 1er juillet pour se terminer le 31 juillet. Si le travailleur tombe malade et recouvre la santé entre le 16 juin et le 30 juin, le délai de résiliation n'en est pas affecté et, par conséquent, il n'y a pas prolongation du délai de congé.

5.4. Prolongation du terme de la résiliation

Si le délai de résiliation prolongé ne coïncide pas avec la fin d'un mois³⁵, mais tombe au milieu d'un autre, il est encore prolongé jusqu'au prochain terme (qui correspond généralement à la fin du mois)³⁶. Si un nouvel empêchement commence pendant cette prolongation, il n'y a pas naissance d'un nouveau délai de protection³⁷.

³² Voir ATF 115 V 437 (439/440); JAR 1990, p. 245 (Tr. Prud. GE du 29.8.1989); JAR 1987, p. 202 (ArbGer. BE du 4.3.1985). Contra: WEBER D., 1992, pp. 152 ss; RJN 1993, pp. 91 ss (jugement du Tribunal de prud'hommes du district de la Chaux-de-Fonds du 13 mai 1993). Voir toutefois aussi: SJ 1993, pp. 365 ss (ATF du 23.10.1992).

³³ Voir chapitre XII ch. IV.5.4.

³⁴ ZINSLI, 1992, p. 241; KUHN 9/8.3, p. 2; STREIFF/VON KAENEL, p. 357 (N3); JAR 1990, p. 245 (Tr. Prud. GE du 29.8.1989).

³⁵ Ou d'une semaine si le terme des rapports de travail a été fixé ainsi.

³⁶ Art. 336c al. 3 CO.

³⁷ JAR 1985, p. 227 (ATF du 27.9.1983); KUHN 9/A.2.5, p. 2.

5.5. Obligation du travailleur d'offrir ses services

Lorque la durée du contrat de travail est prolongée à la suite d'une suspension du délai de congé, il appartient au travailleur d'offrir ses services à l'employeur et à ce dernier de lui verser un salaire³⁸. Si le travailleur se soustrait aux obligations que lui impose son contrat de travail, il tombe en demeure³⁹ et l'employeur n'a alors aucune obligation de lui verser son salaire. Une telle situation, à notre avis, ne protège pas le travailleur et va à l'encontre du caractère relativement impératif de l'article 336c CO. D'autre part, il nous semble qu'il appartient à l'employeur de connaître l'existence d'une telle norme et de l'expliquer au travailleur. L'employeur doit, en effet, supporter les risques inhérents à l'exploitation de son entreprise. Il en va ainsi du risque de ne pas connaître la loi ou de mal l'appliquer. Dès lors, même s'il n'offre pas ses services une fois sa capacité de travail retrouvée, ni ne met l'employeur en demeure de l'occuper, le travailleur ne devrait pas perdre ses droits⁴⁰.

Dans l'hypothèse où l'employeur empêche, par sa faute, l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il reste tenu de verser le salaire sans que le travailleur doive encore fournir une prestation⁴¹.

V. FIN DES RAPPORTS DE TRAVAIL ET DROIT AU SALAIRE SELON L'ARTICLE 324a CO

La question qui se pose est de savoir si l'employeur, lorsque la maladie va au-delà du délai de congé, est tenu de verser le salaire prévu par l'article 324a CO.

³⁸ Art. 319 al. 1 CO; ATF 115 V 437 ss; JAR 1986, p. 97 (ArbGer. ZH du 19.5.1983); KUHN 9/8.3, p. 2. Contra: RSJ 83 244 (Tribunal cantonal VD, Chambre des recours, du 25.2.1986); JAR 1990, p. 190 (GSGer. BS du 24.10.1988); JAR 1983, p. 170 (GSGer. BS du 11.1.1982); STREIFF/VON KAENEL, p. 364 (N11); BRUNNER/BOHLER/WAEBER, p. 178 (N17).

³⁹ Art. 102 ss CO; ZINSLI, 1992, p. 243; ATF 115 V 444 ss; SJ 1993, pp. 365 ss (ATF du 23.10.1992).

⁴⁰ Egalement, WEBER D., 1992, p. 82.

⁴¹ Art. 324 al. 1 CO.

Dans le nouveau droit, le cas est devenu rare, puisque les délais d'interdiction ont été prolongés et de ce fait dépassent généralement la durée du droit au salaire selon l'article 324a CO.

Dans un arrêt rendu sous l'ancien droit⁴², le Tribunal fédéral a estimé que la durée de la poursuite du paiement du salaire ne devait aller au-delà de la fin des rapports de travail que s'il s'avérait que, par la résiliation du contrat de travail, l'employeur avait voulu se soustraire à son obligation de payer le salaire selon l'article 324a CO. STÄHELIN⁴³ donne l'exemple d'un employé tombant malade dans sa vingt-et-unième année de service, avec un délai de résiliation fixé conventionnellement à un mois. Selon les échelles bernoise et bâloise, son droit au salaire est fixé à six mois. Sous l'ancien article 336c alinéa 1 lettre b, l'employeur pouvait résilier le contrat de travail après huit semaines. Après ce délai, il pouvait donc rompre les rapports de travail en respectant le délai de résiliation d'un mois pour la fin d'un mois. Ainsi, il lui était possible de ne payer effectivement que quatre mois, à l'extrême trois mois de salaire au lieu des six des échelles bernoise et bâloise.

Cette pratique, nous dit STÄHELIN, n'était pas admissible et toute résiliation en vue de diminuer l'obligation de payer le salaire était considérée comme abusive⁴⁴.

Dans le même ordre d'idée, on peut se demander si la réduction du délai de résiliation du contrat de travail, selon l'actuel article 335c alinéa 2⁴⁵, est admissible lorsqu'elle a pour but de limiter le droit au salaire en cas de maladie. A notre avis, si tel est le cas, il faut considérer la résiliation comme abusive⁴⁶.

Dans le nouveau droit, le cas se présentera différemment, puisque les délais de protection ont été prolongés. Il pourrait se produire lorsque la convention collective, le contrat-type ou le contrat individuel prévoit le paiement du salaire en cas de maladie pendant une durée plus longue que celle prévue pour la fin des rapports de travail, par exemple lorsque les parties ont conclu une assurance perte de salaire en cas de maladie.

⁴² ATF 113 II 263.

⁴³ STÄHELIN, p. 239 (N51).

⁴⁴ STÄHELIN, p. 239 (N52); BJM 1970, p. 281.

⁴⁵ Qui dispose que les délais de congé prévus à l'art. 335 al. 1 CO peuvent être modifiés par un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective.

⁴⁶ Du même avis BJM 1976, p. 324 (GSGer. BS); BJM 1977, p. 286 (GSGer. BS).

A notre avis⁴⁷, en cas de réglementation contractuelle, lorsque les parties sont convenues de garantir au travailleur le versement du salaire pendant une période limitée, la durée de celle-ci ne doit pas dépendre de la dissolution des rapports de travail. Il nous semble qu'il ne faut pas pénaliser le travailleur en le privant de son salaire, alors qu'il ne peut pas commencer une nouvelle activité. On peut même penser, dans une telle hypothèse, qu'il y a résiliation abusive au sens de l'article 336 alinéa 1 lettre c ou d CO⁴⁸.

⁴⁷ Egalement KUHN 9/8.3, p. 5; STREIFF/VON KAENEL, p. 364 (N11); BJM 1976, p. 324 (GSGer. BS). Contra: ATF 113 II 263; Viret, 1979, p. 11; SCHWEIN-GRUBER, p. 90 (N7).

⁴⁸ Dans ce sens: AUBERT, 1991, pp. 134 ss.

CHAPITRE XIII

MALADIE ET DROIT AUX VACANCES

I. LE PROBLEME

La loi ne définit pas la notion de vacances. Toutefois, les ouvrages traitant ce sujet sont unanimes pour en donner la définition suivante: il s'agit d'un certain nombre de jours de travail, fixés à l'avance, pendant lesquels le travailleur n'a pas à fournir de prestation tout en percevant quand même son salaire. Le but des vacances, qui ne sont ni des jours de congé hebdomadaires (généralement le samedi et le dimanche) ni des jours fériés est, tout d'abord, de permettre au travailleur de pouvoir se reposer physiquement et psychiquement de la prestation qu'il a fournie¹. Celui-ci devrait donc, les vacances terminées, être dans un meilleur état de santé qu'au moment où ses vacances ont commencé.

Le droit aux vacances se compose de deux éléments: d'une part du droit au temps libre, d'autre part du droit de percevoir un salaire afférent à cette période².

On comprend, dès lors, que si le travailleur tombe malade et doit passer son temps à se soigner et à se reposer des conséquences de sa maladie, le but premier des vacances n'est pas atteint.

Nous traiterons, dans la suite de notre étude, de deux problèmes particuliers concernant le droit aux vacances du travailleur malade. D'une part, nous examinerons la question de savoir si le travailleur malade pendant ses vacances peut reprendre les jours de vacances ainsi perdus et, le cas échéant, s'il reçoit un salaire pendant sa maladie. D'autre part, nous étudierons les effets de la durée de l'absence du travailleur malade sur son droit aux vacances.

¹ ZINSLI, 1992, p. 205; REHBINDER, p. 457 (N1); STREIFF/VON KAENEL, p. 224 (N2); KUHN 5/2.1, p. 2; JAR 1990, p. 210 (ArbGer. ZH du 5.10.1988).

² KUHN 5/2.1, p. 3; REHBINDER, p. 457 (N1); JAR 1990, p. 210 (ArbGer. ZH du 5.10.1988).

II. POSSIBILITE DE REPENDRE LES VACANCES LORSQUE LE TRAVAILLEUR A ETE MALADE PENDANT CELLES-CI

I. Le principe et ses conditions

I.1. Le principe

Lorsque le travailleur est malade pendant ses vacances, la loi ne dit pas s'il peut reprendre les jours de maladie sous forme de nouvelles vacances. On peut pourtant admettre que, dans ce cas, le but des vacances n'est pas réalisé et cela indépendamment de la volonté du travailleur. La doctrine et la jurisprudence admettent que les jours de maladie pendant les vacances ne doivent pas être comptés comme jours de vacances, mais tomber sous la disposition de l'article 324a CO³ et, de ce fait, être repris ultérieurement⁴.

Toutefois, tout empêchement qui entraîne une incapacité de travail n'entraîne pas automatiquement une prolongation du droit aux vacances⁵. Ainsi, si un pianiste se casse un doigt ou si un footballeur se foule le pied, ils ne seront pas en état d'exercer leur profession, mais pourront jouir pleinement de leurs vacances au bord de la mer.

Un problème plus délicat peut se poser lorsque la maladie (ou l'accident) n'empêche pas le travailleur d'atteindre le but visé par les vacances, mais ne lui permet pas d'atteindre le but qu'il s'est fixé. Ainsi, si un travailleur voulait, pendant ses vacances, faire des randonnées en montagne et qu'il se foule la cheville lors de la première escapade, est-il en droit de reprendre ses vacances parce qu'il ne peut plus atteindre le but qu'il s'était fixé, mais qu'il est encore en état de se mouvoir et ne doit pas rester au lit ? A notre avis, pour répondre à cette question, il faut voir si le but premier des vacances, à savoir le repos et le rétablissement de la capacité physique et psychique du travailleur, peut être atteint d'une autre manière que celle prévue par le travailleur. Il est clair qu'intervient un élément subjectif à savoir, pour chaque personne, la manière dont elle réalisera le but premier des

³ JAR 1980, pp. 202 ss (Bezirksgericht Höfe du 22.11.1978); STREIFF, p. 114 (N10); VIRET, 1979, p. 33; STÄHELIN, p. 369 (N20); KUHN 5/6, p. 1.

⁴ VIRET, 1979, p. 33; STREIFF, p. 114 (N10); JAR 1980, pp. 202 ss (Bezirksgericht Höfe du 22.11.1978); AUBERT, 400 arrêts, n° 137 et 138; BRUNNER/BOHLER/WAEBER, p. 98 (N3).

⁵ STREIFF/VON KAENEL, p. 226 (N6); ZINSLI, 1992, p. 208; JAR 1981, p. 271 (ArbGer. ZH du 1.2.1979).

vacances. Certaines personnes devront faire beaucoup d'exercices physiques, par exemple des randonnées à la montagne ou du jardinage, d'autres se ressourcer intellectuellement, par exemple lire ou visiter des expositions et des musées⁶. A notre avis, l'élément subjectif ne doit pas être prédominant, car le travailleur doit être suffisamment souple pour modifier ses plans de vacances et jouir de celles-ci d'une autre manière⁷.

1.2. Nature de la maladie et durée

Toutes les maladies ne donnent pas droit à une prolongation des vacances, mais uniquement celles qui empêchent d'atteindre le but visé par celles-ci⁸. Un simple empêchement qui ne forcerait pas le travailleur à rester à la maison ne saurait donner droit à un surplus de vacances (par exemple un mal de tête, un violent coup de soleil, un doigt cassé ou un pied foulé, une maladie sexuelle pouvant être traitée ambulatoirement). Le travailleur doit être sérieusement malade pour bénéficier d'une prolongation des vacances. Il doit donc soit être alité à la maison ou à l'hôpital, soit devoir se rendre régulièrement chez le médecin⁹. D'autre part, la maladie doit au moins durer quelques jours (qui se suivent) pour donner droit à une prolongation de la durée des vacances¹⁰. Ainsi, si un travailleur souffre pendant une demi-journée ou une journée de migraine, maux d'estomac, maux de dents ou de difficultés d'acclimatation au lieu de vacances, ses vacances ne pourront pas être prolongées. A notre avis, la maladie doit durer au moins trois jours consécutifs, ce qui correspond à la durée minimale d'absence à partir de laquelle la plupart des entreprises exigent un certificat médical, donc au moment où l'on considère que le travailleur doit se rendre chez le médecin parce que sa maladie relève d'une certaine gravité.

⁶ Voir WEBER H., p. 10.

⁷ Contra: Journal des associations patronales, 1991, pp. 851-852, où le Tribunal des prud'hommes de Bâle-Ville (GSGer. du 1.2.1990) a reconnu l'existence d'une incapacité de vacances à un travailleur qui, pendant ses vacances, exécutait des travaux à sa maison et, par la suite, en a été empêché à cause d'une inflammation au coude; ZINSLI, 1992, p. 209 est plus nuancé en disant qu'il faut d'abord tenir compte des critères objectifs, mais en ayant égard au caractère du travailleur.

⁸ STREIFF/VON KAENEL, p. 226 (N6); JAR 1981, p. 271 (ArbGer. ZH du 1.2.1979); FF 1982 III 211; STÄHELIN, p. 369 (N20); ZINSLI, 1992, p. 207; KUHN 5/6, p. 2.

⁹ STREIFF/VON KAENEL, p. 226 (N6); KUHN 9/8.1, p. 1; ZINSLI, 1992, p. 208.

¹⁰ BRÜHWILER, p. 139 (N4); JAR 1980, p. 235 (GGer. ZH du 29.6.1976); ZINSLI, 1992, p. 207; KUHN 5/6, p. 4.

Lorsque le travailleur n'est que partiellement malade et de ce fait partiellement incapable de travailler, son droit aux vacances n'est pas doublé pour autant. Soit la maladie va à l'encontre du repos visé par les vacances, dans ce cas le travailleur continue partiellement à exercer son activité et pendant son incapacité partielle l'employeur lui versera son salaire selon l'article 324a CO, soit le but des vacances peut être réalisé malgré la maladie et, dans ce cas, les vacances comptent pleinement et la durée du droit au salaire, selon l'article 324a CO, n'est pas entamée¹¹.

1.3. Faute du travailleur

Le travailleur n'a droit à aucune prolongation de la durée du droit aux vacances lorsqu'il a causé, par sa faute, son incapacité de jouir de ses vacances¹². Tel pourrait être le cas lorsque le travailleur a abusé d'alcool et doit être alité pendant le reste de ses vacances à cause de maux de ventre. La notion d'empêchement non fautif du travailleur est ici la même qu'à l'article 324a alinéa 1 CO¹³.

2. Annonce et moyens de preuve de la maladie

2.1. Annonce

Le travailleur qui tombe malade pendant ses vacances et qui est dans l'impossibilité de reprendre le travail doit l'annoncer aussi vite que possible à son employeur pour que ce dernier puisse prendre toutes les dispositions qui s'imposent, par exemple engager du personnel temporairement. Si le travailleur omet d'annoncer son absence, alors qu'il avait la possibilité de le faire, il viole le devoir de fidélité qui le lie à son employeur¹⁴ et commet, à notre avis, une faute que l'employeur peut sanctionner s'il a subi un dommage, par une diminution voire la suppression¹⁵ du salaire versé pendant la maladie.

¹¹ STREIFF/VON KAENEL, p. 227 (N6); ZINSLI, 1992, p. 211.

¹² ZINSLI, 1992, p. 206.

¹³ AUBERT, 1990, p. 125. Concernant la notion d'empêchement non fautif, voir le chapitre II ch. II.3.3.

¹⁴ Egalement ZINSLI, 1992, p. 209.

¹⁵ KUHN 5/6, p. 3.

2.2. Moyens de preuve

Si le travailleur désire prolonger la durée de ses vacances parce qu'il a été malade ou s'il ne peut reprendre le travail comme convenu, il doit apporter la preuve de son incapacité de travail. L'employeur est donc en droit d'exiger un certificat médical qui précisera la durée de l'affection et sa nature. On peut parfois, comme l'indique KUHN¹⁶, douter de la crédibilité de certains certificats qui, dans certains pays (mais, à notre avis, également, parfois en Suisse), sont obtenus avec beaucoup de facilité. Si l'employeur doute de la véracité d'un tel moyen de preuve, il doit prouver que le certificat a été établi par complaisance, ce qu'il ne réussit que très rarement.

Le travailleur peut également faire valoir d'autres moyens pour établir la preuve de sa maladie, par exemple, des déclarations de témoins¹⁷. Si le travailleur ne présente aucune preuve de sa maladie, il perd naturellement son droit à une prolongation de la durée des vacances¹⁸.

3. Cas particulier: la maladie avant le début des vacances

Lorsque le travailleur tombe malade juste avant de prendre ses vacances, il peut exiger de l'employeur, si l'annonce lui a été faite en temps nécessaire, de renvoyer à une date ultérieure le début des vacances¹⁹, cela même si la maladie tombe dans une période de vacances de l'entreprise²⁰. Dès lors que le travailleur malade ne peut exercer son activité professionnelle et qu'il ne se trouve pas dans une période de vacances, l'employeur lui devra le salaire selon l'article 324a CO²¹.

¹⁶ KUHN 9/8.1, p. 1.

¹⁷ ZINSLI, 1992, p. 210.

¹⁸ *IBIDEM*.

¹⁹ STÄHELIN, p. 369 (N19); BRÜHWILER, p. 139 (N4); ZINSLI, 1992, p. 211; KUHN 5/6, p. 2.

²⁰ ZINSLI, 1992, p. 211.

²¹ *IBIDEM*.

III. REDUCTION DU DROIT AUX VACANCES EN CAS DE MALADIE

I. Le principe et ses modalités

Lorsque le travailleur a été malade, la question se pose de savoir si l'employeur peut réduire son droit aux vacances. La réponse à cette question figure, d'une part, dans le texte légal et, d'autre part, dans la jurisprudence et la doctrine.

L'article 329b alinéa 2 CO dispose que, lorsqu'au cours d'une année de service, le travailleur a été empêché de travailler²² pour moins d'un mois, sans faute de sa part²³, l'employeur ne peut réduire la durée des vacances.

L'employeur peut réduire la durée des vacances du travailleur lorsque l'absence a duré au minimum deux mois complets²⁴ et qu'elle n'est pas due à une faute du travailleur. Si l'absence dure moins de deux mois, aucune réduction des vacances ne peut être effectuée. Si l'absence dure deux mois ou plus, la durée des vacances sera réduite d'un douzième par mois complet d'absence, à compter de la fin du premier mois (ou dès le début du deuxième mois). Ainsi, si la durée de l'absence est de deux mois et demi, la durée du droit aux vacances sera réduite d'un douzième, correspondant au deuxième mois complet d'absence, et non de deux douzièmes (sinon le travailleur malade sans faute de sa part serait traité de la même manière que celui qui est empêché de travailler par sa propre faute)²⁵. Les mois qui ne sont pas complets ne sont pas pris en considération dans la réduction de la durée du droit aux vacances²⁶.

²² Par les mêmes causes que celles mentionnées à l'art. 324a al. 1 CO.

²³ Lorsque le travailleur a causé l'empêchement par sa propre faute, l'employeur peut réduire la durée des vacances d'un douzième par mois d'absence dès le premier mois complet d'absence (art. 329b al. 1 CO); ZINSLI, 1992, p. 212. STREIFF/VON KAENEL, p. 231 (N2). Si l'absence a duré moins d'un mois complet, l'employeur n'a pas le droit d'opérer une réduction.

²⁴ STREIFF/VON KAENEL, p. 232 (N2); ZINSLI, 1992, p. 212; AUBERT, 1990, p. 126; JAR 1990, p. 212 (OGER. Nidwalden du 20.5.1986); JAR 1988, p. 214 (Kantonsgericht Zug du 26.1.1987); JAR 1980, p. 204 (Bezirksgericht Höfe du 22.11.1978).

²⁵ Dans ce sens, DTAC 1974, p. 19 (Auskunft BIGA du 24.9.1973); DTAC 1988, p. 45 (Auskunft BIGA); STÄHELIN, p. 359 (N6); Zinsli, 1992, p. 212; JAR 1983, p. 138 (ArbGer. ZH du 12.11.1981); STREIFF/VON KAENEL, p. 233 (N7); REHBINDER, p. 466 (N2). Contra: BRÜHWILER, p. 135 (N2), qui veut réduire la durée des vacances dès le premier mois d'absence.

²⁶ STÄHELIN, p. 358 (N5).

2. Cas particulier: la réduction du droit aux vacances lorsque l'année de service est incomplète

Lorsque le travailleur est absent pendant une longue période et que les rapports de travail prennent fin au cours d'une année de service, se pose la question du calcul de la réduction du droit aux vacances. En effet, le texte légal permet de réduire le droit aux vacances par rapport à une norme de référence qui est l'année de service.

Même si cela est relativement compliqué, il convient d'appliquer un calcul proportionnel à la durée du temps de travail²⁷.

Imaginons une personne dont le contrat de travail a duré neuf mois. Durant cette période, elle est empêchée de travailler, sans faute de sa part, pendant deux mois et demi et travaille effectivement six mois et demi. Quel sera son droit aux vacances (sachant que son crédit annuel de vacances est de quatre semaines), compte tenu de la réduction due à son absence ?

Nous proposons la manière de calcul suivante, à laquelle nous appliquons la méthode de la règle de trois.

- a) Calcul de la durée du droit aux vacances (sans tenir compte d'une éventuelle réduction)

12 mois = 4 semaines

9 mois = X semaines

$X = 9 \times 4 / 12 = 3$ semaines

- b) Calcul de l'absence sur une base annuelle

9 mois = 2.5 mois

12 mois = X mois

$X = 12 \times 2.5 / 9 = 3 \frac{1}{3}$ mois

- c) Pourcentage de réduction sur la base annuelle ci-dessus

Comme l'absence annuelle est de 3 1/3 mois, la réduction s'opère sur le deuxième et le troisième mois complet d'absence, soit 2/12 de réduction.

²⁷ Egalement WEBER H., pp. 147-148; ZINSLJ, 1992, p. 214; voir également JÄR 1990, p. 212 (OGer. Nidwalden du 20.5.1986).

d) Durée de la réduction

$$12/12 = 3 \text{ semaines}$$

$$2/12 = X \text{ semaines}$$

$$X = 3 \times 2/12 = \text{une demi-semaine}$$

e) Durée des vacances en tenant compte de la réduction

$$3 \text{ semaines} - 0.5 \text{ semaines} = 2.5 \text{ semaines}$$

Le travailleur, du fait de son absence, n'aura donc pas droit à trois semaines de vacances mais à deux semaines et demi.

3. Calcul de la durée

En fixant le droit aux vacances en semaines, l'article 329a alinéa 1 CO se rapporte à des semaines entières de vacances, quel que soit le nombre de jours travaillés par semaine. Le droit est en effet le même pour tous les travailleurs, indépendamment de l'organisation de leur horaire hebdomadaire de travail²⁸. Il est fixé à quatre semaines au moins et cinq semaines au moins jusqu'à l'âge de vingt ans révolus. Ainsi, si un travailleur, de plus de vingt ans, est occupé cinq jours par semaine, son droit aux vacances sera de vingt jours (5×4), s'il est occupé six jours par semaine son droit sera de vingt-quatre jours (6×4)²⁹.

La disposition de l'article 329b alinéas 1, 2, et 3 CO fait référence à la notion de mois et on peut se demander si cette durée est identique à celle utilisée à l'article 329a alinéa 1 CO. S'agit-il d'un mois englobant les jours de congé hebdomadaires (généralement le samedi et le dimanche) et les jours fériés ou d'un mois ne comprenant que les jours de travail effectifs ?

A notre avis, pour calculer le nombre de jours réduits de vacances, on doit tenir compte de la durée du temps de travail effectif et non de celle se référant au calendrier³⁰. Ainsi, une réduction d'un douzième, lorsque la semaine de travail est de cinq jours, correspond à un jour deux tiers ($4 \times 5/12$); pour une semaine de six jours, la réduction est de deux jours

²⁸ BRUNNER/BÖHLER/WAEGER, p. 99 (N5).

²⁹ Nous admettons ici que le travailleur a droit à quatre semaines de vacances.

³⁰ Dans ce sens, WEBER H., p. 147; ZINSLI, 1992, p. 213; JAR 1989, p. 76 (Auskunft BIGA). Contra: REHBINDER, p. 468 (N3), qui pense que les jours de congé hebdomadaires ainsi que les jours fériés doivent être englobés dans la durée du calcul.

(4 x 6/12). Cet exemple suppose évidemment que le travailleur a droit à quatre semaines de vacances. Lorsque celles-ci sont plus longues, la méthode de calcul reste la même³¹. La méthode de calcul reste également identique pour les travailleurs à temps partiel et les travailleurs à domicile³².

Nous reproduisons ci-dessous le tableau de conversion qu'a établi l'OFIAMT à ce sujet³³:

Semaines de vacances par année de service ou par année civile	semaine de 6 jours	semaine de 5 1/2 jours	semaine de 5 jours	semaine de 4 1/2 jours	semaine de 4 jours
quatre semaines	2.00	1.83	1.67	1.5	1.33
cinq semaines	2.50	2.29	2.08	1.88	1.67
six semaines	3.00	2.75	2.50	2.25	2.00

Les chiffres ont été arrondis à deux décimales.

Si l'on obtient des fractions de jours de vacances, il est recommandé d'arrondir les chiffres selon les règles suivantes: les fractions inférieures à un quart sont arrondies à l'unité ou à la demi-unité inférieure (c'est-à-dire à des jours entiers pour les fractions allant jusqu'à 0.24 et à des demi-journées pour celles allant jusqu'à 0.74) et les fractions supérieures à un quart, à l'unité ou à la demi-unité supérieure (demi-journées à partir de 0.25 et jours entiers à partir de 0.75)³⁴.

³¹ Egalement STREIFF/VON KAENEL, p. 233 (N5); DTAC 2/1988, p. 44 (Auskunft BIGA); JAR 1989, p. 76 (Mitteilungen des BIGA).

³² STREIFF/VON KAENEL, p. 233 (N5); DTAC 2/1988, p. 45 (Auskunft BIGA).

³³ DTAC 2/1988, p. 44.

³⁴ DTAC 2/1988, p. 44 (Auskunft BIGA).

4. Maladie et grossesse

L'article 329b alinéa 3 CO dispose que l'employeur ne peut diminuer les vacances d'une travailleuse si, en raison d'une grossesse et d'un accouchement, elle est empêchée de travailler pendant deux mois au plus. Ainsi, si une travailleuse est absente pendant trois mois et demi de son travail pour cause de grossesse, l'employeur ne peut réduire son droit aux vacances que d'un douzième (la réduction ne s'opère que pour le troisième mois complet d'absence)³⁵. On peut se demander ce qu'il advient de cette durée lorsque la travailleuse, pendant la période de grossesse, tombe malade.

La doctrine³⁶ soutient que le délai de la maladie et le délai de grossesse ne doivent pas être cumulés. Ils sont donc alternatifs. L'absence³⁷ ne saurait être supérieure à trois mois entiers pour les deux incapacités de travail et non à cinq mois (deux pour la maladie et trois pour la grossesse) pour entraîner une réduction de la durée des vacances.

A notre avis, et pour les raisons évoquées à propos de l'article 324a CO³⁸, la grossesse doit faire l'objet d'un crédit particulier. Les durées relatives à la maladie et la grossesse doivent se cumuler et une réduction du droit au salaire ne peut être opérée qu'à partir de plus de cinq mois d'absence.

5. Maladie pendant des vacances non payées

Les vacances non rémunérées ne sont pas de véritables vacances. Il s'agit plutôt d'un accord réciproque par lequel les parties suspendent pendant une période déterminée les principales obligations contractuelles, à savoir d'une part la prestation de travail, d'autre part le paiement du salaire³⁹. Dès lors, si les parties ont décidé d'une interruption des rapports de travail dans le but d'accorder au travailleur des vacances non payées, l'employeur ne doit pas le salaire si celui-ci tombe malade

³⁵ REHBINDER, p. 467 (N2); WEBER H., p. 146; STÄHELIN, p. 359 (N7); AUBERT, 1990, p. 126.

³⁶ STÄHELIN, p. 359 (N7); STREIFF/VON KAENEL, p. 233 (N6); KUHN 5/7, p. 5; REHBINDER, p. 468 (N4); ZINSLI, 1992, p. 215.

³⁷ Lorsqu'elle n'est pas causée par une faute de la travailleuse.

³⁸ Voir chapitre II ch. III.3.6.4.

³⁹ KUHN 5/2.1, p. 4.

et ne peut utiliser ses vacances comme il le souhaite⁴⁰. Si le travailleur, lorsqu'il devait reprendre le travail, ne peut le faire parce qu'il est malade, l'obligation de l'employeur de verser le salaire renait⁴¹.

6. Caractère de l'article 329b CO

L'article 329b alinéa 1 CO est de droit dispositif, car il est possible de réduire le délai d'un mois lorsque le travailleur est, par sa propre faute, empêché de travailler⁴².

Les alinéas 2 et 3 de l'article 329b CO sont relativement impératifs en ce sens qu'il ne peut y être dérogé, par contrat individuel, contrat-type ou convention collective de travail, au détriment du travailleur⁴³. Ainsi, un accord prévoyant une réduction plus importante que celle figurant dans le texte légal (par exemple deux douzièmes de réduction dès la fin du deuxième mois) ou un terme plus court que celui mentionné dans le texte de loi (par exemple, une réduction dès la fin du premier mois) serait considéré comme nul⁴⁴.

⁴⁰ REHBINDER, p. 343 (N24); STREIFF, p. 114 (N10); JAR 1981, p. 266 (ArbGer. ZH du 17.11.1977); KUHN 9/8.2, p. 1.

⁴¹ JAR 1981, pp. 266-267 (ArbGer. ZH du 17.11.1977); AUBERT, 1991, p. 114; KUHN 9/8.2, p. 1.

⁴² REHBINDER, p. 469 (N6); STÄHELIN, p. 360 (N8); BRUNNER/BÜHLER/WAEGER, p. 101 (N1).

⁴³ Voir art. 362 CO; STREIFF/VON KAENEL, p. 230 (N12); REHBINDER, p. 469 (N6); STÄHELIN, p. 360 (N8); ZINSLI, 1992, p. 216; VIRET, 1979, p. 32.

⁴⁴ Art. 362 al. 2 CO.

CHAPITRE XIV

MALADIE ET CHOMAGE

I. HISTORIQUE

Les débuts de l'assurance-chômage remontent aux environs de 1890¹. A cette époque, plusieurs caisses sont créées par des syndicats, pour leurs membres, ainsi que par des communes. Dès 1894, certains cantons (Bâle-Ville, Genève, Saint-Gall, Berne, Lucerne, Soleure, Thurgovie, Zurich) commencent à subventionner les caisses. La Confédération prend une mesure similaire en 1915² et, dès 1917, elle met en place certains moyens d'assistance aux chômeurs. Une première loi fédérale relative à l'allocation de subventions pour l'assurance-chômage est adoptée le 17 octobre 1924³. Elle fixe les conditions que doit remplir une caisse pour pouvoir prétendre aux subventions de l'Etat. Il s'agit en fait d'une loi d'encouragement, accusant les mêmes traits que la LAMA de 1911⁴.

Pendant la Seconde Guerre mondiale, le Conseil fédéral intervient sur la base de ses pouvoirs extraordinaires pour faire face à la montée du chômage. A la fin de la guerre, il souhaite pourtant transposer le régime extraordinaire dans la législation ordinaire en créant une base constitutionnelle. C'est dans le cadre de la révision des articles économiques de la Constitution fédérale, adoptés le 6 juillet 1947 par le peuple et les cantons, que la Confédération reçoit la compétence d'introduire l'assurance-chômage en tenant compte des caisses existantes et de légiférer en matière d'aide aux chômeurs; cependant, seuls les cantons restent compétents pour déclarer l'assurance-chômage obligatoire⁵.

Le 22 juin 1951, l'Assemblée fédérale adopte la loi fédérale sur l'assurance-chômage⁶. Celle-ci institue une assurance facultative, que les cantons peuvent déclarer obligatoire. La compétence de la Confédération

¹ FF 1950 II 526.

² MAHON, 1983, p. 111; GREBER, 1982, p. 427.

³ RO 41 239 ss (loi fédérale concernant l'allocation de subventions pour l'assurance-chômage, du 17 octobre 1924).

⁴ MAURER, 1982, p. 567.

⁵ Art. 34ter lit. f Cst.

⁶ RO 1951 1167 ss.

reste, malgré tout, limitée, puisqu'elle ne peut ni créer une institution fédérale remplaçant les caisses existantes, ni rendre l'affiliation obligatoire. L'assurance est appliquée, sous la surveillance de la Confédération, par des caisses privées ou publiques, reconnues par le Conseil fédéral. Le système présente certains défauts, outre l'absence d'obligation d'assurance. Il n'existe, en effet, aucune véritable compensation des risques et les cotisations varient fortement entre les caisses⁷.

Le 20 juin 1975, l'Assemblée fédérale adopte un arrêté fédéral urgent⁸ destiné à faire face provisoirement, mais le plus rapidement possible, à la récession qui vient d'atteindre la Suisse⁹. Comme la situation économique se dégrade rapidement¹⁰, le Conseil fédéral propose aux Chambres, en octobre 1975, la modification de la base constitutionnelle¹¹. Un nouvel article 34novies Cst. est accepté le 13 juin 1976 par le peuple et les cantons¹². Il permet à la Confédération d'introduire l'assurance obligatoire pour les travailleurs. Parallèlement, le Conseil fédéral présente aux Chambres un projet d'arrêté fédéral urgent instituant l'assurance-chômage obligatoire, que celles-ci adoptent le 8 octobre 1976¹³. L'arrêté entre en vigueur le 1er janvier 1977 et les dispositions d'exécution y relatives le 1er avril 1977. Sans abroger complètement la loi de 1951, l'arrêté la modifie sur plusieurs points. Il instaure un régime transitoire applicable jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi sur l'assurance-chômage, mais au plus tard jusqu'au 31 décembre 1984. Le régime transitoire se caractérise principalement par une affiliation obligatoire des salariés sur le plan fédéral, affiliation automatique (ou de par la loi), indépendante de leur volonté.

Le 2 juillet 1980, le Conseil fédéral présente un message à l'Assemblée fédérale concernant la nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité¹⁴. Le Parlement adopte

⁷ MAHON, 1983, p. 111.

⁸ RO 1975 1078 ss (arrêté fédéral instituant dans le domaine de l'assurance-chômage et du marché du travail des mesures propres à combattre le fléchissement de l'emploi et des revenus, du 20 juin 1975).

⁹ FF 1975 I 1871 ss.

¹⁰ Entre 1973 et 1976, l'effectif moyen des personnes occupées diminua de 9,6 % ou de quelques 300'000 personnes. 100'000 Suisses - essentiellement des Suissesses - quittèrent alors la vie active alors que 200'000 travailleurs étrangers cessèrent leur activité pendant cette période (GREBER, 1982, pp. 436-437).

¹¹ FF 1975 II 1573 ss.

¹² FF 1976 II 1522.

¹³ RO 1977 208 ss (arrêté fédéral instituant l'assurance-chômage obligatoire - régime transitoire - du 8 octobre 1976).

¹⁴ FF 1980 III 485 ss.

la loi le 25 juin 1982¹⁵. Le cinquième chapitre de cette loi, consacré à l'indemnité en cas d'insolvabilité de l'employeur, entre en vigueur le 1er janvier 1983; le reste de la loi, le 1er janvier 1984.

La nouvelle loi sur l'assurance-chômage a permis d'introduire dans la loi sur l'assurance-maladie deux nouvelles dispositions¹⁶. La première règle la coordination entre l'indemnité journalière de l'assurance-maladie et l'indemnité de chômage lorsque le chômeur présente une incapacité de travail¹⁷. La deuxième prévoit la transformation de l'ancienne assurance d'une indemnité journalière en une assurance dont les prestations commencent le trente-et-unième jour, sous garantie du montant de l'ancienne indemnité journalière et sans considération de l'état de santé au moment de la transformation¹⁸.

II. LE PROBLEME

La situation du chômeur en cas de maladie est particulière, puisqu'il n'est plus lié par un contrat de travail et qu'il n'a, de ce fait, pas droit à un salaire versé par son employeur. D'autre part, s'il tombe malade pendant son chômage, il ne remplit plus une des conditions du droit à l'indemnité de chômage, qui est l'aptitude au placement.

On peut, dès lors, se poser la question de savoir si le chômeur sera privé ou non de salaire en cas de maladie. Si le problème paraît simple, sa solution l'est moins, car il faut se référer à la situation de l'assuré antérieure au chômage: soit le chômeur ne bénéficie d'aucune couverture d'assurance, soit il est au bénéfice d'une assurance individuelle ou collective contre la perte de salaire en cas de maladie. Dans la suite de ce chapitre, nous évoquerons ces deux cas de figure. Quant à l'hypothèse selon laquelle aucune assurance n'a été conclue, nous traiterons du droit à l'indemnité de chômage, de l'inclusion des indemnités de "maladie" dans les indemnités de chômage, du délai d'attente, de la

¹⁵ RS 837.0 (loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982).

¹⁶ Art. 73 LAMal (anciennement art. 12bis al. 1bis et 2bis LAMA).

¹⁷ Art. 73 al. 1 LAMal.

¹⁸ Art. 73 al. 2 LAMal.

preuve et de l'annonce de la maladie. Quant à l'hypothèse selon laquelle le chômeur est au bénéfice d'une assurance, nous examinerons plus particulièrement le problème de l'incapacité partielle de travail.

III. AUCUNE ASSURANCE N'A ÉTÉ CONCLUE

1. Le droit à l'indemnité

Lorsqu'aucune assurance n'a été conclue et que le chômeur tombe passagèrement¹⁹ malade et, de ce fait, n'est plus apte ni à travailler ni à être placé, ou lorsqu'il ne l'est que partiellement, il a droit à une pleine indemnité journalière de l'assurance-chômage pour sa maladie (s'il remplit les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité).

L'article 28 alinéas 1 et 4 LACI dispose à cet égard que:

alinéa 1 *"Les chômeurs qui, passagèrement, ne sont aptes ni à travailler ni à être placés ou ne le sont que partiellement en raison de maladie, d'accident ou de maternité, et qui de ce fait ne peuvent satisfaire aux prescriptions du 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 30^e jour suivant le début de l'incapacité totale ou partielle de travail et se limite à 34 indemnités journalières²⁰ durant le délai-cadre²¹."*

alinéa 4 *"Les chômeurs qui ont épuisé leur droit selon le 1^{er} alinéa et sont encore passagèrement frappés d'incapacité restreinte de travail, ont droit, dans la mesure où cette incapacité partielle n'entrave pas leur placement et où ils remplissent toutes les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité, à la*

¹⁹ Le législateur a voulu préciser que la disposition de l'art. 28 LACI ne s'applique qu'aux assurés qui passagèrement ne sont plus ou que partiellement aptes à travailler ou à être placés et non pas à ceux qui le sont durablement (GERHARDS, 1988, pp. 334-335 N⁵).

²⁰ Les trente-quatre indemnités correspondent à six semaines de cinq indemnités plus quatre indemnités, soit presque sept semaines (GERHARDS, 1988, p. 342 N²⁷).

²¹ Selon l'art. 9 al. 1 LACI.

pleine indemnité journalière s'ils sont optes au travail à raison de 75 pour cent ou moins et à une demi-indemnité s'ils le sont à raison de 50 pour cent au moins."

Le chômeur est donc indemnisé pendant trente jours (samedi, dimanche et jours fériés inclus)²² par cas d'incapacité de travail (maladie, accident, maternité). Son droit se limite à trente-quatre indemnités journalières durant le délai-cadre. Cette durée est un compromis entre deux tendances²³. La première envisageait que l'assurance-chômage intervienne pleinement en lieu et place de l'employeur et qu'elle verse donc en cas de maladie du chômeur des indemnités journalières aussi longtemps que l'assuré aurait reçu son salaire s'il avait pu conserver son contrat de travail. La deuxième prévoyait, d'une part, que le versement d'indemnités de chômage à des travailleurs inaptes au placement constituait une atteinte au principe de l'assurance-chômage (selon lequel l'aptitude au placement est une condition fondamentale dont dépend le droit à l'indemnité) et, d'autre part, qu'une telle dérogation provoquerait des abus en ce sens que les chômeurs qui désireraient se soustraire au contrôle obligatoire et au placement pourrait trouver une échappatoire dans la maladie.

Mentionnons également que la durée des prestations de l'assurance-chômage en cas de maladie permet au chômeur de contracter une assurance perte de gain en cas de maladie et lui évite ainsi de payer des primes trop élevées²⁴ (en tout cas, moins élevées que s'il avait dû contracter une assurance dès le premier jour).

L'assuré bénéficie encore, après l'échéance de son droit selon l'article 28 alinéa 1 LACI, d'une nouvelle protection fixée par l'article 28 alinéa 4 LACI. Pour en bénéficier, l'assuré doit avoir retrouvé une partie de sa capacité de travail et de placement. Ainsi, lorsque les chômeurs ont épuisé leur droit à l'indemnité selon l'article 28 alinéa 1 LACI, ils bénéficient (s'ils remplissent les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité) d'une pleine indemnité journalière lorsqu'ils sont aptes au travail à raison de 75 % au moins et d'une demi-indemnité s'ils le sont à raison de 50 % au moins.

²² On observera que le délai de trente jours correspond à celui de la fin de la couverture de l'assurance-accidents selon l'art. 3 al. 2 LAA. Cette réglementation était connue au moment de l'élaboration de la disposition. Elle en fut en quelque sorte le fil conducteur (GERHARDS, 1988, p. 337 (N12)). Les 30 jours d'indemnités correspondent, sans les samedis, dimanches et jours fériés, à 22 jours de pleines indemnités.

²³ FF 1980 III 589.

²⁴ FF 1980 III 589.

On notera que les règles énoncées ci-dessus, conformément à la disposition de l'article 28 LACI, ne s'appliquent qu'aux personnes qui se sont annoncées à l'office du travail de leur lieu de domicile aux fins d'être placées²⁵ et non aux personnes dont le contrat de travail a pris fin et qui ne sont pas encore enregistrées comme chômeurs. D'autre part, nous conseillons à tous les chômeurs qui ne sont pas déjà au bénéfice d'une assurance perte de gain en cas de maladie d'en conclure une avec un délai d'attente fixé à trente jours²⁶.

2. Inclusion des indemnités de maladie dans les indemnités de chômage

Selon l'arrêté fédéral sur les mesures en matière d'assurance-chômage, du 19 mars 1993²⁷, le chômeur peut bénéficier de quatre cents indemnités. La question se pose de savoir si les indemnités journalières "de maladie" de l'assurance-chômage font l'objet d'un crédit distinct et ainsi s'additionnent aux indemnités totales que le chômeur peut recevoir ou si elles sont déduites de ces mêmes indemnités.

La loi ne prévoit rien à ce sujet et on pourrait en déduire qu'elles ne constituent pas un crédit distinct²⁸. Ainsi, si un assuré a droit à quatre cents indemnités de chômage et qu'il a épuisé ses trente-quatre indemnités de maladie, il ne lui reste plus que trois cent soixante-six indemnités.

A notre avis, les indemnités journalières servies par l'assurance-chômage sont versées pendant le temps durant lequel le chômeur tente de trouver un emploi (ou de se perfectionner, se reconvertir ou se réintégrer professionnellement), donc pendant le temps où sa capacité de travail et de placement ne sont pas réduites (ou peu réduites).

²⁵ Selon l'art. 10 al. 3 LACI; voir également GERHARDS, 1988, p. 337 (N14).

²⁶ Les cantons de Genève et Fribourg ont prévu une assurance collective en faveur des chômeurs (CORNU, p. 105). Sous l'ancien droit, un tel contrat d'assurance était considéré comme nul car une des conditions du droit aux indemnités de chômage, l'aptitude au placement, faisait défaut et cela aussi longtemps que la capacité de travail de l'assuré était inférieure à 70 %, sauf si, depuis la maladie ou l'accident, l'assuré avait exercé une activité salariée pendant douze jours au moins et ne se trouvait pas de nouveau au chômage en raison de la réduction de sa capacité de travail (DTAC 1980, pp. 50 ss; ATFA du 30.1.1980; SPIRA, p. 201; GERHARDS, 1987, p. 346, N43).

²⁷ RO 1993 I 1067.

²⁸ Comme le pense GERHARDS, 1988, p. 342 (N27) et comme l'admettent les caisses de chômage.

Lorsque l'assuré est malade, il ne peut rechercher un nouvel emploi, non seulement parce qu'il est libéré des prescriptions de contrôle et d'une recherche de travail, mais également parce qu'aucun employeur n'engagerait un travailleur dont la capacité de travail est réduite passagèrement. De ce fait, les deux indemnités mentionnées ci-dessus visent des buts différents qu'il importe de différencier, donc de cumuler. D'autre part, le chômeur malade doit être traité de la même manière qu'un chômeur bien-portant. Les deux doivent, à notre avis, bénéficier du même nombre d'indemnités pour rechercher un emploi.

3. Le délai d'attente en cas de maladie

Dans son message aux Chambres concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 2 juillet 1980, le Conseil fédéral avait prévu un délai d'attente d'une semaine en cas de maladie²⁹, pendant lequel aucune prestation ne serait versée. Le message indiquait que: "... les cas-bagatelles, pour lesquels aucun médecin n'est consulté en général, seront d'emblée exclus de la couverture d'assurance. Ce temps d'attente sera, en quelque sorte, une contribution propre à laquelle le chômeur ne se résignera pas sans raison majeure ..."³⁰. Le délai d'attente était compris dans les trente jours d'indemnisation³¹ et s'appliquait pour chaque cas de maladie.

En 1982, lors de l'adoption de la loi, le législateur a repris l'idée du délai d'attente pour la maladie, conformément au message du Conseil fédéral³². Lors de la révision partielle de 1990³³, il a toutefois modifié sensiblement la disposition concernant le délai d'attente. Ce dernier ne s'appliquait plus par cas de maladie, mais une fois durant le délai-cadre de deux ans³⁴. Enfin, dans son message relatif à l'arrêté fédéral sur les

²⁹ FF 1980 III 590. Le délai d'attente s'appliquait également en cas d'accident et de maternité.

³⁰ FF 1980 III 590.

³¹ FF 1980 III 590.

³² Il n'y avait, en revanche, aucun délai d'attente si l'incapacité de travail résultait de la maternité ou d'un accident ou si le chômeur se trouvait dans une maison de santé (hôpital, maison de cures, asile psychiatrique).

³³ FF 1989 III 369 ss.

³⁴ GERHARDS, 1993, p. 1227; voir également BOCE 1990, p. 76; BOCN 1990, p. 1442. Le message du Conseil fédéral ne mentionne rien à ce sujet (FF 1989 III 369 ss).

mesures en matière d'assurance-chômage, du 27 janvier 1993³⁵, le Conseil fédéral a proposé de renoncer au délai d'attente en cas de maladie en vue d'alléger les charges administratives. Par un arrêté fédéral urgent du 19 mars 1993³⁶, cette clause est entrée en vigueur le 1er avril 1993. Le chômeur reçoit ainsi aujourd'hui des indemnités dès le premier jour de maladie.

4. Preuve de la maladie

Le chômeur doit apporter la preuve de son incapacité ou de sa capacité de travail en produisant un certificat médical³⁷, ceci à ses frais³⁸. Si l'autorité cantonale ou la caisse a de sérieux doutes sur la véracité de la preuve fournie, elle peut ordonner, aux frais de l'assurance, un examen médical par un médecin-conseil³⁹.

5. Annonce de la maladie

Les chômeurs qui, passagèrement, ne sont aptes ni à travailler ni à être placés ou ne le sont que partiellement en raison de maladie, d'accident ou de maternité, et qui veulent faire valoir leur droit à l'indemnité journalière, sont tenus d'annoncer leur incapacité de travail à l'office du travail, dans un délai d'une semaine à compter du début de leur incapacité. Si le chômeur n'est pas en mesure de se présenter audit office en raison de son état de santé, il peut informer l'office de chômage de son incapacité de travail par téléphone ou par l'intermédiaire d'une tierce personne⁴⁰.

Si l'assuré annonce son incapacité de travail tardivement et sans excuse valable, il perd son droit à l'indemnité journalière pour les jours précédant sa communication⁴¹.

³⁵ FF 1993 I 654.

³⁶ RO 1993 I 1067.

³⁷ Art. 28 al. 5 LACI.

³⁸ GERHARDS, 1988, p. 349 (N61).

³⁹ Art. 28 al. 5 LACI et 15 al. 3 LACI.

⁴⁰ Art. 42 al. 1 OACI.

⁴¹ Art. 42 al. 2 OACI.

IV. UNE ASSURANCE PERTE DE SALAIRE EN CAS DE MALADIE A ETE CONCLUE

1. L'assurance individuelle

La question qui se pose est de savoir si la fin des rapports de travail entraîne la fin des rapports d'assurance ou si le chômeur peut continuer de bénéficier des prestations de l'assurance-maladie.

Lorsque le travailleur est assuré individuellement par un contrat dont il est le preneur, le sort de ce contrat n'est pas influencé juridiquement par la fin du contrat de travail⁴². Le travailleur peut demander un éventuel réajustement du gain assuré ou la modification du délai d'attente. Il peut ainsi exiger que le délai d'attente soit fixé à trente jours (car c'est à ce moment que les prestations de l'assurance-chômage en cas de maladie cessent). L'assureur ne peut lui opposer une quelconque réserve ou un refus à cause de son état de santé au moment du changement⁴³.

2. L'assurance collective

Lorsque l'assurance est collective et l'employeur le preneur d'assurance, la fin des rapports de travail entraîne en principe la fin des rapports d'assurance. Le travailleur a alors le droit de passer dans l'assurance individuelle du même assureur⁴⁴. Il dispose d'un délai de trois mois pour faire valoir son droit au transfert⁴⁵, mais il faudra qu'il use de cette possibilité dans les trente jours pour le faire coïncider avec la fin des prestations de l'assurance-chômage. Les chômeurs peuvent en effet, lors de leur passage dans l'assurance individuelle, demander à modifier le délai d'attente afin qu'il coïncide avec un droit aux prestations dès le trente-et-unième jour. L'assureur n'est pas autorisé à

⁴² Voir chapitre V ch. III.4.6.

⁴³ Art. 73 al. 2 LAMal. Pour les assurances privées, l'art. 100 al. 2 LCA dispose que l'art. 73 LAMal est applicable par analogie.

⁴⁴ Selon l'art. 71 al. 1 LAMal. Pour les assurances privées, l'art. 100 al. 2 LCA dispose que l'art. 71 LAMal est applicable par analogie. Voir également le chapitre V ch. III.4.4.

⁴⁵ Art. 71 al. 2 LAMal.

émettre de nouvelles réserves⁴⁶. Beaucoup de chômeurs, pourtant, renoncent à cette possibilité, du fait de la forte augmentation des primes qu'entraîne le passage dans l'assurance individuelle.

Lorsque le transfert de l'assurance collective dans l'assurance individuelle n'est pas réalisable, l'assuré a droit au libre passage sous certaines conditions⁴⁷. Lorsque ce droit est exercé dans les trois mois, le droit aux prestations n'est pas interrompu. Si l'indemnité était fixée jusqu'alors en pourcentage du revenu de l'activité lucrative, l'assureur peut transformer cette indemnité en une somme fixe.

3. Incapacité partielle de travail lorsque le chômeur est assuré pour une indemnité perte de gain en cas de maladie

Lorsque le chômeur est atteint d'une incapacité de travail supérieure à 50 %, il reçoit une pleine indemnité journalière de l'assurance-maladie⁴⁸, qui est déduite de l'indemnité de chômage⁴⁹. Si l'indemnité de l'assurance-maladie est égale ou supérieure à l'indemnité de chômage, le "crédit" de jours de maladie de l'assurance-chômage n'est pas entamé. Cela signifie que si un chômeur est assuré pour 80 % de son salaire auprès d'un assureur-maladie, le crédit d'indemnités prévu par l'assurance-chômage en cas de maladie demeure intact, puisque la caisse de chômage n'aura pas à intervenir.

Lorsque le chômeur est atteint d'une incapacité partielle de travail, variant entre 25 et 50 %, l'assureur-maladie versera une demi-indemnité journalière⁵⁰, lorsqu'il le prévoit dans ses statuts ou en vertu de

⁴⁶ Art. 71 al. 1 LAMal.

⁴⁷ Voir chapitre V ch. III.4.5.

⁴⁸ Art. 73 al. 1 LAMal.

⁴⁹ Art. 28 al. 2 LACI; si l'assuré ne reçoit de l'assureur-maladie que le minimum légal de l'indemnité journalière, celui-ci n'est pas déduit de l'indemnité de chômage (art. 42 al. 4 OACI). L'assurance-chômage n'intervient que dans la mesure où les indemnités de l'assurance perte de gain sont inférieures au gain dont aurait bénéficié le chômeur s'il n'avait pas contracté d'assurance. L'assurance-chômage a donc un caractère subsidiaire concernant l'obligation d'indemniser et prévient de ce fait une surassurance (FF 1980 III 590. Voir à ce sujet RAPIN, in IRAL, p. 19, qui pense, à notre avis à tort, que l'assureur-maladie pourrait être libéré de son intervention pendant les trente premiers jours de maladie en vertu du principe de la surindemnisation et du fait que la maladie joue un rôle prépondérant sur le chômage).

⁵⁰ Sous l'ancienne disposition de l'art. 12bis al. 1 LAMA, les caisses n'avaient le devoir de verser une indemnité journalière qu'en cas d'incapacité totale de travail (GERHARDS, 1988, p. 346 N44; SPIRA, p. 208; ATF 101 V 144).

conventions⁵¹. Dans le cas où le chômeur est atteint d'une incapacité de travail de 50 %, l'assureur-maladie et l'assurance-chômage verseront chacun une demi-indemnité journalière⁵².

Le crédit de maladie de l'assurance-chômage n'est, à notre avis, pas entamé proportionnellement aux indemnités versées. Ainsi, dix demi-indemnités de maladie de l'assurance-chômage correspondent à dix jours entiers de maladie⁵³. En effet, le texte légal assimile l'incapacité totale de travail à l'incapacité partielle de travail (*"les chômeurs qui, passagèrement, ne sont aptes ni à travailler ni à être placés ou ne le sont que partiellement... Leur droit persiste au plus jusqu'au 30e jour suivant le début de l'incapacité totale ou partielle..."*). GERHARDS⁵⁴ pense que, dans les cas d'incapacité partielle de travail, l'article 28 alinéa 4 LACI devrait s'appliquer simultanément avec l'article 28 alinéa 1 LACI. A notre avis, l'article 28 alinéa 4 LACI ne concerne que les chômeurs qui ont épuisé leur droit selon le premier alinéa comme le prévoit le texte de la disposition légale. D'autre part, la disposition de l'article 28 alinéa 4 LACI s'applique aux personnes qui ont retrouvé une capacité de travail et de placement, donc à celles qui, selon toute probabilité, sont sur le chemin du rétablissement.

⁵¹ Il faut remarquer que plusieurs assureurs-maladie prévoient dans leurs statuts qu'une incapacité de travail inférieure à 50 % n'ouvre pas droit à une indemnité journalière, même réduite (SPIRA, p. 208; RJAM 1973, p. 28; ATFA du 5 janvier 1973; RAPIN, p. 19).

⁵² GERHARDS, 1988, p. 346 (N44).

⁵³ Contra: GERHARDS, 1988, p. 338 (N18), qui dit que si un travailleur a une capacité de travail de 50 % pendant 10 jours ouvrables, cinq jours (10 x 0,5) doivent être mis sur le compte de l'art. 28 al. 1 LACI et cinq jours sur le compte de l'art. 28 al. 4 LACI.

⁵⁴ GERHARDS, 1988, p. 338 (N18).

CONCLUSIONS GENERALES

Le droit au salaire du travailleur malade est réglé de manière fort complexe dans notre pays. Il découle, comme nous l'avons vu, de deux sources: du droit du travail et du droit des assurances, en particulier des assurances sociales. Nous avons tenté de montrer comment s'articulent ces deux protections du travailleur atteint par la maladie. Il apparaît à cet égard que la coordination est souvent difficile, complexe et lacunaire. Nombreuses sont les zones d'ombre, les incertitudes et les interrogations qui subsistent.

La législation de droit du travail n'est claire, ni pour les employeurs, ni pour les travailleurs, ni pour les juristes eux-mêmes. Qu'on pense, par exemple, au droit au salaire en cas de grossesse et d'accouchement: fait-il l'objet d'un crédit distinct des autres causes d'empêchement ou est-il englobé dans ces causes ? La réponse à cette question est longtemps restée différente suivant le tribunal appelé à décider. Aujourd'hui, le Tribunal fédéral a tranché, mais dans un sens qui n'est guère convaincant. Que l'on songe aussi à la signification de l'expression "salaire pour un temps limité" utilisée par la loi: faut-il y voir la garantie d'un minimum de temps ou d'un minimum d'argent ? Là encore, ni les tribunaux, ni les auteurs ne sont unanimes. Que l'on songe enfin à la notion d'équivalence, condition indispensable pour que les parties puissent substituer à la protection légale offerte par le droit du travail celle de l'assurance, mais qui n'est pourtant pas définie par la loi et qui peut l'être différemment par les tribunaux et la doctrine. On peut également se demander s'il est juste qu'un travailleur habitant Neuchâtel bénéficie d'un droit au salaire différent d'un travailleur résidant à Bâle.

La législation en matière d'assurance pose certainement moins de problèmes d'interprétation. Il n'en demeure pas moins que l'éventualité maladie est couverte, comme nous l'avons vu, par plusieurs régimes prévoyant des prestations différentes. Ainsi, un travailleur célibataire tombant malade lors d'un cours de répétition (sans qu'il soit licencié du service ou évacué sur un établissement hospitalier) recevra 45 % de son dernier salaire, alors qu'un travailleur atteint d'une maladie professionnelle touchera 80 %. Dans le même ordre d'idées, le caractère facultatif de l'assurance perte de gain en cas de maladie selon la loi sur l'assurance-maladie peut entraîner, en cas de non-assurance, la privation d'un revenu de substitution; ce qui n'est pas le cas en matière

d'accident ou de service militaire, hypothèses pour lesquelles une assurance obligatoire est prévue.

A notre avis, le droit au salaire en cas de maladie ne pourra être réellement clarifié et réglé de manière satisfaisante que le jour où le législateur rendra obligatoire l'assurance perte de salaire en cas de maladie. Une telle modification permettra à chaque travailleur en Suisse d'être traité d'une manière similaire et garantira, en cas de maladie de longue durée, un revenu de substitution jusqu'à l'intervention de l'assurance-invalidité. Nous comprenons que certains employeurs (mais pas tous) craignent une augmentation de leurs charges sociales. Pourtant, à notre avis, ils ne tiennent pas compte de trois éléments. D'une part, ils n'auront plus l'obligation de verser le salaire pendant le temps limité prévu à l'article 324a CO, ce qui signifiera une économie d'argent. D'autre part, ils s'éviteront un travail administratif important qui, en cas d'assurance obligatoire, sera exécuté par l'assurance. Enfin, ils pourront mettre à la charge du travailleur la moitié de la prime d'assurance. Le travailleur, quant à lui, bénéficiera également d'avantages. Il recevra des indemnités pendant une durée plus longue et ne se trouvera pas privé de salaire entre le moment où le droit au salaire selon l'article 324a CO prendra fin et l'intervention de l'assurance-invalidité. D'autre part, le droit au salaire prendra naissance dès le début des rapports de travail et non pas, comme le prévoit le droit actuel, si les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois. Enfin, les prestations de l'assurance n'entameront pas (ou entameront dans une moindre mesure, si l'employeur doit compléter les prestations d'assurance) le crédit lié aux autres absences. Pour ces raisons, nous pensons que les travailleurs et les employeurs bénéficieront de nombreux avantages en cas d'assurance obligatoire. Cette dernière devra, à notre avis, présenter au moins les caractéristiques suivantes:

- une couverture d'assurance s'élevant à 80 % du salaire;
- des prestations servies jusqu'au versement de la rente de l'assurance-invalidité, mais au maximum durant sept cent vingt jours dans l'espace de neuf cents jours consécutifs;
- l'obligation de l'employeur de verser, pendant le délai d'attente, 80 % du salaire;
- des primes financées par moitié par l'employeur, par moitié par le travailleur.

Si une telle assurance obligatoire voit le jour, il conviendra également de modifier l'article 324a CO. A ce propos, il sera souhaitable, à notre avis, de:

- supprimer le délai de trois mois pendant lequel le travailleur peut être privé de salaire;
- préciser si le temps limité de cette disposition est un minimum d'argent ou de temps;
- indiquer si la grossesse fait l'objet d'un crédit distinct des autres causes d'empêchement;
- prévoir un droit au salaire identique pour toute la Suisse.

LISTE DES ABREVIATIONS

aCO	Code des obligations, ancienne version
AI	Assurance-invalidité
al.	alinéa(s)
APG	Allocations pour perte de gain
AppGer.	Appellationsgericht
ArbGer.	Arbeitsgericht
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
ATFA	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral des assurances (jusqu'en 1969)
AVS	Assurance-vieillesse et survivants
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
CCT	Convention collective de travail
CGSS	Cahiers genevois et romands de sécurité sociale
Ch. d'Appel	Chambre d'Appel des prud'hommes
CNA	Caisse nationale suisse en cas d'accidents
CO	Code des obligations
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse
CTT	Contrat-type de travail
DTAC	Droit du Travail et Assurance-chômage
FEAS	Fédération suisse des employés d'assurances sociales
FF	Feuille fédérale
GGer.	Gewerbegericht
GSGer.	Gewerbliches Schiedsgericht
JAR	Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts

LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents (du 20 mars 1981)
LACI	Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (du 25 juin 1982)
LAI	Loi fédérale sur l'assurance-invalidité (du 19 juin 1959)
LAM	Loi fédérale sur l'assurance-militaire (du 19 juin 1992)
LAMA	Loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents (du 13 juin 1911)
LAMa)	Loi fédérale sur l'assurance-maladie (du 18 mars 1994)
LAPG	Loi fédérale sur le régime des allocations pour perte de gain en faveur des personnes servant dans l'armée ou dans la protection civile (du 25 septembre 1952)
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (du 20 décembre 1946)
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance (du 2 avril 1908)
LNM	Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse (du 23 septembre 1953)
lit.	lettre(s) (littera)
LSA	Loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurances privées (du 23 juin 1978)
N	Nummer
n^{o(s)}	Numéro(s)
OACI	Ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (du 31 août 1983)
OAM	Ordonnance sur l'assurance-militaire (du 10 novembre 1993)
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OGer.	Obergericht
OLAA.	Ordonnance sur l'assurance-accidents (du 20 décembre 1982), RS 832.202

ONM	Ordonnance sur la navigation maritime (du 20 novembre 1956), RS 747.301
Ord.	Ordonnance
p.	page
pp.	pages
RAI	Règlement sur l'assurance-invalidité (du 17 janvier 1961)
RAMA	Assurance-maladie et accidents. Jurisprudence et pratique administrative
RAPG	Règlement sur les allocations pour perte de gain (du 24 décembre 1959)
RAVS	Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (du 31 octobre 1947)
RCC	Revue à l'intention des caisses de compensation
RJAM	Assurance-maladie. Jurisprudence et pratique administrative
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheide
SJ	Semaine judiciaire
ss	et suivants(es)
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
TFA	Tribunal fédéral des assurances
Tr. Prud.	Tribunal des prud'hommes
UNIL	Université de Lausanne

Pour les cantons, l'abréviation officielle des plaques minéralogiques est utilisée.

BIBLIOGRAPHIE

- ACHERMANN K., *Die Sozialversicherungsgesetzgebung des Bundes und der Kantone im Jahre 1964*, in: SZS, 1966, pp. 51 ss.
- AUBERT G., *Le travail à temps partiel irrégulier*, in: Mélanges A. Berenstein, Lausanne, 1989, pp. 215 ss.
- AUBERT G., *Le droit des vacances: quelques problèmes pratiques*, in: Journée 1990 de droit du travail et de la sécurité sociale, Volume 1, Zurich, 1990, pp. 111 ss.
- AUBERT G., *Le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler*, in: Journée 1991 de droit du travail et de la sécurité sociale, Volume 4, Zurich, 1991, pp. 81 ss.
- AUBERT G., *Le droit suisse du travail face à l'intégration européenne*, in: Revue de droit suisse, 1993, II, pp. 159 ss.
- BAILLY A.-S./BRIDEL F./PERIAT M., *L'assurance-maladie*, Solutions actuelles et futures, Genève, 1989.
- BASSEGODA J., *75 ans d'assurance-militaire 1901-1976*, Publications de l'AM, no 1, Berne, 1976.
- BASSEGODA J., *Assurance-militaire tour d'horizon*, Publications de l'AM, no 2, Berne, 1979.
- BERENSTEIN A., *La Suisse et le développement international de la sécurité sociale*, in: SZS 1981, pp. 161 ss.
- BERENSTEIN A., *Le contrat de travail un siècle d'évolution législative*, in: Le centenaire du Code des obligations, Fribourg, 1982, pp. 227 ss.
- BERENSTEIN A., *La loi sur la résiliation du contrat de travail*, in: Plädoyer 1989/1, pp. 52 ss.
- BERENSTEIN A., *Le droit international de la sécurité sociale dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances*, in: Le droit des assurances sociales en mutation, Mélanges pour le 75e anniversaire du TFA, Berne, 1992, pp. 3 ss.
- BERTHOUD P.-A., *Le droit du travailleur au salaire en cas d'empêchement de travailler*, thèse, Lausanne, 1976.
- BIGA, *Lohnanspruch bei Krankheit*, DTAC 19 (1971), pp. 23 ss.

- BIGA, *Merkblatt über den Schutz des Arbeitsverhältnisses bei Militär und Zivildienst*, DTAC 26 (1978), pp. 81 ss.
- BIGA, *Arbeitsbedingungen und gesundheitliches Befinden, Beurteilung durch Erwerbstätige in der Schweiz*, Beiträge zu Arbeitsrecht und Arbeitsmedizin, Berne, 1990.
- BIGA, *Methodische und konzeptionelle Grundlagen zur Auswertung der Inhaltsmerkmale von Gesamtarbeitsverträgen*, Berne, 1992.
- BIGA, *Verzeichnis der Gesamtarbeitsverträge in der Schweiz*, Stand 1. Mai 1991, Berne, 1992.
- BINSWANGER P., *Le régime des allocations pour perte de gain, Généralités, organisation, financement*, Fiches juridiques suisses, no 928.
- BIRCHMEIER W., *Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag im schweizerischen Obligationenrecht*, Zurich, 1926.
- BOIS P., *Le champ d'application des conventions collectives de travail*, in: Recueil offert au Tribunal fédéral à l'occasion de son centenaire par les Facultés de droit suisses, Bâle, 1975.
- BOLLIER G.-E., *Leitfaden schweizerische Sozialversicherung*, Wädenswil, 1992.
- BONER K./HOLZHERR W., *L'assurance-maladie selon la LAMA*, Berne, 1969.
- BONER K./HOLZHERR W., *Assurance-maladie*, Fiches juridiques suisses, nos 1313 à 1318.
- BORELLA A., *L'affiliation à l'assurance-maladie sociale suisse avec des éléments de droit européen*, Lausanne, 1993.
- BRIDEL D., *Histoire de l'assurance-maladie suisse*, in: Assurance-maladie, Quelle révision ?, Travaux réunis par P. Gilliard, Lausanne, 1990, pp. 15 ss.
- BRUEHWILER J., *Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, Bern, 1978.
- BRUNNER C./BUEHLER J.-M./WAEBER J.-B., *Commentaire du contrat de travail*, Berne, 1989.
- BUCHER P., *Assurance-maladie privée*, Zurich, 1985.

- BUNDESAMT FUER SOZIALVERSICHERUNG, Sektion Statistik, *Statistik über die Krankenversicherung, vom Bund anerkannte Versicherungsträger, Einnahmen, Ausgaben und Krankenpflegekosten 1966-1991*, Bern, 1992.
- BUSCHINI E., *Les allocations pour perte de gain en faveur des personnes astreintes au service militaire ou à la protection civile*, Exposé donné à l'association neuchâteloise des employés d'assurances sociales, 1988.
- CANNER R., *Die Gerichtspraxis zu Art. 335 OR (Interkantonale Vereinigung für Arbeitsrecht)*, Solothurn, 1946.
- CARLEN L., *Zur Geschichte des Arbeitsrechts in der Schweiz*, in: *Revue de droit suisse*, 1972, I, pp. 233 ss.
- CATTANEO D., *Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1992.
- CHRISTEN H., *Lahnzahlungspflicht im Krankheitsfalle. Die Abgeltung durch eine Krankenversicherung*, Zurich, 1947.
- CLERC P.-A., *La nouvelle loi sur l'assurance-militaire*, in: *Bulletin de la FEAS* 2/1994, pp. 19 ss.
- CONCORDAT DES CAISSES-MALADIE SUISSES, *100 ans - Concordat des caisses-maladie suisses 1891-1991*, Soleure, 1991.
- CORNUT M., *Vos droits lorsque vous perdez votre emploi*, Lausanne, 1993.
- DESPLAND B., *Droit des assurances sociales et conventions internationales: A propos d'un arrêt du Tribunal Fédéral des Assurances (TFA)*, in: *Bulletin de la FEAS* 3/1986, pp. 4 ss.
- DESPLAND B., *L'invalidité: la notion d'invalidité dans l'assurance-invalidité*, in: *Cahiers genevois de sécurité sociale*, no 2, Juin 1987, pp. 3 ss.
- DOUDIN A.-C., *La rente d'invalidité dans l'assurance-accidents*, in: *SZS* 1990, pp. 251 ss.
- DUC J.-L., *L'assurance-maladie en Suisse. La notion de maladie dans le cadre du titre premier de la LAMA*, in: *Les cahiers médico-sociaux* 22 (1978), pp. 31 ss.
- DUC J.-L., *Les entreprises téméraires dans l'assurance sociale*, in: *Revue de droit suisse*, 1984, I, pp. 225 ss.

- DUC J.-L., *A propos du projet d'assurance obligatoire d'une indemnité journalière*, in: Schweizerische Krankenkassen-Zeitung, 77 (1985), pp. 150 ss.
- DUC J.-L., *Statut des invalides dans l'assurance-maladie d'une indemnité journalière*, in: Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle, Berne, année 31 (1987), pp. 177 ss.
- DUC J.-L., *A propos de solidarité dans l'assurance-maladie*, in: Revue économique et sociale 1989/4 (=1989a), pp. 199 ss.
- DUC J.-L., *Quelques aspects de la responsabilité de l'employeur qui n'a pas assuré un collaborateur, en violation de l'obligation qui lui incombait*, in: Mélanges G. Flattet, Lausanne, 1989 (=1989b), pp. 201 ss.
- DUC J.-L., *Réglementation équivalente au sens de l'article 324o olinéa 4 CO et assurance d'une indemnité journalière différée suivant l'article 12bis LAMA*, in: Mélanges P. Engel, Lausanne, 1989 (=1989c), pp. 39 ss.
- DUC J.-L., *Particularités de l'assurance-maladie en Suisse. Solutions envisageables*, in: Assurance-maladie, quelle révision, travaux réunis par P. Gilliard, Lausanne, 1990 (=1990a), pp. 101 ss.
- DUC J.-L., *Les effets de la résiliation du contrat de travail dans le domaine des assurances sociales*, in: Journée 1990 de droit du travail et de la sécurité sociale, volume 1, Zurich, 1990 (=1990b), pp. 89 ss.
- DUC J.-L., *Début de l'assurance-accidents obligatoire*, in: SZS 1990 (=1990c), pp. 225 ss.
- DUC J.-L., *Droit social européen. Quelques aspects*, in: L'espace social européen, Colloque de Lausanne 1992, Institut de recherches sur le droit de la responsabilité civile et des assurances, 1993, pp. 7 ss.
- FRAGNIERE J.-P. et CHRISTEN G., *Sécurité sociale en Suisse*, Lausanne, 1988.
- FRESARD J.-M., *Réduction des prestations pour faute grave: note à propos d'un changement de jurisprudence*, in: SZS 1993, pp. 342 ss.
- FRITZ M., *Les nouvelles dispositions sur le congé dans le droit du contrat de travail, un commentaire pour praticiens*, Zurich, 1988.

- GEISER T., *Die Kündigung zur Unzeit*, in: La protection des travailleurs contre les licenciements, Genève, 1979.
- GERHARDS G., *Kommentar zum Bundesgesetz vom 25 Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz/AVIG)*, Band I und II, Bern und Stuttgart, 1988.
- GERHARDS G., *Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG), Band III (Teilrevision 1990 + EVG - Regesten 1987-1992)*, Bern - Stuttgart - Wien, 1993.
- GILLIAND P., *Politique sociale en Suisse Introduction*, Lausanne, 1988.
- GILLIAND P., *La révision de l'assurance-maladie*, Cahiers de l'IDHEAP, n° 71, Lausanne, 1991.
- GHELEW A./RAMELET O./RITTER J.-B., *Commentaire de la loi sur l'assurance-accidents (LAA)*, Lausanne, 1992.
- GLOOR W., *Maternité, protection contre le congé, droit au salaire*, in: Revue syndicale suisse 1991, pp. 166 ss.
- GRANACHER A., *Assurance-invalidité, aperçu historique, caractéristiques générales, champ d'application, financement*, Fiches juridiques suisses, n° 1291.
- GRAU J.-L., *Assurance-maladie, exposé donné à l'association neuchâteloise des employés d'assurances sociales*, 1988.
- GREBER P.-Y., *Droit suisse de la sécurité sociale*, Lausanne, 1982.
- GREBER P.-Y., *Les principes fondamentaux du droit international et du droit suisse de la sécurité sociale*, Lausanne, 1984.
- GREBER P.-Y., *La survenance de l'invalidité et la condition d'assurance*, in: Cahiers genevois de sécurité sociale, n° 2, juin 1987, pp. 21 ss (première partie) et n° 3/4, janvier 1988, pp. 27 ss (deuxième partie).
- GREBER P.-Y., *Le principe de la légalité considéré en droit suisse de la sécurité sociale*, in: Le droit des assurances sociales en mutation, Mélanges pour le 75e anniversaire du TFA, Berne, 1992, pp. 245 ss.
- GREBER P.-Y., *La sécurité sociale*, in: Gillioz F., Guide pratique du droit du travail pour les entreprises, Zurich, 1993.

- GRUSS W./GIACOBINO R., *Assurance sociale*, 4ème édition, Zurich, 1990.
- HUBER H. J., *Assurance-maladie: en mouvement*, in: *Sécurité sociale* 1/93, pp. 15 ss.
- HUG W., *Commentaire de la loi fédérale sur le travail*, Berne, 1971.
- HUG K., *Rechtliche Probleme der Teilzeitarbeit: Ferienregelung und Lohnzahlung bei Krankheit*, in: *RSJ* 1974, pp. 186 ss.
- INSTITUT DE RECHERCHES SUR LE DROIT DE LA RESPONSABILITE CIVILE ET DES ASSURANCES (IRAL), Faculté de droit de Lausanne, *Les nouvelles dispositions du Code des obligations en matière de résiliation du contrat de travail, La révision de la loi sur le travail*, Travaux de la journée d'étude de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne du 6 avril 1989, Lausanne, 1990.
- JACOT-GUILLARMOD O., *Strasbourg, Luxembourg, Lausanne et Lucerne: méthodes d'interprétation comparées de la règle internationale conventionnelle*, in: *Les règles d'interprétation, Principes communément admis par les juridictions*, Fribourg, 1989, pp. 109 ss.
- JANUTIN E., *Gesundheit im Arbeitsrecht*, Diss., Zurich, 1991.
- JOST F., *L'assurance-militaire*, Exposé donné à l'association neuchâteloise des employés d'assurances sociales, 1988.
- KATZ R., *Der Entgeltanspruch des Dienstpflichtigen in den Fällen einer Arbeitsverhinderung nach Art. 335 des schweizerischen Obligationenrechts und die analogen Bestimmungen in den Nachbarländern der Schweiz*, Diss., Zurich, 1938.
- KAUER H., *Die Taggeldversicherung im Rahmen des neuen Arbeitsvertragsrechts, Untersuchungen zu Art. 324a Abs. 4 OR*, Bern-Frankfurt/Main, 1977.
- KIESER U., *Das einfache und rasche Verfahren, insbesondere im Sozialversicherungsrecht*, in: *SZS* 1992, pp. 268 ss.
- KIND H., *Suizid oder "Unfall" ? Psychiatrische und Versicherungsrechtliche Probleme*, in: *SZS* 1986, pp. 130 ss.
- KOHLER N., *Problèmes de coordination liés à l'invalidité*, in: *Cahiers genevois de sécurité sociale*, n° 3/4, 1988, pp. 85 ss.
- KOENIG W., *Droit des assurances*, Lausanne, 1942.

- KRAFT M.-C., *Quelques observations sur l'attitude de la Suisse à l'égard du droit international*, in: Mélanges J.-M. Grossen, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1992, pp. 429 ss.
- KUHN R., *Le droit du travail actuel dans les entreprises, classeur à feuilles mobiles*, Zürich, 1993.
- LACROIX T., *Les risques totalement ou partiellement exclus de l'assurance-maladie sociale*, in: Colloque de Lausanne 1989, Risques totalement ou partiellement exclus de l'assurance sociale (y compris la prévoyance professionnelle), Institut de recherches sur le droit de la responsabilité civile et des assurances (IRAL), Faculté de droit de l'UNIL, 1990, pp. 17 ss.
- LAUTNER J., *Der Anspruch des Fabrikarbeiters auf Entgeltzahlung im Krankheitsfalle nach Art. 335 des schweizerischen Obligationenrechts (Gutachten)*, Zürich, 1947.
- LEUZINGER-NAEF S., *Bundesrechtliche Verfahrenskosten, Parteientschädigung und unentgeltlichen Rechtsbeistand im Sozialversicherungsrecht*, in: SZS 1991, pp. 113 ss et 176 ss.
- LOVEY G., *L'assureur-maladie privé...l'épouvantail des caisses-maladie*, in: Bulletin de la FEAS 2/1989, pp. 7 ss.
- MAHON P., *Institutions de sécurité sociale*, Lausanne, 1983.
- MAHON P., *Art. 34ter al. 1 let. d cst.*, in: Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874, Bâle-Zurich-Berne, 1993 (=1993a), pp. 1 ss.
- MAHON P., *Art. 34quingies cst.*, in: Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874, Bâle-Zurich-Berne, 1993 (=1993b), pp. 1 ss.
- MAHON P., *L'évolution récente de la législation fédérale*, in: Bulletin de la FEAS 1/1993 (=1993c), pp. 2 ss.
- MAHON P., *L'évolution récente de la législation sociale fédérale*, in: Bulletin de la FEAS 2/1994 (=1994a), pp. 1 ss.
- MAHON P., *Prétentions abusives en matière d'assurance*, in: Revue Suisse d'Assurances, 1994 (=1994b), pp. 305 ss.
- MAURER A., *Schweizerisches Sozialversicherungsrecht*, Band I, Berne, 1979.
- MAURER A., *Schweizerisches Sozialversicherungsrecht*, Band II: Besonderer Teil, Berne, 1981.

- MAURER A., *La Suisse*, in: KÖHLER P.-A. et ZACHER H.-F., *Un siècle de sécurité sociale 1881-1981, L'évolution en Allemagne, France, Grande-Bretagne, Autriche et Suisse*, Nantes, 1982, pp. 525 ss.
- MAURER A., *Schweizerisches Unfallversicherungsrecht*, Berne, 1985.
- MAURER A., *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 2. Auflage, Berne, 1986.
- MAURER A., *Le suicide et la tentative de suicide dans l'assurance-accidents (LAA / OLAA)*, in: Colloque de Lausanne 1989, *Risques totalement ou partiellement exclus de l'assurance sociale (y compris la prévoyance professionnelle)*, Institut de recherches sur le droit de la responsabilité civile et des assurances (IRAL), Faculté de droit de l'UNIL, 1990, pp. 51 ss.
- MAURER A., *Bundessozialversicherungsrecht*, Basel, 1993.
- MEYER F., *Le droit au salaire de l'employé empêché de travailler*, thèse, Neuchâtel, 1952.
- MEYER-BLASER U., *Perinatale Diagnostik und Krankenversicherung*, in: SZS 1991, pp. 1 ss.
- METTON P.-A., *Risques totalement ou partiellement exclus de l'assurance-accidents*, in: Colloque de Lausanne 1989, *Risques totalement ou partiellement exclus de l'assurance sociale (y compris la prévoyance professionnelle)*, Institut de recherches sur le droit de la responsabilité civile et des assurances (IRAL), Faculté de droit de l'UNIL, 1990, pp. 57 ss.
- MOSER M., *La réforme de l'assurance-maladie, une "histoire à épisodes" ?*, in: *Sécurité sociale* 1/1993, pp. 4 ss.
- MUNOZ C., *La fin du contrat individuel de travail et le droit aux indemnités de l'assurance-chômage*, Thèse, Lausanne, 1992.
- NEF U.-C., *Das Wagnis in der sozialen Unfallversicherung*, in: SZS 1985, pp. 103 ss.
- OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Directives concernant l'invalidité et l'impotence (DII)*, Berne, Valables dès le 1er janvier 1985.
- OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Supplément 1 aux Directives concernant l'invalidité et l'impotence (DII)*, Berne, valables dès le 1er janvier 1986.

- OSER H./SCHÖNENBERGER W., *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 10e édition, Zurich, 1936.
- PEDERGNANA R., *Ueberblick über die neuen Kündigungsbestimmungen im Arbeitsvertragsrecht*, in: *Recht* 1989/2, pp. 33 ss.
- PRINCE J.-C., *L'impact des conventions collectives de travail en Suisse*, Zurich, 1994.
- RAPIN J.-Y., *Assurance-chômage et assurance-maladie*, in: Institut de recherches sur le droit de la responsabilité civile et des assurances (IRAL), Faculté de droit de Lausanne, Colloque du 26 avril 1986, *L'assurance-chômage et les règles de coordination prévues avec le droit du travail, de l'assurance-maladie, de l'assurance-accidents et de l'assurance-invalidité*, Lausanne, 1986, pp. 16 ss.
- REINERT P., *Der Entgelt im Arbeitsvertrag der Handelsangestellten*, Zurich, 1911.
- REHBINDER M., *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt*, Bern, 1985.
- RICHARD A., *Le contrat de travail en droit suisse*, Genève, 1914.
- RICHNER C., *Zukunft der Krankenversicherung - ohne Privatassekuranz*, in: *Schweizerische Arbeitgeberzeitung* 22 (=1991a), pp. 495 ss.
- RICHNER C., *Die Finanzierung des schweizerischen Gesundheitswesens, Fakten, Probleme, Diskussionspunkte*, Winterthur, Stand Januar 1991 (=1991b).
- ROSSEL V., *Manuel du droit fédéral des obligations*, Lausanne, 1892.
- ROSSEL V., *Manuel du droit fédéral des obligations*, deuxième édition, Lausanne, 1905.
- ROSSEL V., *Manuel du droit civil suisse*, Tome troisième, Lausanne, 1911.
- RUEDI R., *L'incapacité de travail et de gain dans les assurances sociales*, in: *RCC* 1980, pp. 147 ss.
- RUMO-JUNGO A., *Die Leistungskürzung oder -verweigerung gemäss Art. 37-39 UVG*, Fribourg, 1993.
- SAAS C., *Mobilmachung und Dienstverträge*, in *RSJ* 11 (1914), pp. 49 ss.

- SCARTAZZINI G., *Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1991.
- SCHAER R./ DUC J.-L. /KELLER A., *La faute au fil de l'évolution du droit de l'assurance privée, sociale et de la responsabilité civile*, Basel und Frankfurt am Main, 1992.
- SCHATZ B. (avec le concours de Mauler J.-M.), *Assurance-militaire*, *Fiches juridiques suisses*, nos 878 à 885a.
- SCHATZ B., *Kommentar zum eidgenössischen Militärversicherung*, Zurich, 1952.
- SCHINDLER E., *Les revendications des employés de commerce relatives à la réglementation du louage de travail par le futur Code fédéral des obligations*, Zurich, 1910.
- SCHLAEFLI H., *Coup d'envoi pour la sixième révision du régime des allocations pour perte de gain (APG)*, in: *Sécurité sociale* 5/1994, pp. 221 ss.
- SCHNEEBERGER E., *Die Lohnzahlung während des Militärdienstes des Dienstpflichtigen*, thèse, Berne, 1938.
- SCHNEIDER A./FICK H., *Commentaire populaire et pratique sur le Code fédéral des obligations et la loi sur la capacité civile*, traduit de l'allemand par E. Stoecklin, Genève, 1882.
- SCHREURS L., *Die soziale Entwicklung des Arbeitsrechtes*, Bern, 1946.
- SCHUERER J., *La révision de l'assurance-maladie après examen par le Conseil national au cours de la session d'automne 1993*, in: *Sécurité sociale* 6/1993, pp. 27 ss.
- SCHUERER J., *La révision de l'assurance-maladie est sous toit*, in: *Sécurité sociale* 2/1994, pp. 87 ss.
- SCHULER C., *L'appréciation de la capacité de travail par la médecine*, in: *RCC* 1991, pp. 51 ss.
- SCHWEGLER F., *141 ans après son entrée en vigueur: l'assurance-militaire au seuil d'une cinquième ère*, in: *Sécurité sociale* 5/1993, pp. 4 ss.
- SCHWEINGRUBER E./BIGLER F.-W., *Commentaire de la convention collective de travail ainsi que de l'extension de son champ d'application*, Berne, 1973.

- SCHWEINGRUBER E., *Commentaire du contrat de travail selon le Code fédéral des obligations*, Berne, 1975.
- SONTHEIM W., *Der Lohnanspruch des Dienstpflichtigen im Krankheitsfalle*, thèse, Zurich, 1949.
- SPIRA R., *Le recours de première instance dans l'assurance-maladie, selon les règles du droit fédéral*, in: Les cahiers médico-sociaux 1978/1, Genève, pp. 23 ss.
- SPIRA R., *Emploi perdu à la suite d'une atteinte à la santé et assurances sociales*, in: *Emploi et politique sociale*, Travaux réunis par P. Bois et P.-Y. Greber, 1982, pp. 199 ss.
- SPIRA R., *Le droit applicable aux assurances complémentaires dans l'assurance-maladie sociale*, in: *Revue Suisse d'Assurances*, 1983, pp. 221 ss.
- SPIRA R., *Le contentieux des assurances sociales fédérales et la procédure cantonale*, in: *Recueil de jurisprudence neuchâteloise (RJN)*, 1984, pp. 9 ss.
- SPIRA R., *L'application du droit international de la sécurité sociale par le juge*, in: *Mélanges A. Berenstein*, Lausanne, 1989, pp. 471 ss.
- SPUUEHLER K., *Grundriss des Arbeitslosenversicherungsrechts*, Berne, 1985.
- STAEHELIN A., *Der Einzelarbeitsvertrag, in Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zurich, 1984.
- STAUFFER H.-U., *Die Arbeitslosenversicherung*, Zurich, 1984.
- STOECKLI J.-F., *Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages*, Berne, 1990.
- STOECKLI J./ZEHNDER K., *Sozialpaket Schweiz, ein Wegweiser durch die Einrichtungen der Sozialen Sicherheit in der Schweiz*, Bâle, 1989.
- STREIFF U., *Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht*, Zurich, 1986.
- STREIFF U./VON KAENEL A., *Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht*, Zurich, 1992.
- THALBERG M., *Der Dienstvertrag nach schweizerischen Obligationenrecht*, thèse, Zurich, 1899.
- TOBLER L., *Einige Bemerkungen zu Art. 324a und 324b OR*, in: *BJM* 1979, pp. 57 ss.

- TSCHUDI H.-P., *La protection des travailleurs en droit suisse*, Berne, 1987 (=1987a).
- TSCHUDI H.-P., *Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts*, Basel und Frankfurt am Main, 1987 (=1987b).
- VALTERIO M., *Droit et pratique de l'assurance-invalidité, Les prestations, Commentaire systématique et jurisprudentiel*, Lausanne, 1985.
- VILLARS C., *Le Code européen de sécurité sociale et le Protocole additionnel*, Genève, 1979.
- VIRET B., *La réticence dans l'assurance-maladie privée et sociale*, in: *Revue Suisse d'Assurances*, 1975, pp. 33 ss.
- VIRET B., *La situation du travailleur en cas de maladie*, in: *SZS* 1979, pp. 1 ss.
- VIRET B., *Le principe de la mutualité dans l'assurance-maladie sociale*, in: *Mélanges A. Grisel*, Neuchâtel, 1983, pp. 605 ss.
- VIRET B., *L'aggravation et les autres modifications du risque en droit suisse des assurances privées*, in: *Revue Suisse d'Assurances*, 1986, pp. 85 ss.
- VIRET B., *Droit des assurances privées*, Zurich, 1991.
- VIRET B., *Quelques observations en relation avec une réforme de la sécurité sociale suisse*, in: *Concurrence et assurance-maladie sociale, Faut-il réorganiser la sécurité sociale en Suisse ?*, Colloques de Lausanne 1993, IRAL, Lausanne, 1993, pp. 231 ss.
- VISCHER F., *Traité de droit privé suisse Volume VII, tome 1,2 Le contrat de travail*, Fribourg, 1982.
- WAEBER J.-B., *Convention collective de travail et contrat-type de travail*, in: Gillioz F., *Guide pratique du droit du travail pour les entreprises*, Zurich, 1993.
- WEBER D., *Le cumul des périodes de protection de l'art. 336c CO*, in: *Plädoyer* 1989/1, pp. 54 ss.
- WEBER D., *La protection des travailleurs contre les licenciements en temps inopportun*, Lausanne, 1992.
- WEBER H., *Die Ansprüche auf Freizeit und Ferien nach schweizerischem Arbeitsrecht*, Thèse, Berne, 1976.

ZIMMERMANN R., *Le contrôle préjudiciel en droit fédéral et dans les cantons suisses*, Lausanne, 1987.

ZINSLI J.-M., *Zur Dauer der minimalen Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Erkrankung eines Arbeitnehmers*, in: *Arbeitsrecht* 1990, pp. 29 ss.

ZINSLI J.-M., *Krankheit im Arbeitsverhältnis*, Thèse, Zurich, 1992.

Messages concernant l'assurance-maladie

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant l'extension de la responsabilité à d'autres industries et le complément de la loi fédérale du 25 juin 1881, du 7 juin 1886, FF 1886 II 665 ss.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la compétence législative à accorder à la Confédération en matière d'assurance contre les accidents et les maladies, du 28 novembre 1889, FF 1890 I 309 ss.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant deux projets de lois sur l'assurance contre les maladies et les accidents, du 21 janvier 1896, FF 1896 I 127 ss.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant les assurances contre les maladies et les accidents, du 10 décembre 1906, FF 1906 VI 213 ss.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi modifiant le titre premier de la loi sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents, du 5 juin 1961, FF 1961 I 1425 ss.

Message complémentaire du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui du projet de loi modifiant la loi sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents, du 16 novembre 1962, FF 1962 II 1252 ss.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet modifiant la Constitution fédérale dans le domaine de l'assurance-maladie, accidents et maternité et rapport sur l'initiative populaire pour une meilleure assurance-maladie, du 19 mars 1973, FF 1973 I 908 ss (message) et 925 ss (rapport).

Message sur la révision partielle de l'assurance-maladie, du 19 août 1981, FF 1981 II 1069 ss.

Message concernant l'initiative populaire "pour une assurance-maladie financièrement supportable (initiative des caisses-maladie)", du 24 février 1988, FF 1988 II 256 ss.

Message concernant l'initiative populaire "pour une saine assurance-maladie", du 6 novembre 1991, FF 1991 IV 961 ss.

Message concernant la révision de l'assurance-maladie, du 6 novembre 1991, FF 1992 I 77 ss.

Messages concernant l'assurance-chômage

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi sur l'assurance-chômage, du 16 août 1950, FF 1950 II 525 ss.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à des mesures visant à combattre le fléchissement de l'emploi et des revenus, du 30 avril 1975, FF 1975 I 1869 ss.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant une modification de la Constitution fédérale en vue d'aménager l'assurance-chômage selon une nouvelle conception, du 3 septembre 1975, FF 1975 II 1573 ss.

Message concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 2 juillet 1980, FF 1980 III 485 ss.

Message à l'appui d'une révision partielle de la loi sur l'assurance-chômage, du 23 août 1989, FF 1989 III 369 ss.

Message à l'appui d'un arrêté fédéral sur les mesures en matière d'assurance-chômage, du 27 janvier 1993, FF 1993 I 645 ss.

Message relatif à l'appui de la deuxième révision partielle de la loi sur l'assurance-chômage (LACI), du 29 novembre 1993, FF 1994 I 340 ss.

Messages concernant l'assurance-invalidité

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant l'attribution à la Confédération du droit de légiférer en matière d'assurance-invalidité, vieillesse et survivants, et la création des ressources nécessaires à la Confédération pour les assurances sociales, du 21 janvier 1919, FF 1919 IV 1 ss.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi sur l'assurance-invalidité ainsi qu'à un projet de loi modifiant celle de l'assurance-vieillesse et survivants, du 24 octobre 1958, FF 1958 II 1161 ss.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi modifiant la loi sur l'assurance-invalidité, du 27 février 1967, FF 1967 I 677 ss.

Messages concernant l'assurance-militaire

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant l'assurance des militaires contre les maladies et les accidents, du 16 juin 1900, FF 1900 III 409 ss.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur l'assurance-militaire, du 27 juin 1990, FF 1990 III 189 ss.

Rapport et message concernant l'assurance-accidents

Rapport de la commission d'experts chargée d'examiner la révision de l'assurance-accidents, du 14 septembre 1973.

Message à l'appui d'un projet de loi fédérale sur l'assurance-accidents, du 18 août 1976, FF 1976 III 143 ss.

Message concernant le régime des allocations pour perte de gain

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi fédérale sur les allocations aux militaires pour perte de salaire et de gain, du 23 octobre 1951, FF 1951 III 305 ss.

Rapport et messages concernant l'assurance-maternité

Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la demande d'initiative pour la famille, du 10 octobre 1944, FF 1944 825 ss.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif au résultat de la votation populaire du 25 novembre 1945 sur la protection de la famille, du 21 décembre 1945, FF 1945 II 789 ss.

Message sur l'initiative populaire "pour une protection efficace de la maternité", du 17 novembre 1982, FF 1982 III 805 ss.

Autres messages et rapport

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi sur la responsabilité civile des fabricants, du 26 novembre 1880, FF 1880 IV 415 ss.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de code civil suisse (droit des obligations et titre final), du 3 mars 1905, FF 1905 II 1 ss.

Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision du code des obligations (Supplément au message du 3 mars 1905), du 1er juin 1909, FF 1909 III 747 ss.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur la convention collective de travail et l'extension de son champ d'application, du 29 janvier 1954, FF 1954 I 125 ss.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations, du 25 août 1967, FF 1967 II 249 ss.

Message concernant l'initiative populaire "pour une extension de la durée des vacances payées" et la révision de la réglementation des vacances dans le code des obligations, du 27 septembre 1982, FF 1982 III 177 ss.

Message concernant l'initiative populaire "pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail" et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations, du 9 mai 1984, FF 1984 II 574 ss.

TABLE DES MATIERES

Sommaire	1-V
Avant-propos	1

INTRODUCTION GENERALE 3

I. BUT DE L'ETUDE	3
1. Exposé du problème	3
2. Objet et limite de l'étude	6
II. DEMARCHE SUIVIE	7
III. INVENTAIRE DES CONVENTIONS COLLECTIVES ET DES CONTRATS-TYPES DE TRAVAIL	8
1. Choix de conventions collectives de travail	8
2. Choix de contrats-types de travail	12

PREMIERE PARTIE

LA GARANTIE DU DROIT AU SALAIRE EN DROIT DU TRAVAIL: LE REGIME LEGAL DE BASE

CHAPITRE I SOURCES ET GRANDES LIGNES DU SYSTEME	15
I. LES ARTICLES 324a ET 324b CO	15
1. Le système	15
2. Le caractère relativement impératif des articles 324a et 324b CO	16
2.1. Généralités	16
2.2. Article 324a CO	17
2.3. Article 324b CO	18

II.	LEVOLUTION HISTORIQUE	19
1.	La garantie du droit au salaire avant 1881	19
1.1.	Les dispositions civiles cantonales	19
1.2.	Les institutions d'entraide et de secours	20
1.3.	La législation sur le travail dans les fabriques	22
2.	L'article 341 du Code des obligations de 1881	23
2.1.	Remarques préliminaires	23
2.2.	L'alinéa 1	24
2.3.	L'alinéa 2	25
3.	L'article 335 du Code des obligations de 1911	26
3.1.	Les projets de révision de l'article 341 du Code des obligations de 1881	26
3.2.	Le texte de l'article 335 du Code des obligations de 1911	30
3.3.	La durée du contrat	30
3.4.	Les causes d'empêchement de travailler	31
3.5.	L'absence de faute du travailleur	33
3.6.	La durée du droit au salaire	34
3.7.	L'article 335 aCO était-il de droit impératif ou de droit dispositif ?	36
4.	L'adoption des articles 324a et 324b CO	37
4.1.	Remarques préliminaires	37
4.2.	L'article 324a CO	37
4.3.	L'article 324b CO	40
 CHAPITRE II LE REGIME LEGAL DE BASE (ARTICLE 324a AL. 1 A 3 CO)		 43
I.	LE SYSTEME	43
II.	LES CONDITIONS DU DROIT AU SALAIRE	44
1.	La durée du contrat	44
1.1.	Remarques préliminaires	44
1.2.	Calcul de la durée	44
1.2.1.	Point de départ, suspension et déduction des longues absences de la durée du contrat de travail	44

1.2.2.	Contrat ayant duré plus de trois mois	45
a)	Remarques préliminaires	45
b)	Le contrat d'apprentissage	46
c)	Le cas des saisonniers	46
d)	Le cas des retraités	47
e)	Le travail à temps partiel	47
1.2.3.	Contrat de travail ayant été conclu pour plus de trois mois	49
2.	L'empêchement de travailler et ses causes	52
2.1.	Remarques préliminaires	52
2.2.	La notion d'empêchement	52
2.3.	La nature de l'empêchement	53
2.4.	Les différentes causes d'empêchement	54
2.4.1.	La maladie et l'accident	54
2.4.2.	La grossesse et l'accouchement	55
2.4.3.	Les obligations légales et les fonctions publiques	55
2.4.4.	Les autres causes d'empêchement	57
2.5.	L'empêchement partiel de travailler	58
3.	Le caractère non fautif de l'empêchement	59
3.1.	Remarques préliminaires	59
3.2.	La faute en général	59
3.2.1.	Les éléments constitutifs de la faute	59
3.2.2.	Les différents types de fautes	60
3.3.	La faute au sens de l'article 324a CO	61
3.3.1.	Notion	61
3.3.2.	Fautes graves lors de maladies	62
3.3.3.	Autres empêchements fautifs	63
3.4.	La sanction de la faute au sens de l'article 324a CO	63
3.5.	Preuve de la faute	64
4.	La notion de maladie	65
4.1.	Remarques préliminaires	65
4.2.	Définition de la maladie	65
4.3.	Délimitation de la maladie au sens de l'article 324a CO	67
4.4.	Preuve de la maladie	68
4.5.	Un cas particulier: les maladies professionnelles	69
III.	LES OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR	70
1.	L'obligation de payer le salaire	70
1.1.	Remarques préliminaires	70

1.2. Début de l'obligation de payer le salaire	71
1.3. Fin de l'obligation de payer le salaire	71
2. La notion de salaire	72
2.1. Le montant du salaire	72
2.2. Coordination avec l'assurance perte de gain en cas de maladie selon la LAMal et la LCA	74
2.3. Prescription de la créance du travailleur envers son employeur	74
3. La durée du droit au salaire	75
3.1. Remarques préliminaires	75
3.2. Les différentes échelles	76
3.2.1. L'échelle bernoise	76
3.2.2. La nouvelle échelle bernoise: première version	77
3.2.3. La nouvelle échelle bernoise: deuxième version	77
3.2.4. L'échelle bâloise	78
3.2.5. L'ancienne échelle zurichoise	79
3.2.6. La nouvelle échelle zurichoise	79
3.2.7. Les recommandations des partenaires sociaux sur les conditions de travail des employés	80
3.2.8. Les échelles dans les conventions collectives étudiées	81
3.3. La notion de mois dans les différentes échelles	81
3.4. Les circonstances particulières	81
3.5. La notion de durée	83
3.5.1. L'interprétation de la notion de durée	83
3.5.2. Constatations	84
3.6. La période de référence	85
3.6.1. L'année de service et le point de départ du droit au salaire	85
3.6.2. Crédit distinct pour chaque année de service	86
3.6.3. Crédit unique pour l'ensemble des causes d'empêchement ?	87
3.7. Exemples d'application des échelles	90

CHAPITRE III	LE REGIME CONVENTIONNEL "COMPLEMENTAIRE"	93
I.	LE SYSTEME	93
II.	LA CONVENTION COLLECTIVE DE TRAVAIL (CCT) ET LE REGIME COMPLEMENTAIRE	94
	1. Remarques préliminaires	94
	2. Clause relative à la durée des rapports de travail	95
	3. Clauses relatives aux causes d'empêchement	95
	4. Clause relative à la durée du droit au salaire	96
	5. Conclusion	98
III.	LE CONTRAT-TYPE DE TRAVAIL (CTT) ET LE REGIME COMPLEMENTAIRE	98
	1. Remarque préliminaire	98
	2. Clause relative à la durée du contrat	99
	3. Clauses relatives aux causes d'empêchement	99
	4. Clause relative à la durée du droit au salaire	100
	5. Conclusion	100

DEUXIEME PARTIE

LA GARANTIE DU DROIT AU SALAIRE ENTRE L'ASSURANCE-MALADIE ET LE DROIT DU TRAVAIL

CHAPITRE IV	LE REGIME CONVENTIONNEL "DEROGATOIRE" (ARTICLE 324a AL. 4 CO)	103
I.	LE SYSTEME	103
II.	LA FORME REQUISE	104

III. LA NOTION D'EQUIVALENCE DES PRESTATIONS	105
1. Les éléments de l'équivalence	105
1.1. La participation de l'employeur aux primes d'assurance	107
1.2. La part du salaire couverte par les indemnités journalières de l'assurance	108
1.3. Les circonstances particulières	109
1.4. La durée d'indemnisation	109
1.5. Le délai de carence	110
2. L'équivalence abstraite et concrète des prestations	114
3. Conclusion	116
4. Non-équivalence des prestations	117
CHAPITRE V L'ASSURANCE-MALADIE SELON LA LAMal	119
I. REMARQUES PRELIMINAIRES	119
II. HISTORIQUE	120
1. Des origines au rejet de la loi FORRER	120
2. La LAMA de 1911 et sa révision en 1964	123
3. Les tentatives avortées de révisions de 1974 et 1987	124
4. La nouvelle loi sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994	126
III. LES PRINCIPALES CARACTERISTIQUES DE LA LAMal	128
1. Remarques préliminaires	128
2. Les éventualités couvertes par la LAMal	129
3. L'assurance obligatoire des soins	132
3.1. Les prestations	132
3.2. Le champ d'application personnel	134
4. L'assurance facultative d'indemnités journalières	135
4.1. Remarques préliminaires	135
4.2. Les réserves	136
4.3. Affiliation individuelle et assurance collective	137
4.4. Passage de l'assurance collective à l'assurance individuelle	139
4.5. Le libre passage	139
4.6. Autres caractéristiques des indemnités journalières	140

5. La réduction ou la suppression des prestations en raison d'une faute de l'assuré	144
IV. L'ASSURANCE D'UNE INDEMNITE JOURNALIERE: A CHEVAL ENTRE LE DROIT DES ASSURANCES ET LE DROIT DU TRAVAIL	147
1. Le système	147
2. Les différents systèmes d'affiliation à une institution d'assurance	148
2.1. Le problème	148
2.2. L'assurance individuelle	149
2.2.1. Le preneur d'assurance est le travailleur et l'employeur participe au financement de la prime	149
2.2.2. Le preneur d'assurance est le travailleur et l'employeur ne participe pas au financement de la prime	150
2.3. L'assurance collective	151
3. Avantages et inconvénients du système d'assurance	154
3.1. Les avantages	154
3.2. Les inconvénients	155
 CHAPITRE VI L'ASSURANCE-MALADIE PRIVEE	 157
I. SYSTEME ET SOURCES	157
II. HISTORIQUE	159
III. QUELQUES DIFFERENCES ENTRE LA LAMAL ET LA LCA DANS LE CADRE D'UNE ASSURANCE D'INDEMNITES JOURNALIERES	161
 CHAPITRE VII LE REGIME CONVENTIONNEL "DEROGATOIRE" DANS LES CONVENTIONS COLLECTIVES ET LES CONTRATS-TYPES DE TRAVAIL	 169
I. LE REGIME CONVENTIONNEL "DEROGATOIRE" DANS LES CONVENTIONS COLLECTIVES	169
1. Remarques préliminaires	169
2. Le problème	169
3. Le régime dérogatoire	170

4. Mode de financement des primes de l'assurance perte de gain	170
5. Pourcentage de salaire couvert par l'assurance	172
6. Délai d'attente fixé par le régime d'assurance	173
II. LE REGIME DEROGATOIRE DANS LES CONTRATS-TYPES DE TRAVAIL	175
1. Remarques préliminaires	175
2. Mode de financement des primes de l'assurance perte de gain	175
3. Autres indications	175

TROISIEME PARTIE

LA GARANTIE DU DROIT AU SALAIRE PAR UNE ASSURANCE OBLIGATOIRE (LE REGIME SPECIAL DE L'ARTICLE 324b CO)

CHAPITRE VIII LE SYSTEME	179
CHAPITRE IX LE REGIME SPECIAL DE L'ARTICLE 324b CO	183
I. LE CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 324b CO	183
1. Les assurances obligatoires	183
1.1. Généralités	183
1.2. Le cas de l'assurance-invalidité	183
1.2.1. Le problème	183
1.2.2. Les indemnités journalières de réadaptation	184
1.2.3. Les rentes d'invalidité	185
2. Les assurances hors du champ d'application de l'article 324b CO	186
2.1. L'assurance-vieillesse et survivants	186
2.2. L'assurance-chômage	186
2.3. L'assurance-accidents des marins naviguant sous pavillon suisse	186
2.4. L'assurance-maladie obligatoire	187

II.	L'APPLICATION DE L'ARTICLE 324b CO EN CAS DE MALADIE	188
III.	LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE L'ARTICLE 324b CO	188
	1. La notion d'assurance obligatoire	188
	2. Le caractère non fautif de l'empêchement	189
	3. La durée du contrat de travail	189
	4. L'obligation de l'employeur	190
	4.1. Le salaire garanti	190
	4.2. La durée du droit au salaire	192
	4.2.1. Le temps limité de l'article 324b al. 1 CO	192
	4.2.2. L'interprétation de la notion de durée	192
IV.	LE REGIME CONVENTIONNEL "COMPLEMENTAIRE" ET "DEROGATOIRE"	195
V.	LA COORDINATION AVEC L'ARTICLE 324a CO	197
 CHAPITRE X LES ASSURANCES OBLIGATOIRES		 201
I.	L'ASSURANCE-INVALIDITE	201
	1. Historique	201
	2. L'éventualité invalidité	205
	2.1. La définition de l'invalidité	205
	2.2. Les éléments constitutifs de l'invalidité	205
	2.2.1. L'atteinte à la santé	205
	2.2.2. L'incapacité de travail et de gain	207
	2.2.3. La relation de cause à effet entre l'atteinte à la santé et l'incapacité de gain	208
	3. Le cercle des personnes assurées	209
	3.1. L'affiliation obligatoire	209
	3.2. L'affiliation facultative	209
	4. L'intervention en cas de maladie: la maladie de longue durée	210
	5. Les indemnités journalières de réadaptation	212
	5.1. Généralités	212
	5.2. Coordination entre les indemnités journalières de l'assurance-invalidité et l'article 324b CO	213

5.3. Coordination entre l'indemnité journalière de l'assurance-invalidité et les indemnités journalières de l'assurance-maladie	214
6. Les rentes d'invalidité	214
6.1. Généralités	214
6.2. Coordination entre la rente de l'assurance-invalidité et l'article 324b CO	216
6.3. Coordination entre la rente de l'assurance-invalidité et les indemnités journalières de l'assurance-maladie	217
7. Le travailleur ne reçoit aucun salaire	217
8. La faute de l'assuré	218
II. L'ASSURANCE-MILITAIRE	220
1. Historique	220
2. Les éventualités assurées	222
3. Le cercle des personnes assurées	223
3.1. L'assurance obligatoire	223
3.2. L'assurance facultative	224
4. L'intervention en cas de maladie	224
4.1. Remarques préliminaires	224
4.2. Affections antérieures au service	224
4.3. Affections constatées pendant le service	225
4.4. Affections constatées après le service	226
5. Les indemnités journalières	227
5.1. Généralités	227
5.2. La retenue pour hospitalisation	227
5.3. La coordination entre les indemnités journalières de l'assurance-militaire et l'article 324b CO	228
6. Les rentes d'invalidité	229
6.1. Généralités	229
6.2. La rente d'invalidité suite à une diminution présumée permanente de la capacité de gain	229
6.3. La rente d'invalidité due pour atteinte notable à l'intégrité physique ou psychique	230
6.4. Coordination entre la rente d'invalidité de l'assurance-militaire et l'article 324b CO	231
7. La faute de l'assuré	232

III. L'ASSURANCE-ACCIDENTS	234
1. Historique	234
2. Les éventualités assurées	235
3. Le cercle des personnes assurées	237
3.1. L'assurance obligatoire	237
3.2. L'assurance facultative	237
4. L'intervention en cas de maladie	238
4.1. Remarques préliminaires	238
4.2. La maladie consécutive à une hospitalisation de l'accidenté	238
4.3. Les maladies professionnelles	239
5. L'indemnité journalière	240
5.1. Généralités	240
5.2. Déduction en cas de séjour hospitalier	241
5.3. La coordination entre les indemnités journalières de l'assurance-accidents et l'article 324b CO	242
6. Les rentes d'invalidité	243
6.1. Généralités	243
6.2. Coordination entre la rente d'invalidité de l'assurance-accidents et l'article 324b CO	244
7. La faute de l'assuré	245
7.1. La faute intentionnelle	245
7.2. La négligence grave	245
7.3. Crimes ou délits	246
7.4. La déclaration tardive de l'accident	247
8. Cas particuliers: les dangers extraordinaires et les entreprises téméraires	248
8.1. Remarques préliminaires	248
8.2. Les dangers extraordinaires	249
8.3. Les entreprises téméraires	250
IV. LE REGIME DES ALLOCATIONS POUR PERTE DE GAIN	252
1. Historique	252
2. Les éventualités couvertes	254
3. Le cercle des personnes assurées	254
4. L'intervention en cas de maladie	255
5. L'allocation de ménage et l'allocation pour personne seule	256

5.1. L'allocation de ménage	256
5.2. L'allocation pour personne seule	256
5.3. La coordination entre les allocations pour perte de gain et l'article 324b CO	257
V. L'ASSURANCE MATERNITE: UNE NOUVELLE ASSURANCE OBLIGATOIRE ?	257
1. Historique	257
2. L'éventualité assurée	259
3. Le cercle des personnes assurées	260
4. L'intervention en cas de maladie	260
5. Les allocations de maternité	260
5.1. Généralités	260
5.2. La coordination des allocations de maternité avec les indemnités journalières de l'assurance-maladie	261
5.3. La coordination des allocations de maternité avec l'obligation de l'employeur de verser le salaire	262
 CHAPITRE XI LE REGIME DE L'ARTICLE 324b CO DANS LES CONVENTIONS COLLECTIVES ET LES CONTRATS-TYPES DE TRAVAIL	 263
I. LE PROBLEME	263
II. LE REGIME DES ALLOCATIONS POUR PERTE DE GAIN	263
1. Remarques préliminaires	263
2. Le pourcentage de salaire garanti	265
2.1. Le pourcentage de salaire garanti dans les conventions collectives	265
2.1.1. Travailleurs célibataires sans obligation d'entretien, qui accomplissent une école de recrue	265
2.1.2. Travailleurs mariés ou célibataires avec une obligation d'entretien, qui accomplissent une école de recrue	266
2.1.3. Travailleurs célibataires sans obligation d'entretien, qui exercent une activité militaire jusqu'à quatre semaines durant l'année	267

2.1.4.	Travailleurs mariés ou célibataires avec une obligation d'entretien, qui exercent une activité militaire jusqu'à quatre semaines durant l'année	268
2.1.5.	Travailleurs célibataires sans obligation d'entretien, qui exercent une activité militaire de plus de quatre semaines	268
2.1.6.	Travailleurs mariés ou célibataires avec une obligation d'entretien, qui exercent une activité militaire de plus de quatre semaines	270
2.2.	Le pourcentage de salaire garanti dans les contrats types	271
2.2.1.	Travailleurs célibataires sans obligation d'entretien, qui accomplissent une école de recrue	271
2.2.2.	Travailleurs mariés ou célibataires avec une obligation d'entretien, qui accomplissent une école de recrue	271
2.2.3.	Travailleurs célibataires sans obligation d'entretien, qui exercent une activité militaire jusqu'à quatre semaines durant l'année	271
2.2.4.	Travailleurs mariés ou célibataires avec une obligation d'entretien, qui exercent une activité militaire jusqu'à quatre semaines durant l'année	271
2.2.5.	Travailleurs célibataires sans obligation d'entretien, qui exercent une activité militaire de plus de quatre semaines	272
2.2.6.	Travailleurs mariés ou célibataires avec une obligation d'entretien, qui exercent une activité militaire de plus de quatre semaines	272
III.	L'ASSURANCE-ACCIDENTS	272
1.	Le problème	272
2.	Mode de financement de la prime d'assurance	273
2.1.	Mode de financement de la prime d'assurance dans les conventions collectives de travail	273
2.2.	Mode de financement de la prime d'assurance dans les contrats-types de travail	274

3. Le pourcentage de salaire garanti	274
3.1. Le pourcentage de salaire garanti dans les conventions collectives de travail	274
3.2. Le pourcentage de salaire garanti dans les contrats-types de travail	275

QUATRIEME PARTIE

LA PROTECTION DU TRAVAILLEUR MALADE DANS CERTAINES HYPOTHESES PARTICULIERES

CHAPITRE XII MALADIE ET PROTECTION CONTRE LE LICENCIEMENT	279
I. LE PROBLEME	279
II. REMARQUES PRELIMINAIRES	279
III. LA MALADIE COMME MOTIF DE LICENCIEMENT	281
IV. LA PROTECTION CONTRE LE LICENCIEMENT EN CAS DE MALADIE: LA RESILIATION EN TEMPS INOPPORTUN SELON L'ARTICLE 336c CO	281
1. Les périodes de protection	281
2. Le problème du cumul des délais de protection	282
3. Non-application des périodes de protection	283
4. Quelques problèmes particuliers d'application de la protection	284
5. Les effets de la protection	286
5.1. Le problème	286
5.2. Congé donné pendant une incapacité de travail	286
5.3. Congé donné avant une incapacité de travail	286
5.4. Prolongation du terme de la résiliation	287
5.5. Obligation du travailleur d'offrir ses services	288

V. FIN DES RAPPORTS DE TRAVAIL ET DROIT AU SALAIRE SELON L'ARTICLE 324a CO	288
CHAPITRE XIII MALADIE ET DROIT AUX VACANCES	291
I. LE PROBLEME	291
II. POSSIBILITE DE REPENDRE LES VACANCES LORSQUE LE TRAVAILLEUR A ETE MALADE PENDANT CELLES-CI	292
1. Le principe et ses conditions	292
1.1. Le principe	292
1.2. Nature de la maladie et durée	293
1.3. Faute du travailleur	294
2. Annonce et moyens de preuve de la maladie	294
2.1. Annonce	294
2.2. Moyens de preuve	295
3. Cas particulier: la maladie avant le début des vacances	295
III. REDUCTION DU DROIT AUX VACANCES EN CAS DE MALADIE	296
1. Le principe et ses modalités	296
2. Cas particulier: la réduction du droit aux vacances lorsque l'année de service est incomplète	297
3. Calcul de la durée	298
4. Maladie et grossesse	300
5. Maladie pendant des vacances non payées	300
6. Caractère de l'article 329b CO	301
CHAPITRE XIV MALADIE ET CHOMAGE	303
I. HISTORIQUE	303
II. LE PROBLEME	305
III. AUCUNE ASSURANCE N'A ETE CONCLUE	306
1. Le droit à l'indemnité	306
2. Inclusion des indemnités de maladie dans les indemnités de chômage	308

3. Le délai d'attente en cas de maladie	309
4. Preuve de la maladie	310
5. Annonce de la maladie	310
IV. UNE ASSURANCE PERTE DE SALAIRE EN CAS DE MALADIE A ETE CONCLUE	311
1. L'assurance individuelle	311
2. L'assurance collective	311
3. Incapacité partielle de travail lorsque le chômeur est assuré pour une indemnité perte de gain en cas de maladie	312
 CONCLUSIONS GENERALES	 315
 Abréviations	 319
Bibliographie	323
Table des matières	339

DANS LA MÊME COLLECTION

- Vol. 2 :** *G. Aubert, F. Aubry Girardin, P. Byrne-Sutton,*
**La protection de la santé et de la sécurité du travailleur;
la Suisse face au droit de la Communauté européenne.**
1991, 179 pages, broché, Fr. 45.-
- Vol. 3 :** *Ph. Bois,* **Études de droit social.**
1991, 283 pages, broché, Fr. 54.-
- Vol. 4 :** **Journée 1991 de droit du travail et de la sécurité sociale**
B. Viret, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral des assurances en
matière de prévoyance professionnelle (à l'exception du libre passage);
J.-P. Beausoleil, Les fonds libres des institutions de prévoyance;
Y. de Rougemont, L'application des conventions collectives de travail;
G. Aubert, Le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler.
1991, 144 pages, broché, Fr. 40.-
- Vol. 5 :** *D.M. Troxler,* **Der sachliche Kündigungsschutz nach
Schweizer Arbeitsvertragsrecht**
1993, 163 pages, broché, Fr. 48.-
- Vol. 6 :** *J.-C. Prince,* **L'impact des conventions collectives de travail
en Suisse**
1994, 145 pages, broché, Fr. 45.-
- Vol. 7 :** **Journée 1992 de droit du travail et de la sécurité sociale**
L. Thévenoz, La nouvelle réglementation du travail intérimaire;
G. Scartazzini, L'assurance perte de gain en cas de maladie dans la
jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances;
P.-A. Loosli, Aspects fiscaux des rapports de travail;
G. Aubert, L'employeur insolvable.
1994, 144 pages, broché, Fr. 45.-
- Vol. 8 :** **Journée 1993 de droit du travail et de la sécurité sociale**
A. Héritier Lachat, Divorce, succession et prévoyance professionnelle;
F. Goetz, Problèmes de l'immigration en Suisse;
B. Schneider, La résiliation immédiate du contrat de travail;
R. Barbey, Les congés abusifs selon l'art. 336 alinéa 1 CO;
R. Barbey, La procédure relative aux résiliations abusives du contrat de
travail.
1994, 118 pages, broché, Fr. 38.-
- Vol. 9 :** **Journée 1994 de droit du travail et de la sécurité sociale**
R. Spira, Jurisprudence récente dans le domaine de l'assurance-chômage
et de l'indemnité en cas d'insolvabilité;
R. Roth, La protection pénale de l'employeur contre la déloyauté de
l'employé;
J.-A. Schneider, La loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance
professionnelle et son ordonnance;
G. Aubert, La nouvelle réglementation des licenciements collectifs et des

transferts d'entreprises.
1994, 134 pages, broché, Fr. 45.-

Vol. 10 : F. Aubry Girardin, Santé et sécurité au travail : étude de droit suisse et communautaire
1995, 330 pages, broché, Fr. 56.-

Vol. 11 : G. Aubert, F. Aubry Girardin, A. Auf der Maur, H.-U. Scheidegger, Inspection du travail : quel avenir ? - Arbeitsinspektion wohin ?
1995, 181 pages, broché, Fr. 48.-

Vol. 12 : G. Aubert, Etudes de droit du travail
1995, 352 pages, broché, Fr. 58.-

Vol. 14 : H.P. Tschudi, Sozialstaat, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht
1996, 440 pages, broché