

# La compensation financière de l'incapacité de travail

ANNE-SYLVIE DUPONT\*

Mots-clés: Assurance-maladie, Assurance-accidents, Assurances privées, Incapacité de travail, Maladie, Précarité, Protection du travailleur, Protection sociale, Réadaptation professionnelle

## A. Introduction

Si l'on devait expliquer simplement ce qu'est la sécurité sociale, l'on pourrait écrire qu'il s'agit d'un ensemble de mesures instaurées par l'Etat pour lutter contre la pauvreté. Si l'on s'interrogeait plus précisément sur la nature de ces mesures, l'on verrait qu'il s'agit essentiellement de fournir des *soins de santé* aux personnes qui en ont besoin, et de procurer un *revenu de substitution* à celles qui, dans certaines circonstances, ne sont plus en mesure de gagner par elles-mêmes de quoi subsister.

Logiquement, les mesures prises par l'Organisation internationale du Travail (OIT) en matière de protection sociale concernent ces deux aspects<sup>1</sup>, qui sont réaffirmés dans la Déclaration de Philadelphie concernant ses buts et objectifs<sup>2</sup>. La Convention n° 102 concernant la sécurité sociale (norme minimum) de 1952, dans cette même logique, impose aux Etats qui l'ont ratifiée de prendre les mesures législatives nécessaires pour «garantir l'attribution de prestations aux personnes protégées lorsque leur état nécessite des soins médicaux»<sup>3</sup>. Elle

---

\* Professeure aux Facultés de droit de Genève et Neuchâtel. L'auteure remercie Mme Ruth-Esther N'goran, M.Law, assistante-doctorante à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, pour son travail de recherche et de contrôle du manuscrit.

1 Cf. par exemple Convention OIT n° 2 sur le chômage de 1919; Convention OIT n° 3 sur la protection de la maternité de 1919; Convention OIT n° 8 sur les indemnités de chômage (naufnage) de 1920; Convention OIT n° 12 sur la réparation des accidents du travail (agriculture) de 1921; Convention OIT n° 17 sur la réparation des accidents du travail de 1925; Convention OIT n° 18 sur les maladies professionnelles de 1925; Convention OIT n° 19 sur l'égalité de traitement (accidents du travail) de 1925; Convention OIT n° 55 sur les obligations de l'armateur en cas de maladie ou d'accident des gens de mer de 1936; Recommandation n° 68 sur la sécurité sociale (des forces armées) de 1944.

2 Cf. ch. III let. f de la Déclaration de Philadelphie (annexe à la Constitution de l'OIT).

3 Cf. art. 7 de la Convention OIT n° 102.

leur impose également de fournir des prestations en espèces dans différentes hypothèses, notamment en cas de maladie, d'accident et de maladie professionnels, d'invalidité ou encore de maternité<sup>4</sup>.

La Recommandation n° 202 du 14 juin 2012 sur les socles de protection sociale rappelle encore une fois ces deux objectifs en posant la «sécurité élémentaire du revenu» en socle de la protection sociale, en particulier «pour les personnes d'âge actif qui sont dans l'incapacité de gagner un revenu suffisant, en particulier dans les cas de maladie»<sup>5</sup>.

La Suisse, qui a ratifié la Convention n° 102 en 1977<sup>6</sup>, n'en a cependant pas accepté la partie III, qui traite des indemnités de maladie, ni la partie VIII, qui traite des prestations de maternité. De fait, il est notoire que, dans ce pays, *la prise en charge de l'incapacité de travail par les mécanismes de sécurité sociale est lacunaire*. Cette contribution est l'occasion de dresser un état des lieux, en étudiant tout d'abord de manière générale la place de l'incapacité de travail dans le système suisse de protection sociale (B), puis la question spécifique de l'incapacité de travail découlant d'une maladie (C). Les résultats de cette étude feront l'objet d'une évaluation (D), ensuite de quoi nous espérons être en mesure de proposer quelques pistes de réflexion (E).

## **B. L'incapacité de travail dans le système suisse de protection sociale**

En droit suisse, l'incapacité de travail ne fait pas, en tant que telle, partie des neuf éventualités dites classiques de la sécurité sociale<sup>7</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'elle est mentionnée à plusieurs endroits dans la législation helvétique en matière d'assurances sociales. Il s'agit donc, dans cette partie de notre analyse, de définir cette notion (I) avant d'examiner de quelle manière elle est prise en charge par les assurances sociales (II).

---

4 Cf. art. 13 ss, 31 ss, 46 ss et 53 ss de la Convention OIT n° 102.

5 Cf. ch. 5 let. c de la Recommandation n° 202.

6 Cf. RS 0.831.102.

7 La doctrine s'accorde pour dire que ces éventualités sont celles que répertorie la Convention OIT n° 102, à savoir la maladie, l'accident, l'invalidité, l'impuissance, la vieillesse, le décès, la maternité, le chômage et les charges familiales. Cf. KATARZYNA MIŁCHALAK, La protection du handicapé mental en droit de la sécurité sociale: étude de droit international et comparé (droit européen, polonais et suisse), thèse Genève, Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 333; BETTINA KAHIL-WOLFF, Principes et évolutions récentes du droit des assurances sociales et ses rapports avec le droit des poursuites et des faillites, in: JdT II 2011, p. 3 ss, p. 3 s.; PIERRE-YVES GREBER, La reconnaissance progressive du droit à la sécurité sociale: normes internationales et droit suisse in: Droits sociaux et politique sociale, Lausanne 1986, p. 17 ss, p. 25 s.

## I. La notion d'incapacité de travail

Fait assez rare pour être mentionné<sup>8</sup>, l'incapacité de travail, dans sa dimension juridique, reçoit une définition assez proche de celle que l'on entend dans le langage commun. Elle y fait en effet référence à l'*impossibilité immédiate d'accomplir, pour des raisons médicales, tout ou partie des prestations de travail que l'on s'est engagé à fournir en faveur d'un employeur*. En principe, elle est perçue comme une période temporaire, ou à tout le moins espérée comme telle<sup>9</sup>.

*En droit des assurances sociales*, l'incapacité de travail a reçu une définition à l'art. 6 de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales<sup>10</sup>, qui a en réalité officialisé la définition qu'en donnait précédemment la jurisprudence<sup>11</sup>. Selon cette disposition, «est réputée incapacité de travail toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique»<sup>12</sup>.

Cette définition se réfère ainsi à l'existence d'une atteinte à la santé, soit «une altération de la santé ou un dysfonctionnement du corps humain»<sup>13</sup>, sans égard, au stade de la définition, pour la cause de cette atteinte. Elle suppose ensuite que la personne concernée ne soit fonctionnellement plus en mesure d'accomplir tout ou partie de ses tâches professionnelles habituelles. Finalement, il faut entre les deux un lien de causalité naturelle, autrement dit une relation de cause à effet, étant précisé que l'atteinte à la santé ne doit pas nécessairement être la cause exclusive de l'incapacité<sup>14</sup>.

*En droit des assurances privées*, la notion d'incapacité de travail, comme risque assuré dans le cadre de certaines polices d'assurance, est définie par les conditions générales (CGA) auxquelles ces polices sont soumises. En pratique, il n'est pas rare que les CGA intègrent la définition adoptée par le législateur pour les assurances sociales.

---

8 Les éventualités couvertes par les assurances sociales sont des notions juridiques qui n'ont souvent pas la même interprétation que celle que l'on en fait dans le langage commun. C'est particulièrement vrai pour la notion d'invalidité, ou encore pour celles de maladie et d'accident.

9 Dans le langage commun, une période d'incapacité de travail est souvent désignée par les termes «arrêt de travail», les personnes concernées exprimant avoir été «mises à l'arrêt».

10 LPGa (RS 830.1).

11 Cf. MARGIT MOSER-SZELESS, in: Anne-Sylvie Dupont/Margit Moser-Szeless, Commentaire romand de la loi sur la partie générale des assurances sociales, Bâle 2018, art. 6 N 2, et les références citées en note 1.

12 Art. 6, 1<sup>ère</sup> phrase, LPGa. Nous traiterons plus loin de la seconde phrase, qui a pour objet l'incapacité de travail de longue durée (cf. *infra* D.II).

13 MOSER-SZELESS (note 11), art. 6 N 10.

14 MOSER-SZELESS (note 11), art. 6 N 32.

## II. Sa prise en charge par les assurances sociales

L'incapacité de travail intervient de deux manières dans la législation régissant les différentes assurances sociales.

Premièrement, elle représente parfois une *condition préalable pour l'obtention de certaines prestations*. Ainsi, l'octroi d'une rente d'invalidité dans l'assurance-invalidité suppose que la personne assurée ait présenté une incapacité de travail moyenne d'au moins 40% durant une année<sup>15</sup>. Une incapacité de travail d'une certaine durée ou d'une certaine quotité est par ailleurs requise pour l'octroi d'autres prestations de l'assurance-invalidité, comme les mesures de réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle<sup>16</sup> ou les mesures de placement<sup>17</sup>. On peut encore mentionner les conditions particulières aménagées par le législateur afin que la femme en incapacité de travail au moment de son accouchement puisse néanmoins bénéficier, à certaines conditions, des prestations de maternité prévues par la loi sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité<sup>18</sup>.

Deuxièmement, elle peut aussi donner lieu à l'*octroi de prestations spécifiques*. La plupart du temps, il s'agit de prestations en espèces destinées à fournir à la personne assurée un revenu de substitution pour compenser la perte financière qui résulte de l'impossibilité de fournir sa prestation de travail. L'assurance-accidents prévoit ainsi le versement d'indemnités journalières couvrant 80% du gain assuré, depuis le troisième jour qui suit l'accident jusqu'à la stabilisation de l'état de santé de la personne assurée<sup>19</sup>. L'assurance-invalidité prévoit également, à certaines conditions, le versement d'indemnités journalières lorsque la personne assurée bénéficie de mesures de réadaptation<sup>20</sup>.

L'incapacité de travail peut aussi donner lieu à des *prestations en nature*. Ainsi, les mesures d'intervention précoce de l'assurance-invalidité ont été spécifiquement conçues pour les personnes en incapacité de travail, dans le but de les maintenir à leur poste de travail ou, à tout le moins, au sein de l'entreprise qui les emploie<sup>21</sup>. En amont, la détection précoce doit permettre aux organes de l'assurance-invalidité d'intervenir dès qu'une période d'incapacité de travail se prolonge ou que des périodes d'incapacité de travail se répètent, afin de prévenir la survenance de l'invalidité<sup>22</sup>.

---

15 Cf. art. 28 al. 1 let. b de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI; RS 831.20).

16 Cf. art. 14a LAI.

17 Cf. art. 18 LAI.

18 LAPG (RS 834.1). Sur cette question spécifique, cf. art. 16b al. 3 LAPG et 30 du règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain (RAPG; RS 834.11).

19 Cf. art. 16 et 19 al. 1 de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA; RS 832.20).

20 Cf. art. 22 al. 1 LAI.

21 Cf. art. 7d LAI.

22 Cf. art. 3a ss LAI et 1<sup>er</sup> ss du règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RAI; RS 831.201).

## C. L'incapacité de travail découlant d'une maladie

Comme nous l'avons mentionné plus haut, la cause de l'atteinte à la santé entraînant l'incapacité de travail n'a, s'agissant de définir cette dernière, pas d'importance. En revanche, *son rôle est essentiel lorsqu'il s'agit de déterminer si une assurance sociale est susceptible d'intervenir en faveur de la personne concernée*, cas échéant laquelle et selon quelles modalités.

En cas d'accident, nous l'avons vu, la loi sur l'assurance-accidents prévoit l'octroi d'un revenu de substitution, sous forme d'indemnités journalières, à concurrence de 80 % du gain assuré<sup>23</sup>, sans autre limite temporelle que celle de la stabilisation de l'état de santé de la personne assurée, moment auquel cette dernière peut en principe reprendre le travail.

Lorsque l'incapacité de travail découle d'une maladie<sup>24</sup>, en revanche, *aucune couverture n'est prévue par le biais d'une assurance sociale obligatoire*<sup>25</sup>. La couverture de la personne concernée dépendra de son statut – travailleur salarié ou indépendant – (A) et, s'il en existe une, du type de protection choisie (B).

### I. En fonction du statut de la personne concernée

#### 1. Les personnes de conditions salariées

Conformément à la volonté du législateur, la compensation d'une perte temporaire de revenu ensuite d'une incapacité de travail causée par une maladie incombe *en premier lieu à l'employeur*, si la personne concernée est un travailleur salarié. L'art. 324a du Code des obligations<sup>26</sup> prévoit, à cet égard que, dans la mesure où les rapports de travail durent depuis plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois, l'employeur doit verser son salaire pour un temps limité au travailleur empêché de travailler en raison d'une maladie.

A défaut de réglementations plus généreuses prévues dans des conventions collectives ou dans le contrat de travail, la durée de l'obligation de l'employeur est de trois semaines durant la première année de travail, puis augmente en fonction de la durée des rapports de travail, selon le barème progressif de

---

23 Ce gain correspond au salaire déterminant pour l'AVS (cf. art. 22 al. 2 de l'ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents [OLAA; RS 832.202]).

24 L'incapacité de travail causée avant l'accouchement par les complications d'une grossesse connaissent un traitement similaire (sur cette question, cf. STÉPHANIE PERRENOUD, La protection de la maternité: étude de droit suisse, international et européen, thèse Lausanne, Berne 2015, p. 779 ss).

25 Evaluation du système d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie et propositions de réforme, Rapport du Conseil fédéral du 30 septembre 2009 en réponse au postulat 04.3000 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, disponible sur le site Internet de l'OFSP (<[www.bag.admin.ch/dam/bag/en/dokumente/kuv-aufsicht/krankenversicherung/evaluation-reformvorschlaege-taggeldversicherung-krankheit.pdf.download.pdf/evaluation-reformvorschlaege-taggeld-november-2009-f.pdf](http://www.bag.admin.ch/dam/bag/en/dokumente/kuv-aufsicht/krankenversicherung/evaluation-reformvorschlaege-taggeldversicherung-krankheit.pdf.download.pdf/evaluation-reformvorschlaege-taggeld-november-2009-f.pdf)>), p. 5.

26 CO (RS 220).

l'échelle bernoise, dont l'application est largement admise en pratique, dans les cantons romands en tout cas<sup>27</sup>. Selon cette échelle, il faut attendre la vingtième année d'ancienneté pour bénéficier d'une couverture du salaire durant six mois.

Le Code des obligations permet à l'employeur de fournir aux personnes qu'il emploie *une protection équivalente par un autre biais*. Il lui est en effet possible de recourir à la conclusion de polices d'assurance prévoyant, selon des modalités qui peuvent varier, des indemnités journalières en cas de maladie<sup>28</sup>. L'équivalence de la protection est admise lorsque la couverture de 80% du salaire est assurée pendant une durée de deux ans<sup>29</sup>. Parfois, l'obligation de conclure de telles polices d'assurance pour remplacer l'obligation de l'employeur de verser le salaire est prévue dans la convention collective s'appliquant à la branche<sup>30</sup>.

## 2. *Les personnes de condition indépendante*

Les personnes de condition indépendante ne bénéficient d'*aucune protection sociale en cas d'incapacité de travail découlant de maladie*. Elles ont la possibilité – mais non l'obligation – de s'assurer auprès de la compagnie d'assurance de leur choix, dans le cadre de l'une des deux options mentionnées ci-dessous<sup>31</sup>. Lorsque ces personnes ont des antécédents médicaux aggravant la probabilité de la survenance d'une période d'incapacité de travail, ou, d'une manière plus générale, sont en mauvaise santé, le choix sera, en pratique, très réduit, puisqu'il est peu probable qu'une compagnie d'assurance privée accepte de les assurer. Dans le cadre d'une assurance facultative au sens des art. 67 ss LAMal<sup>32</sup>, elles se verraient vraisemblablement imposer des réserves, soit une réduction de leur couverture d'assurance, si l'incapacité de travail résulte d'une pathologie déjà connue au moment de la conclusion de la police d'assurance.

## II. En fonction du type de couverture choisie

Les polices d'assurance destinées à couvrir le risque de perte de revenu en cas d'incapacité de travail découlant de maladie peuvent être soumises soit à la loi

---

27 Cf. GUY LONGCHAMP, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon, Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, art. 324a N 27.

28 Cf. *infra* C.II.

29 Sur la question de l'équivalence et de son appréciation, cf. LONGCHAMP (note 27), art. 324a N 37.

30 Voir par exemple la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés (art. 23) ou la Convention nationale du secteur de la construction en Suisse (art. 64 de la version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2018).

31 Cf. *infra* C.II.

32 Cf. *infra* C.II.1.

fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie<sup>33</sup> (1), soit à la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance<sup>34</sup> (2).

Dans les deux cas, il s'agit de polices d'assurance prévoyant le *versement d'indemnités journalières pendant une durée limitée*. Elles peuvent prendre la forme de polices individuelles, auquel cas la personne qui conclut la police est en principe également la bénéficiaire des prestations, ou de polices collectives, conclues par un preneur d'assurance – en principe l'employeur – en faveur d'ayants droit – les personnes qu'il emploie – dont le nombre et l'identité ne sont pas nécessairement déterminés au préalable.

### 1. *Les polices d'assurance soumises à la LAMal*

Les art. 67 à 77 LAMal posent les bases d'un *régime facultatif* d'assurance d'indemnités journalières<sup>35</sup>. Ce régime n'est pas d'emblée limité à la couverture du risque maladie<sup>36</sup>. Du fait de l'intervention de l'assurance-accidents obligatoire en cas d'incapacité de travail découlant d'accidents professionnels et, dans la majorité des cas<sup>37</sup>, non professionnels, c'est *de facto* pour couvrir l'incapacité de travail découlant de maladie que ces polices sont majoritairement conclues.

L'intérêt des art. 67 à 77 LAMal est de prévoir l'obligation, pour les caisses-maladie qui offrent un tel produit d'assurance<sup>38</sup>, d'assurer toute personne âgée de 15 à 65 ans qui en fait la demande. Il ne leur est donc *pas possible de refuser d'assurer une personne qui représenterait un mauvais risque* en raison de son âge, de son mode de vie ou encore d'antécédents médicaux. En revanche, les caisses-maladie ont le droit d'imposer des réserves, c'est-à-dire d'exclure de la couverture d'assurance les maladies existant au moment de l'admission ainsi que les maladies antérieures si, selon l'expérience, une rechute est possible<sup>39</sup>. Ces réserves ne peuvent toutefois être imposées que pour une durée maximale de cinq ans; à l'échéance de ce délai, elles perdent automatiquement tout effet<sup>40</sup>.

---

33 LAMal (RS 832.10).

34 LCA (RS 221.229.1).

35 Pour une discussion au sujet du caractère social de ce régime facultatif, cf. ANNE-SYLVE DUPONT, Le droit de la sécurité sociale au contact du droit des assurances privées, in: RDS 133 (2014) II, p. 347 ss, p. 401 s.

36 Les assureurs ont la possibilité de limiter les risques couverts dans la police d'assurance (cf. art. 72 al. 1 LAMal).

37 Les travailleurs à temps partiel ne travaillant pas huit heures par semaine pour le même employeur ne sont pas couverts pour les accidents non professionnels dans le cadre de l'assurance-accidents obligatoire (cf. art. 8 al. 2 LAA et 13 al. 1 de l'ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents [RS 832.202]).

38 Les polices d'assurances de type LAMal ne peuvent être offertes que par des caisses-maladie au sens de l'art. 2 de la loi fédérale du 26 septembre 2014 sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (LSAMal; RS 832.12).

39 Cf. art. 69 al. 1 LAMal.

40 Cf. art. 69 al. 2 LAMal.

La loi prévoit également la durée pendant laquelle les prestations doivent être versées, soit 720 jours durant une période de 900 jours<sup>41</sup>. En revanche, *la quotité du revenu qui doit être couverte n'est pas prescrite par la loi*, l'assureur et le preneur d'assurance devant convenir du montant de l'indemnité journalière. Il n'est donc pas possible, par ce biais-là, de s'assurer que la personne en incapacité de travail touche un revenu de substitution suffisant pour couvrir la perte financière qui en résulte.

Les polices d'assurance soumises à la LAMal offrent encore l'avantage d'imposer à l'assureur d'accepter *dans l'assurance individuelle* la personne qui quitte le contrat collectif de son employeur, pour les mêmes prestations et sans pouvoir imposer de nouvelles réserves<sup>42</sup>. Tant que l'assureur ne l'a pas informée de son droit au libre passage, la personne assurée demeure couverte dans le cadre du contrat collectif<sup>43</sup>.

Les polices d'indemnités journalières soumises à la LAMal sont des produits dont l'importance pratique va en s'amenuisant, en raison notamment de la limite du montant des indemnités journalières offertes par la majorité des caisses-maladie. De l'aveu du Conseil fédéral, «il n'existe plus de réel marché pour l'assurance d'indemnités journalières selon la LAMal»<sup>44</sup>.

## 2. Les polices d'assurance soumises à la LCA

Les contrats d'assurance soumis à la LCA sont, comme tout autre contrat, soumis au *principe de la liberté contractuelle*. Les compagnies d'assurance sont libres de conclure avec la personne qui les sollicite, cas échéant de fixer les conditions de la couverture qu'elles proposent. Elles peuvent ainsi émettre des réserves en cas de maladies existantes au moment de la conclusion du contrat ou de maladies antérieures, voire refuser de couvrir la personne qui représenterait un risque trop important.

*La loi ne garantit pas le droit de passer dans l'assurance individuelle* si le travailleur quitte le cercle des personnes assurées. Tous les travailleurs ne sont ainsi pas logés à la même enseigne à cet égard, dès lors que cette possibilité dépendra des conditions générales d'assurance de la compagnie auprès de laquelle ils sont assurés par l'intermédiaire de leur employeur.

Il faut encore souligner que la LCA fait actuellement l'objet d'une procédure de révision. Le projet qui doit être discuté par les Chambres fédérales prévoit, à son art. 35a, *un droit de résiliation ordinaire* en faveur de la compagnie d'assu-

---

41 Cf. art. 72 al. 3 LAMal.

42 Cf. art. 71 al. 1 LAMal.

43 Cf. art. 71 al. 2 LAMal. Sur cette question et sur les avantages de cette solution, cf. ANNE-SYLVIE DUPONT, L'impact des conflits au travail sur le droit aux prestations des assurances, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon, *Conflits au travail*, Genève/Zurich/Bâle 2015, p. 179 ss, p. 195 ss.

44 Rapport du Conseil fédéral (note 25), p. 26.



rance également<sup>45</sup>. Si la loi finalement adoptée conserve cette possibilité, qui fait d'ores et déjà l'objet de critiques<sup>46</sup>, la protection offerte à bon nombre de personnes assurées et, par répercussion, à la personne ou à l'entreprise qui les emploie, pourrait se trouver péjorée du fait de l'épée de Damoclès que représenterait une résiliation pour des motifs que la compagnie d'assurance n'aurait pas à justifier.

## D. Evaluation

*En cas d'accident*, l'intervention de l'assurance-accidents, dès le troisième jour suivant l'accident, à concurrence de 80% du salaire AVS et pour une durée *a priori* indéterminée<sup>47</sup>, garantit aux personnes salariées, ainsi qu'aux personnes indépendantes qui ont fait le choix d'une affiliation facultative à ce régime d'assurance<sup>48</sup>, un revenu de substitution adéquat. Une coordination avec l'intervention de l'assurance-invalidité est par ailleurs assurée, par le biais de la rente transitoire<sup>49</sup>, dans l'hypothèse où la stabilisation de l'état de santé met un terme au droit aux indemnités journalières alors que la personne assurée n'a pas encore pu bénéficier de mesures de réadaptation.

*Lorsque l'incapacité de travail est causée par une maladie*, les mécanismes décrits au chapitre précédent semblent, à première vue, satisfaisants et aptes à garantir aux personnes qui ont une activité lucrative un revenu de substitution suffisant en cas d'incapacité de travail découlant d'une maladie. Si les personnes de conditions dépendantes bénéficient d'une garantie supérieure du fait des obligations imposées à la personne ou à l'entreprise qui les emploie, les personnes indépendantes ont la possibilité de pourvoir à leur propre sécurité par le biais des produits d'assurance à disposition sur le marché.

En pratique, l'absence de couverture par le biais d'une assurance sociale obligatoire en cas d'incapacité de travail découlant d'une maladie pose *un certain nombre de difficultés qui ne sont pas forcément immédiatement perceptibles*, ni pour la personne assurée ni pour les décideurs politiques, de sorte que l'urgence de l'adoption d'une autre solution ne se fait pas ressentir. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous souhaitons aborder dans cette contribution les principales difficultés soulevées par l'état actuel du droit.

---

45 Le projet soumis en consultation est disponible sur le site Internet du Département fédéral des finances <www.efd.admin.ch>, rubrique Documentation → Communiqués du DFF → 06.07.2016.

46 Cf. par exemple «Les assureurs rêvent de dénoncer des contrats sans justifications», publié dans 24 Heures du 11 août 2018.

47 Les indemnités journalières sont versées jusqu'à la stabilisation de l'état de santé (cf. art. 19 al. 1 LAA).

48 Cf. art. 4 LAA.

49 Cf. art. 30 OLAA.

## I. La fragilisation des personnes au parcours professionnel non linéaire

La première protection en cas d'incapacité de travail découlant de maladie est offerte, nous l'avons vu, par l'employeur dans le cadre des relations de travail<sup>50</sup>. *La durée de cette protection dépendant de la durée des rapports de travail, les personnes qui changent fréquemment d'emploi sont, logiquement, pénalisées à cet égard.*

Des parcours professionnels de ce type existent, indépendamment de la personnalité des travailleurs, dans certains secteurs de l'économie qui recourent, davantage que d'autres, aux *contrats de durée déterminée*, par exemple dans le contexte du travail saisonnier<sup>51</sup>. Par ailleurs, les personnes avec un *faible degré de formation* exerçant des professions peu qualifiées ont souvent des emplois moins stables, et alternent de ce fait entre périodes d'emploi et périodes de chômage<sup>52</sup>. Le travail à temps partiel peut également avoir une influence sur la linéarité du parcours professionnel, de même que les interruptions momentanées de l'activité professionnelle, ce qui fait des femmes, à ce jour encore, une population particulièrement exposée.

Dans son rapport établi en 2014 sur la santé mentale et l'emploi en Suisse, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a par ailleurs souligné que «les personnes atteintes d'un trouble mental ont en moyenne une ancienneté moins importante et sont plus susceptibles d'occuper des emplois dont la durée est inférieure à dix ans (...), elles éprouvent généralement davantage de difficultés à conserver leur emploi et ont tendance à changer fréquemment d'emploi»<sup>53</sup>.

L'intervention d'une assurance, généralement pour une durée maximale de deux ans, pourrait nous dissuader de considérer la pénalisation des travailleurs aux parcours non linéaires comme une difficulté importante. Il faut pourtant garder à l'esprit, en particulier dans la dernière situation évoquée, soit celle des personnes atteintes dans leur santé mentale, que *les assurances privées refuseront généralement d'assurer celles qu'elles considèrent comme des mauvais risques*. A tout le moins excluront-elles les incapacités de travail découlant de troubles psychiques de la couverture d'assurance, de même que les caisses-maladies qui auraient été obligées d'accepter les personnes concernées dans le cadre d'une police d'assurance soumise à la LAMal.

---

50 Cf. *supra* C.I.

51 Par exemple dans le secteur du bâtiment ou de l'hôtellerie et de la restauration. Le risque est ici limité par l'obligation faite aux employeurs, par les conventions collectives, de conclure des assurances (cf. *supra* C.I et note 30).

52 Rapport du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) du 6 juillet 2018 sur le chômage de longue durée, p. 5 ss (disponible au format pdf sur le site Internet <[www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch)>, rubrique travail → assurance-chômage → chômage de longue durée).

53 OCDE, Conditions de travail et gestion des maladies en Suisse, in: *Mental Health and Work: Switzerland*, Paris 2014, p. 56.

Les personnes exclues de la couverture d'assurance ne peuvent compter que sur le droit au salaire qui leur est garanti par le Code des obligations, en fonction de leur ancienneté qui, pour les raisons déjà mentionnées, ne sera que difficilement acquise.

## II. L'incapacité de travail de longue durée

En mentionnant, au début de cette contribution, la définition de l'incapacité de travail au sens de l'art. 6 LPGA, nous avons volontairement omis de mentionner l'incapacité de travail de longue durée, dont traite la seconde phrase de cette disposition. En cas d'incapacité de travail de longue durée, dit la loi, l'activité qui peut être exigée de la personne assurée peut aussi relever d'une *autre profession que de sa profession habituelle*.

Cette règle concrétise l'obligation qui incombe à la personne assurée de *diminuer son dommage*, obligation qui a valeur de principe général de droit des assurances sociales<sup>54</sup>. Elle n'est applicable que dans la mesure où il est avéré, sur la base de constatations médicales, que la personne assurée ne pourra plus exercer son activité professionnelle habituelle<sup>55</sup>. Cet état de fait peut être établi bien avant ou bien après la durée de six mois mentionnée dans les travaux préparatoires comme étant la mesure de la longue durée, et qui n'a, de fait, qu'une valeur indicative<sup>56</sup>.

Contrairement à ce qui prévaut pour l'analyse de l'incapacité de gain<sup>57</sup>, l'exigibilité d'un changement d'activité professionnelle doit être examinée à *l'aune de toutes les circonstances, objectives et subjectives*, y compris l'état réel du marché du travail dans la branche considérée<sup>58</sup>.

Lorsque l'assureur social – la caisse-maladie dans le contexte qui nous occupe ici – estime qu'un changement d'activité est exigible de la part de la personne assurée, il doit, selon la jurisprudence, *lui impartir un délai* dont la durée dépend des circonstances, mais qui est habituellement comprise entre trois et cinq mois<sup>59</sup>.

Les considérations qui précèdent sont pleinement applicables en matière d'assurances sociales, soit lorsque la personne en incapacité de travail touche des indemnités journalières par le biais de l'assurance-accidents ou en exécution d'une police d'indemnités journalières soumise à la LAMal. Lorsque la personne en incapacité de travail est indemnisée par le biais d'une *police*

---

54 Cf. ANNE-SYLVIE DUPONT, in: Anne-Sylvie Dupont/Margit Moser-Szeless, Commentaire romand de la loi sur la partie générale des assurances sociales, Introduction générale N 44 s.

55 Cf. MOSER-SZELESS (note 11), art. 6 N 36.

56 Dans le même sens, MOSER-SZELESS (note 11), art. 6 N 34 ss.

57 Pour l'examen de l'exigibilité dans le cadre de la mise en œuvre de l'incapacité de gain (art. 7 LPGA), cf. MOSER-SZELESS (note 11), art. 7 N 33 s.

58 Cf. MOSER-SZELESS (note 11), art. 6 N 41 s.

59 ATF 129 V 460, c. 5.2; ATF 114 V 281, c. 5b.

*d'indemnités journalières soumise à la LCA*, qu'elle soit collective ou individuelle, la question de savoir si un changement d'activité professionnelle peut être exigé selon un mécanisme similaire à celui que l'on trouve en assurances sociales doit en principe être examinée en premier lieu à l'aune des conditions générales d'assurance. Certaines, comme mentionné plus haut<sup>60</sup>, se réfèrent à l'art. 6 LPGA pour définir l'incapacité de travail. D'autres ne font pas mention de l'incapacité de travail qui se prolonge. Il est alors possible de se référer à l'art. 61 LCA, qui consacre l'«obligation de sauvetage» de la personne assurée, soit, comme en assurances sociales, l'obligation de diminuer le dommage<sup>61</sup>.

De fait, il est admis en pratique que l'assureur perte de gain LCA puisse, lui aussi, impartir un délai de trois à cinq mois pour changer d'activité à la personne assurée dont l'incapacité de gain se prolonge au-delà de six mois<sup>62</sup>. Il arrive régulièrement que les assureurs privés procèdent à une évaluation purement objective de l'exigibilité, en fonction des seules limitations fonctionnelles décrites par les médecins. Le Tribunal fédéral a dû, à plusieurs reprises, rappeler à l'ordre certains assureurs en précisant que l'exigibilité doit faire l'objet d'un examen *in concreto*, compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce. La perspective purement théorique d'un changement d'activité n'est pas suffisante<sup>63</sup>.

Comme nous le verrons plus loin<sup>64</sup>, les assureurs privés sont en règle générale mal outillés pour accompagner la personne assurée vers une reconversion professionnelle, de sorte que celle-ci se retrouve livrée à elle-même, avec la perspective, à très court terme, de la fin de ses ressources financières. Si elle souhaite contester la position de la compagnie d'assurance, elle n'a d'autre choix que de saisir les tribunaux, ce qui suppose en règle générale le recours aux services d'un avocat<sup>65</sup>.

Il faut finalement mentionner ici les récents scandales qui ont démontré que les assureurs perte de gain appuyaient régulièrement leurs analyses quant à

---

60 Cf. *supra* B.I.

61 Cf. DUPONT (note. 35), p. 404 ss.

62 ATF 133 III 527 c. 3.2.1; TF, arrêt 9C\_830/2014 du 21 janvier 2015, c. 2. Cf. également CHRISTOPH HÄBERLI/DAVID HUSMANN, *Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte*, Berne 2015, N 543 ss; BRULHART VINCENT, *L'assurance collective contre la perte de gain*, in: Bettina Kahil-Wolff/Rémy Wyler (éd.), *Le droit social dans la pratique de l'entreprise. Questions choisies*, Berne 2006, p. 95 ss, p. 107.

63 Voir par exemple TF, arrêts 4A\_304/2012 du 14 novembre 2012 et 4A\_529/2012 du 31 janvier 2013. Pour un commentaire, cf. ANNE-SYLVIE DUPONT, *Incapacité de travail et incapacité de gain: la fin du mélange des genres? Commentaire des arrêts rendus par le Tribunal fédéral les 14 novembre 2012 (4A\_304/2012) et 31 janvier 2013 (4A\_529/2012)*, in: REAS 2/2013, p. 124 ss.

64 Cf. *infra* D.III.

65 Sur la difficulté d'engager ce genre de procédures sans l'assistance d'un mandataire professionnel, cf. ANNE-SYLVIE DUPONT, *La procédure en matière d'assurances complémentaires à l'assurance maladie sociale*, in: François Bohnet/Anne-Sylvie Dupont (éd.), *Le procès civil social*, Neuchâtel 2018, p. 95 ss.

l'exigibilité d'une reconversion professionnelle sur des avis médicaux réalisés par des centres d'expertises dont certains médecins, peu scrupuleux, n'hésitaient pas à *falsifier les conclusions de rapports d'expertise*<sup>66</sup>, ou à rédiger des rapports qui ne tenaient pas compte de la réalité de la situation décrite par les patients<sup>67</sup>. Outre le fait que ces affaires ont contribué à accentuer davantage encore la méfiance des personnes assurées, elles mettent en évidence une volonté pour ainsi dire affichée, de la part des compagnies d'assurance, de tout mettre en œuvre pour ne pas prendre le risque de devoir indemniser la personne assurée sur toute la durée prévue par le contrat.

### III. Le retard dans l'accompagnement socioprofessionnel

Dans le schéma de protection sociale helvétique, la réadaptation professionnelle incombe à l'assurance-invalidité. Dans le but de prévenir l'invalidité, soit la perte de gain découlant d'une atteinte à la santé<sup>68</sup>, celle-ci dispose d'outils qui peuvent être mis en œuvre dès qu'une situation d'incapacité de travail paraît susceptible de se prolonger. La *détection précoce* permet ainsi de lui annoncer rapidement des situations problématiques afin qu'elle puisse procéder à une première orientation, qui peut se limiter à un entretien de conseil, prendre la forme de mesures d'intervention précoce, ou déboucher sur un ordre de déposer une demande formelle de prestations AI<sup>69</sup>.

Les mesures d'intervention précoce permettent quant à elles de mettre en œuvre des mesures simples, dans le but, prioritairement, de maintenir la personne assurée à son poste de travail, ou alors de lui permettre d'occuper un autre poste dans l'entreprise<sup>70</sup>. Le budget est limité à CHF 20 000.–<sup>71</sup>, et la personne assurée n'a pas de droit à la mise en œuvre de telles mesures<sup>72</sup>. En pratique, la difficulté par rapport aux mesures d'intervention précoce provient de ce que *la collaboration de l'employeur est en principe essentielle à leur succès*. Or, le régime helvétique de protection contre les congés, plutôt favorable à l'employeur, permet de licencier une personne atteinte dans sa santé après un temps de protection assez bref<sup>73</sup>. Il n'est donc pas rare que lorsque la question de la mise en œuvre de mesures d'intervention précoce se pose, l'assurance-

---

66 Cf. TF, arrêt 2C\_32/2017 du 22 décembre 2017. Pour une analyse de cet arrêt, cf. ERIC MAUGUÉ, Retrait de l'autorisation d'exploiter le département «expertises» d'une institution de santé, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_32/2017, Newsletter rccassurances.ch, mars 2018.

67 Une telle situation a été relayée dans la presse suisse allemande.

68 Cf. art. 7 et 8 LPGA.

69 Cf. art. 3c LAI.

70 Cf. art. 7d al. 1 LAI.

71 Cf. 1<sup>octies</sup> RAI.

72 Cf. art. 7d al. 3 LAI.

73 La période de protection augmente avec l'ancienneté dans l'entreprise, soit 30 jours au cours de la première année de service, 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service et 180 jours à partir de la sixième année de service (cf. art. 336c al. 1 let. b CO).

invalidité n'ait plus d'interlocuteur pour envisager un maintien dans l'entreprise, cas échéant à un autre poste.

Durant cette phase que l'on pourrait qualifier de préliminaire, la personne assurée n'a pas droit à une compensation financière de la part de l'assurance-invalidité, de sorte que sa situation économique dépend entièrement de la protection offerte dans le cadre des relations de travail.

Les mesures de réadaptation de l'assurance-invalidité ne sont ensuite envisagées qu'à partir du moment où l'état de santé de la personne s'est suffisamment stabilisé, et où la situation médicale a été éclaircie, en particulier les limitations fonctionnelles décrites<sup>74</sup>. Les examens nécessaires prennent du temps, en particulier lorsque l'office AI décide de la mise en œuvre d'une expertise pluridisciplinaire<sup>75</sup>. En raison notamment des problèmes structurels liés au système SwissMed@p, par le biais duquel les mandats d'expertise sont attribués<sup>76</sup>, il n'est pas rare qu'un délai de deux ans ne s'écoule avant que les constatations médicales nécessaires puissent être faites. *Pendant ce laps de temps, la personne assurée est le plus souvent livrée à elle-même, sans soutien social, et souvent sans autres ressources que l'aide sociale si, dans l'intervalle, les prestations de l'assurance perte de gain ou le droit au salaire sont arrivés à leur terme.*

Il faut encore souligner que l'assureur privé, ou la caisse-maladie, qui verse des indemnités journalières en cas de maladie n'est très souvent pas outillé pour offrir un accompagnement socioprofessionnel adéquat. Certaines compagnies d'assurance se dotent de «case managers» qui ont en principe pour mission d'offrir à la personne assurée un accompagnement global et individualisé en vue d'un retour progressif vers l'emploi. En pratique, il est rare que cet accompagnement dépasse quelques entretiens avec la personne assurée, en vue de faire le point sur sa situation. Son intervention est plutôt mal perçue par cette dernière, qui y voit davantage une tentative de «flilage» de la part de la compagnie d'assurance.

#### **IV. La rapidité de la désinsertion professionnelle et sociale**

Au rythme administratif, plutôt lent, s'oppose celui, extrêmement rapide, de la désinsertion sociale et professionnelle des personnes concernées.

Sur le plan professionnel, des études ont démontré que, pour les personnes atteintes de troubles psychiques en particulier, *une période d'incapacité de travail de six mois était suffisante pour diminuer fortement les chances de les voir*

---

74 Cela découle de la formulation de l'art. 8 al. 1 let. a LAI, qui laisse sous-entendre que l'octroi de mesures de réadaptation suppose la capacité objective et subjective de la personne assurée d'en bénéficier (cf. MICHEL VALTERIO, Loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI). Commentaire, Genève/Zurich/Bâle 2018, art. 8 N 8).

75 Cf. art. 44 LPGa.

76 Cf. art. 72<sup>bis</sup> al. 2 RAI. Sur les difficultés rencontrées avec ce système, cf. PIERRE STASTNY, Pseudo-hasard dans le choix des experts de l'AI, in: Plaidoyer 5/2016, p. 20 s.

*repandre le travail*. Après une période d'incapacité de 18 mois, les chances sont nulles<sup>77</sup>. Il faut rappeler, à ce stade, que les incapacités de travail provoquées par des atteintes psychiques sont en augmentation, et qu'elles représentent la plus grande part des incapacités de travail de longue durée<sup>78</sup>.

Vient s'ajouter à ces difficultés professionnelles un *engrenage social difficile à endiguer*, la personne en incapacité de travail ayant tendance à s'isoler, ce qui conduit à l'effondrement du réseau social. L'effet négatif de cet engrenage est en principe renforcé par l'accumulation de dettes et la survenance de difficultés familiales<sup>79</sup>.

La reconnaissance, au terme du processus asséculologique, d'un droit à des prestations sociales, même avec un effet rétroactif, ne permet pas à la personne assurée de retrouver sa situation antérieure, de sorte que les chances de voir son état évoluer favorablement de manière à permettre, finalement, un retour à l'emploi, sont très faibles.

## V. Synthèse

Les éléments mentionnés ci-dessus montrent qu'il existe un *risque non négligeable que la personne en incapacité de travail pour cause de maladie soit exposée à la pauvreté*:

- si son employeur n'a pas conclu d'assurance perte de gain, l'obligation de payer le salaire ne dure jamais jusqu'au moment où l'assurance-invalidité prendrait le relai, soit sous forme de rente, soit sous forme d'indemnités journalières si des mesures de réadaptation sont ordonnées;
- si l'employeur a conclu une assurance perte de gain, il existe un risque important que la compagnie d'assurance (polices LCA) ou la caisse-maladie (polices LAMal) mette un terme aux prestations après une période de six mois, en invoquant l'exigibilité d'une activité de substitution. La personne assurée qui voudrait s'y opposer se retrouverait dans la situation de devoir procéder en justice;
- pour les personnes dont l'état de santé est précaire et/ou le parcours professionnel n'est pas linéaire, la protection est diminuée d'autant, soit parce que des changements d'emploi fréquents la privent d'un droit au salaire

---

77 MICHALAK (note 7), p. 352 s.; HOLGER HOFFMAN, Intégrer au lieu de marginaliser: l'emploi assisté et la 5<sup>e</sup> révision de l'AI, in: CHSS 1/2005, p. 37 ss, p. 37 s.; SABINE GEURTS/MICHEL KOMPIERE/ROBERT GRÜNDEMANN, Les maux néerlandais: l'absentéisme et l'incapacité de travail, Revue internationale de sécurité sociale, vol. 53, oct.-déc. 2000, p. 97 ss, p. 104. A propos des chômeurs, cf. Swiss Insurance Medicine, Incapacité de travail. Lignes directrices pour l'évaluation de l'incapacité de travail par suite d'accident ou de maladie, 4<sup>e</sup> éd., juin 2013, disponible sur le site Internet <www.swiss-insurance-medicine.ch>, visité le 15 novembre 2018.

78 A ce sujet, cf. Rapport OCDE (note 52), p. 30 ss.

79 Cf. ANN-KARIN WICKI, Réinsertion: le rôle de l'assureur indemnités journalières, in: CHSS 5/2004, p. 308 ss, p. 308 s. Cf. également «Etre pauvre en Suisse: des vies entre privation, souffrance, espoir et dignité», publié dans Le Temps du 3 février 2015.

- prolongé, soit parce que les assurances lui imposent des réserves excluant de la couverture, précisément, les troubles qui la fragilisent, quand elles ne refusent tout simplement pas de l'assurer;
- le temps que l'assurance-invalidité statue sur ses droits, la personne assurée peut donc devoir dépendre de l'aide sociale pendant une période prolongée, ce qui entraîne un processus de désinsertion sociale et professionnelle qui amoindrit ses chances de réintégrer le marché de l'emploi au fur et à mesure que le temps passe;
  - indépendamment de l'absence d'un revenu de substitution garanti, le fait que la personne assurée ne puisse pas, dès les premiers temps de l'incapacité, bénéficier d'un accompagnement social et professionnel adéquat ne permet pas de maximiser les chances d'un retour à l'emploi.

En d'autres termes, alors que la Suisse peut se targuer d'être dotée d'un filet social de qualité, l'ensemble de l'édifice est fragilisé parce que *le moment – crucial – auquel on exige de la personne assurée qu'elle trouve les ressources nécessaires pour reprendre un emploi, cas échéant après un processus de reconversion professionnelle, coïncide avec une fragilisation accrue du fait d'une possible lacune de couverture financière*. Au-delà de l'obstacle qu'elle représente dans ce contexte, cette lacune peut conduire à l'aggravation de l'état de santé de la personne assurée, et, donc, à la péjoration de ses possibilités de réintégrer le marché de l'emploi.

## **E. Pistes de réflexion**

Le constat que nous venons de dresser est partagé par de nombreux acteurs de la politique sociale et de l'économie en Suisse. Plusieurs interventions politiques révèlent que les difficultés que nous avons décrites ont, depuis longtemps, été relayées auprès des autorités fédérales (1). Sans attendre les résultats de ces démarches, souvent décevants d'ailleurs, quelques cantons, essentiellement romands, ont avancé leurs pions là où ils en avaient l'opportunité et le besoin (2). Finalement, le monde de l'économie se montre lui aussi conscient des lacunes observées, et prend des initiatives (3).

### **I. Les interventions politiques**

Dire que le revenu de substitution en cas d'incapacité de travail consécutive à une maladie est une question récurrente sur la scène politique fédérale est un euphémisme. Depuis 15 ans à tout le moins, des interventions soulignent régulièrement les préoccupations des élues et des élus à ce propos:

- en 2004, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national a demandé au Conseil fédéral d'évaluer «le système actuel



- de l'assurance d'indemnités journalières prévu dans la LAMal ainsi que les insuffisances dans le domaine des assurances privées et de présenter au Parlement un rapport assorti de propositions d'éventuelles modifications du CO, de la LAMal, de la LCA ou de la LACI»<sup>80</sup>;
- en 2009, un postulat demandait au Conseil fédéral d'«exposer dans un rapport son avis quant à l'idée d'une assurance générale du revenu, qui a été présentée dans plusieurs publications»<sup>81</sup>;
  - en 2010 et en 2012, le Conseil fédéral est exhorté par voie de motions à mettre en place une solution légale «qui garantisse à tous les actifs une couverture d'assurance efficace en cas de perte de gain due à une maladie»<sup>82</sup>;
  - en 2012 également, un nouveau postulat demande au Conseil fédéral d'«établir un rapport sur la situation des salariés et des indépendants en matière de couverture du revenu en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie», réclamant notamment «une évaluation factuelle et chiffrée de la couverture»<sup>83</sup>;
  - en 2014, la demande d'une couverture efficace en cas de maladie est réitérée<sup>84</sup>;
  - en 2018, finalement, une interpellation demande également de «rendre obligatoire l'assurance perte de gain en cas de maladie pour améliorer la protection sociale», relevant les difficultés rencontrées par les personnes au parcours professionnel fragile, notamment par les femmes, et posant des questions en vue notamment d'obtenir des informations chiffrées<sup>85</sup>.

Dans un rapport de septembre 2009<sup>86</sup>, le Conseil fédéral, après avoir détaillé les solutions législatives actuelles, avait estimé qu'elles étaient suffisantes, dans la mesure où elles offraient une couverture à la grande majorité des travailleurs. Il a toutefois admis que des améliorations étaient possibles, et a évoqué des pistes allant dans ce sens, pistes écartées en raison du climat politique et économique. Il est important de souligner que l'évaluation livrée dans ce rapport par le Conseil fédéral tient uniquement compte de l'existence d'une couverture, sans analyser l'efficacité de cette dernière, en particulier sous l'angle de la réinsertion sociale

---

80 Curiavista, objet n° 04.3000: Lacunes et incohérences de la LAMal en matière d'indemnités journalières, 25 février 2004 (Po. CSSS/CN).

81 Curiavista, objet n° 09.3655: Assurance générale du revenu, 12 juin 2009 (Po. Schenker/CN).

82 Curiavista, objet n° 10.3821: Pour une assurance d'indemnités journalières efficace en cas de maladie (Mo. Humbel/CN); objet n° 12.3072: Pour des assurés égaux devant la perte de gain en cas de maladie (Mo. Poggia/CN).

83 Curiavista, objet n° 12.3087: Etat de situation sur la couverture du revenu en cas de maladie (Po. Nordmann/CN).

84 Curiavista, objet n° 14.3861: Pour une assurance d'indemnités journalières efficace en cas de maladie (Mo. Humbel/CN).

85 Curiavista, objet n° 18.3126: Rendre obligatoire l'assurance perte de gain en cas de maladie pour améliorer la protection sociale (Ip. Carobbio Giuscetti/CN).

86 Cf. note 25.

et professionnelle<sup>87</sup>. En d'autres termes, il s'agit d'une *analyse sectorielle, n'intégrant pas la problématique dans le contexte plus général de la protection sociale et de ses objectifs*.

Les auteurs des interventions postérieures ont, le plus souvent, été renvoyés aux conclusions de ce rapport<sup>88</sup>. En 2012, en réponse au postulat demandant la création d'une assurance générale de revenus, le Conseil fédéral a établi un second rapport duquel il ressort, en substance, que le système actuel est suffisant pour la majorité des assurés et que, pour le surplus, l'assistance publique joue son rôle de filet social<sup>89</sup>. *A nouveau, l'objectif de l'intégration sociale et professionnelle est ignoré*.

Dans un troisième rapport, rédigé en réponse au postulat de 2012<sup>90</sup>, le Conseil fédéral examine la coordination d'indemnités journalières en cas de maladie avec les prestations des autres assurances sociales, en particulier de l'assurance-invalidité. Dans ce contexte, il admet qu'il existe une divergence d'intérêts entre cette dernière, qui voudrait que des prestations financières soient versées assez longtemps pour qu'elle puisse statuer en toute connaissance de cause, et les assureurs privés, qui entendent être déchargés de leurs obligations le plus rapidement possible. *S'il estime que cette divergence d'intérêts n'est problématique que pour les institutions, et non pour les personnes assurées*, il admet pourtant que des solutions négociées au sein desquelles tous les acteurs sont représentés, à l'instar de l'Accord paritaire genevois dont nous parlerons plus loin<sup>91</sup>, sont prometteuses. Il ne voit pas pour autant la nécessité de légiférer.

## II. L'assurance perte de gain pour les personnes au chômage

Le système fédéraliste tel qu'il est conçu en Suisse interdit à la Confédération de légiférer dans un domaine donné tant que la compétence pour ce faire ne lui a pas été transférée par l'adoption d'une disposition *ad hoc* dans la Constitution fédérale. A l'inverse, si elle est compétente pour légiférer et qu'elle fait usage de cette compétence, les cantons ne sont plus habilités à réglementer le domaine en question<sup>92</sup>.

---

87 Cf. DUPONT (note 35), p. 415.

88 Les réponses du Conseil fédéral aux différentes interventions sont visibles sur le site Internet du Parlement, sous le chiffre correspondant.

89 Couverture sociale du revenu chez les actifs. Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat du 12 juin 2009 (09.3655/Schenker Silvia «Assurance générale du revenu»), du 14 septembre 2012, texte disponible sur le site Internet de l'OFAS (<https://www.bsv.admin.ch/bsv/ft/home/politique-sociale/soziale-absicherung/couverture-sociale-du-revenu.html>).

90 Coordination entre les assurances d'indemnités journalières et les prestations du 1<sup>er</sup> et du 2<sup>e</sup> piliers. Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 12.3087 Nordmann du 7 mars 2012, du 28 juin 2017 (texte disponible sur le site Internet du Parlement).

91 Cf. *infra* E. 3.

92 Cf. art. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101). Sur la question du partage des compétences entre la Confédération et les cantons, cf. PASCAL

En matière de protection sociale, la Confédération a reçu, progressivement, la compétence de créer les différentes assurances sociales que nous connaissons aujourd'hui. Dès lors que la compétence de légiférer en matière d'assurance-maladie lui a été transférée en 1890<sup>93</sup> et qu'elle en a fait usage en adoptant, successivement, la LAMA<sup>94</sup> puis la LAMal, prévoyant notamment un régime d'assurance facultative en cas de perte de gain par suite de maladie, se pose la question de savoir si les cantons peuvent, de leur côté, prévoir une autre solution, par exemple une assurance sociale cantonale obligatoire<sup>95</sup>.

Cette question dépasse le cadre de cette contribution. Il est intéressant de relever, néanmoins, que certains cantons, préoccupés par la charge que représente un transfert vers l'aide sociale des personnes qui ne bénéficient pas d'une couverture suffisante par le biais de l'employeur ou, très éventuellement à titre personnel, ont *contourné cette difficulté en créant des assurances sociales cantonales obligatoires pour une catégorie bien précise de personnes*. Ainsi, dans les cantons de Genève et de Vaud, la législation cantonale prévoit une véritable assurance publique couvrant la perte de gain consécutive à une maladie des bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance-chômage<sup>96</sup>. Dans les deux cas, les couvertures fonctionnent selon un modèle identique à celui des art. 67 LAMal ou des produits d'assurance LCA, avec cette réserve que les prestations sont limitées, au maximum, à la durée pendant laquelle la personne assurée devait recevoir des prestations de l'assurance-chômage. D'autres cantons romands<sup>97</sup> encouragent les bénéficiaires de prestations de chômage à conclure des assurances à titre privé, et financent partiellement les primes de ces contrats.

Ces solutions cantonales, ponctuelles, représentent un indice important de ce que l'absence de couverture de la perte de gain en cas de maladie par le biais

---

MAHON, Droit constitutionnel, vol. I (Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure), Bâle et Neuchâtel 2014, N 96 ss.

93 Art. 34<sup>bis</sup> aCst., aujourd'hui art. 117 Cst. Cf. PHILIPPE GNAEGI, Histoire, structure et financement des assurances sociales en Suisse. Avec une introduction à la politique familiale, 4<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2017, p. 44 s.

94 Loi sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents (RO 28 353). Cf. GNAEGI (note 93), p. 46 s.

95 Cf. Secrétariat du Grand Conseil genevois, Rapport de la commission de l'économie chargée d'étudier le Projet de Loi 9626-A visant à instituer une assurance perte de gain obligatoire pour les salariés et les indépendants dans le canton de Genève du 5 octobre 2006, p. 2, disponible au format pdf à l'adresse <http://ge.ch/grandconseil/data/texte/PL09626A.pdf>. L'assurance perte de gain n'étant pas obligatoire au niveau fédéral, le rapport soulève notamment la question de la primauté du droit fédéral et la compétence des cantons à légiférer en la matière.

96 Cf. les art. 8 ss de la loi genevoise en matière de chômage (LMC; RS-GE J 2 20) et les art. 19 ss de la loi vaudoise sur l'emploi (LEmpl; RS-VD 822.11). En cas d'incapacité passagère de travail, la loi fédérale sur l'assurance-chômage prévoit le maintien du droit aux indemnités journalières durant une période de 30 jours; le nombre total d'indemnités de maladie est plafonné à 44 pour un même délai-cadre d'indemnisation (art. 28 LACI). Une fois ce droit épuisé, le chômeur en incapacité de travail n'a plus droit à des prestations en espèces de la part de l'assurance-chômage, tant et aussi longtemps qu'il ne retrouve pas sa capacité de travail.

97 Fribourg et Neuchâtel.

d'une assurance sociale entraîne un report de charges, en l'occurrence sur les finances des cantons qui doivent financer sur leurs recettes fiscales l'aide sociale qui doit prendre le relais. Par ailleurs, elles démontrent la relative facilité qu'il y a, sur un plan politique, à mutualiser les ressources des personnes assurées pour financer des prestations profitant, potentiellement, à toutes celles qui bénéficient d'indemnités de chômage<sup>98</sup>.

Comme les mécanismes d'assurance perte de gain décrits plus hauts, qu'ils relèvent de la LAMal ou de la LCA, ces solutions ne prévoient toutefois *pas d'accompagnement spécifique pour un retour à l'emploi des personnes qui seraient menacées par une incapacité de travail à plus long terme, voire une invalidité*<sup>99</sup>.

### III. L'Accord paritaire genevois

L'Accord paritaire genevois est une solution paritaire *imaginée en 2009 par les partenaires sociaux du secteur du bâtiment*, en collaboration avec l'office de l'assurance-invalidité, la CNA/SUVA et quatre compagnies d'assurance privée actives dans le domaine de l'assurance perte de gain<sup>100</sup>. Il est bâti sur le constat que «notre société, dite civilisée, ne pouvait pas laisser des travailleurs hors du monde du travail suite à un accident ou à une maladie»<sup>101</sup>.

Partant de plusieurs constats qui ont été relayés dans cette contribution, notamment sur le fait que seule une coopération interinstitutionnelle intervenant dès le début de l'incapacité de travail semble à même de prévenir la désinsertion professionnelle, les partenaires «se sont entendus sur la nécessité d'envisager une approche intégrée ou coordonnée, dans le cadre d'une coopération institutionnelle précoce s'enclenchant rapidement dès le début de l'incapacité de travail»<sup>102</sup>.

Concrètement, la conclusion de cet accord a permis la création d'une cellule d'analyse<sup>103</sup>, qui examine de façon confidentielle les dossiers des personnes tombant en incapacité de travail, et qui décide de la suite à leur donner. Un budget, complémentaire à celui de l'assurance-invalidité et cofinancé par les différents intervenants, est alloué pour chaque cas individuel, dans le but de financer des mesures spécifiques pour les travailleurs du secteur du bâtiment<sup>104</sup>.

---

98 Les prestations sont financées, tant dans le régime genevois que dans le régime vaudois, par des cotisations prélevées sur les indemnités de chômage (cf. art. 10 LMC-GE et 19m LEmpl-VD).

99 Cf. également DUPONT (note 35), p. 416.

100 Cf. JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER, La détection et l'intervention précoces au service de la réadaptation: les premiers résultats de l'Accord paritaire genevois, in: RSAS 2016, p. 671 ss, p. 671 s.

101 Cf. le site Internet de la Fédération genevoise des métiers du bâtiment <<http://www.fmb-ge.ch/prestations-entreprises/accord-paritaire.html>>, consulté le 15 novembre 2018.

102 Cf. SCHNEIDER (note 98), p. 674.

103 Pour la composition de cette cellule, cf. SCHNEIDER (note 98), p. 680.

104 Cf. SCHNEIDER (note 98), p. 681.

L'objectif affiché de cette entente est d'«éviter le mécanisme bien connu de la prise de position de l'assureur perte de gain maladie qui impartit à l'assuré un délai de trois à cinq mois pour se réinsérer dans une autre profession», une injonction «souvent très difficile à assumer par l'assuré lorsqu'il ne dispose pas d'une formation professionnelle approfondie, ni d'un réseau familial et social élargi», avec «pour conséquence que l'assuré se retrouvera à l'assurance-chômage, voire à l'assistance publique en cas d'inaptitude au placement»<sup>105</sup>.

Selon les statistiques tenues par les partenaires à l'Accord, après sept années d'existence, on recensait 295 situations prises en charge, dont 31 avaient débouché sur l'octroi de rentes AI, 51 sur un maintien en emploi et 91 sur un reclassement dans une autre profession, 122 personnes se trouvant encore en mesure<sup>106</sup>.

Tous les partenaires à l'Accord expriment leur satisfaction et témoignent d'une meilleure efficacité du dispositif mis en place par rapport aux dispositifs standard des assureurs, sociaux et privés, pris individuellement<sup>107</sup>.

## F. Conclusion

L'analyse que nous avons menée montre qu'il existe, en Suisse, des mécanismes légaux pour procurer un revenu de substitution aux personnes qui se trouvent empêchées de travailler. *La protection n'est cependant pas égalitaire*, des différences importantes existant en fonction du risque qui s'est réalisé – accident ou maladie – et de la nature de l'activité exercée – salariée ou indépendante.

*En cas de maladie*, la protection est largement liée aux relations de travail, en particulier à la durée de celles-ci. De fait, cette option législative a pour effet d'offrir une bonne protection aux personnes dont la santé est solide et qui jouissent d'une position stable dans leur entreprise, au détriment des personnes dont la carrière professionnelle est fluctuante, notamment en raison de troubles psychiques, mais aussi pour d'autres raisons, par exemple des maternités successives.

Cela étant, même pour les personnes jouissant d'une protection prolongée du fait d'une carrière professionnelle stable au sein de la même entreprise, *la garantie d'un revenu de substitution sur le moyen, voire le long terme, n'existe pas*. Très rapidement, la personne assurée peut en effet voir mis un terme aux indemnités journalières qui lui sont versées, avec l'injonction de reprendre le

---

105 Cf. SCHNEIDER (note 98), p. 682.

106 Cf. SCHNEIDER (note 98), p. 672.

107 Les avis des partenaires sont publiés sur le site Internet de la Fédération genevoise des métiers du bâtiment (cf. n. 99).

travail dans une autre profession, ceci sans qu'aucun accompagnement socio-professionnel ne soit proposé afin de l'aider dans cette démarche.

Depuis le début des années 2000, la volonté politique clairement affichée dans le cadre de l'assurance-invalidité est de donner la priorité à *la réadaptation professionnelle sur l'octroi d'une rente d'invalidité*<sup>108</sup>. Cet objectif doit naturellement être salué. Cependant, la pratique a montré que les mécanismes mis en place dans le cadre de l'assurance sociale sont insuffisants et interviennent trop tard dans bon nombre de cas, en particulier les cas les plus sensibles. En outre, l'absence de garantie d'obtenir un revenu durant la période critique précédant l'octroi de mesures de réadaptation est de nature à en condamner le succès. L'expérience conduite dans le cadre de l'Accord paritaire genevois révèle pourtant qu'une intervention rapide et coordonnée auprès de la personne assurée, accompagnée du maintien inconditionnel d'un revenu de substitution, maximise les chances de succès d'un projet de réinsertion.

Les nombreuses interventions politiques au cours de ces 15 dernières années, de même que les initiatives cantonales décrites dans cette contribution, sont autant de preuves que *le système actuel ne donne pas satisfaction*. Les réponses du Conseil fédéral sont insuffisantes, parce qu'elles ne tiennent pas compte de la réalité des personnes les plus exposées, auxquelles les mécanismes de protection sociale doivent s'adresser en priorité.

Les évolutions du monde du travail auxquelles nous assistons actuellement, dans le contexte de la révolution numérique, vont encore *accroître le nombre des personnes travaillant dans des conditions sinon précaires, à tout le moins non linéaires*. Ce phénomène, couplé à l'augmentation des troubles psychiques, doit inciter le législateur à remettre l'ouvrage sur le métier, et à réfléchir aux actuelles incohérences entre objectifs fixés et moyens proposés.

### Résumé

En Suisse, la perte du revenu en cas de maladie ne fait l'objet d'aucune compensation par une assurance sociale obligatoire. La protection offerte par le biais du droit du travail et des assurances privées comporte des lacunes qui fragilisent les travailleuses et les travailleurs et contribuent à l'échec d'une reconversion professionnelle. Ces lacunes sont plus importantes pour les personnes ayant des parcours professionnels non linéaires. Dès lors que ces parcours sont aujourd'hui en augmentation, du fait, notamment, de la numérisation, il est nécessaire de remettre en cause l'approche helvétique de l'incapacité de travail en

---

108 Ce virage a été amorcé en 2004 avec la quatrième révision de l'assurance-invalidité, puis réaffirmé en 2007 avec la cinquième révision, qui est entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2008.

cas de maladie et de s'inspirer de certaines expériences pratiques pour renforcer le filet social.

### *Zusammenfassung*

In der Schweiz bietet keine obligatorische Sozialversicherung einen Schutz gegen den Einkommensverlust im Falle einer Krankheit. Der Schutz, der vom Arbeitsrecht und den Privatversicherungen angeboten wird, erweist sich als mangelhaft, was die Stellung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer schwächt und zum Misslingen einer beruflichen Umschulung beiträgt. Diese Lücke wiegt für die Personen, die keine lineare Karriere vorweisen können, besonders schwer. Da sich deren Zahl unter anderem wegen der heutigen Digitalisierung erhöht, ist es unerlässlich, den Schweizer Ansatz der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit in Frage zu stellen und von den Erfahrungen aus der Praxis zu profitieren, um so das Sozialnetz zu stärken.