CERT

Anne-Sylvie Dupont | Pascal Mahon (éds)

François Chanson I Jean-Philippe Dunand I
Anne-Sylvie Dupont I Karine Lempen I
Marco Meli I Sylvain Métille

La fin des rapports de travail

unine
UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES

Anne-Sylvie Dupont | Pascal Mahon (éds)

François Chanson I Jean-Philippe Dunand I
Anne-Sylvie Dupont I Karine Lempen I
Marco Meli I Sylvain Métille

La fin des rapports de travail

CERT
Centre d'étude
des relations de travail

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES
§
2021

Citation suggérée de l'ouvrage : Anne-Sylvie Dupont | Pascal Mahon (éds), *La fin des rapports de travail,* « Collection CERT », Genève / Zurich 2021, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8779-7

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2021
www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué, 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek : la Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse http://dnb.d-nb.de.

Table des matières

Table des abréviations ..... **IX**

La fin du contrat de travail (causes d'extinction et protections contre les congés) **1**

Jean-Philippe Dunand

Docteur en droit, avocat, professeur à l'Université de Neuchâtel

La résiliation sans motif fondé et la réintégration dans la fonction publique **75**

Karine Lempen

Docteure en droit, professeure à l'Université de Genève

Après la fin des rapports de travail, peut-on encore traiter des données personnelles ? **105**

Sylvain Métille

Docteur en droit, avocat, professeur associé à l'Université de Lausanne

La transition vers l'assurance-chômage **135**

François Chanson

Docteur en droit, avocat

Fin des rapports de travail et assurances sociales : questions choisies **165**

Anne-Sylvie Dupont

Docteure en droit, avocate, professeure aux Universités de Neuchâtel et Genève

Marco Meli

MLaw, assistant-doctorant à la Faculté de droit de Neuchâtel

ANNE-SYLVIE DUPONT*/MARCO MELI**

Fin des rapports de travail et assurances sociales : questions choisies

Sommaire

		Page
I.	Introduction	166
II.	Questions communes en cas de fin des rapports de travail	167
	A. Conséquences dans différentes branches d'assurance sociale	167
	1. AVS/AI et APG	167
	a) Changement du statut de personne cotisante	167
	b) Moment de la prise en compte du salaire	168
	2. Prévoyance professionnelle obligatoire (LPP)	169
	a) Fin de la prévoyance en cas de changement d'activité salariée	170
	b) Fin de la prévoyance en cas de cessation de toute activité salariée	170
	c) Fin de la prévoyance en cas de perception d'indemnités de chômage	172
	d) Travailleuses et travailleurs proches de l'âge de la retraite	173
	3. Assurance-accidents obligatoire (LAA)	175
	a) Notion de droit au salaire	176
	b) Exemples de situations problématiques	178
	c) Travailleuses et travailleurs à temps partiel	179
	d) Bénéficiaires des indemnités de chômage	180
	4. *Excursus* : les indemnités journalières en cas de maladie	181
	B. Deux problèmes transversaux	182
	1. Obligation d'informer de l'employeur	182
	a) En matière d'assurance-accidents	182
	b) En matière de prévoyance professionnelle	183
	c) En matière d'assurance perte de gain	185
	2. Prestations de l'employeur en cas de résiliation du contrat	186
	a) Répercussions sur les prestations de l'assurance-chômage	187
	b) Conséquences pour la couverture LAA	187
III.	Questions propres aux résiliations abusives, injustifiées ou en temps inopportun	189
	A. En cas de résiliation abusive	189
	1. Réglementation en droit privé du travail	189
	2. Nature de l'indemnité et conséquences pour les assurances sociales	190

* Professeure aux Facultés de droit de Neuchâtel et de Genève. Les auteurs remercient Mme Gillian Gay, BLaw, assistante-étudiante à la Faculté de droit de Neuchâtel, pour la relecture attentive du manuscrit.

** MLaw, assistant-doctorant à la Faculté de droit de Neuchâtel.

B. En cas de résiliation injustifiée 191
1. Réglementation en droit privé du travail 191
2. Nature des indemnités et conséquences pour les assurances sociales 191
a. Nature des rémunérations versées en application des art. 337c al. 1 et 3 CO 191
b. Conséquences pour les autres assurances sociales 192
C. En cas de résiliation en temps inopportun 195
1. Réglementation en droit privé du travail 195
2. Conséquences en matière d'assurances sociales 196
IV. Conclusion 196
Bibliographie 198

I. Introduction

Bien que les assurances sociales aient, en Suisse, majoritairement une vocation universelle, elles sont, du fait de leur histoire[1], *intimement reliées au statut de la personne assurée*, selon qu'elle exerce ou non une activité lucrative, et, dans le premier cas, selon qu'elle l'exerce en qualité de personne indépendante ou salariée. L'étendue de la protection sociale n'est ainsi pas la même dans chacun de ces cas de figure, de sorte que le début ou la fin d'une activité lucrative, singulièrement d'une activité lucrative salariée, peut avoir des répercussions importantes et soulever des questions, simples ou plus complexes.

L'objet de cette contribution est d'examiner, dans ce contexte, *quelques questions que soulève la fin des rapports de travail*. Ces questions sont de deux ordres : premièrement, certaines sont communes à toutes les situations de fin des rapports de travail (II) ; deuxièmement, certaines questions sont spécifiques aux situations dans lesquelles les rapports de travail se terminent dans des circonstances particulières, et peuvent varier en fonction de différentes hypothèses qu'il s'agira d'explorer (III).

L'hypothèse sur laquelle nos réflexions s'appuieront est celle d'un *contrat de durée indéterminée* (CDI). En effet, si la fin d'un contrat de durée déterminée (CDD) peut également avoir des conséquences en termes de protection sociale, elles sont davantage identifiables et prévisibles. La résiliation extraordinaire d'un CDD soulève le plus souvent les mêmes difficultés que celle d'un CDI, de sorte que nos réflexions sont transposables à cette situation. Nous n'envisagerons pas non plus, dans cet article, l'hypothèse d'une résiliation dans le cadre d'un plan social.

Nous n'avons pas la prétention de dresser ici une liste exhaustive des possibles difficultés créées, pour les assurances sociales, par la fin des rapports de travail, mais nous entendons

[1] Pour un bref aperçu, *cf.* CR LPGA-DUPONT, Intr. gén. N 3 ss.

traiter de celles qui apparaissent le plus fréquemment en pratique, ou qui soulèvent des discussions actuelles.

II. Questions communes en cas de fin des rapports de travail

La fin des rapports de travail entraîne un certain nombre de conséquences dans différents régimes d'assurance sociale, qui sont prévues par les lois et la législation d'exécution. Malgré leur prévisibilité, des discussions peuvent intervenir au sujet de la mise en œuvre de ces règles (A). Nous traiterons séparément de deux difficultés transversales, que l'on rencontre de manière plus générale (B).

A. Conséquences dans différentes branches d'assurance sociale

Nous traiterons subséquemment des conséquences de la résiliation ordinaire des rapports de travail dans l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité ainsi que dans l'assurance perte de gain en cas de service et de maternité (1), dans la prévoyance professionnelle (2) et dans l'assurance-accidents (3). Bien que la couverture de la perte de salaire en cas de maladie ne relève en principe pas de l'assurance sociale[2], il se pose dans ce domaine des questions connexes à celles que nous explorons, raison pour laquelle nous avons également choisi d'aborder cette question (4).

1. AVS/AI et APG

a) Changement du statut de personne cotisante

Les règles applicables à la fixation et à la perception des cotisations aux régimes de l'AVS/AI et des APG dépendent du statut de la personne assurée, selon qu'elle exerce ou non une activité lucrative, dépendante dans le contexte qui nous occupe. La fin des rapports de travail n'entraîne pas de difficulté particulière si la personne assurée enchaîne immédiatement avec un nouvel engagement, son statut de cotisante n'étant pas modifié. Si le contrat de travail prend fin en cours d'année et que la travailleuse ou le travailleur ne reprend pas d'emploi, il faut alors être attentif à un éventuel changement de statut.

[2] Sur cette question, *cf.* DUPONT, RDS, pp. 38 ss.

En effet, le statut de personne avec ou sans activité lucrative est déterminé *pour l'année civile entière*[3]. Dans l'hypothèse d'une personne qui ne travaille pas durant toute l'année, c'est-à-dire en réalité moins de neuf mois durant une année civile donnée[4], il faut, conformément à l'art. 28bis RAVS[5], comparer les cotisations versées sur le produit de l'activité lucrative avec celles que la personne assurée devrait verser en tant que personne sans activité lucrative, compte tenu de sa condition sociale. Si les cotisations afférentes aux revenus de l'année sont inférieures à la cotisation minimale ou à la moitié de la cotisation pour personne sans activité lucrative, alors la personne assurée doit être considérée comme une personne sans activité lucrative pour l'année civile concernée. A l'inverse, si les cotisations afférentes aux revenus de l'année sont égales ou supérieures à la moitié de la cotisation pour personne sans activité lucrative, mais au moins égales à la cotisation minimale, alors la personne assurée doit être considérée comme une personne avec activité lucrative[6].

Si, à la fin des rapports de travail, la personne assurée ne reprend pas d'emploi et ne débute pas une activité lucrative indépendante, il lui appartient de s'annoncer aux organes de l'AVS, en principe à la caisse cantonale de son canton de domicile, en tant que personne sans activité lucrative, au plus tard au début de l'année civile suivant celle durant laquelle les rapports de travail ont pris fin.

Une telle annonce n'est pas nécessaire dans le cas où la personne assurée perçoit certaines prestations sociales. Par exemple, les cotisations AVS/AI/APG sont déduites des indemnités journalières de l'assurance-chômage, de l'assurance-invalidité et de l'assurance-militaire. Il en va de même pour les allocations pour perte de gain en cas de service ou en cas de maternité. En revanche, les bénéficiaires d'indemnités journalières en cas de maladie ou d'accident (LAA), toute comme les rentiers AI, sont réputés être sans activité lucrative et doivent s'annoncer en tant que tel à l'organe AVS compétent.

b) Moment de la prise en compte du salaire

En fonction des circonstances, en particulier s'il survient un litige entre les parties au contrat de travail, il est possible que *le salaire ne soit pas versé durant la même année civile que celle durant laquelle la prestation de travail a été fournie*. Dans un tel cas, se pose la question de savoir pour quelle année le salaire doit être crédité sur le compte individuel de la personne assurée.

---

3 OFAS, Directives sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative dans l'AVS, AI et APG (DIN), N 2002.

4 DIN, N 2035.

5 Règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.101).

6 DIN, N 2041.

Cette question peut avoir un *impact déterminant pour la fixation du droit aux prestations*, par exemple pour le calcul du montant d'une rente de vieillesse. Si une personne perçoit une rémunération après avoir atteint l'âge donnant droit à une rente de vieillesse, mais relative à son activité préalable, il se peut alors que cette rémunération ne soit pas prise en compte pour calculer le montant de la rente. En effet, l'art. 30ter al. 3 LAVS[7] prévoit d'inscrire ces revenus sous l'année durant laquelle ils ont été versés, à moins que la personne assurée ne travaille plus pour l'employeur à ce moment-là et pour autant que les cotisations versées durant l'année d'accomplissement de l'activité sont inférieures à la cotisation minimale. Dans ces cas seulement, il convient de s'écarter de ce principe et d'inscrire ces revenus sous l'année au cours de laquelle l'activité a été exercée.

Dans un arrêt 9C_829/2019 (destiné à publication), le Tribunal fédéral a confirmé ce raisonnement et refusé de prendre en compte des revenus versés conformément à l'hypothèse décrite au paragraphe précédent, précisément parce que les conditions de l'art. 30ter al. 3 LAVS n'étaient pas remplies, *une dérogation à ce principe n'étant par ailleurs pas justifiée*. Ces revenus n'ont donc pas pu être pris en compte pour calculer le revenu annuel moyen de l'assurée, et, par conséquent, le montant de sa rente.

2. Prévoyance professionnelle obligatoire (LPP)

Les travailleuses et les travailleurs salariés affiliés à l'AVS, âgés de plus de 17 ans, qui reçoivent d'un même employeur, pour une année civile, un salaire atteignant le seuil minimum fixé dans la loi sont obligatoirement affiliés à la prévoyance professionnelle[8]. Entre 17 et 24 ans, la couverture est limitée aux risques décès et invalidité ; à partir de 24 ans, la travailleuse ou le travailleur commence à cotiser en vue de sa retraite.

Conformément à l'art. 10 al. 1 LPP, la couverture commence en même temps que les rapports de travail. Elle prend notamment fin en cas de dissolution des rapports de travail[9]. *Les conséquences ne sont cependant pas les mêmes* selon qu'après la fin des rapports de travail, la personne assurée reprend une autre activité salariée (a) ou, au contraire, cesse toute activité de cette nature (b), ou encore si elle bénéficie des indemnités journalières de l'assurance-chômage (c). La situation des personnes proches de l'âge de la retraite au moment de la fin des rapports de travail mérite en outre une attention particulière (d).

---

7 Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10).

8 Art. 5 al. 1, 2 al. 1 et 7 al. 1 de la Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle (LPP ; RS 831.40).

9 *Cf.* art. 10 al. 2 let. b LPP. Les autres circonstances mettant un terme à l'assurance obligatoire sont le fait d'atteindre l'âge ordinaire de la retraite, la baisse du salaire minimum en dessous du seuil d'accès et la fin du droit aux indemnités de chômage.

a) Fin de la prévoyance en cas de changement d'activité salariée

En cas de changement d'activité salariée et, par hypothèse, également d'institution de prévoyance[10], l'institution de prévoyance de l'ancien employeur doit *transférer la prestation de sortie* de la personne assurée auprès de celle du nouvel employeur[11]. Si, *a posteriori*, la première institution s'avère être compétente pour verser des prestations d'invalidité ou de décès, la prestation de sortie doit lui être restituée[12], à défaut de quoi les prestations peuvent être réduites[13].

En principe, de telles situations posent peu de difficultés en pratique, car *si l'art. 10 al. 3 LPP prolonge pour un mois la couverture pour les risques décès et invalidité* auprès de l'ancienne caisse de prévoyance, il mentionne également que la nouvelle institution est compétente à partir du moment où la travailleuse ou le travailleur est affilié auprès d'elle.

Sous l'empire de l'ancien art. 6 OPP2, des problèmes de coordination pouvaient se poser lorsque le nouveau rapport de travail ne prévoyait pas le début effectif immédiat de l'activité. L'on peut par exemple imaginer un contrat de travail valable à partir du 1er janvier, mais dans le cadre duquel les parties auraient convenu que la travailleuse ou le travailleur ne débuterait effectivement son activité que le 3 janvier, en raison des congés du Nouvel-An. Plus précisément, selon l'ancien droit, la protection d'assurance débutait le premier jour effectif de travail alors que le rapport de prévoyance naissait en même temps que les rapports de travail, respectivement dès la naissance du droit au salaire. Il en résultait que la naissance du rapport de prévoyance et le début de la couverture pouvait intervenir à des moments différents. Depuis le 1er janvier 2017, l'art. 6 OPP2 est formulé de telle sorte que *la couverture d'assurance débute donc en même temps que les rapports contractuels*, indépendamment du jour où la personne débute ou aurait dû débuter effectivement son travail[14].

b) Fin de la prévoyance en cas de cessation de toute activité salariée

Lorsque, après la fin des rapports de travail, *la personne assurée ne reprend pas d'activité salariée*, soit qu'elle cesse toute activité lucrative, soit qu'elle accède à l'indépendance, elle demeure néanmoins assurée auprès de l'institution de prévoyance de son ancien

---

10 L'on peut imaginer que l'ancien et le nouvel employeur aient tous les deux affiliés leur personnel à la prévoyance professionnelle auprès de la même institution de prévoyance.

11 Art. 3 al. 1 de la Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LFLP ; RS 831.42).

12 Art. 3 al. 2 LFLP.

13 Art. 3 al. 3 LFLP.

14 COMM. LPP/LFLP-BRECHBÜHL/GECKELER HUNZIKER, N 4 *ad* art. 10. Cette modification est intervenue en marge de la révision de la loi sur l'assurance-accidents.

employeur pour les risques décès et invalidité. Comme évoqué ci-dessus[15], cette couverture perdure durant un mois après la fin des rapports de travail[16].

Cette référence temporelle n'est pas comprise de manière uniforme par la doctrine et la jurisprudence[17]. Selon une opinion qui semble s'imposer en doctrine, *elle doit être interprétée différemment selon le moment où le contrat de travail a pris fin*. Si la résiliation prend effet à la fin d'un mois, la couverture d'assurance est maintenue pendant le mois entier suivant, indépendamment du nombre de jours contenus dans le mois. En revanche, si les rapports de travail cessent dans le courant d'un mois, c'est un délai de 30 jours calendaires qui s'applique[18]. Cette prolongation légale de la couverture d'assurance prend fin préalablement à cette échéance si la personne salariée occupe un nouvel emploi et est obligatoirement affiliée auprès d'une nouvelle institution de prévoyance.

La prolongation de la couverture au sens de l'art. 10 al. 3 LPP ne couvrant que les risques décès et invalidité, *aucune cotisation n'est exigée, ni de l'employeur, ni de la travailleuse ou du travailleur*, dans le régime de la prévoyance obligatoire à tout le moins[19]. Dans la prévoyance étendue, l'institution de prévoyance peut exiger de la personne assurée des cotisations de risque si elle décide de maintenir une couverture après la fin du rapport de prévoyance[20].

Sauf dans le cas où la travailleuse ou le travailleur accède à l'indépendance et peut alors demander le paiement en espèces de sa prestation de sortie[21], *elle ou il a l'obligation de maintenir sa prévoyance sous une autre forme*[22]. Elle ou il recourt alors en général à un contrat de prévoyance conclu avec un établissement d'assurance ou à un compte de prévoyance auprès d'une fondation bancaire[23]. Elle ou il a l'obligation de fournir à l'institution de prévoyance de son ancien employeur toutes les informations utiles. A défaut, passé un délai de six mois, cette dernière doit transférer à l'institution supplétive la prestation de sortie, comprenant d'éventuels intérêts[24]. Il arrive ainsi que des fonds de

15 *Cf. supra* II.A.2.a.

16 Art. 10 al. 3 LPP ; COMM. LPP/LFLP-BRECHBÜHL/GECKELER HUNZIKER, N 29 *ad* art. 10.

17 A ce sujet, *cf.* COMM. LPP/LFLP-BRECHBÜHL/GECKELER HUNZIKER, N 29 *ad* art. 10 et la note 91.

18 COMM. LPP/LFLP-BRECHBÜHL/GECKELER HUNZIKER, N 29 *ad* art. 10 et la note 91.

19 COMM. LPP/LFLP-BRECHBÜHL/GECKELER HUNZIKER, N 34 *ad* art. 10.

20 Art. 331a al. 3 CO.

21 Art. 5 al. 1 let. b LFLP.

22 Art. 4 al. 1 LFLP.

23 Art. 1 al. 1 de l'Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP3 ; RS 831.461.3).

24 Art. 4 al. 2 LFLP.

prévoyance soient oubliés par leurs ayants droit[25]. La personne qui aimerait se renseigner sur l'existence de fonds lui appartenant doit adresser une demande à l'institution supplétive[26], et peut également s'adresser à la Centrale du 2e pilier[27].

Les personnes qui cessent d'être assujetties au régime de la prévoyance obligatoire, en cas de dissolution des rapports de travail dans le contexte qui nous occupe, ont la *possibilité de maintenir leur prévoyance professionnelle dans la même mesure que précédemment*[28]. Si telle est sa volonté, la personne assurée doit informer l'institution de prévoyance sous quelle forme elle souhaite maintenir sa couverture. Il lui appartient alors dans tous les cas de verser la totalité des cotisations légales[29].

c) Fin de la prévoyance en cas de perception d'indemnités de chômage

La personne inscrite à l'assurance-chômage et bénéficiant des indemnités de chômage conformément à l'art. 8 LACI[30] est obligatoirement assurée en prévoyance professionnelle, mais *uniquement contre les risques décès et invalidité*[31]. Cela vaut également si la chômeuse ou le chômeur fait l'objet d'une sanction conformément à l'art. 30 LACI[32].

Les bénéficiaires de l'indemnité de chômage sont assurés auprès de l'institution supplétive LPP[33], aux conditions de la prévoyance obligatoire uniquement. Si la chômeuse ou le chômeur bénéficiait, auprès de son ancien employeur, d'une couverture étendue, cela signifie pour elle ou lui une baisse des prestations en cas de décès ou d'invalidité. L'articulation entre la fin de la couverture auprès de l'ancienne institution de prévoyance et le début de la couverture dans le cadre de l'assurance-chômage peut ainsi poser des questions délicates. Comme mentionné ci-dessus[34], conformément à l'art. 10 al. 3 LPP, la couverture auprès de l'ancienne institution est certes prolongée d'un mois après la fin des

---

25 En 2016, un rapport du Contrôle fédéral des finances faisait état de 5 milliards de francs suisses « en déshérence » (Institutions de libre passage de la prévoyance professionnelle. Evaluation des avantages et des risques pour les assurés et la Confédération, EFK-14471 du 20 mai 2016).

26 https://web.aeis.ch.

27 www.verbindungsstelle.ch.

28 Art. 47 al. 1 LPP. A ce propos, voir COMM. LPP/LFLP-BRECHBÜHL/GECKELER HUNZIKER, N 1 ss *ad* art. 47.

29 A propos de l'obligation pour le nouvel employeur ou la nouvelle employeuse de contribuer financièrement au maintien de la prévoyance facultative de son employée ou de son employé, *cf.* COMM. LPP/LFLP-BRECHBÜHL/GECKELER HUNZIKER, N 48 ss *ad* art. 47.

30 Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage (RS 837.0).

31 Art. 1 al. 1 de l'ordonnance du 3 mars 1997 sur la prévoyance obligatoire des chômeurs (RS 837.174).

32 Art. 2 al. 2 de l'ordonnance du 3 mars 1997 sur la prévoyance obligatoire des chômeurs.

33 Art. 60 al.1 LPP.

34 *Cf. supra* II.A.2.a.

rapports de travail, mais si une nouvelle institution prend le relai, elle est compétente à partir du début de la couverture auprès d'elle.

A cet égard, il est donc important que l'art. 2 al. 1 de l'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle des chômeurs précise que l'« assurance commence à l'échéance du délai d'attente prévu à l'art. 18 LACI », soit après un délai de cinq jours en principe, voire davantage en fonction des obligations familiales et des revenus de la personne au chômage[35]. *Pendant ce délai, la couverture auprès de l'ancienne institution de prévoyance est maintenue*, conformément à l'art. 10 al. 3 LPP[36]. Si, en revanche, la travailleuse ou le travailleur a attendu plus d'un mois après la fin des rapports de travail pour s'annoncer à l'assurance-chômage, il peut en résulter une lacune de couverture. Notons encore que si la travailleuse ou le travailleur a fait usage des possibilités offertes par l'art. 47 LPP[37], il n'est pas couvert dans le cadre de la prévoyance des chômeuses et des chômeurs[38].

Pour le surplus, la chômeuse ou le chômeur est soumis aux *mêmes obligations, s'agissant du maintien de la prévoyance, que la personne qui cesse toute activité* lucrative salariée[39].

d) Travailleuses et travailleurs proches de l'âge de la retraite

La situation des personnes qui perdent leur emploi peu de temps avant l'âge donnant droit aux prestations de vieillesse mérite une attention particulière car elle a fait l'objet de *développements législatifs récents*. Ces développements sont l'aboutissement de réflexions amorcées devant le constat d'une lacune de protection sociale lorsque la perte d'emploi intervient à quelques années de la retraite, sans toutefois qu'il soit possible à la personne assurée de prendre une retraite anticipée[40]. Dans un tel cas, il est fréquent que la travailleuse ou le travailleur ne retrouve pas d'emploi et ne soit donc pas affilié au deuxième pilier au moment d'atteindre 64 ou 65 ans[41]. En conséquence, elle ou il ne peut toucher de rente de la prévoyance professionnelle. Il en va de même si elle ou il était au chômage au moment d'atteindre cet âge, dans la mesure où il n'existe alors plus de protection contre le risque vieillesse[42]. Quant à l'avoir de vieillesse accumulé et conservé

---

35 *Cf.* art. 18 LACI.

36 COMM. LPP/LFLP-SCHNEIDER, N 19 *ad* art. 2.

37 *Cf. supra* II.A.2.b.

38 Art. 1 al. 2 de l'ordonnance du 3 mars 1997 sur la prévoyance obligatoire des chômeurs.

39 *Cf. supra* II.A.2.b.

40 Tous les plans de prévoyance n'offrent pas cette possibilité. Par ailleurs, les plans de prévoyance qui offrent la possibilité d'une retraite anticipée ne peuvent fixer l'âge de cette dernière en dessous de 58 ans (*cf.* art. 1i al. 1 de l'Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité [OPP2 ; RS 831.441.1]).

41 Art. 13 al. 1 LPP.

42 *Cf. supra* II.A.2.c.

sur un compte ou une police de libre passage au moment de la fin des rapports de travail[43], il a en règle générale fait l'objet de ponctions substantielles avant que la travailleuse ou le travailleur ne puisse bénéficier de l'aide sociale[44].

Nouvel art. 47a LPP[45]

Dans le cadre de la réforme de la Loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS/AI[46], adoptée le 22 mars 2019 par le Parlement et entrée en vigueur au 1er janvier 2021[47], un nouvel art. 47a a été introduit dans la LPP. Cette nouvelle disposition permet désormais *aux personnes dont les rapports de travail sont résiliés par l'employeur après qu'elles ont atteint l'âge de 58 ans*[48] de maintenir leur prévoyance dans le cadre du deuxième pilier.

La particularité de cette disposition est de permettre à la travailleuse ou au travailleur concerné de demeurer assuré dans l'institution de prévoyance de son ancien employeur, *dans la même mesure qu'elle ou il l'a été jusqu'à la résiliation des rapports de travail*, sous réserve de modifications postérieures des conditions d'assurance pour l'ensemble du personnel[49]. La travailleuse ou le travailleur concerné a le choix de conserver une prévoyance complète, pour les trois risques vieillesse, invalidité et décès. Elle ou il peut conserver uniquement une couverture contre les risques invalidité et décès[50].

Le montant pris en considération pour déterminer le salaire assuré est celui du *dernier revenu réalisé par la travailleuse ou le travailleur* auprès de l'employeur qui l'a licencié. Le salaire assuré n'est plus appelé à changer, sous réserve d'une augmentation de la déduction de coordination qui ne sera pas compensée.

Les primes de l'assurance continuée en application de l'art. 47a LPP *sont à la charge exclusive de la travailleuse ou du travailleur*[51]. L'absence de paiement permet à

---

43 *Cf. supra* II.A.2.b.

44 *Cf.* Message du Conseil fédéral du 30 octobre 2019 concernant la Loi fédérale sur les prestations transitoires pour les chômeurs âgés (FF 2019 7797 ss), 7817.

45 Pour un exposé détaillé des modalités d'application du nouvel art. 47a LPP, *cf.* KONRAD/LAUENER, 229 ss. *Cf.* également OFAS, Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 152 du 6 mai 2020, N 1032 ; Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 153 du 16 septembre 2020, N 1039.

46 Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (LPC ; RS 831.30).

47 RO 2020 585.

48 L'institution de prévoyance est libre d'abaisser cette limite d'âge jusqu'à 55 ans (art. 47a al. 7 LPP).

49 Art. 47a al. 1 LPP.

50 L'institution de prévoyance peut prévoir réglementairement la possibilité de conserver uniquement la prévoyance vieillesse (art. 47a al. 7 LPP).

51 Art. 47a al. 3 LPP.

l'institution de prévoyance de résilier la couverture[52]. Il faut en outre que le maintien de la prévoyance ait duré plus de deux ans pour que la travailleuse ou le travailleur puisse prétendre à des prestations versées sous forme de rente[53].

Prestations transitoires pour les chômeuses et les chômeurs âgés

Le Parlement a par ailleurs adopté le 19 juin 2020 la nouvelle loi fédérale sur les prestations transitoires pour les chômeurs âgés[54]. Cette loi prévoit que *les personnes qui ont épuisé leur droit aux prestations de l'assurance-chômage après avoir atteint l'âge de 60 ans révolus*[55] touchent une prestation transitoire jusqu'à l'âge donnant droit à une rente de vieillesse dans l'AVS[56]. Le droit à la prestation transitoire est subordonné à la condition d'une affiliation à l'AVS durant 20 ans au moins, dont au moins cinq années après l'âge de 50 ans. Les personnes qui sollicitent ces prestations doivent avoir exercé une activité lucrative leur procurant un revenu annuel couvrant 75% de la rente AVS maximale[57].

Calquées sur les prestations complémentaires à l'AVS/AI, les prestations transitoires pour les chômeuses et chômeurs âgés sont soumises à une condition de fortune[58] et incluent le remboursement des frais de maladie et d'invalidité. Quant à la prestation transitoire en espèces, elle est également calculée en fonction des dépenses reconnues et des revenus déterminants[59].[60]

3. Assurance-accidents obligatoire (LAA)

Avec la prévoyance professionnelle, l'assurance-accidents obligatoire est l'autre assurance sociale qui, en Suisse, est réservée aux travailleuses et aux travailleurs salariés[61]. Il existe donc naturellement un *lien très étroit entre la relation de travail d'une part et la couverture d'assurance d'autre part*.

---

52 Art. 47a al. 4, 3e phrase, LPP.

53 Art. 47a al. 6 LPP.

54 LPTRA (FF 2020 5357). La date de l'entrée en vigueur de la loi n'était pas encore connue au moment de rendre cet article (décembre 2020).

55 Art. 3 al. 1 LPTRA.

56 64/65 ans (cf. art. 21 al. 1 LAVS).

57 Art. 5 al. 1 let. b LPTRA. A partir du 1er janvier 2021, la rente AVS maximale s'élève à CHF 2'390.- par mois.

58 Art. 5 al. 1 let. c et al. 2 LPTRA. L'avoir de libre passage ne sera pas pris en compte comme élément de fortune tant qu'il se trouvera auprès d'une institution de libre passage.

59 Art. 7 al. 1 LPTRA.

60 Pour davantage de précisions, *cf.* DUPONT, Plaidoyer, pp. 30 s.

61 Art. 1a de la Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA ; RS 832.20) et 1 de l'Ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents (OLAA ; RS 832.202). Notons que les travailleuses et les travailleurs indépendants peuvent s'affilier à titre facultatif (art. 4 LAA).

Conformément à l'art. 3 al. 1 LAA, *la couverture prend effet dès que débute le rapport de travail ou dès que naît le droit au salaire*. Il existe ainsi une coïncidence entre la date de prise d'effet du contrat de travail et celle du début de la couverture d'assurance[62]. En revanche, la fin de la couverture d'assurance ne dépend pas de la fin des rapports de travail, mais de la fin du droit au salaire[63]. L'art. 3 al. 2 LAA prévoit en effet que « l'assurance cesse de produire ses effets à la fin du 31e jour qui suit le jour où prend fin le droit au demi-salaire au moins »[64]. L'esprit de cette réglementation, rappelé dans la jurisprudence, est d'éviter des lacunes de couverture chez les personnes qui, à la fin d'un contrat de travail, ne reprennent pas immédiatement un emploi[65]. En couplant la fin de la couverture d'assurance avec le droit au salaire, le législateur a cependant pris le risque d'autres lacunes, plus sournoises car moins facilement identifiables. Nous en donnerons quelques exemples ci-dessous (b). Avant cela, nous verrons que la notion de droit au salaire est déjà de nature à entraîner un certain nombre de difficultés (a). La situation des travailleuses et des travailleurs à temps partiel (c) ainsi que des personnes au chômage (d) mérite par ailleurs que l'on y consacre quelques lignes.

a) Notion de droit au salaire

La notion de *droit* au salaire se comprend par référence aux règles applicables au contrat de travail. Si celui-ci est soumis aux règles du Code des obligations[66], le droit au salaire découle de l'art. 322 al. 1 CO, qui prévoit que « l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective ». En cas d'empêchement non fautif de la travailleuse ou du travailleur d'accomplir la prestation de travail convenue, le droit au salaire existe dans la mesure prévue aux art. 324a et 324b CO, pour une durée dépendant de son ancienneté[67].[68]

---

62 Jusqu'au 31 décembre 2016, la couverture d'assurance prenait effet depuis le premier jour d'activité contractuellement convenu, dont la date ne coïncidait pas nécessairement avec la date du début du contrat de travail (pour la prévoyance professionnelle, *cf. supra* 2.a).

63 *Cf.* ATF 143 V 385 ; ATF 132 V 215, c. 5.1.1.

64 Jusqu'au 31 décembre 2016, le délai était de 30 jours, ce qui pouvait entraîner des lacunes de couverture si le mois durant lequel une travailleuse ou un travailleur n'avait pas d'occupation comptait 31 jours (*cf.* BK UVG-MATTER/HELMLE, N 19 *ad* art. 3).

65 ATF 127 V 458, c. 2.b.ee.

66 Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (RS 220).

67 *Cf.* art. 324a al. 2 CO : trois semaines durant la première année de service, puis, au-delà, selon le barème de l'échelle bernoise (en Suisse romande).

68 Pour plus de détails à ce sujet, *cf.* WYLER/HEINZER, 275 ss ; COMM. CT-LONGCHAMP, *ad* art. 324a et 324b CO.

La notion de *salaire* désigne usuellement le droit au salaire convenu entre les parties au contrat de travail et déterminant au sens de la législation sur l'AVS (salaire AVS)[69]. Elle peut cependant également désigner d'autres prestations qui sont versées en lieu et place du salaire habituel, comme les indemnités journalières versées par les assurances sociales ou privées[70]. Elle désigne finalement les allocations familiales[71] et les salaires inférieurs à CHF 1'400.- par mois[72] versés aux travailleuses et travailleurs qui continuent d'exercer une activité lucrative au-delà de l'âge AVS[73].

En revanche, ni les indemnités versées en cas de résiliation des rapports de travail, ni les rémunérations telles que gratifications, primes de Noël, participations au résultat de l'exploitation, actions distribuées au personnel, tantièmes et primes de fidélité ou d'ancienneté, ne font partie du salaire au sens de l'art. 3 al. 2 LAA[74]. Elles ne sont donc pas susceptibles de prolonger la couverture de l'assurance-accidents.

Si cette distinction est *a priori* claire, il existe des situations dans lesquelles la qualification des montants reçus est plus délicate. L'on peut alors recourir parfois à la jurisprudence rendue en matière d'AVS afin de délimiter la notion de salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS. *Dans ce contexte*, toute rémunération qui présente un lien économique avec le rapport de travail doit être considérée comme un salaire, indépendamment de savoir si elle a été versée volontairement ou si elle était due contractuellement. Doivent en revanche être exclus de la notion de salaire les montant soustraits, de par la loi, au paiement de charges sociales[75]. S'agissant des montants versés en lien avec la fin des rapports de travail sont qualifiés de salaire s'ils présentent, même indirectement, les caractéristiques d'une rémunération pour une prestation de travail effectuée. Il en va notamment ainsi de l'indemnité perçue pour compenser des vacances non prises[76]. Ce n'est en revanche pas le cas des indemnités versées en cas de résiliation injustifiée des rapports de travail[77]. Les difficultés liées à cette qualification sont d'autant plus grandes qu'il faut parfois attendre la résolution d'un litige pour être finalement fixé sur la nature salariale d'un élément de rémunération et, par conséquent, sur la durée de la couverture dans le cadre de l'assurance-accidents[78].

---

69 Art. 7 al. 1 let. a OLAA.
70 Art. 7 al. 1 let. b OLAA.
71 Art. 7 al. 1 let. c OLAA.
72 *Cf.* art. 6quater al. 1 RAVS.
73 Art. 7 al. 1 let. d OLAA.
74 Art. 7 al. 2 OLAA.
75 BK UVG-MATTER/HEMLE, N 30 *ad* art. 3.
76 *Cf.* DUC, pp. 92 ss.
77 *Cf.* infra III.B.2.
78 *Cf. infra* III.B.2.

Lorsque la personne assurée ne reçoit plus son salaire, *mais des prestations qui se substituent à ce dernier*, comme des indemnités journalières de l'assurance-accidents ou d'une assurance perte de gain en cas de maladie, elles ne sont toutefois considérées comme telles que jusqu'à l'échéance des rapports de travail[79]. Cas échéant, le délai de 31 jours prévu par l'art. 3 al. 2 LAA courra donc depuis cette date.

b) Exemples de situations problématiques

En associant la fin de la couverture de l'assurance-accidents au droit au salaire, le législateur a, vraisemblablement involontairement[80], rendues possibles des situations potentiellement problématiques, *dans la mesure où le droit au salaire peut parfois prendre fin alors même que le contrat de travail reste en vigueur*.

Il en va notamment ainsi lorsque la travailleuse ou le travailleur, incapable sans sa faute de fournir sa prestation de travail, a *épuisé son droit au salaire* sans toutefois que son employeur n'ait résilié le contrat de travail[81]. Dès la fin du droit au salaire, le délai de 31 jours de l'art. 3 al. 2 LAA court, et l'échéance de ce dernier, la travailleuse ou le travailleur verra sa couverture contre les accidents prendre fin, sans qu'elle ou il en ait forcément conscience dans la mesure où son contrat de travail n'a pas été résilié.

Il en ira de même pour la travailleuse ou le travailleur qui bénéficie d'un *congé non payé*, si celui-ci dure plus de 31 jours. En pratique, cette situation est toutefois moins risquée, car les congés non payés et leurs conséquences sont en règle générale anticipés et planifiés.

Une autre difficulté découle de ce que l'art. 3 al. 2 LAA fait courir le délai de 31 jours depuis la fin du droit « au demi-salaire au moins ». Cette condition ne pose pas de difficulté particulière tant et aussi longtemps que les rapports de travail se déroulent normalement et que chacune des parties exécute les obligations contractuellement convenues. En revanche, *si la personne assurée ne touche plus son salaire, mais un salaire de substitution*, par exemple sous forme d'indemnités journalières d'une assurance sociale ou privée, le délai de 31 jours courra si celui-ci ne couvre pas la moitié du salaire brut. En pratique, les indemnités journalières couvrent en règle générale 80% du salaire. Néanmoins, il se peut qu'une proportion inférieure soit couverte, lorsque le montant soit des indemnités journalières, soit du salaire assuré, est plafonné. Le régime du congé maternité[82], par

---

79 KSS UVG-RIEMER-KAFKA/LISCHER, N 23 *ad* art. 3 ; BK UVG-MATTER/HEMLE, N 32 *ad* art. 3.

80 *Cf.* FRÉSARD/MOSER-SZELESS, N 44.

81 *Cf.* art. 324a CO. *Cf.* également *supra* II.A.3.a.

82 Pour le congé paternité, dont les indemnités journalières sont également plafonnées à CHF 196.- par jour, le problème ne se pose à notre avis pas compte tenue de la durée maximale de ce congé (14 jours).

exemple, plafonne le montant de l'indemnité journalière à CHF 196.- par jour[83], ce qui représente un montant d'environ CHF 6'000.- par mois[84]. Ainsi, les femmes dont le salaire est supérieur à CHF 12'000.- par mois perçoivent moins de la moitié de leur salaire depuis la date de leur accouchement. Le délai de 31 jours de l'art. 3 al. 2 LAA court donc à partir de ce moment, de sorte que la mère pourrait voir sa couverture LAA supprimée en cours de congé maternité[85]. Le problème ne se pose pas si l'employeur a l'obligation de compléter le salaire ou s'il a conclu une police d'assurance privée versant des indemnités journalières complémentaires, et se pose moins fréquemment si la mère travaille dans le canton de Genève, qui prévoit des indemnités cantonales complémentaires[86].

Dans tous les cas, pour pallier les difficultés évoquées ici, la personne assurée a la possibilité de *prolonger, par convention spéciale, la couverture de son assurance-accidents* pendant six mois au plus[87]. Cette possibilité doit impérativement être proposée par l'employeur, qui, de son côté, doit avoir été renseigné par l'assureur-accidents[88]. A défaut d'information, l'employeur peut être tenu de prendre en charge le dommage qui en résulte[89]. Cette prolongation est spécialement judicieuse lorsqu'une personne n'occupe aucun nouvel emploi à la fin des rapports de travail et qu'elle ne s'inscrit pas à l'assurance-chômage. La prolongation doit être convenue avant l'expiration du rapport d'assurance[90].

c) Travailleuses et travailleurs à temps partiel

Comme mentionné plus haut[91], la prolongation de la couverture d'assurance pendant les 31 jours qui suivent la fin du droit au salaire (art. 3 al. 2 LAA) a pour but de protéger la personne assurée contre une lacune de couverture qui résulterait de ce qu'elle n'enchaîne pas immédiatement avec une nouvelle relation de travail. *Logiquement, les accidents couverts pendant ce laps de temps sont uniquement des accidents non professionnels*[92].

---

83 *Cf.* art. 16f al. 1 de la Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service, de maternité et de paternité (LAPG ; RS 834.1).

84 CHF 5'580.- pour les mois à 30 jours, et CHF 6'076.- pour les mois à 31 jours.

85 Sur cette problématique, *cf.* également FRÉSARD/MOSER-SZELESS, N 44.

86 *Cf.* Loi genevoise du 21 avril 2005 instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (RS GE J 5 07). Le danger n'est cependant pas totalement écarté dans la mesure où la loi genevoise plafonne le salaire assuré à CHF 148'200.-.

87 Art. 3 al. 3 LAA.

88 *Cf.* FRÉSARD/MOSER-SZELESS, N 698.

89 ATF 121 V 28, c. 2c. *Cf.* également *infra* II.B.1.a.

90 Art. 3 al. 3 LAA et 8 OLAA.

91 *Cf. supra* 3.

92 *Cf.* ATF 127 V 458 c. 2.b.ee. FRÉSARD/MOSER-SZELESS, N 38.

En conséquence, cette prolongation ne vaut *que pour les travailleuses et les travailleurs qui bénéficient d'une couverture contre les accidents non professionnels* pendant la durée des rapports de travail. Il en va uniquement ainsi des travailleuses et des travailleurs occupés plus de huit heures par semaine par le même employeur[93]. Dans le cas contraire, la couverture d'assurance cesse au plus tard au moment où elle ou il a rejoint son domicile au terme de sa dernière journée de travail[94].

De même, *une prolongation conventionnelle conformément à l'art. 3 al. 3 LAA n'est pas possible pour les travailleuses et les travailleurs à temps partiel*, dans la mesure où elle vise la couverture des accidents non professionnels et où ces travailleuses et ces travailleurs ne bénéficiaient pas d'une telle couverture pendant la durée des rapports de travail[95]. En revanche, la travailleuse ou le travailleur qui voit son horaire de travail, habituellement supérieur à 8 heures par semaines, réduit endessous de ce *pensum* peut prolonger conventionnellement la couverture des accidents non professionnels.

d) Bénéficiaires des indemnités de chômage

Conformément à l'art. 1a al. 1 let. b LAA, les personnes qui remplissent les conditions pour toucher les indemnités de chômage (art. 8 LACI) sont également assurées dans le cadre de l'assurance-accidents obligatoire. Pour ces personnes, la couverture d'assurance prend fin à l'expiration du 31e jour qui suit celui où elles remplissent pour la dernière fois les conditions visées à l'art. 8 LACI ou perçoivent pour la dernière fois des indemnités en vertu de l'art. 29 LACI[96]. Cela vaut également lorsque la personne assurée touche des indemnités malgré une inaptitude passagère au placement, conformément à l'art. 28 LACI[97]. En revanche, les prestations cantonales accordées aux personnes en fin de droit ne prolongent pas la durée de la couverture[98]. Bien que la question n'ait pas été expressément tranchée pour les personnes qui bénéficient d'indemnités de maladie pour chômeuses et chômeurs, prévues par certains droits cantonaux[99], il est vraisemblable que le même raisonnement leur est applicable, *mutatis mutandis*.

---

93 Art. 8 al. 2 *cum* 7 al. 2 LAA et 13 al. 1 LAA.

94 ATF 126 V 26, c. 3c. *Cf.* également KSS UVG-RIEMER-KAFKA/LISCHER, N 19 *ad* art. 3.

95 KSS UVG-RIEMER-KAFKA/LISCHER, N 36 *ad* art. 3.

96 Art. 3 al. 2, 2e phrase, LAA.

97 TF U 160/02 du 2 décembre 2002.

98 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, N 45 et la référence citée en note 63.

99 Pour le canton de Vaud, *cf.* art. 19a ss de la Loi vaudoise du 5 juillet 2005 sur l'emploi (RS VD 822.11) ; pour le canton de Genève, *cf.* art. 8 ss de la Loi genevoise du 11 novembre 1983 en matière de chômage (RS GE J 2 20).

Les personnes qui ont épuisé leurs droits à l'égard de l'assurance-chômage ont également la possibilité de prolonger conventionnellement pour six mois au plus leur couverture LAA[100].

4. *Excursus* : les indemnités journalières en cas de maladie

Dans cet article consacré aux conséquences de la fin des rapports de travail sur la protection sociale, il nous a semblé nécessaire de traiter brièvement de ces conséquences en matière d'*assurance dite perte de gain*, ou plus exactement d'assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une assurance sociale, mais elle présente des caractéristiques qui, matériellement, la rapproche de notre sujet.

En cas d'incapacité de travail, le droit suisse des assurances sociales ne prévoit de compensation que dans le cadre de l'assurance-accidents (LAA) ou de l'assurance militaire (LAM). *Si l'incapacité de travail découle d'une maladie*[101], il n'existe pas de régime obligatoire de compensation[102]. Conformément à l'art. 324a CO, c'est à l'employeur qu'il incombe de verser le salaire à la travailleuse ou au travailleur empêché de travailler sans faute de sa part. Son obligation est limitée dans le temps, soit à trois semaines durant la première année de service puis, au-delà, en fonction de l'ancienneté[103].

Sous réserve que cela soit prévu par écrit dans le contrat de travail ou dans une convention collective[104], l'employeur peut opter pour une solution différente, pour autant qu'elle offre à ses employées et à ses employés une protection équivalente. En pratique, cette protection découle de polices d'assurance collectives prévoyant le versement d'indemnités journalières. *Dans la majorité des cas, il s'agit de produits d'assurance soumis à la LCA*[105] ; plus rarement désormais, il peut également s'agir de produits soumis aux art. 67 ss LAMal[106].

Pour être jugées équivalentes à l'obligation de l'employeur de verser le salaire, les polices d'assurance collectives prévoient en règle générale la couverture de 80% du salaire, pendant une durée de 720 ou 730 jours. Toutefois, *les conditions générales d'assurance de certains produits prévoient que le droit aux indemnités journalières cesse à la fin des*

---

100 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, N 47.

101 Ou d'un accident non assuré en LAA, par exemple chez une personne qui ne travaille pas, ou alors qui exerce une activité lucrative dépendante.

102 Sur toute cette question, *cf.* DUPONT, RDS, pp. 38 ss.

103 *Cf.* note 67.

104 Art. 324a al. 4 CO.

105 Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1).

106 Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (RS 832.10).

rapports de travail si la travailleuse ou le travailleur ne conclut pas de police d'assurance individuelle. Une telle démarche pose naturellement des difficultés économiques pour la travailleuse ou le travailleur qui, licencié et en incapacité de travail, ne dispose pas de moyens suffisants pour s'acquitter de la prime. Par ailleurs, cela suppose qu'elle ou il ait été informé de cette modalité du contrat, qui ne correspond pas à la pratique majoritaire. Nous aurons l'occasion de traiter plus loin des conséquences lorsque l'information ne lui a pas été transmise[107].

B. Deux problèmes transversaux

La fin des rapports de travail peut entraîner des difficultés transversales, c'est-à-dire touchant à plusieurs régimes d'assurance sociale. Là encore, il s'agit de difficultés que l'on rencontre aussi bien lorsque les rapports de travail sont résiliés de manière ordinaire que lorsqu'ils le sont dans des circonstances moins fluides, que la résiliation soit le fait de l'une ou de l'autre partie au contrat.

Il s'agit dans un premier temps de savoir si l'employeur a l'obligation de fournir à la travailleuse ou au travailleur qui le quitte des obligations spécifiques en matière d'assurances sociales et, cas échéant, quelles sont les conséquences d'une violation de cette obligation (1). Dans un second temps, il s'agit du sort qu'il convient de réserver, sous l'angle des assurances sociales, aux prestations versées par l'employeur à cause de la résiliation de travail (2).

1. Obligation d'informer de l'employeur

Après la fin des rapports de travail, la travailleuse ou le travailleur a la possibilité de rester affilié à certains régimes d'assurance sociale. Nous avons vu ci-dessus qu'elle ou il peut ainsi prolonger conventionnellement sa couverture LAA[108] (a), ou encore maintenir sa prévoyance professionnelle auprès de l'institution de prévoyance de son ancien employeur[109] (b). En matière d'assurance perte de gain, l'employeur doit également transmettre certaines informations aux employées ou aux employés qui le quittent (c).

a) En matière d'assurance-accidents

En matière d'assurance-accidents, *l'employeur joue le rôle de relai entre l'assureur d'une part et son personnel d'autre part*. L'art. 72 OLAA prévoit ainsi que les assureurs doivent veiller à ce que les employeurs soient suffisamment informés de la pratique de l'assurance-

[107] *Cf. infra* B.1.c.
[108] *Cf. supra* II.A.3.b.
[109] *Cf. supra* II.A.2.b.

accidents (al. 1). Les employeurs doivent à leur tour transmettre ces informations à leur personnel, l'ordonnance insistant spécifiquement sur leur obligation de renseigner quant à la possibilité de prolonger leur couverture d'assurance par convention (al. 2).

A cet égard, la jurisprudence précise qu'il ne doit pas nécessairement s'agir d'une information *ad personam*, mais qu'une affiche accessible à toutes et à tous, par exemple dans un local de pause, et mentionnant la possibilité de la prolongation de couverture, est suffisante[110]. *Il n'est ainsi pas nécessaire que cette possibilité soit expressément rappelée au moment de la résiliation des rapports de travail*.

L'employeur apparaissant ici comme l'auxiliaire de l'assureur-accidents dans la transmission de l'information, *la violation de ses devoirs est imputable à ce dernier*, qui doit alors, si la travailleuse ou le travailleur parvient à démontrer que, correctement informé, elle ou il aurait prolongé sa couverture d'assurance par convention, prendre en charge conformément aux prescriptions légales les conséquences d'accidents non professionnels[111]. Cette obligation s'inscrit dans le contexte de la protection de la bonne foi des administrées et des administrés à l'égard de l'administration[112]. En l'espèce, le Tribunal fédéral admet l'existence d'une présomption de fait selon laquelle une personne assurée correctement informée aurait fait usage de la possibilité de prolonger la couverture par convention spéciale, en particulier si elle envisage une interruption professionnelle temporaire. En revanche, la bonne foi doit être niée si la personne assurée avait, par le passé, déjà fait usage de la possibilité offerte par l'art. 3 al. 3 LAA, cette circonstance étant de nature à prouver qu'elle connaissait ses droits[113].

b) En matière de prévoyance professionnelle

En matière de prévoyance obligatoire, le régime de l'obligation d'informer varie selon que l'on considère la prévoyance professionnelle obligatoire ou la prévoyance professionnelle étendue.

Dans le régime de la *prévoyance professionnelle selon la LPP*, l'information des personnes assurées incombe en premier lieu à l'institution de prévoyance[114]. Conformément à l'art. 86b LPP, il lui revient, pendant la durée des rapports de prévoyance, de renseigner annuellement les personnes assurées sur leurs situations et sur les modalités de leur prévoyance. A la fin des rapports de travail, c'est à elle également qu'il revient, outre d'établir un décompte faisant état de la situation de la travailleuse ou du travailleur dont

110 TF U 255/03 du 29 mars 2004.

111 ATF 121 V 28, c. 2c. FRÉSARD/MOSER-SZELESS, N 703.

112 Art. 5 al. 3 de la Constitution de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

113 ATF 131 V 472, c. 5 ; ATF 121 II 473, c. 2c. WYLER/HEINZER, pp. 896 ss.

114 L'employeur a, de son côté, l'obligation de renseigner l'institution de prévoyance (*cf.* art. 10 OPP2).

les rapports de travail prennent fin, d'indiquer à cette dernière ou à ce dernier toutes les possibilités législatives et réglementaires pour maintenir la prévoyance. Elle doit notamment l'informer sur la prévoyance en cas de décès ou d'invalidité[115].

Le droit à l'information consacré à l'art. 86b LPP, en relation avec les art. 52 et 62 al. 1 let. e LPP, prévoit, en cas de violation, *un régime de responsabilité fondé sur la bonne foi*. Le fait de donner des renseignements inexacts à la personne assurée, de refuser ou d'omettre de la renseigner, peut engager la responsabilité de l'institution de prévoyance, qui peut être amenée à réparer le préjudice qui en résulte[116]. Depuis l'introduction de l'art. 86b LPP, le comportement par omission est mis sur un pied d'égalité avec le refus de renseigner. Ces comportements entraînent ainsi la même conséquence en cas de violation[117]. L'art. 86b al. 4 LPP renvoie par ailleurs aux dispositions pénales[118]. Celui qui, en violation de son obligation de renseigner, donne sciemment une information inexacte ou refuse de renseigner, est notamment punissable d'une amende de CHF 10'000 au plus.

A priori, la même solution s'impose en matière de *prévoyance professionnelle étendue*, l'art. 86b LPP étant applicable dans la même mesure[119]. Néanmoins, dans ce contexte, l'art. 331 al. 4 CO impose également à l'employeur de donner aux travailleuses et aux travailleurs les renseignements nécessaires sur leurs droits envers une institution de prévoyance professionnelle. Bien que l'articulation entre l'art. 86b LPP et l'art. 331 al. 4 CO ne fasse pas l'objet d'une solution claire, il est acquis que la première disposition ne peut fonder que des obligations à charge de l'institution de prévoyance, et la seconde des obligations à charge de l'employeur exclusivement. Il n'est pas admis de considérer l'une ou l'un comme l'auxiliaire de l'autre[120]. Le Tribunal fédéral a confirmé que les institutions de prévoyance n'ont pas à répondre d'une violation par l'employeur de l'obligation d'informer qui lui incombe en vertu de l'art. 331 al. 4 CO[121]. Sans le dire clairement, le Tribunal fédéral semble admettre que les deux responsabilités coexistent[122].

---

115 Art. 8 LFLP.

116 ATF 127 I 136 ; ATF 131 V 472, c. 5 ; TF 9C_159/2019 du 31 octobre 2019, c. 5.3.1. COMM. LPP/LFLP-PÄRLI, N 16 *ad* art. 86b LPP ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1173 ss.

117 COMM. LPP/LFLP-PÄRLI, N 8 *ad* art. 86b LPP.

118 Art. 75 LPP.

119 *Cf.* art. 49 al. 2 ch. 26 LPP.

120 COMM. LPP/LFLP-PÄRLI, N 3 *ad* art. 86b LPP.

121 TF 9C_710/2007 du 28 novembre 2008, c. 5.1.

122 *Cf.* ATF 140 V 22, qui ne porte pas spécifiquement sur la question de la fin des rapports de travail, mais qui confirme l'importance pratique de l'art. 331 al. 4 CO.

Si la travailleuse ou le travailleur subit un dommage en raison de la violation par l'employeur de son obligation de renseigner, elle ou il peut agir contre lui sur la base des règles générales en matière de responsabilité contractuelle[123].

c) En matière d'assurance perte de gain

Comme nous l'avons exposé plus haut[124], les employeurs choisissent souvent, en pratique, de se libérer de leur obligation de verser le salaire en cas d'incapacité de travail consécutive à une maladie de leurs employées et employés en concluant des polices collectives d'indemnités journalières. Lorsque les rapports de travail prennent fin, la possibilité existe en principe[125] pour les travailleuses et les travailleurs de *conserver une couverture individuelle*.

Le titulaire de l'obligation d'informer sur cette possibilité et les conséquences d'un défaut d'information *ne sont pas les mêmes selon que l'employeur a opté pour un produit d'assurance soumis à la LAMal ou à la LCA*. Dans le premier cas, l'assureur est responsable de veiller à ce que la personne assurée soit renseignée par écrit sur son droit de passage dans l'assurance individuelle. S'il omet de le faire, la travailleuse ou le travailleur reste assuré dans l'assurance collective[126], de sorte qu'elle ou il n'a pas à pâtir d'un défaut d'information.

Dans le second cas, l'obligation d'informer le travailleur incombe à l'employeur en vertu de l'art. 331 al. 4 CO, dont il est admis qu'il s'applique, au-delà de la prévoyance professionnelle au sens strict, à l'ensemble des assurances conclues par l'employeur en faveur de son personnel pour le prémunir en cas de maladie, d'accidents, de vieillesse, de décès ou encore d'invalidité[127]. *A défaut d'information ou d'information suffisante, l'employeur engage sa responsabilité et peut être amené à répondre du préjudice subi*[128]. Cette solution est insatisfaisante en pratique, car au-delà des désagréments liés à la perspective d'une procédure judiciaire, la travailleuse ou le travailleur peut éprouver des scrupules à entamer une telle procédure lorsqu'elle ou il sait que la situation financière de l'employeur est mauvaise, qu'une condamnation pourrait être de nature à entraîner la faillite de l'entreprise et, par conséquent, le licenciement de leurs anciens collègues.

---

123 Art. 97 CO. TF 4A_186/2010 du 3 août 2010, c. 3. COMM. CT-DUPONT, N 26 *ad* art. 331 ; GLOOR, pp. 162 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 *ad* art. 331 ; RANZANICI, p. 277.

124 *Cf. supra* II.A.4.

125 En fonction des produits d'assurance, certaines catégories de travailleuses et de travailleurs, comme les frontalières et les frontaliers, n'ont pas cette possibilité (*cf.* DUPONT, REAS, p. 407).

126 Art. 71 al. 2 LAMal.

127 WYLER/HEINZER, p. 331.

128 TF 4A_186/2010 du 3 juin 2010, c. 3 et 4. HERGER, pp. 46 s.

L'insolvabilité de l'employeur les empêchera, dans les faits, d'obtenir l'indemnisation à laquelle elles ou ils ont droit[129].

Les *personnes bénéficiant des indemnités de l'assurance-chômage* après la fin de leur contrat de travail bénéficient sur ce point d'un traitement préférentiel. L'art. 100 al. 2 LCA prévoit en effet que les deux alinéas de l'art. 71 LAMal s'appliquent par analogie. Cela signifie, d'une part, que la compagnie d'assurance est responsable d'informer par écrit la personne assurée sur la possibilité de passage dans l'assurance individuelle, et, d'autre part, qu'à défaut d'information, elle demeure dans le cercle des personnes assurées par le contrat collectif. Cette réglementation pose un certain nombre de difficultés en pratique[130]. En effet, les assurances collectives d'indemnités journalières sont conçues de manière à assurer une masse salariale, sans que la compagnie d'assurance ait nécessairement connaissance de l'identité des bénéficiaires, encore moins des mouvements au sein de l'entreprise. Il lui est ainsi difficile de délivrer par écrit l'information demandée[131]. En pratique, les conditions générales d'assurance prévoient souvent le transfert de cette obligation vers l'employeur. Certaines compagnies remettent à l'employeur des fiches d'information prérédigées, avec la consigne d'en remettre un exemplaire aux travailleuses et travailleurs qui quittent l'entreprise. La question de la responsabilité, dans une telle constellation, en cas de défaut d'information, ne fait pas l'objet d'une solution claire dans la jurisprudence, ni de propositions uniformes dans la doctrine.

Dans les deux cas de figure (LAMal ou LCA), l'obligation d'informer porte aussi bien sur l'existence du droit de passer dans l'assurance individuelle que sur le délai dans lequel la demande doit être présentée.

2. Prestations de l'employeur en cas de résiliation du contrat

Il arrive qu'à la fin des rapports de travail, l'employeur verse à la travailleuse ou au travailleur qui le quitte *des prestations qui n'ont pas directement pour objectif de rémunérer les prestations de travail fournies*. Il en va notamment ainsi de prestations volontaires de l'employeur qui souhaite, par exemple, remercier une collaboratrice ou un collaborateur de longue date, ou encore compenser un départ anticipé[132].

Ces prestations peuvent avoir un impact sur les droits de la travailleuse ou du travailleur aux prestations de l'assurance-chômage et, indirectement, sur sa couverture LAA et LPP.

---

129 Pour une proposition de solution, *cf.* DUPONT, Conflits, pp. 196 s.

130 Pour d'autres difficultés que le devoir d'information, *cf.* FUHRER, N 5.23.

131 *Cf.* FUHRER, N 28.40 et 6.95 ss.

132 Au sujet des montants versés en cas de résiliation abusive, injustifiée ou en temps inopportun, *cf. infra* III.

a) Répercussions sur les prestations de l'assurance-chômage

Conformément à l'art. 11 al. 1 LACI, la perte de travail de la personne assurée qui s'annonce auprès de l'assurance-chômage ne peut être prise en considération, et donc donner droit à l'indemnité de chômage, *que si elle se traduit par un manque à gagner*. Si, à la fin des rapports de travail, celle-ci touche des montants afférents à la période postérieure à leur licenciement[133], comme une indemnité pour résiliation anticipée consensuelle[134], elle ne subit pas de perte de travail à prendre en considération aussi longtemps que l'indemnité perçue couvre l'équivalent du salaire.

Les prestations volontaires de l'employeur[135], qui font l'objet de l'art. 11a LACI, bénéficient d'un régime particulier. Elles n'empêchent d'admettre une perte de gain que dans la mesure où elles dépassent le gain assuré maximum dans l'assurance-chômage, soit CHF 148'200.-[136]. Les montants dépassant cette limite sont alors comptabilisés en compensation du salaire perdu, et privent la travailleuse ou le travailleur du droit aux indemnités de chômage tant et aussi longtemps qu'ils ne sont pas épuisés, compte tenu du salaire réalisé jusque-là[137].

Plus largement, *tant et aussi longtemps qu'il existe un droit au salaire pour la période postérieure à la fin des rapports de travail*[138], il n'y a pas de perte de travail à prendre en considération au sens de l'art. 11 al. 1 LACI.

b) Conséquences pour la couverture LAA

Comme nous l'avons vu plus haut[139], les travailleuses et les travailleurs salariés occupés en Suisse bénéficient d'une couverture contre les accidents qui les protège, en principe, aussi bien contre les conséquences d'un accident professionnel que d'un accident non professionnel (LAA). Cette couverture prend fin à l'échéance du 31e jour qui suit la fin du

---

133 Ce n'est pas le cas d'une rémunération destinée à compenser des heures supplémentaires ou des vacances non prises en nature (*cf.* art. 11 al. 4 LACI).

134 A ce sujet, cf. ATF 145 V 188, c. 3.3.

135 Sont réputées prestations volontaires de l'employeur les prestations allouées en cas de résiliation de rapports de travail régis par le droit privé ou par le droit public qui ne constituent pas des prétentions de salaire ou d'indemnités pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail (art. 10a de l'Ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage [OACI ; RS 837.02]).

136 Art. 11a al. 2 *cum* 3 al. 2 LACI et 22 al. 1 OLAA.

137 Pour davantage d'explications et des exemples chiffrés, voir la contribution de FRANÇOIS CHANSON, dans cet ouvrage, pp. 135 ss.

138 A ce sujet, *cf. infra* III.B.

139 *Cf. supra* II.A.3.

droit à un demi-salaire au moins[140]. Les personnes bénéficiant des indemnités de chômage bénéficient également d'une couverture par l'assurance-accidents[141].

Dans les deux hypothèses évoquées au début de ce chapitre[142], les travailleuses et les travailleurs concernés voient leur droit au salaire prendre fin avec l'échéance des rapports de travail[143]. *Si l'indemnité perçue, ou à tout le moins la part qui doit être prise en considération par l'assurance-chômage, excède l'équivalent d'un mois de salaire*, leur couverture LAA en tant que personne salariée prendra fin après l'écoulement du délai de 31 jours, sans qu'une nouvelle couverture en tant que bénéficiaire des indemnités de chômage ne prenne le relai. Il peut ainsi en résulter une lacune de couverture. A défaut de couverture LAA, les travailleuses et les travailleurs concernés, victimes par hypothèse d'un accident avant de pouvoir bénéficier des indemnités de chômage, verraient les soins médicaux pris en charge par leur assurance-maladie (LAMal), ce qui impliquerait qu'ils devraient s'acquitter d'une participation aux coûts[144]. Conséquence plus grave, elles ou ils ne bénéficieraient d'aucune protection en cas d'incapacité de travail consécutive à l'accident.

A notre sens, *cette situation implique un devoir d'information*, tant de la part de l'employeur que de l'assurance-accidents. En effet, une lacune de couverture peut, jusqu'à six mois à tout le moins, être évitée par le biais d'une prolongation conventionnelle de l'assurance[145]. Dans le sens où les prestations volontaires de l'employeur, ou bien les modalités d'une convention de départ, sont le plus souvent négociées individuellement, il est indispensable que la travailleuse ou le travailleur soit spécifiquement rendu attentif aux conséquences des prestations qu'elle ou il accepte pour sa couverture sociale. L'on peut également se demander si les organes de l'assurance-chômage qui détecteraient, à cet égard, un risque de lacune, n'ont pas également l'obligation de renseigner la personne qui s'annonce à eux. Nous pensons en l'espèce que cette obligation peut être déduite de l'art. 27 al. 1 LPGA[146]. Cette question pourrait cependant s'avérer exclusivement théorique, dans la mesure où la prolongation conventionnelle de la couverture LAA doit être convenue avant la fin des rapports de travail et où les personnes concernées s'annoncent souvent à l'assurance-chômage après cette échéance.

---

140 Art. 3 al. 2 LAA.

141 Art. 1a al. 1 let. b LAA.

142 *Cf.* II.B.2.a. Pour le cas d'une résiliation abusive, injustifiée ou en temps inopportun, *cf. infra* III.

143 Rappelons que dans le cadre de la LAA, les indemnités versées en cas de résiliation des rapports de travail ne comptent pas comme salaire (art. 7 al. 2 let. a OLAA).

144 *Cf.* art. 64 al. 2 et 5 LAMal.

145 Art. 3 al. 3 LAA. *Cf. supra* II.A.3.b.

146 Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1).

III. Questions propres aux résiliations abusives, injustifiées ou en temps inopportun

Si les questions que nous avons évoquées dans la partie précédente de cette contribution sont susceptibles de se poser quelle que soit les circonstances dans lesquelles les rapports de travail prennent fin, la résiliation abusive (A), injustifiée (B) ou donnée en temps inopportun (C) peut entraîner des complications additionnelles, en raison notamment de la qualification, par les assurances sociales, des indemnités versées dans ces différentes situations.

A. En cas de résiliation abusive

1. Réglementation en droit privé du travail

Lorsque le congé est donné pour un motif dénué d'un intérêt digne de protection, il peut être considéré comme abusif [147]. L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère, de manière non exhaustive, huit motifs qui, s'ils sont à l'origine du licenciement, permettent de le considérer comme abusif [148]. La partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité, qui est fixée par le juge en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce. Celle-ci sera ajoutée au salaire dû jusqu'à la fin des rapports de travail[149]. S'agissant de son montant, elle ne peut dépasser l'équivalent de six mois de salaire[150]. La partie qui entend demander une telle indemnité doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé[151]. Si l'opposition est valable et que les parties ne s'entendent pas pour maintenir le rapport de travail, la partie qui a reçu le congé peut faire valoir sa prétention à une indemnité. Elle doit agir par voie d'action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, sous peine de péremption[152].

147 DUNAND/LEMPEN/PAERDEMS, N 407 ss.

148 COMM. CT-DUNAND, N 23 ss *ad* art. 336.

149 COMM. CT-DUNAND, N 7 *ad* art. 336a ; DUNAND/LEMPEN/PAERDEMS, N 420.

150 Art. 336a al. 1 et 2 CO. Par exception, le montant de l'indemnité prévue par l'art. 336a al. 3 CO ne peut excéder deux mois de salaire.

151 Art. 336b al. 1 CO.

152 Art. 336b al. 2 CO.

2. Nature de l'indemnité et conséquences pour les assurances sociales

La finalité de l'indemnité prévue par l'art. 336a CO est double. Elle est à la fois punitive et réparatrice, dans ce sens qu'elle permet aussi de compenser l'atteinte résultant de la résiliation[153]. Sa nature est comparable à celle d'une peine conventionnelle[154] et elle s'ajoute au salaire dû jusqu'à la fin des rapports de travail. *Sous l'angle des assurances sociales*, il s'agit de déterminer si elle est soumise à la perception de cotisations sociales. Une réponse positive reviendrait à lui reconnaître un caractère de salaire, ce qui pourrait avoir des effets en termes de durée de la couverture de certaines assurances sociales[155].

Le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence, a toujours considéré que *cette indemnité n'était pas assimilable à un salaire provenant d'une activité lucrative*[156]. Elle ne fait donc pas partie du salaire déterminant au sens de la LAVS et ne donne pas lieu à la perception de cotisations sociales[157].

La nature salariale faisant défaut à l'indemnité de l'art. 336a CO, *elle n'a pas pour effet de rallonger le droit au salaire au sens de l'art. 3 al. 2 LAA*[158], de sorte que le délai de 31 jours au terme duquel la couverture d'assurance prend fin court bel et bien depuis le dernier jour des rapports de travail. La même solution s'impose pour la prévoyance professionnelle[159]. Elle n'empêche pas non plus la travailleuse ou le travailleur de sortir, à l'issue du dernier jour de travail, du cercle des personnes assurées dans le cadre d'une éventuelle police collective d'indemnités journalières en cas de maladie.

Dès lors qu'il ne s'agit pas d'un salaire afférent à la période postérieure à la résiliation des rapports de travail, *elle ne doit pas empêcher de prendre en considération la perte de travail* ouvrant le droit aux indemnités de chômage[160].

Sous l'angle du droit aux prestations, *l'absence de nature salariale signifie que le montant de l'indemnité ne peut être pris en compte dans le calcul du droit aux prestations*, qu'il

153 DUNAND/LEMPEN/PAERDEMS, N 420.
154 ATF 123 III 391.
155 DUC, p. 98.
156 ATF 123 III 391, c. 3b ; ATF 123 V 5 ; TF 4A_571/2008 du 5 mars 2009, c. 5.1 ; TF 4A_310/2008 du 25 septembre 2008, c. 4.
157 OFAS, Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG, N 2097. COMM. CT-DUNAND, N 9 *ad* art. 336a ; DUNAND/LEMPEN/PAERDEMS, N 447.
158 L'art. 7 al. 2 let. a OLAA le confirme. *Cf.* également DUC, p. 101.
159 *Cf.* DUC, p. 102.
160 Sur cette question, *cf. supra* II.B.2.a.

s'agisse des rentes de l'AVS ou de la LPP[161], ou encore du montant des prestations en espèces de l'assurance-accidents ou de l'assurance-chômage.

B. En cas de résiliation injustifiée

1. Réglementation en droit privé du travail

L'art. 337c al. 1 CO prévoit que, lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, la travailleuse ou le travailleur a droit à ce qu'elle ou il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé.

A la différence d'une résiliation abusive au sens des art. 336 ss CO, *une résiliation immédiate du contrat, même injustifiée, met fin aux rapports de travail avec effet immédiat*. Si la résiliation est justifiée parce que l'employeur peut se prévaloir de justes motifs[162], la travailleuse ou le travailleur licencié n'a en principe droit à rien, sinon à son salaire jusqu'au dernier jour des rapports de travail. Si la résiliation est injustifiée, c'est-à-dire si l'employeur ne peut invoquer de justes motifs, elle ou il a droit à deux choses : premièrement, elle ou il peut exiger le paiement de son salaire jusqu'à l'échéance du délai de congé qui aurait dû être respecté[163] ; deuxièmement, elle ou il a droit à une indemnité supplémentaire prévue par l'art. 337c al. 3 CO, dont le montant peut être fixé librement par le juge en tenant compte de toutes les circonstances, mais qui ne peut dépasser six mois de salaire.

2. Nature des indemnités et conséquences pour les assurances sociales

a. Nature des rémunérations versées en application des art. 337c al. 1 et 3 CO

La qualification de ces deux prestations sous l'angle du droit des assurances sociales est importante, et doit être faite de manière distincte pour chacune d'elle.

S'agissant de la première, à savoir le droit à l'équivalent du salaire pendant la durée de congé découlant de l'art. 337c al. 1 CO, l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) considère qu'elle est de nature salariale. En conséquence, elle est soumise à la perception des cotisations sociales à l'AVS/AI/APG et fait partie intégrante du salaire à prendre en

---

[161] Le montant de l'indemnité ne doit ainsi pas être inscrit au compte individuel AVS de la personne assurée, ni pris en compte pour le calcul de la bonification de vieillesse LPP (*cf.* DUC, p. 102).

[162] *Cf.* art. 337b CO. Pour des exemples de justes motifs, *cf.* WYLER/HEINZER, pp. 724 ss.

[163] Art. 337c al. 1 CO.

considération au moment de fixer le droit aux prestations dans ces trois régimes d'assurance[164].

A l'inverse, l'indemnité supplémentaire versée en application de l'art. 337c al. 3 CO n'est pas considérée comme étant de nature salariale. A ce titre, elle échappe au prélèvement de cotisations sociales et ne fait pas partie du salaire déterminant pour le calcul des prestations[165].

b. Conséquences pour les autres assurances sociales

La nature salariale de la rémunération versée en application de l'art. 337c al. 1 CO entraîne un certain nombre de questions pour les autres régimes d'assurance sociale que l'AVS, AI et APG.

Assurance-accidents. Bien que l'art. 3 al. 2 LAA associe la fin de la couverture de l'assurance-accidents à la fin du droit au salaire[166], la rémunération versée en application de l'art. 337c al. 1 CO, malgré sa nature salariale, ne permet pas de reporter la fin de la protection[167]. Elle est en effet assimilée aux « indemnités versées en cas de résiliation des rapports de travail » au sens de l'art. 7 al. 2 let. a OLAA et est, de ce fait, exclue de la notion de salaire déterminante dans le cadre de la LAA[168]. Elle ne donne pas non plus lieu à la perception de primes[169]. En conséquence, le délai de 31 jours prévu par l'art. 3 al. 2 LAA commence à courir le lendemain de la date à laquelle le licenciement avec effet immédiat a été prononcé. Le fait que le licenciement soit, par la suite, qualifié d'injustifié et que l'employeur soit condamné à verser la rémunération prévue par l'art. 337c al. 1 CO n'y change rien. Si la travailleuse ou le travailleur concerné n'a pas prolongé conventionnellement la couverture ou ne retrouve pas immédiatement un autre emploi, il peut ainsi en résulter une lacune de couverture, même si l'intervention de l'assurance-chômage peut réduire ce risque.

Assurance-chômage. Comme nous l'avons vu plus haut[170], le droit à l'indemnité de chômage suppose que la travailleuse ou le travailleur qui la sollicite n'ait pas droit à une rémunération de nature salariale pour la période postérieure à la fin des rapports de travail, ou à une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail[171].

---

164 OFAS, Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG, N 2097.
165 Sur cette question, *cf. supra* III.A.2.
166 *Cf. supra* II.A.3.
167 HERGER, pp. 44 s.
168 HERGER, pp. 31 s.
169 HERGER, pp. 31 s. Moins affirmatif, STAUFFER, p. 531.
170 *Cf. supra* II.B.2.a.
171 Art. 11 al. 3 LACI.

L'indemnisation versée en application de l'art. 337c al. 1 CO fait ainsi obstacle au versement de l'indemnité de chômage[172], contrairement à celle qui l'est en application de l'art. 337c al. 3 CO. En pratique, savoir si la résiliation du contrat de travail est justifiée ou non est malaisé et donne très souvent lieu à un débat judiciaire. Pendant cette période d'incertitude, dans la mesure où l'on ignore encore si la travailleuse ou le travailleur a droit à l'indemnisation prévue par l'art. 337c al. 1 CO et, donc, aux indemnités de chômage, l'art. 29 LACI prévoit la possibilité, pour la caisse de chômage, de verser les indemnités journalières ; elle est alors subrogée aux droits de la travailleuse ou du travailleur, selon un mécanisme que FRANÇOIS CHANSON a décrit de manière détaillée dans sa contribution à cet ouvrage[173]. *Si, finalement, le licenciement s'avère injustifié*, la caisse de chômage sera remboursée pour les indemnités avancées[174]. *Si, au contraire, il s'avère que l'employeur était légitimé à résilier le contrat de travail avec effet immédiat*, les indemnités de chômage étaient effectivement dues depuis le premier jour de la perte de travail ; en revanche, la chômeuse ou le chômeur fera alors l'objet d'une sanction pour avoir fautivement provoqué son chômage[175], sanction qui prendra la forme d'une suspension du droit à l'indemnité journalière[176]. L'art. 29 LACI ne s'applique toutefois que s'il existe « de sérieux doutes » quant au bien-fondé de la créance envers l'employeur, ou si le recouvrement de la créance est aléatoire, en raison de difficultés économiques ou du comportement de l'employeur[177]. En l'absence de doutes, la perte de travail ne sera pas prise en considération et le droit à l'indemnité de chômage sera nié[178].

Coordination entre l'assurance-chômage, l'assurance-accidents et la prévoyance professionnelle. Comme nous avons déjà eu l'occasion de l'indiquer[179], la personne qui bénéficie des indemnités de chômage est assurée dans le cadre de l'assurance-accidents[180], ainsi que dans le cadre de la prévoyance professionnelle obligatoire contre les risques

172 ATF 143 V 161, c. 3.2.

173 *Cf.* pp. 142 s.

174 En pratique, les montants recouvrés par la caisse auprès de l'employeur sont convertis en indemnités journalières, qui sont ajoutées au nombre d'indemnités journalières auxquelles la personne assurée a droit (SECO, Bulletin LACI IC, C237. RUBIN, N 9 *ad* art. 29).

175 *Cf.* art. 30 al. 1 let. a LACI *cum* 44 al. 1 let. a OACI.

176 La durée de la suspension dépend de la gravité de la faute de la personne assurée (*cf.* art. 45 OACI. En cas de chômage fautif, la faute est en règle générale qualifiée de grave). En pratique, la caisse de chômage attend rarement l'issue du litige en droit du travail pour prononcer la sanction, pour éviter de se voir opposer le délai de péremption de six mois prévus par l'art. 30 al. 3 LACI.

177 RUBIN, art. 11 N 26.

178 RUBIN, art. 11 N 25.

179 *Cf. supra* II.A.3.d.

180 Art. 1a al. 1 let. b LAA.

invalidité et décès[181]. Cette couverture est également donnée si les prestations de l'assurance-chômage sont versées en application de l'art. 29 LACI, quelle que soit l'issue du litige en droit du travail ; elle est maintenue pendant la durée d'une éventuelle suspension des indemnités prononcée par la caisse de chômage[182]. En revanche, si la caisse de chômage refuse d'avancer les prestations conformément à l'art. 29 LACI, motif pris qu'il n'existe pas, selon elle, de doutes sérieux quant à l'obligation de prester de l'employeur, la lacune de couverture est bien réelle.

Prévoyance professionnelle. De la même manière que pour l'assurance-accidents, la résiliation avec effet immédiat provoque instantanément la fin des rapports de prévoyance[183]. En conséquence, la rémunération versée en application de l'art. 337c al. 1 CO ne donne pas lieu au paiement de cotisations à la prévoyance professionnelle, pas même dans le cadre de la prévoyance obligatoire[184]. En conséquence, la travailleuse ou le travailleur concerné verra le montant de sa prestation de libre passage réduit par rapport à ce qu'il aurait été en cas de résiliation ordinaire. Cette différence, qualifiée de « dommage LPP », correspond au montant total de la part patronale des cotisations épargne que l'employeur aurait payé jusqu'à l'échéance ordinaire des rapports de travail[185]. L'on considère que ce dommage est compensé par le biais de l'indemnité prévue à l'art. 337c al. 1 CO[186]. A notre sens, ce dommage devrait également s'étendre à la part employé des cotisations, dans la mesure où il n'est pas établi que celui-ci a pu affecter les montants perçus à des rachats, et où l'absence de ses propres cotisations diminue d'autant les intérêts rémunératoires. La question de savoir si, dans l'hypothèse où un cas d'assurance se réaliserait pendant la lacune de couverture, la travailleuse ou le travailleur, respectivement leurs ayants droit, disposeraient d'une action en responsabilité distincte contre son

181 Art. 1 al. 1 let. a de l'Ordonnance du 3 mars 1997 sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs.

182 Art. 16 al. 4 LAA. Art. 2 al. 2 de l'Ordonnance du 3 mars 1997 sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs.

183 Art. 10 al. 2 let. b LPP. COMM. CT-GLOOR, N 15 *ad* art. 337c.

184 COMM. CT-GLOOR, N 15 *ad* art. 337c.

185 TF 4A_458/2018 du 29 janvier 2020, c. 6.2.1, et les nombreuses références de doctrine citées.

186 TF 4A_458/2018 du 29 janvier 2020, c. 6.2.2. COMM. CT-GLOOR, N 15 *ad* art. 337c ; HERGER, p. 44 (et les nombreuses références citées en note 254).

employeur[187], fondée sur les art. 97 ss CO, respectivement 41 ss CO[188], n'a à ce jour pas été tranchée par les tribunaux[189].

Perte de gain. Notons finalement qu'en matière d'assurance d'indemnités journalières en cas d'incapacité de travail consécutive à une maladie, la travailleuse ou le travailleur sort du cercle des personnes assurées au moment de la fin des rapports de travail, soit à la date du licenciement avec effet immédiat, indépendamment de la question de savoir si ce dernier est justifié ou non. Le fait qu'une prestation de nature salariale soit, dans cette seconde hypothèse, versée *a posteriori* n'y change rien.

C. En cas de résiliation en temps inopportun

1. Réglementation en droit privé du travail

Les art. 336c et 336d CO protègent les parties au contrat de travail contre toute résiliation qui serait donnée en temps inopportun[190]. Ainsi, *l'employeur ne peut pas, après l'échéance du temps d'essai, résilier le contrat de son employée ou de son employé pendant certaines périodes* durant lesquelles ceux-ci sont plus exposés. L'art. 336c al. 1 CO donne une liste exhaustive des situations offrant cette protection[191].

Si le congé est donné pendant une période de protection, ce dernier est considéré comme nul et il ne produit aucun effet[192]. S'il est donné avant qu'une telle période ne commence, sans pour autant que le délai de congé n'ait expiré auparavant, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période de protection[193]. Cette dernière ne permet donc pas de faire indéfiniment obstacle à la fin des rapports de travail. Un congé notifié en temps inopportun ou avant le début d'une période de protection ne donne pas lieu, s'il n'est pas par ailleurs abusif [194], à une indemnisation spécifique, autre que le droit au salaire jusqu'au terme des rapports de travail.

---

187 Même si la prévoyance professionnelle doit intervenir parce que la personne assurée était au bénéfice des indemnités de chômage, elle peut, respectivement ses ayants droit peuvent subir un dommage car la prévoyance professionnelle des chômeurs se limite à la prévoyance obligatoire, dont les prestations sont inférieures à celle d'un plan plus étendu éventuellement souscrit par l'employeur.

188 Les ayants droit ne sont en effet pas partie au contrat de travail et ne pourraient déduire de droit de la violation du contrat.

189 HERGER, p. 44.

190 DUNAND/LEMPEN/PAERDEMS, N 424 ss ; COMM. CT-AUBRY GIRARDIN, N 1 ss *ad* art. 336c.

191 COMM. CT-AUBRY GIRARDIN, N 1 et N 19 ss *ad* art. 336c.

192 Art. 336c al. 2 CO.

193 Art. 336c al. 2 CO.

194 *Cf. supra* III.A.

2. Conséquences en matière d'assurances sociales

D'une manière générale, la résiliation du contrat de travail en temps inopportun n'entraîne pas de conséquences particulières en matière d'assurances sociales. Si le licenciement est nul, la situation juridique de la travailleuse ou du travailleur n'est pas modifiée. Si le licenciement est valable, mais que le délai de congé est prolongé, sa situation juridique reste en principe la même jusqu'à la fin des rapports de travail.

Il faut néanmoins prendre garde aux *conséquences assécurologiques qui peuvent découler de la fin du droit au salaire* intervenant pendant la durée du délai de congé prolongé. Si le droit au salaire prend fin, le délai de 31 jours prévu par l'art. 3 al. 2 LAA commence à courir et, à son terme, la travailleuse ou le travailleur concerné ne sera plus couvert par l'assurance-accidents, à moins d'avoir convenu avec l'assureur d'une prolongation conventionnelle[195].

Lorsque la couverture d'assurance ne dépend pas du droit au salaire, mais de l'existence d'un rapport de travail, ce qui est le cas dans la prévoyance professionnelle, elle est maintenue sans changement. Il doit également en aller ainsi dans l'assurance collective d'indemnités journalières, la travailleuse ou le travailleur ne quittant pas le cercle des personnes assurées aussi longtemps qu'elle ou il bénéficie d'un contrat de travail valable.

IV. Conclusion

Cette contribution a été l'occasion de souligner une fois encore l'étroite relation qui existe entre les rapports de travail et la couverture sociale. Du fait de cette relation, la fin des rapports de travail a nécessairement des effets sur les différents régimes d'assurance sociale. *En cas de résiliation ordinaire des rapports de travail, ces effets sont relativement bien connus et identifiés*, à tout le moins pour les employeurs. Ils ne le sont en revanche pas nécessairement pour les travailleuses et les travailleurs, qui doivent bénéficier d'une information complète et exacte, au moment pertinent. Le fait que l'obligation d'informer soit « dispatchée » entre les différents intervenants crée à cet égard un certain risque, tout comme l'absence de palliatif assécurologique en cas de violation par l'employeur de son obligation d'informer. La voie de la responsabilité contractuelle est, en pratique, un pis-aller.

En cas de résiliation abusive ou de résiliation injustifiée des rapports de travail, la qualification des montants que l'employeur peut se trouver devoir est également de nature

[195] *Cf. supra* II.A.3.b.

*à entraîner des difficulté*s et, cas échéant, des lacunes de couverture dont il n'est pas certain qu'elles aient été envisagées et voulues par le législateur.

Dans tous les cas, la protection sociale de la travailleuse ou du travailleur dont les rapports de travail prennent fin *dépend sans doute un peu trop des informations qu'elle ou il recevra et des démarches individuelles qu'elle ou il entreprendra*, à commencer par l'annonce à l'assurance-chômage. Si elle ou s'il y renonce, par exemple parce qu'elle ou il sait que le droit aux indemnités journalière ne lui sera pas ouvert en raison d'une période insuffisante de cotisation, le niveau de sa protection sociale sera difficile à maintenir, sauf si elle ou il retrouve rapidement un autre emploi.

Bibliographie

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Vol. II (Les droits fondamentaux), 3e éd., Berne 2013.

DUC JEAN-LOUIS, Effets de la résiliation du contrat de travail dans le domaine des assurances sociales, *in* : Gabriel Aubert (édit.), Journée 1990 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1990, pp. 89-109.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/LEMPEN KARINE/PAERDEMS ELSA, Droit du travail, Bâle 2020.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013 (cité : COMM. CT-AUTEUR).

DUPONT ANNE-SYLVIE, L'impact des conflits au travail sur le droit aux prestations des assurances, *in* : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), Conflits au travail : prévention, gestion, sanctions, Genève/Zurich/Bâle 2015, pp. 179-202 (cité : DUPONT, Conflits).

DUPONT ANNE-SYLVIE, La compensation financière de l'incapacité de travail, RDS 1/138 (2019), pp. 37-59 (cité : DUPONT, RDS).

DUPONT ANNE-SYLVIE, Une cuvée intéressante, mais…, Plaidoyer 6/2020, pp. 26-31 (cité : DUPONT, Plaidoyer).

DUPONT ANNE-SYLVIE, La protection des travailleuses et des travailleurs frontaliers en cas d'incapacité de travail due à la maladie, REAS 2020, pp. 404-407 (cité : DUPONT, REAS).

DUPONT ANNE-SYLVIE/MOSER-SZELESS MARGIT (édit.), Loi sur la partie générale des assurances sociales. Commentaire romand, Bâle 2018 (cité : CR LPGA-AUTEUR).

FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE/LEUZINGER SUSANNE/PÄRLI KURT, Unfallversicherungsgesetz. Basler Kommentar, Bâle 2019 (cité : BK UVG-AUTEUR).

FRÉSARD JEAN-MAURICE/MOSER-SZELESS MARGIT, L'assurance-accidents obligatoire, *in* : Ulrich Meyer (édit.), Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Vol. XIV, Bâle 2016, pp. 887-1171.

FUHRER STEPHAN, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zurich/Bale/Genève 2011.

GLOOR WERNER, Licenciement immédiat et incapacité de travail due à la maladie, ARV/DTA 3/2014, pp. 153-171.

HERGER ANTONIA, Die sozialversicherungsrechtlichen Folgen einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung, Zurich/Saint-Gall 2018.

KONRAD HANSPETER/LAUENER MICHAEL, Einführung von Art. 47a BVG aufgrund der Revision des Ergänzungsleistungsgesetz (ELG). Auswirkungen auf die berufliche Vorsorge, RSAS 5/2020, pp. 229-239.

RANZANICI IVANO, Les effets de l'incapacité de travailler pour cause d'une maladie successive à la résolution du contrat de travail, *in* : Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (édit.), Regards croisés sur le droit du travail. Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Genève 2015, pp. 271-284.

RUBIN BORIS, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Zurich 2014.

SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ/GÄCHTER THOMAS/GEISER THOMAS (édit.), LPP et LFLP. Commentaire de droit suisse des assurances sociales, Berne 2020 (cité : COMM. LPP/LFLP-AUTEUR).

STAUFFER HANS-ULRICH, Die sozialversicherungsrechtliche Behandlung der Ansprüche aus Art. 337c OR, RSAS 6/1997, pp. 522-533.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag. Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7e éd., Zurich 2012.

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 2e éd., Berne 2019.