artias
association romande et tessinoise
des institutions d'action sociale

DOSSIER DU MOIS

L'ASSURANCE PERTE GAIN MALADIE OBLIGATOIRE : LA GRANDE ABSENTE DU SYSTÈME ACTUEL DE SECURITÉ SOCIALE

Dossier du mois préparé par Pierre-Yves Carnal, spécialiste en assurances sociales avec brevet fédéral, praticien et formateur d'adultes, chef de service (affaires juridiques) au sein de l'office de l'assurance-chômage du canton de Berne.

Avec la collaboration de Camille Zimmermann, juriste à l'Artias.

CC BY NC

Juin 2025

Avertissement : Le contenu des « *dossiers du mois* » de l'ARTIAS n'engage que leurs auteur-e-s

À PROPOS DE L'AUTEUR

Titulaire du master en administration publique de l'IDHEAP et spécialiste en assurances sociales avec brevet fédéral, **Pierre-Yves Carnal** est praticien et formateur d'adultes en matière d'assurances sociales. Il est actuellement chef de service (affaires juridiques) au sein de l'office de l'assurance-chômage du canton de Berne. Il est également l'auteur de plusieurs articles parus dans des revues spécialisées, portant entre autres sur les enjeux actuels et futurs des assurances sociales, le droit international de la sécurité sociale, les prestations d'assurances sociales, l'organisation de l'assurance-chômage et la TVA et les assurances sociales : aperçu général et actualité (Jusletter, 2024). Il est coauteur avec Nicolas Bovey du livre Le financement des assurances sociales (Schulthess, 2015) et auteur du livre Le troisième pilier en Suisse, Aperçu général et enjeux autour de la prévoyance individuelle liée (LEP, 2022).

Avec la collaboration de **Camille Zimmermann**, juriste à l'Artias, responsable de la veille législative et judiciaire en droit des assurances sociales ainsi que des fiches fédérales du Guide social romand et doctorante en droit du travail.

RESUMÉ

Une couverture maladie perte de gain obligatoire n'existe toujours pas dans notre pays, en particulier pour les salariés. Pourtant, depuis l'adoption en 1890 de l'article 34 bis de l'ancienne Constitution fédérale de 1874 jusqu'aux années nonante en particulier, les essais de rendre obligatoire l'assurance perte de gain maladie n'ont pas manqué de la part du Conseil fédéral, des partis politiques et des partenaires sociaux. Ces projets, quels que soient leur contenu et leurs modalités, n'ont jamais trouvé grâce auprès du Parlement fédéral, du peuple et/ou des cantons. Or, plusieurs assurances sociales (assurance-invalidité, assurance-accidents, etc.) garantissent l'octroi d'un revenu de substitution de manière obligatoire, pendant une mesure de réadaptation ou en cas d'accident, par exemple.

A ce jour, deux formes de protection existent pour protéger le travailleur contre la perte de gain maladie : le maintien du salaire selon le Code des obligations (CO)[1], d'une part, et l'assurance d'indemnités journalières, selon la Loi sur l'assurance-maladie (LAMal)[2] et la Loi sur le contrat d'assurance (LCA)[3], d'autre part. Au sens du CO, si l'employeur n'a conclu aucune assurance collective d'indemnités journalières, le salarié ne peut compter que sur une protection limitée dans le temps et à certaines conditions. Et les chiffres disponibles sont plutôt laconiques, rendant très difficile l'appréhension de cette réalité. C'est un problème en soi. Par ailleurs, la problématique en question présente plusieurs enjeux : égalité de traitement entre les salariés, sécurité juridique, etc. Des réponses peuvent être apportées à l'absence d'une perte de gain maladie obligatoire selon plusieurs options.

Dans le but de réaliser ce dossier, nous avons contacté des chambres économiques, des syndicats et des services sociaux actifs en Suisse romande afin de connaître leur point de vue et d'obtenir des informations. Ces acteurs nous ont alors répondu presque d'une même voix : oui, c'est un thème important, non, nous n'avons aucun chiffre disponible à cet effet. Un syndicat a tout de même mis en avant la réalité suivante : les travailleurs sont souvent surpris d'apprendre qu'ils ne peuvent pas compter sur une assurance perte de gain maladie obligatoire, cela lorsqu'ils subissent une incapacité de travail suite à une maladie.

Ce dossier a pour buts de faire connaître la thématique, de sensibiliser le tout public sur l'absence d'une assurance perte de gain maladie obligatoire notamment en termes d'enjeux, d'analyser l'actualité en lien avec les interventions parlementaires actuelles et d'apporter une contribution au débat actuel.

Dans ce dossier, les terminologies masculines s'entendent également au féminin.

[1] Loi fédérale complétant le Code civil suisse (livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (RS 220).
[2] Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (RS 832.10).
[3] Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (RS 221.229.1).

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION **6**

1. Mise en contexte **7**

1.1 Présentation de la problématique, définitions et objet du dossier 7

1.1.1 La problématique *7*

1.1.2 Maladie, incapacité de travail et autres notions *7*

1.1.3 Incapacité de travail et formes de protection *10*

1.1.4 Rapports de travail de droit privé et de droit public *11*

1.1.5 Question de recherche *11*

1.2 La situation en chiffres 12

1.2.1 Généralités *12*

1.2.2 Chiffres CGPS et des autorités fédérales *13*

1.2.3 Autres chiffres *14*

1.2.4 Synthèse *18*

1.3 Historique et actualité 19

1.3.1 Sur le plan du droit international de la sécurité sociale *19*

1.3.2 Sur le plan du droit interne *20*

1.3.3 Synthèse *25*

1.4 Les assurances sociales et la fonction de garantie d'un revenu social de substitution 27

1.4.1 Généralités *27*

1.4.2 Les différentes indemnités journalières et allocations *28*

1.4.3 Synthèse *35*

2. La réglementation actuelle de l'incapacité de travail due à une maladie **36**

2.1 L'assurance d'indemnités journalières maladie selon la LAMal 36

2.1.1 Généralités *36*

2.1.2 La procédure applicable *45*

2.1.3 Coordination *46*

2.2 L'assurance d'indemnités journalières maladie selon la LCA 58

2.2.1 La LCA : généralités *58*

2.2.2 L'assurance d'indemnités journalières maladie LCA *66*

2.2.3 Synthèse et comparaisons *75*

2.3 La poursuite du paiement du salaire en cas d'empêchement de travailler 82

2.3.1 Généralités 82

2.3.2 Régime légal/de base et régime complémentaire conventionnel 83

2.3.3 Régime dérogatoire conventionnel 85

2.3.4 Régime de l'assurance obligatoire 87

2.3.5 Les droits du travailleur à la fin des rapports de travail 88

2.3.6 La protection du travailleur en cas d'incapacité de travail de longue durée 89

3. Enjeux et recommandations 91

3.1 Enjeux 91

3.1.1 En général 91

3.1.2 Coordination en présence ou en l'absence d'assurance perte de gain maladie 94

3.1.3 Synthèse 97

3.2 Options possibles 98

3.2.1 Options générales 98

3.2.2 Option spécifique 100

CONCLUSIONS 103

INTRODUCTION

Dans la première partie, consacrée à la mise en contexte de la thématique traitée dans ce dossier, nous présentons, en premier lieu, la problématique, définissons la maladie sous l'angle de la perte de gain et soulignons son objet (chapitre 1.1). En deuxième lieu, cette première partie met en exergue quelques chiffres en la matière qui émanent de plusieurs sources (chapitre 1.2). Dans un troisième temps, nous retraçons les étapes historiques quant aux velléités et intentions visant à répondre à l'absence d'une assurance perte de gain maladie obligatoire (chapitre 1.3). Enfin cette première partie s'achève par une analyse de la fonction de garantie d'un revenu social de substitution au sens des assurances sociales et un comparatif entre les assurances sociales qui versent des allocations et celles qui versent des indemnités journalières (chapitre 1.4).

La deuxième partie de ce dossier est dédiée à la réglementation actuelle concernant l'incapacité de travail due à une maladie, qui découle notamment du CO, de la LAMal et de la LCA. Dans ce cadre, nous présentons les règles de coordination majeures pour ce qui est des indemnités journalières et établissons un comparatif entre les assurances d'indemnités journalières LAMal et LCA (chapitre 2.1 à 2.3).

Puis, dans la troisième partie de ce dossier, nous mettons en avant les enjeux qui découlent de l'absence d'une perte de gain maladie obligatoire. Par ailleurs, cette partie expose également les différentes options possibles visant à améliorer le système ou à introduire une assurance perte de gain maladie obligatoire (chapitres 3.1 et 3.2).

Enfin, ce dossier émet des conclusions générales.

Ensuite, nous nous demandons comment le droit de l'aide sociale a intégré les obligations en matière de droit international et constitutionnel qui concernent les enfants. Plus précisément, quelle place est dévolue aux enfants dans les normes CSIAS et comment « la protection particulière de leur intégrité et (…) l'encouragement de leur développement » sont assurés ? Paola Stanić, doctorante et juriste à l'Artias, a rédigé cette partie du dossier.

Nous concluons ce dossier par des considérations et des recommandations visant à améliorer la prise en considération des droits des enfants dans l'aide sociale et, plus généralement, au sein de l'action sociale et des politiques familiales et de l'enfance et de la jeunesse.

1. MISE EN CONTEXTE

1.1 Présentation de la problématique, définitions et objet du dossier

Ce chapitre vise à exposer la problématique, définir des notions fondamentales telles que la maladie et l'incapacité de travail, présenter succinctement les formes de protection y relatives et souligner la distinction entre les rapports de travail de droit privé et de droit public.

1.1.1 La problématique

Une couverture perte de gain maladie obligatoire n'existe toujours pas dans notre pays, en particulier pour les personnes qui exercent une activité lucrative et qui sont inscrites à l'assurance-chômage ! Certes, une partie des salariés sont assurés en la matière dans le cadre d'un contrat collectif conclu par leur employeur. Il n'en demeure pas moins que, encore aujourd'hui, certains d'entre eux ne peuvent compter que sur un salaire de trois semaines pendant la première année de service selon le Code des obligations (CO) lorsqu'ils tombent malade. Alors que la maladie représente un des risques majeurs de l'existence, la couverture minimale prévue à ce jour peut avoir des conséquences dramatiques. Cette question doit redevenir une thématique politique prioritaire. L'enjeu est de taille : si une assurance perte de gain maladie obligatoire existait, la Suisse pourrait se targuer d'offrir une sécurité sociale cette fois complète, les employeurs ne devraient plus se soucier d'une éventuelle couverture d'assurance et les salariés seraient rassurés une fois pour toutes.

Une telle couverture à ce jour est donc une affaire personnelle ; elle peut être prévue par l'employeur.
Et une question se pose : comment se fait-il qu'une telle lacune demeure encore aujourd'hui, alors que l'assurance est obligatoire pour l'accident professionnel, non professionnel et la maladie professionnelle[4], au sens de la Loi sur l'assurance-accidents (LAA)[5] ?

1.1.2 Maladie, incapacité de travail et autres notions

L'assurance perte de gain maladie ou d'indemnités journalières pour cause de maladie vise à protéger l'assuré contre la perte de revenus en cas d'incapacité de travail.

Le risque maladie est défini par la Loi sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)[6], comprenant la dernière révision du 21 juin 2019 entrée en vigueur le 1er janvier 2021. Ainsi, la maladie représente une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique, qui n'est pas due à un accident, et qui exige un examen ou un traitement médical ou provoque une incapacité de travail, voire une incapacité de gain[7] .

---

[4] Pour les détails sur les risques couverts par l'assurance-accidents, voir le point suivant sur la définition de la maladie et, plus loin, le chapitre sur les assurances sociales et la fonction sociale de garantie d'un revenu de substitution et l'indemnité journalière de l'assurance-accidents.
[5] Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (RS 832.29).
[6] Loi sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) du 6 octobre 2000 (RS 830.1).
[7] Art. 3 al. 1 LPGA.

L'accident est considéré comme (1) toute atteinte dommageable, (2) soudaine et (3) involontaire, (4) portée au corps humain par une cause extérieure extraordinaire (5) qui compromet la santé physique, mentale ou psychique ou qui entraîne la mort[8]. Ces cinq conditions doivent être remplies cumulativement pour considérer une atteinte à la santé comme un accident.

La maladie se distingue également de l'infirmité congénitale, de l'impotence et l'invalidité.

Est réputée infirmité congénitale toute maladie présente à la naissance accomplie de l'enfant[9] . Toute personne est considérée comme impotente lorsque, en raison d'une atteinte à sa santé, elle a besoin de façon permanente de l'aide d'autrui ou d'une surveillance personnelle pour accomplir des actes élémentaires de la vie quotidienne[10].

L'invalidité, de son côté, est définie comme l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée[11]. Est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur le marché du travail équilibré qui entre en considération, si cette diminution résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles (art. 7 LPGA).

Par ailleurs, la maladie peut être professionnelle ou non professionnelle. Le droit des assurances sociales définit la notion de maladie professionnelle.

Comme pour les accidents professionnels et non professionnels, les maladies professionnelles relèvent d'une assurance sociale obligatoire, la LAA.
Les maladies professionnelles sont dues exclusivement ou de manière prépondérante, dans l'exercice de l'activité professionnelle, à des substances nocives ou à certains travaux. C'est la condition préalable à l'indemnisation : les prestations d'assurance prévues par la LAA, par exemple les indemnités journalières, sont allouées aussi en cas de maladie professionnelle, en principe, selon l'art. 6 al. 1 LAA. Une liste de ces substances ainsi que de ces travaux et des affections qu'ils provoquent est établie (Annexe 1 de l'Ordonnance sur l'assurance-accidents (OLAA)). Cette double condition (désignation du travail et définition de l'affection) permet de distinguer la maladie professionnelle de la maladie ordinaire. Sont aussi réputées maladies professionnelles les autres maladies dont il est prouvé qu'elles ont été causées exclusivement ou de manière nettement prépondérante par l'exercice de l'activité professionnelle. La définition de la maladie professionnelle combine ainsi une clause générale avec une liste établie à cet effet. Sauf disposition contraire, la maladie professionnelle est assimilée à un accident professionnel dès le jour où elle s'est déclarée, c'est-à-dire au moment où la personne atteinte doit se soumettre pour la première fois à un traitement médical ou est incapable de travailler, conformément à l'art. 6 LPGA[12].

A contrario, toute maladie, qui n'est pas professionnelle au sens des articles LAA ci-dessus, est réputée non professionnelle. La notion de maladie non professionnelle n'est mentionnée nulle part dans la législation fédérale. Il ne s'agit donc pas d'une notion officielle au niveau fédéral. Dans le domaine des assurances sociales, seules les notions de maladie (au sens de l'art. 3 al. 1 LPGA) et de maladie professionnelle (au sens de l'art. 9 LAA) sont reconnues. En pratique toutefois, la doctrine en lien avec le droit du travail fait une distinction supplémentaire pour ce qui est des maladies au sens de la LPGA. Ainsi, la doctrine différencie les maladies qui peuvent être associées au travail mais qui ne remplissent pas les conditions de la LAA pour être qualifiées de maladie

[8] Art. 4 LPGA.
[9] Art. 3 al. 2 LPGA.
[10] Art. 9 LPGA.
[11] Art. 8 al. 1 LPGA.
[12] Art. 9 LAA, guide SUVA de l'assurance contre les accidents, 2008, pages 27 ss.

professionnelle, des maladies « ordinaires » sans lien avec l'activité professionnelle. Les maladies pouvant être associées au travail consistent par exemple en des douleurs dorsales observées dans les métiers impliquant des travaux corporels lourds, tels que le métier de plâtrier[13]. Dans le système des assurances sociales, ces deux notions découlant du droit du travail relèvent de la définition de la « maladie » au sens de la LPGA, respectivement de la LAMal. Compte tenu de ces éléments et afin de simplifier la lecture du présent dossier, seul le terme maladie est utilisé dans la suite de ce document et désigne les maladies au sens de la LPGA qui peuvent être associées au travail mais qui ne sont pas considérées comme des maladies professionnelles au sens de la LAA et les maladies ordinaires qui ne découlent pas de l'activité professionnelle.

La maladie, comme atteinte à la santé, lorsqu'elle survient, a un effet négatif sur le bien-être de la personne et, en cas d'incapacité de travail (ou d'empêchement de travailler au sens de l'art. 324 a CO), entrave la capacité de gain du salarié, cela dans une mesure plus ou moins importante.

La référence à l'incapacité de travail est fondamentale pour l'octroi d'indemnités journalières en cas de maladie et d'accident, au sens de la Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal), de la LAA et de la Loi sur le contrat d'assurance (LCA), entre autres.

De son côté, en droit des assurances sociales, l'incapacité de travail représente toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique. Par ailleurs, en cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité[14].

Précisons la notion d'incapacité de travail : tout d'abord, selon la définition de l'art. 6 LPGA, l'incapacité de travail correspond à l'impossibilité immédiate d'accomplir, pour des raisons médicales, tout ou partie des prestations de travail que le travailleur s'est engagé à fournir en faveur d'un employeur. En principe, l'incapacité de travail est perçue comme une période temporaire. L'incapacité de travail se réfère à l'existence d'une atteinte à la santé, considérée comme une altération de la santé ou un dysfonctionnement du corps humain, sans égard pour la cause de cette atteinte, au sens de cette définition. Cette définition suppose ensuite que la personne concernée ne soit plus en mesure fonctionnellement d'assumer toutes ou une partie de ses responsabilités professionnelles habituelles. Enfin, un lien de causalité naturelle est nécessaire entre l'atteinte à la santé et l'incapacité de travail, autrement dit une relation de cause à effet, cela en tenant compte du fait que l'atteinte à la santé ne doit pas être nécessairement la cause exclusive de l'incapacité de travail.

L'incapacité de travail représente une notion importante au sens du droit des assurances sociales. Premièrement, elle est une condition préalable à l'obtention de certaines prestations. Par exemple, la rente d'invalidité, au sens de la Loi sur l'assurance-invalidité (LAI)[15], est octroyée, entre autres, à la condition que la personne assurée ait présenté une incapacité de travail d'au moins 40 % en moyenne durant une année et sans interruption notable. Deuxièmement, l'incapacité de travail permet l'octroi de prestations spécifiques, en particulier en espèces et en nature.

---

[13] Arrêt du Tribunal fédéral 8C_1029/2009 du 11 janvier 2010, consid. 2.2.2 ; arrêt de la Cour de justice de Genève ATAS/680/2022 du 2 août 2022, consid. 5.5.

[14] Art. 6 LPGA. Cette règle signifie concrètement que la caisse-maladie, respectivement l'assureur privé peut exiger de la personne assurée de changer d'activité à certaines conditions et dans un certain délai. Cette règle pose des problèmes pratiques. Dans la mesure où l'employeur a conclu une assurance perte de gain, il existe un risque important que l'assureur LAMal ou LCA mette un terme aux prestations après une période de six mois, en invoquant l'exigibilité d'une activité de substitution. La personne assurée qui voudrait s'y opposer se retrouverait dans la situation de devoir agir en justice.

[15] Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (RS 831.20).

Ainsi, les indemnités journalières LAA sont versées si l'assuré est totalement ou partiellement incapable de travailler, dès le troisième jour qui suit l'accident respectivement la maladie professionnelle, et les mesures d'intervention précoce de la LAI s'adressent en particulier aux personnes en incapacité de travail, dans le but de les maintenir à leur poste de travail[16].

En droit des assurances privées (LCA), la notion d'incapacité de travail, comme risque assuré possible, relève du contrat. En pratique, le contrat se réfère souvent à la définition adoptée par le droit des assurances sociales.

1.1.3 Incapacité de travail et formes de protection

L'incapacité de travail joue un rôle essentiel afin de déterminer si une assurance sociale à titre obligatoire est susceptible d'intervenir en faveur de la personne assurée et, si cela est le cas, laquelle, pour quels risques et selon quelles modalités ou conditions. Comme déjà dit, l'incapacité de travail suite à un accident est couverte mais celle découlant d'une maladie, telle que nous l'entendons au sens de ce dossier[17], ne constituant pas une maladie professionnelle ne l'est par aucune assurance sociale obligatoire.

La couverture de la personne concernée en cas de maladie non professionnelle dépend alors de son statut (travailleur salarié ou indépendant) et, s'il en existe une, du type de forme choisie.

La personne de condition indépendante ne bénéficie d'aucune protection sociale à titre obligatoire en cas d'incapacité de travail, qu'elle qu'en soit sa cause. Il en est de même pour la personne sans activité lucrative. Le chômeur, de son côté, peut compter sur une protection mais d'une durée limitée, cela en cas de maladie, au sens de la Loi sur l'assurance-chômage et insolvabilité[18] (LACI)[19].

La personne salariée, de son côté, peut compter sur deux formes de protection face à l'incapacité de travail due à une maladie : le droit au salaire selon l'art. 324 a CO, qui correspond à l'obligation de l'employeur de continuer à verser le salaire du travailleur durant un temps déterminé en cas d'empêchement de travailler sans faute de sa part et l'assurance d'indemnités journalières (IJ) facultative, conclue par l'employeur sous le régime de la LAMal ou de la LCA[20].

Par ailleurs, mentionnons la protection contre les licenciements de l'art. 336 c al. 1 let. b et al. 2 CO, qui se rapporte à la résiliation en temps inopportun de la part de l'employeur et qui protège le travailleur, notamment en cas de maladie, pendant un certain délai.

Après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat, pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputable à la faute du travailleur, et cela

- durant 30 jours au cours de la première année de service ;
- durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service et
- durant 180 jours à partir de la sixième année de service (al. 1 let. b).

---

[16] Art. 7d al. 1 let. b et 28 al. 1 let. b LAI et 16 al. 1 et 17 al. 1 LAA.

[17] Voir note de bas de page N°13.

[18] Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (RS 837.0).

[19] Anne-Sylvie Dupont, La compensation financière de l'incapacité de travail, Etude de l'Université de Neuchâtel, 2019. Voir plus loin le chapitre sur les assurances sociales et la fonction de garantie d'un revenu social de substitution, notamment pour ce qui de l'indemnité journalière AI et de l'indemnité journalière de chômage.

[20] Pour le développement de la réglementation de la poursuite du versement du salaire et des assurances d'indemnités journalières, voir plus loin les chapitres suivants consacrés à ces thématiques.

Le congé donné pendant l'une de ces périodes est nul. Si le congé a été donné avant l'une de ces périodes et si le délai de congé n'a pas expiré avant cette période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période (al. 2).

En règle générale, la durée de protection selon l'art. 336c al. 1 let. b et al. 2 CO est plus longue que la période durant laquelle l'employeur doit le salaire selon l'art. 324a CO.
La question de la perte de gain maladie se situe donc à l'interface entre le droit du travail (au sens du CO dans ce dossier), le droit des assurances sociales (au sens de la LAMal) et celui des assurances privées (au sens de la LCA).

1.1.4 Rapports de travail de droit privé et de droit public

Les normes du CO sur le contrat de travail sont relatives aux rapports de droit privé. C'est sur ces relations de travail de droit privé spécifiques que nous nous penchons dans ce dossier. Les normes relatives aux rapports de droit privé se distinguent de celles qui régissent les rapports de droit public qui sont soumis à d'autres dispositions (Loi sur le personnel de la Confédération (LPers)[21] et textes législatifs cantonaux et communaux y relatifs), ces dernières pouvant renvoyer aux règles du CO.

Ainsi, par exemple, selon l'art. 56 de l'Ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers), en référence à l'art. 29 LPers relatif à l'empêchement de travailler en cas d'incapacité de travail suite à une maladie ou à un accident, l'employeur verse à l'employé l'intégralité de son salaire pendant 12 mois. Par ailleurs, au terme de ce délai, l'employeur verse à l'employé 90 % du salaire pendant douze mois. L'art. 56 OPers dispose également que les prestations visées ci-dessus sont allouées à condition qu'un certificat médical soit produit et que les ordres du médecin soient suivis. Par ailleurs, l'autorité compétente peut demander que l'employé soit examiné par un médecin-conseil ou par le service médical.

Autre exemple, celui de la Loi sur le personnel du Canton de Berne (LPers-BE)[22]. Les agents qu'une maladie ou un accident non imputable à une faute de leur part empêche de fournir une prestation de travail touchent la totalité ou une partie de leur traitement (salaire) pendant une période limitée. Le Conseil-exécutif règle les modalités de détail par voie d'ordonnance. L'art. 52 de l'Ordonnance sur le personnel du canton de Berne (OPers-BE) prescrit notamment le montant et la durée des paiements qui s'élèvent à 100% du salaire pendant la première année et à 90% du salaire pendant la deuxième année. Le traitement continue donc d'être versé pendant deux ans au maximum.

1.1.5 Question de recherche

Ce dossier a pour objet prioritaire les conséquences de l'absence d'une assurance obligatoire pour les travailleurs/salariés, cela sous l'angle du risque de perte de gain ou de revenu de remplacement temporaire en cas d'incapacité de travail suite à une maladie.

[21] Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (RS 172.220.1).
[22] Loi sur le personnel du Canton de Berne du 16 septembre 2004 (RSB 153.01).

1.2 La situation en chiffres

Le but de ce chapitre est de pouvoir cerner la problématique sur la base de chiffres provenant notamment des autorités fédérales compétentes, mais aussi d'en retenir l'essentiel.

1.2.1 Généralités

D'après le Système européen de statistiques intégrées de la protection sociale (SESPROS/Eurostat[23]), le congé payé en cas de maladie compense un manque à gagner des salariés dû à un problème de santé temporaire (maladie ou accident). Il peut être pris en charge tant par les assurances (indemnités journalières) que par les employeurs (maintien du salaire).

Plusieurs types de statistiques existent pour appréhender la réalité de la perte de gain maladie dans notre pays. Les chiffres en la matière émanent des comptes globaux de la protection sociale (CGPS) publiés par l'Office fédéral de la statistique (OFS), du compte global des assurances sociales (CGAS), publiés par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) et des données fournies par l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) et de la Finma, l'autorité de surveillance des marchés financiers.

Les CGPS représente une statistique de synthèse sur les finances de la protection sociale, établie selon la méthodologie du SESPROS, qui montre l'évolution des dépenses pour les prestations sociales. Les chiffres en la matière sont présentés par fonction (dénommées vieillesse, maladie et soins de santé, etc.), par régime (assurance indemnités journalières (IJ) LCA, couvertures de salaire selon le CO, etc.) et par type de recettes. Il s'agit de prestations nettes ou versées aux bénéficiaires.

Les CGAS renseignent de façon détaillée sur les dépenses et les recettes des assurances sociales suisses, à l'exception de l'assurance militaire (AM) : assurance-vieillesse et survivants (AVS), assurance-invalidité (AI), prestations complémentaires (PC), prévoyance professionnelle (PP), assurance-maladie (AMal), assurance-accidents (AA), allocations pour perte de gain (APG), assurance-chômage et insolvabilité (ACI), etc.

L'OFSP, quant à lui, renseigne sur l'assurance facultative d'indemnités journalières LAMal, sous différents angles. Il en va de même de la Finma au sujet des mêmes indemnités mais selon la LCA.

[23] « Le Système européen de statistiques intégrées de la protection sociale, ou SESPROS, est un cadre commun élaboré à la fin des années 1970 par et les États membres de l'Union européenne (UE) pour permettre une comparaison cohérente, entre les pays européens, des prestations sociales versées aux ménages et de leur financement. Il permet d'assurer la comparabilité internationale des données administratives nationales relatives à la protection sociale » (https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:European_system_of_integrated_social_protection_statistics_(ESSPROS)).

1.2.2 Chiffres CGPS et des autorités fédérales

Selon les CGPS, les dépenses pour les prestations sociales connaissent une tendance haussière. En 2022, elles ont atteint le montant total de CHF 207'849 millions.

Du point de vue des régimes, le tableau ci-dessous présente l'évolution des dépenses pour les prestations sociales, pour ce qui est des assurances IJ LCA et LAMal ainsi que des couvertures de salaire selon le CO, cela en comparaison avec celles de l'assurance-maladie (AOS et IJ)[24] :

Evolution des dépenses pour les prestations sociales (couverture perte de gain maladie), en millions											
Domaines	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**	**2018**	**2019**	**2020**	**2021**	**2022**
Assurance-maladie	22'532	24'367	25'012	26'406	27'627	28'432	28'563	30'022	30'367	31'722	33'414
Assurance IJ LCA	2'356	2'533	2'702	2'805	2'905	2'997	3'095	3'240	3'445	3'545	3'733
Assurance IJ LAMal	188	191	194	201	210	214	199	210	215	213	212
Couvertures salaire selon CO	3'941	4'930	4'001	4'326	4'453	5'014	5'040	5'295	6'840	5'827	9'410
Total	**6'485**	**7'654**	**6'897**	**7'332**	**7'568**	**8'225**	**8'334**	**8'745**	**10'500**	**9'585**	**13'355**

Même s'il repose sur différentes sources basées sur leurs propres modalités, le tableau ci-dessus esquisse des tendances et permet de dégager plusieurs ordres de grandeur.

Durant toute la période en question, on peut observer tout d'abord que les dépenses de l'assurance IJ LAMal demeurent stables mais sont pour ainsi dire insignifiantes en comparaison de l'assurance IJ LCA et des couvertures de salaire selon le CO. Ensuite, on peut remarquer que celles relatives à l'assurance IJ LCA et aux couvertures de salaire selon le CO augmentent considérablement et régulièrement. D'autre part, les dépenses sociales sous l'angle des couvertures de salaire selon le CO sont plus élevées que pour l'assurance IJ LCA et nettement supérieures à celles dévolues à l'assurance IJ LAMal. Ainsi, de 2012 à 2022, le montant relatif aux couvertures de salaire selon le CO augmente de plus de 138 % ! Cela dénote que la question de la couverture perte de gain maladie est réglée principalement selon les dispositions du CO, ce qui pose plusieurs problèmes[25].

Selon les CGPS, le total des dépenses pour le congé payé en cas de maladie (assurance IJ LCA et couvertures de salaire selon le CO, en ajoutant les IJ LAMal) est estimé à CHF 13'355 millions en 2022. L'assurance IJ LAMal représente 2 % de ce montant, l'assurance IJ LCA 28 % tandis que les couvertures de salaire selon le CO constituent 70 % de ce montant.

[24] Les chiffres qui découlent de ce tableau émanent de deux sources différentes : ceux propres à l'assurance IJ LCA et aux couvertures de salaire selon le CO relèvent des CGPS (OFS) et ceux relatifs à l'assurance IJ LAMal de l'OFSP. Ces derniers chiffres comprennent à la fois les prestations maladie, accident et maternité, et celles dévolues à l'assurance individuelle (pour 2022 : CHF 12 millions) et collective (pour 2022 : CHF 200 millions). Par contre, les chiffres de l'OFSP ne font pas de distinction entre les salariés, les indépendants et les personnes sans activité lucrative.

[25] Voir plus loin le chapitre sur les enjeux (chapitre 3.1 de ce dossier).

En comparaison au congé maladie payé, les allocations familiales (AF) se montent à CHF 6.5 milliards, les prestations de l'assurance-invalidité à CHF 8.7 milliards, les prestations de l'assurance-accidents à CHF 5.9 milliards, les prestations de l'assurance-chômage à 6 milliards et les allocations pour perte de gain maternité à 1 milliard.

Pour ce qui est de l'assurance IJ LAMal, les chiffres de l'OFSP indiquent notamment l'effectif des assurés et le nombre d'assureurs. Ainsi, de 1996 à 2022, les effectifs ont passé de 1'497'811 à 104'356 assurés tandis que le nombre d'assureurs a baissé de 150 à 46. Cette évolution montre bien encore une fois que l'assurance IJ LAMal a perdu beaucoup d'importance à ce jour.

Selon la Finma, pour ce qui est de l'assurance maladie perte de gain, les montants bruts payés pour sinistres se montent pour l'année 2022 à CHF 4'241 millions pour l'assurance collective et à CHF 72 millions pour l'assurance individuelle[26].
D'autre part, et contrairement à la Suisse, dans les pays voisins (et dans la plupart des pays européens), les indemnités journalières en cas de maladie relèvent des assurances sociales obligatoires. Elles complètent l'obligation du maintien du salaire à hauteur de 50 % à 70 %. En Italie, le congé payé en cas de maladie est limité à 180 jours. En France, il est de 360 jours en général et en Autriche et en Allemagne, il peut s'étendre jusqu'à 546 jours.

Quant au volume financier du congé payé en cas de maladie (y compris les accidents), mesuré par rapport à la masse des salaires des pays respectifs, il est de 2.7 % dans notre pays. En comparaison, le volume financier du congé payé en cas de maladie est de 2.6 % en Autriche, de 1.2 % en Italie et de 1.9 % en France alors que celui de l'Allemagne dépasse le seuil des 4 %[27].

1.2.3 Autres chiffres

Plusieurs recherches en termes de statistiques se sont portées sur d'autres aspects de la problématique. Elles sont présentées sous forme de questions ci-après.

Dans quelle mesure l'absence d'une assurance perte de gain maladie obligatoire ou le droit au salaire limité dans le temps selon l'art. 324 a CO, suite à une incapacité de travail due à une maladie, représentent-ils une cause possible du recours à l'aide sociale ?

Ni les raisons du recours à l'aide sociale ni l'état de santé des bénéficiaires ne sont relevés par les statistiques de l'aide sociale (OFS). Quelques chiffres sont toutefois disponibles.

33 % des bénéficiaires de l'aide sociale sont des actifs occupés (79.3 % à temps partiel et 20.7 % à temps complet), 29.6 % d'entre eux sont des personnes sans emploi et 37.4 % d'entre eux sont des personnes non actives.

[26] On peut noter que les chiffres de la Finma relatifs aux prestations nettes s'écartent quelque peu de ceux présentés plus haut, émanant des CGPS. A noter également qu'aucune donnée n'est disponible de la part du SECO, pour ce qui est du maintien du salaire selon le CO, à la fois en termes d'effectifs des salariés assurés et de prestations. Conclusions : il est impossible de déterminer la répartition des effectifs des salariés assurés en % selon le régime légal (versement du salaire selon le CO) et les autres régimes (versement du salaire au-delà du minimum légal et assurance IJ LCA ou LAMal).

[27] Michele Adamoli, Congé de maladie : une prestation à CHF 7 milliards, OFS, 2018.

Font partie de cette dernière catégorie les personnes qui sont en incapacité provisoire de travail, qui s'occupent à la maison ou n'ayant plus aucune chance sur le marché de travail, qui sont en formation, qui sont invalides de manière permanente ou qui perçoivent une rente[28].

Compte tenu de ces chiffres, en particulier concernant les personnes non actives, plusieurs hypothèses sont possibles. Les personnes en incapacité provisoire de travail sont dépendantes de l'aide sociale, entre autres parce qu'elles n'ont pas d'assurance perte de gain maladie ou parce qu'elles sont arrivées à la fin de leur droit à ces indemnités journalières. Il en est de même des personnes n'ayant plus aucune chance sur le marché du travail et qui sont invalides de manière permanente.

D'autre part, parmi les bénéficiaires de rentes AI (âgés entre 18 et 64/65 ans, population résidante permanente), un quart d'entre eux environ ont recours à l'aide sociale durant les 24 mois précédant leur entrée dans l'AI[29].

Un lien peut donc être établi entre une atteinte à la santé (accident professionnel, maladie professionnelle ou non professionnelle, etc.), l'absence d'une assurance perte de gain maladie publique, l'invalidité (perte de gain présumée permanente ou à long terme) et l'aide sociale. Dans ce cas de figure, la personne vit une atteinte à la santé entraînant un risque d'invalidité et, pour cela, doit s'inscrire à l'AI. Comme elle se retrouve sans ressources financières ou, avec des ressources financières limitées, cette personne devient dépendante de l'aide sociale, cela en tous les cas jusqu'à ce que l'AI prenne une décision.

Sur la base de ces chiffres, une hypothèse peut être établie.

Le droit au salaire limité selon l'art. 324a CO ou l'absence d'une assurance perte de gain maladie obligatoire peuvent représenter l'une des causes du recours à l'aide sociale ou impliquent la nécessité d'y recourir, entre autres pour les personnes annoncées à l'AI.

Que nous apprennent les statistiques de l'AI sur l'incapacité de travail due à la maladie et son lien avec l'invalidité ?

Lors d'une annonce à l'AI, aucun chiffre n'est relevé sur les personnes qui vivent une péjoration de leur capacité de travail ni sur leur éventuelle couverture perte de gain maladie prévue par leur employeur.

En 2023, la cause d'invalidité principale pour les bénéficiaires de rente AI en Suisse relève des maladies psychiques (52 %). En comparaison, les autres maladies représentent le 30 % et les accidents le 6 % des causes d'invalidité. Les maladies psychiques peuvent être à l'origine d'une incapacité de travail due à une maladie[30].

---

[28] Bénéficiaires de l'aide sociale économique et population permanente de 15 à 64 ans selon la situation d'activité, OFS, 2023, données disponibles à ce jour.

[29] Analyses relatives aux systèmes de sécurité sociale, Parcours dans les prestations, OFS, 2021, données disponibles à ce jour.

[30] Statistiques de l'AI, OFAS, 2023.

Quel est l'état de santé et les raisons des absences des salariés au travail ?

Le quart des salariés se disent stressés au travail, la plupart du temps ou toujours (le taux est passé de 18 % en 2012 à 23 % en 2022). Plus de la moitié des personnes stressées sont également épuisées émotionnellement et présentent ainsi un risque de burn out. Cette réalité touche plutôt les femmes en général et celles actives dans les domaines de la santé et du social en particulier.
Le stress est le plus fréquent (29 %) dans ces deux branches. A noter que les maladies liées au stress ne sont pas reconnues comme maladies professionnelles au sens de la LAA. Par ailleurs, il est difficile de pouvoir distinguer les maladies liées au stress au travail de celles qui résultent de la vie privée[31].

La maladie et l'accident représentent 69.1 % des raisons d'absence annuelles des salariés en 2022. Les autres raisons d'absence sont les conflits du travail, les motifs personnels et familiaux et le congé maternité, principalement. Là non plus, les distinctions entre l'accident et la maladie et entre les différentes maladies (professionnelle et non professionnelle, psychique et physique) ne sont pas disponibles[32].

L'importance des maladies psychiques comme cause d'invalidité interroge assurément l'absence d'une assurance perte de gain maladie obligatoire. De plus, l'absence d'une telle assurance dans le système d'assurances sociales pose d'autant plus de problèmes que le stress au travail tend à augmenter et que la maladie et l'accident représentent la plus grande part des absences professionnelles.

Quelle est l'évolution du marché de l'assurance à l'heure actuelle, cela en matière de perte de gain maladie ?
Les cas de maladies psychiques ayant tendance à augmenter et compte tenu des coûts importants qu'ils occasionnent, les assureurs LCA sont de plus en plus enclins à exiger des primes plus élevées pour la poursuite de l'assurance, à refuser les propositions d'assurance des employeurs et des indépendants ou à émettre des réserves pour une durée illimitée auprès de certains assurés, voire à résilier les contrats collectifs d'indemnités journalières[33].

Cependant, le profil et le nombre des entreprises concernées par cette nouvelle donne ne sont pas connus. Il en est de même du nombre de cas maladie à partir desquels les assureurs adoptent une telle attitude.

Qu'en est-il des modalités de l'assurance d'indemnités journalières ?

Selon nos informations, la plupart des contrats d'assurance perte de gain maladie collectifs conclus par les employeurs prévoient des délais d'attente plus ou moins longs et les absences dues à une maladie sont plutôt de courte durée. De son côté, l'assurance d'indemnités journalières LAMal ou LCA prend en charge surtout les absences de longue durée.

Autrement dit, les employeurs assument souvent le versement du salaire durant le délai d'attente et les incapacités de travail de courte durée.

---

[31] Enquête suisse sur la santé, Conditions de travail et état de santé, 2012-2022, OFS, données disponibles à ce jour.
[32] Enquête suisse sur la population active, OFS, 2022/2024.
[33] Nadja Frei et Peter Mösch Payot, Krankentaggeldversicherung bei Lohnausfall infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit, www.jusletter.ch, 2024, pages 10 ss.

Dans quelle mesure les conventions collectives de travail (CCT) prévoient-elles des dispositions particulières quant à la couverture des travailleurs en cas d'incapacité de travail due à une maladie ou obligent-elles les employeurs à conclure une assurance perte de gain maladie ?

La couverture du salaire prévue dans les CCT n'est pas relevée dans l'enquête statistique sur les CCT[34].
Les CCT représentent une convention entre des employeurs ou des associations d'employeurs et des associations de travailleurs dans le but, entre autres, de réglementer les conditions de travail. Une CCT contient en général des dispositions normatives sur la conclusion, le contenu et la fin du contrat individuel de travail, portant sur le salaire, la durée du travail, le versement du salaire en cas de maladie, etc.[35]. En outre, certaines CCT ont un champ d'application étendu. Par champ d'application étendu, on entend les CCT déclarées obligatoires par décision officielle pour tous les employeurs et travailleurs dans un domaine géographique ou économique donné.

Dans notre pays, le nombre de CCT est de 575 au total. Elles concernent 2'157'900 salariés assujettis au total, ce qui correspond à près de 50 % environ des travailleurs en Suisse[36]. 76 d'entre elles ont un champ d'application étendu qui concernent 1'176'600 salariés, ce qui correspond à plus de la moitié des salariés assujettis à une CCT[37]. 562 sur 575 CCT (1'970'300 salariés assujettis) reposent sur des dispositions normatives.

La plupart des CCT étendues avec des dispositions normatives prévoient une obligation de poursuivre le versement du salaire durant 720 jours en général, voire une obligation d'assurance dans certains cas (on peut citer comme exemple le secteur de la construction). Au-delà de ces différents aspects, l'obligation de poursuivre le versement du salaire/de conclure une telle assurance peut mettre en difficulté les entreprises concernées[38].

Finalement, quelle est la part des salariés qui sont couverts par une assurance perte de gain maladie ?

Leur nombre est estimé à 80 % environ, pour ce qui est des assurances LCA[39].

---

[34] Selon les informations fournies par l'OFS.
[35] www.seco.admin.ch.
[36] Les salariés sont au nombre de 4'757'000, Statistiques Personnes actives occupées, selon le statut d'activité (concept intérieur), OFS, chiffres valables au 31.12.2021.
[37] Suite à l'entrée en vigueur de l'Accord sur la libre circulation de personnes (ALCP) conclu avec l'UE/l'AELE et des mesures d'accompagnement, le nombre de rapports de travail soumis à une CCT, respectivement à une CCT étendue, a augmenté fortement.
[38] Lettre ouverte du 25 janvier 2024, suite au dépôt de la Motion Romano no 21.4209, adressée à la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats CSSS-E, par l'Université de Bâle, faculté de droit, signée par plusieurs professeurs d'universités en Suisse, et CCT en Suisse en 2021 : résultats et informations sur l'enquête, OFS, données disponibles à ce jour.
[39] Nadja Frei et Peter Mösch Payot, déjà cités, page 3.

1.2.4 Synthèse

Sur la base des chiffres qui précèdent, plusieurs observations sont à souligner.

Les chiffres relevés sont à la fois partiels et incomplets, voire inexistants, et relèvent de plusieurs autorités (SECO, FINMA et OFSP), ce qui rend l'appréhension de notre thématique très difficile. Autrement dit, aucune information ni statistique globale et générale n'existe à ce jour en la matière[40].

Par conséquent, les chiffres disponibles ne permettent pas de refléter la réalité concrète de cette thématique. En outre, la question de la perte de gain maladie/de l'incapacité de travail suite à une maladie demeure un sujet complexe mais aussi profondément méconnu. Cette situation est d'autant plus problématique qu'elle touche au besoin de protection fondamental des travailleurs face à ce risque social et, en définitive, à leur bien-être.

Les besoins en termes d'information sont donc immenses. Quelques chiffres, tout de même, sont disponibles, permettant une appréciation sommaire de la situation, sur la base d'hypothèses le plus souvent.

Sous l'angle des dépenses pour les prestations sociales (CGPS), les couvertures de salaire selon le CO s'accroissent fortement entre 2012 et 2022 : de CHF 3'981 à 9'410 millions. De plus, pour 2022, les couvertures de salaire selon le CO représentent la grande part des dépenses y relatives (70 %), cela en comparaison aux indemnités journalières LCA (28 %) et LAMal (2 %). D'autre part, les effectifs des personnes assurées par l'assurance IJ LAMal s'effondrent : leur nombre passe de 1.5 millions à 105'000 entre 2012 et 2022.

Compte tenu de l'évolution de ses dépenses pour les prestations sociales et de ses effectifs, l'assurance IJ LAMal joue un rôle mineur aujourd'hui pour ce qui est de la perte de gain maladie.

Cette situation pose plusieurs problèmes.

D'un côté, l'assurance IJ LAMal est de moins en moins utilisée alors qu'elle garantit des droits importants aux assurés. De l'autre côté, les couvertures de salaire selon l'art. 324 a CO prennent toujours plus d'importance, alors que la protection est limitée et conditionnelle, tandis que celle reposant sur la LCA, qui occupe pourtant une large part du marché de l'assurance, n'offre aucune garantie quant à une couverture perte de gain maladie, même minimale. La liberté contractuelle prévaut !

Parmi les bénéficiaires de l'aide sociale, âgés entre 15 et 64 ans, qui n'exercent pas d'activité lucrative, un tiers d'entre eux sont des personnes non actives (soit, entre autres, en incapacité de travail provisoire de travail, en situation d'invalidité, etc.). D'un autre côté, le quart des futurs bénéficiaires de rentes AI doivent faire appel à l'aide sociale, cela 24 mois avant de s'annoncer à l'AI. Par conséquent, un lien entre l'incapacité de travail suite à une maladie, comme atteinte à la santé, l'assurance-invalidité et l'aide sociale peut être établi.

[40] Et ce n'est pas faute d'avoir essayé. Nous avons contacté directement les instances concernées. Nous n'avons pas pu obtenir des informations complémentaires par rapport à celles mentionnées dans les pages qui précèdent de ce dossier et provenant principalement de l'OFS.

Pour les deux cas de figure exposés ci-dessus, notre hypothèse est la suivante : l'absence d'une assurance perte de gain maladie et la protection limitée selon l'art. 324 a CO peuvent contraindre les travailleurs en incapacité de travail suite à une maladie, notamment lorsqu'ils deviennent invalides, à faire appel à l'aide sociale, selon leur situation financière.

Notons par ailleurs l'évolution du marché de l'assurance, en termes de coûts liés à l'augmentation des cas de maladie de longue durée, qui rend la conclusion d'une assurance perte de gain maladie toujours plus difficile pour les entreprises principalement.

Selon les statistiques sur les CCT et la littérature spécialisée, près de la moitié des travailleurs peuvent compter sur une protection qui va au-delà du minimum légal offert par l'art. 324 a CO alors que le 80 % des salariés sont couverts par les assurances LCA.

D'autres tendances professionnelles méritent d'être soulignées :les maladies psychiques représentent la cause d'invalidité principale des bénéficiaires de rente AI (52 %) et les maladies en général plus de 80 % de ses causes ! Le stress au travail et ses effets (épuisement professionnel et risque de burn out) sont en constante augmentation depuis une décennie (près du quart des salariés se disent stressés au travail) et peuvent être à l'origine d'une incapacité de travail suite à une maladie. D'autre part, l'absence au travail résulte principalement de la maladie et de l'accident (environ 70 %).

Tous ces constats chiffrés interrogent véritablement l'absence d'une assurance perte de gain maladie obligatoire.

1.3 Historique et actualité

1.3.1 Sur le plan du droit international de la sécurité sociale

En 1952, l'Organisation international du travail (OIT) soumet pour la première fois à tous les Etats membres une convention de sécurité sociale qui mentionne les risques de la vie auxquels tout système devrait répondre : soins de santé, indemnités de maladie, maternité, accidents du travail et maladies professionnelles, vieillesse (ou retraite), survivants (ou décès du soutien de famille), invalidité, chômage et charges familiales. Cette convention de droit international, dite Convention OIT n° 102[41], offre un cadre général et global et représente une norme minimale de sécurité sociale[42].

Ainsi, à ce jour, notre pays couvre huit risques sociaux évoqués dans cette convention, la maternité depuis 2005, cela pour toutes les femmes qui travaillent ou qui, à certaines conditions, sont au chômage ou en incapacité de travail. En revanche, la Suisse n'a toujours pas accepté la partie III relative aux indemnités de maladie de la Convention OIT n° 102.

[41] Convention nº 102 concernant la norme minimum de la sécurité sociale, entrée en vigueur pour la Suisse le 18 octobre 1078 (RS 0.831.102).

[42] Pierre-Yves Greber et Bettina Kahil-Wolff, Introduction au droit suisse de la sécurité sociale, Cahiers genevois et romands de sécurité sociale, n° 43-2009, pages 5 ss.

1.3.2 Sur le plan du droit interne

a) Du 19ème siècle aux années 1970

Avant l'introduction des premières assurances sociales, en plus de l'assistance, les mutuelles et les caisses de fabrique représentent un mode de protection important face aux risques maladie et accident.

Au début du 19ème siècle, des mutuelles, forme volontaire d'assurance et de prévoyance, apparaissent. À l'origine, elles représentent des caisses-maladie principalement. Elles reposent sur l'entraide et n'ont pas de but lucratif.

Dans le contexte de l'industrialisation dès la deuxième moitié du 19ème siècle, on assiste également à l'éclosion des caisses de fabrique, qui offrent aux ouvriers des prestations en cas maladie avant tout.
Même si elles se transforment avec le temps, l'ancrage régional et le caractère privé de ces caisses-maladie influencent fortement l'évolution future du système d'assurances sociales. En particulier, leur développement s'inscrit dans le courant du libéralisme qui explique, entre autres, la structure des assurances sociales et l'organisation de l'assurance-maladie à l'heure actuelle.

Le peuple et les cantons acceptent en 1890 l'art. 34 bis de l'ancienne Constitution fédérale (aCst.) instituant une assurance en cas d'accident et de maladie. Avec la nouvelle Constitution, entrée en vigueur le 1er janvier 2000, l'art. 117 Cst. remplace l'art. 34 bis aCst.

L'art. 117 Cst. prescrit que la Confédération légifère sur l'assurance-maladie et sur l'assurance-accident (1er alinéa) et qu'elle peut déclarer ces deux régimes d'assurances sociales obligatoires, de manière générale ou pour certaines catégories de personnes (2ème alinéa).

Il s'agit d'une compétence globale et concurrente pour la Confédération. Le premier alinéa de cet article attribue à la Confédération le mandat de légiférer. Ce faisant, cet alinéa accorde une liberté presque entière au législateur quant à la conception de ces deux assurances sociales. Le deuxième alinéa se rapporte au champ d'application personnel de ces deux régimes. Il permet à la Confédération de les déclarer obligatoires soit pour l'ensemble de la population soit pour certaines catégories de personnes, par exemple celles exerçant une activité lucrative dépendante et/ou indépendante. Ainsi, alors que la LAA est obligatoire dans le secteur industriel dès 1912 et étendue à tous les travailleurs occupés en Suisse en 1984 et la LAMal (partie des soins) pour l'ensemble de la population résidente depuis 1996, la partie LAMal se rapportant aux indemnités journalières demeure facultative à ce jour.

En tous les cas, la base légale constitutionnelle existe pour introduire une assurance perte de gain maladie obligatoire.

Mentionnons également que, depuis l'an 2000 également, l'art. 41 al. 2 Cst. relatif aux buts sociaux prévoit explicitement que la Confédération et les cantons s'engagent à ce que toute personne soit assurée contre les conséquences économiques de l'âge, de l'invalidité, de l'accident mais aussi de la maladie.

La première tentative à cette fin remonte à la fin du 19ème siècle, période durant laquelle le Conseil fédéral (CF) mandate le conseiller national Ludwig Forrer de rédiger deux projets de loi, le premier relatif à une assurance contre les maladies et le deuxième à une assurance contre les accidents. L'Assemblée fédérale (AF) revoit les deux projets de loi en profondeur, les réunit en un seul projet et y ajoute l'assurance militaire. L'AF accepte la loi remaniée en 1899.

Cette loi prévoit une affiliation obligatoire en cas de maladie et d'accident pour les travailleurs âgés de plus de 14 ans et dont le salaire annuel ne dépasse pas CHF 5'000.-. L'indemnité journalière représente le 60 % du dernier salaire, peut être versée à partir du 31ème jour (soit après un délai d'attente de 30 jours) et jusqu'à un an au maximum. Le financement prévu pour l'assurance-maladie repose sur des cotisations paritaires employeurs-travailleurs.

Cette loi essuie un échec retentissant devant le peuple en 1900. Seule la partie consacrée à l'assurance militaire passe la rampe. Le caractère obligatoire de la loi ainsi que la compétence des caisses-maladie publiques pour sa mise en œuvre expliquent en particulier la réticence des votants envers un tel projet.

Il est admis que cet échec a un effet certain sur la suite du développement des assurances sociales dans notre pays. Dorénavant, le législateur recherchera avant tout des solutions minimales et consensuelles, procédera par étape et se montrera très réticent à l'égard de concepts globaux et généraux.

Durant la même période, soulignons que la LCA, permettant la conclusion de contrats d'assurance d'indemnités journalières à titre privé, est acceptée en 1908 et entre en vigueur le 1er janvier 1910.

Entretemps, la Loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents (LAMA), acceptée en votation populaire en 1912, entre en vigueur en 1914 (partie maladie, domaines des soins et des indemnités journalières) et 1918 (partie accident). Pour la partie maladie, le projet de loi abandonne l'idée d'une assurance obligatoire pour les travailleurs. Il s'agit d'une loi de subventionnement des caisses-maladie qui doivent remplir des conditions minimales pour être reconnues. Ce texte offre tout de même la possibilité de percevoir des indemnités journalières d'un montant de CHF 1.- par jour. De son côté, pour la partie accident, la LAMA devient obligatoire pour les travailleurs actifs dans l'industrie. La SUVA, établissement autonome de droit public, est créée à cet effet. Dans ce sens, la décision de mettre en place une telle organisation représente une véritable rupture dans l'histoire de la sécurité sociale suisse.

A partir des années cinquante, mentionnons les adoptions et les entrées en vigueur de la LAPG en 1952/1953, de la LAI en 1959/1960, de la LAA en 1981/1984 et de la LACI en 1982/1984, des régimes d'assurances sociales qui prévoient à titre obligatoire le versement d'allocations ou d'indemnités journalières en cas de service, d'invalidité, etc.

Par la suite, après l'échec de plusieurs réformes, la première révision partielle de la LAMA adoptée en 1964 prévoit que la durée de paiement des indemnités journalières est de 720 jours pour un maximum de 900 jours. Par ailleurs, selon cette révision, le montant de l'indemnité journalière est augmenté à CHF 2.- par jour et l'égalité de traitement est garantie pour la première fois entre les femmes et les hommes.

b) Des années 1970 aux années 2000

A partir des années septante, le politique remet l'ouvrage sur le métier. En 1970, le Parti socialiste (PS) dépose une initiative populaire (intitulée « Pour une meilleure assurance-maladie ») en vue de réviser l'art. 34 bis aCst. et le Conseil fédéral mandate en 1972 une commission d'experts pour soumettre un rapport (modèle de Flims) dans le but d'une révision totale de la LAMA.

L'initiative populaire du PS revendique une assurance entièrement obligatoire des soins médicaux et pharmaceutiques, y compris les frais dentaires et, surtout, de l'indemnité journalière en cas de maladie et de maternité, se montant à 80 % du dernier salaire. Son financement relève de la Confédération, des cantons et des assurés. Pour les personnes exerçant une activité lucrative, la cotisation est fixée en pourcentage du salaire. L'employeur prend à sa charge au moins la moitié de la cotisation des travailleurs. Quant au rapport mentionné plus haut, il préconise une assurance obligatoire uniquement pour les frais d'hospitalisation et l'indemnité journalière pour les travailleurs, financée par les cotisations des assurés et des employeurs. A l'initiative populaire du PS, l'Assemblée fédérale propose un contre-projet qui s'inspire du rapport cité plus haut. Or, en 1974, le peuple et les cantons refusent à la fois le contre-projet, remanié en profondeur par l'Assemblée fédérale, et l'initiative populaire du PS.

Suite à cet échec, le Conseil fédéral revient avec un nouveau projet de révision partielle de la loi sur l'assurance-maladie et maternité (projet LAMM) en 1981. Tout en conservant le caractère facultatif des soins médicaux, ce projet de loi rend obligatoire la branche des indemnités journalières pour tous les travailleurs occupés en Suisse. Le montant assuré représente le 80 % du salaire, le délai d'attente est de 30 jours et l'indemnisation dure 540 jours au maximum. Ce projet de loi comprend également des indemnités journalières en cas de maternité versées durant 16 semaines. L'Assemblée fédérale refuse le caractère obligatoire des indemnités journalières maladie mais accepte l'introduction d'allocations de maternité pour toutes les mères selon le système des APG, financée par des cotisations paritaires employeur-employé. Toutefois, le peuple refuse ce projet de loi en 1987.

Parallèlement au projet LAMM, l'initiative populaire pour une protection efficace de la maternité est déposée en 1980, visant à la révision de l'art. 34 quinquies aCst. Elle émane des associations de femmes, des syndicats et des partis de gauche. Il s'agit d'une assurance maternité obligatoire et générale, comprenant les soins médicaux, pharmaceutiques et hospitaliers ainsi qu'un congé maternité. Cette initiative populaire est rejetée en 1984 par le peuple et les cantons.

L'Union syndicale suisse (USS) et le PS, en 1984, et les caisses-maladie, en 1985, lancent une initiative populaire dans le but de réviser l'art. 34 bis aCst.

Au moyen de leur initiative populaire (« Pour une saine assurance-maladie »), l'USS et le PS revendiquent une assurance obligatoire des soins médicaux et pharmaceutiques pour toute la population et d'indemnités journalières pour tous les travailleurs (montant couvert : 80 % du dernier salaire). Cette initiative populaire propose également des indemnités journalières en cas de maternité. Les indemnités journalières sont financées par les travailleurs en % de leur salaire dont les employeurs doivent prendre en charge le 50 % au moins de leurs cotisations.

L'initiative populaire des caisses-maladie, quant à elle, intitulée « Pour une assurance-maladie financièrement supportable », vise à augmenter la contribution de la Confédération à l'assurance-maladie.

L'Assemblée fédérale n'entre pas en matière à la fois quant à l'initiative populaire des caisses-maladie en 1992 et à celle de l'USS et du PS en 1994.

Comme contre-projet à l'initiative populaire des caisses-maladie, l'Assemblée fédérale adopte un arrêté fédéral relatif à l'augmentation temporaire des subventions aux caisses-maladie. L'initiative populaire des caisses-maladie ne passe pas la rampe devant le peuple et les cantons en 1992.

Dès 1988, le Conseil fédéral entreprend plusieurs démarches en vue de réviser la LAMA et l'Assemblée fédérale adopte plusieurs arrêtés fédéraux urgents. Et c'est en 1991 que le Conseil fédéral soumet aux Chambres fédérales son message relatif à la révision de l'assurance-maladie, comme contre-projet indirect à l'initiative populaire de l'USS et du PS. L'Assemblée fédérale accepte la nouvelle loi fédérale sur l'assurance-maladie en 1994.

La même année, le peuple accepte l'assurance-maladie sociale (LAMal), certes à une courte majorité, mais refuse l'initiative populaire de l'USS et du PS. Pour la première fois, et c'est à souligner, le domaine des soins (assurance obligatoire des soins (AOS)) devient obligatoire sur le plan fédéral. La LAMal entre en vigueur le 1er janvier 1996.

c) Des années 2000 à nos jours

Par la suite, les première et deuxième révisions partielles de la LAMal, entrées en vigueur respectivement en 2001 et 2003, n'apportent aucun changement quant aux indemnités journalières qui demeurent ainsi facultatives. Par ailleurs, le domaine des indemnités journalières fait l'objet uniquement d'adaptations mineures, suite à l'introduction de la LPGA au 1er janvier 2003[43].

Puis, plus rien à signaler, au-delà de nombreuses interventions parlementaires (interpellations, motions, etc.) qui soulèvent la question et apportent des propositions. Citons en particulier les motions Gysi[44] déposée le 15 juin 2021 et Romano[45], déposée le 30 septembre 2021, acceptée par le Conseil national en septembre 2023, ainsi que le postulat de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des États[46] déposé le 23 avril 2024, en réponse à la motion Romano. Ce postulat vise à présenter un état des lieux qui servira de base de décision.

---

[43] Jean-François Aubert et Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Schulthess, 2003, p. 917 ss, Philippe Gnaegi, Historique et structure des assurances sociales, Avec la collaboration de Nicolas Bovey et Pierre-Yves Carnal, Schulthess, 3ème édition, 2012, pages 47 ss, Peter Streckeisen, La santé publique comme laboratoire du néolibéralisme, Chronique internationale de l'IRES, n° 141, 2013, Evaluation du système d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie et proposition de réforme, Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 04.3000 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, 2004, approuvé par le Conseil fédéral le 30 septembre 2009, pages 41 ss et http://www.histoiredelasécuritesociale.ch.

[44] Motion 21.3716 Gysi. Pertes de gain pour cause de maladie ou d'accident. Mettre en place une assurance indemnités journalières obligatoire pour tous les travailleurs.

[45] Motion 21.4902 Romano. Assurance perte de gain obligatoire en cas de maladie.

[46] Postulat 24.3465 Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats. Possibilités d'action concernant l'assurance perte de gain en cas de maladie.

La motion Romano contient les éléments suivants :

Texte déposé :
Le Conseil fédéral est chargé d'élaborer une base légale en vue d'obliger les employeurs à assurer leurs employés contre la perte de gain en cas de maladie.

Développement :
Un nombre croissant d'employeurs ne concluent pas d'assurance perte de gain en cas de maladie. Les entreprises appliquent l'art. 324a CO, qui prévoit que l'employeur verse le salaire pour un temps limité, fixé par la jurisprudence de certains cantons (échelle bernoise, zurichoise ou bâloise). Dans le système suisse des assurances sociales, l'absence d'obligation de verser une indemnité pour perte de gain en cas de maladie constitue une lacune grave qu'il faut combler au plus vite. Les conséquences pour les personnes concernées s'avèrent si graves que beaucoup d'entre elles doivent demander l'aide sociale lorsque c'est possible, surtout en cas de maladie de longue durée.
Grâce à une solution équilibrée pour toutes les parties et présentant des coûts minimaux divisés équitablement entre l'employé et l'employeur (ce que font déjà la plupart des entreprises), nous pouvons éviter que des personnes non assurées se retrouvent sans revenu durant une maladie de longue durée. Côté employeurs, la charge salariale est allégée pendant l'absence des travailleurs.
De toute évidence, tout le monde y gagne ; sans oublier les gains que cela représente pour l'État, puisque moins de personnes ont recours à l'aide sociale.
Un compromis équilibré pourrait donc être de rendre obligatoire l'assurance perte de gain en cas de maladie, en donnant la possibilité à l'assuré de s'assurer individuellement lorsque ses rapports de travail prennent fin et en obligeant l'assureur à accepter les demandes des employeurs. La durée de l'indemnité devrait être d'au moins 720 jours sur une période de 900 jours.

Avis et proposition du Conseil fédéral du 24.11.2021 :
La motion demande que l'assurance pour perte de gains en cas de maladie soit obligatoire pour tous les employés. Le Conseil fédéral a expliqué à plusieurs reprises (dernièrement dans sa prise de position sur la motion Gysi 21.3716) qu'il privilégie le maintien de la réglementation en vigueur, fondée principalement sur des solutions négociées entre les partenaires sociaux, à l'introduction d'une obligation légale. Même sans assurance obligatoire, la perte de gains en cas de maladie temporaire est largement couverte par les assurances d'indemnités journalières. L'assurance facultative offre une protection suffisante pour la plupart des salariés.

La perte de gains en cas de maladie peut être assurée à titre facultatif tant sous le régime de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal ; RS 832.10) que sous celui de la loi sur le contrat d'assurance (LCA ; RS 221.229.1). Le développement de la motion rappelle que de plus en plus d'employeurs ne souscrivent plus une assurance d'indemnités journalières et s'acquittent uniquement de leur obligation de continuer de verser le salaire pour une durée limitée. Il est vrai que le nombre d'assurances collectives selon la LAMal ne cesse de reculer et que celles-ci revêtent une importance mineure en tant qu'assurances pour perte de gains. La majorité des assurances pour perte de gains sont fondées sur un contrat d'assurance de droit privé conclu avec une assurance privée. Le volume de primes des contrats d'assurance de droit privé ne cesse d'augmenter depuis des années et se situait en 2019 à environ 4,3 milliards de francs suisses (source : Statistique de l'assurance-maladie obligatoire 2019, Office fédéral de la santé publique, T9.07).

Les raisons sont multiples. Liés par un contrat collectif de travail, de nombreux employeurs du secteur public ont l'obligation de conclure une assurance pour perte de gains. En lien avec le report des rentes d'invalidité, les institutions de prévoyance du 2ème pilier exigent aussi, en règle générale, une assurance d'indemnités journalières en cas de maladie. Toutefois, les solutions d'assurance ont aussi un intérêt direct pour les employeurs, car sans assurance pour perte de gains, l'obligation pour l'employeur de poursuivre le versement du salaire peut s'avérer très coûteuse, par exemple si des salariés de longue date et bien rémunérés ne peuvent pas travailler pendant une durée prolongée pour des raisons de santé. Le Conseil fédéral n'a connaissance d'aucune source qui indiquerait une baisse du nombre d'assurances pour perte de gains. C'est pourquoi il maintient sa position selon laquelle, même sans assurance obligatoire, la perte de gains est suffisamment couverte grâce aux assurances d'indemnités journalières.

Le Conseil fédéral propose de rejeter la motion.

Avec la motion Romano, l'absence d'une assurance perte de gain maladie obligatoire devient un sujet d'actualité.

En matière d'assurances sociales, l'histoire récente montre que des avancées sont possibles : contrairement à l'assurance perte de gain maladie, après plusieurs échecs devant le peuple quant à une assurance-maternité, le dernier en date en 1999, les allocations pour perte de gain (APG) maternité sont acceptées en votation populaire en 2003 et entrent en vigueur le 1er juillet 2005. Dans le même registre, on peut mettre en avant l'introduction de l'allocation à l'autre parent (au père ou à l'épouse de la mère)[47], aux parents qui prennent en charge un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident et d'adoption à partir du 1er janvier 2021. Ces révisions LAPG se traduisent par de nouvelles prestations en espèces sous la forme d'allocations.

1.3.3 Synthèse

En résumé, dès la fin du 19ème siècle, les essais n'ont pas manqué de la part du Conseil fédéral, des partis politiques et des partenaires sociaux dans le but de rendre obligatoire l'assurance perte de gain maladie. Ces projets varient en termes de contenu (le domaine des indemnités journalières maladie est souvent joint à ceux des soins médicaux et des indemnités journalières en cas de maternité), de critères d'assujettissement, de modalités (montant de l'indemnité journalière, délai d'attente et durée ou nombre d'indemnités journalières) et de financement. Malgré le développement du droit international de la sécurité sociale et de ses recommandations, ces projets n'ont jamais passé la rampe devant le peuple et/ou les cantons. On peut noter en particulier l'attitude réservée, voire réfractaire de l'Assemblée fédérale à cette idée, qui a freiné le plus souvent les ardeurs des partis politiques et du Conseil fédéral.

De notre point de vue, plusieurs raisons ont conduit à ce jour aux échecs répétés quant à l'introduction d'une assurance perte de gain maladie obligatoire.

Les acteurs historiques (soit les caisses-maladie et les assureurs privés) continuent d'être présents sur le marché en nombre important. L'organisation de l'assurance-maladie actuelle demeure ainsi dispersée et fragmentée. En outre, ces acteurs et leurs représentants sont sensibles à leurs prérogatives et à leur autonomie, cela en termes de primes et de prestations, et sont toujours prêts à défendre leurs intérêts. Une telle constellation organisationnelle et culturelle n'est pas aisée à modifier.

Le libéralisme sous-tend la responsabilité individuelle mais aussi la liberté contractuelle. A l'inverse, il induit une réserve, voire une réticence envers le caractère obligatoire de l'assurance, la centralisation du système, tout contrôle de l'Etat, entre autres sur les tarifs et, donc, envers toute nouvelle réglementation.

Les coûts découlant d'un tel projet, principalement en termes de cotisations, sont constamment mis en avant par la droite et le patronat, en particulier.

L'idée selon laquelle la question relève des employeurs ou des partenaires sociaux avant tout demeure dans les esprits.

[47] Cette notion a remplacé celle de paternité, avec effet au 1er janvier 2024.

Les réalités, les perceptions et les attentes vis-à-vis de l'Etat et/ou de la politique sociale s'avèrent différentes en général entre la Suisse romande et la Suisse allemande et entre les régions et les cantons.

Dans le contexte actuel, les priorités sont ailleurs, la hausse continue des coûts de la santé notamment, reléguant au second plan la thématique qui nous préoccupe dans ce dossier.

Soulignons encore deux autres raisons : l'absence d'une prise de conscience des réalités de cette problématique sociale et de ses implications et les rapports de force politiques défavorables à un tel changement qui sont existants au moment de la votation.

Par contre, les APG maternité ont fini par être introduites le 1er juillet 2005. Alors pourquoi cette nouvelle prestation a-t-elle trouvé grâce auprès des électeurs, contrairement aux indemnités journalières maladie ?

Emettons plusieurs hypothèses. La durée de l'indemnisation est relativement courte et pour des coûts supportables. L'image de l'éventualité d'une maternité est plus positive que celle de la maladie. La gestion des APG a fait ses preuves (à travers la mise en place des caisses de compensation) et les finances de ce régime dégagent des excédents. Notons par ailleurs la forte implication des milieux patronaux et de la droite en vue de leur adoption. Avec le temps, il faut dire que ces milieux-là admettent que les femmes travaillent et, par conséquent, méritent un revenu de remplacement dès la naissance de leur enfant. Ils y voient également leur intérêt, celui de fidéliser les travailleuses.

Le tableau ci-dessous résume les étapes historiques principales qui marquent les velléités de mettre en place une assurance perte de gain maladie obligatoire, en comparaison avec les autres types d'allocations et d'indemnités journalières (IJ) et les domaines apparentés :

Assurance perte de gain maladie obligatoire et autres types d'allocations/IJ et domaines apparentés : étapes historiques principales			
Assurance perte de gain maladie obligatoire (velléités)	**Autres IJ et domaines apparentés**	**Années**	**Refus/acceptation**
Projet de loi du CF (Forrer), remanié par l'AF (1899)		1900	Refus projet de loi Acceptation AM
	LCA	1908	Acceptation
	LAMA [1]	1912	Acceptation
	LAPG service	1952	Acceptation
	LAI	1959	Acceptation
IP [2] du PS dans le but de réviser l'art. 34 bis aCst. et mandat du CF à une commission d'experts dans le but d'une révision totale de la LAMA (1970 et 1972)		1974	Refus

1) Cette loi prévoit l'octroi d'indemnités journalières en cas de maladie à titre facultatif
2) IP : initiative populaire

Ainsi, alors qu'une protection sous la forme d'allocations ou d'indemnités journalières se met en place progressivement pour les risques et éventualités accident (LAMA puis LAA) en 1918/1984, invalidité (LAI) en 1960, maternité (LAPG) en 2005, etc., toujours rien à signaler à ce jour du côté d'une assurance perte de gain maladie obligatoire.

Cette mise en parallèle entre les échecs répétés quant à l'introduction d'une assurance perte de gain maladie obligatoire et les succès relatifs aux autres domaines apparentés montre que notre système d'assurances sociales se développe pas à pas et après plusieurs tentatives, principalement en fonction d'un contexte socio-économique et de rapports de force politiques favorables à tel ou tel sujet. Tenant compte de cela, son évolution a un caractère quelque peu aléatoire, non linéaire, voire même incohérent.

1.4 Les assurances sociales et la fonction de garantie d'un revenu social de substitution

Ce chapitre a pour but de présenter la fonction de garantie d'un revenu social de substitution, pour ce qui est des indemnités journalières et des allocations. Il compare les différentes prestations en espèces selon les assurances sociales concernées, en mettant en avant leurs modalités.

1.4.1 Généralités

Conjointement avec l'aide sociale, les assurances sociales forment la sécurité sociale, soit un dispositif général de couverture des risques sociaux. Le système suisse comprend onze assurances sociales qui remplissent chacune une à plusieurs fonctions de sécurité sociale[48]. Leur structure est extrêmement diversifiée.

A l'heure actuelle, les assurances sociales remplissent les principales fonctions de sécurité sociale suivantes : garantir l'accès aux soins (traitements médicaux), garantir l'octroi d'un revenu social de compensation ou d'un revenu de base, protéger contre le chômage et favoriser la (ré)insertion socio-professionnelle, favoriser la (ré)adaptation, suite à un problème de santé ou en fonction de l'âge/du handicap, prévenir la réalisation des risques et, en particulier, garantir l'octroi d'un revenu social de substitution ou de remplacement, en cas de maladie par exemple.

Le revenu social de substitution remplace un revenu provenant d'une activité lucrative, perçu avant la réalisation d'un risque (maladie, accident, etc.) ou le début du droit à une prestation, cela en compensant partiellement un manque à gagner, équivalent à un pourcentage du dernier revenu antérieur, en général[49]. Cette fonction se traduit par l'octroi de prestations en espèces, à court terme (indemnités journalières et allocations) et à long terme (rentes).

Pour ce qui est des allocations et des indemnités journalières, cette fonction est remplie par l'AI, l'assurance-accidents, l'assurance-chômage, les APG et l'assurance militaire (l'assurance-maladie à titre facultatif).

---

[48] Cette conception de la sécurité sociale répond aux besoins de protection de l'individu, lorsque le risque se réalise, quelle qu'en soit la cause. Dans cette conception, le besoin de protection, et non le risque ou sa cause, est déterminant.

[49] Au sens du salaire déterminant pour la perception des cotisations AVS sur le revenu provenant d'une activité dépendante, qui comprend notamment le salaire (art. 5 LAVS). Le gain assuré, au sens de l'assurance-accidents et de l'assurance-chômage, correspond au salaire déterminant AVS, en général.

1.4.2 Les différentes indemnités journalières et allocations

a) L'indemnité journalière AI

L'assurance-invalidité : généralités[50]

L'assurance-invalidité (AI) relève des art. 111, 112 et 112 b al. 1 Cst. et repose sur la Loi sur l'assurance-invalidité (LAI)[51], ainsi que sur la LPGA et diverses ordonnances, en particulier le Règlement sur l'AI (RAI).

L'AI vise à couvrir les risques invalidité, maladie et accident (on peut ajouter les infirmités congénitales), prévenir, réduire ou éliminer l'invalidité grâce à des mesures de réadaptation appropriées, simples et adéquates, compenser les effets économiques permanents de l'invalidité dans le but de couvrir les besoins vitaux des rentiers de manière appropriée et, en particulier, garantir un revenu de substitution et de base, en cas d'invalidité notamment, entre autres[52].

L'AI protège l'ensemble de la population ; sont obligatoirement assurées notamment toutes les personnes domiciliées en Suisse ou qui y travaillent (en référence à la LAVS).

L'AI prévoit en particulier un éventail étendu de prestations de réadaptation, telles que les mesures médicales qui englobent la prise en charge, par exemple, de certains traitements ou soins. L'AI octroie également d'autres prestations, telles que des prestations en espèces à long terme comme les rentes et. à court terme comme les indemnités journalières.

L'organisation de l'AI relève avant tout des offices AI et des caisses de compensation. L'AI est financée principalement par les cotisations des assurés et des employeurs ainsi que par une contribution de l'Etat.

L'indemnité journalière AI : modalités

L'indemnité journalière AI équivaut au 80 % du dernier revenu mensuel perçu avant l'atteinte à la santé, multiplié par 12 ou 13 (en cas de 13ème salaire) et divisé par 365, cela pour les personnes qui exerçaient une activité lucrative dépendante et qui percevaient une salaire mensuel régulier[53]. Le montant maximum de l'indemnité journalière AI correspond au montant maximum du gain assuré journalier fixé dans la LAA. L'indemnité journalière AI maximale est de CHF 326.- (indemnité de base), respectivement de CHF 407.- (avec prestations pour enfant) par jour au maximum[54].

---

[50] Les généralités exposées dans ce chapitre se basent sur la loi. Dans un but de simplification, seuls les articles de loi se rapportant aux buts du régime d'assurances sociales concerné sont mentionnés, cela pour autant qu'ils le soient.

[51] Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (RS 831.20).

[52] Art. 112 al. 2 let. b Cst. et art. 1 a LAI.

[53] Le calcul s'avère différent pour les personnes qui perçoivent un revenu à l'heure régulier et irrégulier et pour celles qui exercent une activité lucrative indépendante. Par mesure de simplification, seul le calcul de l'indemnité journalière ou de l'allocation en lien avec l'activité lucrative dépendante (salariés), basée sur un salaire mensuel régulier, est développé dans la suite de ce dossier.

[54] Art. 22bis al. 1 et 23 ss LAI et Tabelles pour la fixation des indemnités journalières AI, OFAS, valable dès le 1er janvier 2022. L'art. 22 OLAA mentionne expressément le montant de CHF 406.- par jour alors que les « Tables pour la fixation des indemnités journalières AI» mentionnent celui de CHF 407.- par jour.

L'indemnité journalière est versée, à certaines conditions mais sans délai d'attente, lorsque l'assuré exécute une mesure de réadaptation (d'ordre professionnel, entre autres), lorsqu'il réalise une formation professionnelle initiale[55], lorsqu'il suit une formation professionnelle supérieure ou lorsqu'il fréquente une haute école[56].

b) L'indemnité journalière de l'assurance-accidents

L'assurance-accidents : généralités

L'assurance-accidents relève de l'art. 117 Cst. et repose sur la Loi sur l'assurance-accidents (LAA) ainsi que sur la LPGA et des ordonnances dont l'Ordonnance fédérale sur l'assurance-accidents (OLAA). Le régime de l'assurance-accidents a fait l'objet d'une première révision, soit le 25 septembre 2015, entrée en vigueur le 1er janvier 2017.

L'assurance-accidents vise en particulier les buts suivants : couvrir les risques accident professionnel et non professionnel[57], maladie professionnelle, décès et invalidité, par suite d'accident professionnel notamment, garantir à toute personne assurée les soins médicaux nécessaires à sa santé (selon l'art. 41 al. 1 let. b Cst.), prévenir les accidents professionnels et non professionnels et les maladies professionnelles et garantir un revenu de substitution, en cas d'accident par exemple.

Le champ d'application personnel de l'assurance-accidents inclut tous les travailleurs occupés en Suisse, y compris les stagiaires, etc., ainsi que les personnes au chômage. Ils sont assurés à titre obligatoire[58].

L'assurance-accidents prévoit un large éventail de prestations : soins ou traitements, moyens auxiliaires et prestations en espèces comme les indemnités journalières (à court terme), les rentes d'invalidité et les rentes de survivants (à long terme).

L'organisation de l'assurance-accidents relève avant tout de la SUVA et des institutions d'assurances privées soumises à la loi sur la surveillance des assurances, qui rendent des décisions de prestations. L'assurance-accidents est financée principalement par les primes des travailleurs (accidents non professionnels) et des employeurs (accidents et maladies professionnels).

---

[55] Des indemnités journalières AI sont octroyées également aux personnes assurées qui suivent une formation professionnelle initiale : l'indemnité correspond alors au salaire mensuel prévu par le contrat d'apprentissage ou, en l'absence d'un tel contrat, au revenu moyen des personnes du même âge qui suivent une formation similaire (art. 24ter LAI), à laquelle s'ajoutent d'éventuelles prestations pour enfant (en référence à l'art. 22bis LAI).

[56] Art. 22 LAI.

[57] Les conditions pour être assuré contre les accidents non professionnels sont les suivantes : les travailleurs à temps partiel doivent être occupés au moins 8 heures par semaine chez un même employeur (art. 13 al. 1 OLAA, en référence aux 7 al. 2 et 8 al. 2 LAA). En cas d'occupation irrégulière, une moyenne des heures effectuées, par nombre de semaines où l'assuré a effectivement travaillé, est réalisée (ATF 139 V 457, consid. 7).

[58] Pour être reconnu comme tel, le travailleur doit exercer une activité lucrative dépendante, au sens de l'AVS (art. 1 OLAA).

L'indemnité journalière de l'assurance-accidents : modalités

L'indemnité journalière de l'assurance-accidents équivaut à 80 % du gain assuré avant l'atteinte à la santé (dernier salaire mensuel multiplié par 12 ou 13) et divisé par 365, cela en cas d'incapacité totale de travail. L'indemnité journalière est réduite en conséquence si l'incapacité de travail n'est que partielle. Le gain assuré maximum est de CHF 148'200.- par année, respectivement de CHF 12'350.- par mois et de CHF 406.- par jour, cela en cas d'incapacité totale de travail[59].

L'assuré totalement ou partiellement incapable de travailler (art. 6 LPGA), suite à un accident, a droit à une indemnité journalière. L'indemnité journalière de l'assurance-accidents est allouée dès le troisième jour suivant la date de l'accident. Le droit à l'indemnité s'éteint dès que l'assuré a recouvré sa pleine et entière capacité de travail, dès qu'une rente lui est versée ou dès qu'il décède (art. 16 al. 1 et 2 LAA).

c) L'indemnité journalière de chômage

L'assurance-chômage et insolvabilité : généralités

L'assurance-chômage et insolvabilité relève des art. 114 et 110 al. 1 let. a et c (travail et service de placement) Cst. et repose principalement sur les dispositions légales suivantes : la Loi sur l'assurance-chômage (LACI), la LPGA et plusieurs ordonnances, en particulier l'ordonnance sur l'assurance-chômage (OACI) :

L'assurance-chômage a pour buts principaux de couvrir les risques chômage et insolvabilité de l'employeur, favoriser l'intégration rapide et durable des assurés dans le marché du travail et garantir un revenu de substitution, en cas de chômage notamment, ou fournir une compensation appropriée de la perte du revenu qui en découle[60].

L'assurance-chômage possède un champ d'application personnel professionnel et spécial (la notion de personne assurée n'est pas précisée par la loi). Ce régime protège de façon obligatoire les salariés aux conditions cumulatives énumérées par l'art. 8 LACI : l'assuré a droit aux indemnités de chômage s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré, etc. D'autres catégories particulières d'individus sont assurées, dites personnes libérées des conditions relatives à la période de cotisation, comme les personnes qui, suite à un divorce, en raison d'une invalidité, etc., n'ont pas pu remplir les conditions relatives à la période de cotisation.

L'assurance-chômage comprend les prestations suivantes : mesures relatives au marché du travail, conseil et placement et prestations en espèces à court terme (indemnité de chômage, indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et en cas d'intempéries, etc.).

L'organisation de l'assurance-chômage relève avant tout des caisses de chômage publiques cantonales et privées reconnues et des offices régionaux de placement. L'assurance-chômage est financée principalement par les cotisations des salariés et des employeurs et par une contribution de l'Etat.

---

[59] Art. 17 al. 1 LAA et 22 ss OLAA.
[60] Art. 114 al. 2 let. a Cst. et 1 a LACI.

L'indemnité journalière de chômage : modalités

Pour les assurés qui remplissent les conditions relatives à la période de cotisation, l'indemnité (journalière) de chômage correspond au 70, respectivement 80 % du gain assuré et divisé par 21.7 (nombre de jours moyens par mois), perçu avant de se retrouver au chômage. Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six, voire des douze derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation, augmenté d'une part éventuelle du 13ème salaire. Le gain assuré doit atteindre au moins CHF 500.- par mois. Le gain assuré maximum est de CHF 148'200.- par année, respectivement de CHF 12'350.- par mois[61] .

Précisons que l'assurance-chômage couvre également, de manière limitée dans le temps, les risques maladie et accident qui surviennent durant une période de chômage. Ainsi, les assurés qui, passagèrement, ne sont aptes ni à travailler ni à être placés ou ne le sont que partiellement en raison d'une maladie ou d'un accident et qui, de ce fait, ne peuvent satisfaire aux prescriptions de contrôle, ont droit à la pleine indemnité journalière s'ils remplissent les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité. Pour ce qui est de la maladie, leur droit persiste au plus jusqu'au 30ème jour suivant le début de l'incapacité totale ou partielle de travail et se limite à 44 indemnités journalières durant le délai-cadre. Les indemnités journalières de l'assurance-maladie ou de l'assurance-accidents qui représentent une compensation de la perte de gain sont déduites de l'indemnité de chômage[62].

En cas d'accident, l'assuré perçoit durant les trois premiers jours, y compris le jour de l'accident, des indemnités de chômage puis des indemnités journalières de l'assurance-accidents, versées par la SUVA, tant que l'incapacité de travail est prouvée médicalement. Autrement dit, l'indemnité journalière se substitue à l'indemnité de chômage dès le quatrième jour qui suit l'accident[63].

L'indemnité de chômage est versée après un délai d'attente, de 0 à 20 jours. Le délai d'attente varie en fonction du gain assuré et d'une éventuelle obligation d'entretien envers des enfants de moins de 25 ans. Quant à sa durée, l'indemnité de chômage varie selon les mois de cotisation, l'âge de l'assuré et une éventuelle obligation d'entretien, en principe. Le nombre d'indemnités de chômage est de 200 au minimum et de 520 au maximum, en général[64].

d) Les allocations pour perte de gain en cas de service, de maternité ou de parentalité

Les APG : généralités

Les allocations pour perte de gain (APG) relèvent des art. 59 al. 4 et 61 al. 4 Cst. pour les différents types de service prévus par la loi et 116 al. 3 et 4 Cst. pour la maternité et la parentalité.

---

[61] Art. 22 et 23 al. 1 LACI, 37 al. 1 et 2 et 40 OACI.
[62] Art. 28 al. 1 et 2 LACI.
[63] Art. 16 al. 4 LAA, brochure Chômage et accident ? Info de A à Z, SUVA, 2024.
[64] Art. 18 ss LACI. Les personnes assurées qui ne remplissent pas les conditions relatives à la période de cotisation et qui, donc, en sont libérées, perçoivent un forfait journalier et sont soumises à un délai d'attente spécial.

Les APG reposent sur la Loi sur les allocations pour perte de gain (LAPG)[65]. Les APG reposent également sur la LPGA et l'Ordonnance sur les allocations pour perte de gain (OAPG), notamment.

Au sens des fonctions de la sécurité sociale, les APG ont pour but de garantir un revenu de substitution ou de compenser la perte de gain pour certains services, activités et éventualités. Les APG représentent des prestations en espèces à court terme.

Les APG ont un champ d'application personnel spécial et professionnel :

- spécial : les personnes qui effectuent un certain type de service ou accomplissent une certaine activité (armée suisse, Service de la Croix-Rouge, service civil ou de protection civile, participation aux cours pour moniteurs de Jeunesse et Sport ou pour moniteurs de jeunes tireurs) ;
- professionnel : les personnes (ayants droit) qui exercent une activité lucrative dépendante et indépendante ou, à certaines conditions, qui sont au chômage ou en incapacité de travail.

Quatre types d'allocations sont prévues en cas d'accomplissement d'une activité ou d'un service prévu par la loi : allocation de base (valable pour toutes les personnes qui font du service), pour enfant, pour frais de garde et d'exploitation.

Les femmes et les hommes qui exercent une activité lucrative, dépendante et indépendante, peuvent bénéficier d'allocations en cas de maternité, à l'autre parent, en tant que parents qui prennent en charge un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident et en cas d'adoption. Pour la maternité en particulier, trois conditions cumulatives doivent être remplies : avoir été assurée obligatoirement selon la LAVS durant les neuf mois précédant immédiatement l'accouchement, avoir exercé une activité lucrative au cours de cette période durant au moins cinq mois et, à la naissance de l'enfant, être salariée ou indépendante[66].

L'organisation des APG relève des caisses de compensation. Les APG sont financées principalement par les cotisations des assurés et des employeurs.

L'allocation en cas de service, de maternité et de parentalité : modalités

L'APG service correspond au 80 % du revenu moyen de l'activité lucrative perçu avant le service (augmenté d'une part éventuelle du 13ème salaire) et divisé par 30, pour les salariés payés mensuellement, en général et en principe[67].

---

[65] Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain (LAPG) du 25 septembre 1952 (RS 834.1), entrée en vigueur le 1er janvier 1953 (service), comprenant la révision du 3 octobre 2003 (maternité) entrée en vigueur le 1er juillet 2005, celle du 27 septembre 2019 (allocation à l'autre parent, soit au père ou à l'épouse de la mère) entrée en vigueur le 1er janvier 2021, celle du 20 décembre 2019 (allocation pour les parents qui prennent en charge un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident) entrée en vigueur le 1er juillet 2021, celle du 18 décembre 2020 (prolongation du versement des allocations de maternité) entrée en vigueur le 1er juillet 2021, celle du 1er octobre 2021 (allocation d'adoption) entrée en vigueur le 1er janvier 2023 et celle du 17 mars 2023 (droit à des allocations maternité/à l'autre parent supplémentaires suite au décès de l'autre parent/de la mère), entrée en vigueur le 1er janvier 2024.

[66] Les conditions sont plus ou moins identiques pour ce qui est de l'allocation à l'autre parent (art. 16 i ss LAPG), pour les parents qui prennent en charge un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident au sens des art. 16n ss LAPG et d'adoption (art. 16 t ss LAPG).

[67] L'APG, par exemple pour les recrues sans activité lucrative, se monte à CHF 69.- par jour.

L'allocation de service de base est de CHF 69.- par jour au minimum, ce qui correspond à un revenu moyen pris en considération de CHF 30'960.- par année (2'580.- par mois) au minimum. Le montant de l'APG service maximal (service normal), soit CHF 220.- par jour, est atteint à partir d'un revenu moyen pris en considération de CHF 99'000.- par année (CHF 8'250.- par mois).

Le montant de l'allocation totale est de CHF 275.- par jour, y compris les éventuelles allocations pour enfant, cela pour tous les types de services[68].

L'APG maternité, à l'autre parent, pour les parents qui prennent en charge un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident et en cas d'adoption correspond au 80 % du revenu moyen de l'activité lucrative perçu avant l'accouchement, etc. (augmenté d'une part éventuelle du 13ème salaire) et divisé par 30.

L'allocation de maternité, etc., se monte à CHF 220.- par jour au maximum. Ce montant est atteint à partir d'un revenu moyen pris en considération de CHF 8'250.- au maximum[69]

L'allocation de maternité, par exemple, débute le jour de l'accouchement et est versée pendant 14 semaines ou 98 jours, en principe. Lorsque le nouveau-né est hospitalisé directement à sa naissance, la durée du versement est prolongée d'une durée équivalente à celle de l'hospitalisation du nouveau-né à certaines conditions, mais de 56 jours au plus[70].

e) L'assurance-maladie

Généralités

L'assurance-maladie dite sociale comprend deux volets :

- l'assurance obligatoire des soins (AOS) à caractère universel et
- l'assurance d'indemnités journalières facultative[71].

L'assurance-maladie relève de l'art. 117 Cst. et repose sur la Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal)[72], la Loi fédérale sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (LSAMal)[73] ainsi que sur la LPGA et des ordonnances, dont l'Ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal), et l'Ordonnance du DFI sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (OPAS). A ce jour, la LAMal, l'OAMAl et l'OPAS ont fait l'objet de nombreuses révisions et adaptations.

L'assurance-maladie vise les buts suivants, entre autres : couvrir les risques maladie (on peut ajouter les infirmités congénitales, non couvertes par l'AI), accident, pour autant que l'assurance-accidents n'en assume pas la prise en charge, et maternité, garantir à toute personne assurée les soins « médicaux » nécessaires à sa santé (selon l'art. 41 al. 1 let. b Cst.) et garantir un revenu de substitution, à titre facultatif, en cas de maladie notamment.

---

[68] Pour la suite de ce dossier, nous renonçons à développer les APG service, cela dans un but de simplification.
[69] art. 9 ss, 16e ss, 16l, 16r et 16w LAPG et 4 ss OAPG.
[70] art. 16c al. 1 à 3 LAPG.
[71] Le volet de l'assurance d'indemnités journalières facultative, selon la LAMal mais aussi selon la LCA, est développé dans le chapitre suivant.
[72] Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (RS 832.10).
[73] Loi fédérale sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale du 26 septembre 2014 (832.12).

Dans le cadre de l'AOS, l'assurance-maladie protège l'ensemble de la population ; sont obligatoirement assurées toutes les personnes domiciliées en Suisse, en principe et sauf exceptions.

Toujours dans le cadre de l'AOS, l'assurance-maladie prévoit une large palette de prestations en nature : examens et traitements ou soins, médicaments, etc.

L'assurance-maladie est financée principalement par les primes des assurés et par une contribution de l'Etat en faveur des personnes de condition économique modeste.

L'organisation

L'organisation de l'assurance-maladie relève principalement des caisses-maladie et des assureurs privés.

En particulier, les caisses-maladie sont des personnes juridiques de droit privé ou public sans but lucratif qui pratiquent l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal.
Les caisses-maladie ont le droit de pratiquer, en plus de la LAMal, des assurances complémentaires, en termes de soins par exemple, ainsi que d'autres branches d'assurance, aux conditions et dans les limites fixées par le Conseil fédéral, sur la base de la LCA[74]. De plus, les caisses-maladie peuvent pratiquer l'assurance-accidents dans les limites prévues par l'art. 70 al. 2 LAA[75] et des assurances complémentaires à la LAA, au sens de la LCA.

Comme condition d'autorisation pour l'AOS, entre autres, les caisses-maladie sont tenues de pratiquer l'assurance facultative d'indemnités journalières conformément à la LAMal et d'admettre, dans les limites de leur champ territorial d'activité, toute personne tenue de s'assurer et toute personne qui est en droit de conclure un contrat d'assurance d'indemnités journalières[76].

Les entreprises d'assurance privées (assureurs privés) soumises à la Loi sur la surveillance des assurances[77] peuvent pratiquer l'AOS et, donc, l'assurance d'indemnités journalières facultative, dans la mesure où elles remplissent les conditions d'autorisation au sens des art. 4 à 11 LSAMal[78].
Sur cette base et à la condition qu'ils pratiquent l'AOS, les assureurs privés peuvent proposer des assurances d'indemnités journalières LAMal[79].

---

[74] Comme branches d'assurance, citons l'indemnité de décès suite à une maladie ou à un accident pour un montant de CHF 6'000.- au maximum et le maintien de l'assurance pour les personnes non assujetties à la loi.

[75] Art. 2 LSAMal.
[76] Art. 5 let. h et i LSAMal.
[77] Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurances (LSA), entrée en vigueur le 1er janvier 2006, RS 961.01.
[78] Art. 3 LSAMal.
[79] A l'heure actuelle toutefois, aucun assureur privé n'a fait usage de cette possibilité.

1.4.3 Synthèse

Plusieurs assurances sociales prévoient à titre obligatoire le versement d'un revenu de substitution à court terme sous la forme d'une allocation ou d'une indemnité journalière, suite à la réalisation d'un risque ou d'une éventualité. Les assurances sociales concernées se distinguent sur plusieurs aspects.

Pour ce qui est des indemnités journalières et allocations versées à titre obligatoire aux personnes exerçant une activité lucrative dépendante, le tableau ci-dessous apporte un comparatif entre les principales assurances sociales concernées, cela sous différents aspects (personnes assurées ou ayants droit, risques assurés et modalités (montant assuré, délai d'attente et durée) :

Allocations et indemnités journalières versées à titre obligatoire aux personnes exerçant une activité lucrative dépendante : comparatif entre les principales assurances sociales concernées sous différents aspects

Aspects Assurances sociales	Personnes assurées ou ayants droit	Risques assurés	Montant assuré	Délai d'attente	Durée
Assurance invalidité	Personnes domiciliées en Suisse ou qui y travaillent	Maladie, accident et invalidité	80 % du dernier revenu, max. CHF 326.-/407.- par jour 1)	0 jour	Selon la mesure de réadaptation, la formation prof. initiale, etc.
Assurance-accidents	Travailleurs occupés en Suisse	Maladie prof., accident prof. et non prof. 2)	80 % du dernier revenu 3), max : CHF 406.-par jour	3 jours	Jusqu'à la pleine et entière capacité de travail retrouvée, etc.
Assurance-chômage	Salariés à plusieurs conditions	Chômage, maladie et accident	70/80 % du dernier revenu 3), max. CHF 12'350.- par mois, min. 500.- par mois	Entre 0 et 20 jours	Chômage : de 200 à 520 jours, en général Maladie et accident 4)
APG maternité, etc.	Salariés et indépendants à plusieurs conditions	Maternité, etc.	80 % du dernier revenu, max. 220.- par jour	0 jour	98 jours au min., en principe (maternité) 5) et 6)

1) Le montant de CHF 407.- comprend d'éventuelles allocations pour enfant.
2) L'accident non professionnelle est assuré à la condition d'effectuer plus de 8 heures par semaine en moyenne.
3) Ou du gain assuré.
4) En cas de maladie, l'assuré peut percevoir des indemnités de chômage durant 30/44 jours au max. et, en cas d'accident, il peut compter sur des indemnités journalières LAA dès le troisième jour d'incapacité de travail et cela jusqu'à sa pleine et entière capacité de travail retrouvée.
5) La durée de l'allocation de maternité peut être prolongée à certaines conditions.
6) La durée est différente, notamment pour l'allocation à l'autre parent et d'adoption.

Ce comparatif sommaire montre bien que les allocations et indemnités journalières versées par les principales assurances sociales concernées varient considérablement d'un régime à l'autre, cela sur de nombreux aspects.

2. LA RÉGLEMENTATION ACTUELLE DE L'INCAPACITÉ DE TRAVAIL DUE À UNE MALADIE

Le but de ce chapitre est de décrire la réglementation actuelle concernant l'incapacité de travail due à une maladie.

A ce jour, deux formes de protection existent face à l'incapacité de travail due à une maladie : le droit au salaire selon l'art. 324 a CO et l'assurance d'indemnités journalières facultative, selon la LAMal et la LCA.

Ce chapitre veut comparer en particulier les assurances d'indemnités journalières LAMal et LCA en mettant en avant leurs différences fondamentales et leurs avantages et inconvénients respectifs. En particulier, ce chapitre souligne, pour ce qui est de la forme d'assurance, le droit applicable et ses aspects juridiques principaux, les éléments clés du contrat (personnes assurées, couverture d'assurance et droit aux prestations, règles de coordination, etc.) ainsi que les droits des assurés.

2.1 L'assurance d'indemnités journalières maladie selon la LAMal

2.1.1 Généralités

a) Droit applicable et aspects juridiques

Les sources de droit principales du régime d'assurance d'indemnités journalières facultative LAMal sont les suivantes : LAMal (art. 67 à 77), OAMal (art. 108a et 109), LPGA et LSAMal et OSAMal.

L'assurance IJ LAMal facultative est une assurance sociale. Par conséquent, la LPGA (art. 1 LAMal), les droits fondamentaux Cst., les principes de droit public/droit administratif et propres aux assurances sociales s'appliquent à cette forme d'assurance.

Pour ce qui est de la LPGA, notons entre autres les dispositions générales relatives aux prestations en espèces (chapitre 3, art. 15 ss) et générales de procédure, en général et en matière d'assurances sociales (chapitre 4, art. 27 ss).

Les art. de la LPGA suivants, dans l'ordre, concernent véritablement le régime IJ LAMal :

- la question du sinistre fautif (art. 21 al 1) ;
- l'obligation de diminuer le dommage et sa violation (art. 21 al. 4) ;
- la garantie des prestations (art. 22) ;
- les délais de prescription, pour le droit aux prestations notamment (art. 24 al. 1) ;
- la collaboration des assurés et des employeurs (art. 28 al.1 et 2) ;
- l'exercice du droit aux prestations (art. 29 al. 1 et 2) ;
- l'avis obligatoire en cas de modification des circonstances (art. 31) ;
- le droit d'être entendu (art. 42) et
- l'instruction de la demande (art. 43)[80].

[80] Ainsi, les assurés et les employeurs doivent collaborer gratuitement à l'exécution des différentes lois sur les assurances sociales. En particulier, celui qui fait valoir son droit à des prestations, par exemple des indemnités journalières maladie, doit fournir gratuitement tous les renseignements nécessaires pour établir ce droit et fixer les prestations dues (art. 28 al. 1 et 2 LPGA). La personne qui fait valoir son droit à des prestations doit s'annoncer à l'assureur compétent, par exemple une caisse-maladie, dans la forme prescrite pour l'assurance sociale

Comme principes de droit public/administratif en-dehors de la LPGA, mentionnons la garantie générale de procédure (art. 29 Cst.) et l'égalité de traitement (ou l'interdiction des discriminations et de la sélection des risques) (art. 109 OAMal).

Les rapports juridiques entre l'assureur-maladie (assureur) et le preneur d'assurance (individu, employeur, etc.) relèvent d'un contrat de droit public et de conditions générales d'assurance (CGA) ou d'un règlement de l'assureur. Les dispositions légales (art. 67 à 77 LAMal) garantissent aux partenaires contractuels une certaine autonomie contractuelle.

Pour ce qui est de l'assurance d'indemnités journalières LAMal, les dispositions légales priment les dispositions contractuelles.

L'assurance d'indemnités journalières LAMal est pratiquée uniquement par les caisses-maladie à l'heure actuelle[81]. Pour ces dernières, l'assurance d'indemnités journalières représente même une condition d'autorisation à la pratique de l'AOS.

Une telle assurance peut être conclue à titre individuel ou collectif.

b) Cercle des personnes assurées et risques assurés

Toute personne domiciliée en Suisse ou qui y exerce une activité lucrative, qui est âgée de quinze ans révolus mais qui n'a pas atteint 65 ans, a le droit de conclure une assurance d'indemnités journalières avec un assureur, au sens des art. 2 al. 1 et 3 LSAMal (caisses-maladie, assureurs privés, etc.). Les critères d'assujettissement sont donc le domicile ou l'activité lucrative en Suisse et l'âge. À noter que la personne peut, à cet effet, choisir un autre assureur que celui de l'AOS.

Au droit individuel de conclure une assurance d'indemnités journalières selon les critères susmentionnés (mais non pas pour le montant souhaité) correspond l'obligation de l'assureur de l'accepter.

Les assurances collectives peuvent être conclues par

- des employeurs, pour leurs travailleurs ou pour eux-mêmes (pour leur propre entreprise) ;
- des organisations d'employeurs ou des associations professionnelles, pour leurs membres et les travailleurs de leurs membres ou
- des organisations de travailleurs, pour leurs membres[82].

Le plus souvent, l'employeur conclut une assurance collective pour son personnel ; il y est parfois obligé par une convention collective de travail (CCT).

---

concernée. A cette fin, les assureurs sociaux remettent gratuitement les formules destinées à faire valoir et à établir le droit aux prestations ; ces formules doivent être transmises à l'assureur compétent, remplies de façon complète et exacte par le requérant ou son employeur et, le cas échéant, par le médecin traitant (art. 29 al. 1 et 2 LPGA). De son côté, l'assureur examine les demandes, prend d'office les mesures d'instruction nécessaires et recueille les renseignements dont il a besoin. L'assureur détermine la nature et l'étendue de l'instruction nécessaire. L'assuré doit se soumettre à des examens médicaux ou techniques si ceux-ci sont nécessaires à l'appréciation du cas et qu'ils peuvent être raisonnablement exigés. Si l'assuré refuse de manière inexcusable de se conformer à leur obligation de renseigner ou de collaborer à l'instruction, l'assureur peut se prononcer en l'état du dossier ou clore l'instruction et décider de ne pas entrer en matière (art. 43 LPGA).

[81] Voir le chapitre plus haut sur l'organisation de l'assurance-maladie.

[82] Art. 67 LAMal.

Les critères d'assujettissement susmentionnés s'appliquent également aux assurances collectives d'indemnités journalières. Toutefois, le contrat et les CGA peuvent stipuler que les assurés restent couverts au-delà de 65 ans, soit jusqu'à l'âge de 70 ans, conformément à la jurisprudence[83].

Les étapes conduisant à la conclusion du contrat relèvent du contrat et des conditions générales d'assurance (CGA), en général.

La plupart des contrats d'indemnités journalières LAMal prévoient que tout nouvel assuré doit remplir un questionnaire de santé, en vertu de l'obligation de collaborer au sens de l'art. 28 al. 1 et 2 LPGA. L'assureur procède ensuite à l'instruction nécessaire[84]. Sur cette base, l'assureur peut émettre une réserve. La réticence peut avoir des conséquences[85].

Les deux parties doivent se mettre d'accord sur tous les éléments du contrat. Pour ceux qui ne sont pas réglés par la loi (étapes conduisant à la conclusion du contrat et révocation possible, montant de l'indemnité journalière, etc.), le contrat, respectivement les CGA s'appliquent.

La couverture d'assurance peut se limiter aux risques maladie et maternité[86]. Le risque accident peut être couvert également, subsidiairement à la LAA. En effet, l'assurance-maladie sociale alloue des prestations en cas d'accident[87], dans la mesure où aucune assurance-accidents n'en assume la prise en charge[88].

c) Droit aux indemnités journalières dans l'assurance-maladie

Le droit aux indemnités journalières dans l'assurance-maladie est soumis à trois conditions :

- l'incapacité de travail causée par une maladie (condition matérielle) ;
- un lien de causalité entre la perte de revenus et l'incapacité de travail (condition économique) ;
- la couverture d'assurance au moment de la survenance du sinistre (condition temporelle).

La condition temporelle signifie que, pour prétendre à des indemnités journalières, la personne assurée doit être couverte par une assurance perte de gain maladie au moment où le sinistre survient, soit l'incapacité de travail due à une maladie. Dans l'affirmative, la personne assurée peut bénéficier de prestations. Il est admis que c'est la date de survenance de l'incapacité de travail qui est déterminante, et non pas le moment durant lequel la maladie apparaît[89].

---

[83] Selon les informations fournies par l'OFSP.
[84] Art. 43 LPGA.
[85] Sur la question des réserves, voir le point suivant sur les droits de passage et de transfert, en particulier l'art. 69 LAMal, et sur la réticence, voir le chapitre plus loin sur l'assurance d'indemnités journalières selon la LCA.
[86] Art. 72 al. 1 LAMal, 2ème phrase. Depuis le 1er juillet 2005, la maternité est couverte essentiellement par la LAPG.
[87] Art. 4 LPGA.
[88] En référence à l'art. 1 a al. 2 let. b LAMal.
[89] Lucile Bonaz, L'assurance perte de gain maladie en droit suisse, Analyse croisée des modèles LAMal et LCA, Thèse de doctorat, Faculté de droit de l'Université de Genève, 2024, pages 203 ss.

d) Droits de passage et de transfert et réserves

Les droits de passage et de transfert ont pour buts d'éviter toute interruption de la couverture d'assurance et de garantir les droits de l'assuré en cas de sortie involontaire de l'assurance. Il faut savoir que le maintien des prestations en cours dépend du maintien du contrat d'assurance.

Le droit de passage lors d'un changement d'assureur, lorsqu'il s'avère nécessaire, relève de l'art. 70 LAMal tandis que la question du transfert d'une assurance collective vers une assurance individuelle auprès du même assureur relève de l'art. 71 LAMal.
Le tableau ci-dessous résume l'articulation entre ces deux articles et les différents types de transfert :

Articulation entre les art. 70 et 71 LAMal et les différents types de transfert			
Types de transfert (assurance)	**Changement d'assureur**	**Même assureur**	**Assurés**
Individuelle vers individuelle	Selon l'art. 70 LAMal		Indépendants
Collective vers collective	Selon l'art. 70 LAMal		Travailleurs
Collective vers individuelle		Selon l'art. 71 LAMal	Travailleurs

Le passage d'une assurance individuelle vers une autre assurance individuelle se rapporte aux indépendants principalement et le transfert entre deux assurances collectives concerne avant tout les personnes qui changent d'emploi et qui, par conséquent, passent d'une assurance collective souscrite par leur ancien employeur vers une nouvelle assurance collective prévue par leur nouvel employeur[90].

Le droit de libre-passage d'une assurance collective à une assurance individuelle se concrétise auprès du même assureur qui a l'obligation de maintenir la personne intéressée dans son assurance individuelle[91].

Les droits de passage et de transfert induisent la question des réserves.

L'assureur peut exclure de l'assurance les maladies existantes au moment de l'admission dans l'assurance ainsi que les maladies antérieures sujettes à rechute jusqu'à cinq ans au maximum, cela par une clause de réserve, qui restreint, exclut ou limite la couverture d'assurance. Autrement dit, les réserves sont caduques après cinq ans. Avant l'échéance de ce délai, l'assuré peut fournir la preuve que la réserve n'est plus justifiée. Pour être valable, la réserve doit être communiquée par écrit à l'assuré et préciser le début et la fin de sa validité ainsi que le type de maladie qu'elle concerne[92]. La réserve fait l'objet d'une décision, au sens de l'art. 49 LPGA.

[90] Art. 70 LAMal.
[91] Art. 71 LAMal.
[92] Art. 69 LAMal.

Le nouvel assureur n'a pas le droit d'instituer de nouvelles réserves dans les situations suivantes :

- l'assuré doit changer d'assureur parce que ses rapports de travail ou la fin de ceux-ci l'exigent[93] ;
- l'assuré sort du rayon d'activité de son assureur antérieur[94] ;
- l'assureur ne pratique plus l'assurance collective.

Par contre, le nouvel assureur peut maintenir en vigueur, jusqu'à l'échéance du délai initial, des réserves instaurées par l'ancien assureur.

En cas de changement d'assureur selon les cas de figure ci-dessus, l'ancien assureur doit faire en sorte que l'assuré soit renseigné par écrit sur son droit de libre passage dans l'assurance individuelle. S'il omet de le faire, la couverture d'assurance auprès de lui subsiste. L'assuré doit faire valoir son droit au libre passage dans les trois mois qui suivent la réception de la communication. En effet, le transfert d'une personne assurée auprès d'un nouvel assureur et son passage dans l'assurance individuelle n'est pas automatique. Et, dans les deux cas, une requête de l'assuré dans un certain délai est nécessaire.

Sur demande de l'assuré, le nouvel assureur doit continuer d'assurer les indemnités journalières pour le même montant que précédemment. Le nouvel assureur peut, à cet effet, imputer les indemnités journalières touchées auprès de l'ancien assureur sur la durée du droit aux prestations au sens de l'art. 72 LAMal, soit 720 jours sur 900 jours[95].

Exemple : dans la mesure où l'assuré a perçu 20 indemnités journalières de la part de son ancien assureur, le nouvel assureur peut réduire son droit à 700 indemnités journalières.

Lorsqu'un assuré sort de l'assurance collective parce qu'il cesse d'appartenir au cercle des assurés défini par le contrat ou parce que le contrat est résilié (par l'employeur ou l'assureur), il a le droit de passer dans l'assurance individuelle du même assureur. Il s'agit d'un droit de libre-passage pour les prestations assurées jusque-là. Si, dans l'assurance individuelle, l'assuré ne s'assure pas pour des prestations plus élevées, de nouvelles réserves ne peuvent être instituées ; l'âge d'entrée déterminant dans le contrat collectif est maintenu (al. 1). L'assureur a l'obligation de renseigner l'assuré par écrit sur son droit de passage dans l'assurance individuelle. S'il omet de le faire, l'assuré reste dans l'assurance collective. L'assuré doit faire valoir son droit de libre-passage dans les trois mois qui suivent la réception de la communication (al. 2) (art. 71 LAMal)[96].

Au sens de l'assurance IJ LAMal, l'assuré a donc le droit de changer d'assureur et de libre-passage dans l'assurance individuelle de l'ancien assureur, entre autres parce qu'il sort du rayon d'activité de son assureur antérieur, et de passer dans l'assurance individuelle du même assureur, entre autres parce qu'il cesse d'appartenir au cercle des assurés défini par le contrat collectif, cela à certaines conditions (en référence aux art. 70 et 71 LAMal).

---

[93] C'est le cas lorsque l'assuré est forcé de changer d'assureur suite à un licenciement ou à une démission et, donc, quitte le cercle des personnes assurées de son ancienne assurance collective.

[94] C'est notamment le cas lorsque l'assuré déménage. Il faut savoir, en effet, que l'activité d'un assureur LAMal peut se limiter à une région géographique donnée.

[95] Art. 70 LAMal.

[96] L'art. 71 al. 1 et 2 LAMal s'applique par analogie aux contrats d'assurances privées pour les preneurs d'assurance et les assurés qui sont chômeurs au sens de l'art. 10 LACI, selon l'art. 100 al. LCA. Voir plus loin le développement sur la LCA et l'art. 100 al. 2.

Dans ces deux situations, l'assuré est également protégé contre l'émission de nouvelles réserves, en principe.

e) Montant de l'indemnité journalière

L'assureur convient avec le preneur d'assurance du montant de l'indemnité journalière assurée[97].

La loi ne mentionnant aucun montant d'indemnité journalière même minimal, ce dernier est donc fixé dans le contrat, respectivement dans les CGA.

Par conséquent, l'assureur n'est pas obligé de proposer une assurance correspondant à la perte de gain prévisible en cas de maladie, soit en proportion du revenu antérieur.

Pour ce qui est de l'assurance individuelle, l'indemnité journalière correspond à un montant fixe et plafonné, limité à un montant maximum modeste, le plus souvent[98]. Concernant l'assurance collective, le montant est fixé, en pour cent du salaire brut ou du gain assuré (en général, à raison de 80 %), correspondant en général au salaire déterminant AVS. Toujours pour l'assurance collective, le montant maximal du salaire ou du gain assuré relève du contrat, respectivement des CGA.

En général, l'indemnité journalière perte de gain maladie se calcule de la façon suivante[99] :

$$\frac{gain\ annuel\ assuré\ ou\ salaire\ déterminant\ AVS\ x\ 80\ \%}{365}$$

f) Naissance du droit et nombre d'indemnités journalières (durée)

Avant d'aborder la naissance du droit aux prestations, plusieurs notions fondamentales doivent être expliquées et distinguées les unes des autres : le début (conclusion) et la fin du contrat, le début et la fin de la couverture ou de la protection d'assurance et la durée du droit aux prestations/de leur versement.

L'entrée en vigueur et l'échéance du contrat sont indiqués dans le contrat ou les CGA.

Pour ce qui est de l'assurance individuelle, le début de la couverture est convenu entre les parties et fixé dans le contrat ou les CGA, en général. Le moment de la couverture coïncide avec le moment de la conclusion du contrat d'assurance. La fin de la couverture, quant à elle, coïncide avec la fin du contrat d'assurance, en général.

Pour ce qui est de l'assurance collective, la couverture commence avec le début des rapports de travail et se termine avec la fin de ceux-ci.

La fin de la couverture résulte notamment de la dénonciation du contrat par le preneur d'assurance, du décès de l'assuré ou de son départ de Suisse. Avec la fin du rapport d'assurance, l'assuré perd tout droit aux prestations assurées, même s'il demeure en incapacité de travail à ce moment-là[100].

---

[97] Art. 72 al. 1 LAMal, 1ère phrase.

[98] La majorité des caisses-maladie limitent l'indemnité journalière à CHF 30.- par jour, Lucile Bonaz, déjà citée, pages 59 ss.

[99] En référence à Thomas Wachter, Gestion des salaires, pages 64 ss et 85 ss, Weka, 2021.

[100] Pierre-Yves Greber, déjà cité, pages 111 ss.

En effet, pour ce qui est de l'assurance d'indemnités journalières maladie LAMal, le droit aux prestations est subordonné à une affiliation. Autrement dit, pour être couvert, l'assuré doit être affilié à une assurance individuelle ou collective. Cette condition légale signifie que le droit aux prestations, respectivement le versement des indemnités journalières éventuellement en cours, s'éteint à la fin du contrat d'assurance.

Sont réservés, entre autres, les droits de changer d'assureur et de libre-passage dans l'assurance individuelle auprès de l'ancien assureur et de passer dans l'assurance individuelle du même assureur, développés ci-dessus (art. 70 et 71 LAMal). Ainsi, à la fin des rapports de travail, le versement d'indemnités journalières LAMal peut se poursuivre à certaines conditions. Les prestations prises en charge sont rattachées à la période d'incapacité de travail[101].

Le début de la couverture ne doit pas être confondue avec la naissance du droit aux prestations/de leur versement : le droit aux indemnités journalières prend naissance lorsque l'assuré a une capacité de travail réduite au moins de moitié (50 %) et, à défaut d'accord contraire, le troisième jour qui suit le début de la maladie.

Par conséquent, le contrat peut prévoir un délai d'attente de zéro, un ou de plus de quatre jours, par exemple.

Le versement des prestations peut être différé moyennant une réduction correspondante du montant de la prime. Lorsque la naissance du droit à l'indemnité journalière est subordonnée à un délai d'attente convenu entre les parties, durant lequel l'employeur est tenu de verser le salaire, ce délai peut être déduit de la durée minimale du versement de l'indemnité journalière (art. 72 al. 2 LAMal).

Exemple : Lorsqu'un employeur garantit le versement du salaire à 100 % durant les 30 premiers jours de maladie, l'assureur peut réduire le droit aux indemnités journalières de 720 à 690 jours.

Qu'en est-il de la durée du droit aux prestations et de leur versement ?

Cette durée est fixée par la loi. Les parties ne peuvent donc y déroger, sauf à prévoir un régime plus favorable à la personne assurée.

Les indemnités journalières doivent être versées, pour une ou plusieurs maladies, durant au moins 720 jours dans une période de 900 jours. La loi distingue donc la période du droit aux prestations (900 jours) de la durée du versement (720 jours). Autrement dit, durant une période de 900 jours, la personne assurée peut bénéficier de prestations en cas d'incapacité de travail successives, ponctuées par des reprises de travail, cela jusqu'à atteindre le versement de 720 indemnités journalières au maximum durant la période de 900 jours au maximum.

L'art. 67 LPGA n'est pas applicable : cet article règle la coordination lorsqu'il y a cumul entre un traitement et des prestations en espèces, comme les indemnités journalières, lors d'un séjour à l'hôpital[102].

[101] Art. 72 al. 1 bis LAMal.
[102] Art. 72 al. 3 LAMal.

Après épuisement du versement d'indemnités journalières durant 720 jours sur une période de 900 jours, l'assurance LAMal prend fin automatiquement[103].

En cas d'incapacité partielle de travail, une indemnité journalière réduite en conséquence est versée pendant la durée prévue à l'art. 72 al. 3 LAMal (720/900 jours). La couverture d'assurance est maintenue pour la capacité de travail résiduelle[104].

Exemple : en cas d'incapacité de travail de 50 % pendant 10 jours, une demi-indemnité journalière est versée durant cette durée et la couverture d'assurance demeure pour les 50 % restants.

Toutefois, le versement d'une indemnité journalière même réduite compte comme une indemnité journalière complète. Cela signifie tout simplement que la durée du versement de 720 jours n'est pas prolongée en cas d'incapacité de travail partielle.

En revanche, lorsque les indemnités journalières sont réduites par suite d'une surindemnisation au sens des art. 78 LAMal et 69 LPGA, par exemple en cas de concours de prestations avec une rente AI, la personne atteinte d'une incapacité de travail a droit à l'équivalent de 720 indemnités journalières complètes. Les délais relatifs à l'octroi des indemnités journalières sont prolongés en fonction de la réduction[105].

Les indemnités journalières sont versées à l'employeur dans la mesure où ce dernier continue à verser un salaire à l'assuré malgré son droit à des indemnités journalières, cela à la condition qu'il ait participé au financement de l'assurance d'indemnités journalières. Sont réservés d'autres arrangements contractuels[106].

Pour ce qui est de l'assurance individuelle, l'assureur doit respecter le principe de l'égalité de traitement entre les assurés quant au montant et à la durée de l'indemnité journalière[107].Toute personne qui satisfait aux exigences de l'art. 67 al. 1 LAMal peut adhérer à l'assurance d'indemnités journalières aux mêmes conditions que celles qui prévalent pour les autres assurés, pour ce qui est des éléments mentionnés ci-dessus, dans la mesure où, selon toute probabilité, il n'en résulte pas de surindemnisation. Autrement dit, un individu ne peut pas exiger une protection déterminée mais il a le droit d'être traité comme les autres candidats à l'assurance d'indemnités journalières LAMal.

A noter que l'assurance collective peut prévoir des prestations différentes (plus élevées) en comparaison à l'assurance individuelle.

---

[103] Lucile Bonaz, déjà citée, pages 85 ss.
[104] Art. 72 al. 4 LAMal.
[105] Art. 72 al. 5 LAMal. Voir plus loin le chapitre consacré à la coordination.
[106] Art. 72 al. 6 LAMal, en dérogation à l'art. 19 al. 2 LPGA.
[107] En référence aux art. 5 let. f LSAMal et 109 OAMal.

g) Coordination entre les indemnités journalières LAMal et les indemnités de chômage et les APG maternité

Les chômeurs atteints d'une incapacité de travail (en référence à l'art. 6 LPGA) supérieure à 50 % reçoivent des indemnités journalières entières et ceux qui sont atteints d'une incapacité de travail de plus de 25 %, mais de 50 % au maximum, des demi-indemnités journalières lorsqu'en vertu de leurs conditions d'assurance ou d'arrangements contractuels les assureurs versent, en principe, des prestations pour un même taux d'incapacité de travail[108].

De plus, après épuisement des indemnités de chômage, les chômeurs assurés peuvent prétendre, moyennant une adaptation équitable des primes, à la transformation de leur ancienne assurance en une assurance dont les prestations sont versées dès le 31ème jour, sous garantie du montant des anciennes indemnités journalières et sans prendre en considération l'état de santé au moment de la transformation (art. 73 al. 2 LAMal)[109]. Il s'agit d'un droit de libre-passage dans l'assurance individuelle[110].

En cas de grossesse et d'accouchement, les assureurs doivent verser les indemnités journalières assurées si, lors de l'accouchement, l'assurée était au bénéfice d'une assurance depuis au moins 270 jours sans interruption de plus de trois mois. Les indemnités journalières doivent être versées pendant 16 semaines, dont au moins huit après l'accouchement. Elles ne peuvent être imputées sur la durée prévue à l'art. 72 al. 3 LAMal (soit 720 sur 900 jours), et doivent être allouées même si cette durée est expirée[111].

h) Prime

La prime à payer est fixée par l'assureur. Pour des prestations assurées égales, les primes doivent être égales[112]. Il s'agit d'un autre principe pratiqué par l'assurance-maladie, soit celui de la mutualité, qui s'applique toutefois uniquement pour l'assurance individuelle. Si un délai d'attente est applicable au versement de l'indemnité journalière, l'assureur doit réduire les primes de manière correspondante. L'assureur peut échelonner les primes d'après l'âge d'entrée et selon les régions. L'art. 61 al. 2 et 4 LAMal est applicable par analogie, pour ce qui est des principes valables pour les primes de l'Assurance obligatoire des soins[113]. Ainsi, selon l'art. 61 al. 2 LAMal, l'assureur échelonne les montants des primes selon les différences des coûts cantonaux. Des exceptions sont possibles pour les effectifs très peu importants. Le lieu de résidence de l'assuré est déterminant.

Dans l'assurance collective, les assureurs peuvent prévoir des primes qui diffèrent de celles de l'assurance individuelle, soit en fonction des risques propres à chaque contrat. Les primes doivent être fixées de manière à ce que l'assurance collective soit au moins autonome[114].

---

[108] Art. 73 al. 1 LAMal.
[109] Pour l'art. 73 al. 1 et 2 LAMal, voir plus loin le chapitre consacré à la coordination.
[110] L'art. 73 LAMal s'applique par analogie aux contrats d'assurances privées pour les preneurs d'assurance et les assurés qui sont chômeurs au sens de l'art. 10 LACI (art. 100 al. 2 LCA).
[111] Art. 74 LAMal. Les indemnités journalières LAMal en cas de maternité sont versées à titre subsidiaire aux APG maternité, depuis l'entrée en vigueur de la révision LAPG au 1er juillet 2005, en vertu des règles de coordination prévues à cet effet (voir le chapitre plus loin prévu à cet effet).
[112] Art. 76 LAMal.
[113] Art. 76 al. 1 à 4 LAMal.
[114] Art. 77 LAMal.

Les tarifs de primes pour l'assurance individuelle sont soumis à l'approbation de l'autorité de surveillance[115], ce qui n'est pas le cas de l'assurance collective.

Le plus souvent, les primes pour l'assurance individuelle sont exprimées en CHF et non pas en pourcent. Pour les assurances collectives, les primes qui, relèvent du contrat uniquement, sont fixées selon un pourcentage du salaire déterminant AVS et peuvent l'être en fonction du risque et de son évolution. L'employeur doit au moins le 50 % des primes[116]. En résumé, la prime dépend principalement de la caisse-maladie, de son rayon d'activité, de l'âge d'entrée des assurés, du délai d'attente fixé et du montant des prestations convenues[117].

Par ailleurs, pour l'assurance-maladie sociale (soins et indemnités journalières, assurance individuelle et collective), le système de financement est celui de la couverture des besoins[118].

2.1.2 La procédure applicable

La procédure applicable à l'assurance d'indemnités journalières maladie LAMal est une procédure de droit public, selon la LPGA, en général. Ainsi, l'assureur rend des décisions, notamment sur le droit aux prestations. Ces décisions peuvent faire l'objet d'une opposition auprès de l'assureur qui les a rendues dans un délai de 30 jours[119]. Pour ce qui est du contentieux, les décisions sur opposition sont ensuite sujettes à recours devant le tribunal cantonal des assurances sociales compétent puis, les jugements rendus par les tribunaux cantonaux peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral[120].

---

[115] Art. 16 al. al. 1 LSAMal.

[116] Ainsi, de manière générale, compte tenu des éléments qui précèdent, l'assurance individuelle et l'assurance collective se distinguent sur plusieurs points. Pour ce qui est de l'assurance individuelle, on peut noter l'obligation de l'assureur d'accepter tout assuré qui répond aux critères d'assujettissement selon l'art. 67 LAMal. Il n'y a pas d'obligation dans ce sens, pour ce qui est de l'assurance collective. En outre, les principes d'égalité de traitement et de mutualité s'appliquent à l'assurance individuelle. En revanche, le principe de la mutualité ne s'applique pas au sein des contrats d'assurance collective, tandis que celui de l'égalité de traitement s'applique uniquement à l'intérieur de chaque contrat d'assurance collective (tarifs identiques pour classes salariales identiques).

[117] Lucile Bonaz, déjà citée, sur la question de la prime LAMal et LCA, pages 88 ss.

[118] Art. 12 LSAMal. Pour tout le chapitre, voir également le Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation du système d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie et proposition de réforme, 2004/2009, pages 9 ss, déjà cité.

[119] Art. 49 ss LPGA.

[120] Art. 56 ss LPGA.

2.1.3 Coordination

a) Buts et principes

Lorsqu'il y a concours de prestations entre plusieurs régimes d'assurances sociales, les règles de coordination visent à éviter la surindemnisation avant tout. Ces règles concernent entre autres la coordination des indemnités journalières entre elles et des indemnités journalières et des rentes. Ces règles de coordination s'appuient sur plusieurs principes.

En droit suisse de la coordination, le principe majeur est celui de la concordance ou de la congruence. Seules les prestations qui se rapportent aux mêmes personnes, à la même période, au même risque et dans la mesure où elles ont lieu en même temps sont coordonnées, en général et sauf exceptions.

Les règles de coordination relèvent avant tout de la LPGA. Toutefois, la coordination des indemnités journalières entre les différentes assurances sociales n'est pas réglée dans la LPGA mais par les lois spéciales comme la LAMal et la LAA. En général, une seule indemnité journalière est allouée, en vertu du principe d'exclusivité (priorité absolue).

Les indemnités journalières et les rentes de différentes assurances sociales sont cumulées, cela sous réserve de surindemnisation[121]. Il s'agit du principe du cumul conditionnel, ce qui signifie que le cumul de prestations est possible pour autant que leur montant ne dépasse pas un certain plafond (limite de l'indemnisation). A cet effet, un type de plafonnement existe en principe selon la coordination à mettre en œuvre.

En effet, le concours de prestations des différentes assurances sociales ne doit pas conduire à une surindemnisation de l'ayant droit. Dans le calcul de la surindemnisation, ne sont prises en compte que des prestations de nature et de but identiques qui sont accordées à l'assuré en raison de l'événement dommageable (al. 1). Il y a surindemnisation dans la mesure où les prestations sociales légalement dues dépassent, du fait de la réalisation du risque, à la fois le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé, les frais supplémentaires et les éventuelles diminutions de revenu subies par les proches (al. 2). Les prestations en espèces sont réduites du montant de la surindemnisation. Sont exceptées de toute réduction les rentes de l'AVS et de l'AI, entre autres par rapport aux indemnités journalières LAMal ou LCA (al. 3)[122].

b) Indemnités journalières LAMal et autres indemnités journalières ou allocations

Pour ce qui est des indemnités journalières LAMal, le Conseil fédéral peut régler leur coordination et veille à ce que leur concours avec celles d'autres assurances sociales ne conduisent pas à la surindemnisation des assurés ou des fournisseurs de prestations, notamment en cas d'hospitalisation[123].

[121] Art. 68 LPGA.
[122] Art. 69 LPGA.
[123] Art. 78 LAMal.

Qu'en est-il lorsqu'une personne est assurée auprès de plus d'un assureur pour des indemnités journalières LAMal ?

Les limites de la surindemnisation sont alors celles posées par l'art. 69 al. 2 LPGA. Si les prestations doivent être réduites, chacun de ces assureurs est tenu de verser les prestations en proportion des indemnités journalières qu'il assure par rapport au total des indemnités journalières assurées[124]. Dans ce cas de figure, le principe du partage selon la causalité s'applique. Autrement dit, chaque assurance sociale octroie ses prestations proportionnellement à la part du dommage qui lui incombe.

Exemple : pour un salaire assuré de 100, si les deux assureurs couvrent le 80 % du dernier salaire, chacun d'eux réduit sa propre indemnité journalière à 50 %.

Dans la mesure où, dans un cas d'assurance, des prestations de l'assurance-maladie sont en concours avec des prestations de même nature de l'assurance-accidents au sens de la LAA, de l'assurance militaire, de l'AVS, de l'AI ou de la LAPG, les prestations de ces autres assurances sociales doivent être allouées en priorité. L'art. 128 OLAA (prestations en cas d'accident et de maladie dans un hôpital) est réservé[125]. Il s'agit du principe d'exclusivité (priorité absolue).

Ainsi, dans une situation de concours de prestations, les indemnités journalières AI, LAA et APG maternité excluent ou priment l'indemnité journalière LAMal.

De son côté, l'allocation de maternité exclut le versement des indemnités journalières de l'assurance-chômage, de l'AI, de l'assurance-accidents, de l'assurance militaire et des APG au sens des art. 9 et 10, 16n à 16s LAPG si elle concerne le même enfant[126]. De plus, si le droit à une indemnité journalière existait jusqu'au début du droit à l'allocation de maternité, le montant de l'allocation s'élève au moins au montant de l'indemnité journalière versée jusqu'alors conformément aux lois respectives (LAI, LAMal, etc.)[127].

D'autre part, la mère ou l'autre parent qui est en incapacité de travail au moment de la naissance de l'enfant ou qui, en raison d'une période d'incapacité de travail, ne remplit pas la condition de la durée de l'exercice d'une activité lucrative de 5 mois au moins, a droit à l'allocation si elle ou il a perçu jusqu'à la naissance de l'enfant des indemnités pour perte de gain en cas de maladie ou d'accident d'une assurance sociale ou privée, notamment[128].

En résumé, pour ce qui est de la coordination entre les APG et les indemnités journalières LAMal, deux éléments sont à relever (en référence aux art. 110 OAMal et 16g al. 2 LAPG). Premièrement, les APG sont prioritaires par rapport aux indemnités journalières LAMal. Deuxièmement, si le droit à une indemnité journalière LAMal existait jusqu'au début du droit à l'allocation de maternité, le montant de l'allocation s'élève au moins au montant de l'indemnité journalière versée jusqu'alors. Il s'agit du principe des droits acquis.

---

[124] Art. 122 al. 2 OAMal.
[125] Art. 110 OAMal.
[126] Art. 16 g al 1 LAPG.
[127] Art. 16 g al. 2 LAPG.
[128] Art. 30 OAPG.

Indemnités journalières LAMal et indemnités de chômage

Comment la coordination est-elle réglée entre les indemnités journalières LAMal, respectivement LCA, et les indemnités de chômage LACI, lorsque l'assuré bénéficie d'une telle assurance à titre facultatif ? Plusieurs dispositions légales s'appliquent en parallèle, soit les art. 28 al. 1 et 4 LACI et 73 al. 1 et 2 LAMal ainsi que l'art. 100 al. 2 LCA.

Tout d'abord, le travailleur qui se retrouve au chômage doit remplir toutes les conditions de l'art. 8 al. 1 LACI, dont celles relatives à la période de cotisation et à l'aptitude au placement, pour avoir droit à des indemnités de chômage.

Ensuite, pour ce qui est de sa couverture perte de gain maladie, l'assuré au chômage a plusieurs options :

1. il est en possession d'une assurance perte de gain maladie individuelle LAMal ou LCA, conclue alors qu'il n'était pas encore au chômage (en référence aux art. 73 al. 2 LAMal et 100 al. 2 LCA) ;
2. il bénéficie d'une couverture liée à un contrat collectif passé par son ancien employeur : le début du chômage coïncide avec la fin des rapports d'assurance, en principe (en référence aux art. 71 al. 2 LAMal et 100 al. 2 LCA) ;
3. sans couverture d'assurance y relative, il peut demander une offre d'assurance, toutefois sans garantie.

Selon l'option 1, l'assuré peut continuer à bénéficier d'une couverture perte de gain maladie selon le contrat individuel passé, cela sans réserve de santé et pour le même montant assuré. L'option 2 nécessite de la part de l'assuré au chômage de revendiquer, dans un certain délai, son droit de passer dans l'assurance individuelle auprès de son ancien assureur LAMal ou LCA sans devoir subir de nouvelles réserves[129]. Afin d'éviter les désagréments de la troisième option, certains cantons prévoient une assurance sociale perte de gain maladie en faveur des chômeurs, dans le but de compléter les prestations offertes par la LACI[130].

---

[129] Voir plus haut le chapitre sur l'assurance d'indemnités journalières selon la LAMal et les éléments se rapportant aux droits de transfert.

[130] Ainsi, les cantons de Genève et de Vaud, préoccupés par le risque de se retrouver à l'aide sociale pour les personnes qui ne bénéficient pas d'une assurance perte de gain suffisante par le biais de leur employeur ou à titre personnel, ont mis en place des assurances sociales cantonales obligatoires pour une catégorie d'assurés spécifique. Dans les deux cantons concernés, la législation cantonale prévoit une assurance publique couvrant la perte de gain suite à une maladie en faveur des bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance-chômage. Dans les deux cas, les couvertures fonctionnent selon un modèle identique à celui des art. 67 LAMal ou des produits d'assurance LCA, cela en limitant les prestations à la durée pendant laquelle la personne assurée peut percevoir des indemnités de chômage selon la LACI. Voir à cet effet les art. 8 ss de la Loi cantonale genevoise en matière de chômage du 11 novembre 1983, entrée en vigueur le 1er janvier 1984 (LMC, RS-GE, J 2 20) et art. 19a ss de la Loi cantonale vaudoise sur l'emploi du 5 juillet 2005 (LEmpl, RS-VD, 822.11). Selon la loi cantonale genevoise, les prestations sont versées au bénéficiaire dès la fin du droit aux indemnités au sens de l'art. 28 LACI jusqu'à concurrence de 270 indemnités journalières cumulées dans le délai-cadre d'indemnisation fédérale. Les prestations selon la loi cantonale genevoise ne peuvent pas dépasser toutefois le nombre des indemnités de chômage auquel le bénéficiaire peut prétendre en vertu de l'art. 27 LACI. Selon la loi cantonale vaudoise, les prestations sont versées en proportion du droit aux indemnités de chômage selon la LACI. D'autres cantons romands, par exemple ceux de Neuchâtel et de Fribourg, encouragent les personnes au chômage à conclure une assurance perte de gain maladie à titre privé en finançant partiellement les primes de ces contrats. Anne-Sylvie Dupont, déjà citée, pages 54 ss.

Lorsqu'un assuré au chômage tombe malade, sur quelles prestations peut-il compter ?

Les assurés qui, passagèrement, ne sont aptes ni à travailler ni à être placés ou ne le sont que partiellement en raison d'une maladie[131], notamment, et qui, de ce fait, ne peuvent satisfaire aux prescriptions de contrôle, ont droit à la pleine indemnité journalière s'ils remplissent les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité. Leur droit persiste au plus jusqu'au 30ème jour suivant le début de l'incapacité totale ou partielle de travail et se limite à 44 indemnités journalières durant le délai-cadre[132].

Le droit aux indemnités de chômage est valable sans délai d'attente pour une période maximale de 30 jours consécutifs et, en cas de pluralité d'incapacités de travail, il est limité à 44 jours durant le délai-cadre d'indemnisation.

Les chômeurs qui ont épuisé leur droit selon l'art. 28 al. 1 LACI, qui sont encore passagèrement frappés d'incapacité restreinte de travail et touchent des indemnités journalières d'une autre assurance LAMal ou LCA facultative, ont droit, dans la mesure où cette incapacité partielle n'entrave pas leur placement et où ils remplissent les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité :

- à la pleine indemnité journalière s'ils sont aptes au travail à raison de 75 % au moins et
- à une indemnité journalière réduite de 50 % s'ils le sont à raison de 50 % au moins[133].

Ainsi, au-delà des 30 premiers jours d'incapacité de travail, les indemnités journalières LAMal ou LCA sont versées à l'assuré en totalité, en cas d'incapacité de travail supérieure à 50 %. En cas d'incapacité de travail partielle (entre 25 et 50 %), les indemnités journalières LAMal et les indemnités de chômage LACI sont harmonisées entre elles[134], selon les art. 73 al. 1 LAMal et 28 al. 4 LACI[135].

Vu la couverture limitée offerte par la LACI, la conclusion d'une assurance d'indemnités journalières LAMal ou LCA, à titre individuel, est plus que nécessaire en cas de situation de chômage et étant donné les règles de coordination expliquées plus haut, les contrats collectifs d'indemnités journalières LAMal ou LCA prévoient un délai d'attente de 30 jours, en général.

---

[131] Art. 3 LPGA.
[132] Art. 28 al. 1 LACI.
[133] Art. 28 al. 4 LACI.
[134] Voir plus haut le chapitre sur l'indemnité journalière selon la la LAMal.
[135] Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Schulthess 2014, pages 280 ss.

Le tableau ci-dessous résume les règles de coordination entre les indemnités journalières LAMal ou LCA et les indemnités de chômage, cela après les premiers 30 jours d'incapacité de travail :

Règles de coordination entre les IJ LAMal/LCA et les indemnités de chômage	
Art. 28 al. 4 LACI	**Art. 73 al. 1 LAMal et 100 al. 2 LCA**
Aptitude au travail : > 25% (= > 75% incapacité de travail) 0 indemnité de chômage et IJ LAMal entière	Incapacité de travail : > 50% = IJ LAMal entière et 0 indemnité de chômage
Aptitude au travail : > 50% (= < 50% incapacité de travail), jusqu'à 74% : ½ indemnité de chômage et ½ IJ LAMal	Incapacité de travail : > 25% jusqu'à 50% max. = ½ IJ LAMal et ½ indemnité de chômage
Aptitude au travail : > 75% (= < 25% incapacité de travail) : Indemnité de chômage entière et 0 IJ LAMal	Incapacité de travail : < 25% = 0 IJ LAMal et indemnité de chômage entière

La coordination entre les indemnités LAMal ou LCA et les indemnités de chômage repose sur le principe de la délimitation de la couverture d'assurance.

Quant à la coordination entre les autres indemnités journalières entre elles (AI, assurance-accidents et assurance-chômage), elle obéit à d'autres règles spécifiques[136].

Indemnités journalières LAMal et indemnités journalières LCA

Les règles de coordination selon la LPGA ne s'appliquent pas en cas de concours des indemnités journalières LAMAL et LCA. En général, les indemnités journalières LAMal sont versées intégralement tandis que les contrats IJ LCA prévoient que les indemnités journalières sont réduites en général, voire versées à titre subsidiaire pour cause de surindemnisation, sous la forme d'un solde à payer. Le principe de l'imputation, voire plus rarement du cumul conditionnel s'applique alors dans ce cas de figure.
Ces considérations valent pour la coordination entre les indemnités journalières LCA et les autres prestations d'assurances sociales de même nature, sous réserve de clauses contractuelles (contrat/CGA) contraires.

[136] L'indemnité journalière de l'assurance-accidents n'est pas allouée s'il existe un droit à une indemnité journalière de l'AI ou à une allocation de maternité, d'allocation à l'autre parent, de prise en charge ou d'adoption selon la LAPG (art. 16 al. 3 LAA). En revanche, les indemnités journalières et les allocations pour impotent LAA ne sont pas réduits lorsque l'atteinte à la santé n'est que partiellement imputable à l'accident (art. 36 al. 1 LAA).
Tant que l'assuré a droit à une indemnité journalière de l'assurance-chômage, il ne peut faire valoir aucun droit à une indemnité journalière de l'AI (art. 18 al. 4 RAI).

Indemnités journalières LAMal et rentes

S'il y a concours de prestations, les indemnités journalières LAMal sont allouées, en général, en plus d'une rente LAI, LAA, LPP et LAM, sous réserve de surindemnisation[137]. Il s'agit du principe du cumul conditionnel.

Indemnités journalières LAMal et prestations AI

Rappelons tout d'abord que l'AI repose sur le principe « la réadaptation prime la rente » et vise les buts suivants : prévenir, réduire ou éliminer l'invalidité grâce à des mesures de réadaptation appropriées, simples et adéquates, compenser les effets économiques permanents de l'invalidité en couvrant les besoins vitaux dans une mesure appropriée et aider les assurés concernés à mener une vie autonome et responsable[138].

Ensuite, plusieurs étapes-clé caractérisent la procédure AI : la détection précoce, l'intervention précoce, la réadaptation et l'octroi éventuel d'une rente.

Les conseils axés sur la réadaptation, la détection précoce et l'intervention précoce font partie des premières mesures prévues par la LAI et ont pour but de prévenir l'invalidité.

Les personnes assurées en incapacité de travail ou menacées de l'être pendant une longue période peuvent s'annoncer à l'AI en vue d'une détection précoce (art. 3 a bis al. 2 let. b LAI).
Dans les 30 jours qui suivent la communication du cas, l'office AI détermine si des mesures d'intervention précoce au sens de l'art. 7d LAI sont indiquées. Si de telles mesures sont indiquées, il ordonne à l'assuré de s'annoncer à l'AI[139]. Comme mesures de ce type, citons par exemple l'adaptation du poste de travail et le conseil dans le but de maintenir les assurés à leur poste de travail. A noter que nul ne peut se prévaloir d'un droit aux mesures d'intervention précoce[140].

La phase d'intervention précoce s'achève par la décision relative à la mise en œuvre des mesures de réadaptation prévues à l'art. 8 al. 3 let. a bis et b LAI (conseil et suivi et mesures d'ordre professionnel), la communication du fait qu'aucune mesure de réadaptation ne peut être mise en œuvre avec succès et que le droit à la rente sera examiné ou la décision selon laquelle l'assuré n'a droit ni à des mesures de réadaptation susmentionnées, ni à une rente[141].

A noter également que la détection précoce et l'intervention précoce ne donnent pas droit à une compensation financière, sous la forme par exemple d'indemnités journalières AI.
Avant la réadaptation, des mesures de réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle (mesures de réinsertion) peuvent être envisagées.

---

[137] Art. 68 et 69 LPGA. Dans la pratique, il est rare que les IJ LAMal ou LCA soient en concours avec les rentes LAA et LAM car le droit à ces dernières est souvent décidé après quelques années seulement. En revanche, il est plus fréquent que les IJ LAMal ou LCA soient en concours avec les rentes AI.
[138] Art. 1a LAI.
[139] Art. 1 quater RAI.
[140] Art. 7d al. 1 à 3 LAI.
[141] Art. 1 septies RAI.

Ont droit à de telles mesures notamment les assurés qui présentent depuis six mois au moins une incapacité de travail[142] de 50 % au moins[143]. Deux formes existent à cet effet : mesures socio-professionnelles et mesures d'occupation[144].

Quant à la réadaptation, elle est mise en œuvre à certaines conditions.

Les assurés invalides ou menacés d'une invalidité[145] ont droit à des mesures de réadaptation pour autant que ces mesures soient nécessaires et de nature à rétablir, maintenir ou améliorer leur capacité de gain ou leur capacité d'accomplir leurs travaux habituels et que les conditions d'octroi des différentes mesures soient remplies.

Les mesures de réadaptation comprennent comme prestations, entre autres, des mesures médicales, l'octroi de conseils et d'un suivi, des mesures de réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle et des mesures d'ordre professionnel[146].

Il appartient à l'office AI de décider de mettre en œuvre ou non des mesures de réadaptation[147], douze mois au plus tard après que l'assuré a fait valoir son droit aux prestations selon l'art. 29 al. 1 LPGA[148].

Par ailleurs, et contrairement à l'intervention précoce, la réadaptation implique en général le versement d'indemnités journalières AI. Ainsi, l'assuré a droit à une indemnité journalière pendant l'exécution des mesures de réadaptation prévues à l'art. 8 al. 3 LAI si ces mesures l'empêchent d'exercer une activité lucrative durant trois jours consécutifs au moins ou s'il présente, dans son activité lucrative, une incapacité de travail[149] de 50 % au moins[150].

A noter que l'indemnité journalière continue d'être versée aux assurés qui doivent interrompre une mesure de réadaptation pour cause de maladie ou de maternité s'ils n'ont pas droit à une indemnité journalière d'une autre assurance sociale obligatoire ou à une indemnité d'une assurance pour perte de gain facultative dont le montant équivaut au moins à celui de l'indemnité journalière de l'AI. L'indemnité journalière de l'AI continue d'être versée pendant 30 jours au maximum durant la première année des mesures de réadaptation, pendant 60 jours au maximum durant la deuxième année des mesures de réadaptation, etc. Par contre, le droit à l'indemnité journalière devient caduc lorsqu'il est constaté que la mesure de réadaptation n'est plus poursuivie[151].

---

[142] Art. 6 LPGA.
[143] Art. 8 al. 2 LPGA.
[144] Art. 14a LAI.
[145] Art. 8 LPGA.
[146] Art. 8 al. 1 et 3 LAI.
[147] Art. 28, al. 1, let. a LAI.
[148] Art. 49 LAI.
[149] Au sens de l'art. 6 LPGA.
[150] Art. 22, 23 al. 1 et 24 al. 1 LAI, en référence à l'art. 22 al. 1 LAA.
[151] Art. 20 quater RAI.

Quant à la rente AI, elle est octroyée à plusieurs conditions cumulatives. Ainsi, l'assuré a droit à une rente

- si sa capacité de gain ou sa capacité d'accomplir ses travaux habituels ne peut pas être rétablie, maintenue ou améliorée par des mesures de réadaptation raisonnablement exigibles ;
- s'il a présenté une incapacité de travail (art. 6 LPGA) d'au moins 40 % en moyenne durant une année sans interruption notable et ;
- si, au terme de cette année, il est invalide (art. 8 LPGA) à 40 % au moins[152].

A noter également qu'une rente n'est pas octroyée tant que toutes les possibilités de réadaptation au sens de l'art. 8 al. 1 bis et 1 ter LAI, n'ont pas été épuisées[153].

Le droit à la rente prend naissance au plus tôt à l'échéance d'une période de six mois à compter de la date à laquelle l'assuré a fait valoir son droit aux prestations conformément à l'art. 29 al. 1 LPGA, mais pas avant le mois qui suit le 18ème anniversaire de l'assuré. Le droit ne prend pas naissance tant que l'assuré peut faire valoir son droit à une indemnité journalière au sens de l'art. 22 LAI. La rente est versée dès le début du mois au cours duquel le droit prend naissance[154].

Du côté de la prévoyance professionnelle et pour ce qui est du régime obligatoire, les personnes qui sont invalides à raison de 40 % au moins au sens de l'AI et qui étaient assurées lorsque l'incapacité de travail est survenue dont la cause est à l'origine de l'invalidité ont droit à une rente d'invalidité[155].

D'autre part, signalons l'art. 18 c LAI qui prévoit pour les employeurs la possibilité de percevoir une indemnité en cas d'augmentation des cotisations ou de primes, pour ce qui est de la prévoyance professionnelle et des assurances perte de gain maladie. Les conditions à cette fin sont les suivantes : l'assuré est à nouveau en incapacité de travail pour des raisons de santé dans les trois ans suivant le placement et les rapports de travail ont duré plus de trois mois au moment de la nouvelle incapacité de travail. Le Conseil fédéral fixe le montant de l'indemnité et peut prévoir d'autres conditions d'octroi.

L'employeur perçoit l'indemnité prévue à l'art. 18 c LAI si l'assuré est absent pour cause de maladie pendant plus de 15 jours de travail en l'espace d'une année. L'indemnité est versée à partir du 16ème jour d'absence, pour autant que l'employeur continue de verser un salaire à l'assuré ou qu'une assurance pour perte de gain accorde des prestations à ce dernier[156].

Cette disposition légale, toutefois, souffre de plusieurs défauts dans sa mise en œuvre : la contribution en cas d'augmentation des primes est limitée aux assurés qui peuvent être placées avec succès grâce une mesure AI et à la durée du contrat de travail, l'employeur peut être tout de même contraint à licencier le collaborateur concerné dans la mesure où des restrictions liées à son état de santé demeure, et l'assurance perte de gain maladie peut résilier le contrat plutôt que d'augmenter les primes, ce qui rend la mesure caduque[157].

---

[152] Art. 28 al. 1 LAI.
[153] Art. 28 al. 1 bis LAI.
[154] Art. 29 al. 1 à 3 LAI.
[155] Art. 23 let a et 26 al. 1 LPP.
[156] Art. 6 quater al. 1 RAI.
[157] En référence à la Lettre ouverte du 25 janvier 2024, suite au dépôt de la Motion Romano no 21.4209, adressée à la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats CSSS-E, par l'Université de Bâle, faculté de droit, signée par plusieurs professeurs d'universités en Suisse, déjà citée.

Indemnités journalières LAMal et rentes LPP

Des règles de coordination spécifiques sont prévues pour la prévoyance professionnelle. Pour ce qui est des indemnités journalières LAMal ou LCA en lieu et place du salaire, l'institution de prévoyance peut différer le droit aux prestations d'invalidité jusqu'à épuisement des indemnités journalières, cela aux conditions suivantes :

- l'assuré reçoit, en lieu et place du salaire entier, des indemnités journalières de l'assurance-maladie équivalant à au moins 80 % du salaire dont il est privé et
- les indemnités journalières ont été financées au moins pour moitié par l'employeur[158].

Le principe de la priorité absolue s'applique si la rente est ajournée et celui du cumul conditionnel s'applique si la rente ne l'est pas, cela selon le règlement de l'institution de prévoyance et l'art. 26 al. 1 et 2 LPP[159].

La prise en charge provisoire des prestations

L'ayant droit peut demander la prise en charge provisoire de son cas (donc de ses prestations) lorsqu'un événement assuré lui donne droit à des prestations d'une assurance sociale mais dans une situation de doute sur le débiteur de ces prestations. Il s'agit ici d'une coordination temporelle (formelle).

L'assurance-maladie est alors tenue de prendre provisoirement le cas à sa charge, pour les prestations en nature et les indemnités journalières dont la prise en charge par l'assurance-maladie, l'assurance-accidents, l'assurance militaire ou l'AI est contestée. Il en est de même de l'assurance-chômage, pour les prestations dont la prise en charge par l'assurance-chômage, l'assurance-maladie, l'assurance-accidents, l'assurance militaire ou l'AI est contestée[160].

Ainsi, l'assurance-maladie n'est pas tenue de verser les prestations à titre provisoire lorsque l'assurance-chômage est impliquée. Par contre, elle l'est lorsque la prise en charge est contestée par l'assurance-accidents et l'AI notamment[161].

---

[158] Art. 26 OPP2, en référence aux art. 34a al. 1 et 5 let. c et 26 al. 2 LPP.

[159] Voir plus loin le chapitre sur la coordination entre les indemnités journalières LAMal/LCA et les prestations AI.

[160] Art. 70 al. 1 et 2 let. a et b LPGA. Voir également la question du remboursement des prestations provisoires, selon l'art. 95 al. 1 bis LACI, en dérogation à l'art. 25 al. 1 LPGA. Ainsi, l'assuré qui a touché des indemnités de chômage et perçoit ensuite, pour la même période, une rente ou des indemnités journalières au titre de l'AI, de la prévoyance professionnelle et de l'assurance-maladie, par exemple, est tenu de rembourser les indemnités journalières versées par l'assurance-chômage au cours de cette période. En dérogation à l'art. 25 al. 1 LPGA, la somme à restituer se limite à la somme des prestations versées pour la même période par ces institutions.

[161] Robert Hurst, Droit et coordination, Centre d'information AVS/AI, 2022, pages 129 ss.

Coordination en cas d'incapacité de travail de longue durée

Qu'en est-il du travailleur lorsqu'il se retrouve en incapacité de travail de longue durée suite à une maladie alors qu'il bénéficie d'une assurance perte de gain maladie collective par le biais de son employeur ?

En général, les indemnités journalières LAMal ou LCA sont versées pendant 720 jours durant une période de 900 jours au maximum (en référence à l'art. 72 al. 3 LAMal et au contrat LCA), cela en cas d'incapacité de travail totale (remarque : en cas d'incapacité de travail partielle, les indemnités journalières LAMal peuvent être prolongées au-delà de 720 jours, selon l'art. 78 al. 5 LAMal). Une rente d'invalidité, au sens de la LAI et de la LPP, peut être octroyée après une année d'incapacité de travail à 40 %, et dans la mesure où toutes les autres conditions sont remplies selon les art. 28 LAI et 23 let. a LPP.

Par conséquent, durant la première année d'incapacité de travail, seules les indemnités journalières LAMal ou LCA sont versées.

Durant la 2ème année, les indemnités journalières LAMal et LCA sont allouées en plus d'une rente AI, qui est versée en totalité comme le prévoit l'art. 69 al. 3 LPGA, mais elles sont réduites : les indemnités journalières LAMal, conformément aux art. 69 al. 1 et 2 LPGA et 78 OAMal, et les indemnités journalières LCA, selon le contrat. En revanche et en principe, le droit à la rente d'invalidité LPP débute au moment où les indemnités journalières LAMal ou LCA sont épuisées, soit après 720 jours en général, aux conditions posées par l'art. 26 al. 2 OPP2.

Et qu'en est-il lorsque l'assuré à la fois s'inscrit à l'assurance-chômage et s'annonce à l'AI en situation d'incapacité de travail durable, cela au-delà des 30/44 premiers jours indemnisés et des règles de coordination prévues à cet effet en cas de concours des indemnités de chômage et des indemnités journalières maladie LAMal ou LCA, selon les art. 28 al. 1 et 4 LACI, 73 al. 1 et 2 LAMal et 100 al. 2 LCA ?

Dans cette situation, l'aptitude au placement des personnes handicapées est examinée à la lumière de l'art. 15 al. 3 OACI.

Pour déterminer l'aptitude au placement des handicapés, les autorités cantonales et les caisses coopèrent avec les organes compétents de l'assurance-invalidité (art. 15 al. 1 OACI). L'al. 1 est également applicable lorsque l'assurance-accidents obligatoire, l'assurance-maladie ou la prévoyance professionnelle, entre autres, sont impliquées dans l'examen du droit à l'indemnité ou dans le placement de handicapés (art. 15 al. 2). Lorsque, dans l'hypothèse d'une situation équilibrée sur le marché du travail, un handicapé n'est pas manifestement inapte au placement et qu'il s'est annoncé à l'assurance-invalidité ou à une autre assurance selon l'al. 2, il est réputé apte au placement jusqu'à la décision de l'autre assurance. Dans cette situation, l'assurance-chômage prend le cas provisoirement en charge jusqu'à ce que l'AI prenne une décision, selon l'art. art. 70 al. 1 et 2 let. b LPGA. Cette reconnaissance n'a aucune incidence sur l'appréciation, par les autres assurances, de son aptitude au travail ou à l'exercice d'une activité lucrative (art. 15 al. 3)[162].

[162] Art. 15 al. 3 OACI, en référence aux art. 32 al. 2 LPGA, 15 al. 2 et 96b LACI.

À retenir

Les indemnités journalières LAMal s'intègrent véritablement dans un système de coordination qui s'appuie sur des principes spécifiques (cumul conditionnel, etc.) mais qui s'avère très complexe car il repose sur une multitude de règles éparses (LPGA et lois spéciales) et diverses.

A l'opposé, la coordination des indemnités journalières LCA avec d'autres prestations d'assurances sociales relève uniquement du contrat, à l'exception de l'art. 100 al. 2 LCA.

En cas de concours d'indemnités journalières LAMal et LCA, les premières sont versées intégralement alors que les deuxièmes sont réduites, en général.

Etant donné que l'intervention précoce, entre autres, ne donne pas droit à une compensation financière, sous la forme par exemple d'indemnités journalières AI, le fait de bénéficier d'une assurance d'indemnités journalières maladie LAMal ou LCA est fort utile dans cette situation ; à contrario, l'absence d'une telle couverture est problématique. Par contre, le fait de bénéficier d'une telle assurance a pour effet de reporter le versement d'une rente d'invalidité dans le cadre de la LPP.

A noter également que les indemnités journalières perte de gain maladie LAMal, mais aussi LCA, ne sont pas soumises aux cotisations AVS/AI/APG, entre autres. Ce faisant, elles ne garantissent donc pas la couverture d'autres risques, respectivement ne contribuent pas aux prestations offertes par les autres régimes d'assurances sociales.

Le tableau ci-dessous présente, pour les régimes concernés, les principes et les règles de coordination :

Principales règles de coordination entre les indemnités journalières (IJ) LAMal et les autres prestations d'assurances sociales en espèces selon la LCA			
	Régimes	**Principes**	**Règles**
Entre IJ LAMal et autres IJ ou allocations	IJ LAMal et IJ LAMal	Partage selon la causalité	Pour chaque assureur, versement des prestations en proportion des IJ qu'il assure par rapport au total des IJ assurées
	IJ LAMal et IJ AA, AI, APG, etc.	Exclusivité (priorité absolue)	IJ AA, AA, etc. en lieu et place d'IJ LAMal
	IJ LAMal et indemnités de chômage LACI, après 30 jours d'incapacité de travail	Délimitation de la couverture d'assurance	> 50 % incapacité de travail = IJ LAMal entière et 0 indemnité de chômage > 25 % jusqu'à 50 % max. = ½ IJ LAMal et ½ indemnité de chômage < 25 % incapacité de travail = 0 IJ LAMal et indemnité de chômage entière
	IJ LAMal et IJ LCA	Imputation, voire cumul conditionnel	IJ LAMal : versement intégral IJ LCA : réduction, en général
Entre IJ LAMal et rentes	IJ LAMal et rentes AI, AA, etc.	Cumul conditionnel	IJ LAMal en plus d'une rente AI ou AA
	IJ LAMal et rentes PP	Exclusivité (priorité absolue) ou cumul conditionnel	Report possible du droit aux prestations d'invalidité PP
Entre IJ LAMal et autres prestations (cas particulier)		Coordination temporelle ou formelle	Prise en charge provisoire par l'AMal, lorsque la prise en charge est contestée par l'AMal, l'AM, l'AA et l'AI (IJ)

1) AA = assurance-accidents, PP = prévoyance professionnelle, AMal = assurance-maladie, AM = assurance militaire

2.2 L'assurance d'indemnités journalières maladie selon la LCA

Le but de ce chapitre est de présenter l'assurance d'indemnités journalières selon la LCA. Dans un premier temps, ce chapitre expose la LCA sous un angle général, en soulignant les aspects juridiques de cette loi, le processus conduisant à la conclusion du contrat d'assurance ainsi que d'autres dispositions spécifiques propres au thème de notre dossier. Dans un deuxième temps, ce chapitre a pour but d'exposer l'assurance d'indemnités journalières maladie en soi, toujours selon la LCA, en abordant les aspects juridiques propres à ces contrats, l'assurance collective d'indemnités journalières maladie, le droit de libre-passage et les règles de coordination pour les chômeurs, la convention de libre-passage pour l'assurance collective d'indemnités journalières maladie, les droits de passage et de transfert au sens de la LCA, et, finalement, la procédure applicable.

2.2.1 La LCA : généralités

a) Aspects juridiques

Les principales dispositions légales de droit privé qui se rapportent aux relations contractuelles entre les assureurs et leurs clients relèvent de la Loi sur le contrat d'assurance (LCA). La LCA fait partie intégrante du droit des obligations, respectivement du droit des contrats, sans pour autant faire partie du CO formellement. Toutefois, le CO s'applique à titre subsidiaire pour toutes les questions juridiques non traitées par la LCA[163].

La LCA a pour but de garantir une couverture d'assurance réalisable et raisonnable à titre privé. Cette loi offre un cadre large (liberté contractuelle) pour la conclusion de contrats d'assurances privées.

L'entreprise d'assurance ou l'assureur et le preneur d'assurance représentent les parties au contrat d'assurance. D'autres acteurs sont impliqués dans un contrat d'assurance. Le proposant, soit la personne qui fait une proposition d'assurance à l'assureur, qui devient le preneur d'assurance (une fois la proposition acceptée par l'assureur). Ajoutons l'assuré, soit la personne sur la tête de qui l'assurance est conclue ou qui est menacée par la réalisation d'un risque, le bénéficiaire (ou ayant droit), soit la personne qui a droit aux prestations d'assurance prévues par le contrat, notamment en cas de maladie de la personne assurée, et le payeur de primes. Une seule personne peut endosser tous ces rôles[164].

La LCA contient les chapitres suivants : 1. Dispositions générales (art. 1 à 47a), 2. Dispositions spéciales (art. 50 à 96), 3. Dispositions impératives (art. 97 à 99) et 4. Dispositions finales (art. 100 à 104).

Les dispositions générales se rapportent à la conclusion du contrat, aux obligations d'information, à la force obligatoire du contrat, à la prime, à la modification du contrat, à la fin du contrat, à la survenance du sinistre et à d'autres dispositions tandis que la section 4 des dispositions spéciales est consacrée à l'assurance-accidents et à l'assurance-maladie (art. 95a et 95b). Par ailleurs, mentionnons l'art. 100 al. 2, qui se rapporte aux contrats d'indemnités journalières maladie collectifs, compris dans les dispositions finales de la LCA.

---

[163] En référence à l'art. 100 al. 1 LCA.

[164] C'est notamment le cas, pour les assurances-vie, lorsque le preneur d'assurance perçoit son capital en cas de vie à l'échéance du contrat.

Les éléments du contrat peuvent être convenus librement, en principe, par les parties au contrat, sous réserve de dispositions légales particulières. Ces dispositions ont un degré de force variable :

- absolument impératives, soit celles que les parties ne peuvent pas modifier par convention[165], ce qui veut dire qu'il est absolument interdit de déroger à ces dispositions-là et que toute clause contraire est nulle ;
- semi ou relativement impératives, soit celles qui ne peuvent pas être modifiées au détriment de l'ayant droit ou du preneur d'assurance[166] ;
- de droit dispositif, soit celles qui peuvent être modifiées par les parties au contrat.

La LCA contient avant tout des dispositions de droit dispositif. Autrement dit, les règles spéciales, prévues dans le contrat d'assurance ou dans les CGA priment la loi, pour autant qu'elles ne s'opposent pas aux dispositions impératives.

Pour ce qui est du contrat d'assurance, la hiérarchie des sources de droit se présente de la manière suivante : 1. éventuelles conditions particulières 2. CGA 3. LCA 4. CO et CC.

Les CGA mentionnent les principaux éléments du contrat, comme les risques assurés, l'étendue de la couverture d'assurance et sa nature et l'échéance pour le paiement des primes[167].

Enfin, les assureurs privés peuvent exercer l'activité d'assurance d'indemnités journalières maladie LCA à la condition qu'ils aient obtenu l'autorisation de la Finma. Dans ce but, ils doivent déposer une demande d'autorisation, accompagnée d'un plan d'exploitation et remplir toutes les conditions à cette fin[168].

---

[165] Art. 97 LCA.

[166] Art. 98 LCA. Pour des exemples de dispositions impératives, voir ci-après les art. 24, 35b et 35c, et pour des exemples de dispositions semi-impératives, voir ci-après les art. 1 à 3a, 6, 9, 11, 20 et 21, 35a et 95a.

[167] Vincent Brulhart, Droit des assurances privées, Stämpfli, 2ème édition, 2017, pages 213 ss.

[168] Art. 3 ss LSA. Pour la suite de ce dossier, seules les dispositions légales principales qui se rapportent aux contrats d'indemnités journalières maladie sont développées.

b) Le processus conduisant à la conclusion du contrat d'assurance

Pour aboutir à sa conclusion, le contrat d'assurance passe par les étapes suivantes :

1. Offre (proposition d'assurance)

Le proposant soumet à l'assureur une offre (proposition) de conclure le contrat d'assurance, permettant à ce dernier d'examiner le risque. Le proposant est lié pendant 14 jours (quatre semaines s'il y a examen médical)[169]. Le délai commence à courir dès la remise ou dès l'envoi de la proposition à l'entreprise d'assurance ou à son agent. Le proposant est dégagé si l'acceptation de l'assureur ne lui parvient pas avant l'expiration du délai[170].

Le preneur d'assurance peut révoquer sa proposition de contrat ou l'acceptation de ce dernier par écrit ou par tout autre moyen de preuve par un texte, dans un délai de 14 jours. Le délai est respecté si le preneur d'assurance communique sa révocation à l'assureur ou remet son avis de révocation à la poste le dernier jour du délai.
Le droit de révocation est exclu pour les assurances collectives de personnes, les couvertures provisoires et les conventions d'une durée inférieure à un mois[171].

La révocation a pour conséquence que la proposition de contrat d'assurance ou l'acceptation par le preneur d'assurance sont considérées comme non avenues. Les parties doivent rembourser les prestations reçues. En principe, le preneur d'assurance ne doit aucun dédommagement à l'assureur[172].

Avant la conclusion du contrat, l'assureur doit porter à la connaissance du preneur d'assurance les principaux éléments du contrat d'assurance, soit :

- les risques assurés ;
- l'étendue de la couverture d'assurance et sa nature (assurance de sommes ou dommages)[173] ;
- les primes dues et les autres obligations du preneur d'assurance ;
- la durée et la fin du contrat d'assurance ;
- le droit de révocation ;
- le délai de remise de l'avis de sinistre ;
- la validité dans le temps de la couverture d'assurance, en particulier lorsque le sinistre se produit pendant la durée du contrat mais que le dommage n'intervient qu'après la fin du contrat, etc.[174].

---

[169] Lié signifie que le client ne peut pas signer une autre proposition d'assurance en même temps, au risque de se retrouver avec une assurance multiple, au sens de l'art. 46b LCA.
[170] Art. 1 LCA.
[171] Art. 2a al. 1 à 4 LCA.
[172] Art. 2b LCA.
[173] Les assurances de sommes garantissent les prestations convenues lorsque le risque se réalise et les assurances de dommages compensent un dommage effectif.
[174] Art. 3 al. 1 let. a à j LCA.

Ces renseignements doivent être fournis au preneur d'assurance afin qu'il puisse en avoir connaissance lorsqu'il fait la proposition de contrat d'assurance ou qu'il l'accepte. Dans tous les cas, il doit être à ce moment-là en possession des CGA, principalement[175].

Si un employeur conclut une assurance collective de personnes afin de protéger ses employés, par exemple contre la maladie, il est tenu de renseigner ces derniers, par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte, sur les principaux éléments du contrat, sur ses modifications et sur sa dissolution. L'assureur met à la disposition de l'employeur tous les documents nécessaires aux fins de l'assister dans cette tâche d'information[176].

Si l'assureur a contrevenu à son obligation d'information au sens de l'art. 3 LCA, le preneur d'assurance est en droit de résilier le contrat. Il doit le faire par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte. La résiliation prend effet lorsqu'elle parvient à l'assureur. Le droit de résiliation s'éteint quatre semaines après que le preneur d'assurance a eu connaissance de la contravention et des informations selon l'art. 3, mais au plus tard deux ans après la contravention[177].

De son côté, le proposant a l'obligation de déclarer à l'assureur, au moyen d'un questionnaire ou en réponse à toute autre question écrite, tous les faits importants en vue d'évaluer le risque qu'il connaît ou qu'il doit connaître[178]. Sont importants tous les faits de nature à influer sur la détermination de l'assureur de conclure le contrat ou de le conclure aux conditions convenues[179]. Sont réputés importants les faits au sujet desquels l'assureur a posé des questions précises et non équivoques[180].

Si, lorsqu'il a répondu aux questions visées à l'art. 4 al. 1 LCA, celui qui avait l'obligation de le faire a omis de déclarer ou a déclaré inexactement un fait important qu'il connaissait ou qu'il devait connaître (réticence) et sur lequel il a été questionné, l'assureur est en droit de résilier le contrat par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte[181]. La résiliation prend effet lorsqu'elle parvient au preneur d'assurance. Le droit de résiliation s'éteint quatre semaines après que l'assureur eu connaissance de la réticence. Si le contrat prend fin par résiliation en vertu de l'art. 6 a al. 1 LCA, l'obligation de l'assureur d'accorder sa prestation s'éteint également pour les sinistres déjà survenus dans la mesure où le fait qui a été l'objet de la réticence a influé sur la survenance ou l'étendue du sinistre. Dans la mesure où il a déjà accordé une prestation pour un tel sinistre, l'assureur a droit à son remboursement[182].

---

[175] Art. 3 al. 2 LCA.
[176] Art. 3 al. 3 LCA.
[177] Art. 3a LCA.
[178] Art. 4 al. 1 LCA.
[179] Art. 4 al.2 LCA.
[180] Art. 4 LCA al.3 LCA.
[181] Si l'assureur privé exige à la date d'entrée d'un nouveau collaborateur une déclaration de santé, celle-ci doit être remplie de manière conforme à la réalité. Sur cette base-là, des réserves pour raisons de santé peuvent être prévues. Si des faits dont le collaborateur a pris connaissance ou devrait connaître ne sont pas mentionnés ou mentionnés de façon inexacte, la couverture d'assurance est supprimée en cas de prestation, dans la mesure où il existe un rapport de cause à effet entre ce cas de prestation et les faits dissimulés ou inexacts.
[182] Art. 6 al. 1 à 3 LCA.

Pour l'appréciation d'une éventuelle fausse déclaration, le moment déterminant est celui durant lequel l'assuré répond aux questions et non celui de la conclusion du contrat.

Une réglementation spécifique existe à cet effet pour les assurances collectives.

Lorsque le contrat est relatif à plusieurs personnes (exemple : assurance collective d'indemnités journalières maladie) notamment et que la réticence n'a trait qu'à quelques-unes de celles-ci, l'assurance reste en vigueur pour les autres, s'il résulte des circonstances que l'assureur les aurait assurées seules aux mêmes conditions[183].

Cette réglementation vise, entre autres, la situation de l'employeur qui assure tout son personnel, lui-même étant inclus, contre les risques accident et maladie par exemple. Si l'employeur fournit des informations inexactes concernant sa propre situation, le contrat reste en vigueur pour son personnel.

2. Examen de la proposition : acceptation ou refus

L'assureur examine la proposition du proposant puis, l'accepte ou la refuse. Il peut accepter la proposition, intégralement ou à des conditions différentes de celles qui figurent dans la proposition d'assurance (introduction d'une réserve, fixation d'une surprime, etc.). La réponse de l'assureur constitue une contre-offre sur laquelle le proposant doit se déterminer.

3. Conclusion du contrat

Le contrat d'assurance est considéré comme conclu lorsque l'acceptation de la proposition d'assurance par l'assureur parvient au preneur d'assurance dans le délai prescrit[184]. La couverture d'assurance, quant à elle, commence le plus souvent le jour fixé par le contrat, voire à partir du moment où la première prime est payée.

4. Remise de la police d'assurance

L'assureur remet au preneur d'assurance la police d'assurance. Ce document décrit les droits et obligations des parties. Ajoutons que, à la demande du preneur d'assurance, l'assureur doit remettre au preneur d'assurance une copie des déclarations contenues dans la proposition d'assurance ou faites de toute autre manière par le proposant et qui ont servi de base à la conclusion du contrat[185].

[183] Art. 7 LCA.
[184] Art. 1 al. 4 LCA.
[185] Art. 11 LCA.

c) Autres dispositions spécifiques

Contenu et force obligatoire du contrat

Lorsqu'une couverture provisoire a été convenue, la possibilité de déterminer les risques assurés et l'étendue de la protection d'assurance provisoire suffit à justifier l'obligation de prestation. L'obligation d'information de l'assureur est réduite en conséquence. Une prime est due si elle a été convenue ou si elle est usuelle. Si la couverture provisoire n'est pas limitée dans le temps, elle peut être résiliée en tout temps moyennant un délai de quatorze jours. Elle prend fin en tout cas lors de la conclusion d'un contrat définitif avec l'assureur concernée ou un autre assureur. L'entreprise d'assurance doit confirmer par écrit les couvertures provisoires[186].

Les effets du contrat peuvent débuter à une date antérieure à celle de sa conclusion si un intérêt assurable existe. Conséquence : l'assurance rétroactive est nulle si seul le preneur d'assurance ou l'assuré savait ou devait savoir qu'un sinistre était déjà survenu[187].

Des dispositions particulières existent lorsqu'un sinistre a été causé par faute. Ainsi, si le sinistre a été causé intentionnellement par le preneur d'assurance ou l'ayant droit, l'assureur n'est pas lié. Si le preneur d'assurance ou l'ayant droit a causé le sinistre par une faute grave, l'assureur est autorisé à réduire sa prestation dans la mesure répondant au degré de la faute. Si le sinistre est dû à une faute légère du preneur d'assurance ou de l'ayant droit, ou si ces personnes se sont rendues coupables d'une faute légère dans le sens de l'alinéa précédent, ou encore si le sinistre est dû à une faute légère de l'une des autres personnes mentionnées dans ce même alinéa, la responsabilité de l'assureur demeure entière[188].

L'objet de l'assurance est un intérêt assurable du preneur d'assurance (assurance pour son propre compte) ou d'un tiers (assurance pour compte d'autrui). L'assurance peut porter entre autres sur la personne du preneur d'assurance (assurance personnelle) ou d'un tiers (assurance d'autrui)[189]. L'assurance collective est une assurance pour compte d'autrui.

Prime

Sauf stipulation contraire, la prime échoit pour la première période d'assurance au moment de la conclusion du contrat. Par période d'assurance, il faut entendre le laps de temps d'après lequel est calculée l'unité de prime. En cas de doute, la période d'assurance est d'une année et les primes ultérieures échoient au commencement d'une nouvelle période d'assurance[190].

Si la prime n'est pas payée à l'échéance ou dans le délai de grâce accordé par le contrat, le débiteur doit être sommé par écrit ou par tout autre moyen de preuve, à ses frais, d'en effectuer le paiement dans les quatorze jours à compter de l'envoi de la sommation[191].

---

[186] Art. 9 LCA.
[187] Art. 10 LCA.
[188] Art. 14 al. 1, 2 et 4 LCA.
[189] Art. 16 al. 1 LCA.
[190] Art. 19 LCA.
[191] Art. 20 et 21 LCA. La sommation doit rappeler les conséquences de la demeure. Si la prime est encaissée chez le débiteur, la sommation peut être effectuée oralement. Dans l'hypothèse où la sommation reste sans effet, l'obligation de l'assureur est suspendue à partir de l'expiration du délai légal. L'art. 93 LCA demeure réservé

Pour ce qui est de la divisibilité de la prime, la prime n'est due que jusqu'à la fin du contrat lorsque celui-ci est résilié ou prend fin avant son échéance. L'art. 42 al. 3 LCA est réservé : en cas de dommage partiel, l'assureur conserve son droit à la prime pour la période d'assurance en cours si le preneur résilie le contrat durant l'année qui suit sa conclusion. La prime pour la période d'assurance en cours est due dans son intégralité lorsque le contrat devient nul et non avenu à la suite de la disparition du risque[192].

Par conséquent et selon le principe de la divisibilité de la prime, la prime est due en fonction de la période de couverture effective. Cette règle s'applique pour les assurances risque pur et la part risque des assurances constitutives de capital.

Modification et fin du contrat

Le contrat d'assurance débute et se termine à l'expiration de la durée convenue. Avant cette échéance, il prend fin pour des motifs prévus par la loi (exemple : faillite de l'assureur selon l'art. 37 al. 1 LCA) ou par la volonté des parties. L'assureur peut mettre fin au contrat dans certaines situations : réticence[193] et non-paiement de la prime après sommation[194].

Si le preneur d'assurance provoque une aggravation essentielle du risque au cours de l'assurance, l'assureur cesse d'être liée par le contrat pour l'avenir. L'aggravation est essentielle lorsqu'elle porte sur un fait qui est important pour l'appréciation du risque[195] et dont les parties avaient déterminé l'étendue lors de la réponse aux questions visées à l'art. 4 al. 1 LCA. Le contrat peut stipuler si, dans quelle mesure et dans quels délais le preneur doit donner avis de l'aggravation du risque à l'assureur[196].

Lorsque le contrat comprend plusieurs personnes (exemple : assurance collective d'indemnités journalières maladie) et que le risque n'est aggravé que pour une partie de ces personnes, l'assurance demeure en vigueur pour les autres, à la condition que le preneur paie pour celles-ci, à première réquisition, la prime plus élevée qui pourrait être due à l'assureur[197].

Un droit de résiliation ordinaire et extraordinaire du contrat existe, mettant fin au contrat par la volonté des parties[198].

Le contrat peut être résilié par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte pour la fin de la troisième année ou de chacune des années suivantes, même s'il a été conclu pour une durée plus longue, moyennant un préavis de trois mois (art. 35a al. 1). Les parties peuvent convenir que le contrat peut être résilié avant la fin de la troisième année. Les délais de résiliation doivent être identiques pour les deux parties (art. 35a al. 2).

(art. 20 LCA). Les rapports de droit après la demeure varient en fonction de la poursuite ou non du paiement de la prime par l'assureur (art. 21 LCA).

[192] Art. 24 LCA.

[193] Art. 6 al. 1 LCA.

[194] Art. 21 al. 1 LCA.

[195] Selon l'article 4 LCA.

[196] Art. 28 LCA.

[197] Art. 31 LCA.

[198] Art. 35 a et 35 b LCA.

Autrement dit, aussi bien le preneur d'assurance que l'assureur peuvent se prévaloir de ce droit.

Par ailleurs, dans l'assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale[199], seul le preneur d'assurance peut faire usage du droit de résiliation ordinaire ou du droit de résiliation en cas de dommage partiel : si, pour ce dommage, une indemnité est réclamée, l'assureur et le preneur d'assurance ont le droit de se départir du contrat au plus tard lors du paiement de l'indemnité (art. 42 al. LCA) (art. 35a al. 4).

En revanche, pour ce qui est de l'assurance collective d'indemnités journalières, les deux parties peuvent faire usage de ces droits[200]. Ici, l'assureur a le droit de résilier le contrat au même titre que le preneur d'assurance.

Le contrat peut être résilié de manière extraordinaire, soit pour de justes motifs en tout temps par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte. Est considéré comme juste motif : toute modification imprévisible des prescriptions légales qui empêche d'exécuter le contrat et toute circonstance dans laquelle les règles de la bonne foi ne permettent plus d'exiger la continuation du contrat de la part de la personne qui le résilie[201]. Une disposition spéciale existe pour les cas d'assurance en suspens.

Sont nulles, les dispositions du contrat qui donnent à un assureur le droit de supprimer ou de limiter unilatéralement la durée ou l'étendue de ses obligations existantes de fournir des prestations périodiques à la suite d'une maladie ou d'un accident lorsque le contrat prend fin après la survenance du sinistre. En cas de changement d'assurance, la poursuite de l'assurance par un autre assureur est réservée lorsqu'il s'agit des obligations de prestations visées à l'art 35 c al. 1, concernant leur durée et leur étendue[202].

Survenance du sinistre et autres dispositions

En cas de sinistre, l'ayant droit doit, aussitôt qu'il a eu connaissance du sinistre, par exemple lors de la survenance de l'incapacité de travail, et du droit qui découle en sa faveur de l'assurance, en informer l'assureur. Le contrat peut prévoir que cet avis soit donné par écrit. Si l'ayant droit contrevient à cette obligation par sa faute, l'assureur a le droit de réduire l'indemnité à la somme qu'elle comporterait si la déclaration avait été faite à temps[203].

Une fois le sinistre survenu, l'ayant droit doit faire tout son possible pour limiter le dommage. S'il n'y a pas péril en la demeure, il doit requérir les instructions de l'assureur sur les mesures à prendre et s'y conformer[204].

Enfin, en cas de dommage partiel et si, pour ce dommage, une indemnité est réclamée, l'assureur et le preneur d'assurance ont le droit de se départir du contrat au plus tard lors du paiement de l'indemnité. En cas de résiliation du contrat, la responsabilité de l'assureur cesse quatorze jours après la notification de la résiliation à l'autre partie. L'assureur conserve son droit à la prime pour la période d'assurance en cours si le preneur résilie le

[199] Selon l'art. 2 al. 2 LSAMal.
[200] Art. 35 a al. 1, 2 et 4 LCA.
[201] Art. 35 b LCA.
[202] Art. 35 c LCA.
[203] Art. 38 al. 1 et 2 LCA.
[204] Art. 38 a al.1 LCA.

contrat durant l'année qui suit sa conclusion. Lorsque ni l'assureur ni le preneur ne se départissent du contrat, l'assureur n'est plus tenu à l'avenir que pour le reste de la somme assurée, sauf convention contraire[205].

Pour ce qui est de la prescription ou du délai pour faire valoir ses prestations, par exemple sous la forme d'indemnités journalières maladie, l'art. 46 LCA s'applique : sous réserve de son alinéa 3, les créances qui découlent du contrat d'assurance se prescrivent par cinq ans à compter de la survenance du fait duquel naît l'obligation[206]. Est nulle, en ce qui concerne la prétention contre l'assureur, toute stipulation d'une prescription plus courte ou d'un délai de déchéance plus bref[207]. Les créances qui découlent du contrat d'assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie se prescrivent par deux ans à compter de la survenance du fait duquel naît l'obligation[208].

2.2.2 L'assurance d'indemnités journalières maladie LCA

1. Aspects juridiques

Les éléments du contrat d'assurance d'indemnités journalières (IJ) maladie LCA peuvent être convenus librement, en principe, par les parties au contrat, sous réserve de dispositions légales absolument impératives (exemples : demeure et divisibilité de la prime) et semi ou relativement impératives (exemple : résiliation ordinaire). Par ailleurs, les règles spéciales, prévues dans le contrat, respectivement les CGA, priment la loi, en tenant compte de la réserve ci-dessus. Les CGA représentent la source principale quant à la réglementation de ce type de contrat.

La LCA, certes, ne réglemente pas expressément le contrat d'assurance IJ maladie, à l'exception des art. 95 a et 100 al. 2, mais elle s'applique à ce type de convention.

L'assurance peut être individuelle ou collective.

Les dispositions générales de la LCA (soit les articles 1 à 47 a) s'appliquent aux contrats d'assurance IJ maladie LCA, en général et sauf exception, notamment sur la question de l'offre et de son acceptation[209].

Pour ce qui est de la conclusion du contrat, rappelons que le droit de révocation existe pour les contrats d'indemnités journalières maladie[210] mais qu'il est exclu pour les assurances collectives[211]. La révocation a des conséquences[212].

---

[205] Art. 42 LCA.
[206] Art. 46 al. 1. LCA.
[207] Art. 46 al. 2 LCA.
[208] Art. 46 al. 3 LCA.
[209] Art. 1 LCA.
[210] Art. 2 LCA.
[211] Art. 2 a al. 4 LCA.
[212] Art. 2b LCA.

Qu'en est-il de l'obligation d'information des parties au contrat, en général ?

Comme pour tout autre contrat d'assurance, l'assureur-maladie (assureur) doit porter à la connaissance du preneur d'assurance, avant la conclusion du contrat, les principaux éléments du contrat d'assurance, comme les risques assurés (maladie, accident, etc.), l'étendue de la couverture d'assurance et sa nature (assurance de sommes ou de dommages) et, surtout quant à la validité dans le temps de la couverture d'assurance, en particulier lorsque le sinistre se produit pendant la durée du contrat mais que le dommage n'intervient qu'après la fin du contrat, etc.. Ces renseignements doivent être fournis à temps au preneur d'assurance[213].

Des exigences supplémentaires existent pour l'assurance collective de personnes en termes d'éléments essentiels du contrat, de sa modification et de sa dissolution, pour ce qui est de l'information de la part de l'employeur, soutenu dans cette tâche par l'assureur[214].

Si l'assureur ne respecte pas son obligation d'information au sens de l'art. 3 LCA, le preneur d'assurance est en droit de résilier le contrat[215].

De son côté, le proposant a l'obligation d'informer l'assureur sur tous les faits importants en vue d'évaluer le risque qu'il connaît ou qu'il doit connaître[216]. En cas de réticence, les conséquences peuvent être importantes, comme la résiliation du contrat par l'assureur[217].

Pour ce qui est des contrats collectifs, lorsque la réticence n'a trait qu'à quelques-unes de celles-ci, l'assurance reste en vigueur pour les autres, s'il résulte des circonstances que l'assureur les aurait assurées seules aux mêmes conditions[218].

Les contrats d'assurance IJ maladie relèvent également de dispositions relatives au contenu et à la force obligatoire du contrat[219]. Ces dispositions concernent, entre autres, la couverture provisoire[220], l'assurance rétroactive[221], le contenu de la police[222], le sinistre causé par une faute[223] et l'objet de l'assurance[224].

La couverture provisoire[225], soit la protection offerte à l'assuré entre la proposition d'assurance et son acceptation dans les délais par l'assureur, s'applique aux contrats d'assurance IJ maladie. Toutefois, ses modalités relèvent de chaque contrat, respectivement des CGA.

---

[213] Art. 3 al. 1 et 2 LCA.
[214] Art. 3 al. 3 LCA.
[215] Art. 3 a LCA.
[216] Art. 4 LCA.
[217] Art. 6 al. 1 à 3 LCA.
[218] Art. 7 LCA.
[219] Art. 9 à 16 LCA.
[220] Art. 9 LCA.
[221] Art. 10 LCA.
[222] Art. 11 LCA.
[223] Art. 14 al. 1, 2 et 4 LCA.
[224] Art. 16 al. 1 LCA.
[225] Art. 9 LCA.

L'assurance rétroactive permet de couvrir à certaines conditions un événement comme la maladie qui survient avant la conclusion du contrat. Pour ce qui est de l'assurance IJ maladie, l'art. 10 LCA est rarement appliqué étant donné que ce genre d'assurance couvre plutôt des événements futurs et incertains. Néanmoins, en théorie, l'article 10 LCA peut s'appliquer à l'assurance IJ maladie si le contrat, respectivement les GCA le prévoient.
Comme déjà dit plus haut, l'assureur remet au preneur d'assurance une police constatant les droits et les obligations des parties[226].

Des dispositions particulières existent lorsqu'un sinistre a été causé par faute. Si le sinistre est dû à une faute légère du preneur d'assurance ou de l'ayant droit, la responsabilité de l'assureur demeure entière[227]. Cette disposition légale s'applique également à l'assurance perte de gain maladie. Ainsi, si l'assuré tombe malade par sa propre négligence légère ou moyenne, l'assureur demeure tenu de verser les prestations prévues.

Pour ce qui est de l'échéance, de la demeure et du principe de la divisibilité de la prime, les articles 19, 20 et 21 et 24 LCA s'appliquent. La disposition relative à l'échéance de la prime étant de nature dispositive[228], cette dernière peut être fixée par le contrat ou par les CGA. Quant au montant de la prime, il relève exclusivement du contrat. En revanche, les dispositions relatives à la demeure[229] sont de nature semi impérative et celle relative à la divisibilité de la prime[230] est de nature impérative.

Tout contrat peut faire l'objet d'une modification et a une fin.

Un droit de résiliation ordinaire et extraordinaire existe[231]. Dans l'assurance d'indemnités journalières collectives, aussi bien le preneur d'assurance que l'assureur peuvent se prévaloir de ce droit. A l'opposé, pour ce qui est de l'assurance complémentaire à l'assurance-maladie, rappelons que seul le preneur d'assurance a le droit de faire usage du droit de résiliation ordinaire ou du droit de résiliation en cas de dommage[232].

Le droit de résiliation extraordinaire s'applique également aux contrats d'assurance IJ. Il en est de même pour les cas d'assurance en suspens[233] et en en cas de dommage partiel[234].

Selon l'art. 35c LCA, contrairement aux dispositions de la LAMal, les indemnités journalières maladie continuent d'être versées après la résiliation du contrat d'assurance par l'une ou l'autre des parties au contrat, cela après la survenance d'un sinistre pour lequel l'assureur doit une prestation, sauf dispositions contraires contenues dans le contrat/les CGA.

Le tableau ci-dessous résume les dispositions de la LCA essentielles qui se rapportent aux contrats d'assurance IJ maladie ainsi que leur nature :

---

[226] Art. 11 al. 1 LCA.
[227] Art. 14 al. 4 LCA.
[228] Art. 19 LCA.
[229] Art. 20 et 21 LCA.
[230] Art. 24 LCA.
[231] Art. 35 a et 35 b LCA.
[232] Art. 42 al. 1 LCA.
[233] Art. 35 c LCA.
[234] Art. 42 LCA.

Dispositions de la LCA essentielles qui se rapportent aux contrats d'assurance IJ maladie		
Dispositions	**Remarques**	**Nature**
Proposition d'assurance et offre (art. 1 et 2)		Semi-impérative
Droit de révocation de l'assuré (art. 2a al. 1 à 3) et conséquences (art. 2b)	Exclu pour l'assurance collective (art. 2a al. 4)	Semi-impérative
Obligation d'information de l'assureur sur les principaux éléments du contrat (risques assurés, etc.) à l'égard du preneur d'assurance avant la conclusion du contrat (art. 3 al. 1 et 2)	Exigences supplémentaires pour l'assurance collective (art. 3 al. 3) Conséquences en cas de non-respect de cette disposition (art. 3a)	Semi-impérative
Obligation d'information du proposant sur les faits importants pour l'évaluation du risque et réticence (art. 4)	Conséquences en cas de non-respect de cette disposition - réticence (art. 6 al. 1 à 3) Dispositions spécifiques pour l'assurance collective (art. 7)	Art. 4 : dispositive Art. 6 al. 1 à 3 : semi-impérative Art. 7 : dispositive
Couverture provisoire (art. 9) et assurance rétroactive (art. 10)		Art. 9 : semi-impérative Art. 10 : impérative
Police d'assurance (art. 11)		Semi-impérative
Faute de l'assuré (art. 14)		Dispositive
Echéance de la prime (art. 19) et demeure (art. 20 et 21)		Art. 19 : dispositive Art. 20 et 21 : semi-impérative
Divisibilité de la prime (art. 24)		Impérative
Droit de résiliation ordinaire et extraordinaire (art. 35a et 35b)	Résiliation ordinaire et assurance collective : mêmes droits pour les 2 partenaires contractuels	Art 35a : semi-impérative Art. 35b : impérative
Cas d'assurance en suspens (art. 35c)		Impérative
Dommage partiel (art. 42)		Semi-impérative
Assurance collective accident et maladie (art. 95a)		Semi-impérative

2. L'assurance collective d'indemnités journalières maladie

Dès qu'un accident ou une maladie survient, l'assurance collective contre les accidents ou la maladie garantit un droit propre au bénéficiaire contre l'assureur[235]. Cette disposition est de nature impérative.

Autrement dit, pour ce qui est des assurances collectives IJ maladie, l'art. 95 a LCA introduit une créance indépendante en faveur de l'ayant droit, cette créance naissant au moment de la survenance de la maladie. Ce droit propre signifie que le bénéficiaire uniquement possède la prestation d'assurance. Conséquence : l'assureur n'est libéré de son obligation qu'à la condition de verser l'indemnité à ce dernier et non au preneur d'assurance. En d'autres termes, l'assureur doit fournir la prestation d'assurance à l'employé et non à l'employeur, sauf accord contraire entre ces derniers[236].

3. Le droit de libre-passage et les règles de coordination pour les chômeurs

Selon l'art. 100 al. 2 LCA, pour les preneurs d'assurance et les assurés qui, en vertu de l'art. 10 LACI sont considérés comme chômeurs, les art. 71 al. 1 et 2 et 73 LAMal sont applicables par analogie, ce qui n'est pas le cas de l'art. 70 LAMal (droits de transfert en cas de changement d'assureur). A noter que tout assureur LCA peut étendre ce droit à d'autres catégories d'assurés.

L'art. 100 al. 2 LCA pose une limite à la liberté contractuelle, principe fondamental de la LCA.

L'art. 71 al. 1 et 2 LAMal signifie que les personnes assurées qui se retrouvent au chômage suite à la résiliation de leur contrat de travail et qui sont réputées chômeurs au sens de l'art. 10 LACI, contraintes de quitter ainsi le cercle des bénéficiaires de l'assurance collective d'indemnités journalières LCA conclue par leur employeur, ont un droit de libre-passage dans l'assurance individuelle auprès du même assureur. Ce droit de libre-passage requière une démarche de la personne assurée dans un certain délai.

L'art. 73 LAMal se rapporte, quant à lui, à la coordination entre les indemnités journalières LAMal et LACI et au droit de libre-passage dans l'assurance individuelle auprès du même assureur[237]. Il s'agit d'une forme d'assurance rétroactive autorisée par la loi.

4. La convention de libre-passage pour l'assurance collective d'indemnités journalières maladie

Autre particularité du système. Un accord existe entre assureurs, représentés par l'Association Suisse d'assurances (ASA), dans le but de régler le passage d'un assuré d'une assurance collective d'indemnités journalières maladie à l'autre, selon la LAMal et la LCA. Plusieurs rappels sont nécessaires avant de développer ce cadre réglementaire particulier.

---

[235] Art. 95a LCA.

[236] Vincent Brulhlart, déjà cité, pages 213 ss, 273 ss, 289 ss, 306 ss, 311 ss, 327, 335 et 523 ss et Robert Hurst, déjà cité, pages 186 ss.

[237] Voir plus haut le chapitre sur les indemnités journalières LAMal et la coordination entre les prestations.

La LAMal réglemente la question des droits de passage et de transfert ainsi que des réserves :

- en cas de changement d'assureur (assurance collective versus assurance collective) et
- auprès du même assureur (assurance collective versus assurance individuelle), cela dans certaines situations et à certaines conditions[238].

Dans les deux situations, de nouvelles réserves ne sont pas admissibles, en principe.
La LCA, de son côté, réglemente les transferts et le droit au libre-passage uniquement pour les chômeurs[239] mais elle est muette sur la question des réserves.

La convention de libre passage a pour but de régler le passage d'une personne assurée individuellement en indemnité journalière maladie collective dans une autre assurance individuelle du même type ou le passage d'effectifs d'assurés entre des assureurs qui ont adhéré à la présente convention. Sont réputés assurés les travailleurs selon l'art. 1 a LAA (les indépendants ne sont pas concernés). Cette convention contribue, du fait de la sélection des risques effectuée par les assureurs, à éviter des situations insupportables pour les assurés et les preneurs d'assurance (préambule de la convention).

Sont autorisés à adhérer à cette convention les assureurs privés qui offrent des assurances d'indemnités journalières selon la LCA, qui sont soumis à la LSA ainsi que les assureurs-maladie qui disposent d'une autorisation du Département fédéral de l'intérieur (DFI) selon l'art. 12 LSAMal pour exercer l'assurance-maladie sociale (art. 1 de la convention).

Une liste des assureurs d'indemnités journalières maladie participant à cette convention est établie en annexe à la convention. On y trouve les assureurs suivants : Allianz, Assura, etc.[240].

Le champ d'application personnel de cette convention est donc les travailleurs au sens de l'art. 1 a LAA et les assureurs qui y ont adhéré à titre volontaire.

Pour ce qui est du champ d'application matériel, cette convention s'applique aux contrats collectifs d'indemnités journalières LCA et LAMal dans les cas suivants[241] :

1) En cas de passage d'un assuré individuel d'une assurance d'indemnités journalières collective dans une autre assurance d'indemnités journalières collective, lorsqu'est lié à ce passage un changement entre assureurs affiliés selon l'art. 1 de cette convention. Ce passage doit être effectué dans les trois mois au plus tard.

---

[238] Art. 70 et 71 LAMal.

[239] Art. 100 al. 2 LCA. Voir plus haut les chapitres sur l'indemnité journalière LAMal et les règles de coordination entre les prestations ainsi que le développement sur l'art. 100 al. 2 LCA.

[240] Selon les informations fournies par l'ASA, les assureurs suivants n'ont pas adhéré à la convention : KK Steffisburg, KK Luzerner Hinterland, Sumiswalder, Concordia, CSS, EGK, SLKK et Sanitas. A noter que KK Luzerner Hinterland et Sumiswalder proposent une assurance collective d'indemnités journalières selon la LAMal et aucun de ces assureurs ne propose une telle assurance selon la LCA.

[241] Par contre, elle n'est pas applicable aux passages entre assureurs-maladie LAMal, ces transferts étant réglés par l'art. 70 LAMal.

2) Dans l'hypothèse de la résiliation d'un contrat d'indemnités journalières collective, lorsqu'est lié à ce passage un changement entre assureurs affiliés selon l'art. 1 de la présente convention. La convention s'applique également lorsque le passage au nouvel assureur n'a pas lieu sans interruption, mais au cours d'une phase sans contrat de six mois au maximum.

3) En cas de passage d'un assuré individuel d'une assurance d'indemnités journalières individuelle dans une assurance d'indemnités journalières collective, pour autant que l'assuré ait passé initialement sur la base d'un droit de passage d'une assurance d'indemnités journalières collective à l'assurance indemnité journalière individuelle. Le passage doit se faire sans interruption.

L'assurance d'indemnité journalière collective au sens de cette convention couvre les risques maladie et complications en cas de grossesse. Des indemnités en cas d'accouchement (indemnité de naissance) en sont formellement exclues (art. 2 de la convention).

Pour ce qui est des conditions de passage et dans les cas mentionnés sous l'art. 2, les assureurs affiliés s'engagent à accorder à toutes les personnes assurées jusqu'ici la couverture d'assurance prévue auprès du nouvel assureur. Concrètement, le nouvel assureur ne peut pas formuler de nouvelles réserves d'assurance tant qu'il ne s'agit pas d'une indemnité journalière plus élevée, d'une durée de prestation plus longue ou d'un délai d'attente plus court. En revanche, les réserves ou exclusions formulées par des assureurs antérieurs peuvent être maintenues par le nouvel assureur. Si le nouvel assureur prévoit un échelonnement en fonction de l'âge d'entrée, est réputé âge d'entrée celui qu'avait l'assuré lors de son entrée dans l'assurance du dernier assureur antérieur, moyennant prise en considération des adaptations de tarif dues à l'âge qui ont déjà eu lieu (art. 3 de la convention).

Cette convention repose donc sur l'obligation d'admission de la personne assurée et l'interdiction de nouvelles réserves par le nouvel assureur.

Qu'en est-il des conditions de passage en cas de sinistre en cours (cas maladie) ?

En dépit de CGA contraires, les personnes dont la capacité de travail n'est pas entière doivent continuer à bénéficier de la couverture chez le nouvel assureur dans la mesure de la capacité de travail existante, pour autant qu'elles soient engagées dans le cadre d'un contrat de travail. Les sinistres en cours, quant à eux, passent au nouvel assureur dès la date du changement d'assurance, à concurrence du montant de l'indemnité journalière, du délai d'attente et de la durée des prestations prévus par l'assureur antérieur, cela pour autant que le travailleur soit employé au même degré d'occupation chez le nouveau, respectivement chez l'employeur antérieur. En cas d'engagement dans les limites de la capacité de travail résiduelle, l'assureur antérieur prend en charge les cas de sinistre en cours, selon ses propres CGA.

Les primes sont dues au nouvel assureur à partir de la date de passage et, si un assuré a touché des prestations d'indemnité journalière de son assureur antérieur avant son transfert, celles-ci seront prises en compte par le nouvel assureur pour le calcul de la durée des prestations, pour autant qu'il s'agit d'une rechute selon les CGA de l'assureur antérieur ou d'un cas de sinistre en cours (art. 4 de la convention).

Pour l'exercice et le traitement du droit au libre passage, les conditions de passage selon cette convention sont à accorder par le nouvel assureur sans que le preneur d'assurance ou l'assuré qui change d'assureur n'aient à remplir une proposition spéciale. Autrement dit, le transfert se réalise de manière automatique. Cependant, le nouvel assureur peut, après la cession du contrat par l'assureur antérieur, exiger des informations sur l'étendue et la durée des prestations déjà perçues et sur les réserves existantes. L'assureur antérieur doit fournir ces renseignements dans le délai de dix jours ouvrables (art. 5 de la convention).
L'assureur invité à déposer une offre doit demander auprès de l'assureur antérieur des renseignements sur la durée du contrat, les conditions de prestations ou de risques, le calcul des primes et les sinistres enregistrés, ainsi que les cas de sinistres et les réserves en cours. A cette occasion, la portée de la demande se fonde sur l'annexe 1. L'assureur qui reçoit la demande de renseignements doit les fournir dans le délai de dix jours ouvrables à dater de la réception de la demande. L'assureur qui reçoit la demande est tenu de donner les renseignements en toute bonne foi. Si l'assureur antérieur donne de fausses informations, il doit continuer à régler lui-même les cas de sinistres en question, pour autant que le nouvel assureur n'ait pas eu connaissance d'une autre manière des données correctes (par ex. dans la proposition). Est déterminant l'état de connaissance au moment de l'octroi des renseignements (art. 6 de la convention).

Les litiges portant sur l'application de la présente convention entre assureurs soumis à la LCA seront soumis à l'examen de la Commission du droit et de la politique sociale de l'ASA tandis que ceux survenant entre assureurs-maladie qui disposent d'une autorisation d'exercer du DFI selon art. 12 LAMal, sont soumis à l'examen d'une commission instituée par santésuisse. Les litiges portant sur l'application de la présente convention entre un assureur privé qui est assujetti à la LCA et un assureur-maladie détenteur d'une autorisation d'exercer du DFI selon l'art. 12 LAMal sont soumis à l'examen d'une commission instituée paritairement par santésuisse et l'ASA. Les commissions mentionnées sous al. 1 à 3 donnent une recommandation écrite aux assureurs impliqués (aux parties, selon l'art. 7 de la convention).

Cet accord relève de la Convention de libre passage pour l'assurance collective d'indemnités journalières maladie en vigueur depuis le 1er janvier 2006. La nouvelle version de cette convention de libre passage a remplacé celle valable au 1er janvier 2002.

Si un assureur entend se départir de la convention, il peut déclarer son retrait pour la fin d'une année civile moyennant respect d'un préavis de douze mois, par pli recommandé adressé au secrétariat de l'ASA. Pour l'assureur qui se retire de la convention, celle-ci demeure applicable pour tous les cas de passage qui surviennent avant la fin de l'année en question, même si le règlement n'intervient qu'après le moment susmentionné (art. 8 de la convention)[242].

[242] http://www.santesuisse.ch et www.svv.ch (Association suisse d'assurances). Par ailleurs, il existe en plus une convention concernant l'obligation d'avancer les prestations en assurance-maladie selon la LCA, au sens de l'art. 70 LPGA (coordination pour la prise en charge provisoire des prestations d'assurances sociales). En effet, aucune disposition analogue n'existe pour l'assurance-maladie privée. Cette absence de coordination peut avoir pour effet que les personnes lésées doivent patienter parfois longtemps avant de toucher les prestations qui leur reviennent. Afin de protéger les assurés concernés et de clarifier les compétences des assureurs concernés, les assureurs-maladie et les assureurs-accidents privés exerçant leurs activités en Suisse peuvent signer cette convention. La SUVA est également signataire. Cette convention sert exclusivement à la coordination et à la simplification de la fourniture des prestations (http://www.svv.ch).

En résumé, les travailleurs assurés peuvent passer d'une assurance d'indemnités journalières collective à l'autre sans devoir subir l'émission de nouvelles réserves ni leur exclusion de la couverture d'assurance auprès du nouvel assureur LAMal/LCA. Les transferts entre assureurs-maladie LAMal, quant à eux, sont réglés à l'art. 70 LAMal.

e) Les droits de passage et de transfert au sens de la LCA

Qu'en est-il des droits de passage et de transfert dans l'assurance perte de gain maladie LCA ?

Le tableau ci-dessous résume les types de transfert possibles selon la LCA et les droits des assurés qui en découlent :

Types de transfert possibles selon la LCA et les droits des assurés qui en découlent			
Types de transfert (assurance)	Droits, selon la LCA	Autres droits	Remarques
Individuelle vers individuelle 1)	Aucun	Selon contrat 2)	Changement d'assureur
Collective vers collective	Aucun	Selon convention de libre-passage 3)	Changement d'assureur
Collective vers individuelle	Aucun, sauf pour les chômeurs selon l'art. 100 al. 2	Autres situations : selon contrat 2)	Même assureur

1) Idem : vers collective, sauf dans un cas particulier
2) Et ses propres conditions d'application
3) Il s'agit de la convention de libre passage pour l'assurance collective d'indemnités journalières maladie.

Les assureurs-maladie privés n'ont aucune obligation quant aux droits de passage et de transfert (d'une assurance collective à une autre assurance collective, d'une assurance collective à une assurance individuelle, etc.), au sens de la LCA. La LCA prévoit une seule exception, l'art. 100 al. 2, unique règle contenue dans cette loi sur cette question. Est réservée également la convention de libre-passage expliquée plus haut.

Par ailleurs, au sens de la LCA, il est nécessaire de rappeler que le transfert d'une assurance collective à une assurance individuelle n'est pas nécessaire pour maintenir la prestation en cours. Toutefois, le libre passage dans l'assurance individuelle offre plusieurs atouts, soit une protection face à une future éventuelle incapacité de travail après la fin de la relation de travail[243].

[243] Lucile Bonaz, déjà citée, pages 237 ss.

f) La procédure applicable

La procédure applicable aux litiges relatifs aux contrats d'assurance IJ LCA relèvent du droit privé. Il appartient au juge de statuer[244]. Au contraire du régime de droit des assurances sociales, l'assureur privé n'a pas la compétence de rendre des décisions. Par conséquent, en cas de litige au sujet du versement des indemnités journalières, l'assuré doit faire une demande de paiement directement auprès du tribunal compétent. Dans ce cas de figure, le Code de procédure civile (CPC) s'applique. Les cantons ont la compétence quant au choix de l'instance cantonale unique (pour statuer sur tous les litiges) ou double (l'une pour le droit des assurances sociales, l'autre pour le droit privé) (art. 7 CPC)[245].

2.2.3 Synthèse et comparaisons

Comparaisons générales / différences fondamentales

Les deux régimes d'assurance d'indemnités journalières (IJ) maladie LAMal et LCA coexistent conjointement et fonctionnent en parallèle.

Les assurances IJ LAMal et LCA se différencient sur plusieurs aspects mais se rejoignent également sur différents points.

Pour les contrats d'assurance IJ, la LAMal offre un cadre légal relativement précis et restreint (art. 67 ss LAMal) alors que celui de la LCA est relativement large.

En effet, au sens de la LAMal, les éléments principaux du contrat relèvent de la loi et, donc, limitent la marge de manœuvre des parties au contrat, cela en termes de portée des dispositions contractuelles. Ici, la loi prime le contrat et les CGA. A l'opposé, pour ce qui est de la LCA, la marge de manœuvre est importante pour les parties au contrat, quant à son contenu. Ici, le contrat prime la loi.

Etant donné que l'assurance IJ LAMal facultative est une assurance sociale, la LPGA s'applique aux contrats de ce régime d'assurance. Ainsi, en vertu de cette loi, l'assuré a le droit de s'opposer à une décision mais doit respecter aussi les exigences de forme quant à une demande de prestation, etc.

La LCA contient des dispositions générales, qui s'appliquent aussi aux contrats IJ maladie, et uniquement deux dispositions spécifiques y relatives, soit les art. 95 a LCA (contenu dans les dispositions spéciales de la loi) relatif à l'assurance collective d'indemnités journalières maladie et 100 al. 2 LCA (contenu dans les dispositions finales de la loi), relatif notamment au droit de libre passage des chômeurs.

Le caractère et les principes de l'assurance IJ LAMal et de l'assurance IJ LCA s'opposent véritablement. La LAMal a un caractère public et repose sur les principes de l'égalité de traitement et de la mutualité, en tous les cas pour ce qui est de l'assurance individuelle, mais aussi sur celui de l'obligation d'assurance. De son côté, La LCA a un caractère privé et commercial et relève de la liberté contractuelle, principe cardinal de cette loi. D'autre part, les assureurs privés n'ont aucune obligation d'admission d'un candidat à l'assurance et peuvent émettre des réserves en tout temps, voire exclure le risque maladie de la couverture d'assurance.

---

[244] Art. 85 al. 1 LSA.
[245] Lucile Bonaz, déjà citée, pages 248 ss.

La liberté contractuelle signifie que les éléments essentiels du contrat et des CGA sont libres et conventionnels. Autrement dit, le contenu de tout contrat IJ LCA n'est soumis à aucune disposition légale contraignante, sous réserve de dispositions impératives (exemple : divisibilité de la prime) et semi-impératives (exemple : droit de révocation). Autrement dit, les dispositions semi-impératives et dispositives LCA sont applicables sauf dispositions contraires prévues par le contrat, respectivement dans les CGA.

En tous les cas, vu le principe de la liberté contractuelle, l'assurance IJ LCA présente une diversité incroyable. Autrement dit, autant de variantes que d'assureurs et de produits !

D'autres différences sont à souligner :

Au sens de la LAMal, les éléments essentiels relatifs au contrat IJ maladie relèvent de la loi. On peut citer, entre autres :

- les personnes assurées, selon plusieurs critères d'assujettissement (pour l'assurance individuelle, en tous les cas) ;
- les risques assurés (maladie, accident et/ou maternité) ;
- les éventuelles réserves ;
- la naissance du droit à partir du troisième jour et le délai d'attente (deux jours), sauf accord contraire ;
- la durée du droit aux prestations (nombre d'indemnités journalières), sauf accord contraire en faveur de l'assuré ;
- le droit de libre passage ;
- les règles de coordination, etc.[246].

En revanche, les étapes conduisant à la conclusion d'un contrat LAMal et la possibilité de révoquer la proposition d'assurance, le montant de l'indemnité journalière (prestation), la prime à payer et les autres obligations du preneur d'assurance, la question du non-paiement de la prime et de sa mise en demeure, la forme et le délai de résiliation, entre autres, relèvent du contrat, des CGA ou du règlement de l'assureur.

A l'opposé, au sens de la LCA, les personnes assurées[247], les risques assurés, la question des réserves et du libre passage (sous réserve de l'art. 100 al. 2 LCA), la naissance du droit et le délai d'attente, le montant de l'indemnité journalière et la durée du droit aux prestations (nombre d'indemnités journalières), la prime à payer et les autres obligations du preneur d'assurance, la forme et le délai de résiliation (en tenant compte des art. 35 a et 35 b LCA) et la coordination relèvent du contrat/des CGA.

Pour ce qui est des réserves, mentionnons que tout contrat d'assurance IJ individuel maladie LAMal ou LCA est soumis à un questionnaire de santé, ce qui n'est pas le cas des contrats collectifs, en général.

---

[246] Voir le tableau ci-après.

[247] Les personnes assurées varient d'un contrat à l'autre. En général, ce qui est déterminant, c'est l'existence d'un contrat de travail et le fait que la personne concernée soit soumise à la législation sur l'AVS. En général, les apprentis sont inclus. Quant aux personnes ayant atteint l'âge de la retraite AVS, elles peuvent compter sur une durée de perception des prestations réduite. Certains contrats prévoient également une limite maximale pour cette dernière catégorie d'assurés (par exemple 70 ans). Dans tous les cas, les contrats/CGA font foi.

En matière d'assurance individuelle IJ LCA, les assureurs pratiquent la tarification par segmentation, soit en constituant des familles de risques, ce qui permet d'individualiser la prime. Pour ce qui est de l'assurance collective, la prime ne dépend pas de l'état de santé des assurés mais, avant tout, du type d'entreprise assurée et de son taux de sinistralité antérieure.

Le début et la fin du contrat, respectivement de la couverture d'assurance se distinguent du droit/du versement des prestations.

Le début et la fin du contrat relèvent du contrat ou des CGA, comme pour les contrats IJ LAMal.

Qu'en est-il du début et de la fin de la couverture dans l'assurance IJ LCA ?

La prise en charge d'un cas ou l'octroi d'IJ LCA suppose que l'incapacité de travail suite à une maladie survienne pendant la durée de la couverture d'assurance.

Au sens des contrats IJ LCA, la couverture d'assurance coïncide avec la conclusion du contrat, en général et sauf exceptions. Et, en tous les cas, la couverture prend fin en cas de résiliation du contrat d'assurance par l'une ou l'autre des parties.

Pour ce qui est des contrats IJ LCA collectifs, la couverture pour le travailleur commence au début des rapports de travail et se termine à la fin des rapports de travail.

Toutefois, la fin de la couverture ne signifie pas l'arrêt automatique du versement des indemnités journalières en cours.

Ainsi, contrairement à l'assurance IJ LAMal, il est possible que, dans les contrats IJ LCA, les indemnités journalières continuent d'être versées à la personne assurée après la fin du rapport d'assurance, respectivement des rapports de travail, cela jusqu'à l'expiration des IJ convenues et sans qu'un transfert dans l'assurance individuelle ne soit nécessaire. En effet, le droit aux prestations et à leur versement ne dépend pas d'une affiliation, comme pour les contrats IJ LAMal[248]. Cependant, il existe également des contrats, respectivement des CGA qui limitent pendant une certaine période ou suppriment les prestations d'IJ au-delà de la fin de la couverture d'assurance. Toutefois, l'art. 35 a LCA, qui se rapporte aux cas d'assurance en suspens, pose des limites à la liberté contractuelle, dans le sens où l'assureur ne peut pas unilatéralement supprimer ou limiter les prestations dans cette situation.

Pour ce qui est des contrats IJ LCA, la durée du droit aux prestations et de leur versement est libre et conventionnelle, ce qui veut dire qu'elle dépend des seuls éléments convenus entre les parties.

Dans la pratique, au-delà de leurs différences fondamentales, les contrats IJ LCA se rapprochent des contrats IJ LAMal pour certains de leurs éléments essentiels.

[248] Lucile Bonaz, déjà citée, pages 88 ss, 222 ss.

Ainsi, par exemple, la plupart des contrats, respectivement des CGA IJ LCA prévoient en général le versement de 720 voire de 730 indemnités journalières en cas d'incapacité de travail sur une période de 900 jours (en référence à l'art. 72 al. 3 LAMal), après un délai d'attente pouvant varier de trois à 90 jours. Deux dispositions légales influencent cette durée :

- la coordination avec d'éventuelles prestations de l'AI et de la LPP[249] ;
- le régime dérogatoire conventionnel, au sens de l'art. 324a al 4 CO[250].

Dans la pratique, les contrats IJ LCA reprennent les éléments suivants :

- l'indemnité journalière couvre le 80 % du dernier salaire brut, en général (parfois, elle couvre le 70, 90 ou 100 %, selon le contrat, respectivement les CGA) ;
- l'indemnité journalière est proportionnelle au degré d'incapacité de travail (exemple : en cas d'incapacité de 50 %, le 50 % de l'indemnité journalière prévue est versée) ;
- le seuil minimal d'incapacité pour avoir droit à une indemnité journalière est de 25 % d'incapacité de travail (certains contrats d'assurance exigent un seuil plus élevé, par exemple 50 %, selon le contrat/les CGA)[251].

Autres différences entre les deux types de contrats d'indemnités journalières :

Les risques assurés selon l'assurance IJ LAMal sont la maladie, la maternité et l'accident alors qu'ils relèvent du contrat/des CGA pour ce qui est de l'assurance IJ LCA. Selon la LAMal, les réserves sont possibles mais jusqu'à cinq ans au maximum tandis que, selon la LCA, elles sont admises en tout temps. Par contre, de nouvelles réserves ne sont pas admissibles au sens de la LAMal dans certaines situations, en référence aux art. 70 et 71 LAMal.

Par ailleurs, les régimes d'assurance LAMal et LCA se distinguent sur les plans de la procédure (publique pour le premier, privée pour le deuxième) et de la coordination (relève de la loi pour le premier, du contrat, respectivement des CGA pour le deuxième), en général.

A noter que les contrats d'assurance IJ LCA s'accompagnent parfois par des contrats LAA complémentaires.

Enfin, les exceptions quant à l'assurance perte de gain maladie, lorsque l'assuré viole une obligation légale ou contractuelle, varient considérablement entre le régime LAMal et le régime LCA, cela en termes de conditions d'application et de leurs conséquences. Il en va ainsi de la réticence lors de la conclusion du contrat (selon l'art. 69 LAMal et les art. 4 ss LCA), de la demeure en cas de retard dans le paiement des primes (selon le contrat LAMal et l'art. 20 LCA) et du sinistre causé par une faute de l'assuré (selon l'art. 21 al. 1 LPGA et 14 LCA), pour citer quelques exemples[252].

---

[249] Art. 26 al. 2 OPP2.

[250] Voir plus loin le chapitre relatif à la poursuite du versement du salaire selon le CO et à la condition de l'équivalence des prestations si un régime dérogatoire au régime de base est choisi.

[251] Tous les éléments pratiques contenus dans le cadre de cette synthèse ont été obtenus auprès de l'ASA.

[252] Lucile Bonaz, déjà citée, pages 259 ss.

Synthèse

Les tableaux ci-dessous apportent une comparaison générale entre les assurances IJ LAMal/LPGA et LCA en mettant en avant leurs différences fondamentales :

Comparaisons générales entre les assurances IJ maladie LAMal/LPGA et LCA		
Contenu	**Assurance IJ LAMal/LPGA**	**Assurance IJ LCA**
Cadre légal	Relativement précis et restreint Assurance sociale, contrat de droit public	Relativement large : dispositions générales et spéciales Assurance privée, contrat de droit privé
Caractère et principes	Caractère public, principes de l'égalité de traitement et de la mutualité (ass. individuelle)	Caractère privé et commercial, liberté contractuelle
Conclusion du contrat	Selon contrat	Proposition→Examen→ Conclusion avec droit de révocation et question de la réticence
Personnes assurées (critères)	Ass. individuelle : - Age : de 15 à 65 ans - domicile ou - activité lucrative en Suisse ass. collective possible	Selon contrat : refus d'assurer possible Ass. individuelle et collective
Risques assurés	Maladie, maternité et/ou accident (à titre subsidiaire)	Selon contrat : maladie, extension possible aux risques accident, maternité, etc.
Réserves	Possibles pour les maladies existantes au moment de l'admission mais jusqu'à 5 ans au maximum et nouvelles réserves non admises, dans certaines situations	Selon contrat possibles, pour tout risque de maladie, sans limite de temps
Prestations (IJ)	Montant convenu entre l'assureur et le preneur d'assurance, selon contrat, réduction du montant en cas d'incapacité de travail partielle	Selon contrat dans la pratique : montant = 80 %, voire 70, 90 ou 100 % du dernier salaire assuré, prop. au degré d'incapacité de travail
Naissance du droit et délai d'attente (DA)	Capacité de travail < 50 % au moins (incapacité de travail > 50 %), dès le 3ème jour (DA : deux jours, sauf accord contraire)	Selon contrat dans la pratique : degré d'incapacité de travail dès 25 % dans la pratique : DA de 3 à 90 jours
Durée (nombre d'IJ)	720 jours au moins dans une période de 900 jours, pour une ou plusieurs maladies	Selon contrat dans la pratique : durée de 720-730/900 jours
Libre passage	Droit de passer dans l'assurance individuelle en cas de changement d'assureur et auprès du même assureur dans certaines situations et à certaines conditions	Selon contrat : non garanti, sauf pour les chômeurs (même assureur)

Le tableau ci-dessous apporte d'autres comparaisons générales entre les assurances IJ LAMal et LCA en mentionnant leurs différences fondamentales :

Comparaisons générales entre les assurances IJ LAMal et LCA		
Financement (prime)	Montant fixé par l'assureur, selon contrat	Selon contrat dans la pratique : très variable d'un contrat à l'autre
Organisation	Caisses-maladie selon LSAMal, en général	Assureurs privés selon LSA
Procédure	De droit public (administrative), selon la LPGA, en général	De droit privé (civile), selon la LCA et le CC
Coordination	Selon la LPGA et les lois spéciales, en général	Selon le contrat, en général
Surveillance	OFSP	Finma

En vertu de la loi, l'employeur et le preneur d'assurance, respectivement l'assuré, ont des droits et des obligations.

Selon la LAMal/LPGA et en termes de droits fondamentaux, les droits des assurés sont les suivants :

- être assuré selon plusieurs critères
- de libre passage, en cas de changement d'assureur et auprès du même assureur
- à 720 indemnités journalières au moins dans une période de 900 jours
- être entendu, égalité de traitement, etc.

Du côté de la LCA, mentionnons pour l'assuré, entre autres, les droits de révocation et à l'information sur les éléments principaux du contrat.

Par ailleurs, la LAMal et la LCA présentent d'autres atouts indéniables.

Comme atouts principaux de la LAMal, mentionnons la caducité d'éventuelles réserves après cinq ans dès l'admission dans l'assurance et l'absence de nouvelles réserves auprès du même assureur et en cas de changement d'assureur.

Vu le principe de la liberté contractuelle, la LCA offre, quant à elle, une large palette de produits et de multiples options quant au contenu du contrat (délai d'attente, etc.).

Les deux formes d'assurance d'indemnités journalières LAMal et LCA présentent les avantages et inconvénients majeurs suivants, en particulier pour l'assuré :

Assurances IJ LAMal et LCA : avantages et inconvénients majeurs pour l'assuré				
	IJ LAMal		**IJ LCA**	
	Aspects positifs	**Aspects négatifs**	**Aspects positifs**	**Aspects négatifs**
Cadre légal, caractères et principes	Cadre relativement précis, contenant des droits et principes importants	Cadre restreint	Cadre large : liberté contractuelle	Sélection des risques
Droits	Être assuré selon plusieurs critères, être entendu, égalité de traitement, etc.		Liberté contractuelle (assuré)	Liberté contractuelle (assureur) : aucune garantie quant au droit d'être assuré, par exemple
	De libre passage, en cas de changement d'assureur et auprès du même assureur		De libre passage pour les chômeurs auprès du même assureur	Aucune garantie pour les autres catégories d'assurés
	Durée : 720 indemnités journalières sur 900 jours			Liberté contractuelle (assureur) mais pratique identique en général
	De révocation, selon le contrat		De révocation, selon la loi	
Réserves	Caducité d'éventuelles réserves existantes après 5 ans au plus tard Absence de nouvelles réserves en cas de changement d'assureur et auprès du même assureur	Réserves possibles pour les maladies existantes au moment de l'admission		Possibles sans limite de temps
Prestations (montant)	Montant minimal garanti	Montant très faible et fixe, en général	Correspondant à un % du dernier salaire, en général	Fixé par l'assureur mais sans garantie d'un montant min.
Naissance du droit et délai d'attente	Incapacité de travail > 50 %, 2 jours sauf accord contraire	Incapacité de travail < 50 %	Liberté contractuelle (assuré)	Liberté contractuelle (assureur)
Financement		Prime fixée par l'assureur		Prime fixée par l'assureur

2.3 La poursuite du paiement du salaire en cas d'empêchement de travailler (maladie, accident)

2.3.1 Généralités

Qu'en est-il du droit du travailleur au salaire, en cas d'empêchement de travailler suite, notamment, à une maladie ou à un accident, selon le droit suisse ?

Il faut distinguer en la matière selon que les lois relatives aux assurances sociales obligatoires prévoient ou non l'obligation de couvrir tel ou tel risque (c'est le cas de la LAA pour l'accident, ce qui n'est pas le cas pour la maladie)[253].

L'art. 324 a CO fixe le principe du versement du salaire en cas d'empêchement non fautif du travailleur (maladie, accomplissement d'une obligation légale, etc.), cela de la part de l'employeur.

L'art. 324 a CO a la teneur suivante : (avec la désignation des régimes correspondants)

Enoncés	Régimes
1. Si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois ou ont été conclus pour plus de trois mois.	Légal/de base
2. Sous réserve de délais plus longs fixés par accord, contrat-type de travail ou convention collective, l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières.	Légal/de base complémentaire conventionnel
3. En cas de grossesse de la travailleuse, l'employeur est tenu de lui verser le salaire dans la même mesure.	Légal/de base
4. Un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger aux présentes dispositions à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes.	Dérogatoire conventionnel

L'art. 324 a CO appelle plusieurs commentaires.

[253] Il s'agit alors du régime de l'assurance obligatoire réglé à l'art. 324 b CO. Voir plus loin le chapitre 6.3.4.

2.3.2 Régime légal/de base et régime complémentaire conventionnel

Le droit du travailleur au salaire, respectivement l'obligation de l'employeur de le verser, est soumis à trois conditions.

Premièrement, le travailleur ne doit pas avoir commis une faute lorsqu'il est empêché de travailler. La conduite en état d'ébriété est considérée comme une faute, par exemple.

Deuxièmement, la raison de l'empêchement de travailler qui n'est pas propre à la personne (exemples : suppression d'un train, incendie, etc.) n'induit aucune obligation de la part de l'employeur quant au maintien du salaire. De plus, la durée des empêchements se cumulent. Autrement dit, chaque empêchement de travailler ne garantit pas un droit au salaire distinct.

Par ailleurs, l'empêchement de travailler pour des causes inhérentes à sa personne signifie que le travailleur est dans l'impossibilité de fournir ses prestations de travail, entre autres en cas de maladie. La liste des empêchements de travailler n'est pas exhaustive : la naissance de son propre enfant[254], le décès d'un membre de la famille ou d'un proche, une visite médicale et le changement de domicile en font partie, en principe. Le fardeau de la preuve repose sur le travailleur qui, par exemple, doit fournir un certificat médical. D'autre part, les empêchements de travailler au sens de l'art. 324 a al. 1 CO se distinguent de ceux mentionnés par l'art. 324 CO[255].

Troisièmement, les rapports de travail doivent avoir duré plus de trois mois ou avoir été conclus pour plus de trois mois, en référence à l'art. 324 al. 1 CO. Dans le premier cas de figure (« duré plus de trois mois »), qui concerne un contrat de durée indéterminée (CDI) prévoyant un délai de congé égal ou inférieur à trois mois, le droit au salaire débute à partir du premier jour du quatrième mois des rapports de travail. Le second cas de figure (« conclus pour plus de trois mois ») concerne un CDI qui prévoit un délai de résiliation de plus de trois mois ou un contrat à durée déterminée (CDD) conclu pour une durée déterminée de plus de trois mois. Dans ce cas de figure, le travailleur a droit à son salaire dès le jour de son entrée en fonction.

Par salaire, l'on entend le salaire que le travailleur percevait normalement comme s'il avait travaillé. En cas de variation, un salaire moyen doit être déterminé. Quant au droit au salaire, il dure jusqu'à la fin des rapports de travail au plus tard, sous réserve d'un accord contraire.

Ce développement est valable aussi bien pour les travailleurs à temps partiel qu'à temps plein ainsi que pour ceux qui ont plusieurs employeurs, disposant ainsi d'un droit au salaire vis-à-vis de chacun d'eux.

En cas de grossesse de la travailleuse, l'employeur est tenu de lui verser le salaire dans la même mesure[256]. Dans cette éventualité, les mêmes éléments développés ci-dessus s'appliquent (conditions du droit au salaire, etc.).

---

[254] L'empêchement de travailler sous cet angle se distingue du régime APG. Selon l'art. 324 a al. 1 CO, la naissance de l'enfant ne donne droit au salaire que dans des cas de figure bien précis. Exemples : le salarié ne peut pas bénéficier d'une allocation selon la LAPG, le versement de l'allocation APG n'atteint pas le 80% du salaire convenu par contrat, puisque ces allocations sont plafonnées à 220CHF max/jour.

[255] Précisons également que l'art. 324 CO se distingue du fait qu'il s'agit ici non pas d'un empêchement du travailleur, mais d'un empêchement de travailler dû à la partie employeur (demeure de l'employeur). Exemples : raisons économiques telles que baisse des commandes, perturbations techniques telles que coupure de courant ou défaut d'approvisionnement, incendie, etc.

[256] Art. 324 al. 3 CO.

L'art. 324 a al. 1 à 3 CO est de nature relativement impérative[257], ce qui signifie qu'il ne peut y être dérogé au détriment du travailleur. Cette disposition, pour ce qui est du régime légal/de base, instaure donc un seuil minimal de protection.

L'employeur a l'obligation de continuer à payer le salaire pour un temps déterminé pendant la première année de service, puis pour une durée plus ou moins longue pour les années suivantes[258].

Le droit au salaire est déterminé par les années de service, qui comptent à partir de la date d'entrée en fonction effective du travailleur chez l'employeur (par exemple, le 1er mai, le 15 septembre, etc.) et non par les années civiles. Un nouveau droit au salaire existe pour chaque nouvelle année.

En cas d'incapacité partielle de travailler, c'est le principe du minimum de salaire (crédit en argent - le critère est le montant), et non celui du minimum temporel (crédit en temps - le critère est le temps), qui s'applique en principe pour calculer le droit au salaire. Prenons l'exemple d'un travailleur en incapacité de travail à 50% pendant six semaines suite à une maladie durant sa première année de service. Puisque, selon le principe du minimum de salaire, il aurait droit à l'équivalent du salaire à 100% pendant trois semaines, il a droit pour son incapacité de travail à 50% au versement de la part de salaire correspondante durant six semaines (trois semaines à 100% = six semaines à 50%). Il peut donc compter sur un salaire entier pendant six semaines (soit composé d'un demi-salaire pour le travail effectué à 50% et d'un demi-salaire pour cause de maladie). Selon le principe du minimum temporel, le travailleur dans la même situation n'obtiendrait que trois semaines de salaire de compensation : selon le critère du temps, seule la durée de trois semaines de droit au versement du salaire est déterminante dans cette méthode de calcul (soit un salaire entier, composé d'un demi-salaire pour le travail effectué à 50 % et d'un demi-salaire pour cause de maladie durant les 3 premières semaines de ses 6 semaines d'incapacité). Par conséquent selon le principe du minimum temporel, le travailleur ne serait payé qu'à 50% (pour le travail effectué puisqu'il est capable de travailler à 50%) durant les trois semaines restantes de son incapacité de travail de six semaines.

Plus loin, aux conditions énumérées ci-dessus (empêchement de travailler due à une maladie, durée des rapports de travail de plus de trois mois, etc.), l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines puis, par la suite, pour une période plus longue, sous réserve d'une durée plus longue fixée par :

- accord (stipulé dans un contrat de travail, par exemple) ;
- contrat-type de travail (CTT) ;
- conventions collectives de travail, CCT (art. 324 a al. 2 CO).

La plupart des CCT étendent l'obligation de l'employeur de poursuivre le versement du salaire pour une durée plus longue ou prévoient celle consistant à conclure une assurance perte de gain maladie pour leur personnel. Il s'agit là du régime complémentaire conventionnel, plus favorable que le régime légal, respectivement le régime de base.

Au-delà de la première année de service, le législateur n'a pas précisé la durée du paiement du salaire. Dès lors, il appartient aux parties au contrat ou au juge de la fixer. Pour garantir une certaine égalité de traitement, les tribunaux ont établi des échelles en vue de déterminer ou préciser la durée du paiement du salaire considérée comme équitable, qui tient compte de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise.

---

[257] Art. 362 al. 1 CO ; ATF 143 V 385, consid.4.3.
[258] Art. 324 a al. 2 CO.

Le tableau ci-dessous renseigne sur la durée du droit au salaire, au-delà de la première année de service, selon les échelles bernoise, bâloise et zurichoise :

<table>
<tr><th colspan="4">Durée du droit au salaire, au-delà de la première année de service,
selon les échelles bernoise (BE), bâloise (BS) et zurichoise (ZH)</th></tr>
<tr><th>Durée des rapports de service</th><th>Échelle bernoise</th><th>Échelle bâloise</th><th>Échelle zurichoise</th></tr>
<tr><td>2ème année</td><td>1 mois</td><td rowspan="2">2 mois</td><td>8 semaines</td></tr>
<tr><td>3ème année</td><td rowspan="2">2 mois</td><td>9 semaines</td></tr>
<tr><td>4ème année</td><td rowspan="7">3 mois</td><td>10 semaines</td></tr>
<tr><td>5ème année</td><td rowspan="5">3 mois</td><td>11 semaines</td></tr>
<tr><td>6ème année</td><td>12 semaines</td></tr>
<tr><td>7ème année</td><td>13 semaines</td></tr>
<tr><td>8ème année</td><td>14 semaines</td></tr>
<tr><td>9ème année</td><td>15 semaines</td></tr>
<tr><td>10ème année</td><td rowspan="2">4 mois</td><td>16 semaines</td></tr>
<tr><td>11ème année</td><td>4 mois</td><td>17 semaines</td></tr>
<tr><td>…</td><td>…</td><td>…</td><td>…</td></tr>
</table>

Les cantons romands appliquent l'échelle bernoise, en principe.

Ainsi, le dispositif légal actuel récompense la fidélité du travailleur mais pénalise sa mobilité professionnelle. En effet, les années passées auprès du même employeur ne sont pas prises en considération dans le calcul du droit au salaire auprès du nouvel employeur, lorsque le travailleur change d'emploi.

2.3.3 Régime dérogatoire conventionnel

Selon l'art. 324 a al. 4 CO, il est autorisé de déroger au régime légal ou de base selon certaines modalités. Pour rappel, l'art. 324 a al. 1 à 3 CO représente un seuil de protection minimal correspondant à l'obligation de l'employeur de verser le salaire pendant un temps déterminé. Le régime dérogatoire conventionnel représente donc une option facultative.

Le régime dérogatoire conventionnel est soumis à deux conditions cumulatives : la forme écrite et des prestations au moins équivalentes à celles prévues dans le régime légal/de base.

Autrement dit, il est possible de prévoir, par convention (contrat individuel écrit, CCT ou CTT) d'autres systèmes équivalents au système légal/de base.

Par convention, deux options principales existent pour l'employeur :

- le paiement du salaire pendant une durée plus longue, par exemple à 100 % pendant deux mois durant la première année de service (sans assurance perte de gain maladie), ce qui correspond au régime complémentaire conventionnel, comme mentionné plus haut ;
- la conclusion d'une assurance d'indemnités journalières maladie, dit régime dérogatoire conventionnel.

La conclusion d'une assurance perte de gain maladie collective constitue la solution la plus courante. Selon la doctrine et la jurisprudence[259], une telle couverture est équivalente aux conditions suivantes :

- les indemnités journalières sont versées pendant 720 jours au moins au cours d'une période de 900 jours consécutifs ;
- les indemnités journalières couvrent le 80 % du salaire au moins ;
- l'employeur prend à sa charge la moitié des primes au moins ;
- un délai d'attente maximal de 2 à 3 jours au plus est prévu.

Quelle est l'obligation de l'employeur quant au paiement du salaire durant le délai d'attente ?

La question est plutôt controversée.

Pour ce qui est du délai d'attente, s'il est de deux à trois jours, la partie employeur est entièrement libérée de son obligation de verser le salaire au travailleur durant ce laps de temps[260]. En revanche, tout délai d'attente plus long implique que l'employeur doive verser un salaire au travailleur, à 100% durant le temps limité conformément à l'art. 324 a al. 1 et 2 CO ou l'équivalent des prestations d'assurance (au moins à 80 %) s'il existe une convention entre les parties[261].

Le tableau ci-dessous résume l'obligation de l'employeur ou sa libération quant au paiement du salaire selon la durée du délai d'attente :

Obligation de l'employeur ou sa libération quant au paiement du salaire selon la durée du délai d'attente		
Délai d'attente	**Libération, obligation de l'employeur**	**Remarques**
2 à 3 jours	Libération de l'employeur	2 à 3 jours à la charge de l'employé
Dès 4 jours	Obligation de l'employeur de verser le salaire à 100 % et compte tenu des échelles cantonales Exemple pour l'échelle bernoise : 2ème année = min. 1 mois à 100 %	Absence d'une convention entre les parties
	Obligation de l'employeur de verser le salaire (équivalent aux prestations d'assurance) au moins à 80 %	Existence d'une convention entre les parties

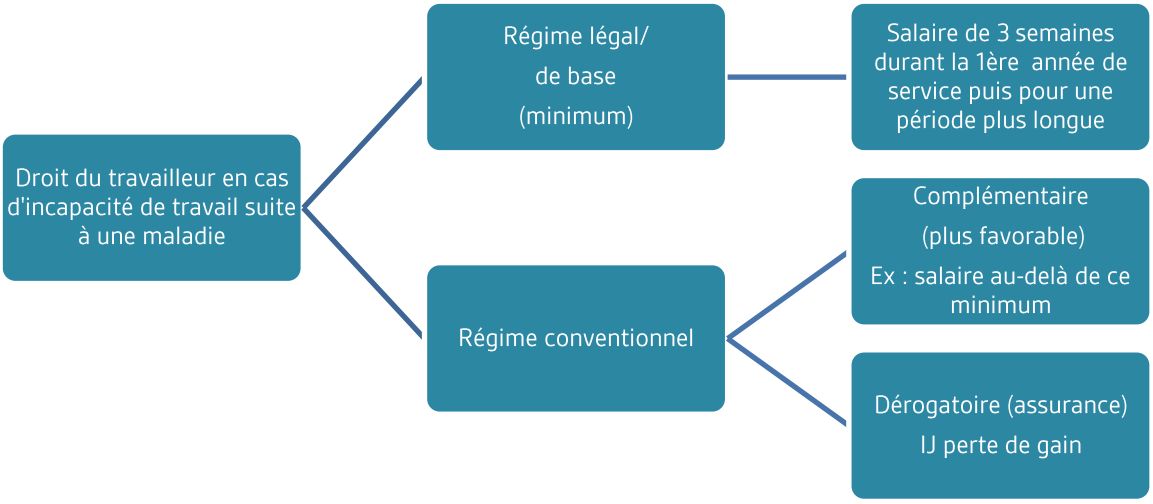
[259] Voir notamment ATF 128 II 13, consid. 5c/bb ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A_98/2014 du 10 octobre 2014, consid. 4.2.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4C.275/2002 du 5 décembre 2002, consid. 2.1.

[260] Voir notamment 4A_42/2018, consid. 5 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A_98/2014 du 10 octobre 2014, consid. 4.2.1.

[261] Lucile Bonaz, déjà citée, Longchamp, N 39 art. 324a CO, in : Dunand/Mahon (édit.), Berne 2022.

L'assurance d'indemnités journalières remplace l'obligation de l'employeur de payer le salaire en cas de maladie si l'assurance satisfait aux exigences mentionnées ci-dessus et si l'employeur respecte ses obligations (exemples : paiement des primes, annonce des sinistres, etc.). Lorsque la couverture d'assurance n'est pas équivalente, l'employeur n'est pas libéré de son obligation de verser le salaire au travailleur. Il devra alors déduire les indemnités journalières octroyées par l'assureur du salaire dont il est redevable selon l'art. 324 a al. 1 et 2 CO (régime légal ou de base). Une fois la période prévue à l'art. 324 a al. 2 CO écoulée, le salarié doit alors se contenter des prestations de l'assurance.

En résumé, le droit du travailleur en cas d'incapacité de travail suite à une maladie selon la loi suisse se présente schématiquement comme suit :



Compte tenu des différents régimes possibles admis par l'art. 324 a CO, le degré de protection face à l'incapacité de travail suite à une maladie varie considérablement entre les travailleurs.

2.3.4 Régime de l'assurance obligatoire

Des règles spécifiques sont prévues lorsqu'une assurance sociale obligatoire existe, limitant l'obligation de l'employeur de verser le salaire dans la mesure où une assurance sociale obligatoire existe pour tel ou tel risque.

Il s'agit de l'art. 324 b CO qui a la teneur suivante :

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

Le travailleur est assuré obligatoirement, notamment contre les accidents professionnels, non professionnels et les maladies professionnelles, au sens de la LAA et, en cas de maternité selon la LAPG[262].

L'employeur a l'obligation de compléter le montant des prestations d'assurance si celles-ci n'atteignent pas le 80% du salaire du travailleur[263].

Qu'en est-il de l'obligation de l'employeur durant et après le délai d'attente prévu par la loi en cas d'accident professionnel ?

Ainsi par exemple, puisque la LAA prévoit que l'indemnité journalière naît le troisième jour qui suit celui de l'accident[264], l'employeur doit verser au moins le 80 % du salaire pendant les deux premiers jours d'incapacité de travail. Dès le troisième jour, il est libéré de son obligation de verser le salaire[265].

2.3.5 Les droits du travailleur à la fin des rapports de travail

Quels sont les droits du travailleur et les possibilités qui lui sont offertes à la fin des rapports de travail, sur les plans du salaire et de la poursuite d'une couverture d'assurance, lorsqu'il met un terme à son activité professionnelle ? Deux cas de figure existent :

- si l'employeur n'a pas conclu d'assurance d'indemnités journalières maladie pour son personnel, le droit au salaire du travailleur s'arrête à la fin de ses rapports de travail pour les contrats de durée déterminée et dans de rares cas pour les contrats de durée indéterminée[266] ;
- si l'employeur a conclu une telle assurance, le droit du travailleur de pouvoir compter sur la poursuite d'une couverture d'assurance à titre individuel dépend alors du régime d'assurance (LCA ou LAMal) et du contrat, respectivement des CGA.

En matière de prévoyance en faveur du personnel et pour ce qui est du contrat individuel de travail, il appartient à l'employeur d'informer les travailleurs sur leurs droits envers un assureur[267]. Quant à la personne qui quitte son emploi, elle ne doit pas oublier de s'assurer pour le risque accident non professionnel auprès d'une caisse-maladie. L'employeur doit l'en informer. Il en est de même de l'assurance-chômage lorsque l'assuré arrive en fin de droit aux indemnités de chômage[268].

Pour ce qui est du régime d'assurance LAMal, en cas d'extinction du rapport d'assurance, le droit aux prestations s'éteint, respectivement le versement d'indemnités journalières éventuellement en cours s'arrête. Sont réservées les dispositions relatives à la sortie de l'assurance collective et au droit de l'assuré de passer dans l'assurance individuelle auprès du même assureur.

---

[262] Art. 324 b al. 1 CO.Voir ci-avant le chapitre sur les assurances sociales et la fonction de garantie d'un revenu social de substitution et, en particulier, l'indemnité journalière LAA.
[263] Art 324 b al. 2 CO.
[264] Art. 16 al. 2 LAA.
[265] Art. 324 b al. 3 CO. Basler Kommentar, Obligationsrecht I, articles 1 à 529, pages 2154 ss.
[266] Pour les contrats de durée indéterminée lorsque l'employeur résilie le contrat, cela se produit uniquement lorsque la durée du droit au salaire est plus élevée que la durée maximale de la protection contre les congés donnés en temps inopportun en cas d'incapacité de travail, soit 180 jours (art. 336c al. 1 let. b CO), cumulée au délai de congé légal maximal (art. 335c al. 1 CO). Si l'on prend l'échelle bernoise, cela arrive après 40 ans de service chez le même employeur. Si c'est le travailleur qui résilie le contrat de travail de durée indéterminée, dans ce cas cela peut se produire de manière plus fréquente.
[267] Art. 331 al. 4 CO.
[268] Art. 10 al. 1 LAMal.

L'assuré doit faire valoir un tel droit dans un certain délai. Dans cette situation, de nouvelles réserves ne sont pas admissibles, en principe[269].

Contrairement à l'assurance IJ LAMal, les contrats IJ LCA prévoient que les prestations continuent d'être versées à la personne assurée après la fin des rapports de travail, cela jusqu'à expiration du nombre d'indemnités journalières convenues sans qu'un transfert dans l'assurance individuelle ne soit nécessaire, en général. Dans le cadre d'un contrat d'assurance IJ LCA, la possibilité pour l'assuré de maintenir sa couverture d'assurance à titre individuel dépend du contrat/des CGA. Un délai pour ce faire est prévu. L'assureur décide d'une réserve éventuelle[270].

En comparaison, qu'en est-il des risques d'accident professionnel, d'accident non professionnel et de maladie professionnelle, toujours à la fin des rapports de travail ?

Pour ce qui est de la LAA, le travailleur est assuré jusqu'au 31ème jour qui suit le jour où le droit au demi-salaire au moins prend fin. Pour les personnes au chômage, la couverture d'assurance s'arrête dès la fin du 31ème jour qui suit le jour 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, soit lorsqu'il y a des doutes quant aux droits découlant du contrat de travail. En outre, le travailleur a le droit de prolonger sa couverture d'assurance pour une durée de six mois au plus, cela par convention spéciale[271].

La poursuite d'une couverture d'assurance d'indemnités journalières maladie ou accident non professionnel à titre individuel peut être intéressante selon que le travailleur se retrouve au chômage ou met un terme à son activité professionnelle, pour une durée plus ou moins longue.

Cet aperçu sommaire sur la question des droits du travailleur à la fin des rapports de travail souligne encore une fois les différences entre la protection contre les maladies professionnelles, soumises au régime LAA obligatoire, et celle contre les maladies engendrant une incapacité de travail ainsi que celles entre les deux régimes d'assurance d'indemnités journalières LAMal et LCA.

2.3.6 La protection du travailleur en cas d'incapacité de travail de longue durée

En l'absence d'une assurance perte de gain maladie collective conclue par l'employeur et d'un régime légal/de base complémentaire conventionnel, la situation quant à la protection du travailleur en cas d'incapacité de travail suite à une maladie selon l'art. 324 a CO, devient plus ou moins problématique selon la poursuite ou non des rapports de travail.

En cas de poursuite des rapports de travail, qui vont au-delà de l'obligation de l'employeur de verser le salaire durant un temps déterminé, le travailleur se voit contraint d'utiliser ses propres ressources financières ou de faire appel à l'aide sociale si besoin.

Lorsque les rapports de travail prennent fin, en respect de l'art. 336 c al. 1 let. b et al 2 CO, le travailleur peut s'inscrire à l'assurance-chômage. Pour obtenir un droit aux indemnités de chômage, il doit remplir les conditions cumulatives selon l'art. 8 al. 1 LACI, dont celles relatives à la période de cotisation et de l'aptitude au placement.

---

[269] Art. 71 al. 1 et 2 LAMal.

[270] Voir ci-avant le développement sur la fin de la couverture d'assurance dans les chapitres consacrés aux indemnités journalières LAMal et LCA.

[271] Art. 3 al. 2 et 3 LAA.

Dans l'affirmative, il peut prétendre à un certain nombre d'indemnités de chômage (200, 260, 400, etc.), qui dépend de plusieurs éléments (période de cotisation, obligation d'entretien, etc.).

En cas de maladie, l'assuré qui est, passagèrement ni apte à travailler ni à être placé ou ne l'est que partiellement, a droit à la pleine indemnité journalière de chômage s'il remplit les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité. Son droit persiste au plus jusqu'au 30ème jour suivant le début de l'incapacité totale ou partielle de travail et se limite à 44 indemnités journalières durant le délai-cadre d'indemnisation[272].

Si l'incapacité de travail se prolonge au-delà des 30 jours et est durable, soit lorsque la personne est en situation de handicap selon la LACI, le droit aux indemnités de chômage est maintenu à la condition de présenter une capacité de travail d'au moins 20 %[273] et dans la mesure où il est inscrit à l'AI. Dès lors, l'assurance-chômage prend son cas provisoirement en charge, cela jusqu'à ce que la décision de l'AI tombe[274].

Dans la négative, le travailleur, respectivement l'assuré est considéré comme inapte au placement par l'assurance-chômage. Dans ce dernier cas de figure mais aussi en situation de fin de droit aux indemnités de chômage, il doit se retourner auprès de l'AI pour envisager une réadaptation ou attendre une décision de rente AI. Selon la mesure de réadaptation envisagée, l'assuré peut bénéficier d'indemnités journalières AI.

En tous les cas, dans l'attente d'une mesure de réadaptation/ d'une rente AI, le travailleur n'a pas d'autres choix que d'utiliser ses propres ressources financières ou de faire appel à l'aide sociale pour subvenir à ses besoins.

Une rente d'invalidité, au sens de la LAI et de la LPP, peut être octroyée après une année d'incapacité de travail à 40 %, et dans la mesure où toutes les autres conditions sont remplies selon les art. 28 LAI et 23 let. a LPP.

---

[272] Art. 28 al. 1 LACI.
[273] Selon les art. 15 al. 2 LACI et 15 OACI.
[274] En référence à l'art. 70 al. 2 let. b LPGA.

3. ENJEUX ET RECOMMANDATIONS

3.1 Enjeux

3.1.1 En général

L'absence d'une assurance perte de gain maladie obligatoire présente plusieurs enjeux fondamentaux, en même temps sociaux, économiques et juridiques.

Cette absence engendre une insécurité pour les travailleurs/salariés dont la protection, en cas d'incapacité de travail suite à une maladie, est influencée par de multiples facteurs.

Le nombre d'années de service, en d'autres termes la durée des rapports de travail d'un salarié, accomplies au sein de la même entreprise, est assurément le facteur d'influence principal de la durée du droit au versement de son salaire selon l'art. 324a CO.

Au sens de cet article, le degré de protection varie également selon :

- la réalisation ou non des conditions légales (le travailleur ne doit pas avoir commis de faute, etc.)
- le canton du lieu de travail, pour la question de l'application des échelles par les tribunaux
- l'existence ou non d'une CCT/d'un CTT
- le secteur d'activité de l'entreprise et les choix de l'employeur (régime complémentaire conventionnel ou dérogatoire conventionnel éventuel, sous la forme par exemple d'une assurance IJ LAMal ou LCA collective) et
- la fin éventuelle des rapports de travail, principalement pour les contrats de travail de durée déterminée, puisque le droit au salaire en cas d'empêchement s'arrête à l'échéance des rapports de travail et que les années de service sont remises à zéro chez le nouvel employeur.

L'enjeu principal de cette situation tourne autour du non-respect de l'égalité de traitement entre les travailleurs. Autrement dit, les différences de traitement peuvent s'avérer importantes entre eux. En outre, à la fin des rapports de travail, les travailleurs perdent leurs avantages liés à l'ancienneté.

Etant donné que l'obligation de l'employeur de poursuivre le versement du salaire, pour les différents empêchements prévus dont la maladie, dépend non seulement des années de service du travailleur mais est affectée par d'autres éléments comme nous venons de le voir, le droit au salaire en cas de maladie selon l'art. 324a CO a un caractère véritablement limité et aléatoire.

La durée de protection limitée selon l'art. 324 a CO, tout particulièrement, fragilise les personnes qui changent souvent d'emploi, qui concluent des contrats de durée déterminée, qui alternent des emplois avec des périodes de chômage et/ou dont l'état de santé est précaire.

Pour les travailleurs concernés, la protection selon l'art. 324 a CO est diminuée d'autant, soit parce que des changements d'emploi fréquents les privent d'un droit au salaire prolongé, soit parce que les assurances leur imposent des réserves se rapportant aux troubles qui les caractérisent, les excluant ainsi de la couverture d'assurance, quand elles ne refusent pas tout simplement de les assurer.

L'enjeu est le suivant. Le dispositif légal de protection basé sur l'art. 324 a CO en vigueur à l'heure actuelle peut avoir des conséquences financières pour le travailleur. S'il se retrouve sans ressources financières, le travailleur peut être contraint à déposer une demande d'aide sociale, cela dès la fin de son droit au salaire. Le dispositif légal en question représente ainsi, pour le travailleur, un risque important de se retrouver dans une situation de pauvreté.

Les employeurs, quant à eux, se retrouvent constamment devant une imprévisibilité des coûts face aux absences dues aux maladies, respectivement dans une situation d'insécurité financière, en particulier lorsqu'ils sont confrontés au paiement d'un salaire en cas de maladie de longue durée.

L'application de l'art. 324 a CO pose ainsi des problèmes pratiques et s'avère complexe. Par ailleurs, son application est également sujette à interprétation. Ainsi, que faut-il entendre par salaire, cela en cas d'incapacité partielle de travail, et la durée du droit au salaire est-elle déterminée selon les années effectives ou civiles ? Cet aspect a pour enjeu principal l'insécurité juridique pour les deux parties.

En plus de ce régime relevant du droit du travail, l'employeur peut conclure une assurance d'indemnités journalières maladie. S'il le fait, le degré de protection varie toutefois également selon le régime d'assurance (LAMal ou LCA), l'assureur et le contenu du contrat, notamment en termes de réserves et de durée des prestations. Par ailleurs, le travailleur/l'assuré peut se retrouver à tout moment dans une situation inconfortable, principalement lorsqu'il change d'emploi ou lorsqu'il met un terme à toute activité professionnelle, selon le régime d'assurance, l'assureur et le contenu du contrat, cela en raison du caractère facultatif de ce régime d'assurance.

Le tableau ci-dessous résume les droits de libre passage et de transfert existant à l'heure actuelle :

Droits de libre passage et de transfert : vue d'ensemble		
Types de transfert	**LAMal**	**LCA**
Assurance collective vers assurance collective, en cas de changement d'assureur	Oui, selon l'art. 70 LAMal	Non Remarque : Oui, selon la convention de libre passage, en principe
Assurance collective vers assurance individuelle, auprès du même assureur	Oui, selon l'art. 71 LAMal	Non Remarque : Oui, pour les exceptions suivantes : - les chômeurs, selon l'art. 100 al. 2 LCA - autres catégories d'assurés, selon le contrat

Comme le montre le tableau ci-dessus, les deux types de transfert mentionnés sont garantis pour l'assurance d'indemnités journalières LAMal, ce qui n'est pas le cas selon la LCA. En revanche, le transfert assurance collective-assurance collective LCA est garanti selon la convention de libre passage en principe (certains assureurs n'ont pas adhéré à la convention !). Quant au transfert assurance collective-assurance individuelle LCA, il est garanti pour les chômeurs uniquement selon l'art. 100 al. 2, voire pour d'autres catégories d'assurés, selon le contrat.

Par conséquent, le système actuel des assurances perte de gain maladie est également complexe (difficile à comprendre) et n'offre aucune garantie de couverture d'assurance aux assurés de manière continue tout au long de leur parcours professionnel en cas de sortie involontaire de l'assurance, sur le plan de la LCA.

L'enjeu principal qui découle de l'interruption involontaire de l'assurance est le risque de subir une interruption de la couverture d'assurance pour les travailleurs.

Par conséquent, à l'heure actuelle, le régime du CO et deux régimes d'assurance d'indemnités journalières maladie, LAMal et LCA, coexistent ou sont juxtaposés l'un à côté de l'autre. De plus, aucun principe ne définit ou délimite le rôle de chacun de ces deux régimes d'assurance.

L'enjeu de cet imbroglio juridique réside dans les difficultés qu'il engendre à la fois aux employeurs et aux travailleurs quant à la compréhension des différences entre les différents régimes et au choix à faire entre les deux régimes d'assurance d'indemnités journalières maladie.

Si le système d'assurances sociales que l'on connaît aujourd'hui prévoit l'octroi d'allocations ou d'indemnités journalières pour la plupart des risques sociaux (accident professionnel et non professionnel, maladie professionnelle, maternité, etc.), il n'offre ainsi toujours pas de protection obligatoire en cas d'incapacité de travail suite à une maladie.

Comment peut-on encore admettre aujourd'hui que, en cas d'incapacité de travail suite à un accident professionnel, par exemple, le travailleur est couvert à titre obligatoire en termes de perte de gain alors que, s'il encourt une maladie, il ne possède aucune sécurité y relative ?

En somme, et c'est là un autre enjeu, plus général, de la problématique traitée dans ce dossier : le système en soi est lacunaire ou incomplet, voire illogique.

À cette absence du cadre légal suisse s'ajoutent des statistiques sommaires et partielles sur la problématique. Qui plus est, elles émanent de plusieurs instances différentes qui distillent des chiffres au compte-goutte. Ainsi, aucune information systématique et générale n'existe à ce jour sur les conséquences du caractère facultatif du dispositif général en cas d'incapacité de travail suite à une maladie.

Le sujet reste tabou et sans voix, ne fait pas partie des thèmes politiques, notamment lors d'élections, et n'est pas abordé non plus dans les discours officiels. Tout au plus, plusieurs interventions parlementaires évoquent cette question et demandent au Conseil fédéral de réagir.

De notre point de vue, la difficulté, voire l'impossibilité d'obtenir un aperçu général de la situation et l'absence d'une prise de conscience des limites du système et sa méconnaissance, en particulier auprès des travailleurs et des employeurs, sont les véritables enjeux en la matière. Qui plus est, le problème induit n'est pas perceptible non plus par la population.

N'étant pas au courant du caractère facultatif de l'assurance perte de gain maladie, le travailleur peut être surpris d'apprendre qu'il n'est pas couvert au moment où il tombe malade. En particulier, il se retrouve dans une insécurité juridique constante tout au long de son parcours professionnel. Le salarié qui change d'emploi pose-t-il la question à son futur employeur lors de son engagement quant à sa couverture perte de gain maladie ou toute autre réglementation à cet effet ? Et les employeurs connaissent-ils leurs obligations en la matière, soit celle de verser le salaire des travailleurs durant une période déterminée en cas de maladie ? Ce sont des enjeux importants.

Vu l'augmentation des cas de maladie depuis plusieurs années (sans compter celle du stress et du risque d'épuisement professionnel), les employeurs ne sont pas à l'abri non plus d'une résiliation du contrat d'assurance d'indemnités journalières maladie ou d'une augmentation de la prime par leur assureur, cela en respectant les dispositions légales et contractuelles y relatives.

3.1.2 Coordination en présence ou en l'absence d'assurance perte de gain maladie

Lorsque le travailleur se retrouve au milieu de plusieurs assurances sociales, et éventuellement également privées, alors qu'il est en incapacité durable de travail suite à une maladie, une coordination s'impose. Mais elle s'avère elle aussi complexe.

Entre les indemnités journalières LAMal/LCA et l'AI

Qu'en est-il de la coordination entre l'AI et l'assurance perte de gain maladie dès le licenciement d'un travailleur en incapacité de travail suite à une maladie et son annonce à l'AI ? Et qu'en est-il lorsque l'employeur n'a pas conclu une telle assurance ?

Malgré les buts de l'AI, notamment celui de prévenir l'invalidité et le principe « la réadaptation prime la rente », la complexité de la procédure AI et des règles de coordination existantes au sein du droit des assurances sociales concernées, les conditions aux prestations et les délais pour en bénéficier ainsi que la nature de certaines d'entre elles[275], tout cela conjugués avec l'absence d'une assurance perte de gain maladie obligatoire, posent plusieurs problèmes pratiques et concrets à l'assuré/au travailleur, principalement en termes de (ré)insertion socio-professionnelle et de sécurité financière.

Tout au long de la procédure AI, l'assuré en incapacité de travail suite à une maladie peut ainsi se retrouver dans une situation d'attente et rencontrer des difficultés financières, par intermittence en tous les cas, notamment entre la détection précoce et l'intervention précoce, durant la phase d'intervention précoce qui s'étend sur 12 mois au plus en principe jusqu'à la mise en œuvre de mesures de réadaptation ou l'octroi d'une rente. En effet, l'AI ne garantit ni un accompagnement socio-professionnel ni un revenu de base de manière continue au travailleur/assuré tout au long de la procédure prévue à cet effet.

Si l'employeur n'a pas conclu d'assurance indemnités journalières, l'obligation de payer le salaire ne dure jamais jusqu'au moment où l'AI prend le relais, soit sous forme d'indemnités journalières pouvant être versées durant une mesure de réadaptation ou d'une rente si les conditions sont remplies. Le temps que l'AI statue sur ses droits, l'assuré peut donc devoir dépendre de l'aide sociale pendant une certaine période, ce qui peut réduire ses chances de réintégrer le marché de l'emploi au fur et à mesure que le temps passe.

[275] Pour rappel, certaines prestations de l'AI, comme les mesures d'intervention précoce, ne représentent pas un droit et les conditions pour obtenir une rente AI se sont durcies depuis l'entrée en vigueur de la dernière révision AI le 1er janvier 2022. Par ailleurs, les phases de détection précoce et d'intervention précoce ne donnent droit à aucune compensation financière de la part de l'AI.

Par conséquent, dès son licenciement et son annonce à l'AI jusqu'à la décision d'une mesure de réadaptation et/ou d'une rente AI, le travailleur en incapacité de travail suite à une maladie peut se retrouver livré à lui-même et sans ressources, cela dans la mesure où il ne peut pas compter sur une assurance perte de gain maladie de la part de son employeur. Dans une telle situation, il est vraisemblable qu'il connaisse des problèmes de santé et qu'il s'isole petit à petit. Selon la situation, le travailleur peut subir du retard quant à sa réadaptation, voire se retrouver dans un processus de marginalisation socio-professionnelle. Et plus l'incapacité de travail se prolonge, plus les chances du travailleur de reprendre le travail s'amenuisent.

Par ailleurs, étant donné que la durée de protection est limitée selon l'art. 336 c al.1 let. b et al. 2 CO et vu que les instances de l'AI se retrouvent sans interlocuteur en cas de licenciement de l'assuré, les mesures d'intervention précoce peuvent devenir caduques assez rapidement.

Enfin, un autre aspect particulier de cette coordination est que durant la phase d'intervention précoce, la couverture de la perte de gain en cas de maladie donne lieu à une divergence d'intérêts entre l'assurance d'indemnités journalières et l'AI. L'assureur a intérêt à ce que les mesures de l'AI soient octroyées le plus rapidement possible afin d'être déchargé de ses obligations financières. L'AI, de son côté, a intérêt à ce que les indemnités journalières LAMal/LCA soient versées aussi longtemps que sa propre décision n'est pas prise, car une situation financière stable est une condition essentielle à la réussite des mesures de réadaptation[276].

En tous les cas, le fait de ne pas bénéficier d'une assurance perte de gain maladie prétérite fortement le travailleur/l'assuré concerné financièrement.

---

[276] Un exemple de solution consensuelle en vue d'atténuer cette divergence d'intérêts et dans un but de collaboration avec les assureurs privés est l'Accord paritaire genevois « système de soutien en entreprise et de réinsertion pour les métiers du bâtiment ». Il s'agit d'un accord, en vigueur depuis 2009 dans la branche du bâtiment à Genève, qui peut être considéré comme une expérience novatrice associant les partenaires sociaux. Les signataires de l'accord sont la Fédération genevoise des métiers du bâtiment (FMB), les 18 associations professionnelles membres de la FMB, l'office AI de Genève, trois assureurs d'indemnités journalières en cas de maladie et la Suva. La branche du bâtiment dans le canton de Genève est régie par des CCT déclarées de force obligatoire. Le but de l'accord est de maintenir les travailleurs ayant subi un accident ou une maladie en emploi, dans la même entreprise ou dans une autre entreprise de la branche. L'idée est de préserver à la fois les compétences des travailleurs et les prestations des assurances sociales auxquelles ces travailleurs ont droit. Le champ d'application de l'accord correspond à la phase d'intervention précoce de l'AI. Plus précisément, l'accord prévoit la discussion des cas concrets lors des séances mensuelles de la cellule d'analyse, composée de représentants des organisations signataires. Les éventuelles mesures de réadaptation accordées par l'AI sont cofinancées par les signataires selon une clé de répartition fixe. L'accord paritaire est une convention de collaboration indépendante des CCT en vigueur dans la branche. L'existence d'une CCT n'est pas une condition nécessaire à l'élaboration et à l'application d'une telle convention, mais peut constituer un facteur favorable. En effet, les assureurs d'indemnités journalières en cas de maladie jouent un rôle prépondérant dans la communication de cas à l'AI (détection précoce) et dans l'orientation des personnes malades ou accidentées vers le dépôt d'une demande de prestations AI. Comme les CCT prévoient l'affiliation obligatoire à une assurance d'indemnités journalières en cas de maladie pour toutes les entreprises qui y sont soumises, l'accord s'applique automatiquement à toutes les entreprises affiliées auprès d'une assurance signataire de l'accord. Les spécificités des branches influent de manière importante sur les possibilités de mettre en place des conventions analogues à l'accord paritaire genevois : ce qui est faisable dans les métiers du bâtiment ne l'est pas forcément dans d'autres branches (Coordination entre les assurances d'indemnités journalières et les prestations du 1er et du 2ème pilier, Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 12.3087 Nordmann du 7 mars 2012, 2017) et, pour les détails, https://www.fmb-ge.ch/.

Entre les indemnités journalières LAMal/LCA et l'assurance-chômage

D'autre part, dans une situation de chômage, le travailleur qui ne bénéficie pas d'une assurance d'indemnités journalières et qui n'a pas utilisé son droit au libre passage dans le cadre de l'assurance collective prévue par son ancien employeur, peut se retrouver rapidement sans ressources financières en raison de la couverture limitée offerte par l'assurance-chômage. Autrement dit, en l'absence d'une assurance perte de gain maladie, l'assuré peut se retrouver dans une situation financière délicate, dès le moment où il perd son emploi et jusqu'à l'octroi d'une mesure de réadaptation, respectivement jusqu'au versement d'indemnités journalières AI ou d'une rente AI.

Dans le cadre du droit du travail

La durée de protection offerte par l'art. 336 c CO, lorsque l'employeur résilie le contrat de travail de son employé en temps inopportun, n'est pas la même que celle liée à l'obligation de l'employeur de payer le salaire, en cas de maladie par exemple, prévue par l'art. 324 a CO. Ce dispositif légal propre au droit du travail rajoute de la complexité en lien avec la problématique de l'absence d'une assurance perte de gain maladie obligatoire, qui n'en a pas besoin !

3.1.3 Synthèse

Le tableau présente, en résumé, les enjeux principaux de notre thématique sous l'angle des problèmes qu'elle pose et de leur signification :

L'absence d'une assurance perte de gain maladie obligatoire : enjeux principaux	
Problèmes	**Significations**
Multiples facteurs d'influence quant à la protection en cas d'incapacité de travail suite à une maladie (années de service, etc.)	Non-respect de l'égalité de traitement entre les travailleurs (fortes différences entre eux) et perte de leurs avantages liés à l'ancienneté en cas de rupture des rapports de travail
	Pour les employeurs : imprévisibilité des coûts face aux absences dues aux maladies et insécurité financière constantes
Droit au salaire en cas de maladie selon l'art. 324 a CO limité et aléatoire	Pour certaines catégories de travailleurs : difficultés particulières, conséquences financières possibles et risque de pauvreté
Application de l'art. 324 a CO (droit au salaire) : problèmes pratiques et complexité (plusieurs conditions à remplir, notion d'empêchement, etc.) et sujet à interprétation	Insécurité juridique pour les travailleurs, casse-tête organisationnel (gestion financière) pour les employeurs
Complexité de la question des droits de libre passage et de transfert, en matière d'assurance perte de gain maladie	Pour les travailleurs : couverture d'assurance non garantie de manière continue tout au long de leur parcours professionnel
Coexistence et juxtaposition du régime du CO et de deux régimes d'assurance d'indemnités journalières (LAMal et LCA)	Difficultés pour les travailleurs et les employeurs de comprendre les différences entre ces régimes et de faire un choix entre les deux régimes d'assurance
Protection existante pour la plupart des risques sociaux, absente pour l'incapacité de travail suite à une maladie	Système de sécurité sociale lacunaire ou incomplet, voire illogique
Statistiques sommaires et partielles sur la couverture perte de gain maladie (chiffres, etc.), sujet politique tabou et sans voix	Aperçu général de la problématique difficile, voire impossible à obtenir
	Absence d'une prise de conscience des limites du système

Problèmes	Significations
Méconnaissance des travailleurs et des employeurs et de la population en général sur le caractère facultatif de l'assurance perte de gain maladie et des problèmes qu'il induit	Pour les travailleurs : effet de surprise, insécurité juridique constante tout au long de leur parcours professionnel
	Pour les employeurs : effet de surprise, conséquences juridiques et financières possibles
Augmentation des cas de maladies psychiques, du stress et du risque d'épuisement professionnel	Pour les employeurs : risques d'une résiliation du contrat d'indemnités journalières maladie ou d'augmentation de la prime
	Nécessité d'une assurance perte de gain maladie obligatoire pour les travailleurs
Complexité de la coordination en cas d'incapacité durable de travail et de chômage	Pour les travailleurs : insécurité juridique et financière dès l'inscription à l'AI et tout au long de la procédure AI et dès l'inscription à l'assurance-chômage

Une assurance perte de gain maladie obligatoire, répondrait assurément aux enjeux principaux susmentionnés.

3.2 Options possibles

Ce chapitre a pour buts de présenter, dans un premier temps, les options générales possibles en vue de mettre en place une assurance perte de gain maladie obligatoire et, dans un deuxième temps, de proposer une option spécifique sous la forme d'une ébauche d'une loi d'assurance sociale y relative.

3.2.1 Options générales

Plusieurs options générales sont possibles en matière d'assurance perte de gain maladie :

1. Assurance sociale d'indemnités journalières facultative (assurance de base) selon la LAMal avec des assurances d'indemnités journalières complémentaires selon la LCA
2. Assurance d'indemnités journalières facultative selon la LCA uniquement
3. Assurance d'indemnités journalières obligatoire pour les salariés
4. Assurance d'indemnités journalières obligatoire, pour toute personne exerçant une activité lucrative.

Comme première option, l'assurance-maladie d'indemnités journalières demeure facultative mais constitue l'assurance de base, sans financement public. Ce qui signifie que l'assurance perte de gain maladie existe uniquement sous la forme d'une assurance sociale, dans un champ d'application personnel donné (personnes assurées) et selon des modalités à définir. Différentes variantes sont possibles : champ d'application personnel spécifique (salariés, en tous les cas), montant de l'indemnité journalière correspondant au 80 % du gain assuré ou du salaire assuré antérieur en fixant un plafond, etc. La LPGA s'applique à cette option. Au-delà de cette assurance de base, des assurances d'indemnités journalières LCA complémentaires sont possibles.

Cette option a pour avantage d'assurer une certaine uniformité avec les autres assurances sociales existantes. Elle a pour désavantage majeur de continuer à reposer sur un caractère facultatif.

Pour la deuxième option, l'assurance d'indemnités journalières facultative, au sens de la LAMal, est supprimée et seule l'assurance d'indemnités journalières LCA subsiste. La LCA reprend plusieurs dispositions de la LAMal (droit de libre passage, limitation des réserves, etc.), de manière à restreindre la liberté de contracter. Dans ce sens, la LAMal sert de modèle.

Cette option a pour avantage principal d'apporter une simplification du système. Comme désavantages majeurs, cette option ne change rien au caractère facultatif de cette protection, met fin à la coordination selon la LPGA et réduit la solidarité.

Dans le cadre de la troisième option, une assurance d'indemnités journalières obligatoire est introduite pour les salariés dans le but de couvrir le risque d'incapacité de travail suite à une maladie.

Cette option a pour avantage principal d'apporter enfin une couverture obligatoire pour ce risque-là selon des modalités à définir. Ce faisant, cette option rend le système d'assurances sociales plus cohérent, dans le sens où tous les risques majeurs de l'existence sont couverts une fois pour toutes et, en particulier, en cas d'incapacité de travail quel que soit le risque ou l'éventualité assurés (maladie, accident, maternité, etc.). L'enjeu de cette option est d'en définir les modalités, notamment pour ce qui est de son champ d'application personnel et de son financement.

La quatrième option complète la troisième. Toutes les personnes exerçant une activité lucrative, y compris les indépendants, sont couvertes de manière obligatoire face au risque d'incapacité de travail suite à une maladie[277].

Cette option a pour avantage de couvrir aussi les indépendants contre la maladie car, on le sait, ils sont le parent pauvre du système actuel d'assurances sociales : rappelons qu'ils ne sont pas assurés à titre obligatoire selon la LAA. Par ailleurs, à la fois les CCT et le droit au salaire selon le CO ne s'appliquent pas à leur statut.

[277] En référence à l'Evaluation du système d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie et proposition de réforme, Rapport du Conseil fédéral 2004/2009, page 33 ss.

3.2.2 Option spécifique

Une option spécifique peut être envisagée sous la forme d'une assurance perte de gain maladie obligatoire sur le modèle de la LAA.

De notre point de vue, cette loi devrait reposer sur plusieurs principes et se référer si possible aux modalités propres aux indemnités journalières existantes selon le droit des assurances sociales actuel (LAI, LAA, etc.). De plus, elle devrait répondre aux problèmes et enjeux qui découlent de l'absence d'une assurance perte de gain maladie obligatoire et de ses conséquences. Enfin, cette loi devrait éviter les incitations négatives (qui tendent à augmenter lorsque la protection d'assurance s'améliore), reposer sur le principe de solidarité (en limitant la sélection des risques) et, surtout, répondre à des exigences en termes de coûts.

Cette nouvelle assurance sociale devrait faire l'objet d'une nouvelle loi fédérale qui pourrait s'intituler Loi fédérale sur l'assurance perte de gain maladie.

La structure de la loi pourrait contenir les éléments suivants :

Structure	Eléments possibles
Champ d'application personnel (personnes assurées)	Tous les travailleurs occupés en Suisse
Risque	Incapacité de travail due à une maladie[278]
Prestations	Indemnité journalière correspondant à 80 % du salaire assuré antérieur, versée après un délai d'attente à définir et pendant 720 jours dans une période de 900 jours, en excluant les cas de maladie de courte durée
Organisation	Assureurs privés qui ont l'autorisation d'exercer selon la LSA, voire la SUVA, et une institution supplétive
Financement	Primes paritaires employeur-employé
Procédure et coordination	Selon la LPGA, voire selon les lois spéciales

Ce projet de structure de la loi appelle les commentaires suivants.

Le champ d'application personnel est équivalent à celui de la LAA, soit tous les travailleurs occupés en Suisse (en référence à l'art. 1a al. 1 let. a LAA).

[278] Soulignons ici pour rappel que lorsque nous utilisons le terme de maladie dans ce dossier, nous faisons référence aux maladies au sens de la LPGA qui peuvent être associées au travail mais qui ne sont pas considérées comme des maladies professionnelles au sens de la LAA et les maladies ordinaires qui ne découlent pas de l'activité professionnelle (cf. supra note de bas de page n°3).

Le risque assuré est la perte de gain résultant d'une incapacité de travail suite à une maladie, en référence à l'art. 6 LPGA. Le taux d'incapacité de travail oscille entre 25 % et 80 %, ce qui correspond à la pratique quant aux contrats LCA et à l'art. 17 al. 1 LAA. La preuve de l'incapacité de travail suite à une maladie est attestée par l'établissement d'un certificat médical. De notre point de vue, un tel projet de loi ne doit prévoir ni la possibilité d'émettre des réserves ni celle d'exclure un assuré de la couverture d'assurance[279]. Quant aux prestations, les maladies de courte durée comme les grippes ne sont pas prises en charge et, donc, exclues de la couverture d'assurance.

En tous les cas, la couverture d'assurance commence en même temps que les rapports de travail et cesse de produire ses effets à la fin des rapports de travail ou après un délai à déterminer, en référence à l'art. 3 al. 1 et 2 LAA.

Pour ce qui est du gain assuré pour le calcul des indemnités journalières (soit le dernier salaire reçu par l'assuré avant l'accident) et de son montant maximum qui correspond à ce jour à CHF 148'200.- par année, nous recommandons de reprendre le même contenu que l'art. 15 al. 1 à 3 LAA. De plus, dans le cadre de ce projet de loi, il serait adéquat de définir si et dans quelle mesure une incapacité de travail rétroactive pourrait être acceptée, cela avant la première consultation médicale. Pour ce qui est de la surindemnisation, nous proposons de reprendre l'art. 69 LPGA, en particulier pour les assurances dommage.

Enfin, un délai d'attente de 30 jours nous paraît convenable, combiné avec le versement du salaire par l'employeur durant cette période[280].

Sur le plan organisationnel, les options suivantes peuvent être envisagées :

1. La gestion de l'assurance perte de gain maladie obligatoire est confiée uniquement aux assureurs privés qui, pour ce faire, doivent obtenir une autorisation de la part de l'autorité compétente.
2. La gestion de cette assurance est confiée à la fois aux assureurs privés et à la SUVA, cette dernière dans son domaine de compétence spécifique (industrie, bâtiment, etc.) au sens de l'art. 66 LAA.
3. La mise en place d'une institution supplétive est mise en place, cela notamment pour garantir les prestations lorsque les travailleurs n'ont pas été couverts par leur employeur, au sens des art. 72 et 73 LAA.

Pour ce qui est de l'option n° 2 et en référence à la LAA, il appartient à tout employeur de s'affilier auprès d'un assureur privé et de faire les démarches nécessaires afin d'assurer ses travailleurs. Par conséquent, dans cette éventualité, ces derniers n'ont pas à se soucier de leur couverture.

Pour ce qui est des options 2 et 3, l'intervention de la SUVA dans le cadre de cette nouvelle assurance et dans son domaine de compétence est intéressante par le fait que cet établissement autonome de droit public a fait ses preuves et acquis de l'expérience en termes de gestion et de prévention des risques au sein des entreprises.

Quant au financement de cette nouvelle assurance, des cotisations paritaires doivent être envisagées. La couverture des besoins nous paraît être le système de financement adéquat pour ce genre de régime.

---

[279] Au plus, l'émission d'une réserve limitée dans le temps pour les maladies existantes au moment de l'admission dans l'assurance peut être imaginable, au sens de l'art. 69 LAMal.

[280] En référence à Nadja Frei et Peter Mösch Payot, Krankentaggeldversicherung bei Lohnausfall infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit, www.jusletter.ch, 2024, pages 12 ss.

Enfin, ce projet de loi pourrait reprendre les règles de procédure générales selon la LPGA et de coordination prévues par la LPGA et les lois spéciales, notamment pour la question de la prise en charge provisoire des prestations[281].

Sur le modèle de la LAA, une assurance perte de gain maladie obligatoire pour tous les travailleurs occupés en Suisse présente les atouts suivants :

- au même titre que l'accident, la maladie est un risque à part entière couvert par une assurance sociale et ne fait pas partie d'une liste d'empêchements ;
- la même et unique condition pour la perception des indemnités journalières (incapacité de travail attestée) est valable, cela quels que soient l'entreprise, respectivement, le secteur d'activité dans lequel les travailleurs sont actifs ;
- les indemnités journalières sont versées indépendamment des années de service accomplies auprès des employeurs successifs (dans de sens, les années de service ne sont pas remises à zéro auprès du nouvel employeur) ainsi que des conditions légales posées par l'art. 324 a CO.

Ces atouts participent assurément à l'égalité de traitement entre les assurés et à une sécurité juridique et financière à la fois pour les assurés et les employeurs, dans le sens où les règles sont connues d'avance et la couverture d'assurance garantie de manière continue tant qu'une activité professionnelle est exercée.

Dans le but de mettre en place une assurance perte de gain maladie obligatoire, d'autres aspects méritent une attention particulière :

- encourager la prévention des maladies (non professionnelles), au sens des art. 81 ss LAA, par le biais d'un supplément de prime, la mise en place d'une institution spécialisée et de mesures incitatives auprès des employeurs ;
- faire respecter le principe de la réduction du dommage, au sens de l'art. 21 al. 4 LPGA ;
- régler la question des droits de transfert, du droit de libre passage dans l'assurance individuelle et des sinistres en cours, au sens des art. 70 et 71 LAMal, 100 al. 2 LCA et de la convention sur le libre passage ;
- soumettre les indemnités journalières maladie aux cotisations AVS/AI/APG, une fois pour toutes (en référence au salaire déterminant AVS, selon l'art. 6 al. 2 let. b RAVS) ;
- envisager la couverture maladie pour les chômeurs, sous une forme ou l'autre, en référence à l'art. 1a al. 1 let. b LAA).

L'introduction d'une telle assurance obligatoire et la réduction des coûts de la LAMal devraient représenter les deux priorités législatives de ces prochaines années, vu les enjeux autour de ces deux thématiques.

[281] Art. 70 LPGA.

CONCLUSIONS

La problématique, des définitions et délimitations

L'assurance perte de gain maladie obligatoire n'existe toujours pas dans notre pays en 2025, en particulier pour les personnes qui exercent une activité lucrative !

Alors que la fonction de garantie d'un revenu de remplacement existe en cas d'accident professionnel et non professionnel, de maladie professionnelle et d'invalidité, notamment, celle en cas d'incapacité de travail suite à une maladie n'est toujours pas remplie à ce jour de manière obligatoire, bien qu'il s'agisse d'un risque majeur de l'existence !

La maladie, dans un sens général, est définie comme étant une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique, qui n'est pas due à un accident, et qui, entre autres, provoque une incapacité de travail, voire une incapacité de gain[282]. De son côté, l'incapacité de travail représente toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique que peut provoquer un accident professionnel, un accident non professionnel ou une maladie professionnelle[283].

Alors que les trois risques qui viennent d'être cités ci-dessus sont couverts de manière obligatoire par la LAA, ce n'est toujours pas le cas de la maladie non professionnelle ou ordinaire tel que nous l'entendons dans ce dossier.

Les maladies professionnelles sont définies par l'art. 9 LAA. Selon cette loi, elles sont dues exclusivement ou de manière prépondérante, dans l'exercice de l'activité professionnelle, à des substances nocives ou à certains travaux. D'autres maladies peuvent être considérées comme des maladies professionnelles, soit celles qui doivent avoir été causées exclusivement ou de manière nettement prépondérante par l'exercice de l'activité professionnelle. Dans tous les cas, un rapport de causalité est nécessaire entre l'activité professionnelle et la maladie.

En somme, la maladie selon l'art. 3 al. 1 LPGA sous-entend les notions suivantes : la maladie professionnelle, au sens de l'art. 9 LAA ; la maladie qui peut être associée au travail mais qui n'est pas considérée comme une maladie professionnelle au sens de l'art. 9 LAA (par exemple, des douleurs dorsales observées dans les métiers impliquant des travaux corporels lourds, tels que le métier de plâtrier[284]) ; et la maladie ordinaire, contractée en-dehors de l'activité professionnelle. Seules les deux dernières notions sont traitées dans ce dossier.

La maladie qui peut être associée au travail et la maladie ordinaire à l'origine d'une incapacité de travail se distinguent donc, entre autres, de la maladie professionnelle au sens de la LAA mais aussi de l'infirmité congénitale (maladie à la naissance) et de l'invalidité, les deux derniers risques correspondant à la perte de gain à long terme.

---

[282] Art. 3 al. 1 LPGA.
[283] Art. 6 LPGA.
[284] Arrêt du Tribunal fédéral 8C_1029/2009 du 11 janvier 2010, consid. 2.2.2 ; Arrêt de la Cour de justice de Genève ATAS/680/2022 du 2 août 2022, consid. 5.5.

L'épuisement professionnel et le burn out par exemple, bien qu'ils soient liés au travail, ne sont toujours pas reconnus comme maladies professionnelles au sens de la LAA. C'est un problème en soi. Alors que les cas de ce type augmentent dans l'environnement de travail, leur couverture est fortement limitée, en général.

Plus globalement, la Suisse n'a toujours pas accepté le cadre juridique international quant à une assurance d'indemnités journalières obligatoire en cas de maladie et est le seul pays européen à ne pas prévoir une telle assurance à titre obligatoire.

Compte tenu des éléments qui précèdent, notre pays est une véritable île au milieu de l'Europe et l'assurance perte de gain maladie obligatoire est indubitablement la grande absente de la sécurité sociale suisse.

Des statistiques sommaires et partielles

Aucune statistique générale ni systématique n'existe, permettant de refléter les contours de la problématique et de ses conséquences et de cerner son ampleur. Les statistiques disponibles n'en révèlent qu'un aperçu très sommaire et partiel.

Ainsi, à ce jour, aucun chiffre officiel actuel ne permet de connaître la part de la population active assurée contre l'incapacité de travail en cas de maladie.

D'un côté, nous pouvons observer que, selon l'OFS et l'OFSP, l'assurance d'indemnités journalières LAMal devient pour ainsi dire insignifiante en termes de dépenses pour les prestations sociales et d'effectifs assurés et, donc, ne joue plus qu'un rôle mineur dans le marché de l'assurance. À l'heure actuelle, la protection face à l'incapacité de travail suite à une maladie relève ainsi avant tout de l'art. 324 a CO et de l'assurance d'indemnités journalières LCA. De l'autre côté, la LAMal représente un cadre légal précis et presque exhaustif pour la conclusion de contrats d'assurance d'indemnités journalières, au contraire de la LCA qui prévoit des dispositions de nature dispositive avant tout pour ce type de contrat.

C'est l'un des paradoxes majeurs de la thématique traitée dans ce dossier.

Pour toutes ces raisons, la situation est insatisfaisante et soulève de nombreuses questions. Elle est d'autant plus problématique qu'une partie des travailleurs et des employeurs n'ont pas conscience de l'absence d'une assurance perte de gain maladie obligatoire.

Plusieurs essais à ce jour, mais toujours rien à l'horizon

Pourtant, ce n'est pas faute d'avoir essayé.

Dès la fin du 19ème siècle, les acteurs politiques font des propositions dans le but de rendre obligatoire l'assurance perte de gain maladie.

Après l'échec du projet de loi Forrer devant le peuple en 1900, rappelons les principales tentatives suivantes :

- l'initiative populaire du PS dans le but de réviser l'art. 34 bis de l'aCst. et le contre-projet de l'Assemblée fédérale qui s'inspire d'un rapport d'une commission d'experts dans le but d'une révision totale de la LAMA (1970 et 1972) ;
- le projet de loi du Conseil fédéral sur l'assurance-maladie et maternité (1981) ;
- l'initiative populaire de l'USS/PS et des caisses-maladie dans le but de réviser l'art. 34 bis de l'aCst. (1984 et 1985).

Ces projets, quels que soient leur contenu (le domaine des indemnités journalières maladie est souvent collé à ceux des soins médicaux et des indemnités maternité) et leurs modalités en termes de montant et de délai d'attente, entre autres, n'ont jamais trouvé grâce auprès du peuple et/ou des cantons lors d'une votation populaire. On peut noter en particulier l'attitude réservée, voire réfractaire de l'Assemblée fédérale à cette idée, qui a freiné le plus souvent les ardeurs des partis politiques et du Conseil fédéral.

Le rappel de ces quelques étapes montre que l'absence d'une assurance perte de gain maladie obligatoire représente un thème de société important entre les années septante et nonante. Puis, cette question disparaît presque complètement de l'agenda politique, à l'exception du dépôt de plusieurs interventions parlementaires.

Par la suite, soulignons quand même l'événement majeur suivant : en 1996, l'assurance-maladie sociale (LAMal) devient obligatoire pour la première fois sur le plan fédéral en matière de soins tout en demeurant facultative pour ce qui est des indemnités journalières maladie.

Plusieurs facteurs expliquent les échecs répétés quant à l'introduction d'une assurance perte de gain maladie obligatoire.

Les caisses-maladie et les assureurs privés continuent d'être présents sur le marché en nombre important. En outre, ces acteurs et leurs représentants sont sensibles à leurs prérogatives et à leur autonomie et sont toujours prêts à défendre leurs intérêts. Une telle constellation organisationnelle et culturelle n'est pas aisée à modifier. L'organisation de l'assurance-maladie actuel demeure ainsi dispersée et fragmentée.

Mentionnons d'autres facteurs : le libéralisme sous-tend la responsabilité individuelle. À l'inverse, il induit une réserve, voire le refus du caractère obligatoire de l'assurance ainsi que du partenariat social, qui a fait ses preuves par la recherche de solutions négociées entre les parties concernées.

À intervalles réguliers, notamment lors d'une intervention parlementaire, le Conseil fédéral considère que la situation, certes, n'est pas idéale (deux lois distinctes coexistent en la matière) mais qu'elle n'est pas problématique non plus. De son point de vue, la majorité des salariés sont couverts en cas d'incapacité de travail suite à une maladie, cela par les assurances d'indemnités journalières LCA avant tout et même en l'absence d'une couverture perte de gain maladie obligatoire. En outre, le Conseil fédéral estime que le système offre une protection acceptable pour les parties, tout en admettant que les données disponibles ne permettent pas de cerner l'ampleur de cette problématique.

Le Conseil fédéral souhaite maintenir la réglementation en vigueur, soit celle reposant sur le partenariat social. Par ailleurs, il déclare à intervalles réguliers que le contexte politico-économique du moment ne permet pas d'envisager l'introduction d'un nouveau régime d'assurances sociales.

Les priorités sont véritablement ailleurs. Il faut dire que la maîtrise des coûts de la santé dans l'AOS mais aussi la prévoyance vieillesse et les prestations en faveur des familles sont devenues les thèmes politiques majeurs à l'heure actuelle.

L'impossibilité de trouver à ce jour une majorité au sein de l'Assemblée fédérale et l'approche « Circulez, il n'y a rien à voir » du gouvernement suisse teintée de son refus de voir la réalité en face, conjuguées avec des chiffres lacunaires et incomplets sur la thématique de la perte de gain maladie nous rend perplexes et dubitatifs. La situation n'est plus acceptable.

La fonction de garantie d'un revenu de substitution

Les assurances sociales remplissent la fonction de garantie d'un revenu de substitution ou de remplacement à titre obligatoire pour la plupart des risques sociaux : accident professionnel et non professionnel, maladie professionnelle, invalidité, maternité, chômage, etc., cela principalement au moyen de prestations en espèces à court terme sous la forme d'allocations ou d'indemnités journalières. Sauf, malheureusement, en cas d'incapacité de travail suite à une maladie.

A souligner par ailleurs, et c'est une des caractéristiques du système suisse d'assurances sociales, que les modalités divergent fortement d'un régime à l'autre, par exemple en termes de délai d'attente et de durée des prestations.

En revanche, ces différentes modalités peuvent servir de cadre de référence pour l'élaboration d'une future loi sur l'assurance perte de gain maladie, notamment pour ce qui est du montant assuré (80 % du dernier revenu).

Qu'en est-il de la réglementation actuelle ?

À ce jour, deux formes de protection existent face à l'incapacité de travail due à une maladie : l'obligation de l'employeur de verser le salaire à certaines conditions et durant un temps déterminé selon l'art. 324 a CO, et l'assurance d'indemnités journalières, selon la LAMal et la LCA.

L'art. 324 a CO contient plusieurs régimes : légal/de base, complémentaire conventionnel et dérogatoire conventionnel.

Si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que la maladie, l'employeur a l'obligation de lui verser le salaire pour un temps limité, cela notamment dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois (régime légal/de base). La notion d'empêchement de travailler selon l'art. 324 a CO est plus large que la définition de l'incapacité de travail. Sous réserve de délais plus longs fixés, par exemple, par accord ou CCT, l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières (régime légal/de base ou complémentaire conventionnel). Il en est de même en cas de grossesse de la travailleuse. Selon les échelles cantonales appliquées par les tribunaux, cette durée varie à partir de la deuxième année. Ainsi, selon l'échelle bernoise, la durée du droit au salaire est de un mois dès la deuxième année de service et de deux mois dès la troisième année de service. Un accord écrit notamment peut déroger aux présentes dispositions à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes (régime dérogatoire conventionnel). Une assurance d'indemnités journalières répond à ces conditions légales.

À noter que, à la fin de ses rapports de travail, le travailleur a des droits plus ou moins étendus sur les plans du salaire et de la poursuite de la couverture d'assurance selon les conditions de travail de son employeur.

L'assurance d'indemnités journalières LAMal, quant à elle, est une assurance sociale. Dès lors, la LPGA s'applique à ce régime d'assurance. Qui dit assurance sociale dit en particulier le respect de principes de droit public, comme l'égalité de traitement et le droit à une décision, et du droit des assurances sociales, comme l'obligation de réduire le dommage.

De son côté, l'assurance d'indemnités journalières LCA est d'ordre privé. La LCA, justement, est la source de droit principale des contrats d'assurances privées.

Au sens de la LAMal, la plupart des éléments essentiels relatifs au contrat relèvent de la loi : critères d'assujettissement (personnes assurées), risques assurés, éventuelles réserves, naissance du droit et délai d'attente (sauf accord contraire), durée du droit aux prestations (sauf accord contraire en faveur de l'assuré), droit de libre passage, règles de coordination, etc. En revanche, certains éléments du contrat, comme les étapes conduisant à la conclusion du contrat et le montant de la prime, relèvent uniquement du contrat/des CGA. Autrement dit, pour ce qui est de l'assurance d'indemnités journalières LAMal, les dispositions légales priment les dispositions contractuelles, en général.

À l'opposé, au sens de la LCA, les éléments en question relèvent avant tout du contrat/des CGA. La liberté contractuelle prévaut ! Autrement dit, les dispositions contractuelles priment les dispositions légales, sous réserve de dispositions impératives.

Il existe encore d'autres différences majeures, dont voici quelques exemples.

Selon la LAMal, les caisses-maladie reconnues ont l'obligation de proposer l'assurance d'indemnités journalières tout en respectant plusieurs conditions et principes : l'obligation d'accepter tout assuré qui en fait la demande, l'égalité de traitement entre les candidats à l'assurance, le droit au libre passage dans certaines situations, etc.

Par ailleurs, la LPGA et la LAMal prévoient des règles de coordination entre les indemnités journalières LAMal, LAI, etc. et entre les indemnités journalières LAMal, AI et les rentes AI, etc. Des règles qui sont inexistantes en droit des assurances privées. Dans ce dernier domaine, le contrat/les CGA font foi.

Enfin, l'assurance peut être individuelle et collective, reposant sur des règles spécifiques selon la LAMal et la LCA.

Pour ce qui est de l'assurance individuelle LAMal, l'assureur a l'obligation d'accepter tout assuré qui répond aux critères d'assujettissement selon l'art. 67 LAMal, garantissant l'égalité de traitement entre les assurés. Il n'y a pas d'obligation dans ce sens, pour ce qui est de l'assurance collective. En outre, les principes d'égalité de traitement et de mutualité s'appliquent à l'assurance individuelle. En revanche, le principe de la mutualité ne s'applique pas au sein des contrats d'assurance collective, tandis que celui de l'égalité de traitement s'applique uniquement à l'intérieur de chaque contrat d'assurance collective.

Compte tenu des éléments qui précèdent (principes de droit public, cadre légal relativement exhaustif, droits accordés aux assurés, règles de coordination, etc.), la LAMal peut être considérée comme modèle, pouvant servir du moins partiellement à l'ébauche d'une assurance perte de gain maladie obligatoire.

Pour ce qui est de la LCA, soulignons les art. 95 a et 100 al. 2 LCA qui s'appliquent à l'assurance d'indemnités journalières maladie. L'art. 95 a LCA, qui se rapporte à l'assurance collective maladie, garantit un droit propre à l'assuré, soit celui de posséder la créance d'assurance, qui naît au moment où la maladie survient. L'art. 100 al. 2 LCA, quant à lui, garantit des droits au chômeur, notamment celui de passer dans l'assurance individuelle de son ancien assureur.

En somme, les développements qui précédent montrent que le système de protection perte de gain actuel face à l'incapacité de travail suite à une maladie est véritablement complexe, c'est le moins que l'on puisse dire.

Plusieurs niveaux de protection existent, en parallèle :

- L'obligation de l'employeur de verser le salaire en vertu de l'art. 324a CO limitée dans le temps et soumise à plusieurs conditions, avec des régimes complémentaires et dérogatoires possibles par rapport au régime légal/de base.
- La coexistence de deux régimes d'assurance d'indemnités journalières maladie, qui relèvent de deux lois fédérales distinctes (LAMal et LCA), avec chacun leurs spécificités et dont la délimitation entre eux est loin d'être claire.
- Pour ce qui est du régime LCA en particulier, les CGA varient considérablement d'un assureur à l'autre, respectivement d'un contrat à l'autre et demeurent floues, du moins parfois difficiles à décrypter.
- En parallèle, dans la pratique, les deux régimes LAMal et LCA tendent à se rapprocher, pour ce qui est de la durée des prestations, entre autres.
- La possibilité de conclure soit une assurance individuelle soit une assurance collective, à la fois au sens de la LAMal et de la LCA, les deux options présentant des différences en termes à la fois techniques et légaux.
- L'application de règles de coordination pour ce qui est du régime LAMal et des assurances sociales, en cas de concours de prestations d'assurances sociales, entre les indemnités journalières LAMal, AI, etc. et entre les indemnités journalières LAMal, AI, etc. et les rentes AI, notamment (pensons, par exemple, à l'assuré qui peut prétendre à la prise en charge de son cas en même temps par l'assurance-chômage et par l'AI).

Mais encore :

- L'obligation d'assurance perte de gain maladie décrétée par plusieurs cantons pour les chômeurs.
- L'existence d'une convention entre assureurs, visant à continuer à couvrir tout assuré lorsqu'il sort d'une assurance collective pour entrer dans une nouvelle assurance collective LAMal/LCA, en cas de changement d'emploi notamment, cela sans devoir subir de nouvelles réserves.
- Une convention entre parties prenantes comme l'AI et les assureurs d'indemnités journalières LAMal/LCA, au sens de l'Accord paritaire genevois, visant à maintenir les travailleurs en emploi qui vivent une maladie et, dans ce sens, à encourager la collaboration entre elles.

Ces différents niveaux de protection sont intéressants car ils permettent d'atténuer les défauts du système actuel mais ils n'en conservent pas moins un caractère facultatif, au-delà de l'obligation de l'employeur de verser le salaire pendant une période déterminée selon l'art. 324 a CO, et rendent sa compréhension difficile.

Des enjeux et des options

L'absence d'une assurance perte de gain maladie obligatoire présente plusieurs enjeux.

Le degré de protection existante face à l'incapacité de travail due à la maladie est très variable d'un travailleur à l'autre. Cette protection est influencée par de multiples facteurs et conditions. L'étendue de cette protection dépend avant tout de l'employeur. Ce dernier peut décider, entre autres, de conclure une assurance perte de gain maladie pour son personnel ou peut être contraint de la faire par une CCT. Par conséquent, l'égalité de traitement entre les travailleurs n'est pas réalisée alors que le risque maladie peut survenir à tout moment. Dès lors, les situations quant aux travailleurs en incapacité de travail suite à une maladie sont d'une diversité incroyable.

Étant donné que, selon l'art. 324 a CO, l'obligation de l'employeur de verser le salaire pour différents types d'empêchements dont la maladie est limitée dans le temps et est soumise à certaines conditions, le travailleur peut se retrouver rapidement dans une situation financière difficile. Celle-ci dépend évidemment des ressources disponibles de la personne, de sa vie commune ou pas et de sa capacité à recouvrer sa santé. Dans le pire scénario, la personne doit faire appel à l'aide sociale pour couvrir ses besoins vitaux.

L'application du droit au salaire selon l'art. 324 a CO pose des problèmes pratiques importants et récurrents et est sujette à interprétation. Cette situation engendre de l'insécurité juridique pour le salarié et représente un casse-tête organisationnel pour l'employeur, cela en termes de gestion financière et budgétaire.

Compte tenu de la complexité des droits de transfert et de libre passage en matière d'assurance perte de gain maladie, l'assuré doit évoluer dans une insécurité juridique et financière constante tout au long de son parcours professionnel.

En parallèle aux régimes légal/de base et complémentaire conventionnel selon l'art. 324 a CO, deux systèmes d'assurances d'indemnités journalières, LAMal et LCA, coexistent. L'enjeu de cette situation est le suivant : quelle option choisir pour l'employeur et le travailleur, compte tenu des avantages et désavantages de chacune d'entre eux ?

Vu l'absence d'une assurance maladie perte de gain maladie obligatoire, notre système de sécurité sociale ne repose toujours pas sur une approche globale quant à la couverture de tous les risques majeurs de l'existence, sans compter les problèmes d'application continus posés par la définition de l'accident et sa distinction par rapport à la maladie, délimitant les champs de compétences respectifs des régimes LAMal et LAA.

Une assurance perte de gain maladie obligatoire, de notre point de vue, permettrait de mettre tous les travailleurs sur un pied d'égalité, contribuerait grandement à l'édification d'un système de sécurité sociale cohérent et général et participerait à une sécurité juridique et générale, à la fois pour les travailleurs et les employeurs. D'autre part, une telle assurance obligatoire limiterait assurément les défauts de la logique libérale qui imprègne le système actuel, qui se traduisent entre autres par une augmentation des primes, voire par la résiliation des contrats d'assurance en cas de sinistralité élevée.

Les chiffres sont lacunaires, en tous les cas sommaires et partiels. Résultats : la thématique de ce dossier demeure méconnue, à la fois auprès des parties au contrat de travail et de la population, pour ce qui est par exemple du nombre officiel de travailleurs protégés au-delà du régime légal/de base offert par l'art. 324 a CO, du nombre de personnes inscrites à l'AI et des bénéficiaires de l'aide sociale suite à une incapacité de travail due à une maladie, etc. L'aperçu général de la problématique est donc difficile voire impossible à obtenir alors que les enjeux autour de la question sont immenses.

Compte tenu de la structure actuelle des assurances sociales, plusieurs options existent en vue de répondre à l'absence d'une assurance perte de gain maladie obligatoire :

- l'adaptation partielle du système actuel, par exemple avec l'application d'un seul régime d'assurance d'indemnités journalières de base LAMal, tout en maintenant la possibilité de conclure des assurances complémentaires LCA ;
- l'introduction d'une assurance perte de gain maladie obligatoire, au moins pour les personnes qui exercent une activité lucrative dépendante, sur le modèle de la LAA ;
- avec l'introduction d'une telle assurance obligatoire au sens de la LAA, la participation des assureurs privés, voire l'attribution d'une compétence spécifique à la SUVA.

De notre point de vue, un projet de loi digne de ce nom devrait assurer tous les travailleurs occupés en Suisse et couvrir l'incapacité de travail suite à une maladie. Par ailleurs, ce projet de loi devrait offrir des indemnités journalières correspondant au 80 % du dernier salaire et versées pendant 720 jours dans une période de 900 jours après un délai d'attente à définir tout en excluant les maladies de courte durée. De plus, cette nouvelle assurance devrait être financée par des primes paritaires. Enfin, les modalités d'une telle loi devraient se référer le plus possible à la LAA ainsi que, pour ce qui est de la procédure et des règles de coordination, à la LPGA et pour certains aspects, à la LAMal.

Et pour finir

À ce stade, notre système de protection face à l'incapacité de travail suite à une maladie s'apparente à du bricolage juridique (osons le dire !), auquel seule l'introduction d'une assurance perte de gain maladie obligatoire permettrait de remédier.

Dans la situation actuelle, qui risque bien de se prolonger quelque temps, quelques recommandations sommaires.

Il est impératif que le travailleur se renseigne sur sa couverture perte de gain maladie lorsqu'il commence un nouvel emploi et, à titre individuel, il lui est vivement conseillé de demander plusieurs offres et de les comparer entre elles, avec l'aide d'un spécialiste si nécessaire. Cette dernière recommandation vaut également pour l'employeur lorsqu'il envisage de conclure une assurance collective d'indemnités journalières en faveur de son personnel.

* * *

IMPRESSUM ARTIAS

Mise en page et gestion web
Sonia Frison

Rédaction
Pierre-Yves Carnal

Lectorat
Amanda Ioset, Paola Stanić
et Camille Zimmermann

Editrice
Artias
Association romande et tessinoise
des institutions d'action sociale
Rue des Pêcheurs 8
1400 Yverdon-les-Bains

Tél. 024 557 20 66

info@artias.ch
www.artias.ch
www.guidesocial.ch