

Assurance perte de gain

Conditions légales

L'employeur a la possibilité de se libérer de son obligation de payer le salaire en cas de maladie ou de grossesse d'un-e employé-e en optant pour une assurance perte de gain offrant des prestations au moins équivalentes au régime prévu par la loi. La présente fiche explique les conditions légales à respecter pour pouvoir bénéficier de ce régime dérogatoire ainsi que les éléments importants à mentionner par écrit dans la clause qui régit la question du versement du salaire en cas de maladie ou de grossesse. Dans cette fiche, vous trouverez également des informations concernant les différences entre les deux types d'assurance pouvant être souscrits, le maintien de la couverture et le devoir d'information de l'employeur à la fin des rapports de travail, ainsi que l'incapacité de travail limitée au poste.

Cadre général

La loi suisse, plus précisément le Code des obligations (CO), ne contient aucune disposition imposant à l'employeur de conclure une assurance perte de gain maladie ou assurance facultative d'indemnités journalières. Plusieurs motions ont été déposées au Parlement fédéral afin d'adapter la législation, mais aucune n'a abouti à ce jour. Le Conseil fédéral s'y est montré défavorable, préférant privilégier les solutions négociées par les partenaires sociaux. En effet, certaines conventions collectives de travail obligent les entreprises qui y sont soumises à souscrire une telle assurance en stipulant également la couverture minimale devant être garantie (par ex., l'article 23 de la convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés). Toutefois, une motion intitulée « assurance perte de gain maladie obligatoire en cas de maladie » (motion 21.4209 déposée le 30 septembre 2021 par Romano Marco) a été adoptée par le Conseil national le 14 septembre 2023. C'est donc désormais la commission compétente du Conseil national (Commission de la sécurité sociale et de la santé publique, CSSS-CE) qui doit se prononcer.

Régime légal

Selon le régime de base prévu par la loi (art. 324a al. 1 à 3 CO), lorsqu'un-e employé-e est empêché de travailler pour cause de maladie ou de grossesse, l'employeur est tenu de lui verser son salaire pour un temps limité. Sous réserve de délais plus longs fixés par accord, contrat-type de travail ou convention collective, il doit payer, 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. En Suisse romande, les tribunaux se basent sur l'échelle bernoise. Cette obligation de verser le salaire en cas de maladie ou de grossesse est applicable lorsque les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois. Pour plus d'informations à ce sujet, une autre fiche juridique consacrée spécifiquement au salaire en cas d'empêchement de travailler peut être consultée sur notre site internet.



Régime dérogatoire

Il est possible pour l'employeur de déroger à la règle susmentionnée en substituant une couverture d'assurance à l'obligation légale de payer le salaire. La conclusion d'une assurance d'indemnités journalières le dispense de devoir supporter lui-même le paiement du salaire pendant un temps limité en cas de grossesse ou de maladie d'un employé-e. Ce régime dérogatoire doit être prévu dans un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective (art. 324a al. 4 CO). Il suppose ainsi un accord des parties conclu en la forme écrite qui doit couvrir les points essentiels du régime dérogatoire, à savoir le pourcentage du salaire assuré, les risques couverts, la durée des prestations, les modalités de financement des primes et, le cas échéant, la durée du délai d'attente (ATF 135 III 640 c. 2.3.2). Un renvoi aux conditions générales d'assurance ou à un autre document tenu à disposition du travailleur est suffisant ([TF 4A 228/2017 du 23 mars 2018 c. 2.2](#) ; [ATF 131 III 623 c. 2.5.1](#)).

Equivalence des prestations

Afin que l'employeur puisse bénéficier du régime dérogatoire, il faut également que les prestations accordées au travailleur dans le cadre de celui-ci soient au moins équivalentes à celles du régime légal de base. La réduction des droits du travailleur résultant du régime dérogatoire (éventuel délai de carence, indemnité représentant moins de 100% du salaire) doit être compensée par des prestations supplémentaires (versement pendant une période plus longue). L'équivalence est admise lorsque l'employeur contracte une assurance perte de gain qui garantit des indemnités journalières correspondant à 80% du salaire pendant 720 ou 730 jours, après un délai d'attente de 2 à 3 jours, et dont il paie au moins la moitié des primes ([TF 4A 228/2017 du 23 mars 2018 c. 2.2](#) ; [ATF 135 III 640 c. 2.3.2](#)).

Importance de la formulation

La clause du contrat de travail ou du règlement du personnel relative au versement du salaire en cas d'incapacité de travail causée par une maladie ou une grossesse doit être rédigée précisément en stipulant que, durant cette période, le travailleur perçoit les indemnités journalières versées par l'assurance perte de gain (et non pas son salaire). En effet, il peut arriver que l'assurance refuse le droit aux indemnités journalières, qu'elle suspende ou mette un terme au versement des prestations ou encore qu'elle réduise le montant de celles-ci. Tel peut être le cas si un employé refuse de délier son médecin du secret professionnel, de se soumettre à un examen par le médecin-conseil de l'assurance, s'il ne donne pas suite aux convocations de l'assurance ou si le médecin-conseil estime qu'il n'existe pas ou plus d'incapacité de travail.



Exemple de clause :

« En dérogation à l'article 324a alinéas 1 et 2 du Code des obligations (CO), en cas d'incapacité de travail causée par une maladie ou une grossesse, l'employeur verse à l'employé-e x% de son salaire¹ à partir du x^{ème} jour d'incapacité de travail² jusqu'au x^{ème} jour d'incapacité de travail³.

Dès le x^{ème} jour d'incapacité de travail, l'employé-e est couvert-e par l'assurance perte de gain maladie conclue par l'employeur à hauteur de x% de son salaire⁴ selon les conditions du contrat d'assurance souscrit. Il est renvoyé à la police d'assurance et aux conditions générales applicables qui sont à la disposition de l'employé-e sur demande.

Si l'assurance perte de gain maladie ne verse pas les prestations à l'employé-e ou ne les verse que partiellement, aucune réclamation ne peut être formulée par l'employé-e à l'encontre de l'employeur.

L'employeur et l'employé-e prennent chacun en charge le paiement de la moitié des primes de l'assurance perte de gain maladie. »

Non-respect de l'accord dérogatoire

Lorsque l'employeur ne satisfait pas aux obligations qui lui sont imposées par la convention dérogatoire écrite, par exemple s'il ne conclut pas le contrat d'assurance prévu ou n'acquitte pas les primes dues à l'assureur, ou, en cas de maladie d'un travailleur, ne fait pas à temps l'annonce exigée par les conditions d'assurance, il doit réparer le préjudice subi par le travailleur en lui versant des dommages-intérêts (art. 97 al. 1 CO). Le dommage correspond aux prestations d'assurance que ce dernier aurait reçues de l'assurance en question pour le risque considéré ([TF 4A_228/2017 du 23 mars 2018 c. 2.2](#) ; [ATF 141 III 112 c. 4.5](#)).

Types d'assurance

L'assureur qui décide de souscrire une assurance perte de gain maladie a le choix entre une assurance d'indemnités journalières régie par la loi fédérale sur l'assurance-maladie ([art. 67 à 77 LAMal](#)) ou une assurance soumise à la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA). En pratique, une grande majorité des contrats d'assurance conclus par les employeurs (environ 95%) sont des contrats régis par la LCA.

▪ L'assurance soumise à la LAMal

- Il s'agit d'une **assurance sociale** qui peut être proposée exclusivement par les assureurs LAMal (caisses-maladie). En effet, la LAMal prévoit non seulement l'assurance obligatoire des soins, mais également l'assurance facultative d'indemnités journalières.

¹ A compléter selon le pourcentage applicable.

² A compléter en cas de délai de carence de 1 à 3 jours.

³ A compléter en fonction de la durée du délai d'attente convenu avec l'assurance perte de gain maladie.

⁴ A compléter selon la couverture prévue par le contrat d'assurance perte de gain maladie.



- Il existe une **obligation d'admission**, ce qui signifie que l'assureur LAMal est tenu de conclure un contrat d'assurance d'indemnités journalières avec toute personne domiciliée en Suisse ou qui y exerce une activité lucrative et qui est âgée de 15 ans au moins mais qui n'a pas atteint l'âge de 65 ans, si celle-ci en fait la demande. L'assuré-e n'est pas obligé de conclure cette assurance auprès de la même assurance que celle choisie pour l'assurance obligatoire des soins.
- Sur le plan des prestations, l'assureur convient avec le preneur d'assurance du montant des indemnités journalières assurées. Il est possible de limiter la couverture aux risques de la maladie et de la maternité. Le droit aux indemnités journalières existe lorsque l'assuré a une **capacité de travail réduite au moins de 50%**. Les indemnités journalières, pour une ou plusieurs maladies, doivent être versées durant **au moins 720 jours dans une période de 900 jours**.
- Les **réserves** pour les maladies existantes sont caduques au plus tard après cinq ans.
- En cas de **changement d'assureur**, le nouvel assureur n'a pas le droit d'instituer de nouvelles réserves si l'assuré a changé d'assureur parce que ses rapports de travail ou la fin de ceux-ci l'exigent, qu'il sort du rayon d'activité de son assureur antérieur ou que son assureur ne pratique plus l'assurance-maladie sociale. Le nouvel assureur peut maintenir en vigueur, jusqu'à l'échéance du délai initial, des réserves instaurées par l'ancien assureur. L'ancien assureur doit faire en sorte que l'assuré soit renseigné par écrit sur son droit de libre passage. 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 3 mois qui suivent la réception de la communication.
- 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, il a le **droit de passer dans l'assurance individuelle** de l'assureur 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 et l'âge d'entrée dans le contrat collectif est maintenu. **L'assureur a l'obligation de renseigner l'assuré par écrit sur ce droit de libre passage**. S'il omet de le faire, l'assuré reste dans l'assurance collective. L'assuré doit faire valoir son droit de passage dans les 3 mois qui suivent la réception de la communication.
- Le droit aux prestations est lié à **l'affiliation**. A l'extinction du rapport d'assurance, l'assuré perd tout droit aux prestations assurées, même s'il est en incapacité de travail à ce moment-là ([ATF 125 V 106 c. 3](#)). Dans ce cas, les prestations en cours prennent fin. Le droit aux indemnités journalières n'est maintenu que si la personne passe à temps dans l'assurance individuelle en acceptant de payer la prime exigée et en étant en mesure de le faire.
- S'agissant des **primes d'assurance**, l'assureur doit prélever des primes égales s'il s'agit de prestations assurées égales. Il peut échelonner les primes d'après l'âge d'entrée et selon les régions. Si un délai d'attente est applicable au versement de l'indemnité journalière, les primes doivent être réduites de manière correspondante. Dans l'assurance collective, les assureurs peuvent prévoir des primes qui diffèrent de celles de l'assurance individuelle et les fixer en fonction du risque de chaque contrat. Pour l'assurance individuelle, les assureurs doivent appliquer le tarif approuvé par l'OFSP.



▪ **L'assurance soumise à la LCA**

- Elle repose sur un **contrat d'assurance de droit privé**. Elle peut être pratiquée par des entreprises d'assurance au sens de la loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance ainsi que par les caisses-maladie sur la base de leur habilitation à gérer des assurances complémentaires en plus de l'assurance-maladie de base.
- Le **principe de la liberté de contracter** s'applique, de sorte qu'il n'existe pas d'obligation d'admission.
- Les parties peuvent négocier librement le contenu du contrat. Le montant et la durée des prestations peuvent être convenus librement. Des réserves d'assurance pour les maladies existantes peuvent être prévues sans limite temporelle et certains risques être exclus.
- La loi ne garantit pas de droit au libre passage ni au passage de l'assurance collective à l'assurance individuelle.
- Le droit aux prestations ne dépend pas d'une affiliation. En l'absence de clause contractuelle limitant ou supprimant le droit aux prestations au-delà de la période de couverture, l'assuré qui, après un événement ouvrant le droit aux prestations, sort d'une assurance collective parce qu'il cesse d'appartenir au cercle des assurés défini par le contrat, peut faire valoir son droit aux prestations également pour les suites de l'événement qui se produisent après l'extinction du rapport d'assurance ([ATF 127 III 106](#)). En d'autres termes, le régime ordinaire de l'assurance perte de gain maladie régie par la LCA est le versement des prestations jusqu'à épuisement de celles-ci lorsque le sinistre est intervenu durant la période de couverture.
- Il est toutefois possible de déroger à ce régime ordinaire par l'adoption d'un système particulier prévoyant la cessation du paiement des indemnités d'assurance à la fin des rapports de travail. Dans cette dernière hypothèse, le travailleur a la possibilité de maintenir son droit aux prestations d'assurance après la fin de la relation contractuelle en formulant une demande de transfert ; pour ce faire, il doit agir dans un certain délai défini dans les conditions générales d'assurance ([TF 4A 186/2010 du 3 juin 2010 c. 3](#)).
- Le montant des primes dépend de la branche professionnelle concernée, de la durée du délai d'attente, des risques couverts ainsi que du pourcentage du salaire assuré.

Le type d'assurance choisi par l'employeur (LAMal ou LCA) aura par ailleurs des conséquences sur l'autorité compétente en cas de litige ainsi que la procédure applicable (décision sur opposition sujette à recours vs voie de l'action ; procédure civile vs procédure de droit public).

Devoir d'information de l'employeur

En application de l'article 331 alinéa 4 CO, l'employeur doit donner au travailleur les renseignements nécessaires sur ses droits envers une institution de prévoyance professionnelle ou en faveur du personnel ou envers un assureur. Cette disposition prévoit un devoir d'information de l'employeur envers ses employés, afin que ces derniers puissent préserver leurs droits ([TF 4A 186/2010 du 3 juin 2010 c. 3](#)).



Lorsque les conditions générales d'une assurance d'indemnités journalières régie par la LCA prévoient la cessation du paiement des prestations à la fin des rapports de travail, le travailleur a alors la possibilité de maintenir son droit aux prestations d'assurance après la fin de la relation contractuelle en formant, dans le délai prévu par les conditions générales d'assurance, une demande de passage dans l'assurance individuelle. Dans une telle situation, il convient donc d'informer le travailleur que l'assurance choisie par l'employeur déroge au système ordinaire de la LCA et que, par conséquent, le paiement des indemnités d'assurance prendra fin à l'extinction du contrat de travail. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'employeur a l'obligation d'informer le travailleur non seulement de la possibilité de demander un passage dans l'assurance individuelle, mais également du délai dans lequel il doit agir pour sauvegarder ses droits ([TF 4A 186/2010 du 3 juin 2010 c. 3](#)). En cas de violation de ce devoir d'information, l'employeur doit réparer le dommage causé au travailleur qui n'a pas été en mesure de préserver ses droits et donc de bénéficier des indemnités journalières du fait de cette omission ([TF 4A 186/2010 du 3 juin 2010 c. 3](#) ; [TF 4A 300/2017](#)).

Incapacité de travail limitée au poste

Selon le Tribunal fédéral, une incapacité de travailler liée à la place de travail doit être prise en charge par l'assurance perte de gain maladie de l'employeur comme une incapacité de travail ordinaire si une atteinte à la santé est à l'origine de celle-ci, ce qui implique le versement des indemnités journalières ([TF 4D 7/2021 du 12 avril 2021 c. 4](#)).

Octobre 2024

