



Chapitre d'actes

2019

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le revenu de substitution en cas d'incapacité de travail consécutive à la maladie

Dupont, Anne-Sylvie

How to cite

DUPONT, Anne-Sylvie. Le revenu de substitution en cas d'incapacité de travail consécutive à la maladie. In: L'OIT et le droit social en Suisse : 100 ans et après. Stéphanie Dagron, Anne-Sylvie Dupont, Karine Lempen (Ed.). Genève / Lausanne : Pôle Berenstein, Faculté de droit, Université de Genève / Editions juridiques libres, 2019. p. 59–79.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:117943>

Le revenu de substitution en cas d'incapacité de travail consécutive à la maladie

ANNE-SYLVIE DUPONT *

Table des matières

I.	Introduction	59
II.	Etat des lieux et justification	60
	A. L'absence de protection sociale	61
	1. Principe	61
	2. Exceptions	63
	B. Les réflexions helvétiques	64
	1. La « lex Forrer » de 1899	65
	2. La « loi sur l'assurance-maladie et accidents » de 1911	66
	3. La loi sur l'assurance-maladie de 1994	69
	4. Les discussions ultérieures	69
	5. Synthèse	71
III.	Influence des réflexions internationales	72
	A. La ratification de la Convention OIT n° 102	72
	B. Autres textes internationaux	76
IV.	Conclusion	77
	Bibliographie	78

I. Introduction

Depuis les origines de la sécurité sociale, comprise comme la réponse de l'Etat au risque de paupérisation découlant de la réalisation de certains événements, garantir un revenu de substitution aux personnes

* Professeure aux Facultés de droit de Genève et Neuchâtel. L'auteure remercie Mmes Ruth-Esther N'goran, MLaw, et Audrey Voutat, MLaw, avocate, toutes deux assistantes-doctorantes à la Faculté de droit de Neuchâtel, pour leur soutien à la documentation du manuscrit.

empêchées de travailler, par la maladie notamment, est l'une des mesures essentielles.

Dans les textes de l'Organisation internationale du Travail en matière de protection sociale, cette préoccupation transparaît à de nombreuses reprises, notamment dans la norme minimum de sécurité sociale¹.

Bien que la Suisse se soit dotée, au fil des ans, de mécanismes de protection sociale dans l'ensemble plutôt performants, elle n'a pas voulu garantir de protection sociale dans l'hypothèse d'une incapacité de travail pour cause de maladie. Cette contribution est l'occasion de rappeler les solutions choisies et les réflexions qui ont présidé à ce choix.

Dans la mesure où cette contribution s'inscrit dans le contexte général de l'examen de la réception des normes de l'OIT en droit suisse et, plus généralement, de l'influence que ces normes ont pu et pourront avoir sur lui, il est intéressant d'examiner dans quelle mesure la position helvétique au sujet de la protection sociale en cas de maladie a pu être impactée par les discussions autour de la ratification de la Convention OIT n° 102 concernant la sécurité sociale, et quelle valeur les textes internationaux peuvent avoir pour le développement du droit suisse.

II. Etat des lieux et justification

En droit suisse, les personnes connaissant une période d'incapacité de travail ne sont pas toutes logées à la même enseigne. En fonction du risque social à l'origine de cette période d'incapacité, elles bénéficieront d'une protection plus ou moins étendue.

Ainsi, en cas d'accident², les personnes salariées bénéficieront d'une couverture de leur revenu, par le biais de l'assurance-accidents obligatoire, à hauteur de 80 % pendant une durée a priori indéterminée, la fin du droit intervenant au moment de la stabilisation de la personne assurée³. Si une atteinte à la santé, qu'elle soit d'origine malade ou

¹ Convention OIT n° 102 concernant la sécurité sociale du 28 juin 1952 (RS 0.831.102).

² Pour les personnes occupées plus de huit heures par semaine pour le même employeur, le même régime s'applique pour tout accident, qu'il soit professionnel ou non professionnel.

³ Voir art. 16, 17 et 19 LAA.

accidentelle, survient pendant une période au service de la Confédération⁴, une compensation équivalente est garantie⁵. Dans le cas d'une maladie « classique », en revanche, la protection sociale est, pour l'essentiel, inexistante (A). Cette différence s'explique essentiellement par les caractéristiques politiques de la Suisse, et par des raisons historiques (B).

A. L'absence de protection sociale

1. Principe

En cas de maladie, les assurances sociales helvétiques offrent une protection étendue s'agissant de la prise en charge des soins de santé. Principalement pris en charge dans le cadre de l'assurance-maladie⁶, ils peuvent également être financés par d'autres régimes d'assurance en fonction du risque qui s'est réalisé, comme l'assurance-accidents en cas d'accident ou l'assurance-invalidité en cas d'infirmité congénitale.

L'octroi d'un revenu de substitution n'est en revanche pas prévu dans le cadre de l'assurance sociale. Si la loi sur l'assurance-maladie contient bien un chapitre consacré à l'assurance d'indemnités journalières, il s'agit d'un régime facultatif⁷.

Dans la conception helvétique, la protection du salaire en cas de maladie relève de la réglementation applicable au contrat de travail. Ainsi, c'est le contrat individuel de travail, éventuellement la convention collective (CCT) à laquelle la branche est soumise, en dernière analyse les règles du Code des obligations sur le contrat de travail qui déterminent les obligations de l'employeur en cas d'incapacité non fautive de travailler, singulièrement en cas de maladie.

La solution prévue par le Code des obligations, qui s'applique dans le plus grand nombre des cas, et qui est reprise, avec des modalités parfois plus généreuses, dans les CCT et dans les réglementations de droit public, est une obligation faite à l'employeur de verser le salaire

⁴ Voir art. 1a LAM.

⁵ Art. 28 al. 2 LAM. Voir également *infra* II.A.2.

⁶ Art. 3 ss LAMal.

⁷ Voir art. 67 ss LAMal.

pendant une période limitée dans le temps⁸. Cette période augmente en fonction de l'ancienneté. Ainsi, durant la première année de service, l'obligation de l'employeur est limitée à trois semaines. Sa durée augmente ensuite en fonction d'échelons établies par la pratique, dont l'usage est reconnu par les tribunaux⁹. Elle reste toutefois assez courte puisqu'un droit au salaire de six mois n'est atteint qu'à partir de la 20^{ème} année de service¹⁰.

Cette solution a pour effet, paradoxalement, de pénaliser les personnes qui changent fréquemment d'emplois, symptôme possible d'une santé fragile les exposant davantage à des périodes d'incapacité de travail, en particulier sur le plan de la santé mentale¹¹.

L'employeur peut se libérer de son obligation en offrant aux personnes qu'il emploie une protection équivalente, qui doit être prévue par écrit, dans le contrat individuel de travail, dans un contrat-type ou dans une convention collective¹². En pratique, une majorité d'employeurs fait usage de cette possibilité, et conclut avec des compagnies d'assurance privées des polices collectives soumises à la loi sur le contrat d'assurance (LCA), prévoyant le versement d'indemnités journalières aux travailleuses et aux travailleurs empêchés de travailler en raison d'une maladie. Les modalités de ces polices peuvent varier. Dans la grande majorité des cas, elles prévoient la couverture du salaire à hauteur de 80 % du salaire brut pendant une durée de 730 jours, éventuellement après un délai d'attente de 14 ou 30 jours durant lesquels l'employeur doit le plein salaire si une autre solution n'a pas été consignée dans le contrat de travail¹³. Ces aménagements sont jugés offrir une protection équivalente aux obligations découlant du Code des obligations¹⁴.

⁸ Voir art. 324a al. 1 CO. Voir LONGCHAMP, art. 324a CO N 25 ss. A noter que cette obligation n'incombe à l'employeur que si les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou s'ils ont été conclus pour plus de trois mois (voir art. 324a al. 1 CO).

⁹ Voir art. 324a al. 2 CO. Voir LONGCHAMP, art. 324a CO N 27.

¹⁰ Voir FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Annexe III, 103.

¹¹ Sur cette question, voir DUPONT, *RDS* 2019, 46 s.

¹² Voir art. 324a al. 4 CO.

¹³ Voir LONGCHAMP, art. 324a CO N 37.

¹⁴ Voir LONGCHAMP, art. 324a CO N 37.

Dans de très rares cas, toujours moins nombreux en pratique¹⁵, la police d'assurance peut être conclue auprès d'une caisse-maladie offrant des contrats soumis aux art. 67 ss LAMal. Ces contrats présentent certains avantages, comme l'obligation pour l'assureur d'assurer toutes les personnes employées, sans pouvoir refuser celles qui représenteraient des mauvais risques¹⁶. Si la possibilité de formuler des réserves à la couverture d'assurance existe, la loi limite leur durée à cinq ans au maximum¹⁷. Finalement, le contentieux est soumis aux règles de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), ce qui implique une procédure de type administratif¹⁸, dans laquelle le juge a le devoir d'instruire la cause d'office¹⁹, et qui est gratuite en instance cantonale²⁰.

2. Exceptions

Par exception, la perte de revenu en cas d'incapacité de travail ensuite de maladie bénéficie, comme nous l'avons évoqué plus haut²¹, d'une couverture sociale dans le cadre de l'assurance militaire, pour autant que la maladie se manifeste et soit annoncée ou constatée de toute autre façon pendant le service militaire, et qu'elle ne soit pas manifestement sans lien avec ce dernier²². La couverture de la perte de revenu connaît des modalités similaires à celle de l'assurance-accidents²³.

Les bénéficiaires d'indemnités journalières versées par l'assurance-chômage ont droit, en cas d'incapacité de travail causée par une maladie, à 30 indemnités journalières par cas de maladie, mais au plus à 44 indemnités à l'intérieur de leur délai-cadre d'indemnisation²⁴. Cette

¹⁵ Office fédéral de la santé publique, Statistiques de l'assurance-maladie obligatoire 2017, T 6.02 Assureurs, assurés, primes et prestations selon le type de contrat (individuel/collectif).

¹⁶ Voir art. 67 LAMal.

¹⁷ Voir art. 69 al. 2 LAMal.

¹⁸ FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 309 N 560 et 259 N 457 ss. Pour la procédure applicable en cas de litige concernant une police d'assurance soumise à la LCA, voir DUPONT, *Procès civil social*, N 25 ss.

¹⁹ Voir art. 43 LPGA.

²⁰ Voir art. 61 let. a LPGA.

²¹ Voir *supra* II.

²² Art. 5 al. 1 et 2 LAM.

²³ Voir *supra* II.

²⁴ Voir art. 28 LACI.

solution s'avérant particulièrement défavorable aux personnes qui contractent une maladie de longue durée pendant la période d'indemnisation par l'assurance-chômage, certains cantons ont créé des assurances perte de gain spécifiques en cas de maladie²⁵. Si les modalités concrètes de ces assurances varient, elles ont pour point commun de garantir le paiement des indemnités journalières si l'incapacité de travail perdure au-delà de 30 jours, pendant une durée qui ne peut toutefois dépasser celle durant laquelle la personne assurée aurait eu droit aux indemnités de chômage²⁶.

B. Les réflexions helvétiques

La solution helvétique que nous venons d'exposer s'explique par des raisons historiques, idéologiques et politiques, la Suisse ayant la triple particularité d'être un Etat fédéral, profondément marqué par les idées libérales, et organisé en la forme d'une démocratie directe. Il en résulte une réelle difficulté à concevoir la protection sociale comme un projet global. En effet, le fédéralisme retient la Confédération d'agir au plan national tant qu'elle n'en a pas reçu la compétence dans la Constitution, processus qui, en lui-même, suppose de convaincre une majorité de la nécessité de l'intervention de l'Etat fédéral. Cette démarche n'est pas aisée lorsque la conviction de la responsabilité individuelle est gravée dans l'inconscient collectif. Dans ce contexte, un transfert ponctuel de compétences est davantage susceptible de succès, raison pour laquelle la Confédération s'est progressivement vue créditée de compétences pour agir dans les différentes branches de la sécurité sociale, plutôt qu'en un seul tenant pour la sécurité sociale dans son ensemble²⁷.

Un transfert de compétences ne signifie par ailleurs pas encore que la Confédération ait les coudées franches, puisque chaque proposition de loi est soumise à la possibilité du référendum populaire qui, s'il aboutit, suppose à nouveau de réunir la majorité des votantes et des votants

²⁵ Vaud et Genève.

²⁶ Pour plus de détails sur ces régimes cantonaux, voir DUPONT, *RDS 2019*, 55 s. Sur le régime vaudois, voir SCHORDERET, 16 ss.

²⁷ Pour plus de détails à ce sujet, voir DUPONT, *La Suisse et la sécurité sociale*, 195 ss.

autour du projet, ce qui n'est pas nécessairement aisé compte tenu de la diversité des intérêts représentés au sein de la population²⁸.

S'agissant de la protection sociale en cas de maladie, elle a connu, jusqu'ici, une histoire en trois temps, la question du revenu de substitution ayant été abordée à chacune de ces étapes (1-3). Depuis l'entrée en vigueur de l'assurance-maladie obligatoire, en 1996, la question du revenu de substitution en cas d'incapacité de travail à cause d'une maladie a régulièrement été évoquée au plan politique, sans toutefois conduire les autorités politiques à changer d'avis à ce sujet (4).

1. La « lex Forrer » de 1899

La compétence de légiférer en matière d'assurance-maladie et d'assurance-accidents est, chronologiquement, la première compétence qui ait été confiée à la Confédération en matière de protection sociale, en 1890. Il s'agissait de la suite logique de l'adoption, dans la Constitution de 1874²⁹, d'une compétence pour légiférer en matière de protection des travailleuses et des travailleurs, qui avait permis l'adoption, en 1877, de la loi sur les fabriques, ancêtre de l'actuel loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr)³⁰.

Un premier projet de loi a été adopté par le Parlement en 1899, projet passé à la postérité sous l'intitulé de Lex Forrer, du nom du Conseiller national Ludwig Forrer, qui l'avait rédigé. Il s'agissait d'un projet qualifié de novateur, couvrant de manière globale les risques maladie, accidents et maternité, et incluant la protection des soldats en service. Si la protection était limitée aux travailleuses et aux travailleurs salariés, elle

²⁸ L'échec récent de la réforme des pensions (« Prévoyance 2020 ») est un exemple de la difficulté de réunir une majorité autour d'un projet concernant la sécurité sociale.

²⁹ Il s'agissait de l'art. 34 de la Constitution fédérale de 1874 (RO 11).

³⁰ Pour plus de détails à ce sujet, voir GNAEGI, 38 s. ; Dictionnaire historique de la Suisse (www.hls-dhs-dss.ch), rubrique « Lois sur les fabriques ».

s'étendait néanmoins à une majorité d'entre eux³¹ et permettait aux autres de s'assurer de manière facultative³².

En cas de maladie, la Lex Forrer prévoyait, outre la prise en charge des frais médicaux, *une compensation pour la perte de revenu à hauteur de 60 % durant une année*³³.

La Lex Forrer a été rejetée par près de 70 % des votants³⁴ le 20 mai 1900³⁵. Elle a fait l'objet d'une vaste coalition contre elle, formée aussi bien des milieux industriels et des assureurs privés que des caisses de secours catholiques et corporatistes, ces dernières craignant la perte de leurs prérogatives et l'ingérence de l'Etat dans leurs affaires. Au cours de la campagne précédant la votation, la dimension du projet a été critiquée, et, d'une manière générale, l'étatisation, la centralisation et le bureaucratisme ont été dénoncés. Il y a eu peu de critiques sur les différentes modalités de l'assurance prévue, et, en particulier, la couverture de la perte de revenu en cas de maladie n'a pas été spécifiquement critiquée³⁶. C'est apparemment le caractère obligatoire de l'assurance-maladie qui a cristallisé les oppositions, indépendamment des prestations prévues³⁷.

2. La « loi sur l'assurance-maladie et accidents » de 1911

Tirant les leçons de la votation de 1900, mais sans abandonner pour autant l'idée d'améliorer la protection sociale des travailleurs, ni la voie choisie pour ce faire, à savoir celle de l'assurance sociale, le Conseil fédéral a formulé une nouvelle proposition législative. Ce nouveau projet conservait la proposition d'une assurance-accidents obligatoire

³¹ Contrairement à l'assurance-maladie mise en place en Allemagne sous l'égide du Chancelier Bismarck, qui ne s'adressait qu'aux travailleurs les plus pauvres et les plus exposés, voir GNAEGI, 43.

³² Pour davantage de détails sur la Lex Forrer, voir l'ouvrage de KNÜSEL/ZURITA. Voir également le Message du Conseil fédéral du 10 décembre 1906 concernant les assurances contre les maladies et les accidents, FF 1906 VI 213 ss, 217.

³³ Message LAMA (voir note 32), 217. GNAEGI, 45 ; FRAGNIÈRE/GIROD, 39, rubrique Assurance-maladie.

³⁴ La forme masculine est ici utilisée à dessein, les femmes n'ayant acquis le droit de vote au niveau fédéral qu'en 1971.

³⁵ GNAEGI, 45 ; KNÜSEL/ZURITA, 165.

³⁶ Pour plus de détails sur les critiques et les débats entre opposants et défenseurs, voir KNÜSEL/ZURITA, 139 et 165-170.

³⁷ Voir KNÜSEL/ZURITA, 139 et 165-170.

pour les travailleuses et les travailleurs salariés, mais abandonnait celle d'une assurance-maladie obligatoire.

De fait, la loi sur l'assurance-maladie et accidents (LAMA³⁸), adoptée en 1911 et confirmée – de peu – en votation populaire en février 1912, ne prévoit, pour le volet maladie, pas d'obligation d'assurance, et se limite à octroyer des subventions aux caisses-maladies reconnues qui, de leur côté, se voient imposer quelques obligations minimales³⁹.

Dans ce contexte, la loi prévoit que les caisses reconnues doivent, à leurs propres frais, fournir à ceux de leurs assurés qui y ont droit, soit le traitement médical, soit une indemnité journalière qui ne peut être inférieure à CHF 1.- par jour⁴⁰, au plus tard dès le troisième jour qui suit le début de la maladie⁴¹. Lors des discussions parlementaires, ce point avait fait l'objet de discussions, le Conseil national souhaitant encourager les caisses qui fournissaient aussi bien les soins qu'une compensation financière⁴², le Conseil des Etats entendant quant à lui interdire l'assurance des enfants pour une indemnité journalière, « parce qu'elle risqu[ait] trop de provoquer des abus »⁴³.

Le risque de surassurance a également été évoqué, le Conseil national ayant proposé d'amender l'art. 10 LAMA dans ce sens que les caisses devaient vérifier, notamment, que les personnes assurées ne recevaient pas davantage que le gain dont ils se trouvaient privés du fait d'une pluralité de rapports d'assurance⁴⁴. Ce point a finalement été abandonné dans le texte finalement entré en vigueur.

³⁸ RO 28 351.

³⁹ L'article premier de la LAMA était libellé en ces termes : « La Confédération encourage l'assurance en cas de maladie en accordant, conformément à la présente loi, des subsides aux caisses d'assurance en cas de maladie (al. 1). Toutes les caisses d'assurance en cas de maladie qui satisfont aux dispositions de la présente loi ont droit aux subsides fédéraux ; elles s'organisent à leur gré, en tant que la loi ne contient pas de disposition contraire (al. 2) » (RO 29 351).

⁴⁰ Le montant minimal de l'indemnité journalière a été augmenté à CHF 2.-, en 1965 (RO 1964 978).

⁴¹ Voir art. 12 LAMA (RO 28 355).

⁴² Rapport du 2 mai 1908 de la commission du Conseil national chargée de l'étude du projet de loi sur l'assurance contre les maladies et les accidents (FF 1908 III 463), 466.

⁴³ Rapport du 20 novembre 1909 de la commission du Conseil des Etats chargée de l'étude du projet de loi sur l'assurance contre les maladies et les accidents (FF 1909 VI 512), 516.

⁴⁴ Voir BO 1910 CN 363.

Durant les premières années de vie de la LAMA, l'indemnité journalière en cas de maladie avait la faveur des assurés, les montants versés par les caisses-maladie à ce titre représentant, en 1915, plus du double de ceux qui étaient versés pour les soins de santé. Ce n'est qu'en 1925 que ces derniers deviennent la part la plus importante des prestations versées par les caisses-maladie⁴⁵.

Il est intéressant de relever que la LAMA a fait l'objet d'une multitude de tentatives de révision, dont seulement une a abouti⁴⁶. Plusieurs d'entre elles ont porté sur la compensation du revenu en cas d'incapacité de travail en raison d'une maladie, essentiellement dans le but de rendre la couverture sociale obligatoire.

Ainsi, à la suite d'une initiative lancée par le Parti socialiste en 1970 « pour une meilleure assurance-maladie »⁴⁷ et d'un rapport rédigé deux ans plus tard par une commission d'experts⁴⁸, le Conseil fédéral a proposé un contre-projet qui prévoyait, notamment, une couverture obligatoire de la perte de revenu pour les travailleuses et les travailleurs salariés, par le biais d'indemnités journalières financées paritairement par les personnes assurées et par leurs employeurs, la cotisation étant fixée en pourcentage du salaire⁴⁹. Ce contre-projet a été rejeté en votation populaire en décembre 1974 par plus de 70 % de la population⁵⁰, la couverture obligatoire de la perte de salaire ne semblant à nouveau pas avoir été un élément décisif pour cette issue.

L'idée d'introduire une couverture sociale obligatoire en cas d'incapacité de travail causée par une maladie a été abandonnée à l'issue d'une nouvelle tentative de révision de la LAMA, initiée en 1981 par le Conseil

⁴⁵ Voir Message du Conseil fédéral du 19 mars 1973 à l'appui d'un projet modifiant la constitution fédérale dans le domaine de l'assurance-maladie, accidents et maternité et rapport sur l'initiative populaire pour une meilleure assurance-maladie (FF 1973 I 908), 913 s.

⁴⁶ Voir Message du Conseil fédéral du 6 novembre 1991 concernant la révision de l'assurance-maladie (FF 1992 I 77), 90.

⁴⁷ Le texte proposé par les initiateurs est disponible sur le site Internet de la Confédération (<https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis97.html>). Les résultats ont été publiés dans la Feuille fédérale (FF 1973 I 909).

⁴⁸ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 19 mars 1973 à l'appui d'un projet modifiant la constitution fédérale dans le domaine de l'assurance-maladie, accidents et maternité et rapport sur l'initiative populaire pour une meilleure assurance-maladie (FF 1973 I 919).

⁴⁹ Voir Message rév. LAMA 1973 (note 45), 948 s.

⁵⁰ GNAEGI, 78.

fédéral⁵¹. Si cette proposition persévérerait pourtant dans la voie d'un renforcement de la protection sociale sous cet angle-là, les Chambres fédérales abandonnèrent l'idée en raison des vives critiques émises lors des débats parlementaires⁵². Cette nouvelle tentative de révision sera à son tour rejetée en votation populaire en décembre 1987, sans que cet abandon ne joue de rôle décisif dans cette issue.

3. La loi sur l'assurance-maladie de 1994

Amorcée pour résoudre les divers problèmes constatés dans la mise en œuvre de la LAMA⁵³, la révision de l'assurance-maladie a débouché sur l'adoption, en mars 1994, de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal), entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1996.

La LAMal prévoit principalement un régime obligatoire d'assurance pour les soins de santé (assurance obligatoire des soins⁵⁴). Elle prévoit aussi un régime facultatif d'indemnités journalières⁵⁵ destiné à toute personne domiciliée ou travaillant en Suisse et est âgée de 15 à 65 ans⁵⁶. Le caractère facultatif de l'assurance d'indemnités journalières avait été préconisé par la commission d'experts chargée d'établir le projet de loi, option confirmée par la majorité des avis exprimés dans le cadre de la procédure de consultation. L'introduction d'une assurance obligatoire d'indemnités journalières était perçue par certains comme une menace pour la révision de la loi sur l'assurance-maladie, dont l'échec n'était pas envisageable en raison du sentiment d'urgence suscité par l'augmentation massive des coûts de la santé durant les dernières décennies⁵⁷.

4. Les discussions ultérieures

Depuis l'entrée en vigueur de la LAMal, en 1996, la question de l'absence de protection sociale en cas d'incapacité de travail découlant

⁵¹ Message du Conseil fédéral du 19 août 1981 sur la révision partielle de l'assurance-maladie (FF 1981 II 1069).

⁵² Voir Message LAMal (note 46), 93.

⁵³ Voir Message LAMal (note 46), 79 et 87 s.

⁵⁴ Art. 3 ss LAMal.

⁵⁵ Art. 67 ss LAMal.

⁵⁶ Voir art. 67 al. 1 LAMal.

⁵⁷ Voir Message LAMal (note 46), 108 et 121 s.

de maladie a régulièrement été évoquée par les instances politiques fédérales. Dans le cadre d'une révision très partielle de la loi, le Conseil fédéral a répondu à plusieurs interventions parlementaires déposées depuis son entrée en vigueur⁵⁸ qu'il n'était pas le moment de procéder à l'introduction d'une assurance sociale obligatoire, au vu des charges financières supplémentaires qu'engendrerait une telle modification. Il n'a cependant pas fermé la porte à une révision ultérieure⁵⁹.

D'autres interventions ont suivi⁶⁰, jusqu'à ce que, en 2004, le Conseil fédéral soit requis par la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national d'évaluer la législation actuelle et ses insuffisances, et de présenter au Parlement un rapport assorti d'éventuelles propositions législatives⁶¹.

En réponse à cette interpellation, le Conseil fédéral a remis un rapport au mois de septembre 2009⁶², dans lequel il parvenait à la conclusion, après avoir décrit en détail les solutions législatives en vigueur, qu'elles étaient suffisantes, dans la mesure où elles offraient une protection adéquate à la grande majorité des travailleurs. Il a toutefois pris en considération de possibles améliorations, mais a renoncé à suivre les pistes évoquées en raison du climat politique et économique⁶³.

Les auteurs des (nombreuses) interventions postérieures à ce rapport ont régulièrement été renvoyés à ses conclusions⁶⁴, qui ont été reprises dans une deuxième étude dont le Conseil fédéral avait été chargé au

⁵⁸ Curiavista, objets n° 96.3283 (Ip. Brunner/CE), 97.1100 (Question Borei/CN), 97.3173 (Mo. Schmid/CN) et 97.3294 (Mo. Maury-Pasquier/CN).

⁵⁹ Message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 concernant l'arrêté fédéral sur les subsides fédéraux dans l'assurance-maladie et la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (FF 1999 I 727), 763 s.

⁶⁰ Pour une liste exhaustive, voir SCHORDERET, 21 (annexe 1).

⁶¹ Curiavista, objet n° 04.3000 : Lacunes et incohérences de la LAMal en matière d'indemnités journalières, 25 février 2004 (Po. CSSS/CN).

⁶² Evaluation du système d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie et propositions de réforme, Rapport du Conseil fédéral du 30 septembre 2009 en réponse au postulat 04.3000 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, disponible sur le site Internet de l'OFSP (www.bag.admin.ch/dam/bag/en/dokumente/kuv-aufsicht/krankenversicherung/evaluation-reformvorschlaege-taggeldversicherung-krankheit.pdf.download.pdf/evaluation-reformvorschlaege-taggeld-november-2009-f.pdf).

⁶³ Voir Rapport du CF 2009 (note 62).

⁶⁴ Pour une liste de ces interventions, voir DUPONT, *RDS 2019*, 53 ; SCHORDERET, 21 (annexe 1).

sujet de la création d'une assurance générale de revenus⁶⁵. Au terme d'un troisième rapport consacré à la coordination des indemnités journalières en cas de maladie versées par les assureurs privés avec les prestations des assurances sociales, le Conseil fédéral relève des lacunes qui, pourtant, n'entraînent selon lui pas de nécessité de légiférer⁶⁶.

5. Synthèse

Ce survol historique révèle qu'aux premiers temps de l'assurance-maladie et pendant plus de 80 ans, les autorités politiques étaient plutôt favorables à l'instauration d'une protection obligatoire du revenu en cas de maladie, à tout le moins pour ce qui concerne les travailleurs salariés. Dans la même logique que l'on retrouvera au moment des discussions sur le revenu de base inconditionnel⁶⁷, il apparaît, dès les premières discussions au sujet de l'assurance-maladie, qu'il est difficile de concevoir le versement d'indemnités journalières aux personnes qui ne réalisent pas de revenus, singulièrement aux enfants. Dès lors que les soins de santé sont pris en charge par l'assurance, une compensation complémentaire n'est pas nécessaire.

L'idée d'une assurance obligatoire d'indemnités journalières a été mise de côté assez tard, dans les années 1980, pour des motifs d'opportunité politique : au regard des particularités du système helvétique, les révisions de grande ampleur peinent davantage à convaincre que celles qui s'adaptent au rythme des « petits pas »⁶⁸.

Compte tenu du nombre d'interventions politiques dénonçant les insuffisances de la législation actuelle, qui fait la part belle au commerce de l'assurance privée, sans que les personnes assurées ne bénéficient,

⁶⁵ Couverture sociale du revenu chez les actifs. Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat du 12 juin 2009 (09.3655/Schenker Silvia « Assurance générale du revenu »), du 14 septembre 2012, texte disponible sur le site Internet de l'OFAS (www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/politique-sociale/soziale-absicherung/couverture-sociale-du-revenu.html).

⁶⁶ Coordination entre les assurances d'indemnités journalières et les prestations du 1^{er} et du 2^{ème} piliers. Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 12.3087 Nordmann du 7 mars 2012, du 28 juin 2017 (texte disponible sur le site Internet du Parlement). Sur toute cette question, voir DUPONT, *RDS* 2019, 53 s.

⁶⁷ Message du 24 août 2014 concernant l'initiative « pour un revenu de base inconditionnel » (FF 2014 6322).

⁶⁸ GREBER, N 730.

dans ce contexte, de protection particulière, il est étonnant que le Conseil fédéral, respectivement d'autres acteurs de la scène politique, ne se montrent pas plus entreprenants. Certaines évolutions de notre société et du monde du travail devraient néanmoins inciter les autorités politiques à se montrer créatives plus rapidement qu'elles ne le pensent⁶⁹.

III. Influence des réflexions internationales

Dans les documents que nous avons consultés pour retracer l'histoire des réflexions helvétiques sur l'assurance d'un revenu de substitution en cas d'incapacité de travail causée par une maladie, il n'est que très peu question des travaux menés, à la même époque pourtant, au sein des organisations internationales, singulièrement de l'Organisation internationale du Travail.

Dans le cadre de la ratification de différents textes édictés sous l'égide de cette dernière, mais aussi d'autres organisations internationales, il a fallu aborder la question du revenu de substitution en cas de maladie. Nous étudierons dans ce chapitre ce que les autorités suisses ont pu en dire, et les éventuels impacts de ces réflexions sur l'évolution des discussions nationales, en distinguant les discussions autour de la ratification de la norme minimum de sécurité sociale (Convention OIT n° 102 ; A) de celles qui ont accompagné d'autres textes adoptés sous l'égide de l'OIT ou d'autres organisations internationales (B).

A. La ratification de la Convention OIT n° 102

Si l'on fait abstraction de la Convention OIT n° 18 concernant la réparation des maladies professionnelles⁷⁰, que la Suisse a ratifiée en 1927⁷¹, le premier texte ayant confronté cette dernière à la question d'une couverture obligatoire de la perte de revenu en cas de maladie est

⁶⁹ Pour une vision globale des problèmes induits par la législation actuelle, Voir DUPONT, *RDS* 2019, 45 ss.

⁷⁰ RS 0.832.21.

⁷¹ En Suisse, les maladies professionnelles sont couvertes dans le cadre de l'assurance-accidents obligatoire (LAA).

la Convention OIT n° 102 concernant la sécurité sociale (norme minimum) de 1952. Cette convention prévoit en effet une troisième partie consacrée aux indemnités de maladie, dont l'objectif est d'inciter les Etats signataires à couvrir « l'incapacité de travail résultant d'un état morbide et entraînant la suspension du gain telle qu'elle est définie par la législation nationale »⁷².

Après que le principe de l'élaboration d'une convention fixant une norme minimum de sécurité sociale a été accepté lors de la 34^{ème} session de la Conférence internationale du Travail⁷³, la Convention OIT n° 102 a été adoptée lors de la session suivante⁷⁴. Les représentants de la Suisse se sont prononcés en faveur tant du principe de l'adoption de la Convention que, par la suite, de ses modalités⁷⁵.

S'est alors posée la question de savoir si la Suisse pouvait envisager de ratifier cette convention. Dans son rapport de 1953, le Conseil fédéral décrit de manière détaillée la structure et le contenu de la Convention OIT n° 102, ainsi que la procédure de ratification, partiellement à la carte⁷⁶. Il examine ensuite soigneusement, pour chaque branche de la sécurité sociale, la conformité du droit suisse avec les exigences de l'OIT, et parvient à la conclusion que malgré l'étendue de la protection offerte à la population helvétique, la législation sociale n'est, à ce moment de l'histoire du pays, pas suffisamment développée pour répondre aux exigences de la norme minimum, à l'exception de la législation en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles⁷⁷.

S'agissant, spécifiquement, de la partie consacrée aux indemnités de maladie, le Conseil fédéral confronte la réalité helvétique aux exigences de la Convention. Cette dernière prévoit des quotas de personnes qui doivent être incluses dans la couverture, laissant aux Etats le choix de se référer à la qualité de travailleur ou de résidant, ou encore de prendre en

⁷² Art. 14 de la Convention OIT n° 102 (RS 0.831.102).

⁷³ Voir Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 12 décembre 1952 sur la trente-quatrième session de la conférence internationale du travail (FF 1952 III 810), 814.

⁷⁴ Voir Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 18 décembre 1953 sur la trente-cinquième session de la conférence internationale du travail (FF 1953 III 1021), 1024.

⁷⁵ Voir Rapport 1952 (note 73), 814 ; Rapport 1953 (note 74), 1024.

⁷⁶ Voir art. 2 de la Convention OIT n° 102.

⁷⁷ Voir Rapport 1953 (note 74), 1042 ss et 1049 s.

considération les revenus⁷⁸ ; elle prescrit le versement de prestations durant 26 jours par cas⁷⁹, de sorte à couvrir au minimum 45 % du salaire⁸⁰. A cet égard, le Conseil fédéral constate que si une proportion suffisante de la population active est vraisemblablement couverte, la quotité et la durée de la couverture du salaire sont insuffisantes dans la majorité des cas⁸¹. Le Conseil fédéral souligne, s'agissant du premier défaut, que le développement des conventions collectives de travail rendant obligatoire l'assurance pour une indemnité journalière pourrait rapidement y remédier. Demeurerait alors la seconde difficulté⁸².

La question de la ratification de la Convention OIT n° 102 reste alors en suspens pendant de longues années. Du fait, notamment, de l'amélioration des prestations versées dans le cadre de l'assurance-vieillesse et survivants⁸³ et de l'entrée en vigueur de l'assurance-invalidité⁸⁴, le Conseil fédéral estime, en 1976, que la Suisse est désormais en mesure de ratifier cinq des neuf parties de la Convention OIT n° 102, soit les parties relatives aux prestations de vieillesse (V), aux prestations en cas d'accidents du travail et de maladies professionnelles (VI), aux prestations aux familles (VII), aux prestations d'invalidité (IX) et aux prestations de survivants (X). Il souligne que « pour la ratification des quatre autres parties, bien que dans certains cas et sur certains points les normes requises par la Convention OIT n° 102 soient largement atteintes, il faut encore attendre le prochain développement de la législation nationale et espérer en particulier que la révision de certaines lois d'assurances sociales actuellement en cours – assurance-chômage, assurance-maladie – pourra être conçue de façon à permettre

⁷⁸ Voir art. 15 de la Convention OIT n° 102.

⁷⁹ Voir art. 18 de la Convention OIT n° 102.

⁸⁰ Convention OIT n° 102, annexe à la partie XI.

⁸¹ Voir Rapport 1953 (note 74), 1043.

⁸² Voir Rapport 1953 (note 74), 1043.

⁸³ Voir RO 1972 2537 et RO 1974 1589.

⁸⁴ Adoptée en 1956, la loi fédérale du 9 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI ; RS 831.20) est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1959.

de nouvelles ratifications ultérieures »⁸⁵. La ratification est acceptée par les Chambres, respectivement en mars et en juin 1977⁸⁶.

Pour mémoire, à cette même période, l'idée d'introduire une couverture sociale obligatoire en cas d'incapacité de travail causée par une maladie n'a pas encore été écartée⁸⁷, de sorte que dans l'esprit du Conseil fédéral, la ratification de la partie III de la Convention OIT n° 102 restait envisageable. Il est intéressant, dans ce contexte, de relever que les discussions en droit interne au sujet de l'assurance-maladie, singulièrement de la couverture de la perte de revenu, ne transparaissent pas dans les discussions au sujet de l'adoption de la Convention OIT n° 102.

A l'inverse, les discussions amorcées en 1953 en vue de la ratification de la Convention OIT n° 102 ne sont pas mentionnées dans les discussions au sujet du droit interne. Dans son message en vue de l'adoption de la LAMal, le Conseil fédéral mentionne les instruments adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe, singulièrement le Code européen de sécurité sociale. Dans ce contexte, il est indiqué que la révision de la loi sur l'assurance-maladie s'inscrit dans la ligne des prescriptions du Conseil de l'Europe, mais que malgré la révision en cours, il resterait impossible de ratifier les parties II et III du Code européen, concernant respectivement le traitement médical et les indemnités journalières en cas de maladie⁸⁸.

Les instruments de l'Organisation internationale du Travail ne sont pas évoqués. Dans la mesure où, s'agissant de la perte de salaire en cas de maladie, la réglementation du Code européen de sécurité sociale est similaire à celle de la Convention OIT n° 102⁸⁹, on peut imaginer que si le Conseil fédéral s'était prononcé sur l'opportunité d'une ratification de la troisième partie de ce second instrument, il serait parvenu à la même conclusion d'une impossible ratification. Les trois caractéristiques du

⁸⁵ Message du Conseil fédéral du 17 novembre 1976 concernant trois conventions de l'Organisation internationale du Travail et du Conseil de l'Europe, relatives à la sécurité sociale (FF 1976 III 1345), 1374.

⁸⁶ BO 1997 CE 2 et BO 1977 CN 895.

⁸⁷ Voir *supra* II.B.

⁸⁸ Voir Message LAMal (note 46), 210 s.

⁸⁹ Cpr art. 13 à 18 de la Convention OIT n° 102 et art. 13 à 18 du Code européen de sécurité sociale (RS o.831.104).

régime (facultatif) d'indemnités journalières selon la LAMal rendant la solution helvétique non conforme avec les instruments internationaux sont la limitation du droit à 720 jours durant une période de 900 jours, l'absence de participation de l'employeur au financement des primes et la fixation individuelle du montant de l'indemnité journalière, sans égard pour le revenu de la personne assurée.

B. Autres textes internationaux

L'harmonisation des législations nationales en matière de sécurité sociale fait l'objet d'autres textes, pour certains traitant de la protection sociale dans son ensemble, comme le Code européen de sécurité sociale, pour d'autres de manière sectorielle, comme la Convention OIT n° 168 concernant la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage⁹⁰ ou la Convention OIT n° 128 concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants⁹¹.

Menant les mêmes réflexions qu'à l'égard de la Convention OIT n° 102, la Suisse a partiellement ratifié le Code européen de sécurité sociale, la partie consacrée aux indemnités journalières en cas de maladie ne l'ayant pas été, comme nous l'avons évoqué ci-dessus. Notons que la Suisse, qui a pourtant signé la Charte sociale européenne en 1976, ne l'a toujours pas ratifiée, malgré deux tentatives (en 1987 et en 2004). Ce texte fait l'objet d'une opposition de principe, notamment parce qu'elle suppose l'engagement des Etats, sous la rubrique « droit à la sécurité sociale », à maintenir le régime de sécurité sociale à un niveau satisfaisant, au moins égal à celui nécessaire pour la ratification du Code européen de sécurité sociale⁹².

Les conventions sectorielles de l'OIT ont plus volontiers été ratifiées par la Suisse, toujours après que le droit helvétique avait atteint les standards internationaux. Ainsi, la Convention OIT n° 128 a été ratifiée en 1977, soit après l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité et après que le montant des rentes de vieillesse a été

⁹⁰ RS o.822.726.8.

⁹¹ RS o.831.105.

⁹² Voir art. 12 de la Charte sociale (révisée).

augmenté⁹³. Quant à la Convention OIT n° 168, elle a pu être ratifiée très rapidement (1990) car l'assurance-chômage obligatoire venait d'entrer en vigueur (1983) au moment de sa signature (1988).

IV. Conclusion

Au terme de notre analyse, nous parvenons à la conclusion que la question du revenu de substitution en cas de maladie illustre de manière presque caricaturale l'attitude de la Suisse face à ses engagements internationaux, en matière de sécurité sociale à tout le moins.

Nous avons montré que dans l'élaboration de sa législation en matière de protection sociale, la Suisse ne s'est pas, ou peu, laissée influencer par les conventions internationales, y compris celles qu'elle avait signées. Son attitude face à la Convention OIT n° 102 montre qu'elle n'a jamais eu le souhait de s'en inspirer pour améliorer la protection sociale des personnes vivant sur son territoire. La ratification de la Convention, ou plus exactement de certaines de ses parties, est intervenue uniquement lorsque la législation interne était d'ores et déjà conforme aux réquisits de l'Organisation internationale du Travail. La même attitude a été adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe.

Cette posture n'est pas propre au domaine de la sécurité sociale, et correspond à une pratique établie qui se comprend aisément compte tenu de la configuration politique helvétique et du caractère toujours aléatoire du processus législatif dans un système de démocratie directe⁹⁴. Il est cependant intéressant de relever que dans le discours helvétique, l'absence de conformité du droit interne avec les objectifs

⁹³ L'assurance-invalidité est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1960 (RO 1959 85) ; les rentes AVS ont été augmentées dès le 1^{er} janvier 1973 (RO 1972 2537).

⁹⁴ Septième rapport sur la Suisse et les conventions du Conseil de l'Europe du 19 janvier 2000 (FF 2000 1083), 1086. A noter une exception, lors de l'examen de la Convention OIT n° 183 sur la protection de la maternité du 15 juin 2000 (C 183), qui impose entre autres de compter le temps d'allaitement comme temps de travail ; le Conseil fédéral avait proposé la ratification de cette convention en précisant qu'il n'y avait dans le droit suisse qu'une « divergence mineure » qui pouvait être corrigée sans toucher à la loi fédérale (voir Avis du conseil fédéral sur le rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 10 novembre 2011 portant sur l'initiative parlementaire – ratification de la Convention n° 183 de l'OIT sur la protection de la maternité [FF 2012 1623], 1625).

de la Convention OIT n° 102 aurait empêché *ex lege* sa ratification⁹⁵, ce qui ne ressort ni de son texte, ni de son interprétation⁹⁶.

Par ailleurs, la Suisse n'est, sur le plan interne, de loin pas restée inactive depuis l'adoption de la Convention OIT n° 102, l'essentiel des lois en matière de protection sociale ayant été adopté durant la seconde moitié du XX^{ème} siècle. S'agissant spécifiquement de l'idée d'une protection du revenu pendant une période d'incapacité de travail causée par une maladie, on a pu voir que ce n'est qu'au détour d'une énième tentative de réviser l'assurance des soins qu'elle a été abandonnée.

Cette idée pourrait-elle être remise à l'ordre du jour ? A notre sens, c'est une issue incontournable. En effet, la protection par le biais du droit du travail et des assurances privées présente des lacunes qui menacent tout l'édifice de la protection sociale⁹⁷. Il ne faut cependant pas s'attendre à ce que les conventions internationales soient le motif d'une refonte de ce système, encore moins le prétexte, compte tenu du climat politique actuel. Seul un large consensus populaire à l'intérieur du pays est susceptible de convaincre les autorités politiques de la nécessité d'un changement.

Bibliographie

DUPONT ANNE-SYLVIE, La Suisse et la sécurité sociale : ce qui prend du temps finit par être bien (chapitre XIII), in : La Sécurité sociale – Universalité et modernité – Approche de droit comparé, Isabelle Daugareilh/Marlyse Badel, Paris 2019, pp. 191 ss (cité : DUPONT, *La Suisse et la sécurité sociale*).

DUPONT ANNE-SYLVIE, La compensation financière de l'incapacité de travail, in : RDS 138 (2019) I, pp. 37 ss (cité : DUPONT, *RDS 2019*).

DUPONT ANNE-SYLVIE, La procédure applicable en matière d'assurances à l'assurance-maladie sociale, in : Le procès civil social, François

⁹⁵ Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la trente-cinquième session de la conférence internationale du travail (FF 1953 III 1021), 1049.

⁹⁶ Voir art. 2 de la Convention OIT n° 102. Voir également SERVAIS, N 118 ss.

⁹⁷ Nous avons expliqué ces lacunes en détail dans notre contribution à la RDS 2019.

Bohnet/Anne-Sylvie Dupont (édits), Neuchâtel 2018, pp. 91 ss (cité : DUPONT, *Le procès civil social*).

FAVRE CHRISTIAN/MUNOZ CHARLES/TOBLER ROLF, *Le contrat de travail, code annoté*, Lausanne 2010.

FRAGNIÈRE JEAN-PIERRE/GIROD ROGER, *Dictionnaire suisse de politique sociale*, 2^{ème} éd., Lausanne 2002.

GREBER PIERRE-YVES, *Droit international et européen de la sécurité sociale : ONU, OIT et Conseil de l'Europe*, Bâle 2011.

GNAEGI PHILIPPE, *Histoire, structure et financement des assurances sociales*, 4^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2017.

KNÜSEL RENÉ/ZURITA FELIX, *Assurances sociales : une sécurité pour qui ? La loi Forrer et les origines de l'Etat social en Suisse*, Lausanne 1979.

LONGCHAMP GUY, ad art. 324a CO, in : *Commentaire du contrat de travail*, Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édits), Berne 2013, pp. 204 ss.

SCHORDERET PIERRE-ANTOINE, *L'assurance d'indemnité journalière en cas de maladie : une lacune dans le système de protection sociale ?*, Artias (Dossier du mois), août 2016 (disponible sur le site Internet www.artias.ch).

SERVAIS JEAN-MICHEL, *International Labour Law*, 5^{ème} éd., Alphen-sur-le-Rhin 2017.