



Article scientifique

Article

1990

Published version

Public access

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

---

Sécurité sociale et droit du travail : note sur une norme de coordination:  
l'article 324b CO

---

Aubert, Gabriel

**How to cite**

AUBERT, Gabriel. Sécurité sociale et droit du travail : note sur une norme de coordination: l'article 324b CO. In: Cahiers genevois et romands de sécurité sociale, 1990, n° 7, p. 149–153.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:41469>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 14.03.2023 23:12

---

## SECURITE SOCIALE ET DROIT DU TRAVAIL

### Note sur une norme de coordination: l'article 324b CO

Gabriel Aubert

professeur à l'Université de Genève

#### I. INTRODUCTION

Le droit du travail et le droit de la sécurité sociale entretiennent d'étroits liens de parenté. M. Jean-Louis DUC, professeur à l'Université de Lausanne, a exploré, en particulier, les rapports entre ces deux disciplines dans le domaine de la résiliation du contrat de travail. Il a mis en lumière de nombreux problèmes qui, bien qu'insoupçonnés du législateur, jouent un rôle important et trop souvent méconnu dans la pratique<sup>1</sup>.

Les congressistes qui prennent part au Colloque de l'Institut européen de sécurité sociale, cet automne à Genève, sont sans doute familiers de cette problématique. L'essentiel, ici, est d'attirer l'attention de tous les experts sur l'importance d'un effort de coordination non seulement entre les branches de la sécurité sociale, mais aussi entre chacune d'entre elles et le droit du travail. Le législateur ne devrait jamais modifier une loi, dans ces domaines, sans s'interroger de façon approfondie sur les répercussions interdisciplinaires de ses décisions.

Les limites matérielles de cette contribution interdisent d'exposer la matière de façon détaillée. Nous voudrions seulement, à titre d'exemple, présenter un problème qui suscite des difficultés en Suisse et dont il faut espérer qu'il est mieux traité dans d'autres pays.

#### II. LA PROTECTION DU SALAIRE EN CAS D'EMPECHEMENT DE TRAVAILLER: LES TROIS REGIMES

Dans le cadre du contrat de travail, en cas d'empêchement de travailler, l'employeur est tenu de continuer de verser au travailleur son salaire pendant un certain temps. Cette règle a pour but de permettre, au moins temporairement, la subsistance du travailleur et de sa famille lors même que celui-ci n'est plus en mesure de fournir sa prestation de travail à l'employeur (art. 324a al. 1-3 CO).

A ce régime de base se sont superposés deux autres régimes, en raison du développement des assurances privées (surtout collectives) et des assurances sociales obligatoires contre la perte de gain. Les premières jouent un rôle important en cas de maladie (art. 324a al. 4 CO); les secondes, en cas d'accident ou de service militaire (art. 324b CO).

Nous ne traiterons pas ici de l'assurance contre la perte de gain en cas de maladie. La loi laisse une large autonomie à l'employeur et au travailleur. L'un et l'autre peuvent convenir, par écrit ou dans le cadre

---

<sup>1</sup> Cf. deux contributions à paraître l'une dans les Mélanges Haluk TANDOGAN et l'autre dans le recueil des exposés présentés à la Faculté de droit de l'Université de Genève lors de la première Journée de droit du travail et de la sécurité sociale le 30 mars 1990. M. DUC a également dirigé l'enseignement de troisième cycle de droit (universités romandes), en 1989, sur un thème plus général: cf. Droit privé et assurances sociales. Editions universitaires. Fribourg 1990.

---

d'une convention collective de travail, qu'une assurance se substituera aux obligations de l'employeur, pourvu qu'elle accorde au travailleur des prestations au moins équivalentes au minimum légal (art. 324a al. 4 CO).

Ce qui nous retiendra ici, ce sont les rapports entre le régime de base et le régime particulier de l'assurance obligatoire contre la perte de gain en cas d'accident<sup>2</sup> ou de service militaire<sup>3</sup>.

### III. LE REGIME DE BASE

Selon le régime de base, lorsque le travailleur est empêché de travailler, sans faute de sa part, pour une cause inhérente à sa personne (notamment une maladie, un accident ou l'accomplissement d'une obligation légale, comme le service militaire), l'employeur lui verse son salaire pour un temps limité, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois (art. 324a al. 1 CO).

Pendant la première année de service, le temps limité pendant lequel le salaire reste dû malgré l'empêchement de travailler est de trois semaines. Le législateur n'a pas été en mesure de le définir précisément après cette première année de service. Il a préféré laisser au juge la mission de déterminer de cas en cas la durée de l'obligation de payer le salaire, en tenant compte de divers facteurs (ancienneté du travailleur, situation matérielle de ce dernier et de l'employeur, absences antérieures etc.).

Craignant les inégalités de traitement qui pourraient résulter de décisions incohérentes, certains tribunaux ont adopté des échelles non contraignantes, qui fixent la durée de l'obligation de payer le salaire en fonction de l'ancienneté. Ainsi, par exemple, selon l'échelle bernoise, assez largement appliquée en Suisse romande, le salaire est dû, en cas d'empêchement de travailler, pendant un mois durant la deuxième année de service; deux mois, la troisième et la quatrième année de service; trois mois de la cinquième à la neuvième année de service; quatre mois de la dixième à la quatorzième année de service; cinq mois de la quinzième à la dix-neuvième année de service, etc.<sup>4</sup>.

### IV. LE REGIME DE L'ASSURANCE OBLIGATOIRE

Selon ce régime particulier, lorsque le travailleur est assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler, les prestations de l'assurance se substituent à celles de l'employeur, dans la mesure où, pendant la période limitée fixée par le régime de base, elles couvrent les quatre cinquièmes au moins du salaire afférent à cette période (art. 324b al. 1 CO). Lorsque les prestations de l'assurance sont inférieures, l'employeur doit payer la différence entre celles-ci et les quatre cinquièmes du salaire (art. 324b al. 2 CO); en outre, si ces prestations ne sont versées qu'après un délai d'attente, l'employeur reste redevable de quatre cinquièmes au moins du salaire (art. 324b al. 3).

Dès le troisième jour de l'incapacité de travail, l'assurance-accidents obligatoire couvre 80 % du salaire plafonné à fr. 81 600.- par année (fr. 224.- par jour), de sorte qu'entre 92 et 96 % des travailleurs jouissent de cette prestation minimum (art. 15 al. 3 LAA). Pour les employés gagnant davantage,

---

<sup>2</sup> Cf. la loi fédérale sur l'assurance-accidents, dite LAA, du 20 mars 1981, R.S. 832.21.

<sup>3</sup> Cf. la loi fédérale sur le régime des allocations pour perte de gain en faveur des personnes servant dans l'armée et dans la protection civile, dite LAPG, du 25 septembre 1952, R.S. 834.1.

<sup>4</sup> Droit du travail et assurance-chômage 1984, p. 6.

l'employeur est tenu de verser la différence entre les 80 % du salaire plafonné et le salaire effectif.

Les allocations pour perte de gain en cas de service militaire sont inférieures. Ainsi, par exemple, un homme marié touche 75 % du gain journalier moyen acquis avant le service, mais au plus fr. 117.- par jour. Une personne seule recevra 45 % du gain journalier moyen acquis avant le service, mais au plus fr. 70.- par jour.

#### V. DIFFICULTE DE COORDINATION ENTRE LE REGIME DE BASE ET CELUI DE L'ASSURANCE OBLIGATOIRE

En soi-même, chacun des systèmes esquissés ci-dessus paraît cohérent. Leur combinaison, lorsque le travailleur bénéficie successivement du régime de base et du régime de l'assurance obligatoire, suscite des difficultés évidentes, qui devraient inciter le législateur à revoir son oeuvre en prenant une vue d'ensemble des dispositions pertinentes du droit du travail et de la sécurité sociale.

Soit le cas suivant. T., célibataire, a commencé de travailler pour E. le 1er janvier 1989, pour fr. 4330.- par mois (le mois comptant 4,33 semaines, son salaire hebdomadaire est de fr. 1000.-). Il ne se trouve pas au bénéfice d'une assurance individuelle ou collective couvrant la perte de gain en cas de maladie (car une telle assurance n'est pas obligatoire). En avril 1990, il tombe malade pendant deux semaines. En septembre et en octobre de la même année, il accomplit une période de service militaire de six semaines. Quelles sont ses prétentions salariales envers son employeur, en rapport avec ces deux incapacités de travail ?

Considérons d'abord chacune de ces périodes séparément, en faisant chaque fois abstraction de l'autre. Selon le régime de base, pendant sa seconde année de service, T. peut exiger un mois de salaire en cas d'incapacité de travail. Il a donc droit à son plein salaire pendant les deux semaines de sa maladie d'avril, soit fr. 2000.-. D'autre part, selon le régime de l'assurance-obligatoire applicable aux six semaines de service militaire de septembre et octobre, T. aurait droit, pendant six semaines, à la différence entre les prestations de l'assurance (45 % du gain journalier) et quatre cinquièmes de son salaire effectif ( $80\% - 45\% = 35\%$  du salaire effectif), soit fr. 2100.-.

Les deux périodes d'incapacité s'étant produites successivement pendant la même année de service, examinons maintenant comment elles se combinent.

On l'a vu, le droit au salaire en cas d'incapacité de travail dure un temps limité, selon l'article 324a al. 2 CO. Ce temps est ici d'un mois. Nul ne conteste qu'il vaut pour l'ensemble des incapacités de travail survenues durant l'année de service; un nouveau droit à un mois de salaire ne renaît pas au début de chaque période d'incapacité de travail.

Il faut donc que, cumulées, les obligations salariales de l'employeur n'excèdent pas un mois de salaire. On peut dès lors imaginer deux solutions. Ou bien ce mois de salaire est une quantité purement temporelle (Zeitminimum), ou bien il représente une quantité pécuniaire (Geldminimum).

Dans la première hypothèse, T. peut exiger son salaire pendant deux semaines de maladie (fr. 2000.-); puis, pendant deux semaines et un tiers de service militaire (4,33 semaines - 2 semaines), il a droit à 35 % de son salaire (fr. 815.50). L'employeur devra donc verser, en tout, fr. 2815.50; ses obligations s'éteignent après un mois d'incapacité de travail.

Dans la seconde hypothèse, le mois de salaire n'est pas une simple période de temps, mais un montant

en argent (fr. 4330.-); T. peut alors demander à E. de lui verser l'équivalent d'un mois de salaire pendant l'ensemble de ses incapacités de travail: son salaire plein durant deux semaines de maladie (fr. 2000.-) et, pendant son service militaire, au maximum la différence entre son salaire mensuel et ce montant, soit fr. 2330.-. Par semaine, 35 % de son salaire font fr. 350.-. Pendant six semaines de service militaire, T. touchera donc fr. 2100.-. Ainsi, il percevra de l'employeur une partie de son salaire pendant tout l'accomplissement de ses obligations militaires.

La différence entre les deux méthodes représente fr. 1514.50.

Cette différence est encore plus grande lorsque la période de service militaire se produit non pas après, mais avant la maladie. En effet, si l'obligation de l'employeur ne dure qu'un mois, T. recevra, pendant les 4,33 premières semaines de son service militaire, 35 % de son salaire, soit au total fr. 1515.50. Ses droits seront ainsi épuisés. Il ne bénéficiera d'aucune prestation de son employeur pendant sa maladie. En revanche, si l'obligation de E. correspond à l'équivalent d'un mois de salaire, T. touchera fr. 2100.- pendant son service militaire (6 x 35 % de son salaire hebdomadaire de fr. 1000.-) et fr. 2230.- pendant sa maladie (soit la différence entre son salaire mensuel et les prestations déjà versées durant le service militaire).

L'écart entre les deux méthodes est alors de fr. 2814.50.

## VI. L'INTERPRETATION DE LA NORME DE COORDINATION

La jurisprudence cantonale (la seule rendue en la matière) considère que le temps limité visé à l'article 324b CO n'est qu'une quantité temporelle. En toutes circonstances, pour reprendre le cas étudié ci-dessus, les obligations de l'employeur s'éteignent après un mois d'incapacité (ou d'incapacités successives) de travail. Le minimum est donc calculé en temps et non pas en argent. Cette manière de voir repose sur l'idée que les assurances obligatoires, au financement desquelles participe l'employeur, doivent soulager ce dernier de ses obligations civiles. Un tel soulagement ne saurait dépendre du taux des prestations de l'assurance. De plus, constituant une exception par rapport à la règle, le régime de l'assurance obligatoire serait d'interprétation restrictive. Enfin, le législateur aurait accepté d'avance les inégalités de traitement résultant de ce mécanisme<sup>5</sup>.

Cette opinion n'est pas convaincante. D'abord, contrairement à ce que soutient la jurisprudence, il est parfaitement justifié de libérer l'employeur de ses obligations en tenant compte du taux des prestations de l'assurance, car ces prestations sont en partie fonction des contributions de l'employeur. Lorsque ces dernières restent basses, les premières le sont aussi nécessairement. On ne voit pas pourquoi l'employeur devrait être traité de la même façon dans le cas où il a payé des primes de faible importance et dans celui où l'assurance, financée par des primes supérieures, verse des prestations plus étendues (il ne faut pas oublier d'ailleurs que le salarié participe aussi au paiement des primes d'assurance). En deuxième lieu, le fait que le régime de l'assurance obligatoire constitue une exception par rapport au régime de base n'autorise pas une interprétation restrictive à l'avantage d'une partie plutôt que de l'autre. Enfin, il ne ressort nullement des travaux préparatoires cités par l'Obergericht de Soleure que le parlement ait vu les conséquences absurdes de la règle du Zeitminimum; on ne saurait rien en tirer pour la solution de notre problème.

<sup>5</sup> Obergericht de Soleure, Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts 1988, p. 224; Gewerbliches Schiedsgericht de Bâle-Ville, Basler Juristische Mitteilungen 1985, p. 293 = Jahrbuch précité 1984, p. 133; dans le même sens: REHBINDER Manfred: Der Arbeitsvertrag (art. 319-330a CO), in Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Stämpfli. Berne 1985, n. 3 ad art. 324b; BRÜHWILER, Jürg: Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag. Haupt. Berne 1978, p. 94.

---

En réalité, la jurisprudence perd de vue que le temps limité prévu aux articles 324a et 324b CO doit, selon le texte légal lui-même, être "fixé équitablement". Comme le montre l'exemple étudié ci-dessus, les prestations de l'employeur diffèrent fortement, en particulier, selon que la maladie intervient avant ou après le service militaire (et selon le rapport entre les durées de ces deux incapacités de travail). Or, une réglementation qui fait varier les droits du salarié selon le hasard ne saurait être qualifiée d'équitable. Il faut au contraire admettre que le facteur principal est l'ancienneté du travailleur. Compte tenu de cette ancienneté, les tribunaux fixent un montant équitable représentant le salaire à la charge de l'employeur en cas d'incapacité unique ou en cas d'incapacités successives de travail. Il s'agit d'un "crédit" qui peut être épuisé durant la période de référence, quelle que soit la cause de l'incapacité de travail<sup>6</sup>.

Faute peut-être de bien connaître le droit de la sécurité sociale, les tribunaux civils n'ont pas saisi que, même si l'on suit cette interprétation, l'employeur tire un grand avantage de l'existence d'une assurance-accidents puisque, après le délai d'attente de deux jours, cette dernière le libère en pratique de toute obligation salariale; en outre, l'assurance-accidents exonère dans une large mesure l'employeur de sa responsabilité (art. 44 LAA).

La difficulté surgit surtout en cas de service militaire: les prestations de l'assurance perte de gain étant inférieures, les obligations résiduelles de l'employeur se révèlent plus importantes. Mais il ne faut pas oublier que le travailleur participe aux primes de l'assurance; il serait paradoxal que l'intervention de cette assurance, en partie financée par lui, réduisît ses droits en cas de maladie postérieure à une période de service (alors que, sans raison, ces droits ne sont pas touchés en cas de maladie antérieure). Au surplus, l'assurance est instituée, en grande partie, dans l'intérêt de la défense nationale. Ses prestations doivent rester neutres. On ne saurait lui permettre de déployer des effets arbitraires sur les droits du salarié envers l'employeur.

---

<sup>6</sup> Dans ce sens, BRUNNER, Christiane, BÜHLER, Jean-Michel et WAEBER, Jean-Bernard: Commentaire du contrat de travail. Union syndicale suisse. Berne 1989, p. 68; STREIFF, Ullin: Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht. Verlag Organisator AG. Zurich 1986, p. 122.