

TABLE DES ABREVIATIONS

art.	article
BOCCRF	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (France)
CComT	Code de Commerce turc
cf.	confer
CCT	Code Civil turc
COT	Code des Obligations turc
éd.	édition
édit.	éditeurs
JO	Journal Officiel
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCon	Loi relative à la protection de la concurrence No.4054.
no	numéro(s)
p.	page
ss	et suivant (e)s
T.	Tome

BIBLIOGRAPHIE

Ne figurent dans cette bibliographie que les ouvrages et articles cités plusieurs fois.
Les autres se trouvent avec leurs références complètes dans les notes

Aslan, I, Yilmaz: Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (Le droit de concurrence et la Loi sur la protection de la concurrence), Bursa 1997.

Erdem, Ercüment: Quelques réflexions sur la Loi de la Privatisation, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 689 vd.

Esin, Arif: Rekabet Hukuku (le droit de la concurrence), İstanbul 1998.

Labarde, M.C. Boutard / Canivet, Guy: Droit français de la concurrence, Paris 1994.

Montavon, Pascal: Droit Suisse de la SA, Tome III, Lozan 1997.

Ripert, Georges / Roblot, René: Traité de droit commercial, Tome I, Paris 1996.

Le développement du droit des assurances privées, au regard notamment du droit européen, d'une part, et de la modification du droit de l'assurance-maladie sociale, d'autre part

Jean-Louis DUC*

Le droit de l'assurance Privée n'est pas mon domaine d'activité. J'ai néanmoins accepté de parler du développement du droit des assurances privées en adoptant une approche certainement inattendue, mais dont j'espère qu'elle sera de nature à intéresser tout de même: l'assurance privée est en effet souvent utilisée à des fins proches de celles poursuivies par l'assurance sociale – qui est ma branche de prédilection -, spécialement en droit du travail – qui constitue aussi l'un de mes domaines de recherche comme vous le savez certainement.

Dans un premier temps, je voudrais évoquer brièvement les modifications apportées à nos lois régissant l'assurance privée depuis 1993, modifications à mettre essentiellement en relation avec l'évolution du droit européen. L'Union européenne est un marché d'assurance important et elle joue un rôle considérable pour l'économie suisse d'assurance (43% du volume total des primes des assureurs suisses proviennent des pays de l'Union. Il n'est donc pas étonnant que la Suisse fasse des efforts en direction de l'Europe, et vice-versa, et passe des accords avec l'UE ou des pays voisins¹). L'industrie des assurances s'est modifiée et va encore se modifier considérablement, en raison du développement de l'Union européenne. En 1994 est

* Professeur honoraire UNIL

¹ Avec le Lichtenstein, membre de l'Espace économique européen (EEE). Voir François Guisan, Les Directives de l'UE dans le domaine de l'assurance (SVZ 65 (1997) 11/12 pp. 358 ss).

entrée en vigueur la 3^e Directive d'assurance créant un véritable marché unique européen des assurances. Tout cela interpelle notre pays, spécialement quant au rôle et à la situation des assureurs suisses dans le contexte du marché européen des assurances d'où la mouvance actuelle dans ce domaine du droit.

Il faut signaler dans cette perspective la révision en cours du droit de surveillance – ce qui fournit l'occasion de souligner le lien étroit qui existe entre la libéralisation et la surveillance des entreprises d'assurance (un avant-projet de révision a été soumis à la procédure de consultation en septembre 1998). Il s'agit de limiter les contraintes et d'ouvrir un espace de liberté tout en sauvegardant – dans la mesure du possible – la solvabilité des entreprises d'assurances et donc la protection des assurés². Un large consensus semble exister entre autorités de surveillance et assureurs. La nouvelle loi devrait être entérinée par le Parlement à la fin de 1999 ou au début 2000. Une révision partielle de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) devrait alors être mise en chantier, dans l'attente d'une révision totale.

Le rejet par le peuple suisse de l'Accord EEE a conduit le Parlement à introduire principalement dans le domaine de l'assurance privée une réserve générale de réciprocité visant les dispositions qui favorisaient les institutions d'assurance de l'EEE par rapport à celles des autres pays (cette réserve devant s'appliquer au demeurant à tout Etat s'engageant à garantir un droit de réciprocité par un traité par un traité international). Il s'agissait d'instaurer la compatibilité avec les règles de l'EEE, dans la mesure du possible de manière neutre, afin de convenir également en cas de traité bilatéral (il devait être insisté à cette occasion pour qu'il y ait réciprocité quant à l'accès au marché). Pour ces raisons, les lois suivantes ont été modifiées : la LCA, la LSA (loi sur la surveillance des institutions d'assurance privée – notamment en ce qui concerne l'assurance RC pour véhicules automobiles), la loi sur les cautionnements des sociétés d'assurances étrangères (loi sur les cautionnements), la loi sur la garantie des obligations assumées par les sociétés suisses d'assurance sur la vie, la loi fédérale sur l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et une nouvelle loi a été promulguée : la loi fédérale sur l'assurance directe sur la vie (loi sur l'assurance-vie). Ces modifications n'ont rien

² François Guisan, Les Directives de l'UE dans le domaine de l'assurance (SVZ 65 (1997) 11/12 pp. 358 ss).

de très fondamental, à mes yeux de non-spécialiste de la branche en tout cas³.

Dans un second temps – au vrai le plus important –, je voudrais attirer votre attention sur quelques nouveautés de notre droit qui touchent indirectement à l'assurance privée, dans la mesure où l'assurance sociale et l'assurance privée peuvent offrir aux employeurs des possibilités de se libérer de certaines obligations (celle de payer le salaire notamment) en cas de maladie, d'accident ou de maternité d'un collaborateur ou d'une collaboratrice, l'introduction de l'assurancematernité – si elle est acceptée par le peuple dans quelques jours⁴ – devant aussi avoir une incidence sur ces obligations. Droit de l'assurance-maladie sociale, droit de l'assurance-maternité et droit du contrat de travail sont ainsi étroitement imbriqués, ce qui justifie à mes yeux l'approche que je vous propose.

La nouvelle loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996. Cette loi a fondamentalement modifié le régime antérieur de l'assurance d'une indemnité journalière, et cela à mon avis d'une manière défavorable pour les assurés : les effets néfastes se produisent essentiellement au niveau de la nature de l'assurance souscrite (s'agit-il de droit public ou de droit privé?) et sur le plan des voies de droit (ou du contentieux). En effet, la LAMal a transféré du domaine du droit public à celui du droit privé le régime des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociales dite minimale ou de base. Or, l'on verra que les assureurs-maladie sociaux ont trouvé moyen de limiter l'assurance d'une indemnité journalière régie par la loi sociale à l'assurance d'assortir cette couverture minimale par une indemnité complémentaire soumise, elle, au droit privé. La LAMal a donc considérablement élargi le champ d'activité – qui au vrai n'était pas nouveau – des assureurs privés dans le domaine de l'indemnité journalière en cas de maladie.

Cette nouvelle organisation de l'assurance-maladie d'une indemnité journalière est importante dès lors que l'article 324a CO dispose:

¹ Si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, acci-

³ Je n'ai pas trouvé d'arrêts méritant d'être mentionné dans le cadre de cet exposé.

⁴ L'exposé a été présenté avant la votation fédérale de juin 1999. Le Peuple suisse a finalement accepté la nouvelle loi.

dent, 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 mois ou ont été conclus pour plus de trois mois.

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.

³ En cas de grossesse et d'accouchement de la travailleuse, l'employeur a les mêmes obligations.

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.

Quant à l'article 324b CO, il 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.

Cette réglementation est sans doute bien connue.

La faculté offerte par l'article 324a alinéa 4 CO est très importante et, surtout, elle peut présenter un grand intérêt pour le travailleur. Elle permet de remplacer le salaire par d'autres prestations (régime qu'avaient institué les conventions collectives de travail

(CCT) sous l'empire de l'ancien droit. L'employeur était tenu de contribuer, à raison de la moitié au moins, au paiement des cotisations d'assurance-maladie - indemnité journalière. Les prestations assurées étaient généralement inférieures au salaire mais versées pendant très longtemps). Par CCT ou par accord écrit des parties au contrat individuel de travail (CIT), il est possible de mettre sur pied un accord dérogeant à la loi, pour autant qu'il assure au travailleur des conditions *au moins équivalentes*. La formule la plus fréquente est celle de l'assurance dont les prestations vont libérer l'employeur de son obligation, mais à certaines conditions seulement. La notion d'équivalence est difficile à cerner. On peut apprécier cette équivalence concrètement, ou au contraire abstraitement. Selon la méthode concrète, on se demandera *a posteriori*, dans chaque cas, si le travailleur a reçu son dû. Tel ne sera pas le cas de celui qui, malade deux fois deux semaines en deux ans et soumis à un délai d'attente de deux jours, aura reçu de l'assurance chaque année douze indemnités représentant le 80% du salaire, et non quatorze indemnités représentant le plein salaire. Si l'on applique la méthode abstraite, en revanche, on constatera que, de manière générale, il est plus intéressant d'avoir la garantie d'être payé le cas échéant à 80 % pendant 720 jours que d'être assuré de toucher son plein salaire pendant trois semaines lors de la première année de service. Le Tribunal fédéral (suivant la majorité de la doctrine) a opté pour la méthode abstraite : il a jugé qu'une indemnité journalière de 60% du salaire payable pendant 360 jours, 50% des primes étant à la charge de l'employeur, satisfaisait déjà à l'exigence d'équivalence ; il a estimé qu'il en allait de même d'une indemnité journalière de 80% du salaire payable dès le 3e jour pendant 720 jours, deux tiers des primes étant à la charge de l'employeur⁵. Que penser en revanche d'une assurance insuffisante? La jurisprudence⁶ a esquissé une réponse en présence d'une indemnité journalière de 40% du salaire, payable pendant 360 jours, les cotisations étant par 50% à la charge de l'employeur. Le Tribunal fédéral a estimé que la prestation effective de l'employeur était de 20% du salaire pendant 360 jours, ce qui était insuffisant. Mais un cumul des prétentions⁷ découlant du CIT et de l'affiliation à une

⁵ SJ 1982 page 574. On retrouve ces chiffres de 60 à 80 % chez Brühwiler, No 23 *ad* article 324a CO; Staehelin Nos 62 et suivants *ad* article 324a CO.

⁶ ATF 96 II 133.

⁷ Au demeurant exclu à l'époque par LAMA 26.

caisse-maladie eût conduit à un enrichissement indu du travailleur, le droit au salaire selon l'article 324a alinéas 1 à 3 CO excluant le droit à des prestations au sens de l'alinéa 4, et vice-versa. Le Tribunal fédéral a en outre estimé que l'employeur qui avait contribué à une assurance, mais pas de manière suffisante, devait être mieux traité que celui qui ne l'avait pas fait du tout. Aussi a-t-il admis, dans l'exemple ci-dessus, que l'employeur déduise du salaire dû en application de l'article 324a la totalité des versements de l'assurance pendant les quatre mois correspondant à la durée de son obligation légale. Bien que le Tribunal fédéral se soit fondé dans cette affaire sur l'article 130 LAMA, aujourd'hui abrogé, l'idée directrice de son arrêt peut toujours être considérée comme valable. Qu'en est-il enfin d'une assurance différée (indemnité payable dès le 31^e jour par exemple)⁸? Il faudra, toujours en application du principe d'équivalence abstraite, déterminer si les travailleurs au bénéfice d'une telle assurance sont en moyenne désavantagés par rapport à ceux couverts tout de suite mais pour une durée plus limitée. Vu la fréquence des maladies de courte durée plus limitée. Vu la fréquence des maladies de courte durée, bien des travailleurs ne devraient jamais bénéficier des prestations d'une assurance de ce type, ce qui laisse à penser que l'équivalence ne saurait être admise dans une telle hypothèse. Une assurance comportant un délai d'attente trop important, si elle n'est pas de nature à le libérer totalement, réduira cependant quelque peu les obligations de l'employeur, qui pourra imputer sur le salaire dû, dès leur versement, les indemnités de l'assurance-maladie⁹.

⁸ Selon Philippe Gnaegi, *Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie*, thèse 1996, *Le droit du travail en pratique*, volume 13, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1997, un délai de carence irait à l'encontre du caractère relativement impératif de l'article 324a alinéa 4 CO. D'autre part, la plupart des absences sont de courte durée. Aussi conviendrait-il d'admettre que l'employeur a l'obligation de verser 80 % du salaire pendant le délai de carence, par application analogique de l'article 324b CO et pour conserver la même logique globale de protection, cela même si les prestations de l'employeur sont très généreuses. Nous ne pouvons toutefois pas souscrire à cette opinion, ne serait-ce que parce que le risque de maladie est beaucoup moins facile à contrôler que celui d'accident (avec le danger de voir les abus se multiplier). Au demeurant, le recours à une assurance n'est pas le seul moyen à disposition de l'employeur, dans le cadre de l'article 324a alinéa 4 Co.

⁹ Contrairement à Brunner / Bühler / Waeber No 20 *ad* article 324a CO, nous ne pensons pas qu'il soit possible de combiner les articles 324a alinéas 1 à 3 et 324a alinéa 4 CO.

Or, il n'est pas rare que les employeurs souscrivent des assurances relevant du droit privé pour se libérer de leur obligation de verser le salaire en cas de maladie selon l'article 324a CO (la maladie relèvera-toujours de cette disposition, non de l'article 324b CO, car l'assurance-maladie d'une indemnité journalière est facultative, même si une assurance de ce genre est déclarée obligatoire par une CCT ou par un CIT). Mais il est fréquent aussi qu'ils s'adressent pour cela à un assureur social, qui a pris l'habitude de partager l'indemnité souscrite (une part - la plus petite - soumise à la LAMal, l'autre à la LCA, pratique à mes yeux illicite). La question de l'admissibilité de ce procédé est surtout importante en raison des garanties offertes par le droit social (en matière de droit à l'affiliation, de réserves d'assurance, de libre passage par exemple) – garantie non données *ex lege* par la LCA et à cause de la différence présentée par les voies de droit du droit de l'assurance sociale et par celles du droit privé. Ce "splitting" se fonde apparemment sur l'article 72 alinéa 1 LAMal, qui précise que l'assureur convient avec le preneur d'assurance du montant des indemnités journalières assurées. On voit ici l'importance de la modification de l'ancien régime, dans lequel les assurances complémentaires relevaient aussi du droit public. Les assureurs ne devraient pas pouvoir passer avec les intéressés des accords contraires au système et au but de la loi, dont il faut se garder d'oublier qu'elle a le caractère d'une loi d'assurance sociale. L'un des objectifs d'une telle loi est - ou devrait être - de permettre aux assurés de bénéficier d'un revenu de substitution décent en cas d'incapacité de travail due à la maladie (dans le cas qui nous intéresse ici). Il saute aux yeux qu'une indemnité symbolique ne saurait satisfaire à cette exigence. Le procédé dénoncé prive les assurés de la protection attachée à la qualité d'assuré au sens de la LAMal (dans le domaine des réserves, de la durée du droit aux prestations, de la résiliation du contrat en cas de sinistre, de la procédure, etc., comme je l'ai déjà souligné).

Voyons quelques points de plus près.

On entend par maladie une atteinte dommageable à la santé physique ou psychique qui n'est pas due à un accident ou à ses conséquences directes¹⁰. Quant à l'accident, il est défini comme suit par l'article 9 alinéa 1 OLAA : toute atteinte dommageable, soudaine et involontaire, portée au corps humain par une cause extérieure extra-

¹⁰ ATF 98 V 144. Voir également l'article 2 LAMal, qui contient aussi une définition de l'accident.

ordinaire (cette définition reprend en la modifiant légèrement celle donnée antérieurement par la jurisprudence, qui exigeait une cause extérieure "plus ou moins exceptionnelle").

La grossesse et l'accouchement font l'objet d'une disposition spéciale (alinéa 3)¹¹. Je ne parlerai pas de cas particuliers tels que mise au monde d'un enfant mort-né, avortement légal ou non, etc. La grossesse hors mariage ne saurait être considérée comme consécutive à une faute (l'absence de faute du travailleur est une condition du droit au salaire, rappelons-le).

Faut-il considérer que la mention de la grossesse dans un alinéa distinct des autres causes d'empêchement confère à la travailleuse un droit au salaire spécifique et spécial durant la grossesse? C'est la solution, plus favorable pour les femmes, proposée par un auteur, Berthoud, lequel estime que l'on ne doit pas assimiler la grossesse et l'accouchement aux causes énumérées à l'alinéa 1. Cet auteur n'a cependant pas été suivi, la doctrine majoritaire identifiant la grossesse à une maladie, ce qui a pour conséquence que la travailleuse qui tombe malade au cours de sa première année d'activité, et cela pendant trois semaines, n'aura pas droit à son salaire si elle accouche la même année (son droit aura été épuisé par la maladie); il en va de même si la grossesse et l'accouchement sont antérieurs à la maladie et ont donné lieu au versement du salaire durant trois semaines¹². La question est aujourd'hui définitivement tranchée, puisque le Tribunal fédéral a jugé que la mention de la grossesse à l'alinéa 3 élargit le catalogue non exhaustif des motifs d'empêchement de travailler de l'alinéa 1 : selon la Haute Cour, la disposition ne figure dans un alinéa distinct que pour montrer que le droit au salaire en cas de grossesse est indépendant de la condition d'absence de faute prévue à l'alinéa 1 et qu'il existe sans que la grossesse ait besoin d'être qualifiée de maladie¹³. Le salaire n'est ainsi dû, la première année de service, que pendant trois semaines à la femme qui a été

¹¹ Voir RSJ 1995 page 436.

¹² Voir par exemple JAR 1992 page 135 (Chambre d'appel du canton de Genève).

¹³ SJ 1993 page 349. Cet arrêt est critiqué à tort par Brunner / Bühler / Waeber, No 15 *ad* article 324a CO, pour qui le Tribunal fédéral contrevient au principe d'égalité de l'article 4 Cst. Ce grief n'est pas fondé, dès lors que l'article 4 Cst. ne saurait être compris dans un sens qui conduirait à favoriser systématiquement les travailleuses chaque fois que l'occasion s'en présente. Il ne s'agit pas de nier l'utilité d'un traitement différencié mais de critiquer l'opinion selon laquelle cette différence de traitement serait imposée par le droit.

malade trois semaines et accouche durant la même année, et vice-versa. Enfin, il ne faut pas confondre le congé-maternité (c'est-à-dire le droit de ne pas travailler pendant la grossesse ou l'allaitement) et le droit au salaire durant cette période. Contrairement à ce que semblent affirmer Brunner / Bühler / Waeber¹⁴, il n'y a pas forcément droit au salaire durant toute la durée du congé-maternité : l'alinéa 3 fixe en effet pour l'employeur les mêmes obligations en cas de grossesse qu'en cas de maladie, c'est-à-dire une obligation de verser le salaire pour une durée limitée. Il n'y a donc pas lieu de s'appuyer sur l'article 74 LAMal pour justifier une obligation de verser le salaire durant seize semaine en cas de congé-maternité¹⁵.

Le peuple suisse va toutefois se prononcer prochainement sur une nouvelle loi : celle sur l'assurance-maternité obligatoire, soumise au référendum. Cette loi réglera les choses comme il suit (en touchant au droit du contrat de travail). La nouvelle assurance-maternité versera (article 1)

- une prestation de base en cas de maternité (ou en cas de placement d'un enfant en vue d'adoption, cas qui ne sera pas examiné dans les pages qui suivent);
- une allocation en cas de maternité (allocation de maternité) ou en cas de placement d'un enfant en vue de son adoption (allocation d'adoption);
- des cotisations aux assurances sociales.

Les mères recevront une allocation de maternité pendant 14 semaines, à condition d'avoir été assurées à titre de salariée ou d'indépendante pendant la grossesse. Deux de ces 14 semaines pourront prendre place avant l'accouchement (l'article 9 fixant les droits en cas d'adoption).

L'allocation sera égale à 80 % du gain assuré (soit celui déterminant pour le calcul des cotisations à l'AVS ; ce gain est plafonné), l'article 11 envisageant les diverses situations susceptibles de se présenter.

¹⁴ No 5 *ad* article 324a CO, à mon avis peu clair.

¹⁵ Il est vrai qu'un certain nombre de CCT diminuent la portée de la controverse en prévoyant des régimes plus favorables à la femme enceinte que celui résultant de la loi.

La notion de maternité de la LAMat aura notamment des incidences dans l'assurance-maladie et en droit du contrat de travail. En effet, si l'on admet communément que la grossesse n'est en soi pas une maladie (grossesse dite normale), une grossesse qui s'accompagne de troubles de la santé (grossesse dite pathologique) est habituellement considérée comme une maladie. Cela permettra à certaines travailleuses assurées contre la maladie pour une indemnité journalière de bénéficier d'un revenu de substitution du salaire dès avant le début du droit aux prestations spécifiques de maternité de l'assurance-maladie, pour ensuite toucher les allocations de maternité de la LAMat, voire plus tard un solde de prestations au titre de l'assurance-maladie. Cela permettra aussi à certaines travailleuses qui n'auront pas épuisé leur crédit de salaire selon l'article 324a alinéas 1 et 2 CO, d'arrêter le travail tout en étant rémunérée, puis de toucher les allocations de maternité de la LAMat pendant 14 semaines (au total, dont 12 au moins dès l'accouchement).

Selon l'article 324a CO, l'employeur ne doit le salaire que si l'empêchement de travailler n'est pas dû à une faute du travailleur. Il semble aller de soi qu'une grossesse ne saurait être fautive, de nos jours, même si elle intervient hors mariage.¹⁶ La mise au monde d'un enfant prématuré, ou mort-né, ou encore le cas de l'avortement légal ou non, etc., devront être réglés à partir de l'article 4 LAMat définissant les conditions du droit aux prestations en cas de maternité. A défaut de maternité, on aura en principe affaire à une maladie.

A noter qu'une grossesse, voire une atteinte à la santé, n'est pas toujours propre à entraîner une incapacité de travail. L'arrêt de travail devra être médicalement justifié, pour que le droit *au salaire* existe (la question se présentera autrement pour les deux semaines de congé de maternité qui pourront être prises avant l'accouchement; lorsqu'il s'agira de verser les prestations de maternité au sens de la LAMal; l'assurées - du seul fait de la grossesse huit semaines avant l'accouchement; article 74 alinéa 2 LAMal).

Il faut bien retenir que

- le droit au salaire durant un temps limité est calculé *pour chaque année de service*¹⁷,

¹⁶ Voir plus haut l'opinion du Tribunal fédéral.

¹⁷ SJ 1995 page 785, en cas d'empêchement se prolongeant d'une année de service à l'autre.

- pour l'ensemble des absences intervenant dans chaque année de service (et non pas pour chaque cas d'absence). Il faut réserver cependant le cas de la maternité au sens de la LAMat (article 329h nouveau CO).

Une fois la LAMat entrée en vigueur¹⁸, l'article 324a alinéa 3 CO ne se serait plus appliqué qu'à la grossesse, en principe, si le projet du Conseil fédéral n'avait pas été modifié. En effet, la LAMat aurait désormais réglé seule la question du congé de maternité, qui aurait dû être pris dans sa totalité après l'accouchement. La possibilité de placer deux des 14 semaines du congé de maternité LAMat avant l'accouchement compliquera quelque peu les choses. Il faudra à mon avis traiter les deux dernières semaines de la grossesse comme la maternité subséquente et ne pas imputer ces deux semaines sur le crédit de la travailleuse au sens de l'article 324a alinéa 2 CO. De toute façon, il faut réserver encore le cas où la mère ne pourra pas prétendre d'allocation LAMat : l'intéressée continuera de toucher dans ce cas son salaire selon l'article 324a alinéa 1 CO, en vertu de l'article 329h alinéa 1 nouveau CO.¹⁹ Ce droit sera donné même si la travailleuse est empêchée de travailler pendant la même année pour d'autres causes telles que la maladie, l'accident, l'accomplissement d'une obligation légale ou l'exercice d'une fonction publique.

L'annexe de la LAMat modifiera l'article 324a alinéa 3 CO, qui aura la teneur suivante : si la travailleuse est empêchée de travailler en raison d'une grossesse, l'employeur a les mêmes obligations. La modification n'est pas seulement formelle. A en croire le message du Conseil fédéral il faudra distinguer, en matière de droit au salaire en cas de grossesse et d'accouchement, entre la période précédant l'accouchement et celle suivant ce dernier.²⁰

Selon le message, l'article 324a alinéa 3 CO ne s'appliquera plus qu'aux empêchements de travailler liés à la grossesse. C'est en premier lieu la LAMat - et non plus le CO - qui réglera la situation après l'accouchement. Il s'agit là d'une simple adaptation rendue nécessaire par le fait que c'est l'assurance-maternité qui prend en charge la maternité (au sens de la LAMat). La possibilité de placer deux des 14

¹⁸ Hypothèse ouverte lors de la présentation de l'exposé.

¹⁹ FF 1997 IV 941 No 229. L'on vise ici par exemple le cas des frontalières qui n'auraient pas été assurées pendant toute la durée de la grossesse (FF 1997 IV 943).

²⁰ FF 1997 IV 941.

semaines du congé de maternité avant l'accouchement eût mérité une précision à l'article 324a alinéa 3 CO, qui devrait réserver l'éventualité où usage serait fait de cette faculté introduite par les Chambres fédérales.

Si la travailleuse est incapable de reprendre le travail après l'accouchement et le congé de maternité en raison de suites fâcheuses de cet événement, il s'agira désormais d'un cas de maladie, qu'il faudra régler en appliquant les dispositions prévues pour les cas de maladie.

L'assurance-maternité étant obligatoire à teneur du droit fédéral, c'est l'article 324b CO qu'il faudra appliquer, en présence d'une femme assurée. La durée de l'obligation de l'employeur de compléter les prestations insuffisantes de l'assurance, à concurrence de 80 % du salaire, est la même que celle prévue à l'article 324a CO²¹. La garantie de 80% du salaire durant le temps limité ne va pas au delà.

Il va de soi que la travailleuse dont le salaire dépasse le plafond du gain assuré dans le cadre de la LAMat aura droit, en application de l'article 324b alinéa 2 CO, à la différence entre l'allocation LAMat qu'elle touchera et le 80% de son salaire.²²

La LAMat introduit un véritable congé de maternité, en disposant qu'en cas de maternité au sens de cette loi, la travailleuse a droit à un congé d'une durée de 14 semaines, dont 12 au moins après l'accouchement. Si la travailleuse a droit à un congé de maternité, mais pas à l'allocation prévue par la LAMat, l'employeur lui verse le salaire selon l'article 324a alinéa 1 CO. Le droit au salaire en cas de congé de maternité existera aussi lorsque la travailleuse aura été empêchée de travailler pendant la même année pour d'autres causes telles que la maladie, l'accident, l'accomplissement d'une obligation légale ou l'exercice d'une fonction publique. C'est là quelque chose de nouveau, et un sort particulier sera ainsi fait à l'accouchement (par rapport aux règles actuelles : le droit ne sera pas épuisé par une absence antérieure, et le versement du salaire pendant le congé de

²¹ Selon Philippe Gnaegi, *Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie*, thèse 1996, *Le droit du travail en pratique*, vol. 13, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1997, en raison du parallélisme de CO 324a et b, il y aurait lieu d'admettre que le droit au salaire de CO 324b est également soumis à l'exigence de la durée minimum des rapports de travail de CO 324a/1 *in fine*, sauf le cas de l'alinéa 3 où l'employeur est obligé de verser le 80% du salaire pendant le délai d'attente légal. Cette restriction ne paraît pas fondée.

²² FF 1997 IV 942.

maternité ne privera pas la travailleuse de son droit au salaire en cas d'empêchement ultérieur de travailler pour une autre cause inhérente à sa personne). Une protection de même nature - réduite - est prévue en cas de placement d'un enfant en vue d'adoption.

Quant au renvoi au seul alinéa 1^{er} de l'article 324a (au vrai, le message, dans son commentaire de la disposition nouvelle, fait également allusion à l'alinéa 2²³), s'agissant du droit au salaire, exclut-il l'application de l'alinéa 4? Je ne le pense pas.²⁴

J'espère que ces quelques propos vous auront convaincu

- que l'Union européenne et son droit exercent une influence très forte sur nos assurances privées – le phénomène est nettement moins important dans le domaine du droit social – et entraîne des effets sur notre législation;
- que la modification de certaines normes du droit de l'assurance sociale peut avoir des conséquences importantes dans le domaine des assurances privées – j'ai pris l'exemple des assurances complémentaires dans le domaine de l'assurance maladie d'une indemnité journalière;
- que droit du contrat de travail et droit de l'assurance sociale ou privée sont imbriqués et que les modifications de ce dernier peut avoir des incidences sur le premier – j'ai pris l'exemple de l'assurance-maternité qui non seulement exerce une influence sur les obligations de l'employeur mais aussi touche indirectement au droit de l'assurance privée dans la mesure où l'employeur peut se libérer de certaines obligations en ayant recours à l'assurance sociale ou privée, le contenu de la première influant sur celui de la seconde (on le voit nettement dans les assurances d'indemnité journalière conclues dans le cadre de l'article 324a alinéa 4 CO, où le modèle de l'assurance sociale – quant à la durée du droit aux prestations (720 jours) est le plus souvent reprise par les assureurs privés).

²³ FF 1997 IV 943.

²⁴ Pour plus de détails, voir : L'assurance-maternité, Colloque de Lausanne 1998, publié sous la direction du Professeur Jean-Louis Duc (Institut de recherches sur le droit de la responsabilité civile et des assurances, Lausanne 1999).