



Collection lausannoise

Bettina Hummer / Patricia Dietschy / Aurélien Witzig
(éditeurs)

Du prétoire à l'auditoire : perspectives transversales en droit du travail

Mélanges en l'honneur du
Professeur Rémy Wyler

Unil



Stämpfli
Éditions



Collection lausannoise

Bettina Hummer / Patricia Dietschy / Aurélien Witzig
(éditeurs)

Du prétoire à l'auditoire : perspectives transversales en droit du travail



A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized first letter followed by a series of connected loops and a long horizontal stroke at the end.



Collection lausannoise

Du prétoire à l'auditoire : perspectives transversales en droit du travail

Mélanges en l'honneur
du Professeur Rémy Wyler

Édité par
Bettina Hummer
Patricia Dietschy
Aurélien Witzig

Comité éditorial

Hansjörg Peter ; Damiano Canapa, Robert J. Danon,
Anne-Christine Favre, Andrew M. Garbarski, Eva Lein

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi. Nous nous réservons expressément le droit d'utiliser nos œuvres à des fins de text- et data-mining.

© Stämpfli Éditions SA Berne · 2025

ISBN 978-3-7272-3041-7

Pour toute question concernant la sécurité du produit

Fabricant : Stämpfli Éditions SA, Wölflistrasse 1, CH-3001 Berne,
editions@staempfli.ch, www.staempfli.ch

Importateur UE : Brockhaus Commission GmbH, Kreydlerstrasse 9,
DE-70806 Kornwestheim,
gpsr@brocom.de, www.brocom.de



Le **scribe** symbolise notre volonté
de produire, en collaboration avec
nos auteurs, du contenu d'exception.

L'accord dérogatoire (art. 324a al. 4 CO) et la responsabilité de l'employeur en cas d'inexécution

ELODIE LE GUEN
Avocate, Spécialiste FSA Droit du travail

Table des matières

I.	Introduction.....	245
II.	Accord dérogatoire.....	246
	A. Principes	246
	1. Exigence formelle.....	246
	2. Exigence matérielle	248
	B. Conséquence de la conclusion d'un accord dérogatoire.....	249
	C. Conséquence du non-respect des exigences formelle et/ou matérielle.....	250
III.	Responsabilité de l'employeur.....	250
	A. Principes	250
	B. Cas tirés de la jurisprudence	252
	1. Non-conclusion de l'assurance.....	252
	2. Violation du devoir d'information	254
IV.	Conclusion	254
V.	Bibliographie.....	255

I. Introduction

Conclure une assurance perte de gains maladie ou accident pour ses employés peut s'avérer être une démarche avantageuse pour l'employeur : cet avantage social améliore l'attractivité de l'entreprise et favorise la fidélisation des talents, tout en assurant une plus grande maîtrise des coûts liés aux absences. Dans ce contexte, l'employeur peut souhaiter conclure avec ses employés un accord le libérant de toute obligation de payer le salaire en contrepartie de la conclusion d'une assurance couvrant l'incapacité considérée. Un tel accord impose toutefois à l'employeur un certain nombre d'incombances vis-à-vis de l'employé, mais également vis-à-vis de la compagnie d'assurance qui, si elles ne sont pas respectées, peuvent engager sa responsabilité.

La présente contribution entend présenter les conditions requises pour qu'un tel accord soit admis et, dans ce contexte, les situations pouvant entraîner la responsabilité contractuelle de l'employeur.

II. Accord dérogatoire

A. Principes

L'étendue du droit au salaire en cas d'incapacité non fautive de travailler inhérente à la personne du travailleur est régie par l'art. 324a al. 1-3 CO¹ qui prévoit un régime de base aux termes duquel l'employeur doit continuer de verser le salaire « pour un temps limité » (al. 1), c'est-à-dire trois semaines pendant la première année de service, et ensuite pour une période plus longue fixée équitablement, en fonction de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières (al. 2). Cette disposition instaure un régime de base, socle minimal de protection auquel il ne peut être dérogé en défaveur de l'employé². Les tribunaux ont établi des barèmes afin de déterminer quel est le temps limité pendant lequel l'employeur doit verser le salaire³.

Le régime de base présente toutefois l'inconvénient d'accorder à l'employé une protection sociale limitée, en particulier au cours des premières années de service, voire d'exclure toute protection lorsque les rapports de travail ont duré moins de trois mois.

Une dérogation au régime de base est admissible, au regard de l'art. 324a al. 4 CO, à condition d'être prévue par accord écrit, contrat-type ou convention collective de travail et d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes au régime de base. Un tel accord dit « dérogatoire » se distingue du régime de base par le fait qu'il prévoit une diminution des droits de l'employé pendant le temps limité prévu par l'art. 324a al. 2 CO tout en accordant à celui-ci des prestations supplémentaires qui sont versées par l'employeur ou plus généralement par une assurance, durant une plus longue période⁴.

Le législateur a ainsi soumis la validité d'un tel accord à une exigence formelle et à une exigence matérielle⁵.

1. Exigence formelle

Outre les cas où l'accord dérogatoire est prévu par contrat-type ou convention collective de travail, le législateur a conditionné la validité de la

¹ Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO ; RS 220).

² Art. 362 CO. Cf. aussi TF, 4A_98/2014 du 10 octobre 2014, c. 4.2.1.

³ WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 305 ss.

⁴ CR CO I-PERRENOUD, art. 324a CO N 85.

⁵ *Ibidem*, N 83.

conclusion d'un accord dérogatoire passé entre l'employeur et l'employé au respect de la forme écrite qualifiée⁶. L'exigence du respect de la forme écrite impose que l'accord dérogatoire porte la signature des deux parties, conformément à l'art. 13 al. 1 CO⁷. La forme écrite nécessite une signature manuscrite (art. 14 al. 1 CO), laquelle peut également être remplacée par une signature électronique (art. 14 al. 2^{bis} CO)⁸ pour autant qu'elle remplisse les exigences de la Loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique et des autres applications des certificats numériques⁹.

Tous les points essentiels de l'accord dérogatoire doivent être convenus en la forme écrite, soit en particulier le pourcentage du salaire assuré, les éventualités couvertes, la durée des prestations, les modalités de financement des primes et la durée du délai de carence¹⁰. Les éventuelles restrictions de couverture doivent également être prévues par écrit, de même que les droits de l'employé vis-à-vis de l'assurance après la fin du contrat de travail¹¹. Selon le Tribunal fédéral, un renvoi aux conditions générales d'assurance ou à un autre document tenu à disposition du travailleur suffit¹².

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que le vice de forme écrite est sanctionné par la nullité de l'accord dérogatoire en application de l'art. 11 al. 2 CO qui énonce qu'à défaut de disposition contraire sur la portée et les effets de la forme prescrite, le contrat n'est valable que si cette forme a été observée¹³. Dans un arrêt plus ancien, le Tribunal fédéral avait toutefois laissé entendre que la nullité absolue découlant du non-respect de l'exigence de forme devait être relativisée dans certains cas, notamment lorsque, par son comportement, l'employeur s'est implicitement engagé à conclure une assurance d'indemnités journalières à laquelle l'employé avait contribué. Si, dans un cas concret, un employé se trouve mieux placé par un accord ne respectant pas les prescriptions de forme que par le régime légal, la nullité ne serait pas une conséquence juridique appropriée et il faudrait considérer que le vice de forme est réparé¹⁴. Cette jurisprudence qui tend à admettre la conclusion d'un ac-

⁶ WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 314.

⁷ CR CO I-PERRENOUD, art. 324a CO N 84.

⁸ CR CO I-XOUSI, art. 14/15 CO N 11.

⁹ Loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique et des autres applications des certificats numériques du 18 mars 2016 (Loi sur la signature électronique, SCSE ; RS 943.03).

¹⁰ CR CO I-PERRENOUD, art. 324a CO N 84.

¹¹ Commentaire du contrat de travail-LONGCHAMP, art. 324a N 37, p. 264.

¹² ATF 131 III 623, c. 2.5.1 ; TF, 4A_98/2014 du 10 octobre 2014, c. 4.2.1 ; TF, 4A_228/2017 du 23 mars 2018, c. 2.2.

¹³ TF, 4A_98/2014 du 10 octobre 2014, c. 4.2.2.

¹⁴ TF, 4A_517/2010 du 11 novembre 2010, c. 4.2 qui concernait toutefois un cas de licenciement immédiat. Se penchant sur la question du salaire dû pour le délai de congé

cord dérogatoire par actes concludants a été citée dans un arrêt de 2018¹⁵ mais n'a, pour l'heure, pas fait l'objet d'un arrêt destiné à publication.

2. *Exigence matérielle*

Le régime dérogatoire doit offrir à l'employé des prestations globalement équivalentes à celles que lui offre le régime de base¹⁶. Selon la jurisprudence, l'équivalence des prestations est admise lorsque l'assurance prend effet dès le premier jour d'emploi, est financée à parts égales par les parties et si elle garantit au travailleur absent en raison d'une incapacité de travail des indemnités correspondant au minimum à 80 % du salaire, versées pendant 720 (ou 730) jours au cours d'une période de 900 jours consécutifs, sous déduction d'un délai de carence de deux voire trois jours au maximum¹⁷.

Bien que ces conditions soient largement admises par la doctrine et ne posent pour la majeure partie d'entre elles pas de difficulté particulière, l'admission d'un délai de carence maximal de trois jours nous paraît problématique. À notre sens, aucun délai de carence ne devrait être toléré en cas d'accord dérogatoire. En effet, dans l'hypothèse où l'incapacité de travail serait systématiquement d'une durée inférieure à trois jours, l'employé n'aurait pas le droit aux prestations d'assurance, alors même qu'il aura généralement contribué au financement de l'assurance. La conclusion de l'accord dérogatoire priverait ainsi l'employé de son droit au salaire pour les incapacités de très courte durée, ce qui nous paraît contraire au but recherché par l'art. 324a CO¹⁸.

En pratique, l'employeur aura le choix de conclure une assurance d'indemnités journalières soumise à la LAMal¹⁹ ou à la LCA²⁰, un régime dérogatoire

ordinaire, le Tribunal fédéral a considéré qu'il convenait de tenir compte du projet de contrat de travail (non signé) qui prévoyait qu'en cas de maladie, l'obligation de l'employeur de continuer à verser le salaire serait remplacée par des prestations d'indemnités journalières de 80 % du salaire dès le début de l'incapacité de travail. L'employeur avait déduit des primes d'assurance du salaire de l'employé si bien que le Tribunal fédéral a retenu que l'accord dérogatoire avait été convenu par actes concludants.

¹⁵ TF, 4A_228/2017 du 23 mars 2018, c. 3.2.2.

¹⁶ CR CO I-PERRENOUD, art. 324a CO N 85.

¹⁷ ATF 135 III 640, c. 2.3.2 ; TF, 4A_228/2017 du 23 mars 2018, c. 2.2.

¹⁸ Du même avis, BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 324a CO N 24.

¹⁹ Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal ; RS 832.10).

²⁰ Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (Loi sur le contrat d'assurance, LCA ; RS 221.229.1).

pouvant être valablement convenu quel que soit le modèle choisi par l'employeur²¹.

B. Conséquence de la conclusion d'un accord dérogatoire

Lorsque l'accord dérogatoire respecte tant les exigences de forme que les exigences matérielles, et pour autant que l'employeur ait effectivement conclu l'assurance convenue et respecté ses obligations vis-à-vis de la compagnie d'assurance, l'employeur est libéré de toute obligation de verser le salaire pour les cas d'incapacité couverts par l'assurance conclue. L'employé ne pourra ainsi faire valoir ses prétentions qu'à l'encontre de la compagnie d'assurance²².

S'agissant en revanche des incapacités non couvertes par l'assurance (telles que par exemple les absences liées à l'exercice d'une obligation légale ou d'une fonction publique), le régime de base reste applicable et l'employeur demeure tenu de verser le salaire pour le temps limité pour les cas concernés²³. De même, si une maladie non couverte par l'assurance en raison d'une réserve (art. 69 LAMal ou art. 33 LCA) survient, l'employeur n'est pas non plus libéré de son obligation de verser le salaire selon le régime légal²⁴. En fonction des circonstances, l'employeur devra même se substituer à l'assurance et verser l'équivalent des indemnités journalières que celle-ci aurait dû servir en l'absence de réserve²⁵.

En revanche, si la compagnie d'assurance refuse de servir ses prestations, parce que l'employé n'a pas respecté ses incombances (telles que la mise à disposition de son dossier médical ou la transmission d'informations complémentaires) ou parce qu'elle considère qu'il n'existe aucune incapacité de travail, l'employeur demeure libéré de son obligation et l'employé ne pourra pas lui réclamer le paiement de son salaire²⁶.

²¹ BONAZ, N 362, p. 120. Il convient toutefois de rappeler que ces deux modèles sont soumis à des règles matérielles mais également procédurales bien différentes. Pour une présentation des différences : BONAZ, pp. 47 ss.

²² BONAZ, N 368, p. 122.

²³ CR CO I-PERRENOUD, art. 324a CO N 88.

²⁴ *Ibidem*, N 89.

²⁵ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 324a CO N 26.

²⁶ CR CO I-PERRENOUD, art. 324a CO N 90.

C. Conséquence du non-respect des exigences formelle et/ou matérielle

Les conditions formelle et matérielle étant cumulatives, si l'une d'elles fait défaut, les parties sont réputées n'avoir conclu aucun accord dérogatoire et l'employeur n'est pas libéré de son obligation de verser le salaire, le régime légal trouvant alors application²⁷. L'employé pourra réclamer à l'employeur le paiement de son salaire conformément au régime de base²⁸, tout en bénéficiant des indemnités journalières de l'assurance pour la période subséquente dans les limites de son dommage²⁹.

Afin d'éviter un enrichissement de l'employé, l'employeur ayant souscrit une assurance et payé la moitié des cotisations peut déduire la totalité des indemnités servies pendant la période limitée de l'art. 324a al. 2 CO, mais pas les indemnités ultérieures ; par leur contribution respective au paiement des primes, l'employeur est réputé se libérer de la totalité de l'indemnité due pour un temps limité, tandis que l'employé s'assure pour la période subséquente³⁰.

III. Responsabilité de l'employeur

A. Principes

De jurisprudence constante, lorsque l'employeur ne satisfait pas à ses obligations contractuelles, par exemple s'il omet de conclure l'assurance avec les prestations prévues, il doit réparer le préjudice subi par le travailleur sur la base de l'art. 97 al. 1 CO, que l'inexécution soit totale ou partielle³¹.

La responsabilité de l'employeur sera ainsi en premier lieu engagée s'il ne conclut pas l'assurance convenue ou s'il conclut une assurance qui ne correspond pas à l'accord dérogatoire. Il en va de même si l'employeur ne s'acquitte pas des primes d'assurance, ne déclare pas le sinistre en temps utile ou ne respecte pas d'une autre manière les conditions générales d'assurance³². L'employeur engage en outre sa responsabilité s'il omet d'informer l'employé de

²⁷ BONAZ, N 360, p. 119 s.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ CR CO I-PERRENOUD, art. 324a CO N 94.

³⁰ TF, 4A_98/2014 du 10 octobre 2014, c. 4.2.1. et les réf. citées.

³¹ TF, 4A_228/2017 du 23 mars 2018, c. 2.2 ; ATF 141 III 112, c. 4.5 ; ATF 127 III 318, c. 5 ; ATF 124 III 126, c. 4 ; ATF 115 II 251, c. 4a et 4b.

³² CR CO I-PERRENOUD, art. 324a CO N 96.

l'existence d'une réserve particulière dans les conditions générales d'assurance³³.

Le créancier qui fonde son action sur l'art. 97 al. 1 CO doit alléguer et prouver, conformément à l'art. 8 CC³⁴, les trois faits constitutifs de cette norme de responsabilité qui sont la violation du contrat, le dommage et le rapport de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation contractuelle et le dommage ; le créancier supporte ainsi le fardeau de la preuve de ces trois faits pertinents³⁵. En revanche, il incombe au débiteur de prouver le quatrième fait constitutif, à savoir qu'aucune faute ne lui est imputable³⁶.

En présence d'un accord dérogatoire valable, il sera généralement aisé pour l'employé de démontrer la violation de l'accord ainsi que son dommage causé par la non-conclusion de l'assurance convenue ou la conclusion d'une assurance ne correspondant pas aux conditions prévues par l'accord dérogatoire. Il pourra facilement s'appuyer sur la documentation contractuelle, ainsi que sur le contrat d'assurance non-conforme, respectivement l'absence de contrat d'assurance, pour démontrer la violation contractuelle commise par l'employeur. La production de certificats médicaux attestant de la durée de l'incapacité de travail permettra en principe à l'employé de prouver la quotité de son dommage, lequel correspondra aux indemnités journalières auxquelles il aurait pu prétendre pendant la durée de son incapacité de travail si l'employeur avait satisfait à ses obligations contractuelles³⁷. Il sera généralement difficile pour l'employeur de démontrer une absence de toute faute de sa part³⁸, étant précisé que la méconnaissance des règles applicables ne suffit pas à exclure sa responsabilité.

La responsabilité revient avant tout à l'employeur, qu'il soit une personne physique ou une personne morale. En présence d'une personne morale, la responsabilité peut toutefois également s'étendre à ses organes lorsque le

³³ *Ibidem*, N 89.

³⁴ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

³⁵ ATF 132 III 689, c. 4.5 ; ATF 129 III 18, c. 2.6 ; ATF 126 III 189, c. 2b.

³⁶ CR CO I-THEVENOZ, art. 97 CO N 54. Voir aussi ROUSSELLE-RUFFIEUX/MICHEL, p. 706.

³⁷ CR CO I-PERRENOUD, art. 324a CO N 96.

³⁸ Voir par exemple TF, 4C.50/2002 du 25 avril 2002, c. 1c, dans lequel le Tribunal fédéral a confirmé, dans le cadre d'un transfert d'entreprise (art. 333 CO), la faute de la société reprenante qui a attendu que la reprise soit effective, alors que le précédent contrat d'assurance était résilié, pour s'adresser à une société d'assurances de son choix, au lieu de demander à la précédente assurance une couverture identique. Le Tribunal fédéral a retenu que la reprenante a provoqué une période de lacune dans la couverture et que la diligence dans le respect des obligations impliquait qu'elle entreprenne les démarches nécessaires suffisamment à l'avance pour que la couverture d'assurance soit fournie avant que le transfert d'entreprise n'ait lieu.

comportement de ces derniers porte atteinte à la fois à la société et au créancier de celle-ci. Notre Haute Cour a ainsi retenu que, lorsque les administrateurs de la société employeuse déduisent les contributions aux primes d'assurance du salaire de l'employé sans toutefois payer les primes dues à l'assurance, l'employé peut agir en réparation du préjudice causé contre la société employeuse en vertu de l'art. 97 al. 1 CO mais également contre les administrateurs de celle-ci à titre personnel en vertu de l'art. 41 CO³⁹.

B. Cas tirés de la jurisprudence

1. *Non-conclusion de l'assurance*

Dans sa jurisprudence rendue en matière de responsabilité contractuelle, le Tribunal fédéral a rappelé que, quand bien même le droit au salaire cesse avec le contrat de travail, il n'en va pas de même des prestations d'assurance. En effet, si une assurance garantit des indemnités sans restriction, le travailleur peut légitimement s'attendre à ce que cette couverture persiste même après la fin de son emploi. Par conséquent, la résiliation du contrat de travail par l'employeur n'entame en rien le droit de l'employé d'obtenir réparation du préjudice résultant du fait que son employeur ne l'a pas mis au bénéfice d'une assurance collective conforme à l'accord dérogatoire⁴⁰.

Le Tribunal fédéral a par ailleurs rappelé que la participation de l'employé au paiement des primes d'assurance perte de gains constitue un indice de l'existence d'un accord dérogatoire⁴¹. En l'occurrence, l'employé reprochait à son ex-employeuse d'avoir souscrit par négligence une assurance assortie de restrictions pour les frontaliers qui ne pouvaient ainsi bénéficier que de 90 indemnités journalières après la fin des rapports de travail. Selon l'employé, cette assurance contrevenait au règlement d'entreprise qui disposait que « *Chaque collaborateur participe à raison de 50 % à l'assurance perte de gain. Il a droit au versement de 80 % de son salaire pendant 720 jours [...]* ». Le Tri-

³⁹ ATF 141 III 121, c. 5.2.3 et 5.3.2.

⁴⁰ ATF 124 III 126, c. 2a. En l'occurrence, le contrat de travail prévoyait un droit aux indemnités en cas de maladie de 180 jours qui n'était pas conforme à l'accord dérogatoire contenu dans une convention collective de travail étendue au moment de la conclusion des rapports de travail. L'employeur a ainsi été condamné à indemniser l'employé pour les indemnités qu'il n'a pas pu percevoir, soit 540 jours qui représentent la différence entre, d'une part, la couverture de 720 jours prévue par l'accord dérogatoire et, d'autre part, la couverture de 180 jours prévue par le contrat individuel de travail.

⁴¹ TF 4A_98/2014 du 10 octobre 2014, c. 4.3 et les réf. citées.

bunal fédéral, avec les instances précédentes, a nié toute responsabilité de l'employeur dès lors qu'aucun accord dérogatoire n'avait été conclu : la lettre d'engagement mentionnait certes une retenue salariale de 0,35 % pour une assurance perte de gain en cas de maladie et était signée par les deux parties, mais elle ne précisait pas les conditions essentielles de ce régime ni ne renvoyait à des documents comme les conditions générales d'assurance ou un règlement d'entreprise. En raison du vice de forme, l'employé ne pouvait prétendre à des dommages-intérêts contractuels selon l'art. 97 CO⁴².

Dans un arrêt ancien, le Tribunal fédéral avait déjà rejeté les prétentions formées par un employé au motif que le contrat de travail n'intégrait pas un accord dérogatoire valable en tant qu'il disposait seulement que la travailleuse devait être assurée contre les accidents, professionnels et non professionnels, « ainsi que sur la perte de gain accident et maladie, selon les lois régies par la LAA et LPP ». Le Tribunal fédéral avait refusé de voir dans le libellé d'une telle clause la description précise des prestations prévues par un régime dérogatoire, faute pour les parties d'avoir respecté les exigences de forme particulières⁴³. L'employé ne souffrait d'aucun dommage dans la mesure où elle pouvait partir de l'idée, au vu du texte du contrat, que le risque maladie était couvert selon le régime de base, ce qui avait été le cas⁴⁴.

Plus récemment, le Tribunal fédéral a reconnu qu'une lettre d'engagement comportant une clause stipulant que « la perte de gain en cas de maladie est assurée à 80 % dès le troisième jour » ne constitue pas un accord dérogatoire valable dès lors que, même si elle est signée par les deux parties, elle ne mentionne pas deux éléments essentiels d'un régime dérogatoire, soit la durée des prestations et les modalités de financement des primes, ni ne comporte de renvoi à des conditions générales d'assurance ni à un autre document. Dans cette affaire, notre Haute Cour a examiné s'il était possible, comme dans l'arrêt TF, 4A_517/2010 du 11 novembre 2010, de retenir que les parties ont convenu par actes concluants d'un régime dérogatoire globalement plus favorable au travailleur que le régime de base, de sorte que l'accord doit être considéré comme valable malgré le vice de forme. Le Tribunal fédéral est toutefois parvenu à la conclusion que l'absence de tout prélèvement sur le salaire à titre de contribution aux primes d'assurance interdisait à l'employé de déduire de bonne foi que son salaire était couvert à concurrence de 80 % pour une longue durée en cas d'incapacité pour cause de maladie, si bien que la responsabilité de l'employeur ne pouvait être retenue⁴⁵.

⁴² TF, 4A_98/2014 du 10 octobre 2014, c. 4.3.

⁴³ ATF 131 III 623, c. 2.5.1.

⁴⁴ ATF 131 III 623, c. 2.5.2.

⁴⁵ TF, 4A_228/2017 du 23 mars 2018, c. 3.2.2.

2. *Violation du devoir d'information*

On l'a vu, il ne suffit pas pour l'employeur de conclure l'assurance convenue, encore faut-il qu'il respecte ensuite les différentes obligations découlant de la conclusion du contrat d'assurance. En particulier, l'employeur a un devoir d'information de l'employé, fondé sur l'art. 331 al. 4 CO, afin que celui-ci puisse faire valoir ses droits vis-à-vis de l'assurance. Dans un arrêt de 2010, le Tribunal fédéral a confirmé la violation par l'employeur de son obligation d'information. L'employeur avait certes informé par écrit son employé de la possibilité de contracter, auprès de son assureur, une couverture d'indemnité journalière en cas de maladie à titre individuel mais avait omis de lui communiquer que, selon les conditions d'assurance, une telle demande devait intervenir dans un délai de 30 jours suivant la fin des rapports de travail. L'employé n'avait en outre pas été informé que l'assurance choisie par son employeur dérogeait au régime ordinaire qui prévoit généralement la poursuite des prestations jusqu'à leur épuisement, même après la fin des rapports de travail. Par conséquent, l'employeur a été condamné à réparer le dommage causé à l'employé dès lors que celui-ci pouvait légitimement penser, en l'absence d'informations à cet égard, que les prestations continueraient au-delà de la fin des rapports de travail⁴⁶.

Par la suite, le Tribunal fédéral a rappelé que si un employeur peut certes engager sa responsabilité contractuelle en omettant de communiquer les conditions d'assurance et les restrictions concernant certains travailleurs, il ne devra répondre des promesses faites au travailleur que pour autant que l'obligation de conclure une assurance repose sur un fondement juridique valable. Or, en l'absence d'un accord dérogatoire respectant les exigences de forme, aucune responsabilité de l'employeur ne peut être retenue⁴⁷.

IV. Conclusion

L'examen des décisions rendues ces dernières années par le Tribunal fédéral nous pousse à constater qu'en dehors des cas où un accord dérogatoire est prévu par un contrat-type ou une convention collective de travail, il est finalement assez rare que les parties aient observé l'ensemble des conditions strictes imposées par la jurisprudence et qu'on soit en présence d'un véritable accord dérogatoire. Même lorsque l'employeur s'engage, par contrat, à conclure une assurance perte de gains, sa responsabilité ne sera généra-

⁴⁶ TF, 4A_186/2010 du 3 juin 20210, c. 3.

⁴⁷ TF, 4A_98/2014 du 10 octobre 2014, c. 4.4.

lement pas engagée du seul fait de ne pas avoir conclu l'assurance convenue, sauf cas où un accord dérogatoire a valablement été conclu par les parties au contrat. Le raisonnement du Tribunal fédéral basé essentiellement sur le respect de la forme écrite nous paraît inadapté dans les cas où l'employé a participé au financement de l'assurance d'indemnités journalières. Il serait bienvenu que notre Haute Cour confirme, par un arrêt de principe, la possibilité de conclure un accord dérogatoire par acte concluant, ce qui permettrait d'étendre la responsabilité de l'employeur aux cas où il crée, par son comportement ou sa réglementation interne, une expectative, sans s'y conformer.

V. Bibliographie

- Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (éds.), Commentaire du contrat de travail, 2^e éd., Berne 2022 (cité : Commentaire du contrat de travail-AUTEUR, art. X CO N Y).
- BONAZ LUCILE, L'assurance perte de gain maladie en droit suisse (thèse), Genève 2024.
- BRUCHEZ CHRISTIAN/MANGOLD PATRICK/SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, Commentaire du contrat de travail : Selon le code des obligations, Lausanne 2019 (cité : BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. X CO N Y).
- ROUSSELLE-RUFFIEUX SARA/MICHEL PAUL, L'indemnisation de la perte de gain maladie à la fin des rapports de travail, in : Panorama IV en droit du travail : recueil d'études réalisées par des praticiens (Wyler, éd.), IDAT n° 45, Berne 2023, pp. 683 ss.
- Thévenoz Luc/Werro Franz (éds.), Commentaire romand, Code des Obligations I, Art. 1-529 CO, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I-AUTEUR, art. X CO N Y).
- WYLER RÉMY/HEINZER BORIS/WITZIG AURÉLIEN, Droit du travail, 5^e éd., Berne 2024.

