

Résumé et analyse

Proposition de citation :

CONTI MOREL EMILIE, De la fin du mythe des 730 jours d'indemnisation. Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_424/2020, Newsletter rcassurances.ch mars 2021

Assurance perte de gain maladie LCA, incapacité de travail postérieure au licenciement, preuve de la perte de gain, indemnisation selon les prestations du chômage

Art. 324a al. 4 CO ; 8 CC



## Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_424/2020 du 19 janvier 2021

Emilie Conti Morel

### I. Objet de l'arrêt

Cet arrêt traite de la question de savoir si un assureur perte de gain maladie LCA peut fixer le montant des indemnités journalières en fonction des prestations que la personne assurée aurait perçu du chômage si elle n'avait pas été incapable de travailler, dans le cas où la maladie est survenue entre la notification du licenciement et la fin du contrat de travail, c'est-à-dire durant le délai de congé.

### II. Résumé de l'arrêt

#### A. Les faits

L'assuré, A., travaillait depuis 9 ans au service de l'entreprise C. SA en qualité de *Controller Sales Insurance* lorsqu'il a été licencié en février 2018 avec effet à la fin août 2018. Durant le délai de congé, une convention de fin des rapports de travail a été conclue, avec libération de l'obligation de travailler et octroi d'une indemnité de départ de CHF 219'500.- brut correspondant à 12 mois de salaire.

Dès le 27 juillet 2018, soit un mois avant la fin de son contrat de travail, A. s'est trouvé en incapacité totale de travailler pour motifs somatiques et psychiques.

Après l'expiration du délai de carence, l'assureur perte de gain maladie de C. SA a pris le cas en charge. **Estimant que A. n'avait pas rendu vraisemblable une reprise de travail après la fin de son contrat, l'assureur a considéré que son dommage correspondait aux prestations qui lui auraient été versées par le chômage s'il n'avait pas été malade**, à savoir 70% du gain maximum assuré, soit CHF 103'740.- (70% de CHF 148'200.-). A. a contesté ce calcul et réclamé que les indemnités journalières soient fixées sur la base du salaire qu'il percevait auprès de C. SA.

L'action partielle de A. a été rejetée par le tribunal cantonal de Bâle-Campagne au motif que A. n'avait pas rendu hautement vraisemblable qu'il aurait retrouvé un emploi dès le 1<sup>er</sup> septembre 2018, ni démontré qu'il aurait perçu un salaire plus élevé que les prestations du chômage. En particulier, les pourparlers entrepris avec l'entreprise D. Sàrl, n'ont pas été

considérés comme suffisamment probants compte tenu du fait que ni le montant du salaire, ni la date d'entrée en fonction n'avaient été définis.

## B. Le droit

A. a invoqué une **violation de l'art. 8 CC en lien avec la présomption selon laquelle il n'aurait pas retrouvé d'emploi après la fin de son contrat de travail s'il n'avait pas été malade** (c. 3). En se référant à l'ATF 141 III 241, il a souligné qu'il n'était pas « sans emploi » lors du début de l'incapacité de travail. Il devait donc bénéficier de la présomption selon laquelle il aurait continué à travailler s'il n'avait pas été malade. Même si cette présomption ne devait pas lui être applicable, A. se prévalait de **l'expérience générale de la vie qui montrait que les personnes actives professionnellement le restaient, sauf circonstances exceptionnelles telles que maladie ou accident**. Ce principe s'applique notamment dans le domaine de la responsabilité civile, où la perte de gain est généralement évaluée sur la base du salaire réalisé par la personne lésée avant l'accident (c. 3.1).

En outre, A. argumentait qu'il est quasiment impossible pour la personne assurée d'apporter la preuve formelle qu'elle aurait repris un nouvel emploi si elle n'avait pas été incapable de travailler, en particulier lorsque l'incapacité de travail survient peu après la notification du licenciement. Dans le cas de A., **des pourparlers étaient déjà à un stade avancé avec un potentiel nouvel employeur**. Le fait que le montant exact du salaire et le jour d'entrée en fonction n'aient pas encore été fixés n'aurait pas dû être déterminant (c. 3.1).

Le TF commence par rappeler les principes énoncés à l'ATF 141 III 241 concernant la preuve de la perte de gain. **La personne sans emploi qui n'a pas droit aux indemnités de chômage doit prouver l'existence d'une perte de gain pour pouvoir prétendre à des indemnités journalières**. Elle doit donc prouver, selon le principe de la vraisemblance prépondérante, qu'elle aurait exercé une activité lucrative si elle n'avait pas été malade. Ceci vaut pour la personne **qui était déjà sans emploi lors de la survenance de la maladie**. A l'inverse, la personne qui était encore en emploi lors de la survenance de la maladie bénéficie d'une **présomption de fait en ce sens que sans la maladie qui l'affecte, elle exercerait encore une activité lucrative** (c. 3.2).

Le TF précise ensuite, en se référant à l'arrêt 4A\_563/2019, c. 5.3.2, que **le moment de la résiliation du contrat de travail est déterminant pour la présomption de fait** : celle-ci s'applique donc uniquement si la personne assurée est devenue incapable de travailler pour cause de maladie **avant la résiliation de son contrat** (c. 3.2).

Le TF **confirme ensuite sa jurisprudence** en rappelant l'origine. Ces principes avaient initialement été développés en matière d'assurance maladie perte de gain soumise à la LAMal. Dans ce domaine, la jurisprudence n'était pas limpide sur la question de savoir quel était le moment déterminant pour l'application de la présomption de fait, entre la résiliation du contrat et la fin du contrat de travail. Une présomption de fait repose sur l'expérience générale de la vie. Pour le TF, la personne qui tombe malade, puis est licenciée après la période de protection contre les congés, bénéficie de la présomption selon laquelle, sans la maladie, elle aurait poursuivi le même travail et continué à percevoir le même salaire. En revanche, la personne qui tombe malade après avoir été licenciée (mais avant la fin du contrat), peut certes bénéficier d'une présomption selon laquelle elle aurait continué à travailler pour un nouvel employeur si elle n'avait pas été malade, en particulier si elle avait toujours été en emploi par

le passé, mais elle ne peut pas bénéficier d'une présomption relative au maintien du même salaire. En l'espèce, l'incapacité de travail de A. était survenue **après la notification de son licenciement**. L'instance cantonale pouvait donc retenir que A. **ne bénéficiait pas de la présomption de fait** du maintien du même salaire au-delà de la fin du contrat de travail s'il n'avait pas été malade (c. 3.3).

Le recourant s'est ensuite prévalu d'une **violation du fardeau de la preuve**, dans la mesure où c'est une preuve stricte qui était exigée de lui, plutôt qu'une preuve selon le degré de la vraisemblance prépondérante (c. 4).

Le TF rappelle ce qu'il faut entendre par « vraisemblance prépondérante », en soulignant qu'un degré de 51% n'est pas suffisant à cet égard, la doctrine évoquant plutôt **75% de probabilité** (c. 4.1).

L'instance cantonale a retenu que les seules recherches d'emploi effectuées par l'assuré avaient été des discussions avec l'entreprise D. Sàrl. **L'embauche par cette dernière n'était toutefois pas hautement vraisemblable, dans la mesure où ni la date de début d'emploi, ni le montant du salaire n'avaient été définis**. Il était d'ailleurs ressorti des enquêtes que A. n'envisageait pas de baisse de salaire. Cet élément était donc important pour lui. En outre, s'agissant de la date de prise d'emploi, elle aurait probablement été repoussée de douze mois, A. ayant négocié avec C. SA une indemnité de départ équivalente à 12 mois de salaire (c. 4.2).

Le TF rejette l'argument de A. selon lequel une preuve formelle était exigée de lui concernant le salaire au franc près et le jour exact de la prise d'emploi, en indiquant qu'il s'agit d'une question d'objet de la preuve et non pas de degré de la preuve. La cour cantonale disposait de différents indices lui permettant de retenir que l'embauche auprès de D. Sàrl n'avait pas été rendue hautement vraisemblable. En critiquant cela, l'assuré faisait en réalité valoir une appréciation arbitraire des preuves (c. 4.3.1).

Comme les seules perspectives d'emploi démontrées concernaient D. Sàrl, le TF voit deux possibilités : soit l'emploi auprès de D. Sàrl se serait concrétisé, peut-être avec un salaire inférieur, soit l'assuré aurait bénéficié des prestations du chômage. **L'assuré critique le fait qu'on parte implicitement du principe qu'il serait resté durant deux ans au chômage**. Le TF reconnaît qu'il s'agit là du point délicat du cas. En effet, son salaire annuel était de CHF 219'500.-. Même un salaire inférieur aurait donc encore été largement supérieur aux prestations du chômage, plafonnées à 70% du gain maximum assuré, soit équivalentes à CHF 103'740.-. Le TF n'est pas non plus convaincu qu'on puisse inférer de l'octroi d'une indemnité de départ de douze mois de salaire le fait que A. aurait différé d'autant la prise d'un nouvel emploi, comme l'a fait l'instance précédente.

Le TF a toutefois considéré que l'appréciation de l'instance précédente n'était **pas arbitraire**. En effet, l'assuré accordait une grande importance au niveau de la rémunération. En-dessous d'un certain seuil, il aurait donc vraisemblablement refusé l'offre de D. Sàrl et continué ses recherches d'emploi. Or, le représentant de D. Sàrl, entendu comme témoin, n'avait pas été en mesure d'articuler un ordre de grandeur de la rémunération qui aurait pu être proposée à A. Celui-ci n'avait donc pas rendu hautement vraisemblable qu'il aurait commencé à travailler auprès de D. Sàrl après la fin de son contrat s'il n'était pas tombé malade avant (c. 4.3.2).

Le TF relève finalement que l'instance précédente a également retenu à juste titre qu'il lui aurait manqué des données concrètes pour calculer la perte de gain dans ce nouvel emploi (c. 4.3.3).

Le recours de A. est donc rejeté.

### III. Analyse

#### 1. Nature de l'assurance perte de gain maladie

Jusqu'à maintenant, le praticien, confronté à un cas d'incapacité de travail se poursuivant au-delà de la fin du contrat de travail, se posait la question de savoir s'il avait affaire à une **assurance perte de gain soumise à la LAMal ou soumise à la LCA**.

Dans le premier cas, le principe était la fin de la couverture d'assurance au moment de la fin de l'affiliation, c'est-à-dire à la fin du contrat de travail, avec une possibilité de passer dans l'assurance individuelle pour rester couvert après la fin du contrat<sup>1</sup>.

Dans le second cas, il convenait de lire les CGA pour déterminer si celles-ci prévoyaient la fin des prestations au moment de la sortie du cercle des assurés. A défaut, on pouvait partir du principe que les prestations prévues dans le contrat d'assurance seraient versées jusqu'à l'expiration des prestations, respectivement jusqu'à ce que la personne assurée recouvre sa capacité de travail<sup>2</sup>. Il appartenait naturellement à l'ayant droit de prouver la poursuite de son incapacité de travail d'un point de vue médical<sup>3</sup>.

Désormais, en présence d'une assurance perte de gain soumise à la LCA, il faut encore définir s'il s'agit **d'une assurance de somme ou d'une assurance de dommage** avant de pouvoir conclure à la poursuite des indemnités journalières convenues au-delà du terme du contrat de travail. Savoir si l'on est en présence de l'une ou de l'autre dépend du contrat d'assurance et des conditions générales, étant précisé que les règles usuelles d'interprétation des contrats sont applicables<sup>4</sup>.

Dans l'arrêt présentement commenté, les CGA étaient manifestement suffisamment explicites quant au **caractère indemnitaire de l'assurance** pour que la question n'ait pas été débattue devant le TF. En effet, en présence d'une **assurance de somme**, la question du montant des indemnités journalières après la fin du contrat de travail ne se serait pas posée, puisque, l'assurance de sommes garantit une prestation prédéfinie lors de la conclusion du contrat, qui doit être versée si l'événement assuré survient, sans égard à ses conséquences pécuniaires et à l'existence d'un possible dommage. En revanche, dans une **assurance de dommage**, les cocontractants font de la perte patrimoniale effective une condition autonome du droit aux prestations<sup>5</sup>.

Comme cela ressort de l'arrêt 4A\_563/2019 du 14.7.2020, la distinction entre les deux types d'assurance est souvent malaisée et source de nombreux litiges. Le fait que l'assurance vise à

---

<sup>1</sup> ATF 127 III 106, c. 3a.

<sup>2</sup> ATF 127 III 106, c. 3b.

<sup>3</sup> TF 4A\_85/2017 du 4 septembre 2017, c. 2.3.

<sup>4</sup> TF 4A\_563/2019 du 14 juillet 2020, publié aux ATF 146 III 339, c. 5.2.3.

<sup>5</sup> *Idem*.

parer aux conséquences économiques de l'incapacité de travail due à une maladie n'est pas un élément décisif, dans la mesure où ceci correspond toujours au but d'une telle assurance, qu'elle soit de somme ou de dommage. **Ce sont donc plutôt les conditions entourant l'obligation de prester qui comptent**<sup>6</sup>.

Dans l'arrêt précité, la clause topique des CGA laissait penser que la **survenance d'une incapacité de travail** suffisait à entraîner le versement de l'indemnité, indépendamment du dommage effectif<sup>7</sup>. Ceci aurait donc pu conduire, a priori, à retenir une assurance de somme, en dépit d'une clause d'imputation des prestations de tiers. En effet, dans un arrêt plus ancien, le TF avait conclu à **une assurance de somme malgré une clause d'imputation des prestations de tiers contenue dans les CGA**, en indiquant : « Lorsque le contrat d'assurance prévoit le versement à l'assuré d'une indemnité journalière forfaitaire – constituant ce que l'on désigne en langue allemande par l'expression *Taggeld* – qui ne suppose pas que l'assuré subisse une perte effective sur le plan économique, mais qui est versée en fonction du seul degré de l'incapacité de travail de l'assuré, il s'agit d'une assurance de sommes »<sup>8</sup>.

Dans l'arrêt 4A\_563/2019 du 14.7.2020, le TF a toutefois validé l'analyse de l'instance cantonale selon laquelle il s'agissait d'une assurance de dommage en tenant compte des éléments suivants :

- assurance collective visant un salarié de l'entreprise, preneuse d'assurance, par opposition à l'assurance du chef d'entreprise/employeur, souvent conçue comme une assurance de somme ;
- couverture de personnes non nommément désignées dans le contrat d'assurance ;
- référence au dernier salaire AVS touché dans l'entreprise, autrement dit au salaire effectif ;
- clause d'imputation des prestations de tiers.

Comme on le voit à la lecture des deux arrêts précités, la distinction entre assurance de somme et assurance de dommage repose sur de subtiles nuances d'interprétation des CGA, ce qui n'est pas satisfaisant compte tenu de l'enjeu que peut avoir la question pour l'ayant droit.

## 2. Degré de la preuve exigée pour la perte de gain

Comme précédemment évoqué, en présence d'une assurance de dommage, il incombe en principe à l'ayant-droit de prouver l'existence et l'étendue de son dommage.

Le TF a repris les présomptions initialement développées dans le domaine des assurances perte de gain soumises à la LAMal et les a transposées au domaine des assurances perte de gain LCA. Dorénavant, les présomptions se présentent comme suit :

- Incapacité de travail antérieure à la notification du licenciement → présomption de fait selon laquelle sans la maladie qui l'affecte, la personne assurée n'aurait pas été licenciée et aurait donc continué à percevoir le même salaire pendant toute la durée de l'incapacité de travail.

---

<sup>6</sup> TF 4A\_563/2019 du 14 juillet 2020, c. 5.2.4.

<sup>7</sup> *Idem.*

<sup>8</sup> ATF 133 III 527, c. 3.2.4 et 3.2.5 ; voir aussi TF 4A\_332/2010 du 22 février 2011, c. 5.2.4.

- Incapacité de travail survenue durant le délai de congé ou après la fin du contrat de travail → la personne assurée doit prouver l'existence d'une perte de gain et l'ampleur de celle-ci pour pouvoir prétendre à des indemnités journalières au-delà de la fin du contrat de travail, selon le principe de la vraisemblance prépondérante.

Dans la seconde hypothèse, le TF indique que la personne assurée peut certes bénéficier d'une présomption selon laquelle elle aurait continué à travailler pour un nouvel employeur si elle n'avait pas été malade, en particulier si elle avait toujours été en emploi par le passé, mais elle ne bénéficie pas d'une présomption relative au maintien du même salaire.

Ainsi, soit la personne assurée parvient à prouver qu'elle aurait entrepris **un nouvel emploi** si elle n'avait pas été en incapacité de travail, avec un salaire prédéfini, soit on partira du principe qu'elle aurait été au **chômage** et les indemnités perte de gain seront calculées sur cette base, pour autant qu'elle remplisse les conditions de l'assurance-chômage (période de cotisation, domicile en Suisse etc.). A défaut, elle n'aura plus de droit aux indemnités journalières dès la fin du contrat de travail.

En l'espèce, le degré de la preuve de la perte de gain exigée de l'assuré a été fixé à un niveau confinant à la **preuve formelle**. En effet, les pourparlers initiés par A. avec l'entreprise D. Sàrl se trouvaient à un stade relativement avancé lorsque celui-ci est devenu incapable de travailler. Ceux-ci n'ont toutefois pas été jugés suffisants pour rendre hautement vraisemblable la conclusion d'un contrat de travail avec cette entreprise du fait que le montant du salaire n'avait pas encore été fixé et le jour de début d'emploi pas encore défini. Dans ce contexte, le TF a estimé que l'assureur pouvait fixer les indemnités journalières sur la base des prestations qui auraient été versées par le chômage.

### 3. Critiques du raisonnement du Tribunal fédéral

Le fait, pour l'assureur, de pouvoir réduire, voire supprimer les indemnités journalières après la fin du contrat de travail en cas d'absence de preuve de la conclusion d'un nouveau contrat de travail par l'ayant droit nous paraît problématique à plusieurs égards.

Tout d'abord, ce raisonnement contrevient au **principe d'équivalence** qui doit prévaloir entre les prestations assurées et les primes encaissées par l'assureur<sup>9</sup>. En effet, alors que les **primes d'assurance** sont régulièrement adaptées en fonction de la masse salariale du personnel couvert par l'assurance, les indemnités versées sont déconnectées du montant du salaire assuré après la fin du contrat de travail. Ceci est particulièrement flagrant lorsque le salaire effectif de l'ayant droit était largement supérieur au salaire maximum assuré par l'assurance-chômage, comme dans le cas d'espèce.

Ensuite, ces principes sont problématiques sous l'angle **de l'art. 324 al. 4 CO**. En effet, pour pouvoir se libérer de son obligation de verser le salaire pendant l'incapacité de travail, l'employeur doit conclure une assurance offrant des prestations globalement équivalentes au régime de base prévu par l'art. 324 al. 1 à 3 CO. Les conditions pour que le régime dérogatoire soit jugé équivalent sont les suivantes :

---

<sup>9</sup> BRULHART VINCENT, Droit des assurances privées, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2017, p. 90 N 170.

- l'assurance couvre l'incapacité de travail pour cause de maladie pendant une durée de 720 ou 730 jours sur une période de 900 jours ;
- pendant cette durée les indemnités d'assurance couvrent au moins 80% du salaire ;
- l'employeur prend en charge au moins la moitié de la prime de cette assurance<sup>10</sup>.

Lorsque l'assurance perte de gain stipule que les indemnités journalières prennent fin en cas de rupture des rapports de travail ou peu après, les prestations ne peuvent pas être considérées comme équivalentes, car le droit aux 720 ou 730 indemnités journalières n'est alors pas effectivement garanti<sup>11</sup>. Il en va de même, à nos yeux, dans le cas d'espèce.

De tels contrats sont en outre souvent **contraires aux clauses de conventions collectives de travail** prévoyant de manière impérative la durée des prestations à verser<sup>12</sup>. L'employeur est donc susceptible **d'engager sa responsabilité** pour le dommage ainsi causé à son employé, y compris pour la période postérieure à la fin du contrat de travail<sup>13</sup>.

Ces principes se heurtent également à **la lettre des conditions générales d'assurance**, qui devraient, dans le doute, être interprétées en défaveur de l'assureur<sup>14</sup>. La police d'assurance et les CGA garantissent en effet généralement à l'ayant droit les prestations équivalentes susmentionnées, à savoir une indemnisation de 80, 90 ou 100% du dernier salaire AVS durant 730 jours sur une période de 900 jours, sans prévoir d'exception en fonction du jour du licenciement. Or, selon les principes développés par le Tribunal fédéral, peu importe le pourcentage du salaire assuré. Peu importe également la durée d'assurance convenue. Seule sera indemnisée la perte de gain effective rendue hautement vraisemblable par l'ayant droit pour la période postérieure à la fin du contrat de travail.

Par ailleurs, les présomptions développées par le TF ne correspondent pas à **l'expérience générale de la vie**, qu'elles sont pourtant censées refléter. En l'occurrence, dans l'arrêt commenté, on part du principe que l'assuré aurait été au chômage pendant deux ans s'il n'avait pas été malade. Or, selon toute vraisemblance, il aurait retrouvé un travail plus tôt, que ce soit auprès de D. Sàrl ou d'un autre employeur. Selon les statistiques du SECO, le chômage de longue durée, à savoir le chômage de plus d'un an, constitue l'exception et non pas la règle. Ainsi, au mois de janvier 2021, sur l'ensemble des chômeurs, 57,7% étaient au chômage depuis 1 à 6 mois, 24,2% depuis 7 à 12 mois et 18,1% depuis plus d'un an<sup>15</sup>. La présomption d'un chômage de 24 mois ne correspond donc pas à l'expérience générale de la vie.

En outre, le **degré de la preuve de la perte de gain** a été fixé à un niveau confinant à la preuve formelle. Pour toutes les personnes qui deviennent incapables de travailler peu de temps après leur licenciement, cette preuve sera impossible à apporter, puisqu'elles n'auront pas eu l'occasion de commencer leurs recherches d'emploi. La preuve du montant des prestations

---

<sup>10</sup> BRUCHEZ CHRISTIAN/MANGOLD PATRICK/SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, Commentaire du contrat de travail, 4<sup>e</sup> éd., Lausanne 2019, ad art. 324a N 24.

<sup>11</sup> BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB (note 10), ad art. 324a N 24.

<sup>12</sup> BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB (note 10), ad art. 324a N 24.

<sup>13</sup> ATF 127 III 318 = SJ 2002 I 153, c. 5

<sup>14</sup> TF 5C.134/2002 du 17 septembre 2002.

<sup>15</sup> La situation sur le marché du travail en janvier 2021, Brochure du SECO du 2 février 2021, p. 6.

du chômage sera, elle aussi, parfois difficile à apporter, si l'on pense par exemple aux assurés domiciliés à l'étranger.

Enfin, on place les personnes concernées dans une **situation précaire**, en particulier celles qui ne rempliraient pas les conditions du chômage si elles étaient capables de travailler. En effet, celles-ci se retrouvent sans emploi et sans capacité de travail, donc sans possibilité de s'inscrire au chômage. Elles sont ainsi entièrement dépendantes de ces indemnités perte de gain. **Or, le but de ces assurances perte de gain était précisément d'améliorer la situation des travailleurs par rapport au régime de base de l'art. 324a CO, en particulier pour la période suivant la fin des rapports de travail**<sup>16</sup>. Ce but n'est manifestement plus atteint aujourd'hui.

#### 4. Piste de réflexion

Ne faudrait-il pas admettre que les assurances perte de gain maladie soumises à la LCA sont des **assurances de dommage d'un type particulier, comprenant une indemnisation forfaitisée**, indépendante de la perte de gain effective ? Cette approche est évoquée par HÄBERLI/HUSMANN pour les assurances perte de gain d'indépendants et pourrait, à nos yeux, s'appliquer *mutatis mutandis* à l'assurance des salariés<sup>17</sup>. Le fait qu'il ne s'agisse pas d'une assurance de dommage « classique » ressort des prestations assurées en perte de gain maladie. En effet, à la conclusion du contrat, l'employeur choisit d'assurer un certain pourcentage du salaire AVS de son personnel. Il choisit donc un taux d'indemnisation qui aura naturellement un impact sur le montant de la prime. S'il s'agissait d'une assurance de dommage « classique », il suffirait de prévoir, dans la police d'assurance, la couverture de la perte de gain effective de l'ayant droit, charge à celui-ci de la prouver. Il ne s'agit pas non plus d'une assurance de somme « classique », puisque celle-ci exclut en principe l'imputation des prestations des tiers.

Comme indiqué par FUHRER, qui se réfère à l'arrêt du TF 5C.21/2007 du 20.4.2007, **la forfaitisation du dommage est possible avec une assurance de dommage**, sans conduire à requalifier cette assurance en assurance de somme ; ce procédé est utile lorsque la définition du dommage concret est difficile, comme c'est manifestement le cas en l'espèce, ou lié à des coûts excessifs<sup>18</sup>.

**Cette approche permettrait de concilier les intérêts de chacune des parties au contrat**, à savoir l'intérêt de l'assureur de pouvoir imputer sur ses prestations les prestations de tiers, telles que les rentes AI ou LPP rétroactives, d'une part, et l'intérêt de l'ayant droit de percevoir les indemnités journalières prévues dans la police d'assurance jusqu'au terme de son incapacité de travail, respectivement jusqu'à l'expiration des prestations, en cas de sinistre survenu durant la période d'assurance d'autre part.

Précisons que sous l'égide de la LCA révisée, qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2022, l'assureur aura l'obligation, avant la conclusion du contrat d'assurance, de renseigner le preneur d'assurance sur les principaux éléments du contrat d'assurance, notamment sur l'étendue de la couverture d'assurance et sa nature, c'est-à-dire la question de savoir s'il s'agit d'une assurance de somme ou d'une assurance dommage (art. 3 al. 1 let. b LCA dans sa teneur au 1<sup>er</sup> janvier 2022).

---

<sup>16</sup> ATF 127 III 318 = SJ 2002 I 153, c. 4b.

<sup>17</sup> HÄBERLI CHRISTOPH/HUSMANN DAVID, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Berne 2015, p. 10 N 36 et p. 12 N 42.

<sup>18</sup> FUHRER STEPHAN, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, p. 34 N 2.74.



Appelons de nos vœux le développement d'une troisième voie, à savoir celle de l'assurance de dommage forfaitisée.

## **5. Conclusions**

Le système progressivement mis en place par les assureurs avec l'aval de notre Haute Cour en matière d'assurance perte de gain maladie LCA va plonger toutes les personnes qui deviennent incapables de travailler après la résiliation de leur contrat de travail dans une grande insécurité financière et risque d'être une nouvelle source de litiges sans fin.

En effet, à moins d'avoir déjà signé un nouveau contrat de travail, la personne assurée risque fortement de voir ses indemnités perte de gain réduites à hauteur des prestations qui lui auraient été versées par le chômage si elle n'avait pas été en arrêt de travail à la fin de son contrat. Or, présumer un chômage de longue durée pour toute personne qui devient incapable de travailler après la résiliation de son contrat de travail ne correspond pas à l'expérience générale de la vie. En outre, l'employeur pourrait être tenu pour responsable d'une couverture d'assurance insuffisante, en particulier lorsque l'obligation de conclure une telle assurance est prévue dans une convention collective de travail.

Pour éviter ces écueils, il conviendrait de reconnaître les spécificités de l'assurance maladie perte de gain par rapport aux autres types d'assurances, dans la mesure où elle comporte à la fois des éléments typiques d'une assurance de somme (prestations prédéfinies en cas de sinistre) et des éléments typiques d'une assurance de dommage (imputation des prestations de tiers). Cette assurance devrait donc être qualifiée d'assurance de dommage avec indemnisation forfaitisée, indépendante de la perte de gain effective.

Ceci permettrait d'éviter de se perdre en conjectures sur la trajectoire hypothétique de la personne assurée dans le cas où elle ne serait pas tombée malade et d'assurer le versement des prestations d'assurance convenues jusqu'au recouvrement de la capacité de travail, tout en permettant à l'assureur d'imputer sur ses prestations les éventuelles prestations de tiers.