

## NEWSLETTER – Février 2021 – Droit du travail et assurances



### Indemnités journalières perte de gain maladie, résiliation et incapacité de travail : enjeux pour les employés à revenus élevés

#### I. Essentiel en bref

Dans son arrêt 4A\_424/2020<sup>1</sup>, le Tribunal fédéral précise et détaille sa jurisprudence relative aux assurés dont les rapports de travail ont été résiliés et qui n'ont pas droit aux indemnités journalières de l'assurance chômage en raison d'une incapacité de travail<sup>2</sup>. Ces personnes peuvent avoir droit à des indemnités perte de gain maladie de l'assurance de l'(ancien) employeur. Dans ce cas, le régime et le calcul du montant des indemnités diffèrent selon que l'incapacité est survenue antérieurement ou postérieurement à la résiliation des rapports de travail. **Pour les employés avec des salaires supérieurs ou des hauts salaires, l'enjeu est de taille puisque selon la solution applicable, le montant des indemnités journalières de l'assurance sera calculé sur la base du salaire assumé plafonné de l'assurance chômage (70% ou 80 % de CHF 148'200<sup>3</sup>) et non du salaire réel.**

**Un employé licencié et assuré à l'assurance perte de gain maladie de son employeur<sup>4</sup> peut se prévaloir d'une présomption selon laquelle il aurait poursuivi une activité lucrative, s'il était en incapacité de travail à la date de la résiliation des rapports de travail**, et ainsi bénéficier d'indemnités journalières à hauteur du salaire qu'il percevait dans son emploi. **A défaut, l'employé assuré doit démontrer avec une vraisemblance prépondérante qu'il aurait poursuivi une activité lucrative s'il n'avait pas été en incapacité.** Cette démonstration doit être effectuée à la lumière d'éléments concrets qui doivent être allégués ; en font partie le montant du salaire auquel l'assuré aurait pu prétendre, par hypothèse supérieur aux indemnités servies par l'assurance chômage, ainsi que les détails éventuels des discussions avec des potentiels employeurs et les réflexions de l'employé quant à ses recherches.

#### II. Faits objet de l'arrêt

L'assuré A (ci-après: "le recourant" ou "A") travaillait au sein de la société C SA. Il était assuré auprès de l'assurance B SA (ci-après: "l'assureur" ou "B SA") à titre de l'assurance perte de gain maladie. Le 12 février 2018, C SA a

<sup>1</sup> Du 19 janvier 2021, en allemand et destiné à publication ; [arrêt 4A\\_424/2020](#).

<sup>2</sup> Ou de façon limitée, conformément à l'article 28 LACI, et sous réserve de dispositions particulières, notamment cantonales (à l'instar, par exemple, des articles 19a ss de la loi sur l'emploi dans le canton de Vaud).

<sup>3</sup> Art. 22 et 23 al. 1 LACI, et 22 al. 1 OLAA.

<sup>4</sup> Pour rappel, avec le régime le plus fréquent en pratique des assurances collectives de l'employeur soumises à la LCA, la couverture ne prend pas fin avec la fin des relations contractuelles avec l'échéance de la durée convenue des prestations selon le contrat. A ce sujet, notamment WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, *Droit du travail*, 4<sup>e</sup> édition, Berne 2019, pp. 336 s.

signifié au recourant la résiliation ordinaire de son contrat de travail avec effet au 31 août 2018. Par convention, A et C SA se sont accordés sur les modalités de fin des rapports de travail. Il a notamment été convenu d'une libération de l'obligation de travailler dès le 1<sup>er</sup> avril 2018 ainsi que du paiement, en faveur de A, d'un montant brut de CHF 219'500.- équivalant à un an de salaire.

Dès le 27 juillet 2018, soit durant le délai de résiliation, A s'est retrouvé en incapacité de travail totale en raison de troubles somatiques et psychiques. Après l'expiration du délai d'attente de 90 jours de l'assurance, B SA a versé à A des indemnités journalières.

Pour le calcul du montant desdites indemnités, B SA a estimé qu'aucun élément ne laissait à penser que le recourant aurait accédé à un nouvel emploi s'il n'avait pas été en incapacité de travail et ainsi que ses indemnités journalières devaient être arrêtées à concurrence du montant des indemnités journalières de l'assurance-chômage, soit le 70% du gain assuré maximal de CHF 148'200. Le recourant a contesté la position de l'assurance, estimant que les indemnités journalières devaient être versées sur la base du salaire assuré lors des rapports de travail au sein de C SA, soit CHF 219'500.

Se fondant sur la précédente jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>5</sup>, le Tribunal cantonal a rejeté la contestation de A. Il a en substance retenu que la présomption de la poursuite d'une activité lucrative ne s'appliquait pas puisque l'incapacité était postérieure à la perte de l'emploi. Il a à cet égard précisé qu'indépendamment du fait que l'incapacité était survenue durant le délai de résiliation, le recourant assuré devait prouver, au stade de la vraisemblance prépondérante, qu'il aurait également exercé une activité lucrative après la fin des rapports de travail, soit au-delà du mois d'août 2018, et que cette activité lui aurait permis de réaliser un revenu supérieur aux indemnités de chômage.

Dans son recours au Tribunal fédéral, A conteste l'appréciation de l'instance inférieure et critique en particulier le degré de preuve requis pour démontrer la continuation d'une activité salariée, l'instance cantonale ayant retenu que celui-ci n'était pas atteint malgré des négociations déjà avancées avec un nouvel employeur.

### **III. Considérations juridiques du Tribunal fédéral**

D'après l'ATF 141 III 241, si une personne sans emploi dont l'incapacité est postérieure à la perte de l'emploi et qui n'a pas droit aux indemnités journalières de l'assurance-chômage réclame des indemnités de l'assurance perte de gain maladie ou d'indemnités journalières maladie de l'employeur, la preuve de l'incapacité de gain lui incombe. La personne assurée doit démontrer au degré de la vraisemblance prépondérante qu'elle exercerait une activité lucrative si elle n'avait pas été malade. Si au contraire, la personne assurée n'était pas encore sans emploi lors de la survenance de l'incapacité, elle bénéficie de la présomption selon laquelle elle exercerait une activité lucrative en l'absence de la maladie. L'assureur peut toutefois dans ce cas démontrer la preuve du contraire<sup>6</sup>.

Dans l'arrêt 4A\_563/2019, publié à l'ATF 146 III 339, et à l'instar de la présente cause, la question était de savoir si l'assuré, tombé en incapacité pendant le délai de résiliation, pouvait se prévaloir de la présomption de la poursuite d'une activité lucrative. Notre Haute Cour avait alors précisé que le moment de la résiliation était déterminant pour l'application de la présomption : l'assuré peut uniquement se prévaloir de la présomption de la poursuite d'une activité lucrative s'il était déjà en incapacité avant la résiliation de ses rapports de travail, indépendamment du fait que ceux-ci durent encore ou non.

Dans le présent arrêt du 19 janvier 2021, le Tribunal fédéral motive cette dernière question, en expliquant en particulier que si l'incapacité intervient après la résiliation, il est évident que la relation de travail n'aurait pas continué, même sans la survenance de l'incapacité. L'expérience générale de la vie pourrait certes amener à faire application de la présomption de la reprise d'une activité lucrative dès la fin de l'incapacité lorsque l'employé licencié a toujours travaillé. Toutefois, dans ce cas, on ne saurait présumer que le salaire serait identique, contrairement à ce que prétendait le recourant.

S'agissant du degré de preuve requis de la poursuite d'une activité lucrative, la Haute Cour confirme que la preuve doit être apportée au stade de la vraisemblance prépondérante et à la lumière d'éléments concrets, par exemple des entretiens d'embauche. Tel n'était pas le cas en l'espèce : A avait certes allégué avoir eu des contacts avec un potentiel employeur, mais il n'avait pas discuté des conditions salariales, ni de la date d'engagement, et le poste en question ne correspondait en réalité pas à ce qu'il avait indiqué rechercher comme type d'emploi.

---

<sup>5</sup> ATF 141 III 241 en particulier.

<sup>6</sup> Cette jurisprudence avait mis fin au principe de la présomption selon laquelle la personne assurée qui était déjà sans emploi lors de la survenance de l'incapacité de travail demeurerait sans activité lucrative. Une telle présomption laissait faussement à penser que le fardeau de la preuve de la perte de gain incombait à l'assureur.

*Le contenu de cette Newsletter, établie le 16 février 2021, ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, l'un des avocats suivants répondra volontiers à vos questions :*

---

Pascal de Preux  
Avocat associé  
[depreux@resolution-lp.ch](mailto:depreux@resolution-lp.ch)

Marc-Henri Fragnière  
Avocat associé  
[fragniere@resolution-lp.ch](mailto:fragniere@resolution-lp.ch)

Julien Gafner  
Avocat associé  
[gafner@resolution-lp.ch](mailto:gafner@resolution-lp.ch)

Françoise Martin Antipas  
Avocate associée  
[martinantipas@resolution-lp.ch](mailto:martinantipas@resolution-lp.ch)

  
Resolution  
LEGAL PARTNERS

Av. de l'Avant-Poste 4  
CP 5747  
1002 Lausanne

T. +41 21 312 59 40  
F. +41 21 312 59 41