



Berne, le 28 juin 2017

Coordination entre les assurances d'indemnités journalières et les prestations du 1^{er} et du 2^e pilier

Rapport du Conseil fédéral
donnant suite au postulat 12.3087 Nordmann
du 7 mars 2012

Table des matières

1	Introduction.....	3
1.1	Contexte et contenu	3
1.2	Résumé des résultats.....	3
2	Assurances d'indemnités journalières et coordination des prestations .	4
2.1	Assurances d'indemnités journalières : aperçu.....	4
2.2	Coordination des prestations : dispositions en vigueur	6
2.2.1	Principe de la coordination des prestations et notion d'invalidité	6
2.2.2	Coordination entre les indemnités journalières en cas de maladie et les prestations de l'AI...7	
3	Indemnités journalières dans l'assurance-invalidité.....	9
3.1	Caractère accessoire des indemnités journalières	9
3.2	Coordination avec les rentes AI	10
3.3	Coordination avec les prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle	10
3.4	Couverture de la perte de gain en cas de maladie pendant la phase d'intervention précoce	11
3.4.1	Situation actuelle et problématique.....	11
3.4.2	Modèle de solution : l'accord paritaire genevois.....	12
4	Coordination entre les indemnités journalières en cas de maladie ou d'accident et les prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle	13
4.1	Indemnités journalières de l'assurance-maladie.....	13
4.2	Indemnités journalières de l'assurance-accidents	15
5	Examen d'une assurance obligatoire d'indemnités journalières en cas de maladie	16
6	Conclusions	18

1 Introduction

1.1 Contexte et contenu

Le Conseil fédéral a rédigé le présent rapport en réponse au postulat Nordmann du 7 mars 2012 (12.3087 « État de situation sur la couverture du revenu en cas de maladie »). Le 15 juin 2012, conformément à la proposition du Conseil fédéral, le Conseil national a adopté une partie de ce postulat. Il a ainsi chargé le Conseil fédéral d'établir un rapport concernant les problèmes de coordination entre les assurances d'indemnités journalières et les régimes d'invalidité du 1^{er} et du 2^e pilier.

Par ailleurs, le Conseil fédéral a fait part de son intention de se pencher, dans le cadre de ce rapport, sur la question d'une assurance obligatoire d'indemnités journalières en cas de maladie et sur celle des éventuelles lacunes dans la couverture de la perte de gain en cas de maladie pendant la phase d'intervention précoce de l'assurance-invalidité (AI). Il a formulé cette intention dans son avis sur la motion Humbel (14.3861 « Pour une assurance d'indemnités journalières efficace en cas de maladie »), rejetée par le Parlement le 29 septembre 2016, ainsi que dans son avis sur la motion Poggia (12.3072 « Pour des assurés égaux devant la perte de gain en cas de maladie »), rejetée par le Parlement le 11 septembre 2013.

Le présent rapport est divisé en quatre parties. Le chap. 2 donne un aperçu général des assurances d'indemnités journalières et des principes de la coordination des prestations, en mettant l'accent sur l'acteur le plus important dans les situations d'incapacité de gain prolongée, à savoir l'AI. Le chap. 3 est consacré à la situation actuelle dans l'AI, en particulier dans le contexte de l'intervention précoce. Enfin, le chap. 4 traite de la prévoyance professionnelle, tandis que le chap. 5 examine la pertinence d'introduire une assurance obligatoire d'indemnités journalières.

1.2 Résumé des résultats

La coordination des prestations dans le domaine des assurances d'indemnités journalières est complexe, comme le met en évidence l'état des lieux dressé au chap. 2. La situation des assurés est toutefois satisfaisante dans l'ensemble. Malgré l'absence d'une assurance obligatoire d'indemnités journalières, la couverture de la perte de gain en cas de maladie – comme d'ailleurs en cas d'accident – est étendue.

L'analyse de la situation dans l'AI au chap. 3 montre que la coordination des prestations dans ce domaine fonctionne dans l'ensemble de manière satisfaisante. La couverture de la perte de gain en cas de maladie pendant la phase d'intervention précoce donne toutefois lieu à une divergence d'intérêts. Pour l'AI, il importe que les indemnités journalières soient versées aussi longtemps que sa propre décision n'est pas prise, car une situation financière stable est une condition essentielle à la réussite des mesures de réadaptation. De son côté, l'assureur d'indemnités journalières a intérêt à ce que les mesures de l'AI soient octroyées le plus rapidement possible afin d'être déchargé de ses obligations financières. Si cette divergence d'intérêts est connue, une solution consensuelle allant dans le sens d'une collaboration fructueuse avec les assureurs privés est recherchée. Un exemple de solution partenariale prometteuse est l'accord paritaire genevois, qui fait l'objet d'une présentation à la fin du chap. 3.

Le chap. 4 montre qu'il n'est actuellement pas nécessaire de légiférer dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Les problèmes que soulevait encore récemment la coordination des prestations d'invalidité ont été résolus grâce à un changement de jurisprudence intervenu à l'automne 2016 et à une modification des dispositions légales entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017 dans le cadre de la

révision de la loi sur l'assurance-accidents. Ces deux ajustements améliorent la sécurité du droit pour les assurés comme pour les institutions de prévoyance.

La question de l'introduction d'une assurance obligatoire d'indemnités journalières en cas de maladie, qui fait l'objet du chap. 5, a été examinée en détail en 2009 dans le rapport « Évaluation du système d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie et propositions de réforme ». Dans son analyse, le Conseil fédéral est arrivé à la conclusion que le système actuel, qui repose surtout sur des solutions négociées entre les partenaires sociaux, a fait ses preuves et que l'assurance facultative offre une protection suffisante pour la plupart des salariés. Rien n'indique que les principaux obstacles à l'introduction d'une assurance obligatoire, à savoir les raisons financières et l'environnement politique, aient changé de manière significative depuis la publication de ce rapport. Le développement des assurances régies par la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA) aux dépens de celles régies par la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal) a plutôt eu tendance à se renforcer ces dernières années. Les solutions négociées entre les partenaires sociaux (conventions collectives de travail) doivent par conséquent être préférées à la création d'une obligation légale. Il est important de rappeler à cet égard que, dans le 2^e pilier, les institutions de prévoyance exigent aujourd'hui la conclusion d'une assurance d'indemnités journalières pour faire face à un éventuel ajournement des prestations d'invalidité, ce qui revient de facto à une forme d'obligation. Le Conseil fédéral est toutefois conscient que le système des assurances perte de gain présente certaines lacunes, d'autant qu'il n'existe pas de données chiffrées sur le taux de couverture.

2 Assurances d'indemnités journalières et coordination des prestations

Le ch. 2.1 donne un aperçu des différents types d'assurances d'indemnités journalières. Il s'intéresse en particulier à la distinction entre les assurances régies par la LAMal et celles régies par la LCA. Cette distinction est essentielle à la compréhension de la suite de ce chapitre. Le ch. 2.2 décrit les principes généraux de la coordination des prestations et expose les bases de la coordination entre les indemnités journalières en cas de maladie et les prestations de l'AI. Ces analyses théoriques sont particulièrement utiles à la compréhension de la problématique liée à la phase d'intervention précoce dans l'AI, qui fait l'objet du chap. 3.

2.1 Assurances d'indemnités journalières : aperçu

Indemnités journalières de l'AI (prestations d'assurance sociale)

Les indemnités journalières de l'AI sont versées au titre de prestations accessoires aux mesures de réadaptation en cours et servent à garantir la couverture des besoins vitaux. Elles se composent d'une indemnité de base (couvrant 80 % du revenu d'une activité lucrative jusqu'à concurrence du montant maximal du gain assuré au sens de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents [LAA]) et éventuellement d'une prestation pour enfant. Un assuré a droit à des indemnités journalières si l'exécution de mesures de réadaptation l'empêche d'exercer une activité lucrative durant trois jours consécutifs au moins ou s'il présente, dans son activité habituelle, une incapacité de travail de 50 % au moins. En 2014, l'AI a versé des indemnités journalières pour un total d'environ 518 millions de francs¹.

Indemnités journalières de l'assurance-accidents (prestations d'assurance sociale)

Un assuré a droit à des indemnités journalières de l'assurance-accidents (AA) s'il est totalement ou partiellement incapable de travailler à la suite d'un accident. Les indemnités sont versées à partir du

¹ Source : Statistique AI 2015 (Office fédéral des assurances sociales)

troisième jour qui suit celui de l'accident et s'élèvent à 80 % du salaire assuré en cas d'incapacité de travail totale. Le droit aux indemnités s'éteint lorsque l'assuré a recouvré sa pleine capacité de travail, lors du versement d'une rente ou avec le décès de l'assuré (les survivants y ont droit jusqu'au début de la rente). En 2014, les assureurs-accidents (la Suva et les autres assureurs) ont versé des indemnités journalières pour un total d'environ 1828 millions de francs².

Indemnités journalières en cas de maladie (prestations d'assurances sociales et privées)

Pour les salariés, le risque d'une perte de gain en cas de maladie est couvert par l'obligation faite à l'employeur de poursuivre le paiement du salaire (conformément au code des obligations) pendant une durée définie en fonction de la durée des rapports de travail. En règle générale, l'employeur couvre lui-même ce risque en souscrivant une assurance d'indemnités journalières³. La plupart des conventions collectives de travail (CCT) prévoient d'ailleurs une obligation en ce sens. Dans le 2^e pilier, les institutions de prévoyance requièrent en général la conclusion d'une assurance d'indemnités journalières pour faire face à un éventuel ajournement des prestations d'invalidité. Ainsi, bien que l'assurance soit en principe facultative, une obligation d'y souscrire est prévue dans la plupart des cas. Il n'existe toutefois pas de données chiffrées sur le taux de couverture.

L'assurance d'indemnités journalières peut être pratiquée sur la base de la LAMal ou de la LCA. Dans le premier cas, elle correspond à une assurance sociale, alors que, dans le second cas, elle repose sur un contrat d'assurance de droit privé. En vertu de leur habilitation à proposer des assurances complémentaires en plus de l'assurance-maladie sociale, les caisses-maladie peuvent elles aussi proposer une assurance d'indemnités journalières régie par la LCA.

Qu'elles s'inscrivent dans le cadre de la LAMal ou dans celui de la LCA, les assurances d'indemnités journalières en cas de maladie offrent une protection contre le risque de perte de gain en cas de maladie, d'accident ou de maternité. Le principe de la liberté de contracter s'applique aux assurances du second type. Cela signifie qu'à la différence de ceux qui sont soumis à la LAMal, les assureurs soumis à la LCA :

- décident eux-mêmes avec qui ils concluent un contrat (pas d'obligation d'admission) et s'ils instaurent des réserves sans limitation temporelle pour des risques déjà réalisés ;
- concluent librement avec les assurés, sans conditions imposées par la loi, le montant de l'indemnité journalière et la durée des prestations ;
- peuvent exclure certains risques de l'assurance.

L'absence d'obligation d'admission a pour conséquence que l'assureur LCA, en cas de résiliation des rapports d'assurance à la fin des rapports de travail, n'est pas tenu d'admettre dans l'assurance individuelle les personnes assurées jusque-là dans l'assurance collective. Toutefois, les conditions générales d'assurance accordent en principe un tel droit, même si, pour des raisons actuarielles, les primes de l'assurance individuelle sont généralement plus élevées que celles de l'assurance collective. Une obligation légale d'admission existe envers les preneurs d'assurance qui sont réputés sans emploi au sens de l'art. 10 de la loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage (LACI). Dans ce cas, conformément à l'art. 100, al. 2, LCA, l'assureur est tenu d'appliquer les dispositions des art. 71 (sortie de l'assurance collective) et 73 LAMal (coordination avec l'assurance-chômage). Par contre, les dispositions de la LAMal sur le libre passage en cas de changement d'assureur (art. 70) ne sont pas applicables aux assurances d'indemnités journalières régies par la LCA.

Les assurances d'indemnités journalières au sens de la LAMal n'ont cessé de perdre de l'importance depuis l'instauration de cette loi, tandis que celles régies par la LCA ont fortement progressé, les assureurs du premier type étant par ailleurs toujours plus nombreux à pratiquer aussi l'assurance dans

² Source : Statistique des accidents LAA 2016

³ Il s'agit d'une réglementation contractuelle dérogatoire qui doit accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes (art. 324a, al. 4, CO).

le cadre de la LCA. Fin 2014, la part occupée par l'assurance facultative au sens de la LAMal était d'environ 6,3 %, comme le montrent les chiffres suivants concernant les prestations nettes (indemnités journalières)⁴ :

- Assurance facultative LAMal (assureurs LAMal) : 194 millions de francs
- Assurance LCA (assureurs LAMal) : 585 millions de francs
- Assurance LCA (assureurs privés) : 2320 millions de francs

2.2 Coordination des prestations : dispositions en vigueur

2.2.1 Principe de la coordination des prestations et notion d'invalidité

Dans le droit suisse des assurances sociales, il n'est pas rare qu'un même risque soit couvert par plusieurs systèmes de sécurité sociale. Une coordination entre les différentes prestations est alors nécessaire. Elle est réglée dans la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA). Les dispositions pertinentes sont surtout les art. 63 à 71 LPGA, qui identifient les principales catégories de prestations (notamment les rentes et les traitements médicaux), précisent la notion de surindemnisation et règlent la prise en charge provisoire des prestations.

La coordination des prestations intervient à plusieurs niveaux : au sein d'une même assurance sociale (coordination intrasystémique), entre les différentes branches de la sécurité sociale (coordination intersystémique) et entre le droit de la sécurité sociale et d'autres systèmes d'assurance (coordination extrasystémique).

Lorsque des prestations relevant du droit des assurances sociales doivent être coordonnées les unes avec les autres, deux systèmes peuvent en principe être utilisés pour les combiner : le cumul ou la définition d'un ordre de priorité. Les dispositions de la LPGA en matière de coordination consacrent l'un et l'autre de ces principes : le cumul des prestations est réglé aux art. 66, al. 1, 68 et 69 ; le principe de la priorité sert quant à lui de base aux art. 64 à 66.

Selon le principe de la priorité, lorsque des prestations peuvent être sollicitées auprès de plusieurs assurances sociales, une seule d'entre elles est tenue de les fournir. En d'autres termes, les prestations servies par une assurance sociale déchargent les autres de leurs obligations. Ce type de coordination se rencontre dans le domaine des traitements médicaux.

Le principe du cumul s'applique quant à lui principalement aux prestations en espèces (rentes et indemnités journalières, par ex.). Il implique que les prestations des différentes assurances sociales peuvent être réclamées conjointement, c'est-à-dire de manière cumulative. Exceptionnellement, la prévoyance professionnelle entre aussi en ligne de compte dans le système de coordination des prestations. L'art. 66 LPGA ne se rapporte toutefois qu'à la prévoyance professionnelle obligatoire. Bien que le libellé de la disposition ne soit pas parfaitement clair sur ce point, il ressort de manière univoque des travaux préparatoires que la disposition s'applique exclusivement aux rentes versées dans le régime obligatoire.

Lorsque des prestations sont cumulées, le droit des assurances sociales prévoit habituellement une limite de surindemnisation. Le cumul n'est donc pas illimité, mais s'effectue sous réserve expresse de surindemnisation. Puisque, selon l'art. 69, al. 3, LPGA, les rentes AI sont expressément exceptées de

⁴ Source : Statistique de l'assurance-maladie obligatoire 2014 (Office fédéral de la santé publique)

toute réduction, les autres assurances sociales concernées peuvent réduire leurs prestations lorsqu'une telle réduction s'avère nécessaire pour éviter une situation de surindemnisation.

Principe de la coordination des prestations

Les dispositions légales en matière de coordination des prestations visent à empêcher qu'un assuré dispose, grâce aux prestations versées par les assurances sociales, d'un revenu supérieur à celui qui aurait été le sien si l'événement assuré ne s'était pas produit.

Notion d'invalidité dans l'AI, l'AA et la prévoyance professionnelle

Dans les assurances sociales que sont l'AI (art. 28, al. 1, de la loi fédérale du 19.6.1959 sur l'assurance-invalidité [LAI]) et l'AA (art. 18 LAA), c'est la notion d'invalidité au sens des art. 7, 8 et 16 LPGA qui s'applique aux personnes exerçant une activité lucrative. L'invalidité est alors comprise comme l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée. L'invalidité est ici une notion économique et correspond à une diminution des possibilités de gain de l'assuré sur un marché du travail équilibré dans son domaine d'activité dès lors que cette diminution résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique. Le taux d'invalidité est calculé par une comparaison entre le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide et celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui étant donné l'atteinte à sa santé et après d'éventuels traitements et mesures de réadaptation (art. 16 LPGA).

Dans la prévoyance professionnelle, une distinction doit être faite entre régime obligatoire et régime surobligatoire. Pour ce qui est du régime obligatoire, l'institution de prévoyance est liée par le taux d'invalidité pour l'activité lucrative tel qu'il est reconnu par l'office AI compétent et par le moment de la survenance de l'invalidité (art. 23 en relation avec l'art. 25 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité [LPP]). Dans le régime surobligatoire, à l'inverse, l'institution de prévoyance peut utiliser une notion d'invalidité différente de celle de la LAI, et plus restrictive (la notion d'invalidité professionnelle, par ex.), ou s'écarter de la règle de l'AI pour déterminer le moment de la survenance de l'invalidité. Une base claire dans le règlement de l'institution de prévoyance est néanmoins nécessaire.

2.2.2 Coordination entre les indemnités journalières en cas de maladie et les prestations de l'AI

Indemnités journalières LAMal et indemnités journalières LCA

La coordination entre les prestations des assurances sociales est réglementée de façon détaillée. À l'inverse, la coordination entre les prestations des assurances sociales et les prestations versées dans le cadre de la LCA ne fait l'objet que de dispositions éparses (en particulier dans l'AI et l'assurance-chômage), alors même que ces dernières représentent un volume de prestations bien supérieur aux premières. Par exemple, les indemnités journalières versées par des assurances régies par la LAMal (indemnités journalières LAMal) ne peuvent pas être réduites pour cause de surindemnisation lorsqu'elles sont versées en même temps que des indemnités journalières versées par des assurances régies par la LCA (indemnités journalières LCA). À l'inverse, les conditions contractuelles de l'assurance d'indemnités journalières régie par la LCA peuvent prévoir une réduction des prestations dans un tel cas. L'absence de coordination au niveau de la loi se fait ainsi au préjudice de l'assurance d'indemnités journalières régie par la LAMal.

Une réduction des prestations pour cause de surindemnisation au sens de l'art. 69 LPGA est également appliquée lorsqu'une personne est assurée auprès de plus d'un assureur-maladie pour des indemnités journalières au sens de la LAMal. Les prestations de chaque assureur sont alors réduites en proportion des indemnités journalières que celui-ci assure par rapport au total des indemnités journalières assurées (art. 122, al. 2, de l'ordonnance du 27.6.1995 sur l'assurance-maladie [OAMal]).

Une différence importante entre les indemnités journalières LAMal et les indemnités journalières LCA porte sur la possibilité de compensation avec le versement rétroactif de la rente AI. Un droit à la compensation ne peut être légalement opposé aux rentes en cours que pour les indemnités journalières LAMal (art. 20, al. 2, let. c, de la loi fédérale du 20.12.1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS] en relation avec l'art. 50 LAI). Pour les indemnités journalières LCA, il existe un droit contractuel, subordonné, à la compensation.

Coordination entre les indemnités journalières LAMal et les prestations de l'AI

En cas de concours entre les rentes AI et les indemnités journalières de l'assurance-maladie, ces prestations sont cumulées, car les rentes AI sont expressément exceptées de toute réduction (art. 69, al. 3, LPGA). Parallèlement, les prestations de l'AI doivent être allouées en priorité par rapport à celles de l'assurance-maladie (art. 110 OAMal). Cela vaut aussi pour les indemnités journalières de l'AI. Lorsque des indemnités journalières au sens de la LAMal sont en concours avec des indemnités journalières de l'AI, ce sont les règles relatives à la surindemnisation prévues à l'art. 69 LPGA qui s'appliquent. Selon ces règles, l'assurance d'indemnités journalières est compétente pour procéder à la réduction.

L'indemnité journalière continue néanmoins d'être versée aux assurés qui doivent interrompre une mesure de réadaptation pour cause de maladie, d'accident ou de maternité s'ils n'ont pas droit à une indemnité journalière d'une autre assurance sociale obligatoire ou à une indemnité d'une assurance pour perte de gain facultative dont le montant équivaut au moins à celui de l'indemnité journalière de l'AI. Par assurance pour perte de gain facultative, il faut comprendre tant les assurances d'indemnités journalières régies par la LAMal que celles régies par la LCA. L'indemnité journalière de l'AI continue d'être versée pendant 30 jours au maximum durant la première année des mesures de réadaptation, pendant 60 jours au maximum durant la deuxième année et pendant 90 jours au maximum à partir de la troisième année (art. 20^{quater}, al. 2, du règlement du 17.1.1961 sur l'assurance-invalidité [RAI]).

Si les rentes AI sont en concours avec des indemnités journalières LAMal dues, ces dernières peuvent être réduites dans la mesure où il existe une surindemnisation (art. 110 OAMal). Étant donné le faible volume des indemnités journalières LAMal, ces cas sont plutôt rares. En pratique, un concours peut toutefois se produire lorsque des indemnités journalières LAMal sont versées pendant une période pour laquelle l'AI procède au versement rétroactif de la rente. Dans cette situation, l'assureur soumis à la LAMal peut, en vertu de l'art. 50, al. 2, LAI en relation avec l'art. 20, al. 2, LAVS, récupérer les indemnités journalières en cas de maladie et les compenser avec le versement rétroactif de l'AI jusqu'à hauteur de la limite de surindemnisation. L'art. 20, al. 2, LAVS, déterminant pour la compensation, prévoit toutefois un ordre de priorité. Ainsi, les créances de l'AVS, de l'AI, du régime des allocations pour perte de gain et des allocations familiales dans l'agriculture sont les premières à pouvoir être compensées avec les versements rétroactifs (il s'agit en règle générale de cotisations impayées). Les créances en restitution des prestations complémentaires arrivent en deuxième position et les créances en restitution des indemnités journalières seulement en troisième position.

Coordination entre les indemnités journalières LCA et les prestations de l'AI

À la différence des indemnités journalières LAMal, les indemnités journalières LCA ne sont en principe pas soumises aux dispositions de la LPGA qui prévoient un cumul avec les prestations de l'AI. La LCA ne contient quasiment aucune disposition impérative concernant le contenu des relations contractuelles. Les éléments déterminants sont par conséquent les conditions générales d'assurance (CGA) établies par les assureurs eux-mêmes. Pour les preneurs d'assurance, ces conditions ne sont contraignantes que si elles sont expressément reprises dans les contrats qui les concernent. Faisant usage de ces libertés contractuelles, les assureurs ont généralement prévu dans leurs CGA la possibilité de réduire l'indemnité journalière assurée en cas d'assurance multiple (conclusion de plusieurs assurances d'indemnités journalières) ou en cas de surindemnisation (par ex. en cas de concours avec des prestations d'assurances sociales).

Dans la mesure où les indemnités journalières LCA sont en concours avec une rente AI pour une période donnée (le cas se produit, en règle générale, lors du versement rétroactif d'une rente), l'assureur peut faire valoir son avance sur prestations en lien avec le versement de la rente. Les versements à un tiers qui a consenti des avances sont certes autorisés par le Tribunal fédéral, mais seulement à certaines conditions bien précises et restrictives. Selon l'art. 22, al. 1, LPGA, les prestations ne peuvent en principe pas être cédées à des tiers. Cette interdiction ne peut être levée que dans le cadre étroit prévu à l'art. 22, al. 2, LPGA. Les organismes (assureur d'indemnités journalières régi par la LCA, assureur-accidents dans le domaine surobligatoire, assureur responsabilité civile, employeur, institution de prévoyance de l'employeur, organisme d'assistance, voir art. 85^{bis} RAI) qui ont fait une avance en vue de l'octroi d'une prestation de l'AI peuvent exiger que l'arriéré de cette prestation leur soit versé en compensation de leur avance et jusqu'à concurrence de celle-ci. La condition est qu'ils possèdent un titre juridique établissant leur droit au versement direct. C'est le cas si la personne à qui l'avance a été faite consent, dans une déclaration volontaire de cession (conformément aux art. 164 ss CO), au versement au tiers ayant consenti l'avance ou si le droit au remboursement à l'égard de l'organisme de sécurité sociale débiteur est consacré sans équivoque dans une loi ou un contrat (CGA).

Si les conditions formelles sont remplies, les prestations de l'AI seront, en cas de versement rétroactif, versées à l'assureur d'indemnités journalières régi par la LCA en compensation de son avance, mais seulement dans la mesure où le versement rétroactif ne doit pas être utilisé pour couvrir un droit légal à compensation (art. 71 LPGA).

3 Indemnités journalières dans l'assurance-invalidité

Le ch. 3.1 précise le sens et le but des indemnités journalières de l'AI, tandis que le ch. 3.2 expose leur relation avec la rente AI. Dans un souci d'exhaustivité, le ch. 3.3 aborde la coordination avec les prestations de la prévoyance professionnelle, même si celle-ci ne pose généralement pas de problèmes. La prévoyance professionnelle sera analysée plus en détail au chap. 4. La partie principale du chap. 3 est consacrée à la problématique de l'intervention précoce dans l'AI.

3.1 Caractère accessoire des indemnités journalières

Les indemnités journalières dans l'AI sont des prestations accessoires à certaines mesures de réadaptation et à d'éventuelles mesures d'instruction (suivies pendant deux jours consécutifs au moins). Elles ne sont donc versées qu'aussi longtemps qu'une mesure de réadaptation individuelle au sens de l'art. 8, al. 3, LAI est exécutée. Les mesures de réadaptation comprennent les mesures médicales, les mesures de réinsertion, les mesures d'ordre professionnel (formation professionnelle initiale, reclassement, placement) et l'octroi de moyens auxiliaires.

L'indemnité journalière se compose d'une indemnité de base et éventuellement d'une prestation pour enfant. L'indemnité de base s'élève à 80 % du revenu que l'assuré percevait pour la dernière activité lucrative exercée sans restriction due à des raisons de santé, mais à 80 % au plus du montant maximal de l'indemnité journalière, c'est-à-dire le montant maximal du gain assuré journalier fixé dans la LAA (126 000 francs par année en 2014 ; 148 200 francs à partir du 1^{er} janvier 2016). L'indemnité journalière est réduite lorsqu'elle dépasse le revenu déterminant, allocation pour enfant et allocation de formation légales comprises.

Le droit à des indemnités journalières s'éteint au terme de la mesure de réadaptation. Les jours d'absence non excusée ne sont pas indemnisés. L'assuré ne peut faire valoir aucun droit à une indemnité journalière de l'AI aussi longtemps qu'il a droit à une indemnité journalière de l'assurance-chômage (art. 18, al. 4, RAI).

3.2 Coordination avec les rentes AI

Tant que l'assuré peut faire valoir son droit à une indemnité journalière, son droit à une rente de l'AI et donc, en principe, à une rente de la prévoyance professionnelle obligatoire est exclu (art. 29, al. 2, LAI ; ATF 140 V 470).

La révision 6a de l'AI a renforcé le principe selon lequel « la réadaptation prime la rente » en mettant l'accent sur la révision des rentes axée sur la réadaptation. L'objectif est d'encourager activement la réadaptation des bénéficiaires de rente et, partant, de réduire le nombre de rentes. Les bénéficiaires de rente qui présentent un potentiel de réadaptation sont expressément préparés à réintégrer le marché du travail. Ils bénéficient pour cela de conseils, d'un accompagnement et de mesures spécifiques. Plusieurs mécanismes de protection ont été créés pour compléter le dispositif : poursuite du versement de la rente durant l'exécution des mesures, règles à appliquer en cas de nouvelle dégradation de la situation après une réadaptation réussie, coordination avec d'autres assurances (notamment la prévoyance professionnelle).

Le principe selon lequel un assuré ne peut prétendre à une rente de l'AI lorsqu'il peut faire valoir son droit à des indemnités journalières (parce qu'il suit des mesures de réadaptation) n'est ainsi pas respecté dans le cadre de cette réadaptation des bénéficiaires de rente. Afin d'éliminer au mieux les obstacles qui s'opposent à la réadaptation professionnelle des assurés et de garantir des mécanismes de protection pour les intéressés, les rentes en cours continuent d'être versées durant l'exécution des mesures de nouvelle réadaptation jusqu'à la décision portant sur une éventuelle adaptation (art. 22, al. 5^{bis}, LAI). Par ailleurs, si l'assuré subit une perte de gain ou qu'il perd une indemnité journalière d'une autre assurance en raison de la mise en œuvre d'une mesure, l'assurance lui verse une indemnité journalière en plus de la rente (art. 22, al. 5^{ter}, LAI). Enfin, la réalisation éventuelle d'un revenu supplémentaire pendant l'exécution des mesures n'entraîne ni réduction ni suppression de la rente (garantie des droits acquis). Une coordination en ce sens avec la LPP a été prévue. Ces nouvelles dispositions, introduites il y a quatre ans lors de la révision 6a de l'AI, ont fait leurs preuves.

3.3 Coordination avec les prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle

La prévoyance professionnelle sera discutée en détail au chap. 4. La coordination entre les indemnités journalières de l'AI et la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle ne soulève quasiment aucune question. Le droit à une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle naît en même temps que le droit à une rente d'invalidité dans le 1^{er} pilier (art. 26, al. 1, LPP). Le droit à des indemnités journalières de l'AI cesse avec l'octroi d'une rente de l'AI (sauf l'exception prévue à l'art. 22, al. 5^{ter}, LAI).

Si une institution de prévoyance décide, dans le domaine surobligatoire, d'avancer le début du versement de la rente d'invalidité par rapport à ce que prévoit la loi, elle est libre de préciser dans son règlement la coordination avec d'autres prestations ou revenus.

La coordination avec les rentes de la prévoyance professionnelle ne pose pas non plus de difficultés dans le cas des indemnités journalières versées en vertu de l'art. 22, al. 5^{ter}, LAI. Ces indemnités remplacent un revenu que l'assuré ne peut acquérir parce qu'il suit des mesures de nouvelle

réadaptation. Elles n'augmentent donc pas le revenu disponible, mais évitent que celui-ci baisse en raison des mesures. Elles ne changent donc rien au calcul de la surindemnisation, car le montant des revenus à prendre en compte conformément à l'art. 24, al. 1, de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) reste le même.

3.4 Couverture de la perte de gain en cas de maladie pendant la phase d'intervention précoce⁵

Dès lors qu'une réadaptation professionnelle est envisagée, le dépôt d'une demande de prestations AI marque le début de la phase d'intervention précoce, qui dure au maximum six mois. Cela signifie que, parallèlement à l'octroi de mesures d'intervention précoce, l'AI doit examiner si les conditions d'assurance et l'exigence d'un potentiel de réadaptation sont satisfaites afin que l'octroi de mesures de réinsertion ou de mesures de réadaptation d'ordre professionnel se justifie. La décision de principe, à savoir l'octroi de mesures de réinsertion ou de réadaptation, l'examen d'un éventuel droit à la rente ou le constat que le cas ne relève pas de la compétence de l'AI, doit être prise au plus tard après douze mois⁶. Durant la phase d'intervention précoce, il n'existe aucun droit légal aux mesures d'intervention précoce ou aux indemnités journalières accessoires de l'AI.

L'idée, lors de l'introduction du mécanisme d'intervention précoce (5^e révision de l'AI, entrée en vigueur le 1.1.2008), était que l'assureur d'indemnités journalières en cas de maladie continue de couvrir la perte de gain ou que l'employeur continue de verser le salaire pendant cette phase, même lorsque l'assuré suit une mesure d'intervention précoce.

3.4.1 Situation actuelle et problématique

La divergence d'intérêts que le mécanisme d'intervention précoce a introduite au cœur du système s'est accentuée ces dernières années. Avec l'octroi rapide de mesures d'intervention précoce, l'AI vise à maintenir l'assuré à son poste de travail ou à préserver sa capacité de gain. Parallèlement, l'AI examine la situation, tâche qui prend habituellement plusieurs mois, car l'AI doit obtenir des informations des principaux acteurs concernés pour pouvoir prendre une décision conforme à la législation. Ces examens s'avèrent particulièrement longs dans les situations complexes ou lorsque les informations contenues dans le dossier sont floues et contradictoires. L'AI n'a qu'une influence limitée sur la durée de la phase d'instruction et il lui faut souvent plusieurs semaines ou plusieurs mois avant d'octroyer des mesures donnant droit à des indemnités journalières de l'AI. L'attitude consiste par conséquent à prendre cette décision aussi tôt que possible, mais aussi tard que nécessaire.

Les assureurs d'indemnités journalières en cas de maladie ont quant à eux l'obligation de verser des prestations aussi longtemps que l'assuré n'a pas droit à des indemnités journalières de l'AI ou aussi longtemps que son incapacité à exercer son activité professionnelle actuelle ou sa capacité à exercer une activité adaptée à son état de santé n'a pas été attestée par un médecin. Leur intérêt est fondamentalement que le versement des indemnités journalières en cas de maladie prenne fin le plus rapidement possible. La concurrence entre les assureurs étant toujours plus forte, les primes ont tendance à baisser, ce qui accroît le risque de contrats déficitaires.

Ces différences de contexte et de responsabilités se traduisent souvent par l'impossibilité de satisfaire les attentes réciproques. Les assureurs d'indemnités journalières en cas de maladie ont intérêt à ce que les mesures de l'AI soient rapidement octroyées, ce qui ouvre le droit à des indemnités journalières de l'AI. L'AI, quant à elle, a intérêt à ce que les assurances d'indemnités journalières continuent de couvrir la perte de gain de l'assuré aussi longtemps qu'elle n'a pas pris sa décision, car une situation financière

⁵ Voir l'avis du 5.12.2014 du Conseil fédéral sur la motion Humbel 14.3861.

⁶ Art. 49 LAI

stable est une condition essentielle à la réussite des mesures de réadaptation. La collaboration et l'échange d'informations entre l'AI et les assurances d'indemnités journalières en cas de maladie se sont développés dans la plupart des cantons ces dernières années, mais pas partout avec la même intensité. Ces relations dépendent d'ailleurs souvent, au niveau individuel, de la volonté de certains collaborateurs des deux parties de nouer des liens avec leurs interlocuteurs.

Pour combler les lacunes de la garantie du minimum vital pendant la phase d'intervention précoce, l'idée d'une nouvelle réglementation avait été envisagée lors des travaux préparatoires du projet de développement continu de l'AI. L'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie n'aurait pu suspendre le versement de ses prestations qu'après consultation de l'office AI, même en cas de divergences dans l'appréciation de la capacité de travail de l'assuré. Les art. 73 LAMal et 100 LCA auraient été complétés en conséquence⁷.

Pour améliorer la coordination, la participation des deux parties à la planification des mesures de réadaptation était prévue. Les offices AI devaient coordonner leur stratégie de réadaptation avec les assureurs d'indemnités journalières en cas de maladie, collaborer sur les cas précis et assumer la responsabilité de la gestion par cas. Les représentants de l'Association suisse d'assurances (ASA) ont toutefois rejeté la création d'une réglementation de coordination au niveau de la loi. Ils ont estimé que la collaboration avec l'AI s'est nettement améliorée depuis la 5^e révision de l'AI et se sont félicités de l'intensification de ces efforts grâce à l'élaboration conjointe (incluant les employeurs et les assureurs privés) de « bonnes pratiques ». La discussion de cette question se poursuit par conséquent au sein du groupe de réflexion de l'association Compasso et non dans le cadre du projet de développement continu de l'AI. L'association Compasso réunit des représentants de tous les acteurs concernés : ASA, Conférence des offices AI (COAI), employeurs, prévoyance professionnelle. Par ailleurs, des efforts sont déployés dans les cantons pour trouver des modèles intéressants de collaboration. C'est le cas, par exemple, de l'accord paritaire genevois⁸.

3.4.2 Modèle de solution : l'accord paritaire genevois

L'accord paritaire genevois, en vigueur depuis 2009 dans la branche du bâtiment à Genève, est une expérience novatrice qui associe les partenaires sociaux au processus de maintien en emploi des personnes ayant subi un accident ou une maladie. Les signataires de l'accord sont la Fédération genevoise des métiers du bâtiment (FMB), les 18 associations professionnelles membres de la FMB, l'office AI de Genève, trois assureurs d'indemnités journalières en cas de maladie et la Suva. La branche du bâtiment dans le canton de Genève est régie par des CCT déclarées de force obligatoire.

Le but de l'accord est de maintenir en emploi, dans la même entreprise ou dans une autre entreprise de la branche, les travailleurs ayant subi un accident ou une maladie. L'idée est de préserver à la fois les compétences des travailleurs et les prestations des assurances sociales auxquelles ces travailleurs ont droit. Le champ d'application de l'accord correspond à la phase d'intervention précoce de l'AI. Plus précisément, l'accord prévoit la discussion des cas concrets lors des séances mensuelles de la cellule d'analyse, composée de représentants des organisations signataires. Les éventuelles mesures de réadaptation accordées par l'AI sont cofinancées par les signataires selon une clé de répartition fixe.

L'accord paritaire est une convention de collaboration indépendante des CCT en vigueur dans la branche. L'existence d'une CCT n'est pas une condition nécessaire à l'élaboration et à l'application d'une telle convention, mais peut constituer un facteur favorable. En effet, les assureurs d'indemnités

⁷ Ajout d'un al. 3 à l'art. 73 LAMal : « ³ L'assuré qui dépose à l'office AI une demande au sens de l'art. 29 LPGA conserve son droit à des indemnités journalières lorsqu'en vertu de leurs conditions d'assurance ou d'arrangements contractuels les assureurs versent, en principe, des prestations pour un même taux d'incapacité de travail. Après le dépôt d'une demande à l'AI, une adaptation de l'indemnité journalière n'est possible qu'après consultation de l'AI ou après l'octroi d'une indemnité journalière au sens de l'art. 22 LAI. » Ajout d'un al. 3 à l'art. 100 LCA : « ³ Pour les preneurs d'assurance et les assurés qui ont déposé une demande de prestations à l'office AI, l'art. 73, al. 3, LAMal est également applicable. »

⁸ www.fmb-ge.ch > Prestations entreprises > Accord paritaire

journalières en cas de maladie jouent un rôle prépondérant dans la communication de cas à l'AI (détection précoce) et dans l'orientation des personnes malades ou accidentées vers le dépôt d'une demande de prestations AI. Comme les CCT prévoient l'affiliation obligatoire à une assurance d'indemnités journalières en cas de maladie pour toutes les entreprises qui y sont soumises, l'accord s'applique automatiquement à toutes les entreprises affiliées auprès d'une assurance signataire de l'accord. Les spécificités des branches influent de manière importante sur les possibilités de mettre en place des conventions analogues à l'accord paritaire genevois : ce qui est faisable dans les métiers du bâtiment ne l'est pas forcément dans d'autres branches. L'analyse des conditions générales favorables à de telles approches doit se faire au cas par cas, en impliquant les représentants des branches concernées. La coordination au niveau local (associations cantonales de branche) permettrait de soutenir les entreprises, notamment les PME, qui sont souvent disposées à collaborer à la réintégration, mais ne possèdent ni les compétences ni la masse critique (nombre de postes et diversité des activités) nécessaires. Les associations de branche pourraient jouer un rôle dans le placement en constituant une « bourse d'emplois » propre à une branche. Cela pourrait également répondre en partie à la demande de personnel qualifié. L'exemple de la location de services d'Electrosuisse pourrait montrer la voie.

4 Coordination entre les indemnités journalières en cas de maladie ou d'accident et les prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle

Le ch. 4.1 est consacré à la coordination entre les indemnités journalières en cas de maladie et les prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle. Du fait de la révision récente de la LAA, il semble utile d'aborder également les conséquences de cette révision sur la coordination des prestations entre les indemnités journalières en cas d'accident et les prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle, même si cette question ne fait pas l'objet du postulat. Le ch. 4.2 est consacré à ce point.

4.1 Indemnités journalières de l'assurance-maladie

Pour les cas où un assuré a droit, pour la même période et sur la base du même événement assuré, à la fois à des indemnités journalières en cas de maladie et à des prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle, il existe dans le régime de la prévoyance professionnelle deux dispositions légales qui visent à coordonner ces prestations et à éviter toute surindemnisation : l'art. 26 et l'art. 24, al. 1, OPP 2 (en vigueur depuis le 1.1.2017).

Art. 26 OPP 2 : ajournement du versement de la rente

Selon l'art. 26, al. 1, LPP, le droit à une rente d'invalidité dans le 2^e pilier naît en même temps que le droit à une rente d'invalidité dans le 1^{er} pilier. L'institution de prévoyance peut néanmoins différer le versement de sa rente aussi longtemps que l'assuré reçoit des indemnités journalières de l'assurance-maladie, dès lors que ces indemnités couvrent au moins 80 % du salaire dont il est privé et que l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie a été financée au moins pour moitié par l'employeur (art. 26 OPP 2)⁹. L'art. 26 OPP 2 ne fait pas de distinction entre les indemnités journalières en cas de maladie selon qu'elles sont versées dans le cadre de la LAMal ou dans celui de la LCA, les deux autorisant l'ajournement du versement de la rente. Cet ajournement n'est toutefois possible que si les indemnités journalières sont effectivement versées. Le simple droit à des indemnités ne constitue

⁹ Contrairement à ce que suggère le libellé de l'art. 26, al. 1, LPP 2, ce n'est pas le droit aux prestations en tant que tel qui est différé, mais seulement le versement de la rente (ATF 129 V 15).

pas une condition suffisante. En outre, il est nécessaire que cet ajournement soit prévu dans le règlement de l'institution de prévoyance.

Cette possibilité de différer le début du versement de la rente d'invalidité permet aux institutions de prévoyance de faire des économies et donc de proposer des primes de risque plus basses aux employeurs et aux salariés. Ces primes de risque plus avantageuses constituent à leur tour une incitation importante pour les employeurs à souscrire des assurances collectives d'indemnités journalières en cas de maladie et de les financer au moins pour moitié. Les salariés profitent d'une telle assurance chaque fois qu'une absence pour cause de maladie dure plus longtemps que l'obligation de l'employeur de poursuivre le versement du salaire en vertu du code des obligations ou d'une convention collective de travail. Ces primes de risque plus basses compensent le fait que le taux de remplacement applicable en cas d'ajournement de la rente (80 %) est légèrement inférieur à la limite de surindemnisation (90 %). Cette possibilité d'ajournement se justifie donc pour les salariés comme pour les employeurs.

Selon la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral, l'institution de prévoyance peut différer les prestations d'invalidité même si l'assureur d'indemnités journalières en cas de maladie, qui couvre 80 % du salaire dont l'assuré est privé, demande la restitution d'une partie de ses prestations en cas de versement rétroactif d'une rente d'invalidité. C'est ce qu'a décidé le Tribunal fédéral dans sa publication ATF 142 V 466. Cet arrêt, marque un changement dans la pratique. Selon la jurisprudence antérieure, un ajournement n'était pas autorisé lorsque l'assureur d'indemnités journalières en cas de maladie demandait la restitution des indemnités versées pendant une période pour laquelle il existait un droit à une rente AI, car les indemnités journalières ne représentaient plus 80 % du salaire après la restitution¹⁰.

Exemple : un assuré présente une incapacité de travail depuis août 2014. L'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie, financée pour moitié par l'employeur, verse des indemnités couvrant 80 % du salaire pendant 720 jours. En novembre 2016, l'AI octroie à l'assuré une rente entière d'invalidité avec effet rétroactif au 1^{er} octobre 2015. Pour la période allant du début de la rente AI à la fin du droit aux indemnités journalières, l'assureur d'indemnités journalières en cas de maladie fait valoir son droit à restitution. Selon la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral, l'institution de prévoyance peut différer ses prestations, même si les indemnités journalières versées par l'assureur ne couvrent plus 80 % du salaire après la restitution.

Art. 34a, al. 1 LPP et art. 24, al. 1, OPP 2 : réduction pour cause de surindemnisation

Dans le cas où une institution de prévoyance ne peut pas différer le versement des prestations d'invalidité sur la base de l'art. 26 OPP 2, par exemple parce que la base réglementaire correspondante fait défaut ou parce que les indemnités journalières en cas de maladie couvrent moins de 80 % du salaire dont l'assuré est privé, l'OPP 2 prévoit une autre possibilité pour éviter la surindemnisation : l'instrument de la réduction pour cause de surindemnisation. L'institution de prévoyance peut prévoir dans son règlement de réduire la rente d'invalidité dans la mesure où celle-ci, ajoutée à d'autres revenus à prendre en compte, dépasse 90 % du gain annuel dont on peut présumer que l'assuré est privé. Les revenus à prendre en compte sont les prestations de nature et de but identiques servies à l'assuré en raison de l'événement dommageable ainsi que le revenu provenant d'une activité lucrative ou le revenu de remplacement¹¹.

Si elle dispose d'une base réglementaire correspondante, l'institution de prévoyance peut tenir compte des indemnités journalières en cas de maladie dans le calcul de la surindemnisation. L'existence d'une disposition prévoyant la réduction pour cause de surindemnisation est désormais habituelle dans les règlements des institutions de prévoyance. Depuis l'entrée en vigueur de la modification de l'art. 24,

¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral du 21.2.2005 (B 27/04)

¹¹ Version à partir du 1.1.2005. Il ne s'agissait auparavant que du revenu effectif d'une activité lucrative et non du revenu de remplacement. L'ajout de cette dernière possibilité vise à garantir que le revenu de remplacement, par exemple les indemnités journalières de l'assurance-chômage, soit également pris en compte (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 75).

al. 1, OPP 2, il est clair les indemnités journalières entrent en ligne de compte pour la réduction pour cause de surindemnisation indépendamment du fait qu'elles sont versées par une assurance régie par la LAMal ou par la LCA, pour autant que cette assurance ait été financée pour moitié par l'employeur. Avec l'art. 24 OPP 2 tel qu'il était en vigueur jusqu'à fin 2016, les indemnités journalières LCA ne pouvaient pas être prises en compte dans le calcul de la surindemnisation dans le cadre de la prévoyance professionnelle obligatoire¹².

Changement de jurisprudence et modification de l'OPP 2

Deux problèmes se posaient donc jusqu'à récemment en ce qui concerne la coordination entre les indemnités journalières en cas de maladie et les prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle. Premièrement, les institutions de prévoyance ne pouvaient pas, malgré leurs dispositions réglementaires, différer leurs prestations d'invalidité lorsque l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie demandait la restitution d'une partie de ses prestations en cas d'octroi d'une rente AI avec effet rétroactif. Deuxièmement, seules les indemnités journalières LAMal et non les indemnités journalières LCA pouvaient être prises en compte lors de la réduction pour cause de surindemnisation. Ces deux problèmes ont aujourd'hui disparu. À la suite du changement de jurisprudence intervenu le 14 octobre 2016, les institutions de prévoyance peuvent différer leurs prestations d'invalidité même lorsque l'assuré se voit octroyer une rente avec effet rétroactif et que l'assureur d'indemnités journalières demande en conséquence la restitution d'une partie ou de la totalité de ses prestations. Par ailleurs, après l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2017, de la modification de l'art. 24, al. 1, OPP 2, les indemnités journalières LCA peuvent elles aussi être prises en compte dans le calcul de la surindemnisation.

4.2 Indemnités journalières de l'assurance-accidents

Coordination avec les prestations de l'assurance-invalidité

Lorsque des indemnités journalières de l'AA sont en concours avec une rente AI, le cumul des prestations s'applique sous réserve de surindemnisation (art. 68 et 69, al. 2, LPGA).

En ce qui concerne un éventuel concours entre indemnités journalières de l'AI et rente de l'AA, la pratique antérieure considérait, sur la base de la législation relative à l'assurance-accidents, qu'il n'existe pas de droit à une rente de l'AA aussi longtemps que l'assuré peut encore prétendre à des indemnités journalières de l'AI (art. 19, al. 1, LAA). Cette pratique dérogeait à l'art. 68 LPGA, qui énonce le principe d'un cumul de ces prestations. Or ni l'art. 19, al. 1, LAA ni l'art. 44 LAI ne prévoient expressément une telle dérogation. Le Tribunal fédéral a par conséquent corrigé cette pratique et rappelé l'applicabilité du principe du cumul prévu à l'art. 68 LPGA (ATF 139 V 514).

Coordination avec les prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle

La question se pose également de savoir si une institution de prévoyance peut différer le versement d'une rente d'invalidité LPP lorsque l'assuré perçoit des indemnités journalières non de l'assurance-maladie, mais de l'assurance-accidents. Jusqu'à récemment, l'art. 34a, al. 1, LPP¹³, qui délégait la compétence d'édicter des dispositions en matière de coordination des prestations et de surindemnisation afin d'éviter des avantages injustifiés, était formulé de manière si générale qu'il ne permettait de trancher cette question. La doctrine et la jurisprudence se concentraient dès lors sur l'interprétation de l'art. 26 OPP 2, qui mentionne uniquement les indemnités journalières de l'assurance-maladie. Dans l'ATF 123 V 193, le Tribunal fédéral avait reconnu la possibilité de différer le droit aux prestations d'invalidité en cas de versement d'indemnités journalières de l'AA, mais il a laissé ce point en suspens dans un arrêt ultérieur (procédures jointes 9C_115/2008 et 9C_134/2008). La jurisprudence n'apporte ainsi pas de réponse claire à cette question. La doctrine est, elle aussi, partagée. Certains

¹² ATF 128 V 248 et arrêt 9C_1026/2008

¹³ En vigueur jusqu'au 31.12.2016

auteurs défendent l'idée selon laquelle seules les indemnités journalières de l'assurance-accidents professionnels, mais pas celles de l'assurance-accidents non professionnels, devraient autoriser un ajournement des prestations. La justification avancée est la différence dans les modalités de financement des deux assurances.

La coordination entre les prestations d'invalidité LPP et les prestations d'invalidité de l'AA a été revue à l'occasion de la révision de la LAA du 25 septembre 2015, qui prévoit la possibilité, pour éviter une surindemnisation, de réduire une partie des prestations d'invalidité de l'AA lorsque l'assuré atteint l'âge de la retraite. Le législateur a délibérément choisi de ne pas étendre aux indemnités journalières de l'AA la règle de coordination applicable aux indemnités journalières en cas de maladie (cf. art. 34a, al. 5, let. c, LPP). De fait, seuls 8 % des bénéficiaires d'une rente d'invalidité LPP perçoivent également des prestations de l'AA¹⁴. La possibilité de différer le début de la rente d'invalidité LPP en cas de versement d'indemnités journalières de l'AA n'aurait dès lors guère eu d'impact significatif sur le niveau des cotisations pour la couverture des risques dans la prévoyance professionnelle. Les salariés n'en auraient en outre tiré aucun bénéfice : ils auraient subi, de façon unilatérale, un taux de remplacement plus faible (80 % au lieu de 90 % en cas de coordination des prestations pour éviter une surindemnisation) sans pouvoir compter pour autant sur une baisse des cotisations salariales.

Depuis la révision de la LAA, la coordination des prestations pour éviter la surindemnisation est réglée au niveau de l'ordonnance (art. 24, al. 1, let. b et c, OPP 2), sans faire de distinction n'est faite entre les indemnités journalières en cas de maladie et les indemnités journalières de l'AA. La seule différence est que les indemnités journalières servies par une assurance obligatoire peuvent toujours être prises en compte, tandis que celles qui sont servies par une assurance facultative peuvent l'être uniquement lorsque cette dernière est financée pour moitié au moins par l'employeur. Les analyses faites au sujet des indemnités journalières en cas de maladie (cf. ch. 4.1) s'appliquent donc par analogie aux indemnités journalières de l'AA. L'introduction de cette réglementation explicite dans l'ordonnance vient clarifier une situation juridique auparavant controversée et améliore la sécurité du droit pour les assurés comme pour les institutions de prévoyance.

Pour être complet, il convient de noter que, dans la prévoyance professionnelle surobligatoire, les institutions de prévoyance peuvent préciser dans leur règlement les cas dans lesquels elles ajournent les rentes. Une réduction pour cause de surindemnisation est toutefois possible si un ajournement n'est pas permis, par exemple parce qu'il n'est pas prévu par le règlement en cas de versement d'indemnités journalières de l'AA.

5 Examen d'une assurance obligatoire d'indemnités journalières en cas de maladie

Le chap. 5 est consacré à la question de l'introduction d'une assurance obligatoire d'indemnités journalières en cas de maladie. Il s'appuie notamment sur les travaux importants réalisés à ce sujet dans le cadre du rapport « Évaluation du système d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie et propositions de réforme » paru en 2009.

Comme cela a été rappelé dans le chapitre introductif, les assurances d'indemnités journalières, qu'elles soient régies par la LAMal ou la LCA, sont des assurances facultatives. Contrairement à d'autres risques de perte de gain, aucune assurance sociale obligatoire ne vient donc couvrir le risque d'une incapacité

¹⁴ Selon la statistique de l'AI, 7,75 % des bénéficiaires de l'AI avaient droit en 2015 à une rente AI à la suite d'un accident. On peut considérer que ce chiffre est également représentatif pour la prévoyance professionnelle.

de travail temporaire pour cause de maladie. De ce fait, la demande d'introduire une telle assurance obligatoire a été exprimée à plusieurs reprises sur le plan politique.

Dans le rapport « Évaluation du système d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie et propositions de réforme » (2009), le Conseil fédéral a esquissé différentes propositions de révision du système d'assurance d'indemnités journalières. Ces propositions sont brièvement présentées ci-après :

(1) Assurance de base sous la forme d'une assurance sociale facultative, éventuellement complétée par des assurances complémentaires régies par la LCA

L'assurance d'indemnités journalières reste facultative et n'est pas financée par des contributions des pouvoirs publics. Néanmoins, seule une assurance sociale peut compenser la perte de gain en cas de maladie dans un champ d'application défini par la loi (par ex. 80 % du revenu assuré, par analogie avec la LAA). En dehors de ce champ d'application, des assurances d'indemnités journalières régies par la LCA restent possibles et constituent en quelque sorte des assurances complémentaires.

(2) Assurance facultative d'indemnités journalières uniquement sur la base de la LCA

Les dispositions de la LAMal concernant l'assurance d'indemnités journalières sont abrogées. Certaines restrictions de la liberté de contracter contenues dans la LAMal sont néanmoins reprises dans la LCA. C'est le cas, en particulier, de la protection existante pour les assurés au chômage, du droit de passer de l'assurance collective à l'assurance individuelle ainsi que du droit de libre passage tel qu'il est aujourd'hui réglementé dans la LAMal.

(3) Assurance d'indemnités journalières obligatoire pour les salariés

Une assurance obligatoire d'indemnités journalières, couvrant à moyen terme le risque de perte de gain en cas de maladie, est instaurée pour les salariés. Ce régime obligatoire permet de combler une lacune qui existe encore parfois aujourd'hui pour les salariés. La durée des prestations d'assurance est toutefois limitée. L'assurance contre la perte de gain à long terme en cas de maladie reste une tâche des assurances de rentes (AI et prévoyance professionnelle).

(4) Assurance perte de gain obligatoire pour toute personne exerçant une activité lucrative

Dans cette variante, l'assurance obligatoire d'indemnités journalières est étendue à l'ensemble des personnes actives, que leur revenu soit le fruit d'une activité indépendante ou salariée au sens de la LAVS. Sur le modèle de l'AI, cette assurance pourrait consister en une assurance de base, dans laquelle le salaire ne serait intégralement assuré que pour une partie des personnes actives (la moitié, par ex.).

Dans son appréciation des différentes variantes, le Conseil fédéral est arrivé à la conclusion que le système actuel, qui se fonde surtout sur des solutions négociées entre les partenaires sociaux, a fait ses preuves et que l'assurance facultative offre une protection suffisante pour la plupart des salariés. Les variantes 1 et 2 n'apportent pas de solution aux problèmes de fond d'une assurance sociale facultative (réserves d'assurance, assurances collectives formant des communautés de risque fermées avec les différences de primes correspondantes), tandis que l'instauration d'une assurance obligatoire (variantes 3 et 4) n'est, pour l'heure, pas réalisable sur le plan politique. Rien n'indique que les principaux obstacles à l'introduction d'une assurance obligatoire, à savoir les raisons financières et l'environnement politique, aient changé de manière significative depuis la publication de ce rapport. Le développement des assurances régies par la LCA aux dépens de celles régies par la LAMal a plutôt eu tendance à se renforcer ces dernières années.

Le Conseil fédéral estime certes dans son rapport que la coexistence de deux réglementations légales pour l'assurance d'indemnités journalières (LAMal et LCA) n'est pas idéale. Il considère néanmoins que l'assurance d'indemnités journalières telle qu'elle est pratiquée aujourd'hui peut être maintenue et qu'une modification sur la base des variantes examinées dans le rapport précité n'est pas opportune. Les conventions conclues entre les partenaires sociaux (CCT) et l'incitation pour les employeurs et les employés à souscrire des assurances d'indemnités journalières ont conduit à une situation dans laquelle la grande majorité des salariés et des indépendants sont protégés contre une perte de gain temporaire en cas de maladie. Il importe de rappeler à cet égard que, dans le 2^e pilier, les institutions de prévoyance exigent aujourd'hui la conclusion d'une assurance d'indemnités journalières pour faire face à un éventuel ajournement des prestations d'invalidité. Cette situation correspond en quelque sorte de facto à une forme de régime obligatoire.

6 Conclusions

Le présent rapport montre que le système assurant la couverture d'une perte de gain temporaire en cas de maladie (ou d'accident) est complexe et que sa mise en œuvre est exigeante pour l'ensemble des acteurs. Mais il montre aussi que les incertitudes pour les assurés sont minimales. Le système de coordination des prestations a su s'adapter à l'évolution des circonstances et fonctionne dans l'ensemble de manière satisfaisante. Il n'existe pour l'heure aucune nécessité de légiférer en ce qui concerne l'AI ou la prévoyance professionnelle. L'introduction d'une assurance obligatoire d'indemnités journalières en cas de maladie ne semble pas non plus se justifier dans les circonstances actuelles.

Pour ce qui est de l'AI, une divergence d'intérêts existe entre l'AI et les assureurs d'indemnités journalières pendant la phase d'intervention précoce. Alors que l'AI a intérêt, pour la réussite des mesures de réadaptation, à ce que les indemnités journalières en cas de maladie soient versées aussi longtemps que sa décision n'a pas été prise, les assureurs d'indemnités journalières ont de leur côté un intérêt financier à ce que les mesures de l'AI soient octroyées le plus rapidement possible afin d'être déchargés de leurs obligations. Ces intérêts divergents conduisent moins à des incertitudes pour les assurés qu'à des problèmes de coordination entre les différents fournisseurs de prestations. À cet égard, il paraît judicieux de rechercher des solutions pratiques et consensuelles sous la forme de bonnes pratiques, à l'image des réflexions actuellement menées au sein de l'association Compasso, au sein de laquelle tous les acteurs concernés sont représentés. Dans le contexte de la réadaptation, l'approche partenariale de l'accord paritaire genevois paraît également prometteuse.

De même, il n'est pas nécessaire actuellement de légiférer dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Si certains problèmes se posaient jusqu'à récemment en ce qui concerne l'ajournement des rentes d'invalidité et la réduction pour cause de surindemnisation, ces difficultés ont été résolues grâce à un changement de jurisprudence intervenu à l'automne 2016 et à une modification de l'OPP 2 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017 dans le cadre de la révision de la LAA. Ces deux ajustements ont amélioré la sécurité du droit pour les assurés comme pour les institutions de prévoyance.

Dans le rapport « Évaluation du système d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie et propositions de réforme » (2009), le Conseil fédéral a évalué quatre variantes pour la révision du système d'assurance d'indemnités journalières. Dans son analyse, il est arrivé à la conclusion que le système actuel, qui repose surtout sur des solutions négociées entre les partenaires sociaux, a fait ses preuves et que l'assurance facultative offre une protection suffisante pour la plupart des salariés. Dans l'état actuel des connaissances, il s'en tient à cette appréciation. Il importe aussi de rappeler à cet égard que, dans le 2^e pilier, les institutions de prévoyance exigent en général aujourd'hui la conclusion d'une assurance d'indemnités journalières en lien avec l'éventualité d'un ajournement des prestations d'invalidité, ce qui revient de facto à une forme d'obligation. Le Conseil fédéral continuera de suivre de

près les évolutions dans ce domaine, en particulier en ce qui concerne l'intégration professionnelle des personnes en incapacité de travail prolongée, domaine où l'absence de régime obligatoire peut s'avérer particulièrement problématique. En ce qui concerne les solutions négociées par les partenaires sociaux, l'accord paritaire genevois doit, sur ce plan aussi, servir de modèle et montrer la voie à suivre.