



**Peter Schüpbach**  
lic. en droit, Centre Patronal Berne,  
cpbern@centrepatronal.ch

# Versement du salaire en cas de grossesse / maternité

L'assurance maternité entre en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2005. Quelles en seront les conséquences? Dans quelle mesure le salaire sera-t-il versé durant le congé maternité?

## 1. Versement du salaire pendant la grossesse

### 1.1 Dispositions légales

#### Conditions

La loi fixe diverses conditions qui doivent être satisfaites de manière cumulative pour que l'employeur soit tenu de continuer à verser le salaire:

On retiendra qu'en principe, un employé n'a droit au versement limité de son salaire en cas d'empêchement de travailler que dans la mesure où les rapports de travail à durée indéterminée ont duré plus de trois mois ou si les rapports de travail à durée limitée ont déjà duré plus de 3 mois. Le temps d'essai est ajouté à la durée des rapports de travail. En cas de contrat de travail à durée indéterminée avec un temps d'essai ou prévoyant la possibilité d'une résiliation pour une date qui n'est pas au terme des trois mois, l'obligation de l'employeur de verser le salaire commence le premier jour du 4<sup>ème</sup> mois de travail.

- a) L'incapacité de travailler doit être intervenue sans faute de la part de l'employé. Il incombe à l'employé de prouver que son incapacité de travailler est intervenue sans faute de sa part.
- b) L'obligation faite à l'employeur de verser le salaire se limite à des causes inhérentes à la personne du travailleur au cours de l'exécution du contrat («motifs liés à sa personne»). La loi entend par causes inhérentes les cas

de maladie, d'accident, d'accomplissement d'une obligation légale ou l'exercice d'une fonction publique.

#### Montant

Le montant du salaire à verser correspond à celui que l'employé aurait perçu normalement s'il avait travaillé, c'est-à-dire avec d'éventuelles indemnités, provisions etc., avec une indemnité équitable pour salaire en nature non perçu. En cas de salaire au rendement (travail aux pièces, provision), il convient de verser à l'employé le montant qu'il aurait sans doute gagné s'il avait travaillé. Par ailleurs, il convient également de verser les indemnités pour le travail de nuit ou de dimanche non effectué pour autant qu'un tel travail ait été convenu. Il en va de même pour les heures supplémentaires et les indemnités pour heures supplémentaires déjà convenues qui ne pourront pas être effectuées en raison de l'incapacité de travailler. Le salaire d'un employé comparable est ainsi déterminant.

#### Durée

En ce qui concerne la durée du versement du salaire, la loi ne fait que préciser que c'est «pour une durée limitée». L'art 324a/2 CO définit toutefois comme prestation minimale une durée de trois semaines au cours de la première année de service et une durée appropriée pour les années de service supplémentaires en fonction de la durée des rapports de travail et des circonstances du cas particulier. Les diver-

## → Art. 324 CO

«Si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois.

Sous réserve de délais plus longs fixés par accord, contrat-type de travail ou convention collective, l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières.

En cas de grossesse et d'accouchement de la travailleuse, l'employeur a les mêmes obligations (dès 1<sup>er</sup> juillet 2005: En cas de grossesse de la travailleuse, l'employeur est tenu de lui verser le salaire dans la même mesure).

Un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger aux présentes dispositions à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes.»

### → Versement du salaire en semaines

Années de service	Echelle bernoise	Echelle zurichoise	Echelle bâloise
1	3	3	3
2	4	8	9
3	9	9	9
4	9	10	13
5	13	11	13
6	13	12	13
7	13	13	13
8	13	14	13
9	13	15	13
10	17	16	13
11	17	17	17
15	22	21	17
20	26	26	22
21	26	27	26
25	30	31	26
30	33	36	26
35	39	41	26
40	39	46	26

ses échelles telles que l'échelle bernoise, bâloise ou zurichoise constituent à cet effet des directives utiles.

Les durées de versement du salaire indiquées dans ces échelles ne sont que des données indicatives; des écarts vers le haut ou vers le bas sont possibles, le juge devant tenir compte selon la loi de chaque cas particulier. Par convention écrite (contrat de travail individuel, convention collective de travail, travail contrat-type), il est possible de convenir d'une réglementation divergente en matière de versement du salaire en cas d'incapacité de travailler, cette réglementation ne devant toutefois pas désavantager l'employé. La durée des rapports d'apprentissage au sein de l'entreprise doit être ajoutée aux années de services. En cas de transfert des rapports de travail (333 CO), les années de service fournies pour le premier employeur sont considérées comme autant d'années de service pour l'acquéreur.

L'obligation de verser le salaire ne vaut que pour une durée limitée et pour cela il convient de tenir compte globalement de tous les motifs d'empêchement par année de service. L'obligation de verser le salaire n'existe pas dans tous les cas à nouveau pour une durée limitée.

La question de savoir si, dans le cas du versement du salaire pour une période limitée selon l'art. 324a CO (échelles bernoise, bâloise ou zurichoise), il s'agit d'un minimum temporel ou d'un minimum de salaire reste controversée. Un minimum temporel signifierait que la durée limitée ne se rallongerait pas de manière correspondante, même en cas d'une incapacité de travailler partielle. Par contre, un minimum

de salaire signifierait par exemple que dans le cas d'une incapacité de travailler de 50%, la durée limitée de l'obligation de verser le salaire passerait durant la première année de service de trois à six semaines. La tendance va plutôt en direction d'un minimum de salaire. Il est toutefois possible de préciser par écrit dans le contrat de travail ou dans le règlement du personnel que s'applique le principe du minimum temporel.

Les accidents professionnels et les maladies professionnelles ainsi que les accidents non professionnels, mais seulement si le temps de travail hebdomadaire moyen est d'au moins 8 heures, sont soumis à l'assurance obligatoire et l'art. 324b CO règle le problème du versement du salaire en relation avec la LAA.

## 1.2 Avec l'assurance perte de gain

L'art 324a/4 CO permet aux parties de déroger à l'obligation de verser le salaire précisée dans les alinéas 1 à 3 à condition d'accorder à l'employé des prestations au moins équivalentes.

De telles conventions ne sont valables que si elles sont conclues **par écrit**, dans le cadre d'un contrat-type de travail ou dans un règlement du personnel faisant partie intégrante du contre de travail ou encore dans une convention collective ou un contrat de travail usuel. La forme écrite remplit une fonction d'avertissement et de preuve.

Jusqu'à présent, le législateur a consciemment renoncé à introduire une assurance obligatoire pour indemnités journalières.

L'employeur dispose de diverses possibilités. Il peut conclure une assurance collective ou individuelle pour indemnités journalières. Les deux assurances sont admissibles selon la LCA (loi fédérale sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1) ou selon la LAMal (Loi fédérale sur l'assurance maladie, RS 832.10).

En cas d'assurance selon la LAMal, l'assureur pour indemnités journalières est tenu d'assurer toute personne âgée entre 15 et 65 ans, domiciliée en Suisse ou exerçant une activité lucrative. L'assureur est autorisé à exclure des maladies existantes par une réserve, cette réserve devenant caduque après cinq ans. Si l'employé change d'assureur parce qu'il change d'emploi, aucune nouvelle réserve ne peut être émise. L'assurance pour indemnités journalières verse de telles indemnités si l'assuré souffre d'une incapacité de travailler d'au moins 50% et ceci au moins pendant 720 jours sur un total de 900 jours. En cas d'incapacité partielle de travailler, l'assurance verse des indemnités journalières réduites en conséquence pendant la même durée, la protection d'assurance demeurant acquise pour la capacité de tra-

vailler restante. S'il est mis un terme aux rapports de travail, l'assureur ou l'employeur sont tenus d'attirer l'attention de l'employé sur son droit à conclure une assurance individuelle et l'employé peut faire valoir ce droit pendant les trois mois qui suivent la fin des rapports de travail. Quoi qu'il en soit, les prestations d'assurance sont dues de manière indépendante de la fin des rapports de travail. Il est important de souligner que le montant des primes, la durée du temps d'attente et le montant des prestations demeurent à la libre appréciation des parties.

Les assurances pour indemnités journalières selon la LCA ne doivent pas tenir compte des limites mentionnées. Il n'existe aucune obligation d'admission, les primes peuvent être différentes (pour les hommes et pour les femmes), il est possible de définir des catégories de risques, le délai d'attente, la durée des prestations et l'ampleur des prestations peuvent être librement convenues par les parties.

Si l'employeur ne conclut pas l'assurance malgré le contrat écrit, s'il n'explique pas les conditions d'assurance à l'employé ou s'il ne paie pas les primes dues de telle manière que l'assureur ne fournit pas sa prestation d'assurance convenue contractuellement, il devra des dommages-intérêts, ce qui signifie qu'il devra fournir les prestations de l'assureur à sa place.

L'équivalence d'une réglementation relevant du droit des assurances doit être évaluée de manière abstraite. Son évaluation est laissée à la libre appréciation du juge. Les prestations sous forme d'indemnités journalières ne doivent pas être équivalentes ou meilleures par rapport au versement du salaire que prévoit la loi dans tous les cas de maladie imaginables mais uniquement dans le cadre d'une appréciation globale. Les prestations d'assurance sont considérées comme équivalentes si elles correspondent ou si elles sont supérieures aux prestations légales dans la globalité de tous les risques de maladie imaginables. Dans un cas concret, elles peuvent dès lors être parfois moins bonnes. Le Tribunal fédéral considère une solution d'assurance comme équivalente si elle couvre pendant 720 sur 900 jours 80% du salaire, si elle prévoit au maximum 2-3 jours d'attente et si les primes sont dues pour moitié par l'employeur et par l'employé.

## 2. Versement du salaire pendant le congé de maternité

L'allocation de maternité régie par la loi sur les allocations pour perte de gain (LAPG, RS 834.1) et par le règlement sur les allocations pour perte de gain (RAPG, RS 834.11) entrera

en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2005. Néanmoins, cette nouvelle réglementation a déjà une influence sur les naissances intervenant à partir du 26 mars 2005.

Le présent article ne tient compte que des informations accessibles au moment de sa rédaction. Certaines questions n'y trouvent ainsi qu'une réponse insatisfaisante.

## 2.1 Droit à l'allocation

### Femmes ayants droit

Ont droit à l'allocation de maternité les femmes qui, à la date de l'accouchement:

- sont salariées ou
- exercent une activité indépendant; ou
- travaillent dans l'entreprise de leur mari, de la famille ou de leur concubin contre un salaire en espèces; ou
- sont au chômage et reçoivent déjà une indemnité journalière de l'assurance chômage ou rempliraient les conditions pour avoir droit aux indemnités journalières de l'AC; ou
- sont dans l'incapacité de travailler en raison d'une maladie, d'un accident ou de l'invalidité et reçoivent pour cette raison des indemnités journalières d'une assurance sociale ou privée, pour autant que ces indemnités journalières aient été calculées sur la base d'un salaire préalable; ou
- poursuivent une activité lucrative sur la base d'un contrat de travail valable mais ne reçoivent pas de salaire et pas d'indemnité journalière, les droits y relatifs étant éteints.

Pour les femmes salariées, il est déterminant que les rapports de travail durent au moins jusqu'au jour de l'accouchement. Pour les indépendantes, il est déterminant qu'elles soient reconnues comme telles par leur caisse de compensation à la date de l'accouchement. Aussi bien pour les femmes salariées que pour les femmes indépendantes, le fait qu'elles reprennent ou non leur activité lucrative au terme du congé de maternité ne joue aucun rôle. Les femmes au chômage qui ne sont pas au bénéfice d'une indemnité de chômage doivent compléter un formulaire d'attestation de l'employeur (formulaire 318.752 d).

### Durée de cotisation précédente et durée minimale de l'activité lucrative

Le droit à l'allocation de maternité naît si les ayants droit:

- ont été assurées obligatoirement au sens de la LAVS durant les neuf mois précédant l'accouchement. Il s'agit en règle générale de toutes les femmes domiciliées en Suisse ou travaillant en Suisse. Si l'accouchement intervient de manière prématurée, cette durée d'assurance se réduit à:

- 6 mois en cas d'accouchement avant le 7<sup>ème</sup> mois de la grossesse;
  - 7 mois en cas d'accouchement avant le 8<sup>ème</sup> mois de la grossesse;
  - 8 mois en cas d'accouchement avant le 9<sup>ème</sup> mois de la grossesse,
- et ont exercé au cours de cette période une activité lucrative pendant au moins cinq mois. Les périodes d'engagement et d'assurance réalisées dans l'UE (état avant l'élargissement à l'Est) ou dans des pays de l'AELE sont prises en compte.

Sont obligatoirement assurées au sens de la LAVS toutes les femmes qui sont domiciliées en Suisse ou qui travaillent en Suisse, la nationalité ne jouant aucun rôle.

Ni le degré d'engagement, ni la régularité des engagements de travail ne sont déterminants pour la durée minimale de l'activité lucrative mais uniquement le paiement d'un salaire pour le travail effectué au cours du mois civil correspondant. Plusieurs périodes d'activité différentes qui découlent de rapports de travail limités dans le temps et durant lesquelles l'assurée a obtenu un salaire déterminant, sont additionnées.

Il est également tenu compte des périodes portant sur des vacances payées et des périodes de vacances pour des employées payées à l'heure qui ont reçu un supplément pour dédommagement de vacances. Il n'est par contre pas tenu compte des congés non payés.

Pour la détermination de la durée minimale d'activité, il est également tenu compte des périodes durant lesquelles la mère a obtenu avant la naissance une indemnité journalière de l'AC, de l'AI, de l'AM, de l'assurance militaire ou de l'AA.

## 2.2 Début et fin du droit à l'allocation

Le droit à l'allocation naît le jour de la naissance d'un enfant viable. Si l'enfant est mort-né ou s'il meurt à la naissance, le droit à l'allocation perdure si la grossesse a duré au moins 23 semaines pleines.

En cas de séjours hospitaliers de plus longue durée de l'enfant (au moins 3 semaines) après la naissance, la mère peut demander lors de son annonce à ce que le droit à l'allocation ne commence qu'avec le retour de l'enfant à la maison. Dans ce cas, la mère n'a aucun droit au salaire au cours de la période intermédiaire. Le droit à l'allocation prend fin au plus tard après 14 semaines, respectivement le 98<sup>ème</sup> jour après qu'il a pris naissance. Il se termine avant ce délai si la mère reprend entièrement ou partiellement son activité lucrative ou si elle décède.

## 2.3 Montant de l'indemnité

L'allocation de maternité est versée sous forme d'indemnité journalière et se monte à 80% du revenu lucratif moyen obtenu avant la naissance mais au maximum 172 francs par jour. L'indemnité journalière maximale s'obtient sur la base d'un revenu mensuel de 6450 francs (6450 francs × 0,8 / 30 jours = 172 francs) et pour les indépendants sur la base d'un revenu annuel de 77 400 francs (77400 francs × 0,8 / 360 jours). Si toutefois une femme reçoit une indemnité journalière de l'AI, de l'AM, de l'AA, de l'AC ou de l'assurance militaire jusqu'à quelques jours avant l'accouchement, l'allocation correspondra au moins à l'indemnité journalière perçue jusque là et ceci indépendamment du montant maximal susmentionné.

Si la femme donne naissance à plusieurs enfants, elle n'a droit qu'à une seule allocation de maternité.

Aucun supplément pour enfants, d'exploitation ou pour frais de soin n'est octroyé en plus de l'allocation de maternité.

### → Exemple de calcul avec un salaire < als CHF 6450.–

Salaire mensuel CHF 5250.–

L'allocation se calcule comme suit:  
CHF 5250.– : 30 jours  
= CHF 175.– par jour

Allocation 80% de CHF 175.– =  
CHF 140.– par jour

Allocation CHF 140.– par jour  
pour 98 jours au maximum CHF 13 720.–

### → Exemple de calcul avec un salaire < que CHF 6450.–

Salaire mensuel CHF 7425.–

L'allocation se calcule comme suit:  
CHF 7425.– : 30 jours =  
CHF 247.50 par jour

Allocation 80% de CHF 247.50 =  
CHF 198.– par jour  
Réduction à l'allocation maximale  
CHF 172.– par jour

Allocation maximale CHF 172.– par jour  
pour 98 jours au maximum CHF 16 856.–

## 2.4 Exercice du droit à l'allocation de maternité et versement

Les personnes suivantes peuvent faire valoir le droit à une allocation de maternité auprès de la caisse de compensation AVS compétente:

- la mère: par le biais de l'employeur si elle exerce une activité lucrative dépendante ou directement si elle exerce une activité lucrative indépendante, si elle est au chômage ou si elle est dans l'incapacité de travailler;
- l'employeur: si la mère n'exerce pas son droit par le biais de l'employeur et s'il paie à la mère un salaire pendant la période du droit;
- les proches: si la mère ne remplit pas à leur égard ses obligations d'entretien ou d'assistance.

Le droit à l'allocation de maternité s'exerce au moyen du formulaire officiel d'annonce (318.750 d). Pour les mères employées, sans emploi ou souffrant d'une incapacité de travailler à la date de l'accouchement, c'est l'employeur actuel, respectivement le dernier employeur qui confirme la durée des rapports de travail, le salaire déterminant pour le calcul de l'allocation de maternité ainsi que le salaire qu'il verse pour la durée de versement des indemnités journalières. Il convient d'annexer au formulaire d'annonce tous les justificatifs permettant de constater l'identité de la mère ainsi que le livret de famille ou le certificat de naissance du nouveau-né. Si l'enfant naît prématurément ou s'il est mort-né, il convient d'annexer une attestation médicale renseignant quant à la durée de la grossesse. Si l'employée a plusieurs employeurs, il convient en outre de compléter le formulaire complémentaire à la requête d'allocation de maternité (formulaire 318.751 d). Le droit à l'allocation de maternité peut être exercé jusqu'à 5 ans après la naissance de l'enfant. Ensuite, il s'éteint définitivement.

## 2.5 Cotisations à l'AVS/AI/APG, AC, PP, AA, AM

L'allocation de maternité versée directement en lieu et place du salaire est également considérée comme un revenu et il y a donc lieu de verser les cotisations sociales AVS/AI/APG correspondantes. Pour les salariés, la cotisation à l'AC est également déduite. Les cotisations sont dues pour une moitié par la bénéficiaire et pour l'autre moitié par le fonds APG. Ainsi, l'employeur se voit verser non seulement l'allocation de maternité mais également 6,05% d'AVS/AI/APG/AC.

Aucune prime d'AA n'est due sur l'allocation de maternité (OLAA 115/1d).

Par ailleurs, ni la LAMal, ni la LCA ne prévoient une exemption du versement de la prime d'assurance en cas d'octroi de l'allocation de maternité.

Le salaire LPP coordonné est maintenu durant les 14 semaines que dure l'allocation de maternité (LPP 8/3).

## 2.6 Dispositions transitoires

Les modifications de la LAPG en relation avec l'allocation de maternité entrent en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2005. Si la naissance de l'enfant intervient après le 25 mars 2005 mais avant le 1<sup>er</sup> juillet 2005, la mère a un droit à l'allocation de maternité au prorata de la durée résiduelle à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2005. Ce droit naît également si la mère reprend son activité lucrative après l'accouchement avant le 1<sup>er</sup> juillet 2005. Dans ce cas toutefois, il est déterminant que la mère interrompe son activité lucrative au plus tard le 30 juin 2005 pour le reste des jours donnant droit à l'allocation de maternité.

→ L'allocation de maternité entre en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2005 = début du droit  
Droit régulier: 98 jours  
Si la naissance est intervenue moins de 98 jours avant l'entrée en vigueur, la mère dispose à partir du 1<sup>er</sup> juillet d'un droit au prorata pour le temps restant.

### Exemple:

naissance le 1<sup>er</sup> juin 2005, c'est-à-dire 30 jours avant le début du droit à l'allocation de maternité

Droit total	98 jours
– jours entre la naissance et le début du droit	<u>30 jours</u>
= droit	68 jours

A partir du 1<sup>er</sup> juillet 2005, la loi prévoit que les dispositions de contrats d'assurances existants prévoyant des indemnités journalières en cas de grossesse deviennent caducs. Les primes versées en avance au-delà de cette date seront remboursées. Toutefois, seuls les contrats d'assurance selon LCA deviennent caducs, pas ceux au sens de la LAMal. Dans les cas toutefois où il existe un droit à une indemnité journalière assurée en cas d'accouchement avant le 1<sup>er</sup> juillet 2005, ce droit envers l'assureur continue d'être valable dans le cadre contractuel prévu même après le 1<sup>er</sup> juillet 2005. Si les prestations de l'allocation de maternité et celles de l'assureur privé dépassent le salaire assuré par l'allocation de maternité selon la LAPG, l'assureur peut exiger de la caisse de compen-

sation compétente le remboursement de ses prestations dans la mesure de la surindemnisation versée.

## 2.7 Primauté de l'allocation de maternité

L'allocation de maternité exclut le versement simultané d'indemnités journalières qui seraient versées par les assurances chômage, invalidité, accidents et militaire. Si toutefois une femme reçoit jusqu'à l'accouchement des indemnités journalières de l'une de ces assurances et si l'indemnité journalière est supérieure à celle de l'allocation maternité, cette dernière est augmentée pour atteindre le même montant que l'indemnité journalière antérieure, même si elle dépasse le montant maximal de 172 francs.

L'assurance volontaire pour indemnités journalières selon la LAMal constitue une exception à cette réglementation dans le domaine des assurances sociales puisque cette dernière doit fournir ses prestations en complément à l'allocation de maternité, sous réserve de l'interdiction de la surindemnisation selon LPGA 69. Il en va tout autrement des assurances d'indemnités journalières selon la LCA qui prévoient des indemnités journalières en cas de maternité. Ces dispositions deviennent caduques à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2005.

## 2.8 Réduction de vacances

Les réductions de vacances ne sont admissibles que dans le cas d'absences d'au moins trois mois pleins en raison d'une grossesse. Le temps pendant lequel l'employée a droit à l'allocation de maternité ne peut pas être imputé à cette durée. Cela signifie que l'employée conserve, durant le congé de maternité payé selon la LAPG, son plein droit aux vacances (CO 329b/3).

## 2.9 Solutions supplémentaires

Cette nouvelle réglementation relative à l'allocation de maternité dans le cadre de la LAPG ne doit pas limiter des solutions cantonales ou basées sur un accord entre partenaires sociaux ou sur un contrat de travail particulier allant au-delà des dispositions de la loi qui continuent d'être possibles. ■