

## **Commentaire de l'ordonnance sur la garantie de la rémunération en cas de maladie et d'accident du personnel de l'Etat**

### **Commentaire général**

L'ordonnance vient concrétiser l'article 110 LPers qui fixe les principes généraux suivants :

- a) une garantie de la rémunération sur 720 jours (deux ans) ;
- b) une participation du personnel à cette garantie de manière dégressive selon les années de service ;
- c) une garantie moins étendue pour le personnel engagé pour une période non durable.

Le message accompagnant le projet de loi précise que l'Etat aura à choisir entre le recours à un assureur professionnel ou au système de l'auto-assurance.

L'ordonnance contient toutes les règles relatives à la garantie de la rémunération. Elle institue une garantie complète pendant deux ans, soit 730 jours pour le personnel engagé durablement et une garantie partielle pour le personnel engagé pour une durée inférieure à deux ans.

### **1. Garantie sur 730 jours**

Le personnel engagé par contrat de durée indéterminée ou pour une durée de deux ans au moins est mis au bénéfice de la garantie de la rémunération sur deux ans. Par souci de précision dans le but d'éviter des contestations, le nombre de 720 jours est porté à 730 pour couvrir intégralement la période de deux ans. Cette précision correspond à la pratique actuelle générale des assurances.

Après avoir fait une étude sur les avantages et les inconvénients du recours à un assureur tiers ou du système de l'auto-assurance, le Conseil d'Etat s'est prononcé en faveur de ce dernier régime, géré la première année par l'Etat et la deuxième année par la Caisse de prévoyance du personnel de l'Etat (ci-après : Caisse de prévoyance). Les motifs de ce choix sont les suivants :

- le système de l'auto-assurance est moins coûteux pour l'employé(e) ;
- l'Etat fonctionne déjà comme son propre assureur durant la première année d'incapacité de travail du personnel. Les services et les entités de gestion en matière de personnel ont donc déjà acquis la connaissance nécessaire à la gestion des cas de maladie ou accident ;
- dès la deuxième année d'incapacité de travail d'un collaborateur ou d'une collaboratrice, la Caisse de prévoyance doit légalement intervenir en vertu de la loi qui la régit. Il est donc rationnel de confier à la Caisse de prévoyance la tâche complémentaire d'assumer la garantie de la rémunération de ses assurés durant cette deuxième année.

La répartition de la charge de la garantie de la rémunération entre l'Etat et le personnel est fixée de la manière suivante :

- la première année est prise en charge entièrement par l'Etat ;
- la deuxième année est prise en charge entièrement par le personnel auquel il est imposé une retenue salariale.

Il découle de ce système que l'Etat couvre la grande partie de cette garantie de la rémunération. En effet, dès la fin de la première année d'incapacité, sauf rares exceptions, le collaborateur ou la collaboratrice bénéficie d'une pension d'invalidité de la Caisse de prévoyance et d'une rente invalidité de l'AI ou d'une avance provisoire de la Caisse de prévoyance sur celle-ci. Ainsi, la garantie de la rémunération va se limiter à la différence entre les prestations dues pour l'invalidité par la Caisse de prévoyance et l'AI, et l'ancien salaire du collaborateur ou de la collaboratrice.

Selon les calculs effectués par la Caisse de prévoyance en collaboration avec un expert en assurances, une retenue salariale de 1,6 ‰ suffit à couvrir les charges découlant de cette garantie de la rémunération. Les retenues salariales sont versées sur un fonds géré par la Caisse de prévoyance. Celle-ci présente annuellement la situation du fonds à la Commission consultative pour les questions de personnel ainsi qu'aux représentants de celui-ci. La Direction des finances est également consultée. Le Fonds est en outre soumis au contrôle de l'Inspection des finances. Au terme de trois ans d'exercice, il est décidé par le Conseil d'Etat de modifier, le cas échéant, le niveau des primes.

Le système adopté par le Conseil d'Etat est comparable à celui pratiqué par les assureurs privés perte de gain soumis à la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA). La garantie de la rémunération est ainsi limitée à une **durée** (730 jours) et ne couvre pas un capital comme cela est le cas dans l'assurance perte de gain pratiquée par les caisses maladie soumises à la LAMal. Le régime ainsi décrit comporte trois conséquences principales :

- lorsque les 730 jours d'incapacité totale ou partielle sont écoulés, dans un délai cadre de 912 jours, la garantie de la rémunération prend fin ;
- en cas de cessation des rapports de service d'un collaborateur ou d'une collaboratrice en incapacité de travail, avant l'écoulement des 730 jours, le droit aux prestations ne s'éteint pas en même temps que la fin des rapports de travail mais bien à l'expiration des 730 jours.
- en cas de cessation des rapports de service d'un collaborateur ou d'une collaboratrice qui n'est pas en incapacité de travail, aucune prestation de libre passage ne sera versée par l'Etat à l'éventuel nouvel assureur de la personne concernée. La garantie de la rémunération cesse en même temps que l'extinction des rapports de service.

Les prestations liées à la garantie de la rémunération sur 730 jours sont constituées par un droit au traitement durant la première année et par des indemnités journalières durant la deuxième année correspondant au salaire net (salaire brut moins le montant correspondant aux cotisations sociales). Le traitement comprend tous les éléments salariaux réguliers. Sont comprises dans cette notion les indemnités ponctuelles pour les services spéciaux (horaire irrégulier, piquet, garde). Toutefois, elles ne sont payées qu'après au moins quatre mois d'absence, cette durée étant analogue à celle du congé de maternité ou de l'accomplissement d'une école de recrue.

## **2. Garantie partielle de la rémunération**

Lorsque le collaborateur ou la collaboratrice est engagé-e pour moins de deux ans, la garantie de la rémunération s'étend sur une durée beaucoup moins longue, soit un mois durant la première année de service si le collaborateur ou la collaboratrice est engagé-e pour moins d'un an, trois mois s'il ou elle est engagé-e pour un an ou plus, six mois dans tous les cas dès la deuxième année de service. Au-delà de cette durée, en principe, le contrat du collaborateur ou de la collaboratrice devrait être transformé en contrat de durée indéterminée et la personne concernée incluse dans le régime de la garantie sur 730 jours. Sur 15'000 personnes, on ne saurait toutefois exclure les cas de prolongation exceptionnelle au-delà de deux ans par exemple lorsqu'il s'agit de mener à son terme un projet initialement prévu sur moins de deux ans. Dans ce cas, la garantie de la rémunération va s'étendre proportionnellement au-delà de six mois mais au plus sur une année.

Le traitement garanti se limite au traitement soumis AVS et ne comprend pas les indemnités annexes.

Les personnes au bénéfice de la garantie partielle ne sont pas appelées à participer à la charge financière de la prise en charge du traitement pendant l'incapacité de travail.

## **3. Autres dispositions**

L'ordonnance contient en outre une série de dispositions qui s'appliquent aux deux régimes de garantie de la rémunération. Ces dispositions sont reprises du RPers et adaptées.

L'ordonnance met en place le régime transitoire : le personnel engagé durablement et déjà au service de l'Etat au 1<sup>er</sup> janvier 2004 est automatiquement inclus dans le nouveau régime de garantie sur 730 jours même si le collaborateur ou la collaboratrice est en incapacité de travail. Toutefois, dans ce cas, la reprise est subordonnée au fait que l'incapacité a débuté après le 30 juin 2003.

L'ordonnance entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2004

## **Commentaire par article**

### **Chapitre premier Objet**

#### **Art. 1**

Pas de commentaires.

### **Chapitre II Garantie de la rémunération sur 730 jours**

#### **Art. 2 Personnel bénéficiaire**

Pas de commentaires.

### **Art. 3 Début et fin de la garantie complète**

L'article 3 précise les dates de début et de fin de la garantie complète de rémunération. La date de fin de la garantie ne doit pas être confondue avec la date de fin des prestations liées à la garantie, traitée par les articles 6, 7 et 8. La présente disposition tient notamment compte de la situation des enseignants dont la date mentionnée dans le contrat ne coïncide pas avec la date du premier jour de travail effectif : la garantie complète entre en vigueur dès le premier jour de l'entrée en fonction fixée dans le contrat mais aussi au plus tard le premier jour de travail effectif.

### **Art. 4 Prestations a) Principe**

Cette disposition fait clairement apparaître la composition des prestations. En outre, l'article 4 al. 2 let. b précise comment sont composées les indemnités journalières. Celles-ci correspondent globalement au traitement net du collaborateur ou de la collaboratrice. Il y a lieu de relever que les indemnités journalières ne sont pas comprises dans le traitement déterminant selon l'AVS. Les personnes qui touchent ces indemnités doivent s'acquitter de l'AVS comme les personnes qui n'ont pas d'activité lucrative. A cet effet, elles doivent s'adresser à la caisse de compensation compétente.

A noter qu'à la différence de la situation qui prévalait sous l'empire de l'ancienne législation (droit au traitement progressif en fonction des années de service), le droit au traitement est d'emblée d'une année ou 365 jours, indépendamment des années de service. Il s'agit d'une volonté politique d'améliorer la protection sociale de l'ensemble des collaborateurs et collaboratrices de l'Etat. Toutefois, cette amélioration n'est prévue que pour le personnel engagé de manière durable. Afin d'éviter des abus ou des inégalités de traitement entre collaborateurs et collaboratrices, il y aura donc lieu d'être attentif à assurer une bonne gestion des contrats de durée déterminée (personnel au bénéfice d'une garantie partielle de la rémunération) et des contrats de durée indéterminée.

### **Art. 5 b) Traitement déterminant**

Le traitement contractuel est, comme son nom l'indique celui qui est fixé dans le contrat ; il doit naturellement être tenu compte des modifications de celui-ci, notamment par des avenants concernant le taux d'activité. Pour le personnel enseignant, par traitement dû contractuellement, on entend donc le traitement correspondant à l'horaire valable lors de la survenance de l'incapacité de travail. En cas d'incapacité lors d'un congé non payé partiel, le traitement sera versé selon la durée de travail convenue pendant le congé non payé puis au terme de celui-ci, selon la durée du travail prévue pour la suite du congé.

Les indemnités ponctuelles sont également prises en compte dans le traitement déterminant, ce qui constitue une amélioration sensible par rapport au système actuel, notamment pour le personnel soignant. Toutefois, il n'apparaît pas justifié ni praticable que ces indemnités soient versés en cas d'absence de courte durée. C'est la raison pour laquelle, il est prévu de ne les verser que lorsque l'absence se prolonge au-delà du quatrième mois consécutif d'absence. On établit ainsi une égalité de traitement par rapport aux absences liées au congé de maternité.

### **Art. 6 c) Calcul de la durée des prestations**

L'indication de la durée en mois pouvant provoquer des contestations, cette disposition prévoit que la durée se calcule précisément en jours. Dans les faits, il n'y a pas de modification en ce qui concerne la première année d'incapacité. En effet, le nombre de 360 jours indiqué dans l'ancienne législation devait néanmoins couvrir une année entière d'incapacité et le décompte se faisait bien sur 365 jours.

Selon la nouvelle disposition, l'année correspondant expressément à 365 jours, cela entraîne les modifications suivantes : la période dans laquelle sont comptés ces 365 jours vaut 547 jours (18 mois, soit 365 plus 182 jours) ; la période maximale de versement des indemnités journalières est, par conséquent, de 912 jours (365 plus 547 jours). Ces modifications sont prises en compte aux articles 7 et 16 de la présente ordonnance.

### **Art. 7 d) Prestations en cas de résiliation avant l'échéance des 365 premiers jours d'incapacité**

Cette disposition vise aussi bien les cas de démission du collaborateur ou de la collaboratrice que les cas de résiliation par l'employeur. A relever que, si la Caisse de prévoyance assure le versement des indemnités journalières, elle n'en assure pas le financement qui, lui, est à la charge du fonds créé à cet effet.

### **Art. 8 e) Fin anticipée des prestations**

Cette disposition correspond à la pratique des assurances.

### **Art. 9 Financement de la garantie complète a) Principe**

Cette disposition fait apparaître la répartition du financement de la garantie complète entre l'Etat et le personnel. Il y a lieu de relever que la charge incombant au personnel est nettement moins importante que celle supportée par l'Etat puisqu'elle ne concerne que les indemnités journalières. En outre, celles-ci sont partiellement compensées par les apports de la Caisse de prévoyance et de l'AI fédérale en cas de reconnaissance d'une invalidité.

### **Art. 10 b) Retenue salariale**

La retenue salariale étant très peu élevée, il a été renoncé à introduire une dégressivité.

Dès lors que les indemnités journalières sont égales au traitement net, (cf. ad art. 4), il est logique que la retenue salariale ne soit pas effectuée sur les indemnités journalières versées par la Caisse de prévoyance.

### **Art. 11 et 12 Fonds de la garantie de la rémunération sur 730 jours et gestion**

Le fonds est uniquement constitué par les retenues salariales. Celles-ci doivent couvrir les indemnités journalières et les frais de gestion. Il est évident que ni la Caisse de prévoyance ni l'Etat ne peuvent réaliser de bénéfices sur ce fonds. C'est la raison pour laquelle ce système est plus avantageux pour le personnel que le recours à une assurance.

**Art. 13 e) Ajustement des retenues salariales**

L'ajustement des retenues salariales doit assurer que le fonds ne devienne pas déficitaire et à l'inverse qu'il ne soit pas bénéficiaire. En outre, après une ou deux période de fonctionnement, le système aura été mis à l'épreuve et une analyse de ses avantages ainsi que de ses éventuels inconvénients pourra être réalisée.

**CHAPITRE III Garantie partielle de la rémunération****Art. 14 Personnel bénéficiaire et prestations**

Pas de commentaires.

**Art. 15 Durée et droit au traitement**

Il est impératif de bien gérer les contrats de durée déterminée pour l'application correcte de cette disposition. Il n'est notamment pas conforme à la LPers d'engager du personnel par contrat de durée déterminée uniquement pour éprouver les compétences de ces nouveaux collaborateurs ou de ces nouvelles collaboratrices. La période probatoire est elle seule prévue à cet effet. Le contrat de durée déterminée doit être appliqué lorsqu'il est à prévoir que les rapports de service vont effectivement prendre fin à la date indiquée dans le contrat.

Par ailleurs, lorsque l'engagement d'une personne est légalement limité, par exemple en vertu des normes fédérales relatives aux permis de travail, le contrat initial doit être de durée déterminée. Ces personnes seront alors mises au bénéfice de la garantie partielle de la rémunération. Ce n'est que lorsque le permis sera prolongé pour une durée indéterminée ou considéré comme automatiquement renouvelable d'année en année, que le contrat pourra être transformé en contrat de durée indéterminée.

Dans tous les cas, lorsque le contrat a déjà duré deux ans, ce n'est que de manière exceptionnelle qu'une prolongation pour une durée déterminée sera envisageable. Il n'est toutefois pas possible de l'exclure : ainsi, un projet initialement prévu sur une durée de dix-huit mois peut devoir être étendu sur une période allant au-delà de deux ans, voire de trois ans. Ces cas doivent toutefois être considérés comme exceptionnels, la règle étant la transformation du contrat en contrat de durée indéterminée et partant la soumission à la garantie complète de la rémunération.

**Art. 16 Calcul de la durée du droit au traitement**

Cette disposition est reprise de l'actuel article 80 al. 3 RPers.

**CHAPITRE IV Dispositions communes**

La plupart des dispositions ci-dessous sont reprises du RPers actuel, sont valables pour les deux garanties de rémunération (complète et partielle) et ont été adaptées pour s'intégrer dans la présente ordonnance.

**Art. 17 Contrôle et réduction des prestations**

Cette disposition est reprise de l'actuel article 82 RPers, à la différence que la Caisse de prévoyance est maintenant aussi investie du pouvoir d'ordonner les contrôles médicaux. La possibilité d'obliger la personne concernée à se soumettre à un examen médical du médecin conseil de l'Etat permet d'éviter les abus notamment dans les cas éventuels de production de certificats médicaux douteux ou lorsque la personne concernée a quitté la Suisse pour s'établir à l'étranger. Si la personne ne veut pas se soumettre à l'examen du médecin-conseil ou ne répond pas à l'injonction qui lui en est faite, le versement du traitement ou des indemnités journalières sera suspendu.

**Art. 18 Prestations en cas de congé non payé**

Lorsqu'une personne décide de prendre un congé non payé, elle planifie une période sans rémunération. Il est donc logique que si elle tombe malade durant cette période, elle ne puisse recevoir des prestations destinées à remplacer la rémunération qu'elle avait précisément décidé de ne pas acquérir. Cf. en outre ad art. 5.

**Art. 19 Prestations durant les mesures de réadaptation**

Cette disposition est reprise de l'actuel article 81 RPers, lui-même repris de l'ancien RPE. Toutefois, à la différence du système actuel, la durée d'octroi des prestations est limitée au délai cadre de calcul prévu à l'article 6 al. 2, soit à 912 jours. En outre, pendant toute la durée des mesures de réadaptation, les prestations sont constituées par un droit au traitement versé par l'employeur. En effet, selon les règles de l'AVS, ces prestations sont considérées comme un salaire déterminant AVS ; pour des raisons de praticabilité, il est dès lors préférable que l'employeur verse lui-même le traitement même au-delà de 365 jours.

**Art. 20 Subrogation**

Cette disposition est reprise de l'actuel article 83 RPers. Elle est formulée de manière à tenir compte des règles des assurances sociales, notamment les règles sur la subrogation en cas de versement rétroactif par les assureurs sociaux d'indemnités journalières ou de rentes pour la période d'incapacité de travail déjà couverte par l'employeur.

**Art. 21 Gestion des absences en cas de maladie et d'accident**

Cet article est repris de l'actuel article 84 RPers.

**Art. 22 Prestations complémentaires en cas de réalisation d'un risque inhérent à la fonction**

Cette disposition est reprise de l'actuel article 85 RPers, lui-même repris de l'ancien RPE.

**Art. 23 Communication de renseignements**

La communication de renseignements devra se faire dans le strict respect des principes liés à la protection des données. Ces renseignements consisteront d'ailleurs essentiellement dans un échange de données techniques. En ce qui concerne l'état de santé de la personne, la pratique à ce sujet ne sera pas modifiée. Les données médicales ne sont transmises ni à l'employeur ni à la Caisse de prévoyance. Les médecins traitants et le médecin-conseil ne communiquent que les renseignements nécessaires à l'application des dispositions légales, notamment la durée et le degré d'incapacité, le taux d'un risque accru d'invalidité, la capacité à exercer ou à poursuivre l'activité, les tâches déconseillées en raison de l'état de santé de la personne concernée.

**CHAPITRE V Disposition transitoire****Art. 24**

Cette disposition prend en compte toutes les situations et précise clairement les conditions cumulatives qui doivent être remplies pour que la disposition soit applicable. Cette disposition distingue les situations où le nouveau droit est applicable et celles où l'ancien droit reste applicable. Lorsqu'une personne était déjà malade avant le 1<sup>er</sup> juillet 2003, elle a été avertie qu'elle ne devait pas résilier son éventuelle assurance perte de gain. La personne dans cette situation, qui était au bénéfice d'une assurance collective, a le droit d'obtenir de celle-ci le libre passage en assurance individuelle.

**CHAPITRE VI Dispositions finales****Art. 25 Modification**

L'article 36 RPers subit deux modifications. L'une concerne la précision relative au nombre de jours entraînant la cessation de plein droit des rapports de service (365) pour tenir compte de la garantie de la rémunération sur 730 jours, telle que la prévoit la présente ordonnance. L'autre est une correction du numéro de la disposition du RPers qui est réservée : il s'agit de l'article 84 et non 83 comme indiqué par erreur dans le RPers du 17 décembre 2002.

**Art. 26 Entrée en vigueur**

L'entrée en vigueur coïncide avec l'entrée en vigueur du nouveau système salarial.