QUESTIONS SOCIALES

Tome 4
(Années 1976 et 1977)

Revue semestrielle éditée par le Centre de Droit Social
près l'Office des Assurances sociales, 1, rue Zithe, Luxembourg

Conditions d'abonnement :

Les abonnements peuvent être souscrits auprès du Secrétariat de la revue « QUESTIONS SOCIALES » au tarif annuel de 250,— frs par règlement au C.C.P. Revue « QUESTIONS SOCIALES », n° 11—55 à Luxembourg.

Les articles n'engagent que la responsabilité de leur auteur.

La reproduction totale ou partielle des études, des articles, des notes et des renseignements contenus dans la présente revue est autorisée sous réserve de l'indication de la source.

Prière d'adresser toute correspondance relative à la rédaction et à la diffusion à M. André THILL, premier conseiller de direction à l'Office des assurances sociales, 1, rue Zithe à Luxembourg.

Imprimerie Linden, Luxembourg-Gasperich

TABLE DES MATIÈRES

1re partie

Chroniques

Page

GITTER Wolfgang Prof. Dr.

Die Entschädigung der Minderung der Erwerbsfähigkeit durch die Soziale Sicherheit . . . . . 149—167

L'indemnisation de la diminution de la capacité de gain par la sécurité sociale . . . . . 168—183

HAMACHER Elmar Dr.

Minderung der Erwerbsfähigkeit bei beruflichen Lärmschäden in der Bundesrepublik Deutschland . . . . 357—365

La réduction de la capacité de travail en cas d'hypoacousie professionnelle en République Fédérale d'Allemagne 366—372

KRIEPS Robert et VOGEL Gaston

L'indemnisation en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique . . . . . 33— 78

LOHMAR Walter Dr

Heilbehandlung durch die Rentenversicherung . . . 351—353

Le traitement curatif en assurance-pension-invalidité . 354—356

SAINT-JOURS Yves :

L'indemnisation de la perte de capacité de gain par le régime général de la sécurité sociale . . . . . 97—122

Die Entschädigung des Verlustes der Erwerbsfähigkeit im allgemeinen System der sozialen Sicherheit . . . 123—147

TARDIEU P. Dr.

Rôle du contrôle médical dans l'appréciation de la perte de gain et problèmes contentieux qui s'y rattachent . . 273—289

Aufgabe des medizinischen Kontrolldienstes und die sich ergebenden Streitsachen . . . . . 290—304

THILL André :

Responsabilité de l'Administration et responsabilité du fonctionnaire . . . . . 3— 31

Der Umfang der Leistungspflicht des Versicherers in der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung . . . . . 79— 88

Motivation et but des journées de droit social comparé et de médecine sociale . . . . . 89— 92

Motivation und Ziele der Tage für vergleichendes Sozialrecht und Sozialmedizin . . . . . 93— 96
L'indemnisation de la perte de la capacité de gain par la sécurité sociale au Luxembourg . . . . . 185—230
Die Entschädigung der Minderung der Erwerbsfähigkeit durch die Soziale Sicherheit in Luxemburg . . . . 231—271
Die medizinischen Dienste im Rahmen der Sozialen Sicherheit in der Bundesrepublik Deutschland . . . . 305—317
Les services médicaux dans le cadre de la sécurité sociale en République Fédérale d'Allemagne . . . . 318—328
La détermination de l'incapacité de travail en matière matière de sécurité sociale au Luxembourg . . . . 329—339
Die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit im Bereiche der zialen Sicherheit in Luxemburg . . . . . 340—349

2e Partie

Jurisprudence

Matière	Textes légaux	Décision	Page
SÉCURITÉ SOCIALE			
ASSURANCE-ACCIDENTS			
Affiliation			
1) Classification d'une entreprise dans le tarif des risques — réclamation contre tarif même — incompétence des juridictions sociales.	C.A.S. art. 293 147 148 *319*	C.S.A.S. arrêt du 31 1. 1974 A. A. I. c/Honeywell	
2) Classement des membres d'une entreprise — question de cotisations — compétence des judictions sociales			14
Accident de travail — notion			
Lieu de travail — voies de fait — — origine de l'incident — sphère privée des antagonistes — accident professionnel (non)	C.A.S. art. 92	C.S.A.S. arrêt du 13. 5. 1976 A.A.I. c/Carneiro-Martins	24
Travail agricole accessoire — soins à donner à une malade — responsabilité — oui	C.A.S. art. 159, al. 4	C.S.A.S. arrêt du 18. 11. 1976 A.A.A. c/Girst	23
Accident de trajet — notion			
Chemin de retour — origine —fatigue professionnelle — bref assoupissement au volant — protection légale — oui	C.A.S. art. 92 Arr. gr.-d. 22. 8. 1936	C.S.A.S. arrêt du 11. 11. 1976 A.A.I. c/Perrel	19
Parcours pour se rendre au travail — chemin de retour — deux fins de non recevoir prévues par le législateur — interruption volontaire anormale et faute lourde	C.A.S. art. 92 Arr. gr.-d. 22. 8. 1936	C.S.A.S. arrêt du 15. 7. 1976 A.A.I. c/Wohlfart	16

Accident de trajet — interruption anormale

1) Explosion — terrain privé — condition de lieu remplie — non 2) Approvisionnement en carburant — interruption anormale — oui	C.A.S. art. 92 Arr. gr.-d. 22. 8. 1936	C.S.A.S. arrêt du 6. 5. 1976 A.A.I. c/Thomas	21

Accident de trajet — faute lourde

Excès de vitesse à l'intérieur d'une localité — apparition d'un obstacle — pas de freinage — changements de direction incontrôlés — renversement du véhicule — faute lourde — oui	C.A.S. art. 92 Arr. gr.-d. 22. 8. 1936	C.A.A.S. jugement du 3. 6. 1976 A.A.I. c/Fischer	33

Prestations

Réduction du taux de rente à 0% — décision administrative n'ayant pas statué sur une rente permanente — caractère provisoire — compétence limitée de la juridiction sociale — objet du litige — rente transitoire (oui)		C.A.A.S. jugement du 21. 10. 1975 A.A.I. c/Schmit	32

ASSURANCE-PENSION

Assurance migratoire interne

Ouverture du droit à pension — début de pension — législation du dernier régime d'affiliation applicable — mode de calcul des pensions partielles — compétence des régimes respectifs	L. 16. 12. '63 art. 12, 30 et 34	C.A.A.S. jugement du 2. 7. 1976 A.V.I. c/Adam	25
Conditions d'attribution — début pension — législation du dernier régime d'affiliation applicable	L. 16. 12. '63 art. 12, al. 3 et 34	C.S.A.S. arrêt du 6. 1. 1977 A.V.I. c/Adam	27

Assurance migratoire internationale

Prestations sociales — application de plusieurs législations — droit ouvert en vertu de la législation d'un seul Etat membre — réduction par voie de totalisation et proratisation (non)	Traité CEE art. 48 et 51 Règlement n° 3 CEE, art. 12, 27 et 28	Cour de Justice Comm. Europ. arrêt du 25. 11. 1975 C.P.E.P. c/Massonet	3

PRESTATIONS

Appréciation médicale

Divergence entre médecins conseils (de la Caisse de maladie et du médecin conseil de l'Assurance Vieillesse Invalidité) — collège d'arbitres médicaux — compétence limitée à période où les deux organismes pouvaient être appelés à intervenir simultanément (oui)		C.S.A.S. arrêt du 13. 10. 1977 A.V.I. c/Dehoux	51

Attribution rétroactive pension d'invalidité

Refus de liquider majorations relatives à la période durant laquelle l'intéressé touche des indemnités pécuniaires de maladie (oui)		C.S.A.S. arrêt du 13. 6. 1977 A.V.I. c/Casteni	47

Conditions d'octroi (Pension d'invalidité et allocation mensuelle)

1) Pension d'invalidité — réduction de la capacité de gain de plus de deux tiers (oui) 2. Allocation mensuelle — bénéficiaire de l'indemnité pécuniaire (oui)	C.A.S. art. 186 C.A.S. art. 189	C.S.A.S. arrêt du 13. 10. 1977 A.V.I. c/Steioff	49

Début pension d'invalidité

Date de la cessation du travail (oui) — date de la demande en obtention — disposition subsidiaire. Répartition des charges entre organismes d'assurance sociale — disposition d'ordre public.		C.A.A.S. Jugement du 7. 10. 1977 A.V.I. c/Klein	48

Rente de survivant

Ayant droit autre que conjoint — appréciation de la condition de participation prépondérante à l'entretien — finalité de cette disposition.	C.A.S. art. 196, al. 1	C.S.A.S. arrêt du 19. 2. 1976 A.V.I. c/Schneider	30

Retrait allocation mensuelle

Assimilation à pension d'invalidité (oui) — conditions de retrait identiques à celles de la pension d'invalidité (oui)	C.A.S. art. 224, art. 1er et 2	C.S.A.S. arrêt du 13. 10. 1977 A.V.I. c/Dofin avec note André Thill C.S.A.S. arrêt du 13. 10. 1977 A.V.I. c/Dehoux	51

Matiere	Textes légaux	Décision	Page
Attestation de travail			
Indication de la remarque « Per Einschreiben » sur certificat — mention défavorable (non)	L. 12. 11. '71 art. 23	C.S.J. arrêt du 27. 11. 1978 Barthelmey c/S.A. D.A.S.	67
Congé de maladie			
Absences pour cause de maladie — computation du congé — assimilation à des journées de travail effectif (oui)	L. 22. 4. 1966 art. 6	C.S.J. arrêt du 9. 11. 1977 Dahm c/S. A. ALCUILUX	60
Congé de maladie — licenciement intervenu pendant cette période — droit de résiliation suspendu par simple fait de maladie — indemnité de préavis (oui)	L. 24. 6. 1970 art. 8 et 11	C.S.J. arrêt du 12. 7. 1977 Poeckes c/Henriques	73
Congé non pris			
Report autorisé dans les limites légales — indemnité compensatoire illicite	L. 22. 4. 1966 art. 10 et 18	C.S.J. arrêt du 27. 11. 1978 Barthelmey c/ S. A. D.A.S.	67
Nombre infime de journées de travail effectif — congé de maladie assimilé à période de travail — demande de l'indemnité pour congé non pris — abus de droit — non		C.S.J. arrêt du 9. 11.. 1977 Dahm c/S. A. ALCUILUX	60
Allocation d'une pension d'invalitité — effet rétroactif au début de maladie — cessation de plein droit du contrat d'emploi avec même effet — congés payés dus pour période intermédiaire (non) — indemnité compensatoire due pour congé non pris (non)	C.A.S. art. 209 L. 24. 6. 1970 art. 6, al. 2 L. 22. 4. 1966 art 12. al. 3	C.S.J. arrêt du 11. 4. 1978 Centrone c/Diederich-Colas	58

Congédiement

Congédiement d'un employé — motif — réorganisation de l'entreprise — suppression de poste — usage abusif du droit de résiliation — non	Texte coord. 12. 11. 1971, art. 22 règt légal louage de serv. empl. priv.	C.S.J. arrêt du 30. 6. 1976 Mersch c/S. A. Quincaillerie d'Esch	34
1) Contrat de travail — congédiement avec préavis — obligation des parties maitenues — faute grave pendant délai-congé — rupture possible 2) Résiliation immédiate — motifs graves — lacunes dans lettre de congédiement — offre de preuve — irrecevabilité pour tardivité — principes d'ordre public	L. 24. 6. 1970 art. 12	C.S.J. arrêt du 30. 6. 1976 Thorn c/Lux	40
Dommages-intérêts pour congédiement abusif — nécessité de prouver faute du patron (oui)		C.S.J. arrêt du 12. 7. 1977 Poeckes c/Henriques	73
Détournement de fonds — reconnaissance des faits par l'employée — citation devant le tribunal correctionnel — vol domestique — acquittement par jugement définitif — résiliation immédiate du contrat d'emploi — congédiement abusif (oui) — indemnité pour délai congé due (oui) Demande de dommages-intérêts recevabilité — notification de la résiliation — refus de la lettre — début du délai de forclusion de trois mois — réception de la notification (non) — expédition de la lettre (oui)	Texte coord. 6 mai 1974, art. 16, règt louage de serv. empl. priv. Texte coord. 6. 5. 1974, art. 16	C.S.J. arrêt du 13. 12. 1978 Kremer c/S. A. Luvia	76

Congédiement avec effet immédiat — récépissé signé en bas de la lettre de licenciement — absence de notification par envoi recommandé — forme régulière (oui)	L. 24. 6. 1970 art. 12	C.S.J. arrêt du 13. 12. 1978 Gentile c/S. A. Morganite	
Motifs énoncés dans lettre de congédiement — absences répétées sans autorisation et sans motifs valables — manière de travailler préjudiciable à l'employeur — nécessité de préciser les griefs avancés — impossibilité de suppléer par une mesure d'instruction aux lacunes conteenues dans la lettre de licenciement.	L. 24. 6. 1970 art. 12		
Dommages-intérêts demandés pour congédiement abusif — réclamation pésentée hors délai.	L. 24. 6. 1970 art. 17		79
Contrat à durée indéterminée — résiliation tnilatérale par l'employeur — communication des motifs demandés hors délai — refus du patron de répondre — congédiement abusif prouvé non) — application du droit commun — nécessité de réunir deux éléments de preuve — faute du patron et préjudice	Texte coord. 12. 11. 1971 art. 20 et 22 règt légal louage serv. empl. priv.	C.S.J. arrêt du 27. 11. 1978 Barthelmey c/S. A. D.A.S.	67

Allocation d'une pension d'invalidité

Allocation d'une pension d'invalidité — effet rétroactif au début de maladie — cessation de plein droit du contrat d'emploi avec même effet — congés payés dus pour période intermédiare (non) indemnité compensatoire due pour congé non pris (non)	C.A.S. art. 209 L 24. 6. 1970 art. 6, al. 2 L. 22. 4. 1966 art. 12, al. 3	C.S.J. arrêt du 11 4. 1978 Centrone c/Diederich-Colas	58

Contrat à durée indéterminée

Contrat à durée indéterminée — résiliation unilatérale par l'employeur — communication des motifs demandés hors délai — refus du patron de répondre — congédiement abusif prouvé (non) — application du doit commun — nécessité de réunir deux éléments de preuve — faute du patron et préjudice.	Texte coord. 12. 11. 1971 art. 20 et 22 règt légal louage serv empl. priv.	C.S.J. arrêt du 27. 11. 1978 Barthelmey c/S. A. D.A.S.	67

Contrat à l'essai

Matière arbitrale — employée-vendeuse — contrat à l'essai — tâche imposée non prévue au contrat — refus de travail justifié — Inexécution de la convention — responsabilité de l'employeur.		C.S.J. arrêt du 7. 12. 1976 Luxcolor c/Ewert	37

Contrat de travail non écrit

Contrat de travail non écrit — existence — application de la législation sociale et fiscale — simple indice — intention des parties — pas de lien de subordination — preuve rapportée — non — incompétence du Conseil des prud'hommes		C.S.J. arrêt du 10. 2. 1976 Mancini c/Rapin	43

Compétence Conseil des Prud'hommes

Lien de subordination — conditions — oui — preuve par indices (oui)		C.S.J. arrêt du 10. 2. 1976 Mancini c/Rapin	43

Engagement à l'essai

Preuve écrite (oui)	L. 24. 6. 1970 art. 3	C.S.J. arrêt du 22. 11. 1978 Weyer c/Hensgens	63

Gratification

Supplément de traitement — caractères requis — continuité et fixité		C.S.J. arrêt du 22. 11. 1978 Demany c/Comptoir Industriel et Automobile	65
Gratification dite « 13e mois » — secteur des assurances privées — base de détermination — traitement mensuel fixe par opposition aux commissions valables	Conv. collect. 13. 1. 1975, art 13 et 16 entre comp. d'assur. agréées et la Fédération des Empl. Priv.	C.S.J. arrêt du 27. 11. 1978 Barthelmey c/S. A. D.A.S.	67

Personnel domestique

Statut ouvrier (oui)	L. 24. 6 1970	C.S.J. arrêt du 22. 11. 1978 Weyer c/Hensgens	63

3e Partie

Législation

I.

TRAVAIL, EMPLOI, ENSEIGNEMENT

	Page
Apprentissage	
Artisanat	17
Certificat d'aptitude professionnelle	17
Sidérurgie	17
Cessions et saisies	
Taux de cessibilité	5
Chômage	
Indemnités	4
Fonds de chômage	4
Jeunes chômeurs	4
Maintien plein emploi	17
Cogestion	
Comités mixtes d'entreprise	17
Congé	
Agriculture, viticulture	3
Entreprises caractère saisonnier	3
Contrat de louage de service	
Plafond	5
Conventions internationales	
Organisation Internationale du Travail	5
Emploi	
Age minimum	17
Commission Emploi	3
Jours fériés	3
Maintien plein emploi	17
Sidérurgie	17
Travaux extraordinaires	3
Enseignement	
Adultes (formation)	21
Brevet d'aptitude pédagogique	7
Centre de recherches pédagogiques	7
Ecole de Commerce et de Gestion	21, 22
Education differenciée	7
Enseignement moyen	7
Enseignement secondaire	7, 21
Enseignement supérieur	7, 21, 22
Etablissements privés d'enseignement supérieur	20
Institut pédagogique	21
Jardins d'enfants	7

Etrangers	
Action sociale	18
Comité d'assistance sociale	18
Conseil national immigration	18
Contrôle médical, Emploi, Entrée	18
Mesures applicables	18
Jours fériés légaux	
Réglementation	5
Rémunération	5
Logement	
Fonds de logement social	4
Primes amélioration hygiénique	4
Subventions	4
Vices de construction	4
Salaire	
Coefficients	19
Jours fériés	6
Ouvrier viticole	5, 18
Privilège salarié	6
Salaire social minimum	6
Statut de personnel	
Employés de l'Etat	20
Etablissements pénitentiaires	6
Examens et stage	19, 20
Frais de route et de séjour	19
Inspection générale de la sécurité sociale	6, 20
Office des assurances sociales	20
Protection civile	6
Traitements	6
Travail	
Travail clandestin	19

II.

SECURITE SOCIALE

Allocations familiales et de naissance	
Allocations de naissance	23
Carnet de maternité	23
Carnet de santé	23
Contrôle médical et dentaire	23
Prestations familiales	8
Taux de cotisation	8, 23
Assurance-accidents	
Assurance scolaire	9
Contrôle entreprises d'assurance	8
Cotisation forfaitaire	9
Rémunération annuelle	9, 24
Statuts ...	8, 9

Tarif des risques 9, 24
Véhicules automoteurs 8, 9

Assurance-maladie
Assurance volontaire continuée 24
C. M. agricole 24, 25
C. M. Employés Privés 24
C. M. Fonctionnaires et Employés Publics 10
C. M. Professions Indépendantes 24
Caisse médico-chirurgicale mutualiste 25
Prestations en nature 10
Travail supplémentaire 10
Union des Caisses de maladie 10

Assurance-Pension
Ajustement 10, 11
Allocation compensatoire 27
C.F.L. 10
C. P. agricole 26
C. P. Artisans, Commerçants et Industriels 11, 25, 26
C. P. Employés Privés 26
C. Prévoyance Fonctionnaires et Employés Communaux 26 ,27
Fusion régimes artisans et commerçants et industr. 11
Pensions minima 11, 27
Statuts 11

Conventions internationales
Allemagne 12
Convention européenne 12, 27
Espagne 11, 27
Suisse 27

Dommages de guerre
Coefficients 12, 28

Droit fiscal
Pensions 13, 28
Recouvrement 28
Salaires 13, 28
Taux de retenue 13

Etablissements pénitentiaires et maisons d'éducation
Service de défense sociale 12

Fonds National de Solidarité
Allocation compensatoire 12

Rémunérations en nature
Valeur moyenne 12, 28

III.

SANTE PUBLIQUE

Collège médical
Indemnités 14

Hôpiaux
Centre hospitalier 14
Conseil 29
Equipement 14, 29
Organisation 14
Prestations 29

Médecins
Diplômes (Liste (C.E.E.) 29
Médecins-inspecteurs 29
Profession 29

Médicaments
Tarif 30
Vente 30

Pharmacies
Spécialités pharmaceutiques 14

Professions paramédicales
Enseignement préparatoire 30
Infirmier 30
Masseur 14

Service d'urgence
Service de remplacement 15

IV.

FAMILLE

Abandon 31
Logement 31

DROIT JUDICIAIRE

Actes judiciaires 32
Assistance judiciaire 32
Casier judiciaire 15
Code civil 32
Code de commerce 32
Code pénal 32
Droit étranger 33
Entr'aide judiciaire et extradition 33
Huissiers 33
Justices de Paix 15
Notariat 15
Organisation judiciaire 33
Preuve 34
Serment 34

4e Partie

Bibliographie

Page

AICHBERGER Friedrich : Sozialgesetzbuch — Reichsversicherungsordnung 49

ANRYS Henri, DUBOIS Pierre, GEELLI Audace, MAGILL Raymond, MOLONEY Michael, PASQUINI Mario, PEDERSEN Bruno Sommer, RANDLE John, TEICHMANN Gerhard : Les hôpitaux dans le Marché Commun 42

ARONSTEIN Claude Serge : Plaidoyer pour notre vie privée 46

BAYLE Gabriel : L'enrichissement sans cause en droit administratif 10

BERLIOZ Georges : Le contrat d'adhésion 3

BUDINER Melitta : Le droit de la femme à l'égalité de salaire et la Convention n° 100 de l'Organisation Internationale du Travail 25

BUNDESSOZIALHILFEGESETZ 18, 48

BRACHET Bernard : Manuel de droit fiscal 34

CONSTANTINESCO Vlad : Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes 36

DE POULPIQUET Jeanne : La responsabilité civile et disciplinaire des notaires 22

GHESTIN Jacques et GOUBEAUX Gilles: Traité de droit civil, Introduction générale 3

GITTER Wolfgang Prof. Dr. : Zum Privatliquidationsrecht der leitenden Krankenhausärzte 47

GOUBEAUX Gilles et BIHR Philippe : L'examen de capacité première année de droit civil .— Les épreuves écrites du droit civil 35

HOERNIGK-JAHN-WICKENHAGEN : Fremdenrentengesetz 55

HOPPE und BERLINGER: Förderung der beruflichen Bildung 53

ILGENFRITZ und MURZ : Reichsknappschaftsgesetz 55

JAUFFRET : Manuel de procédure civile et voies d'exécution 36

KREBS : Kommentar zum Arbeitsförderungsgesetz AFG 52

KRIER Antoine : Werden und Wirken 19

LEMINSKY Gerhard, OTTO Bernd : Politik und Programmatik des deutschen Gewerkschaftsbundes 19

LIVET Pierre : L'autorisation administrative prealable et les libertés publiques 31

LÖHE Imgard, BUSCHMANN Werner, WILKEN Helmut Handbuch für Krankenkassen und Ärzte 16, 52

LOHNSTEUER — Jahresausgleich 1975 48

MESTRE Achille : Le Conseil d'Etat protecteur des préorgatives de l'Administration 27

NAJARIAN Krikor : L'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel 12

NEHLS Jürgen : Kapitalisierungstabellen 48

OULES Firmin : La démocratie économique 45

PENNEAU Jean : Faute et erreur en matière de responsabilité médicale 6

PUECH Marc : L'illicité dans la responsabilité civile extra-contractuelle 30

RASSAT Michèle Laure : Le Ministère Public 13

REICHSVERSICHERUNGSORDNUNG 18

RENTENZUGANG UND RENTENWEGFALL in der Rentenversicherung der Arbeiter und in der Rentenversicherung Angestellten, Statistik der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung 56

ROHWER-KAHLMANN Harry Prof. Dr. SCHROEDER-PRINTZEN, FRENTZEL Louise Dr. : Aufbau und Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit 16, 53

SABEL : Entscheidungssammlung zur Entgeltfortzahlung (EEK) 54

SAINT-JOURS Yves : Les relations de travail dans le secteur public 43

SCHMATZ Hans : Das Recht der Krankenversicherung 48

SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF : Droit comparé 32

SUR Serge : L'interprétation en droit international public 40

TEMPLE Henri : Les sociétés de fait 21

TIETZ Georg : Zahlenwerk zur Sozialversicherung in der Bundesrepublik Deutschland 55

TONS Hans : Mutterschaftshilfe und Mutterschutz 15

VOIRIN Pierre et GOUBEAUX Gilles : Manuel de droit civil 34

VOSKUHL Ursula, PAPPAI Friedrich, NIEMAYER Johann : Versorgungsausgleich in der Praxis 50

WEZEL und LIEBOLD : Handkommentar zur Gebührenordnung für Ärzte 51

ZEUNER Richard und WILHELM Hermann : Lohnabrechnung, Sozialversicherungsbeiträge, Kontrolle 17

5e Partie

Informations

	pages
Comité interrédactionnel des revues de sécurité sociale des pays membres des communautés européennes	3—14

6e Partie

Variétés

	pages
DEMUTH Jean-Paul : Technischer Arbeitsschutz im Hüttenbetrieb	3— 9
PAULY Alexis : La libre circulation des personnes dans la communauté européenne sous le biais des restrictions d'ordre public	19—39
PROKOP Kurt : Menschengerechte Arbeit — Utopie oder soziale Notwendigkeit	10—18

1re partie :

Chroniques

RESPONSABILITÉ DE L'ADMINISTRATION ET RESPONSABILITÉ DU FONCTIONNAIRE

par

André THILL
docteur en droit
dipl. sup. de Droit comparé
dipl. d'ét. sup. europ. de l'Université de Nancy

1. — Les deux responsabilités, celle de l'Etat ou de l'Administration publique et celle du fonctionnaire ont fait l'objet de nombreuses analyses.

La conscience morale et juridique moderne, poussée par un besoin de sécurité accrue, exige la réparation des dommages causés, même de ceux qui l'ont été par la puissance publique ou par un fonctionnaire, d'autant plus que les attributions du service public ne font que croître. La théorie de l'irresponsabilité de l'Etat souverain et de sa responsabilité quand il agit comme personne privée, tout comme « la garantie du fonctionnaire » aboutissant à une situation excluant toute responsabilité, appartiennent au passé.

Aussi les solutions doivent-elles tenir compte des intérêts de la victime ayant un droit légitime à la réparation du dommage, du statut du fonctionnaire qui ne doit pas étouffer l'initiative de l'agent par le poids d'une responsabilité générale et automatique et enfin de l'intérêt de l'Etat qui doit éviter de se trouver confronté avec des demandes innombrables en indemnisation. Une solution de juste milieu s'impose.

Comme le problème de la responsabilité de l'enseignant public est devenu plus actuel par suite de l'introduction de l'assurance scolaire obligatoire, nous allons d'abord étudier le régime dans lequel la responsabilité de l'Etat a été substituée a celle de l'enseignant pour passer ensuite a l'étude générale de la responsabilité de l'Administration et à celle du fonctionnaire tout court.

A. *Responsabilité de l'enseignant*

2. — Le problème de la responsabilité de l'enseignant s'est posé avec acuité lors du vote de la loi du 30 janvier 1974 portant modification de l'article 90 du CAS prévoyant l'extension de

l'assurance obligatoire contre les accidents aux enseignants et activités scolaires conformément à l'article 85 al. 5, nº 1 du CAS.

D'après le régime du code civil, les membres de l'enseignement sont responsables, non seulement des conséquences de la faute qu'on a pu établir à leur charge, c'est-à-dire du dommage causé aux élèves (art. 1382 et 1383 du code civil) mais encore du dommage causé par le fait des personnes dont ils doivent répondre. C'est la responsabilité du fait de tierces personnes qui est renforcée par la présomption de responsabilité prévue par l'article 1384 du code civil qui dispose dans son alinéa 1er qu'on est responsable du dommage causé par le fait des personnes dont en doit répondre, tout en précisant que l'instituteur est tenu du dommage causé pas son élève [1] pendant le temps qu'il est sous sa surveillance et que cette responsabilité a lieu à moins que l'instituteur ne prouve qu'il n'a pu empêcher le fait qui donne lieu a cette responsabilité. Le dernier bout de phrase établit à charge de l'instituteur une présomption de faute basée sur un présumé défaut de surveillance des élèves dans le chef de l'instituteur. Cette présomption ne peut être détruite que si l'instituteur prouve qu'il n'a pas pu empêcher le fait donnant lieu à sa responsabilité, p. ex. qu'il y a eu cas fortuit ou de force majeure [2], bref qu'il n'a commis aucune faute dans la garde des enfants [3].

Le terme « instituteur » employé par l'article 1384 du code civil doit être compris dans un sens large et comprend tous ceux qui, moyennant salaire, sont chargés de la surveillance ou de la garde d'enfants ou de jeunes gens [4].

C'est ce régime et plus spécialement la présomption de faute que les enseignants ont ressenti comme une injustice.

3. — Notre droit civil étant basé sur le droit français, il importe de voir la solution donnée au régime en France. Le régime du Code civil a été modifié par la loi du 20 juillet 1899 qui ne visait que les instituteurs publics en « substituant la responsabilité civile de l'Etat à celle des membres de l'enseignement public ». On arguait du fait que l'instituteur public ne choisissait point ses élèves pour limiter cette loi à l'enseignement public. Cette substitution restreinte de la responsabilité de l'Etat ne jouait que dans le cadre de la présomption de faute (art. 1384 du code civil) et laissait entière la responsabilité de l'enseignant public si on prouvait une faute personnelle, même légère, en application des articles 1382 et 1383 du code civil.

1 L'article 1384 du code civil s'applique uniquement au dommage causé par l'élève, Cour. Sup. de Just. 20 mars 1928, Aff. Burggraf c/ Collart, (Pas. t. XI, p. 494)
2 v. pour les exonérations Gaz. Pal., 1934. 2. 429
3 v. Alfred Valerius : Organisation, attributions et responsabilités, des communes t. III p. 122, surveillance des élèves (dr. belge)
4 Req. 22 juillet 1891 D. P. 91. 1. 5; 9 juillet 1907, S. 1908. 1. 76

4. — Aussi la loi française du 5 avril 1937 a-t-elle substitué davantage la responsabilité de l'Etat à celle de l'instituteur public et cela à deux points de vue.

D'une part l'article 2, § 1er de la loi introdruit l'irresponsabilité de l'instituteur en stipulant :

« Dans tous les cas où la responsabilité des membres de l'enseignement public, à la suite ou a l'occasion d'un fait dommageable commis soit par les enfants ou jeunes gens qui leur sont confiés à raison de leurs fonctions, soit à des enfants ou jeunes gens dans les mêmes conditions, la responsabilité de l'Etat sera substituée à celle desdits membres de l'enseignement qui ne pourront jamais être mis en cause devant les tribunaux civils par la victime ou ses représentants. »

Si donc l'enseignant a commis un crime ou un délit, il pourra être actionné par la victime grâce à la partie civile présentée devant le tribunal pénal [5].

Il n'y a donc plus de présomption de faute et la responsabilité de l'instituteur vis-à-vis de l'Etat n'existera qu'en cas de faute personnelle prouvée. Dans ce cas l'Etat pourra exercer avec succès une action récursoire contre l'enseignant.

D'autre part, l'article 2, § 2 de la loi a étendu la responsabilité de l'Etat au-dela du temps de la scolarité proprement dite en stipulant que la responsabilité de l'Etat est substituée à celle de l'instituteur « toutes les fois que pendant la scolarité ou en dehors de la scolarité, dans un but d'éducation morale ou physique, non interdit par les règlements, les enfants ou jeunes gens confiés ainsi aux membres de l'enseignement public se trouvent sous la surveillance de ces derniers. »

Ainsi donc le rôle de l'enseignant a-t-il été élargi, puisque la substitution de responsabilité s'opère également en ce qui concerne les dommages survenus lors d'activités postscolaires au cours desquelles les élèves se livrent à des occupations non

5 v. Desbois : Le nouveau régime de la responsabilité des instituteurs d'après la loi du 5 avril 1937, chronique; DH 1937.
Savatier : Traité de la responsabilité civile, t. 1er, no229, p. 292.

interdites par les règlements, p. ex. visite d'un musée, excursion de fin d'année scolaire.

5. — Le problème de la responsabilité de l'instituteur comportant une présomption de faute a perdu de son importance à la suite de l'extension de l'assurance obligatoire contre les accidents aux enseignants auxiliaires, élèves des cours techniques ou professionnels par le règlement grand-ducal du 24 juillet 1973 [6] et aux activités préscolaires, péripréscolaires, scolaires, périscolaires, universitaires et périuniversitaires. (Règl. gr.-d. du 30 mai 1974) [7].

En effet, par cette extension le livre II relatif à l'assurance-accidents du code des assurances sociales a été rendu applicable aux activités scolaires ci-dessus (art. 1er, al. 1er, Règt. gr.-d. du 24 juillet 1973).

Il faut relever que la situation de l'enseignant ne se trouve point modifiée par rapport à sa protection contre les risques d'accidents du travail ou de trajet telle qu'elle résulte de l'arrêté grand-ducal du 8 mars 1961 [8] concernant l'assurance obligatoire contre les accidents des fonctionnaires et employés publics, mais elle se trouve singulièrement changée au point de vue de la responsabilité civile.

6. — En appliquant les dispositions régissant les accidents du travail aux activités scolaires, c'est-à-dire aux relations entre enseignants et élèves, les dispositions de l'article 1384 du code civil se trouvent être mises en échec, l'article 115 du code des assurances sociales disposant expressément qu'en matière d'accidents du travail l'article 1384 ne joue point.

La responsabilité de l'enseignant sera donc celle de tout assuré contre les accidents du travail, c'est-à-dire qu'il sera soumis à un régime de responsabilité objective qui fait abstraction de la notion de faute et qui se base uniquement sur le risque professionnel en l'espèce le risque de l'activité scolaire.

La responsabilité civile pourra être recherchée en deux hypothèses :

A. Par l'élève assuré et ses ayants droits au cas d'accident provoqué intentionnellement. L'action en dommages-intérêts se limitera aux dommages non indemnisés par l'assurance-accidents, plus particulièrement l'indemnité pour douleurs endurées (« pretium doloris ») [9].

B. Par l'Assurance-accidents moyennant une action directe en remboursement de toutes les dépenses effectuées par elle [10] en faveur de l'élève blessé si deux conditions sont remplies. Il faut que

1° l'instituteur ait été déclaré coupable d'avoir provoqué l'accident, soit avec intention, soit par négligence en se relâchant de la vigilance à laquelle il est tenu et que

2° l'instituteur ait été condamné irrévocablement des chefs ci-dessus à une peine d'emprisonnement de 8 jours au moins. C'est l'application des dispositions de l'article 116 du code des assurances sociales.

On constate donc que dans le rapport enseignant-élève le risque professionnel est garanti à l'instar des autres travailleurs.

7. — L'étendue du risque professionnel garanti est inscrite dans le rapport ci-dessus indiqué. Aussi la responsabilité de droit commun reprend-elle vigueur si un dommage est causé à une tierce personne, p. ex. si un écolier lance une boule de neige pendant la récréation sur un passant dans la rue et le blesse. Dans cette hypothèse le blessé a, en l'état actuel des textes, la faculté d'intenter une action en dommages-intérêts devant le tribunal civil, en la basant soit sur l'article 1384, al. 4 du code civil, soit sur les articles 1382 et 1383 du même Code (voir supra n° 2).

B. *Responsabilité de l'Administration et responsabilité du fonctionnaire*

8. — Si l'on compare la situation de l'enseignant à celle des autres fonctionnaires, on constatera que le risque professionnel de ceux-ci ne se trouve pas assuré, bien que dans certaines professions le risque soit particulièrement élevé. Signalons à titre d'exemple le policier, le gendarme et le douanier faisant usage de leurs armes dans l'exercice de leurs fonctions ou le cantonnier obligé de saupoudrer la voie publique en cas de gel. Mais si le risque est variable d'une profession à l'autre, il existe partout. Aussi faudrait-il l'assurer de façon générale

6 v. Mémorial « Législation » 1973, p. 1026
7 v. Mémorial « Législation » 1974, p. 951
8 v. Mémorial « Législation » 1961, p. 175

9 v. A. Thill : Les recours des assurances sociales « Question sociales », t. II, 1re partie, p. 215—217, nos 6—9
10 L'étendue de l'indemnisation pécuniaire à operer par l'Assurance-accidents est déterminée par l'article 2 du règlement grand-ducal du 30 mai 1974.

dans la fonction publique sous peine d'encourir le reproche d'un traitement discriminatoire à l'intérieur même de la fonction publique.

9. — Ce problème de la responsabilité du fonctionnaire se trouve lié au problème plus vaste de la responsabilité de l'Administration Publique. Les services peuvent causer par leur fonctionnement ou non-fonctionnement un dommage aux administrés et particuliers. Dans ce cas il est acquis, que celui qui est lésé, se trouve atteint dans son droit par l'acte illicite et qu'il peut demander réparation soit à l'Etat soit à l'agent. Mais la faute de l'Etat n'est en définitive que celle d'un fonctionnaire. Quand et dans quelle mesure sa responsabilité se trouve-t-elle engagée ?

10. — Il est utile et indiqué de voir comment les pays limitrophes ont résolu le problème. Nous allons examiner tour à tour la solution donnée en Belgique, en France et en Allemagne.

Belgique

11. — En Belgique on distinguait suivant la qualité dans laquelle l'Etat avait posé un acte. S'il agissait en vertu de son pouvoir de commandement (iure imperii), les tribunaux se déclaraient incompétents. Au contraire, s'il posait un acte de gestion, c'est-à-dire s'il concluait un contrat, l'Etat apparaissait comme personne privée et le juge civil devenait compétent.

Cette distinction fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs aboutissait en matière de responsabilité aquilienne à une irresponsabilité de l'Etat, puisque les actes de l'Etat posés en vertu de son pouvoir de commandement ne pouvaient être sanctionnés par le pouvoir judiciaire.

Un arrêt du 4 janvier 1894 apporta une restriction importante à l'immunité de l'Etat. Préparé par les vues de son président [11], M. Beckers, la Cour de cassation consacra la théorie des « droit acquis » [12] selon laquelle l'Etat est tenu à indemnité du moment qu'il a lésé le droit d'une personne, notamment en matière d'expropriation. La Cour affirma en outre la compétence des tribunaux pour connaître des dommages-intérêts à allouer le cas échéant pour atteinte à un droit civil [13].

11 v. Beckers in Revue de l'Administration 1890 pp. 100 et ss.
12 v. Vauthier in Revue de l'Administration 1906, p. 206
13 Pasicrisie belge 1894, I, 72

Par cette décision on a introduit dans le droit admistratif des conceptions civilistes s'opposant à la théorie de la puissance publique. Ces vues prenaient appui sur le système développé par Laurent [14] qui tout en admettant la responsabilité de l'Etat, la soumet au droit civil. Or, on ne saurait soumettre sans restrictions les relations Etat-administré au droit civil.

Un arrêt du 5 mars 1917 abandonna la distinction ci-dessus en déclarant que « L'Etat souverain et l'Etat, personne civile, sont une personne unique » et « que tout engagement régulièrement pris dans la sphère de son activité civile engage, aussi longtemps qu'une loi ne l'a pas rompu, l'Etat agissant comme souverain » [15].

Une justification doctrinale de la responsabilité a été tentée par Marcq sur la base du principe de l'égalité des charges. Les dépenses engagées pour le fonctionnement des services publics devant être supportées par tous, ne faut-il pas indemniser le particulier qui a été lésé par le service public, — donc frappé d'une charge extraordinaire, — en vue de rétablir l'équilibre de charges [16].

L'arrêt du 5 novembre 1920 [17] confirmant la théorie de Wodon [18], a constitué un revirement jurisprudentiel important. La Cour a fait siennes les conclusions de l'avocat général Leclerq et rejeté le principe de la séparation des pouvoirs, comme étranger au droit public belge, tout en proclamant la compétence du pouvoir judiciaire dès qu'un titulaire d'un droit civil allègue une atteinte à ce droit et demande la réparation du préjudice éprouvé.

12. — Si telle a été l'évolution de la jurisprudence et de la doctrine sous-jacente, il convient d'étudier l'application de la responsabilité, les conditions et l'étendue.

Si un fonctionnaire agit pour le compte de l'Etat, on a distingué suivant qu'il agit comme organe ou comme préposé.

L'agent-organe est celui auquel une parcelle de la souveraineté publique a été confiée [19] et qui exerce celle-ci dans la sphère de ses attributions administratives [20]. A part ces

14 Laurent : Principes du droit civil, t. XX. no 421, p. 441
15 v. Pasicrisie Belge 1917, I, p. 118, et note signée P. L., p. 119
16 v. R. Marcq : Responsabilité de la personne publique, p. 359
17 Pasicrisie belge 1920, I, 193, Arrêt dit « La Flandria »
18 v. L. Wodon : Le contrôle juridictionnel de l'Administration et la responsabilité des services publics en Belgique, 1920
19 Cass. 13 déc. 1923, Pasicrisie belge 1924. I. 82
20 Cass. 16 oct. 1922, Pas. belge 1923, I, 14; Cass. 16 déc. 1948, Pas. belge 1948, I, 723

critères on en trouve encore un autre, celui de la situation réglementaire ou du statut légal du fonctionnaire [21]. Si l'agent a été nommé au poste qu'il occupe, il est organe, s'il se trouve dans une situation contractuelle, il est préposé.

C'est ainsi que l'on a considéré p. ex. comme organes et participant à l'exercice de la puissance publique :

les gendarmes (Bruxelles Tr. civ. 6 juillet 1943, J. Trib. 1944 — 45, p. 44; Liège, 8 mai 1946, J. Trib. 1946, p. 319; Liège 26 avril 1955, Rev. crit. jur. 1956, p.1),

les militaires (Cass. 18 mars 1954, Pas. 1954, 1, 631);

les agents de police (Cass. 19 juin 1952, J. Trib. 1953, p. 169) [22].

Il ne suffit pas que l'agent-organe ait commis l'acte à l'occasion de l'exercice de sa fonction, il faut en outre qu'il s'agisse de « l'exécution fautive ou doleuse d'un acte que l'organe avait, en vertu de ses fonctions, le pouvoir ou le devoir d'accomplir » [23].

Ce dernier critère apparaît comme particulièrement rigoureux et aboutit à des conséquences fâcheuses [24].

13. — Si l'acte bien qu'accompli dans le cadre matériel de la compétence du fonctionnaire public, a été détourné par celui-ci des fins auxquelles l'acte devait être destiné, l'acte posé n'est pas nul, mais annulable. Malgré cet effet juridique il a été admis que la responsabilité de l'Etat n'est pas engagée en cas de détournement de pouvoir [25].

14. — L'intérêt de la distinction entre agent-organe et agent-préposé est la suivante :

En cas d'acte accompli par un agent-organe, la responsabilité de l'Etat est directe, c'est-à-dire que la personne lésée doit baser son action sur les articles 1382 et 1383 du code civil.

En cas d'acte accompli par un agent-préposé, la responsabilité de la personne publique sera indirecte. En raison de la relation de préposition entre l'Etat-commettant et le fonctionnaire-préposé, l'action en responsabilité devra être fondée sur l'article 1384, al. 3 du code civil.

21 Cass. 25 févr. 1926, Pasicrisie belge 1926. I. 261

22 Une liste plus détaillée avec bref commentaire d'agents-organes se trouve dans l'ouvrage de Cyr Cambier : La responsabilité de la puissance publique et de ses agents, p. 181—182

23 Cass. 31 mars 1943, Pasicrisie belge 1943, I, 117

24 M. Mast note qu'il est parfois difficilement conciliable avec les exigences de l'équité; v. A. Mast : Précis de droit administratif belge, p. 345, note 1

25 Cass. 16 oct. 1922, Pas. belge 1923. I. 14, v. aussi conclusions P. Leclercq, Pas. belge 20, I, 224.

15. — Cette distinction aboutit en pratique à des résultats peu satisfaisants, d'abord en raison de l'imprécision des critères permettant de faire une différenciation claire et précise, ensuite en raison de ce qu'en cas de commission d'un délit pénal par l'agent, l'action civile de la personne lésée ne peut être introduite accessoirement à l'action publique devant le tribunal correctionnel que si l'Etat est actionné en justice comme commettant du fonctionnaire [26].

16. — Aussi a-t-on proposé la suppression de cette distinction en suggérant d'introduire uniformément le système de la préposition [27].

17. — Les conditions de la responsabilité sont au nombre de quatre, préjudice subi, lésion d'un droit, faute commise et rapport de cause à effet entre faute et dommage.

Bornons-nous à dire que la faute doit être lourde, en raison du fait que l'administration a le plus souvent une compétence liée, en d'autres termes ou qu'elle est obligée de par la loi de poser certains actes dans des formes voulues.

18. — L'étendue de la réparation répond au principe de l'indemnisation intégrale.

18. — La responsabilité personnelle du fonctionnaire sera recherchée s'il a commis un acte qu'il n'avait pas le pouvoir d'accomplir. Si la personne publique répond de la faute commise par son agent-préposé, ce dernier peut être tenu en même temps que l'Administration publique. Dans cette dernière hypothèse on parle de cumul de responsabilités.

20. — La jurisprudence n'a point sanctionné l'immunité des fonctionnaires, même pas celle des fonctionnaires supérieurs en vertu de la théorie de l'agent-organe [28].

Il y a lieu de distinguer la responsabilité civile de l'agent à l'égard du tiers et à l'égard de l'Administration :

21. — A l'égard du tiers :

L'agent est responsable du dommage causé aux tiers sur la base des articles 1382 et 1383 du code civil.

La jurisprudence exonère l'agent des conséquences de sa faute légère et retient contre lui la faute lourde et le dol.

26 Cour militaire de Gand 28 août 1945, J. T. 1945, 453.

27 v. P. Wigny : Droit administratif belge, p. 168; Cyr Cambier op. cit., p. 194—195.

28 Bruxelles, 30 oct. 1929, Pasicrisie belge 1930. 2. 94

La raison en est que le fonctionnaire agit non point dans un intérêt personnel, mais en vue du bien commun. En conséquence il convient d'écarter la faute légère [29] à l'instar de ce qui est décidé dans les autres domaines de la responsabilité professionnelle.

22. — A l'égard de l'Administration.

L'Administration a le droit d'intenter une action récursoire contre son agent pour se faire rembourser les sommes qu'elle a dû verser au tiers lésé victime de l'agissement fautif du fonctionnaire [30].

Cependant cette action n'est que rarement exercée [31]. Aussi le statut des agents de l'Etat a-t-il prévu la responsabilité de l'agent à condition qu'il y ait : 1° préjudice matériel considérable et appréciable en argent; 2° faute lourde ou dol, 3° relation de cause à effet [32].

France

23. — En France la question de la responsabilité de l'Administration et de celle du fonctionnaire se présentent de façon différente. Esquissons la responsabilité de l'Administration pour passer ensuite à celle du fonctionnaire.

24. — La responsabilité de l'Administration jouit d'une large autonomie en ce sens qu'elle est sanctionnée en principe par les tribunaux administratifs depuis l'arrêt Blanco du 8 février 1873 [33] qui a dit que « la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier »

Cependant il reste un vaste domaine soumis à la compétence des tribunaux judiciaires en matière de responsabilité, savoir les services publics à gestion privée, soit industriels et commerciaux [34], soit sociaux [35].

29 Bruxelles, 19 juin 1926, Rev. Adm. 1927, 403; Giron : Dictionnaire de droit administratif, p. 318—319.
30 Cass. 4 oct. 1915, Revue Adm. 1919, p. 5 et note.
31 v. Ch. Goossens R. C. J. B. 1958, p. 58
32 Art. 96 du statut des fonctionnaires; v. Paul Wigny : Droit administratif belge p. 179.
33 v. Long, Weil et Braibant : Grands arrêts de la jurisprudence administrative, p. 5.
34 v. ibid. p. 141, T. C. 22 janvier 1921, Sté commerciale de l'Ouest africain.
35 v. ibid. p. 394. T. C. 22 janvier 1955 Nàliato

En tout état de cause la responsabilité de l'administration est devenue le principe, l'irresponsabilité l'exception.

25. — Le fondement de la responsabilité de la puissance publique se trouve dans le principe de l'égalité devant les charges publiques. Si un individu à été lésé, l'égalité est rompue et il convient de la rétablir en ce que la collectivité dédommage la victime, puisque le service public fonctionne dans l'intérêt de la collectivité toute entière [36].

Certains auteurs fondent la responsabilité sur l'idée de profit et que le principe de corrélation entre charges et avantages en serait la justification [37].

26. — Malgré l'existence d'un « risque administratif [38], la jurisprudence maintient comme condition à la responsabilité administrative l'existence d'une faute, la responsabilité sans faute n'étant admise que dans des situations exceptionnelles. En conséquence nous nous trouvons en présence de deux systèmes de responsabilité, la responsabilité pour faute constituant le droit commun de la responsabilité administrative et le système de la responsabilité pour risque sans faute constituant l'exception.

27. — L'intérêt de la distinction des deux régimes est le suivant : Alors que dans le système de la responsabilité pour faute, la victime doit prouver le caractère fautif de l'activité de l'administration, elle n'a qu'à établir la relation causale entre le préjudice et l'activité dans le système du risque.

28. — La responsabilité pour faute présuppose l'existence d'une faute. Il convient de remarquer qu'en fait une personne administrative ne peut point commettre de faute, étant une personne morale [39]. C'est donc par l'intermédiaire des personnes physiques qui agissent pour elle, qu'elle sera tenue pour responsable.

Il s'agit donc d'une responsabilité du fait d'autrui ou du fait des choses.

36 en ce sens Debbasch : Institutions administratives, p. 282; Waline : Traité administratif, p. 579.
37 v. Chapus : Responsabilité publique et responsabilité privée, p. 322.
38 v. Mignon : La socialisation généralisée de la réparation des conséquences dommageables de l'action administrative, D. 1950, Chroniques p. 58.
39 v. Waline : Traité de droit administratif, p. 576.

29. La faute administrative apparait soit sous forme d'une faute individuelle commise par un agent (faute de service), soit sous forme d'une faute restée anonyme résultant du fonctionnement défectueux du service administratif (faute du service public).

30. — La présomption de faute à charge de l'administration a été admise par la jurisprudence administrative [40], et ce malgré l'opposition doctrinale très nette qui niait la possibilité d'admettre une présomption de faute à charge de l'Etat et n'entendait admettre qu'une obligation de garantie [41].

31. — La faute doit être une faute lourde. Il en est ainsi du moins pour les administrations présentant un fonctionnement difficile, comme la police dans ses opérations d'exécution matérielle, le fisc, les services hospitaliers en cas d'acte médical ou chirurgical, alors qu'en ce qui concerne les simples prestations de soins la faute simple est suffisante.

32. — La responsabilité sans faute ou pour risque créé par le fonctionnement du service public n'est admise que s'il s'agit d'un risque dépassant le cadre normal et ordinaire.

C'est ainsi que la jurisprudence procédant de façon empirique a admis la responsabilité pour risque

a) au cas de travaux publics en ce qui concerne les dommages causés aux tiers. La réparation du dommage survenu aux usagers de l'ouvrage public est régie par le système de la faute avec présomption de faute à charge de l'administration tenue à entretenir normalement l'ouvrage public. On peut considérer cette responsabilité aussi comme une variante de la responsabilité du fait des choses.

b) aux accidents survenus aux collaborateurs de l'administration qui y participent bénévolement notamment en cas d'urgente nécessité [42].

c) en cas de risque exceptionnel, notamment en raison d'un voisinage anormal.

C'est ainsi que l'Etat a été obligé de réparer les dégâts occasionnés par une explosion [43].

d) en cas de refus d'exécution de sentences de justice.

Le Gouvernement a le droit d'apprécier si les conditions de l'exécution d'une sentence judiciaire nantie de la formule

40 v. Laubadère : Droit administratif, t. 1er, p. 684, no 1232.
41 en ce sens Waline : Traité de droit administratif, p. 579—580.
42 Cons. d'Etat 25 sept. 1970 Commune de Batz-sur-Mer, D. 1973. 55.
43 v. Bonnard : Précis de droit administratif, p. 373; Cons. d'Etat Regnault-Derozier, 28 mars 1919.

exécutoire sont données ou non. Dans la négative il refusera le concours de la main armée, notamment s'il y a danger de troubles graves. Le préjudice qui résulte du refus de prêter main-forte pour l'exécution, s'il doit perdurer, est une charge qui incombe à la collectivité et dont le juge déterminera l'étendue [44].

L'évolution de la responsabilité pour risque ne nous semble pas encore terminée.

33. — La responsabilité personnelle du fonctionnaire persiste à côté de la responsabilité de l'Administration.

34. — La responsabilité personnelle du fonctionnaire est mise en œuvre devant le juge judiciare, seul compétent, et qui jugera l'affaire selon les règles de la responsabilité de droit civil.

Jadis il fallait en France une autorisation gouvernementale préalable avant de pouvoir poursuivre un agent tant civilement que pénalement (L. 14 déc. 1789, art. 60 et 61; L. 7—14 oct. 1790, art. 2). En présence des abus commis avec cette réglementation, celle-ci fut abolie par décret du 19 septembre 1870.

L'arrêt du Tribunal des Conflits du 30 juillet 1873 [45] a introduit la distinction entre faute personnelle du fonctionnaire soumise à la compétence du juge judiciaire et la faute de service relevant de la compétence de la juridiction administrative et pour laquelle l'Etat reste tenu.

35. — La faute personnelle est celle qui fait apparaître, selon la formulation de Laferrière, « l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences ». Selon Hauriou et Jèze la faute personnelle est la faute lourde.

La faute de service est celle qui reste « impersonnelle et révèle un administrateur plus ou moins sujet à erreur », selon les termes de Laferrière.

Duguit considère qu'il faut rechercher le but poursuivi par l'agent. S'il se trouve en dehors de ses attributions il y a faute personnelle.

36. — La jurisprudence considère comme faute personnelle

a) la faute commise en dehors de l'exercice des fonctions [46]

44 v. Cons. d'Etat, Arrêt 30 nov. 1923 Aff. Cuiteas in Grands-Arrêts de la Jurisprudence administrative, p. 157 et S. 1923. 3. 57, note Hauriou; S. 1919, 3, 25 note Hauriou; 21 oct. 1966 SNCF D. 1967, 164.
45 Arrêt Pelletier 30 juillet 1873 D. 1874. 3. 5.
46 C.E. 27. oct. 1944 S. 1945, 3, 20.

b) la faute commise dans l'exercice des fonctions, — mais détachable en raison de ce que la faute est soit intentionnelle soit lourde.

Dans le cas de faute intentionnelle on trouve des actes inspirés par la vengeance, l'animosité.

Dans les espèces de faute lourde, le fait par instituteur de tenir des propos obscènes [47], le fait par un policier d'user sans utilité d'une arme à feu [48] ou de s'adonner à des brutalités [49].

37. — La faute pénale commise par un agent condamné de ce chef n'est plus considérée comme devant constituer dans tous les cas une faute personnelle [50].

38. — Il en va de même pour les voies de fait [51].

39. — L'ordre hiérarchique n'exonère pas l'agent de sa responsabilité [52]. Le Conseil d'Etat a décidé que le fonctionnaire est délié de son devoir d'obéissance et avait même le devoir de désobéir si l'ordre reçu était manifestement illégal [53].

40. — Les deux responsabilités, celle du fonctionnaire et celle de l'Administration peuvent coexister, c'est l'hypothèse du cumul des responsabilités.

Si au début la jurisprudence a penché vers le principe du non-cumul, elle a d'abord par un arrêt du 12 février 1909 [54] puis par l'arrêt Lemonnier du 26 juillet 1918 [55] admis le cumul des responsabilités, si le service a conditionné l'accomplissement de la faute ou la production de ses conséquences dommageables.

41 — Même si les fautes personnelles et les fautes de service s'entremêlent la jurisprudence admet le cumul [56].

42. — Jusqu'en 1949 la jurisprudence a admis en dehors de la responsabilité personnelle de l'agent, celle du service public en cas de faute personnelle ou détachable commise dans le service [57]. Puis la jurisprudence a encore étendu le champ du

47 T. C. 2 juin 1908 Aff. Girodet.
48 T. C. 30 juin 1949, Dame Chuliat
49 T. C. 9 juillet 1953, Delaître et Dame Bernatas.
50 T. C. 14 janvier 1935, S. 1935, 3. 17, note Alibert, Arrêt Thépaz
51 T. C. 8 avril 1935, D. 1935, 3. 25, note Waline.
52 T. C. 15 février 1890, aff. Vincent
53 C. E. 10. nov. 1944, aff. Lagneur J. C. P. 1945. II. 2852
54 Arrêt Compagnie Commerciale colonialisation du Congo
55 Arrêt Lemonnier S. 1918—19. 3. 41, Conclusions L. Blum, note Hauriou
56 Arrêt Anguet 3 févr. 1911 in Grands Arrêts Jurispr. adm. p. 87 et ss. et arrêt Lhuilier (CE 14 nov. 1918, 819)
57 CE 11 mars 1949 Aff. Legrand, S. 1950. 3. 23. CE 29 juillet 1949, dame Lavigne.

cumul en l'appliquent à la faute personnelle commise hors du service, à condition que le dommage ne soit pas « dépourvu de tout lien avec le service » [58].

43. — Le cumul des responsabilités ne doit cependant pas aboutir à un cumul des indemnités pour la victime qui est libre de rechercher tant le fonctionnaire que le service public. En vue de sauvegarder le principe du non-cumul des indemnités le Conseil d'Etat a introduit la formule subrogatoire dans ses arrêts. Il ne condamne l'Administration que « sous réserve que la victime subroge l'Etat aux droits qu'elle tient ou qu'elle pourra faire valoir contre le fonctionnaire » [59].

44. — Comme la solvabilité de l'Administration est plus grande que celle de l'agent, la victime poursuivra le plus souvent l'Etat qui sera tenu au titre du cumul des responsabilités d'indemniser pour le tout la victime. Dans ce cas l'Etat dispose en cas de subrogation d'une action récursoire contre son agent.

Depuis l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 28 juillet 1951 [60] on admet communément que l'Etat dispose toujours d'une action récursoire, même s'il a payé bénévolément, et que le juge administratif est compétent pour fixer les parts de responsabilités et de l'Etat et du fonctionnaire. C'est ainsi que dans l'affaire Delville le Conseil d'Etat a décidé que « si au cas où un dommage a été causé à un tiers par les effets conjugués de la faute d'un service public et de la faute personnelle d'un agent de ce service, la victime peut demander à être indemnisée de la totalité du préjudice subi soit à l'administration, devant les juridictions administratives, soit à l'agent responsable devant les tribunaux judiciaires, la contribution finale de l'administration et de l'agent à la charge des réparations doit être réglée par le juge administratif compte tenu de l'existence et de la gravité des fautes respectives constatées. »

Allemagne fédérale

45. — En République Fédérale d'Allemagne on distingue entre la responsabilité de l'Administration (Amtshaftung) et celle du fonctionnaire (Eigenhaftung).

58 Arrêts du 18 novembre 1949, Aff. D[11e] Mineur, Defaux et Besthelsemer, J. C. P. 1950, II, 5286, concl. Gazier; Rev. du droit publ. 1950, 183, note Waline.
59 v. Arrêt Thévenet 23 juin 1916. RDP. 1916, 378.
60 Aff. Laruelle et Delville in « Les grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative », p. 338.

46. — L'Administration publique est responsable des dommages causés par son agent en vertu de l'article 34 de la Constitution.

La responsabilité (« Verantwortlichkeit ») s'apprécie conformément au droit civil et plus spécialement à l'article 839 du BGB [61].

47. — Le service public est tenu dans les mêmes conditions et dans la même étendue que l'agent, sauf exception en cas de fonctionnaire frappé de maladie mentale où l'on applique la responsabilité d'équité (Billigkeitshaftung). C'est dire que l'indemnisation se fera selon les circonstances de fait de la cause, notamment en tenant compte de la situation patrimoniale des parties et de leurs devoirs alimentaires (§ 829 BGB).

48. — Le terme de fonctionnaire (Beamter) est pris dans un sens large et englobe toute personne qui a été revêtue par une autorité compétente de l'exercice de l'autorité publique, même si cette personne n'a pas la qualité de fonctionnaire public.

Sont considérés comme fonctionnaires les enseignants publics, les employés des caisses de maladie de droit public et des postes fédérales [62].

49. — La responsabilité de l'Administration n'est engagée que si l'agent a commis l'acte dans le cadre de sa compétence administrative et dans l'exercice de sa fonction publique. Il faut qu'il y ait connexité interne entre l'acte et la fonction de l'agent [63].

50. — La relation causale entre l'acte et le dommage doit être donnée pour que l'Administration puisse être recherchée avec succès.

51. — Les tribunaux de droit commun sont compétents pour connaître des demandes en réparation en vertu de l'article 34 in fine de la Constitution fédérale qui parle de recours de droit commun (ordentlicher Rechtsweg).

52. — La responsabilité personnelle du fonctionnaire se base également sur l'article 839 du BGB. Cette disposition constitue

61 § 839 BGB Abs. 1 : « Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

62 Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen Bd 16 S. 111 u. ff.; NJW 1956, S. 745.

63 Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Bd. 11, S. 181 u. ff.

une lex specialis par rapport aux dispositions générales régissant la responsabilité délictuelle (§§ 823, 826 du BGB), de sorte que celles-ci sont inapplicables en cette matière en cas de violation de ses obligations de fonctionnaire (Amtspflichtverletzung).

La responsabilité pour risque n'est cependant pas touchée par l'article 839 du BGB. Ainsi la responsabilité découlant de l'article 7 du code de la route est-elle maintenue [64].

53. — Les conditions mises à la responsabilité du fonctionnaire sont les suivantes;

a) le dommage doit résulter de la violation d'un devoir de ses fonctions publiques, qui sont déterminées par des dispositions générales et spécifiques ainsi que les règlements de service (Dienstanordnung).

La faute peut être une faute de commission ou d'omission. Un délit au sens du § 823 du BGB [65] constitue dans tous les cas une violation des devoirs du fonctionnaire [66].

b) la violation des devoirs administratifs doit s'être produite à l'égard d'un tiers.

La violation doit s'être produite directement et non seulement de facon médiate [67]. La notion de tiers est interprêtée de façon extensive.

c) l'acte doit avoir été commis intentionnellement ou par négligence (fahrlässig).

Quand il y a eu négligence, la responsabilité du fonctionnaire a un caractère subsidiaire, en ce sens qu'il n'est tenu que si la victime n'obtient point réparation par une autre voie (§ 839 I BGB) comme par exemple par la sécurité sociale,

d) la victime ne doit pas avoir omis d'intenter le recours

64 § 7, 1, Straßenverkehrsordnung : « Wird bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit des Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Halter des Fahrzeugs verpflichtet dem Verletzten den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen.

65 § 823 BGB : « Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstandenen Schadens verpflichtet ».

66 Entscheidungen des Bundesgerichthofes in Zivilsachen Bd 16 S. 113.

67 p. ex. le procureur d'Etat ne commet vis-à-vis du tiers lésé aucune violation s'il ne poursuit pas un délit pénal (v. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd 154, S. 26.

légal mis à sa disposition pour éviter le dommage (§ 839, III, BGB) [68].

54. — L'Etat a un droit de recours contre le fonctionnaire par la faute duquel il a subi un dommage, mais seulement lors qu'il y a eu faute intentionnelle ou négligence grave (grobe Fahrlässigkeit) (Art. 34, phrase 2 de la Constitution et § 76 II du BBG) [69].

Lorsque plusieurs fonctionnaires ont commis l'acte, il y a responsabilité solidaire (§ 78 III in fine BBG) [70].

Des dispositions analogues se retrouvent dans la loi militaire [71] et la loi sur la responsabilité du Reich et de ses fonctionnaires (Beamtenhaftungsgesetz) [72].

55. — Certains auteurs [73] ont préconisé l'introduction d'une responsabilité pour risque à charge de l'Etat dans les cas où un agent public commet accidentellement et sans intention aucune un acte causant un dommage à un tiers, p. ex. lorsqu'un policier blesse d'un coup de revolver un passant, alors qu'il poursuivait un gangster. Cette innovation juridique répondrait aux aspirations modernes et ferait profiter le droit administratif d'un apport utile du droit civil.

Luxembourg

56. — Les solutions luxembourgeoises au problème sont inspirées par la double influence du droit constitutionnel et du droit administratif belges.

Nanti bien avant la Belgique d'une juridiction administrative, le Comité du Contentieux du Conseil d'Etat, le contentieux administratif français n'est pas resté sans influencer le droit administratif luxembourgeois. Toutefois il convient de

68 § 839 III BGB : « Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. »

69 § 78 II Bundesbeamtengesetz : « Hat der Beamte seine Amtspflicht in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes verletzt, so hat er dem Dienstherrn den Schaden nur insoweit zu ersetzen, als ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. »

70 § 78 II BBG « Haben mehrere Beamte den Schaden gemeinsam verursacht, so haften sie als Gesamtschuldner ».

71 v. Soldatengesetz vom 19. März 1956 § 24 (1) Bundesgesetzblatt I, S. 114

72 v. Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten vom 22. Mai 1910, Reichsgesetzblatt S. 798.

73 v. E. Forsthoff : Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd I, S. 317—319.

remarquer que le Conseil d'Etat a au Luxembourg une compétence d'attribution et qu'il n'a pas en matière administrative, comme c'est le cas en France, une compétence générale [74].

Rappelons d'abord les textes constitutionnels luxembourgeois La Constitution dispose :

— dans son article 84 que « les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux »,

— dans son article 85 que « les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi. »

— dans son article 76 qu' « il y aura à côté du Gouvernement un conseil appelé ... à régler les questions du contentieux administratif ... L'organisation de ce conseil et la manière d'exercer ses attributions sont réglées par la loi. »

57. — Il résulte de ces textes que les tribunaux judiciaires ont compétence exclusive pour connaître des litiges ayant pour objet un droit civil. Des termes formels de l'article 84 de la Constitution on peut conclure que dès qu'un droit civil se trouve en jeu, le juge judiciaire devient compétent, qu'il s'agisse d'une action indemnitaire basée, soit sur la responsablité contractuelle soit sur la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle. Peu importe que l'Etat ait agi en vertu de son pouvoir d'autorité (iure imperii) ou en vertu de son pouvoir de gestion (iure gestionis). La distinction entre l'Etat comme personne publique posant des actes d'autorité et comme simple personne morale posant des actes de gestion est trop floue et d'une application pratique difficile [75]. La théorie du dédoublement fonctionnel de l'Etat est donc à rejeter.

58. — Il n'existe point d'immunité ou d'irresponsabilité de l'Etat de nature à soustraire les actes administratifs lésionnaires de droits civils à la sanction des cours et tribunaux judiciaires.

74 A. Bonn écrit dans son ouvrage : « Le contentieux administratif en droit luxembourgeois » p. 61 que « le régime consacré par la constitution luxembourgeoise, en partant des principes établis par la Belgique et en conservant la primauté à la juridiction judiciaire, a installé à côté de celle-ci une juridiction administrave et a ainsi abouti à la dualité de juridictions qui caractérise le système judiciaire français. »

75 v. T. Biever : Principes de la séparation des pouvoirs et du contentieux administratif, p. 17.

Seuls les actes de gouvernement proprement dits (iure imperii stricto sensu) liés intimement à l'exercice de la souveraineté [76] échappent à tout contrôle juridictionnel [77].

59. — C'est de la nature du droit violé qu'il dépendra si le demandeur peut ou non faire valoir avec succès un recours contre l'Administration. S'agit-il d'un droit civil, son action sera recevable. Encore faut-il établir que l'acte administratif ait été illicite.

60. — A cet égard il a été fait appel à la théorie des droits acquis [78] qui à été appliquée surtout en matière de droit de propriété [79].

Le principe des droits acquis a été fréquemment appliqué en matière de statut des fonctionnaires par le Conseil d'Etat [80].

61. — Les conditions requises pour engager en droit luxembourgeois la responsabilité de l'Administration peuvent être réduites au nombre de cinq.

62. — 1) Il faut que l'Administration ait agi « iure gestionis » et non « iure imperii stricto sensu ».

On retrouve cette condition dans la jurisprudence. Cependant en 1833 le Tribunal de Luxembourg avait déjà décidé dans son jugement du 25 janvier qu'il n'y avait pas à faire de distinction entre les actes iure gestionis et les actes iure imperii. Quelle que soit la qualité en laquelle agit une commune, estimait le Tribunal, soit comme dépositaire d'une partie du pouvoir public, soit comme particulière, elle est responsable chaque fois que par sa négligence ou son imprudence elle lèse les droits d'un tiers [81].

Le commentateur de cet arrêt n'admet pas le principe énoncé au jugement, mais doit reconnaître les caractères distinctifs de l'Etat pouvoir politique et de l'Etat, personne civile ». Il préconise que ce sont le principe et le but de l'acte qui déterminent

76 ibid. p. 18.
77 v. Chapitre III de la Constitution, notamment art. 35, 37, 49 bis, 39, 40, 41, 49.
78 Barraine : Nouveau Dict. de Droit sub v° Droits acquis : — droits qui sont protégés en vertu de la règle suivante : Quand un rapport de droits s'est établi conformément à la loi qui le régissait alors, on nierait pratiquement la souveraineté de cette loi en effaçant les effets sous le prétexte que ce rapport est passé ensuite sous l'empire d'une loi différente.
79 Cour. Sup. Just. 14 février 1884 Pasicr. luxbg., T. II, p. 243; Trib. civ. Luxbg. 7 juillet 1920, Pasicr. luxbg., T. XI, p. 151.
80 Conseil d'Etat 12 juillet 1957; Pasicr. luxbg. t. XVII, p. 161; Cons. d'Et. 2 déc. 1959; Pas. lux. t. XVIII, p. 157.
81 Trib. de Luxbg 25 janvier 1893, Pasicrisie luxbg. t. III, p. 97.

le caractère distinctif. Cette formule ne donne cependant pas de critère concret et ne fait que déplacer la difficulté. Aussi le jugement n'était-il pas tellement critiquable d'autant que la jurisprudence belge a délaissé la distinction et que la doctrine réclame son abandon [82].

63. — 2) Il faut que l'Administration ait causé un préjudice.

En vertu du principe de la séparation des pouvoirs et plus précisément de la loi des 16—24 août 1790 défendant aux tribunaux de s'immiscer dans les fonctions de l'Administration active, la jurisprudence s'est toujours refusé d'apprécier les actes de la personne publique qui rentrent dans le domaine des devoirs d'administration qui lui sont confiés [83] et d'enjoindre aux fonctionnaires de faire ou de ne pas faire des actes qui ressortent de leurs fonctions [84].

Elle a cependant reconnu la compétence des tribunaux ordinaires pour connaître de la demande en dommages-intérêts dirigée contre l'Etat et de déterminer le préjudice qui est résulté de la manière fautive dont la mesure administrative a été exécutée [85]. Le demandeur doit donc établir l'existence d'un préjudice réel et non point se borner à invoquer la non-exécution d'obligations administratives imposées par le droit public, p. ex. l'exigence d'un fonctionnement impeccable d'un service public.

L'article 11 de la loi du 29 juillet 1930 relatif à l'étatisation de la police locale dispose cependant que les communes sont civilement responsables des dommages résultant des crimes et délits commis à force ouverte ou par violence sur leur territoire ou par des attroupements ou rassemblements armés ou non, soit envers des personnes, soit contre les propriétés publiques ou privées. Même dans ce cas la responsabilité de la commune se trouve exclue s'il y a eu force majeure, par exemple fait de guerre [86].

64. — 3) Il faut que l'Administration ait lésé un droit civil.

Il faut d'abord qu'un droit ait été lésé — la violation d'un simple intérêt étant insuffisant — et ensuite il faut qu'il s'agisse d'un droit civil.

82 v. T. Biever, op cit. p. 32.
83 Cour Sup. de Justice 31 mai 1907, Pas. lux. t. VII, p. 544; Trib. civ. de Luxbg. 7 juillet 1920 Pas. lux., t. XI, p. 151.
84 Trib. civil de Luxbg. 20 nov. 1897, Pasicr. lux. t. IV, p. 497.
85 Cour Sup. de Justice 11 mai 1923 et Cour de cassation 16 décembre 1924, Pas. lux. t. XI, p. 321.
86 Trib. civil de Luxbg, 18 mai 1949, Pas. luxbg. t. XIV, p. 565.

La jurisprudence a reconnu comme droits civils le droit du concessionnaire en matière d'exploitation de chemin de fer [87], de mines [88], de sépultures [89], la cession temporaire par une commune de bâtiments relevant de son domaine privé [90] le droit à réparation d'une atteinte aux biens et à l'intégrité physique.

65. — 4) Il faut qu'il y ait eu faute dans l'exécution, la surveillance ou la garde.

Si la personne publique ne peut commettre elle-même de fautes, il en va cependant autrement de ses agents ou des entrepreneurs exécutant des travaux sous la direction entière et absolue de l'Etat [91] ou de ceux ayant la garde des choses appartenant à l'Etat.

Dans ces hypothèses l'Etat est tenu selon les règles du droit commun. Lorsque l'acte fautif a été commis par un organe de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions, l'Etat pourra être recherché sur base de l'article 1382 du code civil, tandis que la responsabilité réfléchie est donnée sur base de l'article 1384 lorsqu'il s'agit d'un préposé. Cette distinction devrait être abandonnée pour aboutir à la généralisation de la responsabilité réfléchie basée sur le lien de préposition (voir supra n° 15 et 16).

L'Etat est tenu sur base de l'article 1384 du code civil des conséquences des faits survenus dans l'exercice des fonctions même s'il ne s'agit pas de la fonction administrative mais des actes personnels du fonctionnaire [92].

La responsabilité de l'Etat est de nos jours largement reconnue sur l'une ou l'autre base légale, par exemple en matière de voirie publique [93], de forêts appartenant aux communes [94], de véhicules de l'Etat [95].

66. — 5) Il faut enfin qu'il y ait relation de cause à effet entre la faute et le préjudice.

Si l'Etat n'est pas intervenu dans la réalisation de l'acte dommageable sa responsabilité ne saurait être recherchée

87 Cour Sup. de Justice 10 janvier 1878, Pas. luxbg. t. I^er, p. 377, Conseil d'Etat, 8 janvier 1932, Pas. luxbg. t. XII, p. 483.
88 Conseil d'Etat 1^er mai 1914, Pas. luxembg., t. IX, p. 159.
89 Cour Sup. de Justice, 31 mai 1918, Pas. luxbg. t. XI, p. 495.
90 Cour Sup. de Justice, 16 juillet 1920, Pas, luxbg., t. X. p. 498.
91 Cour Supérieur de Justice, 1^er avril 1892 et 27 juin 1893, Pas. luxbg. t III, p. 216.
92 Cour de cassation 16 déc. 1924, Pas. luxbg. T. XI, p. 321.
93 Cour Sup. de Justice 26 mai 1975, Pas. luxbg. t. XXIII, p. 167, Trib. civ. de Luxbg 17 oct. 1962, Pas. luxbg. t. XIX, p. 92.
94 Cour Sup. de Justice 23 déc. 1971, Pas. lux. t. XII, p. 91, Trib. civ. de Luxbg. 31 oct. 1973, Pas. luxbg T XXII, p. 519.
95 Cour Sup. de Justice 9 juillet 1958, Pas. luxbg. t. XVII, p. 329.

comme cela fut décidé dans l'espèce d'une partie de chasse organisée par des officiers de l'armée luxembourgeoise [96].

67. — En cas d'annulation d'une décision administrative par le Conseil d'Etat, un recours en indemnisation du préjudice subi est possible devant les tribunaux judiciaires, p. ex. à la suite de l'annulation d'une autorisation de bâtir accordée en violation des textes réglementaires.

Mais cette action n'aura de chance de succès que pour autant que la violation de la disposition légale puisse être considérée comme une faute dans le chef de l'Administration. Ce ne sera plus le cas, lorsque l'interprétation inexacte qui a été donnée n'a pas été d'une évidence telle qu'on peut admettre qu'une personne avisée placée dans les mêmes conditions ne l'aurait point aussi commise et que l'application inexacte ne résulte point d'un manquement professionnel [97].

68. — La responsabilité du fonctionnaire est double. Il y a d'abord la responsabilité pénale qui s'applique aux dirigeants et fonctionnaires publics dans la même mesure qu'aux autres personnes physiques. Cependant il convient de remarquer que le droit pénal spécial prévoit certaines infractions qui sont propres aux fonctionnaires. Il s'agit des atteintes portées par les fonctionnaires publics aux droits garantis par la Constitution (Livre II, titre II, chapitre III du code pénal) et des crimes et délits contre l'ordre public commis par des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions (Livre II, titre IV du code pénal).

69. — Dans l'hypothèse de certaines infractions, le code pénal voit dans le caractère public des fonctions une circonstance aggravante et punit plus sévèrement l'agent public que le simple citoyen. C'est le cas pour le faux en écritures publiques (art. 194—196 code pénal), l'ursurpation de fonctions de titres ou de noms (art. 227—232 code pénal), l'attentat à la pudeur et le viol (art. 377 code pénal), le vol simple (art. 467 code pénal), le vol commis à l'aide de violences ou menaces (art. 471 code pénal) et le vol de grand chemin (art. 472 code pénal).

70. — Mais c'est la responsabilité civile qui nous intéresse plus spécialement ici. La responsabilité personnelle est basée sur l'article 1382 du code civile qui oblige celui par la faute duquel le dommage est arrivé, à le réparer.

96 Cour Sup. de Justice 25 févr. 1964, Pas luxbg. t. XIX, p. 414.
97 Cour Sup. de Justice 24 mars 1976 Bulletin Doc. communale no 16, p. 141.

Si en matière de responsabilité aquilienne la faute même légère engendre la responsabilité, il faut une faute grave pour engager la responsabilité de l'agent public [98]. La raison en est que le fonctionnaire n'agit point dans son propre intérêt, mais dans l'intérêt général du service public ou de la communauté locale ou nationale. Il n'est point indiqué d'alourdir sa responsabilité au risque d'inhiber l'esprit d'initiative de la fonction publique et de la cantonner dans un rôle de pur exécutant [99].

71. — La responsabilité réfléchie se fonde sur l'article 1384 al. 1er du Code civil qui précise qu'on est responsable du dommage causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde.

La jurisprudence a fait la distinction entre organes et préposées. Elle entend par organes ceux des fonctionnaires qui ont le pouvoir d'engager la personne publique par des actes qu'ils ont le droit de faire personnellement et par préposés ceux qui agissent comme préposés de l'Etat commettant. Dans le cas des organes il y a responsabilité basée sur l'article 1382 du code civil et dans le cas du préposé responsabilité indirecte basée sur l'article 1384 al. 3 du code civil. Nous avons déjà dit notre préférence pour un système général de la préposition (v. supra n° 16), même en l'absence d'un contrat de louage de service ou d'un contrat de louage d'ouvrage.

Quoi qu'il en soit le fonctionnaire est tenu personnellement de ses fautes de service qui doivent cependant revêtir un caractère de gravité prononcée.

72. — Aussi l'Etat a-t-il un droit de recours contre le fonctionnaire fautif pour compte duquel il a réparé le dommage. En s'inspirant du droit administratif français et plus spécialement de la considération que l'agent public agit par définition dans l'intérêt général et que son traitement découlant du point de vue du droit public de son statut [100], abstraction

98 H. Beck : La responsabilité civile des communes, Bulletin de documentation communale no 8, p. 81.

99 Opinion contraire qui n'exige pas pour engager la responsabilité de l'agent public la condition d'une faute lourde : v. E. Wirion : Principes régissant la responsabilité des fonctionnaires communaux in Bulletin de documentation communale no 13, p. 43.

100 v. Yves Saint-Jours : Les relations du travail dans le secteur public, pp. 31 et 144. En droit français le fonctionnaire se trouve vis-à-vis de l'administration dans une situation réglementaire qui fait abstraction de toute référence contractuelle.

faite des services rendus, il est indiqué de mettre à l'action récursoire de l'Etat contre son agent trois conditions, savoir :

a) existence d'un dommage considérable et appréciable en argent,
b) faute lourde du fonctionnaire,
c) rapport de causalité entre dommage et faute lourde.

73. — Il n'existe point d'immunité du fonctionnaire, de sorte que l'agent public peut être recherché directement en justice à raison du dommage causé par lui dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions.

L'article 19 de la loi du 8 mai 1872 sur les droits et devoirs des fonctionnaires de l'Etat prévoit

d'une part que l'action civile en réparation du dommage causé ne peut être portée devant un tribunal de répression que si le tribunal pénal est saisi de l'action publique;

d'autre part que si l'action civile est portée devant le tribunal civil et que le fonctionnaire soutient que la responsabilité incombe à l'Etat, le tribunal peut ordonner la mise en cause de l'Etat par la partie la plus diligente. Si l'Etat intervient et prend fait et cause pour son fonctionnaire ou si l'Etat est reconnu responsable, le fonctionnaire est mis hors cause et, le cas échéant, avec allocation de dommages-intérêts.

Si donc l'Etat prend fait et cause pour l'agent public et que la faute lourde de celui-ci se dégage de la suite des débats judiciaires, il lui appartiendra d'exercer son recours dans les conditions ci-dessus (v. supra n° 72) contre l'agent lourdement fautif ou l'agent qui a commis la faute de façon dolosive. Une simple imprudence ou négligence serait insuffisante pour déclencher l'action récursoire.

74. — Il se dégage de ces considérations qu'en droit luxembourgeois il peut y avoir cumul de responsabilités, responsabilité du fonctionnaire et responsabilité de l'Etat.

La victime ne peut cependant se voir allouer une indemnité supérieur au dommage réellement subi.

75. — Une part de responsabilité peut être mise à charge de la victime et de l'Etat, de sorte qu'il peut y avoir partage de responsabilités.

76. — L'ordre hiérarchique n'exclut pas la responsabilité de l'agent public, lorsque l'illégalité de l'ordre reçu était patente. Dans ce cas le supérieur hiérarchique qui a commis un abus d'autorité sera tenu pour responsable. C'est une responsabilité par cascade.

Si l'article 70 du code pénal dispose qu'il n'y a pas d'infraction, lorsque le fait était ordonné par la loi et commandé par l'autorité légitime, la jurisprudence a estimé que cet article est applicable lorsqu'il y a présomption de légimité des ordres reçus [101].

77. — Si telle est la situation du fonctionnaire public, il convient de se demander comment on peut garantir la responsabilité professionnelle de l'agent public, d'autant plus que les traitements sont insuffisants pour faire face le cas échéant à une réparation du dommage subi par un administré par suite d'une faute grave de service.

78. — On songe de prime abord à l'assurance. On peut la concevoir de deux manières :

— que l'Etat soit son propre assureur à l'instar de ce qui existe en matière scolaire (v. supra n° 5—8).

— que l'Etat assure auprès d'une compagnie d'assurance privée le risque professionnel de ses agents vis-à-vis des tiers [102].

C'est cette dernière formule que l'on rencontre dans le projet de loi fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (art. 31 n° 3). Il convient de relever que ledit projet donne à l'Etat la faculté de faire assurer certaines catégories de fonctionnaires contre les risques de responsabilité civile en rapport avec l'exercice de leurs fonctions. Il semble donc qu'on veuille procéder par paliers en commençant par les professions les plus exposées tout en transférant le risque aux compagnies d'assurances privées, comme ce fut jadis le cas pour les instituteurs assurés par les autorités communales auprès des assurances privées.

On peut se poser la question s'il ne serait pas préférable d'instituer carrément une responsabilité pour risque à charge de l'Etat (voir n°s 27 et 55). Pareille mesure marquerait un pas en avant et on sortirait des sentiers battus, alors surtout qu'une évolution logique tendrait en ce sens.

79. — L'assurance, sous quelque forme qu'on la réalise ne couvrira pas les fautes intentionnelles et dolosives, car aucun système ne peut se permettre d'assurer le dol. La non-assurabilité du dol s'explique d'abord par la notion de risque

101 Cass. 10 déc. 1897, Pasicr. luxbg. t. IV, p. 434.

102 v. van Eeckhout : Droit des assurances, p. 407—408.

comportant nécessairement un aléa et ensuite par une idée de moralité et d'ordre public [103].

80. — On pourrait prévoir une franchise tolérable en ce sens qu'on en ferait jouer la garantie pour les dommages qui sollicitent sérieusement les facultés financières du fonctionnaire, si l'on craint les répercussions financières du système général pour risque porfessionnel à charge de l'Etat. Les discriminations entre catégories de fonctionnaires assurés et fonctionnaires non assurés est en tout cas critiquable en droit pur. La charge de l'Etat ne serait point sensiblement augmentée du fait de l'assurance générale étant donné que les catégories à faible risque ne le sollicitent point et qu'en droit la responsabilité de l'Etat même est d'ores et déjà donnée.

81. — Dans ces conditions une assurance obligatoire contre les risques professionnels du fonctionnaire public est souhaitable et réalisable. L'Etat devrait faire cet effort pour ses agents qui travaillent dans l'intérêt général sans en retirer un bénéfice.

L'idée n'est point nouvelle, comme on pourrait être tenté de le croire, puisqu'elle a déjà été préconisée au début de ce siècle par des juristes éminents [104], qui estiment que l'Etat retirant de l'activité répétée de ses agents un bénéfice d'un genre particulier, sa responsabilité devrait être plus large.

82. — Aux termes de cette étude il reste donc l'espoir que l'Etat voudra prendre conscience de ses responsabilités non seulement dans le domaine du droit civil, mais également dans celui du droit public et plus spécialement de celui de l'assurance professionnelle de la fonction publique.

103 v. Picard et Besson : Traité des assurances terrestres, tome 1er, p. 45—46.

104 v. Demogue : Traité des obligations, t. III, p. 469—472.

TABLE DES MATIÈRES

n°

Introduction 1

A) **Responsabilité de l'enseignant**

Régime du code civil 2
Régime français . . . . . 3— 4
Régime luxembourgeois . . . . . 5— 7

B) **Responsabilité de l'administration et responsabilité du fonctionnaire**

Position du problème . . . . . 8—10

Droit belge

Distinction entre le pouvoir de commandement et le pouvoir de gestion
Principe de la séparation des pouvoirs
Compétence du pouvoir judiciaire en cas d'atteinte à un droit civil 11
Conditions et étendue de la responsabilité 12
Détournement de pouvoir 13
Distinction entre agent-organe et agent-préposé . . . . . 14—16
Conditions de la responsabilité 17
Etendue de la responsabilité 18
Cumul de responsabilités 19
Responsabilité du fonctionnaire 20
Responsabilité à l'égard du tiers 21
Responsabilité à l'égard de l'Administration 22

Droit français

Responsabilité de l'Administration . . . . . 23—24
Principe de l'égalité devant les charges 25
Système de responsabilité basé sur un risque . . . . . 26—27
Système de responsabilité basé sur une faute . . . . . 28—29
Présomption de faute 30
Nécessité d'une faute lourde 31
Responsabilité pour risque 32
Responsabilité personnelle du fonctionnaire . . . . . 33—34
Faute personnelle et faute de service . . . . . 35—36
Faute pénale et voie de fait . . . . . 37—38
Ordre hiérarchique 39
Cumul de responsabilités . . . . . 40—42
Absence de cumul des indemnités 43
Action récursoire de l'Etat 44

Droit allemand

Responsabilité de l'Administration et responsabilité du fonctionnaire . . . . . 45—46
Responsabilité d'équité 47

Notion de fonctionnaire 48
Conditions de responsabilité de l'administration . . . . . 49—50
Compétence des tribunaux de droit commun 51
Responsabilité personnelle du fonctionnaire 52
Conditions de responsabilité du fonctionnaire 53
Action récursoire de l'Etat 54
Responsabilité pour risque 55

Droit luxembourgeois

Généralités 56

Responsabilité de l'Administration

Compétence des tribunaux judiciaires en cas d'atteinte à un droit civil 57
Rejet de la théorie du dédoublement fonctionnel de l'Etat . . . 58
Absence d'immunité de l'Etat . . . . . 59—60
Violation d'un droit civil par un acte administratif illicite . . 61—66
Conditions de la responsabilité de l'Administration . . . .
Annulation d'un acte administratif par le Conseil d'Etat —
Recours en indemnisation devant le tribunal judiciaire . . . 67

Responsabilité du fonctionnaire

Responsabilité pénale . . . . . 68—69
Responsabilité civile . . . . . 70—71
Action récursoire de l'Etat 72
Cadre procédural de la responsabilité du fonctionnaire . . . 73
Cumul de responsabilités . . . . . 74—75
Ordre hiérarchique 76
Assurance contre les risques professionnels du fonctionnaire . 77—82

L'INDEMNISATION EN MATIÈRE D'EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE

par

Robert KRIEPS

et

Gaston VOGEL

docteurs en droit

AVERTISSEMENT

L'opuscule que nous soumettons au lecteur n'a pas la prétention d'être une œuvre scientifique originale. Il ne remplace ni les traités classiques ni les recueils de jurisprudence.

Il s'agit d'un bref exposé des problèmes que soulève l'indemnisation et des solutions que les tribunaux y ont apportées. L'intérêt pour le profane résidera probablement dans la présentation sans prétentions des problèmes concrets les plus usuels. Pour le professionnel ce sont les références à la jurisprudence luxembourgeoise, pour la plus grande partie inédite, qui présenteront le plus d'intérêt.

L'aménagement du plateau du Kirchberg et la construction de quelques grands axes routiers ont donné lieu à une abondante jurisprudence qui a eu à se prononcer dans le laps de temps relativement court sur les problèmes les plus divers. Cette unité dans le temps et l'intensité des débats donneront au travail jurisprudentiel la valeur et l'intérêt d'un réexamen systématique et cohérent des solutions classiques.

L'administration comme les particuliers, le juge comme l'avocat sauront que la jurisprudence, dont il ne trouvera qu'une faible partie dans les recueils, est le résultat d'un contentieux important parfois passionné où l'une et l'autre partie avaient remis en cause les principes et l'application des anciennes règles soit à la lumière des idées sociales soit à l'occasion de modifications législatives plus ou moins profondes.

Il eût été dommage si tous ces efforts n'avaient laissé d'autres traces que les quelques décisions publiées.

INTRODUCTION

Notions générales et historiques

« Si le droit de propriété est l'application directe et continue de la liberté individuelle aux choses qui tombent sous la disposition de l'homme, l'expropriation est l'intervention extraordinaire de la puissance publique venant imposer à un citoyen au nom de l'intérêt général, le sacrifice de la chose ». Cette définition donnée par Peyronny et Delamarre dans leur traité sur l'expropriation pour cause d'utilité publique montre qu'on trouve en conflit deux droits distincts et en quelque sorte opposés : ceux de la collectivité et ceux de l'individu. Ces droits sont conciliables même en faisant prédominer l'intérêt public sur le droit du particulier, à condition que le propriétaire privé de son droit reçoive une juste et préalable indemnité. « Posons pour maxime », disait Montesquieu, « que lorsqu'il s'agit du bien public, le bien public n'est jamais que l'on prive un particulier de son bien ou même qu'on lui en retranche la moindre partie par une loi ou par un règlement politique. Dans ce cas, il faut suivre à la rigueur la loi civile qui est le palladium de la propriété. Ainsi lorsque le public a besoin du fonds d'un particulier, il ne faut jamais agir par la rigueur de la loi politique, mais c'est là que doit triompher la loi civile, qui avec des yeux de mère regarde chaque particulier comme toute la cité même. Si le magistrat politique veut faire quelque « édifice public, quelque nouveau chemin », il faut qu'il indemnise. Le public est à cet égard comme un particulier qui traite avec un particulier. C'est bien assez qu'il puisse contraindre un citoyen de lui vendre son héritage, et qu'il lui ôte ce grand privilège qu'il tient de la loi de ne pouvoir être forcé d'aliéner son bien ».

Les principes qui régissent l'expropriation pour cause d'utilité publique ont été pour la première fois fixés dans la déclaration des droits de l'homme inscrite en tête de la Constitution des 3—14 septembre 1789. L'article 17 porte : « La propriété est inviolable et sacrée, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

La matière est régie en droit luxembourgeois principalement par la loi du 17 décembre 1859. Cette loi est à la fois d'inspiration française et belge. Le législateur luxembourgeois a

repris de la loi française du 8 mars 1810 pratiquement sans modification les principes qui régissent la phase préjudiciaire ou administrative. Il a copié sur le législateur belge les principales dispositions qui régissent la phase judiciaire (loi belge du 17 avril 1835). Ainsi les articles 1, 3, 4, 5, 11 à 15, 18 à 22 sont pour ainsi dire la reproduction textuelle des articles afférents de la loi française (sous réserve de légères modifications se rapportant en majeure partie à une adaptation de la terminologie).

Le principe de l'expropriation pour cause d'utilité publique fut définitivement consacré dans l'article 16 de la Constitution du 17 octobre 1868. Cet article stipule : « Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi et moyennant une juste et préalable indemnité ».

Outre la protection du droit de propriété on peut invoquer le principe général de l'égalité des citoyens devant les charges publiques qui conduit dans son application aux travaux d'utilité publique à l'exigence que le citoyen sur la propriété duquel s'accomplissent ces travaux n'ait pas à supporter une charge plus lourde que les autres, p. ex. les voisins également mis à contribution et ceux qui n'y contribuent que par leur obligation de participer au financement. La jurisprudence administrative a souvent recours à ces règles dont l'incidence est également évidente en notre matière.

Durant un siècle la législation ne devait subir pratiquement aucune modification de taille, si on fait abstraction de la loi de faible importance du 4 mars 1896, dite la loi sur l'expropriation par zone. C'est en 1961 et alors que les pouvoirs publics se trouvaient confrontés avec l'urbanisation du Kirchberg que l'expropriation fut réglementée à nouveau. Le 7 août 1961 fut promulguée la loi relative à la création d'un fonds d'urbanisation et d'aménagement du plateau de Kirchberg. Une loi du 28 août 1968 modifiait sur certains points celle du 7 août 1961. Le problème de l'indemnisation fut revu sous certains aspects importants. Il en fut de même pour la loi du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communication et d'un fonds de routes. Cette loi a été pour ainsi dire intégralement copiée sur le législateur belge. Les travaux parlementaires s'expriment très nettement à ce sujet : « Le projet de loi a tiré profit de l'expérience étrangère en ayant recours à des dispositions légales belges qui ont fait leur preuve depuis

des années... Le recours à la législation belge permettra de tirer profit de la législation belge, le texte afférent y étant en vigueur depuis bientôt 20 ans». (Travaux parlementaires t. II. annexes session ordinaire 66—67 p. 736 et suivantes). La loi de 1967 a été faite par l'Administration pour l'Administration. Pour s'en rendre compte, il suffit de relire les maigres travaux parlementaires.

La loi du 29 août 1972 modifiant et complétant la loi du 16 août 1967 dite du fonds des routes ne sera pas commentée comme n'ayant pas d'incidence sur les problèmes discutés dans la présente étude.

* *

CHAPITRE I

Les grands principes qui régissent l'indemnisation en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique

SECTION I

Le caractère sui generis de l'indemnité

« L'expropriation n'est pas une vente, mais la mise a exécution d'une servitude légale. L'indemnité n'est pas un prix d'achat, mais la réparation d'un préjudice : elle est due non en vertu d'un contrat synallagmatique, mais en vertu d'une disposition constitutionnelle qui l'impose» (Edm. Picard Traité général de l'expropriation pour utilité publique, IIe partie, page 82). L'exproprié ne reçoit pas un prix de vente, mais la réparation d'un dommage. A la notion de prix librement débattu entre vendeur et acheteur, nous voyons se substituer la notion d'intemnité due en réparation d'un préjudice qui trouve sa source dans la dépossession forcée, acte unilatéral de la puissance publique.

Il en découle cette conclusion importante que les tribunaux n'ont pas à rechercher seulement la valeur du bien exproprié, mais l'ensemble de tous les dommages que l'exproprié subit tant par la privation de son immeuble que par la nécessité de la portion restante que par la diminution de jouissance au cours de l'expropriation que par diverses autres circonstances très étrangères aux prix de la parcelle qu'on lui enlève (ibidem page 81 — Jacques Ferbos, Expropriation et évaluation des biens, éd. actualité juridique 1965, p. 123).

SECTION II

L'indemnité peut être amiable ou judiciaire

Rien ne s'oppose à ce qu'exproprié et expropriant débattent et fixent entre eux l'indemnité sans recourir à l'intervention des tribunaux.

Pareil accord constitue un acte d'administration et pourra donc être consenti au nom des incapables par leurs administrateurs réguliers.

L'exproprié est dans son droit d'exiger le règlement judiciaire. « Il importe peu que sa conduite ait une apparence vexatoire ou qu'elle soit marquée au coin de la sagesse» (ibidem p. 84).

SECTION III

Les principes qui régissent la détermination de l'indemnité

L'indemnité doit être pécuniaire, préalable, juste et complète.

Par. 1 : L'indemnité doit être pécuniaire

Comme l'indemnité n'est que la réparation d'un préjudice, il y a lieu de la soumettre à la règle générale du droit civil qui veut que l'on règle en argent les dommages et intérêts. L'indemnité ne peut être réglée autrement qu'en monnaie.

Ce principe a été nettement affirmé dans un jugement rendu par le tribunal civil de Luxembourg, 3e section, en date du 23 octobre 1967, dans une affaire Etat c/ M. : « Attendu que l'expropriation poursuivie par l'Etat entraîne pour les propriétaires des charges supplémentaires en vue de la remise en valeur de la partie restante du terrain; que le tribunal ne saurait suivre les experts qui proposent de faire les travaux nécessaires par l'Etat; qu'en effet, la loi ne prévoit comme contre-partie de l'expropriation qu'une indemnité pécuniaire et non pas des travaux en nature» (cf notamment art. 29, 30, 39 et 47 de la loi du 17 décembre 1869 Droussart et Belva op. cit. Indemnité, n° 30 et ss — dans le même sens tribunal Luxembourg 28 octobre 1953 pas. t. 16 p. 29).

De même que le tribunal ne peut obliger l'exproprié à accepter une réparation en nature, il ne peut décréter obligatoires pour l'expropriant des travaux réclamés par l'exproprié pour diminuer la dépréciation de la portion restante, encore que l'autorité publique soit tenue par le principe de l'économie cité et le devoir de loyauté à choisir le moyen le plus écono-

mique pour les finances publiques et le moins préjudiciable pour l'exproprié.

Pour les mêmes motifs l'expropriant ne peut, une fois accomplie l'expropriation, contraindre l'exproprié à reprendre une partie de parcelle qui serait restée sans emploi (Ed. Picard ibidem p. 90).

Par. 2 : L'indemnité doit être préalable

« En vertu du jugement qui adjuge l'indemnité... le montant de cette indemnité... sera déposé dans la caisse des consignations... et sur le vu de la signification faite à avoué à partie du certificat de dépôt, la partie poursuivante sera envoyée en possession... » (article 41 de la loi du 17 décembre 1859). Il résulte de cet article que l'indemnité ne doit être préalable qu'à la seule prise de possession.

Le législateur ne soumet pas seulement la prise de possession à une préalable fixation de l'indemnité, mais encore à un paiement préalable, paiement soumis aux formalités de la consignation.

Le dépôt à la Caisse des Dépôts et Consignations est une obligation pour l'expropriant; il constitue pour lui le seul paiement régulier, le seul mode de libération légal et à défaut de ce dépôt, il ne peut y avoir de prise de possession licite (Cass. 4 juin 1914 Pand. période. n° 1290).

La consignation doit de même être complète : elle doit comprendre outre l'indemnité revenant à l'exproprié, l'indemnité allouée à des tiers intervenus en cause, les frais de remploi, les intérêts d'attente, les intérêts judiciaires quand il en est dû.

Si quelque indemnité était omise dans la consignation, la prise de possession pourrait être empêchée, au même titre qu'elle peut l'être quand il n'y a pas eu de consignation du tout (Ed. Picard ibidem p. 97 — Novelles Expropriation pour cause d'utilité publique n° 279).

Il est entendu que quand sur appel une majoration est allouée, la règle de l'indemnité préalable reprend son empire et l'exproprié peut s'opposer à la continuation des travaux à moins que l'expropriant ne consigne le supplément.

L'opération de consignation s'avère en réalité très désavantageuse pour l'exproprié, qui est la plupart du temps obligé de laisser dans les caisses de l'Etat son capital au taux d'intérêt dérisoire de 2%. Sur ce point la loi du 12 juillet 1967 relative au fonds des routes a heureusement innové. Elle a organisé la consignation d'une manière plus équitable et plus expéditive:

Si le tribunal constate la régularité de la procédure et l'applicabilité du plan à la propriété, il fixe par voie d'évaluation sommaire le montant de l'indemnité provisionnelle que l'expropriant doit payer. Cette somme est nécessairement supérieure à 90% de la somme offerte par l'expropriant. L'expropriant devra déposer cette somme à la Caisse des Consignations dans le mois du prononcé. Sur le vu du jugement et du certificat délivré par la caisse, les défendeurs pourront obtenir paiement de l'indemnité consignée, sauf difficultés de répartition auquel cas le président du tribunal statue par ordonnance. Il y a là un avantage certain pour l'exproprié qui est certain de toucher immédiatement une part substantielle de l'indemnité offerte ce qui n'est pas le cas sous la loi de 1859.

Du caractère préalable de l'indemnité se dégagent plusieurs conséquences :

a) Comme l'expropriant est obligé de payer dans l'immédiat l'intégralité de l'indemnité qui souvent couvre un préjudice en partie futur, qui ne se réalise qu'après plusieurs années (pertes de loyers), il faudra bonifier à l'expropriant un escompte raisonnable (Novelles - exprop. n° 446).
b) L'indemnité ne saurait en aucune hypothèse être conditionnelle.
c) Elle ne pourra pas non plus être remise en cause même si l'avenir lui aura réservé un démenti formel. « Les démentis que l'avenir aura réservés seront pour compte de qui il appartiendra » (Ed. Picard ibidem p. 99). Tout comme l'exproprié ne pourrait demander une majoration, l'expropriant ne pourra demander une restitution partielle sans préjudice des actions toujours possibles en cas de dol.
d) L'exproprié reste possesseur jusqu'à la consignation de l'indemnité; lui seul à la jouissance, lui seul a le droit de percevoir les fruits naturels ou civils.

Par. 3 : L'indemnité doit être juste et complète

« Un acte d'autorité aussi grave ne peut trouver de compensation que dans une indemnité absolument juste, c. à d. absolument équivalente au trouble et au préjudice qu'elle cause » (Picard ibidem p. 102).

Les principes du droit commun de la réparation en matière contractuelle tels qu'ils sont inscrits à l'article 1149 du code civil et suivants ne sont pas applicables en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. L'expropriation ne relève

pas du droit contractuel n'étant pas une vente (Trib. civ. Luxembourg, Ville d'Esch c/ S., 12 février 1968).

La détermination de l'indemnité est régie par des règles particulières qui toutes s'inspirent du principe qu'en raison de la dépossession arbitraire et imprévue qui vient frapper l'exproprié, la réparation qui lui revient doit être appréciée avec plus de liberté et doit comprendre tout le dommage qui dérive de l'expropriation.

« Au moment où l'expropriation survient, il existe un état de choses qu'elle détruit ou altère quelle que soit l'origine de celui-ci. C'est pour cette altération ou cette perte qu'une indemnité est due et cette indemnité doit la couvrir tout entière... que le juge se borne à comparer ce qui serait arrivé sans l'expropriation et ce qui arrive dès que l'expropriation se réalise. C'est la balance des deux situations qui constitue la perte d'expropriation et que l'indemnité d'expropriation doit payer » (Picard ibidem p. 110 et 111 — Bruxelles 31 octobre 1923, Pas. t. II. p. 21).

En d'autres termes, l'exproprié a droit à la réparation pécuniaire de tous les droits et avantages qu'on lui enlève et de tous les torts et préjudices que lui cause l'expropriation. L'indemnité doit lui permettre de se replacer dans une situation semblable à celle où il se trouvait avant l'expropriation (Novelles — ibidem n° 457).

Ce principe a été affirmé dans un arrêt de la Cour Supérieure de Justice de Luxembourg du 13 mars 1968 (Fonds c/ L.) dans les termes suivants : « Attendu que l'indemnité ne doit pas être limitée à la stricte valeur vénale des biens de l'emprise, mais que l'appréciation de cette valeur est à faire dans un esprit large qui implique, de cas en cas, une certaine marge pour compenser tous les inconvénients non autrement appréciables qu'entraîne pour l'exproprié la dépossession de son bien dans l'intérêt général ».

C'est une vérité d'évidence que c'est l'autorité publique qui a choisi le moment, l'endroit, l'envergure et le mode de réalisation des travaux. Le citoyen les subit. Très souvent il s'en trouve troublé dans ses projets, dans son mode de vie. Les tracas sont incontestables. L'application du principe devant présider à la fixation de l'indemnité devient particulièrement importante dans des domaines marginaux. Tel est le cas des avantages précaires.

Avantages précaires :

L'indemnité pour être complète doit tenir compte des avantages dont l'exproprié jouissait à titre précaire. Il est entendu que la plus ou moins grande incertitude dans la situation de l'exproprié se fera sentir dans la détermination du chiffre.

Le tribunal civil de Luxembourg a fait une application intéressante de ce principe dans un jugement rendu le 27 septembre 1967 dans une affaire Ville d'Esch c/ D. et S. En l'espèce le sieur S., locataire de l'exproprié D., faisait valoir une indemnité de 500 000 francs du chef de dépréciation du fonds de commerce à la suite de son abandon forcé. Le locataire exploitait dans l'immeuble D. depuis 18 ans un débit de boisson. Il était dans les lieux depuis 1958 en vertu d'un bail à durée indéterminée et aux termes de l'article 1762 alinéa 4 du code civil, il ne pouvait plus faire valoir un droit de préférence à l'encontre du bailleur. La situation de S. était donc précaire.

Le tribunal, tout en invitant les experts à tenir compte dans le calcul de l'indemnité du caractère aléatoire de la situation, reconnaît au locataire le droit d'obtenir une indemnité : « Attendu qu'il échet de déclarer fondée en principe la prétention des époux S. à obtenir une indemnité en leur qualité de locataires de l'immeuble exproprié; que le bail, bien qu'actuellement résiliable après simple congé, a pourtant duré plus de 18 ans permettant ainsi aux locataires de se créer une situation commerciale stable qu'à la suite de l'expropriation, ils sont obligés d'abandonner brusquement; que le transfert de leur fonds de commerce dans un autre lieu et l'obligation de se créer une nouvelle clientèle leur a causé un dommage certain dans leurs activités commerciales ».

Il résulte de ces considérations de principe qu'en matière d'expropriation, on ne peut s'arrêter à la seule situation de droit et négliger la situation de fait. L'une et l'autre ont leur prix et doivent être prises en considération pour le calcul de l'indemnité. Ainsi l'exproprié a un droit incontestable à une indemnité pour perte de clientèle bien qu'il s'agisse là d'une pure question de fait et que nul n'ait de droit acquis à ses clients.

Préjudice simplement éventuel

Del Marmol (n° 373) enseigne qu'il ne faut pas tenir compte d'un préjudice éventuel alors que l'allocation d'une indemnité en ce cas pourrait avoir pour résultat d'enrichir indûment l'exproprié aux dépens de l'expropriant si l'éventualité ne

se réalise pas (Bruxelles 6 décembre 1859 — Pas. 1864 p. 39 — Cass. française 22 novembre 1937 — Revue de l'administration 1938—242 — voir dans le même sens C.S.J. Luxembourg 26 novembre 1915, Pas. luxbg t. IX, p. 487).

Picard défend un point de vue plus nuancé : « S'il s'agit d'un mal possible nonobstant l'expropriation, les tribunaux contraints d'allouer une indemnité complète devront peser les vraisemblances et allouer une indemnité équitable » (ibidem p. 114). D'après cet auteur il faudra indemniser une éventualité qui se présente avec une vraisemblance raisonnable et qu'on ne peut négliger en équité.

La solution de ces problèmes doit s'inspirer de la jurisprudence dans des domaines analogues, p. ex. réparation de la perte d'une chance.

SECTION IV

Pouvoir d'appréciation des tribunaux

Dans la détermination de l'indemnité les tribunaux ne sont liés par aucune règle absolue. Ils jouissent d'un grand pouvoir d'appréciation qu'aucune loi ne règlemente. La décision des juges du fond est souveraine et échappe à la censure de la Cour de Cassation (Cass. 7 février 1888 — Pas. p. 214 — Cass. 23 mars 1933 Pas. 1 à 167).

L'article 33 de la loi du 17 décembre 1859 énonce clairement le principe que le tribunal n'est pas lié par le rapport des experts qui ne vaut que comme simple renseignement. L'article 39 de la prédite loi consacre le principe de la libre appréciation. La question reste néanmoins ouverte de savoir si le tribunal peut fixer l'indemnité à un montant inférieur à la somme offerte par l'expropriant. Cette question sera examinée dans la Section V.

SECTION V

Les offres de l'expropriant

L'article 24 de la loi du 17 décembre 1859 sur l'expropriation prévoit que l'expropriant doit énoncer dans l'exploit la somme qu'il offre pour indemnité.

Par. 1 : L'expropriant peut-il modifier son offre en cours d'instance ?

Il semble a priori que rien ne doive s'opposer à ce que l'exproprié modifie ultérieurement l'offre aussi longtemps qu'elle n'aura pas été acceptée. Telle serait en tout cas la

solution si l'offre pouvait être considérée comme étant de droit commun. L'offre étant par définition unilatérale, elle peut toujours être rétractée si elle est à durée illimitée tant qu'on puisse accepter en matière d'expropriation la définition et le système de l'offre du droit commun.

En droit commun le jeu de l'offre et de l'acceptation suppose toujours et nécessairement la possibilité d'un refus de conclure. La liberté de négocier est cependant formellement exclue dans le domaine particulier de l'expropriation. L'expropriation est une dépossession. L'exproprié subit la privation de son bien. Il n'a aucun droit de discuter de quelque manière que ce soit l'opportunité de la cession de sa propriété. Il doit la céder, qu'il accepte ou refuse l'offre de l'expropriant. Le prix lui est finalement imposé. L'expropriation est régie par un droit propre qui n'est pas celui du droit contractuel. «L'expropriation est l'intervention extraordinaire de la puissance publique venant imposer à un citoyen au nom de l'intérêt général le sacrifice de la chose. »

Il paraît dès lors erroné de vouloir appliquer à l'offre de l'expropriant les règles qui régissent celle d'un particulier en droit commun. En équité et au regard du caractère préalable de l'indemnité, l'offre initiale de l'expropriant ne devra subir en cours d'instance aucune diminution ni aucune autre modification préjudiciable aux intérêts de l'exproprié. Cette offre devrait être considérée comme définitive, c'est-à-dire comme liant en tout hypothèse l'expropriant.

Tel ne semble pas l'avis de nos tribunaux. Dans une affaire jugée le 24 juin 1976 le tribunal civil de Luxembourg (affaire Reuter/Cegedel) énonce la thèse contraire dans les termes suivants : « Il n'est en effet prévu nulle part dans la loi de 1859 que, par dérogation au droit commun, l'expropriant serait définitivement lié par son offre, même après qu'elle n'a pas été acceptée par l'exproprié; qu'en effet l'article 24 se borne à prévoir l'offre à titre de formalité préalable; que l'article 26 spécifie qu'elle lie la partie poursuivante, si elle est acceptée par l'exproprié; que d'après l'article 39 l'offre joue enfin un rôle dans la répartition des frais au même titre que le montant des prétentions adverses; d'où il suit que l'expropriant peut parfaitement augmenter ou restreindre ou modifier ses offres en cours d'instance; que la seule conséquence de ces changements sera d'influer sur le partage des frais conformément à l'article 39. » (Dans le même sens Pas. Lux. t. 13, p. 348 — De Lalleau Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique,

éd. 1893 I n° 560 à 563, p. 412 et 415; Charpentier V. Expropriation pour cause d'utilité publique, n° 2081).

Dans l'arrêt Reuter / Cegedel du 2 février 1977 la Cour admet implicitement que l'expropriant peut modifier son offre en cours d'instance: « Attendu que l'indemnité ainsi allouée est à la fois supérieure à l'offre faite en dernier lieu par l'expropriant (7000 francs) et inférieure à la demande des expropriés (11 800 francs); que par application de l'article 39 de la loi du 17 décembre 1859 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. il y a lieu de faire masse des frais et dépens des deux instances et de les imposer pour moitié à l'expropriant et pour moitié aux expropriés. »

Par. 2 : Le tribunal peut-il allouer une somme moindre que celle offerte dans l'exploit introductif d'instance et maintenue par la suite ?

L'hypothèse s'est présentée où les experts judiciaires ont fixé la valeur de l'emprise en-dessous de celle offerte par l'expropriant dans l'assignation prévue à l'article 24 de la loi de 1859.

Le législateur ne s'est pas prononcé expressis verbis. Les travaux parlementaires n'apportent aucune lumière au débat. Notre loi est d'inspiration essentiellement française. Elle a été copiée en grande partie sur la loi française du 8 mars 1810. Or, cette loi, tout comme celle de 1833, passait sous silence les limites d'appréciation du juge quant à la fixation de l'indemnité. Ce n'est que par la loi du 3 mai 1841 article 39 que le problème fut solutionné en France dans des termes ne laissant place à aucune ambiguïté : « L'indemnité allouée par le jury ne peut pas être inférieure aux offres de l'administration ni supérieure à la demande de la partie intéressée. »

Cette disposition a été justifiée en ces termes par Dufaure (voir Peyronny et Delamarre, p. 459 : « Le principe non ultra petita est un principe de droit commun dont le jury, pas plus que toute autre juridiction, ne semblait pouvoir s'affranchir. Le contraire est cependant arrivé. De déplorables abus, qui auraient compromis l'institution du jury si elle avait pu être compromise, ont été signalés à l'attention publique : ils ont forcé d'écrire l'article 39. La mission du jury n'est pas de déterminer en termes absolus la valeur de l'immeuble exproprié, mais bien de dire qu'elle est, entre l'offre de l'administration et la prétention du propriétaire, la somme qui doit être allouée. S'il sort de ces limites, il répond à ce qu'on ne lui demande pas, il dénature sa mission. »

L'innovation de 1841 n'est donc à vrai dire pas une innovation. Le législateur français n'introduit aucun principe nouveau. Il se borne à confirmer de façon expresse la règle fondamentale du non ultra petita inscrite en filigrane dans la loi de 1810 mais ouvertement bafouée depuis par certaines juridictions.

En partant de cette analyse il est permis d'admettre que notre législateur n'a guère voulu autre chose. Le principe non ultra petita qui est à la base de notre loi n'est d'ailleurs qu'une application de l'article 480 alinéa 4 du code de procédure civile. Ce sont les conclusions des parties qui déterminent et circonscrivent les limites du litige, les parties au procès étant maîtresse de leurs droits. Il n'y a pas de texte qui déroge à ce principe fondamental du contentieux civil.

La loi française n'a jamais varié sur la question. Il est vrai que l'article 39 de la loi de 1841 ne fut plus reproduit dans le code de l'expropriation du 8 août 1935. Dans une note au Dalloz 1939. 2. 47, Marcel Waline écrit à ce propos : « L'Administration s'est empressée d'interpréter cette omission comme conférant à la commission arbitrale « une entière liberté d'appréciation » pour fixer le montant de l'indemnité même à un chiffre inférieur à celui des offres de l'Administration (Instr. interminis. 26/10/1936, D. P. 1937. 4. 45. V, spécialement p. 48, col. 1).

Des commentateurs du nouveau régime de l'expropriation, deux seulement ont adopté la thèse de l'Administration : MM. Baudry (L'expropriation pour cause d'utilité publique, t. I, n° 226) et Bonavita (L'indemnité d'expropriation, thèse, Paris, 1938, p. 103—104). Tous deux ajoutent d'ailleurs qu'« en fait l'indemnité sera toujours comprise entre les propositions de l'administration et la demande de l'intéressé », parce que le contraire serait, pour le premier de ces auteurs, « illogique », pour le second, « injuste ».

Les autres commentateurs, ou bien n'envisagent pas la question, ou bien estiment, contre les prétentions de l'Administration, que l'ancienne règle subsiste : Berthelemy et Rivero, Cinq anées de réformes administratives, 1938, p. 124 Boulade Périgois, Les nouvelles procédures d'expropriation, thèse, Poitiers 1937, p. 53; Chretien, Revue du droit public, 1937, p. 409—421; Rolland, Précis de droit administratif, 7e édiction, 1938, n° 604.

Le tribunal civil de la Seine vient cependant de consacrer, par le jugement ci-dessus, la thèse de l'administration. Cette solution est critiquable.

Or, toute décision de justice doit respecter la règle qui interdit aux juges d'« adjuger plus qu'il n'a été demandé » (naturellement cette règle doit s'interpréter non seulement comme défendant au juge d'accorder au demandeur plus qu'il ne demande, mais, d'une façon plus générale, comme l'obligeant à statuer dans les limites des prétentions respectives des parties. En d'autres termes, c'est, dans le cas de l'espèce, statuer ultra petita que de permettre à l'administration de payer une somme inférieure au chiffre qu'elle offre d'elle-même). Il s'agit là d'une règle fondamentale de procédure, puisque l'article 480 du code de procédure civile en fait une ouverture à requête civile, et que cette voie de recours n'est ouverte pour des irrégularités de procédure que si celles-ci sont tout particulièrement graves. D'ailleurs, le Conseil d'Etat, de son côté, n'hésite pas à déclarer, le cas échéant, que cette règle est de celles qui s'imposent, même sans texte exprès, à toutes les juridictions, même administratives (v. Rép. prat. v. Conseil de préfecture n° 697 et suivants, 710).

Il serait vraiment étrange que, de toutes les juridictions, seule la commission arbitrale d'évaluation soit dispensée d'observer une règle aussi élémentaire.

Reste à savoir comment cette règle est sanctionnée. Car le décret-loi de 1935 ne prévoit, contre les jugements statuant sur appel de ces commissions, que le pourvoi en cassation, et ne mentionne pas la requête civile. Deux solutions sont concevables : admettre que cette dernière voie de recours est tellement importante qu'elle existe contre « les jugements contradictoires rendus en dernier ressort par les tribunaux de première instance et d'appel », en vertu du seul article 480 du code de procédure civile, et qu'il importe peu que le décret-loi de 1935 n'ait pas rappelé l'existence de cette voie de recours; ou bien, et c'est la solution qui semble préférable, admettre que la violation de la règle ultra petita est l'un des cas de cet excès de pouvoir qui peut, aux termes du dernier alinéa de l'art. 39 du décret-loi du 8 août 1935, motiver un pourvoi en cassation. C'était l'ancienne jurisprudence de la Cour de Cassation sous le régime de la loi de 1841 (civil 15/7/1844, Jur. Gén., cit., n° 652; ibidem, n° 644). Il n'y a aucune raison de ne pas reprendre cette jurisprudence. »

Le décret du 20 novembre 1959 réaffirme dans son article 40 le principe dans les termes suivants : L'indemnité allouée par le jury ne peut pas être inférieure aux offres de l'administration ni supérieure à la demande de la partie intéressée » (voir Expropriation et Evaluation des biens, par J. Ferbos, p. 197).

Il est permis de conclure des développements qui précèdent que le tribunal ne peut pas allouer une indemnité inférieure à celle offerte par l'expropriant. En le faisant il statuerait ultra petita.

CHAPITRE II

L'INDEMNISATION DANS LE TEMPS

Nous abordons ici une problématique qui depuis toujours a préoccupé nos Cour et Tribunaux, Le législateur a eu à se prononcer sur la question au cours des dix années passées et notamment lors du vote sur les lois relatives au Fonds d'Urbanisation du Kirchberg et à la construction d'une grande voirie. Nous allons d'abord examiner les principes qui sont à la base de la loi du 17 décembre 1859. Des commentaires spéciaux seront réservés aux lois du 7 août 1961, 16 août 1967 et 28 août 1968.

SECTION I

De l'époque à considérer pour la fixation de l'indemnité

L'indemnité revenant à l'exproprié doit être calculée en comprenant tous les dommages qui résultent de l'expropriation à partir de l'annonce du projet jusqu'au jour où il est pleinement accompli, en y englobant les dommages futurs (Picard, ibidem, page 116 — Novelles, ibidem n° 470 et ss).

De ce principe se dégagent 5 règles importantes.

Par. 1 : L'indemnité doit embrasser tous les dommages qui dérivent de l'expropriation depuis le moment où surgit le projet de l'exécuter jusqu'à celui où ce projet sera entièrement accompli

Le tribunal civil de Luxembourg a fait une application intéressante de ces principes dans un jugement rendu le 12 février 1969 (Ville d'Esch c/ S.).

En l'espèce l'expropriante avait annoncé à l'exproprié ses projets d'expropriation 11 ans avant d'engager la procédure judiciaire. L'exproprié demandait une indemnité pour perte de loyer de 180 000 francs soutenant qu'eu égard au fait que

les projets d'expropriation lui avaient été annoncés le 4 avril 1956, il aurait été difficile de trouver des locataires sérieux.

Le tribunal a répondu sur deux points. D'abord, le préjudice pouvant résulter de la nouvelle d'un projet d'expropriation et de la précarité de la situation en résultant : « Attendu qu'en principe une indemnité d'expropriation, pour être juste, doit être complète et embrasser tous les dommages qui dérivent de l'expropriation depuis le moment où surgit le projet de l'exécuter jusqu'à celui où ce projet sera entièrement accompli; qu'en outre, il est admis que la réparation du dommage subi par l'exproprié doit en principe être appréciée avec libéralité par les tribunaux et que les principes du droit commun, notamment les règles des articles 1149 et suivants du code civil distinguant les dommages prévus et imprévus, directs et indirects, sont étrangers à la matière de l'expropriation; qu'enfin, la perte de loyer subie par le fait que les locataires quittent les lieux pour éviter d'être expulsés et du fait des difficultés de relocation sous la menace de l'imminence de l'expropriation est en principe à considérer comme un dommage indemnisable dû au fait de l'expropriation. »

Le tribunal a ensuite abordé le point fort délicat de la responsabilité de l'administration qui aurait trop tardé à réaliser ses projets ou de les avoir annoncés trop tôt. Il est évident qu'il s'agit d'une question d'opportunité qui échappe à l'appréciation des tribunaux judiciaires. Le tribunal a répondu à cet argument de la façon suivante en se plaçant non pas sur le terrain de la responsabilité mais sur celui des principes de la fixation du dommage : « Attendu que le moyen tiré de la prétendue critique illégale des activités de l'administration est à écarter comme mal fondé en fait; qu'en effet, par la prise en considération du temps plus ou moins long qui s'est écoulé entre la première annonce des projets de l'expropriation et leur réalisation définitive ainsi que la conséquence en tirée quant à la fixation d'une indemnité réclamée en raison de la perte d'une prestation périodique, cette indemnité devenant évidemment d'autant plus grande que le temps pendant lequel elle est due devient plus long, n'est que la constatation d'un état de fait et de ses conséquences, que cette simple constatation qui ne contient aucune critique de l'activité de l'administration rentre parfaitement dans la compétence du tribunal. »

Par. 2 : Trois facteurs de temps sont à distinguer :

a) Faits antérieurs au jugement d'expropriation :

L'imminence de l'expropriation peut rendre le bien indisponible — chasser les locataires — éloigner la clientèle, etc.

Les torts que la crainte d'une expropriation peut susciter devront entrer en ligne de compte dès qu'on pourra raisonnablement la rattacher à l'expropriation. Un pareil lien pourra être considéré comme suffisamment établi dès que le projet de travaux se manifestera dans des conditions assez sérieuses pour faire impression sur le marché (Picard ibid. p. 118).

b) Préjudice résultant du jugement d'expropriation :

C'est l'époque où les dommages les plus importants se produisent. Ils consistent dans l'anéantissement de tous les droits qui existent sur le bien exproprié et des désavantages qui découlent des dépenses occasionnées.

c) Faits postérieurs au jugement d'expropriation :

Cette période s'étend souvent sur de longues années — reconstruction de la clientèle — dépréciation de la portion restante, etc.

Ici se pose la question de savoir quelle durée est à prendre en considération.

Par. 3 : Seule une dépréciation définitive peut être prise en considération

Chacun des préjudices qui se produiront pendant la période générale que nous venons d'indiquer et à chacune des trois époques dans lesquelles elle se décompose, doit être évalué sans tenir compte des dépréciations passagères.

Il est évident qu'une dépréciation définitive ou durable doit entrer en ligne de compte.

Les auteurs s'accordent à dire qu'on ne peut refuser à l'exproprié le bénéfice de hausses passagères pour la raison que l'exproprié aurait pu profiter de ces circonstances pour réaliser avantageusement son bien (Novelles, ibid. 477). Ce sera cependant une question de fait à résoudre selon les circonstances.

Par. 4 : Le préjudice s'apprécie au jour du jugement

Chaque dommage doit être expertisé à sa valeur au jour où il se produit, ce qui entraîne comme corollaire que toutes les augmentations de valeur qui se sont produites auparavant et qui existent encore au moment du fait préjudiciable sont acquises à l'exproprié et doivent être prises en considération sauf celles à resulter de l'entreprise même des travaux (Civil Lu-

xembourg, Fonds d'urbanisation/B. 3. 7. 1963), telles les plus-values purement spéculatives provoquées par les rumeurs quant aux futurs travaux.

S'il s'agit d'évaluer le préjudice résultant de la perte de la propriété, le jour où se produit le dommage est celui du jugement statuant sur l'accomplissement des formalités. Ni la date de l'assignation ni celle de l'arrêté d'expropriation ne peuvent être prises en considération (Cass. 18/3/1926 Pand. période. nº 100 — Cass. 17/3/1927 Pas. I 179 — Civil Luxembourg 23/12/1964 Fonds / K. — C.S.J. Luxembourg 10/6/1964 Fonds / B. — C.S.J. 5/11/1970 Fonds / L.)

Ce principe consacré par la doctrine et la jurisprudence devait subir une première atteinte dans la législation luxembourgeoise lors du vote sur la loi relative à la création du fonds d'urbanisation du Plateau de Kirchberg. L'article 12 alinéa b) du projet de loi modifiant la loi du 7 août 1961 relative à la création d'un fonds d'urbanisation et d'aménagement du Plateau de Kirchberg prévoyait que l'indemnité serait fixée en se fondant sur la valeur de l'emprise du 5 juillet 1961.

Le Conseil d'Etat désapprouva fermement cette innovation. Le Conseil d'Etat écrivit dans son avis : « Il serait exorbitant de fixer dans la loi la date même à laquelle il faudra se placer pour estimer la valeur du bien formant l'objet de l'expropriation. D'après une jurispridence constante, c'est à la date du jugement déclarant les formalités d'expropriation accomplies qu'il faut apprécier la valeur de l'emprise, car c'est ce jugement qui opère le transfert de propriété du bien qui réalise le dommage causé à l'exproprié. La date retenue par l'article 12 alinéa 2 du projet de loi est celle à laquelle le projet en question a été déposé à la Chambre des Députés. Il ne faut pas perdre de vue cependant que depuis cette date jusqu'au jour du jugement déclarant les formalités accomplies, un laps de temps souvent considérable s'est écoulé et que, pour garantir aux intéressés l'indemnisation juste exigée par la Constitution, il faudra tenir compte de l'évolution intervenue entretemps sur le marché immobilier en général et notamment dans les régions périphériques de la capitale. Dès lors le Conseil d'Etat se prononce contre la proposition d'inscrire dans la loi une date fixe à laquelle aura lieu l'évaluation des biens. » (Compte-rendu des séances de la Chambre des Députés — session ordinaire de 1967—68, 2e vol. t. II, annexes, p. 1609).

Dans son avis du 6 mai 1968 la Commission des Bâtiments, de l'Urbanisation et des Travaux Publics s'opposait à son

tour à ce qu'il soit dérogé au principe qui veut que c'est à la date du jugement déclarant les formalités d'expropriation accomplies qu'il faut apprécier la valeur de l'emprise (Travaux parlementaires, ibidem, p. 162).

Le législateur a finalement renoncé à retenir le texte incriminé, encore qu'en l'espèce d'excellents arguments militaient pour une solution contraire du fait qu'il s'agissait moins de la réalisation de projets concrets de travaux publics que de l'acquisition et de l'urbanisation d'une vaste zone de terrains dont une grande partie devait être rétrocédée aux particuliers. Le fait que le projet de 1968 ait eu pour objet de modifier la loi de 1961 et qu'elle ait eu de ce fait un effet rétroactif, explique qu'elle se soit heurtée à une opposition si déterminée.

Si finalement la loi du 28 août 1968 n'a pas mis en cause un principe depuis longue date affirmé tant par la doctrine que par la jurisprudence, il n'en reste pas moins que celle du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communications et d'un fonds de routes, fait une entorse au principe sans qu'il y ait eu contestation voire discussion. L'article 11 de la dite loi stipule que le calcul de l'indemnité la valeur des biens à exproprier doit être prise en considération au moment de l'expiration du délai d'un mois prévu par l'article 10 (Dépôt de l'arrêté et du plan parcellaire). L'article 11 prévoit il est vrai dans son alinéa final un tempérament à la règle : « Le moment de cette prise en considération ne peut cependant précéder de plus de trois ans le jour de la requête en expropriation. »

Les Travaux Parlementaires de la loi du 16 août 1967 sont singulièrement muets sur ces innovations importantes. Il est permis d'en déduire que la solution n'a pas heurté les convictions et que le législateur a voulu exclure au moins les plus-values purement spéculatives engendrées par la nouvelle du projet de route. Nous retrouvons la consécration de ce principe dans le paragraphe suivant

Par. 5 : L'influence des travaux d'expropriation sur l'évaluation de l'indemnité des parcelles à emprendre

a) Le problème de la plus-value, suite aux travaux d'expropriation

L'exproprié n'a jamais droit à la plus-value résultant des travaux en vue desquels l'expropriation est poursuivie. Cette règle est fondée en équité et en droit. L'exproprié ne peut demander réparation d'un prétendu rattachement à un état de choses que

l'expropriation n'atteint point puisqu'il ne se produira qu'après l'expropriation accomplie (Picard, ibidem, t. I, p. 132).

La jurisprudence a fait de nombreuses applications de ce principe (voir Novelles, ibidem, n° 483, Cour Luxembourg. 5/11/1970 G/Fonds d'Urbanisation — Cour Supérieure de Justice Luxembourg 10/6/1964 B/Fonds d'Urbanisation).

Le principe a été mis pour la première fois en exergue par le législateur lors des travaux parlementaires qui ont abouti à la loi du 28 août 1968 sur la création d'un fonds d'urbanisation et d'aménagement du plateau de Kirchberg.

Nous lisons à la page 1599 des travaux parlementaires (session ordinaire 1967—68, 2e vol. annexes) : « Une question fondamentale qui reste à trancher est celle relative à l'incidence de l'évolution des travaux sur la détermination de l'indemnité d'expropriation. La réalisation au plateau de Kirchberg de certains projets fixés à l'article 1er de la loi du 7 août 1961 ne manquera certainement pas d'inciter les intéressés à demander une augmentation massive de l'indemnité d'expropriation. Tant la doctrine que la jurisprudence ont toujours consacré en matière d'expropriation le principe que l'exproprié ne peut avoir droit à la plus-value pouvant découler des travaux en vue desquels l'expropriation est poursuivie, alors qu'en général ces plus-values ne se produiront qu'après l'expropriation accomplie et résulteront de dépenses faites au moyen de deniers publics. Il en doit être certainement de même en cas de combinaison de plusieurs projets comme ceux visés par la loi de 1961, à savoir la construction du pont Grande-Duchesse Charlotte combinée avec l'urbanisation et l'aménagement du plateau de Kirchberg d'une vaste superficie de plus de 300 ha, avec revente de l'excédent des terrains de l'emprise, pour récupérer le coût des travaux à exécuter, sur la plus-value des terrains qui devra en résulter. » (Notre Cour d'appel, dans un arrêt du 10/6/1964, affaire B / Fonds d'Urbanisation). Par cet arrêt la Cour a reconnu le principe dans une affaire d'expropriation poursuivie par le Fonds d'Urbanisation que l'exproprié ne pourra profiter de la plus-value que les immeubles ont pu acquérir par les travaux en vue desquels l'expropriation a été poursuivie. Afin d'éviter toute contestation ultérieur à ce sujet le projet de loi consacre expressément, dans ses articles 12 alinéa 2 et 20, le principe susvisé, d'ores et déjà admis par une partie de la jurisprudence luxembourgeoise, suivant lequel les travaux exécutés ou projetés par l'Etat en rapport avec l'urbanisation du plateau de Kirchberg, en vertu de la loi du

7 août 1961, ne peuvent en aucun cas être pris en considération pour l'évaluation des terrains à acquérir. »

Dans son avis le Conseil d'Etat (ibidem, p. 1609) s'est exprimé dans le même sens : « Le Conseil d'Etat est d'accord à admettre que les travaux exécutés ou projetés par l'Etat ne peuvent en aucun cas être pris en considération pour l'évaluation des terrains à exproprier. Cette observation vaut également pour les travaux déjà exécutés au moment du jugement déclarant les formalités accomplies, parce que ces travaux ne constituent que la mise en œuvre d'un plan général qui entraîne la plus-value dont les expropriés ne peuvent pas bénéficier. Le Conseil d'Etat ne voit pas non plus d'inconvénient à ce que ce principe, admis tant par la doctrine que par la jurisprudence, soit inscrit dans le texte même de la loi. Le législateur français a d'ailleurs procédé d'une façon analogue en insérant dans la loi du 1er juillet 1965 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique une disposition excluant formellement l'incidence des opérations administratives sur la valeur du bien. »

La loi du 28 août 1968 sur le fonds d'urbanisation du plateau de Kirchberg, dispose dans son article 18 b) : « L'indemnité ne tiendra pas compte de la plus-value pouvant découler des travaux entrepris en vue de l'urbanisation et de l'aménagement du plateau de Kirchberg et notamment de la construction du pont Grande-Duchesse Charlotte ainsi que des travaux en vue desquels l'expropriation est poursuivie. »

Si la règle n'a été consacrée jusqu'à ce jour par le législateur que pour certaines expropriations déterminées, elle n'est pas moins générale et découle des principes généraux du droit. L'enrichissement sans cause au profit des finances publiques est aussi une entorse au principe de l'égalité des citoyens. Son application ne va cependant pas sans soulever des difficultés en pratique. Que faut-il décider si au moment du jugement déclaratif, le bien a déjà bénéficié d'une plus-value par suite de l'espoir des travaux projetés ?

La jurisprudence est divisée. D'après une certaine jurisprudence aucun des actes et indices de la procédure administrative, à commencer par le dressement du plan, ne peut entrer en ligne de compte pour la fixation de l'indemnité (Bruxelles, 18/11/1904, Pand. pér. n° 1436 — Liège 12/6/1931 J. P. 1936, coll. 196 — Bruxelles 26/7/1897 J. T. 1898, p. 282 — Anvers 28/12/1907, Belgique judiciaire 1908, p. 387 et ss.)

A l'opposé une jurisprudence bien assise donne des solutions contraires et veut qu'on ait égard à tous les faits, projets et déclarations officielles antérieurs aux causes de l'expropriation, qui ont pu exercer une influence sur la valeur d'avenir des immeubles à exproprier (tribunal Bruxelles 14/7/1900, Pand. pér. 1900 n° 481; Hilbert « De l'expropriation », p. 269; Ansbach & Delvaux « De l'expropriation », p. 35, n° 29).

La jurisprudence luxembourgeoise est en ce sens. Dans son arrêt du 10 juin 1964 rendu dans une affaire Fonds d'Urbanisation / B. la Cour d'appel de Luxembourg précise : « Qu'il est permis de tenir compte, dans l'évaluation des terrains de l'emprise, de certains éléments de faits antérieurs à l'expropriation tels que rumeurs publiques, concours, projets communiqués au public, qui profitent non seulement au bien à exproprier mais dans le cas surtout de projets de travaux de grande envergure, à tout le marché immobilier de l'endroit et des alentours; qu'il serait peu équitable de ne pas en faire bénéficier également le futur exproprié; qu'il est à peine besoin de relever que par de pareils faits le marché immobilier de l'endroit et des alentours s'est trouvé fortement influencé à une époque où l'urbanisation du plateau... n'était pas encore envisagée ou du moins pas encore connue du public...; qu'il était loisible alors à B. de réaliser la plus-value éventuelle entrée dans son patrimoine et que cette éventuelle plus-value doit lui profiter aussi lors de l'évaluation des biens de l'emprise au jour du transfert de propriété. »

Le principe a été affirmé avec les mêmes réserves et restrictions dans deux arrêts rendus par la Cour d'appel de Luxembourg en date du 18 janvier 1966, Fonds d'urbanisation / Z., et du 5 novembre 1970, Fonds d'urbanisation / D.

L'embarras de la jurisprudence devant ce problème devient apparent lorsqu'elle affirme que s'il est permis en principe de tenir compte dans le calcul de l'indemnité de certains éléments de fait antérieurs à l'expropriation, on ne peut cependant allouer de ce chef une indemnité spéciale de plus-value (Novelles, ibidem, n° 485).

C'est contre cette jurisprudence que le projet de 1968 se proposait de réagir. Cette tentative était vouée d'avance à l'échec et l'on peut s'étonner que les juristes de l'administration n'aient pas hésité à proposer une loi qui aurait soit eu un effet rétroactif soit eu pour effet de faire deux catégories de bénéficiaires. Malgré cette maladresse évidente la réaction fondée sur les considérations d'équité et d'économie devait se pro-

duire : augmenter l'indemnité à charge des deniers publics parce que la spéculation avait escompé les avantages que les travaux payés par ces deniers allaient produire, pareille solution paraissait aller trop loin.

Si après un premier arrêté d'utilité publique l'administration élargit le cercle des emprises, les propriétaires des parcelles englobées dans le plan nouveau profiteront de l'augmentation de valeur que leur bien avait acquise par la promulgation du premier arrêté.

Cette hypothèse appelle les observations suivantes :

1. L'expropriant ne peut étendre ses limites au-delà de celles fixées au plan annexé à l'arrêté d'expropriation. Or, il se peut que dans ces limites l'expropriant procède par étapes et qu'après une première partielle il veut continuer la procédure pour ce qui reste à entreprendre.
   Dans ce cas, le nouvel exproprié n'a évidemment pas droit à la plus-value résultant des travaux exécutés au début (Cassation 2/2/1882, Pas. belge 1882, p. 42).
   Le législateur luxembourgeois a pris soin d'écarter toute discussion sur cette question dans l'article 21 de la loi du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communication et d'un fonds des routes. L'article 21 est clair et net : « Les expropriations décrétées successivement sont, pour l'appréciation de la valeur des biens expropriés, considérées comme formant un tout. » C'est la copie conforme de l'article 2 de la loi belge du 27 juillet 1962 (voir J. T. 1962, p. 578, étude Belva).
2. Un nouvel arrêté d'utilité publique intervient pour décréter l'expropriation de terrains non compris dans le premier plan. Les immeubles touchés par l'expropriation nouvelle seront estimés à leur valeur vénale au moment de l'expropriation en tenant compte de la plus-value résultant des premiers travaux exécutés mais non évidemment de celle qui pourrait résulter de l'exécution des travaux projetés pour laquelle l'expropriation est poursuivie (Bruxelles 4/12/1891, Bilgique judiciaire 1892 p. 69 — Bruxelles 23/12/1868, Pas. 1869, p. 55 — Novelles ibidem n° 489).
   Pour être conforme à la jurisprudence la solution n'en est pas moins choquante et peut conduire à des conséquences difficilement compréhensibles. La solution peut d'ailleurs avoir des conséquences graves pour l'expropriant qui a engagé l'expropriation sur base d'une procédure administra-

tive viciée. Picard écrit dans son traité sur l'indemnisation en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique à la page 136 : « Le principe que l'exproprié a droit à la plus-value résultant de l'arrêté déclaratif d'utilité chaque fois que son bien n'était pas compris dans l'arrêté primitif donne une grande importance à la question de savoir si, à l'égard d'une propriété particulière, les formalités prescrites par la loi pour l'englober dans l'expropriation, ont été accomplies. Si en effet l'intéressé parvient à établir que ces formalités sont nulles en ce qui concerne en raison de quelque vice ou omission, l'autorité expropriante est mise dans la nécessité de prendre un arrêté complémentaire. Les biens compris dans cet arrêté nouveau participent à toute la plus-value que le décrètement des travaux originaires a amenée et peut y avoir de ce chef une majoration notable. »

C'est une raison suffisante pour l'exproprié de résister à l'expropriation et de faire examiner la régularité de la procédure.

b) Moins value suite au projets d'expropriation

La moins-value pouvant résulter des travaux d'expropriation peut-elle être prise en considération ?

Le problème s'est posé devant les tribunaux luxembourgeois dans les termes suivants : Par le fait de projets de construction et d'urbanisation du plateau de Kirchberg, suivis de la menace d'expropriation, le marché immobilier du Kirchberg s'est trouvé figé pendant plusieurs années et les terrains n'ont pu bénéficier de l'avantage de l'urbanisation progressive de la périphérie de la ville.

La Cour d'appel de Luxembourg, dans un arrêt rendu le 18 janvier 1966, Fonds / Z., estime que ce fait doit être pris en considération pour le calcul de l'indemnité : « Attendu que dans l'évaluation des terrains compris dans l'emprise il y a lieu de tenir compte du fait que le marché immobilier au Kirchberg est resté figé pendant des années, longtemps avant le mois de janvier 1963, époque fixée pour l'estimation de ses parcelles... par le fait de l'administration, c'est-à-dire de ses projets de construction et d'urbanisation suivis de la menace d'expropriation, donc par un fait du prince; il faut admettre que par défaut de ce blocage du marché, les causes qui ont produit une forte ascension du prix dans les zones périphériques et limitrophes de la capitale auraient agi dans le sens d'une hausse comparable des prix des terrains d'attente situés aux

alentours de la ville. Ce facteur doit intervenir dans l'évaluation des terrains de l'emprise à titre correctif des indemnités calculées sur la base des éléments de comparaison situés sur le plateau de Kirchberg (ibid. Civil Luxembourg 3/7/1963, Fonds / B., confirmé par arrêt C. S. J. 10/6/1964 — Bruxelles 3/6/1950 J. T. p. 508 — C. S. J. Luxembourg 5/11/1970 Fonds / L.)

Cette solution est conforme aux principes généraux. Elle pose d'épineux problèmes d'évaluation.

SECTION II

Fluctuations monétaires

Le tribunal doit-il dans la fixation des dommages-intérêts, tenir compte de la dépréciation de la monnaie entre le jour du dommage réalisé et celui de la fixation de l'indemnité ?

La jurisprudence est divisée.

Le tribunal civil de Luxembourg répond par la négative dans un jugement du 3 juillet 1963 (Fonds / B.) : « Attendu que le fait de majorer l'indemnité d'un certain pourcentage sous prétexte d'une diminution du pouvoir d'achat, aboutirait à allouer à l'exproprié une indemnité supérieure à la valeur qu'avait le bien empris le jour de l'expropriation, soit en substituant à la notion de cette valeur celle du coût de remploi à la date du jugement statuant sur l'indemnité, soit en attribuant à la monnaie une valeur autre que sa valeur légale, laquelle n'a pas été modifiée au moment du jugement déclaratif. »

En Belgique, par plusieurs arrêts, la Cour de Cassation refuse pour les mêmes motifs la majoration des indemnités (Cass. 18/3/1926 Pand. pér. n° 100 — 27/5/1926 Pand. pér. 1927 n° 33 et 34).

Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Luxembourg en date du 18 janvier 1966 (Fonds / Z.) se prononce en sens contraire et décide que dans la fixation des indemnités il y a lieu de prendre en considération la dépréciation monétaire intervenue depuis la vente des éléments de comparaison jusqu'à l'époque de l'estimation. La Cour Supérieure de Justice est revenue fin 1970 sur sa jurisprudence. Dans un arrêt du 5 novembre 1970 (Fonds / D.) elle s'exprime comme suit : « Attendu qu'aux termes de l'article 1895 du code civil, l'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que la somme numérique énoncée au contrat et que s'il y a eu une augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit

rendre la somme numérique prêtée et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement; suit que tant que la valeur légale de la monnaie n'a pas changé, sa valeur nominale doit seule être prise en considération, quelles que soient les fluctuations qu'elle a pu subir en fait comme marchandise sur le marché des changes ».

Cette jurisprudence ne peut pas être approuvée. Il est peu logique de postuler à la fois que l'indemnité est à fixer au jour du jugement alors que la somme à régler le sera en monnaie du jour c'est-à-dire en valeur dépréciée. Nos Cour et tribunaux ont de longue date adopté un critère de loin plus équitable dans l'indemnisation des accidents ayant entraîné un préjudice corporel. Ici le préjudice s'apprécie au jour du jugement en tenant compte de la dépréciation monétaire. Il n'y a aucune raison pour appliquer une règle différente s'il y va de l'expropriation, ce d'autant moins que dans cette hypothèse il s'agit aussi d'indemniser un dommage. Il est renvoyé dans ce contexte aux décisions récentes de notre Cour qui dans le droit commun de l'indemnisation ont statué que « le juge doit tenir compte dans l'évaluation des dommages et intérêts des variations de la monnaie et de la hausse des prix ou des salaires entraînant une augmentation du préjudice et partant évaluer le dommage subi par la victime au jour du jugement, en lui allouant le montant nécessaire à la réparation intégrale du préjudice subi à cette date (C. S. J. Luxembourg, corr. 7/5/1971 K. — EVI / G. — C. S. I. Luxembourg, corr. 3/5/1974 F. / B. et R. C. S.J. Luxembourg, corr. 25/2/1972, M, S. et W.)

Il nous paraît par ailleurs qu'il n'est pas nécessaire de soulever la question de la dépréciation de la monnaie. Il s'agit uniquement de l'évolution du marché immobilier dans le temps sans qu'il soit nécessaire ni possible d'en dégager les causes objectives ou subjectives.

* *

CHAPITRE III

DES INDEMNITES DUES POUR LA PERTE DE LA PROPRIETE

Le présent chapitre comprend la recherche et l'analyse des éléments divers qui constituent la chose expropriée et l'exposé des procédés à employer pour arriver à fixer de la manière la plus exacte le chiffre de l'indemnité qui résulte de la combinaison de ces éléments.

La valeur d'un bien se compose de plusieurs éléments

La *valeur vénale* d'un bien exproprié comprend de toute évidence deux éléments : la valeur actuelle et la valeur d'avenir.

Le second élément est constitué par la *valeur de convenance.*

Cette valeur représente les avantages particuliers que le bien représente pour son propriétaire sur le plan matériel ou moral.

SECTION I

La valeur vénale

La valeur vénale est la valeur en cas de vente, la valeur marchande, celle que l'on obtiendrait en cas d'adjudication faite dans des conditions normales. C'est la valeur réalisable au marché immobilier de l'endroit à une époque déterminée et qui se décompose en valeur intrinsèque actuelle et en valeur d'avenir dont le commun des acheteurs tient compte (Cour Luxembourg Fonds / Z. 18/1/1966).

Par. 1 : La valeur actuelle

La valeur actuelle est le premier élément de la valeur vénale. Elle comprend tout ce qui dépend de circonstances ou d'événements complètement acquis ou réalisés.

Pour déterminer cette valeur il faudra tenir compte d'une infinité d'aspects dont il serait téméraire d'entreprendre l'énumération. Citons les principales : sa nature, sa qualité, sa fertilité, son exposition, ses facilités d'accès, le voisinage d'une agglomération, d'une station, etc.

1. *Valeur actuelle du sol :*

a) Terrains à bâtir :

La plus-value attribuée à un terrain envisagé comme terrain à bâtir provient uniquement de sa situation à front de rue, le long d'une grande route ou à proximité d'une agglomération et elle est fonction de cette situation (voir arrêt Cour Luxembourg, Fonds / M. 23/5/1966).

Le fait qu'un terrain est exploité comme terrain arable au jour de l'estimation ne modifie en rien sa nature. Ce terrain doit être considéré comme terrain à bâtir à l'état brut si la situation est telle qu'il pourra obtenir pareille destination (Cour d'appel Luxembourg, 23/3/1966 — Fonds / M.). On distingue généralement différents stades de maturation suivant que l'affectation et la réalisation sont plus ou moins proches.

b) Jardins :

Pour l'évaluation d'un jardin il y a lieu de prendre en considération quatre éléments :

— Un jardin peut servir uniquement à l'agrément et à la salubrité d'une habitation.
— Le même jardin peut, grâce à sa situation spéciale, être aisément transformé en terrain à bâtir.
— La valeur du jardin est liée à la valeur de la maison dont il dépend. C'est un principe essentiel qu'en cas d'expropriation, il faut tenir compte de la plus-value résultant de l'harmonie de l'ensemble (voir Novelles, ibidem, n° 520).
— Le jardin a sa valeur intrinsèque : sol, arbres, plantes etc, en tant que capital au sens économique des revenus qu'il produit.

Comme cas d'application en jurisprudence luxembourgeoise : Civil Luxembourg, Ville d'Esch / K. — Civil Luxembourg, Ville d'Esch / T., 3/4/1968.

c) Terrains industriels et commerciaux :

Le caractère industriel et commercial d'un terrain résulte de sa situation permettant de l'employer aux usages de l'industrie et de son voisinage avec d'autres terrains qui sont industriels. Il s'agit de cas d'espèce à apprécier individuellement. Ce qui compte, ce n'est pas la destination du terrain au moment de l'expropriation, mais celle que le propriétaire aurait pu raisonnablement lui donner (Picard t. 1. 224). Selon les cas sa valeur s'en trouve augmentée ou diminuée.

d) Terrains renfermant des richesses naturelles :

Les terrains dont le sous-sol renferme des gisements ignorés et qui n'ont pas été exploités avant que l'expropriation n'ait été annocée, ne peuvent être évalués comme terrains susceptibles dans l'avenir d'affectation industrielle (Novelles n° 526).

2. *Valeur des accessoires du sol :*

a) Les constructions :

Pour évaluer la valeur d'une construction il ne suffit pas de prendre en considération la qualité des matériaux, la solidité, le nombre d'étages, la vétusté, encore faut-il tenir compte de l'aménagement intérieur du bâtiment : installations accessoires, chauffage central, etc. (Civil Luxembourg, Ville d'Esch / D., 29/4/1968).

Prise en considération des baux :

Pour évaluer exactement un immeuble il faut tenir compte à titre de plus-ou de moins-value de l'existence éventuelle de baux avantageux ou désavantageux pour le propriétaire.

Concession priviligiée de cabaretage :

Il a été soutenu que par l'effet de la loi du 19 mai 1962 ayant pour objet de compléter et de modifier certaines dispositions de la loi du 12 août 1927 concernant le régime des cabarets, la valeur des concessions privilégiées aurait augmenté en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. Le tribunal civil de Luxembourg a écarté ce soutènement dans une affaire Ville d'Esch / D. du 29/4/1968.

b) Accessoires du sol autres que les constructions :

Les accessoires des fonds de terre tels que récoltes arbres, haies et clôtures doivent être taxés, car la valeur s'ajoute à celle du sol proprement dit.

Ce principe a été consacré par le tribunal civil de Luxembourg dans une affaire Ville d'Esch / M. et K. du 25/3/1968 dans les termes suivants : « Attendu qu'en principe les expropriés ont droit à une indemnité spéciale du chef d'abattage d'arbres et de plantations, lesquels sont incorporés au sol et en font partie par accession » (voir dans le même sens Civil Luxembourg 23/10/1967, Etat / M.).

Clôtures :

Les clôtures des terrains empris sont à prendre en considération si elles ont une valeur intrinsèque. Cette valeur ne comprend pas seulement celle des matérieux, mais aussi celle résultant de la destination de la clôture (voir Civil Luxembourg Ville d'Esch / D., 29/4/1968).

Par. 2 : La valeur d'avenir

Cette valeur peut être définie comme la plus-value résultant pour un bien d'événements futurs dont la réalisation se présente avec assez de probabilité pour que le marché immobilier en tienne compte (Arrêt Cour de Luxembourg du 10/6/1964, Fonds / B.).

Il est de principe que la valeur d'avenir par le fait même qu'elle est problématique et table sur de pures prévisions ne peut être prise en considération qu'à titre exceptionnel (Civil Luxembourg 23/10/1967, Etat / M.).

La valeur d'avenir doit avoir pour base des données certaines; pour qu'elle soit prise en considération, il faut que les supputations ne soient pas trop problématiques. Chaque cas doit être apprécié séparément. (Novelles Expropriation pour cause d'utilité publique. n° 542).

Applications en jurisprudence luxembourgeoise :

Chances de revalorisation d'un terrain agricole :

Pour calculer la valeur d'avenir d'un terrain, il faut prendre en considération de simples chances de revalorisation. Ainsi, la présence dans le voisinage d'installations industrielles et d'un centre d'aiguillage ferroviaire, bien que ne transformant pas la destination naturelle d'un terrain, est cependant de nature à lui conférer dans l'avenir une valeur plus élevée.

Il faut donc prendre en considération ces circonstances. Jugé que la construction récente à proximité immédiate du centre d'aiguillage ferroviaire et au voisinage éloigné des installations industielles du port de Mertert, sont à considérer comme causes exceptionnelles pouvant le cas échéant revaloriser les terrains agricoles de leurs environs; que la prise en considération de simples chances de revalorisation est justifiée par le fait que ces simples chances sont la conséquence d'une situation exceptionnelle provenant de la canalisation de la Moselle et de ses suites (Civil Luxembourg 23/10/1967, Etat / M.).

Pour apprécier équitablement la valeur d'avenir il faut cependant tenir compte de l'absence de projets précis ayant pour but un changement du terrain. Jugé que l'absence de tels projets précis a pour conséquence de reculer la réalisation des chances d'amélioration certaines dans un avenir peu rapproché, de telles sorte que la valeur d'avenir en résultant ne saurait intervenir que pour une part réduite dans la détermination de la valeur vénale actuelle (même décision).

Terrains d'attente :

Lorsque des terrains agricoles peuvent recevoir dans un avenir plus ou moins éloigné une vocation de terrain à bâtir, il faut en tenir compte dans une mesure équitable.

La jurisprudence luxembourgeoise a fait de multiples applications de ce principe.

Jugé qu'un terrain ne peut être considéré comme simple labour, mais comme terrain d'attente, dont la maturation devait se faire à moyen ou plus long terme, alors que par sa situation plus ou moins proche d'une localité en expansion, il était destiné à venir progressivement à maturation pour devenir en définitive une place à bâtir (Cour d'appel de Luxembourg, Fonds / D. 13/3/1968 — Cour d'appel de Luxembourg, Fonds / B. 10/6/1964).

Jugé que la constatation qu'une propriété ne peut, en vertu des dispositions réglementaires de la ville être considérée, à l'époque de référence, comme terrain à bâtir, en raison de sa situation dans la zone dite rurale et de l'insuffisance de ses dimensions, ne saurait être déterminante pour lui dénier une valeur d'avenir supérieure à celle d'un simple labour, alors que le projet d'aménagement de la ville est susceptible de modification (Cour Supérieure de Justice, Etat / S., 7/5/1975). Cette décision va assurément très loin dans la supputation de chances.

Influence des faits, projets, déclarations officielles antérieurs aux causes d'expropriation :

Jugé que si l'exproprié n'a pas droit à la plus-value qu'a donné à son bien le décrètement des travaux en vue desquels l'expropriation est effectuée, il y a lieu cependant d'avoir égard à tous les frais, projets et déclarations officielles antérieurs aux causes de l'expropriation qui ont pu exercer une influence sur la valeur d'avenir des immeubles expropriés (voir arrêt Cour d'appel Luxembourg 10/6/1964, Fonds / B. — Cour d'appel Luxembourg 18/1/1966, Fonds / Z. — Civil Luxembourg, Ville d'Esch / C. 8/7/1968).

Conclusion critique :

Il importe de ne pas commettre de confusion. La valeur d'avenir n'est qu'une notion intellectuelle, une vue de l'esprit; ce n'est pas une plus-value distincte de la valeur vénale et qui s'ajouterait, mais c'est avec la valeur actuelle, un élément de cette valeur (Novelles sub Expropriation, n° 544).

Par. 3 : La valeur de convenance :

Par valeur de convenance on entend généralement la valeur subjective provenant d'une affectation particulière ou d'une disposition spéciale que le propriétaire a donnée à son bien pour son utilité et son agrément à lui et dont le commun des amateurs ne tiendrait aucun compte (Cour d'appel Luxembourg, Fonds / N. 24/4/1968 — Cour Luxembourg 5/11/1970, Fonds / L.).

La jurisprudence distingue deux éléments dans la valeur de convenance :

a) un élément général
b) un élément spécial.

La valeur de convenance générale peut être définie comme valeur de placement. L'exproprié a le droit de recevoir une somme équivalente aux frais d'un nouveau placement pour faire le remploi et cette valeur d'emploi est due dans tous les cas (Civil Luxembourg 26/2/1964, Fonds / Z.).

Cette valeur qui se confond en grande partie avec les frais de remploi sera examinée dans un chapitre spécial.

La valeur de convenance spéciale se rattache principalement à l'immeuble lui-même et consiste dans certains aménagements, certaines commodités ou une certaine combinaison des lieux, avantageuse pour l'occupant (Picard, t. II p. 237 et ss).

Elle doit correspondre à une réalité et non s'appuyer sur des considérations purement théoriques.

Jugé qu'une indemnité spéciale n'est due que si l'exproprié ne peut trouver ailleurs un immeuble présentant pour lui les mêmes avantages (Bruxelles 26/3/1869 Pas. 260).

Jugé que « la valeur de convenance est celle que le bien présente spécialement pour son propriétaire, soit au point de vue de l'agément qu'une valeur n'existe que si le bien présente pour l'exproprié des avantages particuliers, ... que les défendeurs avaient donné leurs terres à ferme à des tiers à des prix de 15 francs l'are; qu'il n'est pas prouvé que ces terres présentaient pour eux des avantages autres que la perception de ces revenus plutôt modiques, de sorte que l'allocation d'une indemnité spéciale à titre de valeur de convenance ne se justifie pas » (Civil Luxembourg 27/4/1966, Fonds /L., confirmé par arrêt de la Cour le 13/3/1968 — voir dans un sens analogue Cour d'appel de Luxembourg 24/4/1968, Fonds / N.).

Conclusion critique :

L'indemnité pour perte de valeur de convenance est distincte de celle allouée pour trouble industriel ou commercial et pour dépréciation des parties restantes. Ces indemnités qui présentent avec la valeur de convenance certains rapports feront l'objet d'une étude spéciale. La jurisprudence luxembourgeoise a tendance à confondre les diverses indemnités.

Par. 4 : La valeur d'affection

Cette valeur tient à des souvenirs et à des considérations purement intellectuelles. De nombreux auteurs, dont notamment Picard, sont d'avis qu'il n'y a pas d'indemnité juste quand on ne tient pas compte de la valeur d'affection (Picard, t. II p. 249). La jurisprudence est cependant dans l'ensemble d'un avis contraire.

Jugé que la valeur d'affection basée sur des considérations purement morales, échappe à tout contrôle et ne peut être prise en considération (Bruxelles 1/12/1926, Pas. 1927. II. 72).

Nous nous rallions à l'opinion émise par Lucien Belva (Novelles Expropriation pour cause d'utilité publique, n° 556) suivant laquelle il n'y a pas de juste indemnité sans prise en considération de la valeur d'affection qui a ceci de spécial qu'elle est irremplaçable. Il est cependant nécessaire que cette valeur particulière soit établie avec certitude et présente une « intensité» particulière telle qu'elle ne puisse se retrouver dans un bien dans le commerce. Autant dire que ces cas seront extrêmement rares.

SECTION II

Procédés techniques de détermination de l'indemnité

L'article 29 de la loi du 17 décembre 1859 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique donne au tribunal certains éléments à prendre en considération pour la fixation de l'indemnité. Suivant ce texte dont la disposition est purement énonciative, le tribunal fixera l'indemnité eu égard « aux baux actuels, aux contrats de vente passés antérieurement et néanmoins aux époques les plus récentes, soit des mêmes fonds, soit des fonds voisins et de même qualité ». La même formulation se retrouve dans la loi du 28 août 1968.

Dans la fixation de l'indemnité, le magistrat est souverain. La loi s'est rapportée à son expérience et à sa sagesse pour apprécier la force et la sincérité des éléments de preuve qui lui sont soumis (Picard, t. II, n° 333).

Jugé que le tribunal est libre de puiser les éléments de sa conviction en dehors des faits et circonstances de la cause dans les actes même totalement étrangers aux parties en cause à condition que ces pièces aient été contradictoirement discutées entre parties. Ainsi, il peut compléter son information en s'inspirant des données se dégageant des rapports d'expertise dressés par un autre collège d'experts dans des affaires analogues tout comme il peut se référer à des décisions rendues dans des espèces analogues (Civil Luxembourg 8/7/1968, Ville d'Esch / B.).

Par. 1 : Expertise

Le tribunal ordonnera presque toujours une expertise.

— En principe le rapport des experts devra être raisonné et motivé de façon à indiquer les éléments de fait servant de

base et les raisonnements employés. Le tribunal et les parties doivent pouvoir vérifier les détails des évaluations et des arguments retenus.

— Un avis d'experts insuffisamment motivé n'oblige pas les tribunaux à l'annuler, mais leur permet d'y suppléer de la façon qui leur convient.

— L'insuffisance d'un rapport d'expertise n'impose pas nécessairement le recours à une expertise supplémentaire; il est admis que l'insuffisance du rapport des experts omettant d'indiquer les bases qui ont servi à l'estimation n'empêche pas le juge de passer outre, s'il existe au procès des éléments suffisants pour déterminer l'indemnité à allouer (Civil Luxembourg 8/7/1968, Ville d'Esch / B.).

— L'expertise devra être faite dans les formes ordinaires du code de procédure civile (arrêt Cour d'appel 10/6/1964, Fonds / B.).

Par. 2 : Production forcée des pièces

Il est de jurisprudence constante que le tribunal peut dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, exiger la communication des pièces qui sont aux mains d'une des parties, à condition que cette mesure soit de nature à éclairer les juges et que les pièces soient déterminées avec une suffisante précision (Novelles, ibidem 571).

Par. 3 : Preuve tirée des baux

Pour apprécier la valeur d'un immeuble le tribunal prendra en considération comme un des éléments d'appréciation les baux, soit de l'immeuble empris, soit d'immeubles voisins.

Le juge vérifiera : — la sincérité du bail;
— le caractère normal du loyer;
— les conditions de la location (durée, charges, clauses restrictives).

Par. 4 : Preuve tirée des actes de vente

La meilleure méthode d'investigation consiste à reprendre tout le marché immobilier de l'endroit où est sis l'immeuble empris en y comprenant les ventes publiques et les ventes de gré à gré, d'en dégager une impression générale et de l'appliquer à l'acte particulier de la cause (Civil Luxembourg 26/2/1964, Fonds / Z. — dans le même sens arrêt Cour d'appel Luxembourg 10/6/1964, Fonds / B.).

Cette méthode impose de multiples comparaisons et soulève dès lors le délicat problème du choix des points de comparaison.

Il faudra rechercher des biens présentant, avec l'immeuble empris, les plus grandes analogies, de disposition, de situation, de construction, de destination, de convenance, etc. sans perdre de vue les circonstances spéciales qui ont pu avoir influencé le prix pour chacun d'eux.

Jugé qu'il faut utiliser les ventes immobilières avec un maximum de prudence si elles portent sur des objets de pure spéculation; il faut que les ventes aient été normales (Bruxelles 7/5/1901, Pand. période. n° 684).

Jugé qu'on ne saurait comparer les prix réalisés dans un secteur de ville sans destination ni commerciale ni résidentielle, à un secteur résidentiel de la même cité même situé à proximité du premier (Civil Luxembourg 8/7/1968, Ville d'Esch / C.

Par. 5 : Incidence des acquisitions amiables faites par l'expropriant

Il a été jugé à maintes reprises que l'exproprié ne peut reprocher aux juges de ne pas s'être orientés sur les prix de cession payés par l'expropriant dans ses transactions amiables, alors que ces prix ne constituent pas le résultat normal du jeu de l'offre et de la demande que les experts devaient prendre en considération selon le principe que « la valeur vénale de la parcelle emprise est à fixer notamment d'après les ventes obtenues à l'époque de l'expropriation pour des terrains avoisinants et similaires », mais reflètent au contraire l'aboutissement de prétentions extrêmes que les cédants étaient parvenus à imposer à l'administration par l'obligation d'engager une procédure judiciaire et d'en supporter les frais et les lenteurs inévitables (voir notamment Novelles sub Expropriation pour cause d'utilité publique n° 575).

Cette jurisprudence est trop absolue. La Cour Supérieure de Justice de Luxembourg a maintes fois clairement affirmé le principe que les acquisitions à l'amiable faites par l'expropriant peuvent être prises en considération comme points de comparaison, à condition qu'elles aient été conclues après une évaluation soigneuse, émanant de fonctionnaires compétents (voir en ce sens arrêt Etat / C. du 8/10/1975.

Dans un arrêt rendu le 2 février 1977 (Reuter / Cegedel) la Cour a posé comme principe que les acquisitions faites par l'expropriante déterminent la valeur qu'elle attribue elle-

même aux immeubles après une évaluation qu'on doit supposer avoir été faite par des personnes compétentes et expérimentées et qu'il échet d'en tenir compte en ayant égard à l'étendue et à la situation de ces immeubles, à leur destination, aux similitudes et aux dissemblances avec la propriété des expropriés; que ceux-ci peuvent se prévaloir à l'égard de l'expropriante des évaluations nombreuses faites par celles-ci et qu'il serait injuste de créer à leur préjudice une véritable exception en estimant leurs propriétés à une valeur moindre.

SECTION III

De quelques indemnités spéciales

Par. 1 : Perte de revenus

De nombreuses décisions ont été rendues à propos de l'indemnité pour privation des loyers. L'exproprié a droit au remboursement des loyers perdus par suite de l'imminence de l'expropriation, pertes résultant soit de la réduction que les baux ont dû subir, soit de l'inoccupation de l'immeuble (voir Tribunal d'arrondissement de Luxembourg 12/2/1968, Ville d'Esch / S. et P.).

Il est intéressant de citer dans ce contexte une décision du tribunal de Bruxelles du 3/12/1884, Pas. 1885. 99. aux termes de laquelle l'exproprié n'a aucune preuve à fournir pour justifier la relation de causalité entre le fait de l'expropriation et celui de l'inoccupation de la propriété. Cette relation est présumée; il appartient à l'exproprié à démontrer éventuellement l'absence d'influence ou l'influence moindre de l'expropriation sur la location. Ce principe a été implicitement confirmé dans l'affaire Ville d'Esch / S. et P. ci-dessus indiquée.

Par. 2 : Indemnités dues pour dépréciation des portions restantes

Ce n'est pas tout que de payer à l'exproprié la valeur de la partie de sa propriété qu'on lui enlève. A côté de la partie qu'on lui prend il y a la partie qui reste. Or, cette mutilation peut amener une dépréciation de la partie restante et cette dépréciation doit être indemnisée.

Trois conditions doivent être réunies pour que l'indemnité soit accordée :

1. Il faut que le préjudice porte atteinte à une situation que l'exproprié avait le droit de voir rester intacte.
2. Il faut que le préjudice allégué soit, qu'il soit actuel ou futur, certain.

3. Il faut que le préjudice soit une conséquence directe et immédiate de l'expropriation.

Jugé que l'expropriation doit réparer tous les éléments du préjudice actuel et futur pour autant qu'ils constituent une suite directe, certaine et immédiate de l'acte d'expropriation. Il est irrevelant que d'autres propriétaires, riverains non expropriés des ouvrages à construire, doivent supporter les mêmes inconvénients alors qu'il en est différemment pour l'exproprié qui voit s'ériger une construction sur un terrain qui lui appartenait et réclame son indemnisation en tant qu'exproprié et non en tant que riverain (Cour Supérieure de Justice Luxembourg, Etat / B. 13/10/1971).

Jugé qu'une indemnité du chef dépréciation de la partie restante n'est pas due si cette partie garde sa même longueur frontale sur la nouvelle route à construire et que les chances de revalorisation future restent acquises à cette partie restante du terrain. Toutefois dans ce cas, une indemnité est allouée pour la remise en valeur du terrain (Civil Luxemboug 23/10/1967, Etat / M.).

Compensation entre la plus-value et la moins-value de la portion restante.

La question se pose de savoir s'il est possible de compenser la plus-value et la moins-value de la portion restante.

En effet les travaux d'utilité publique ont souvent pour effet de donner une plus-value aux terrains avoisinants et notamment aux portions restantes, en cas de création d'une rue par exemple.

La jurisprudence proclame à l'unanimité le principe que la plus-value de la portion restante ne peut être admis en compensation avec l'indemnité due pour la partie emprise (Novelles n° 596).

La compensation est cependant admise entre la dépréciation de la portion restante et la plus-value que l'expropriation apporte à celle-ci. Ainsi, la moins-value de la propriété restante se neutralise jusqu'à due concurrence avec l'augmentation de valeur que donne aux excédents l'exécution des travaux (Bruxelles 9/3/1874 Pas. t. II p. 163).

Plus-value résultant de l'expropriation (article 37 de la loi du 17/12/1859).

Pour que le juge puisse tenir compte de la plus-value à résulter des travaux, il faut que plusieurs conditions soient remplies.

a) La plus-value doit être réelle. Il faut qu'elle se présente sous l'aspect d'une grande probabilité.
b) La plus-value doit être spéciale. La compensation ne peut résulter que d'une plus-value spéciale à la partie restante et non d'une plus-value générale acquise par toutes les propriétés de la localité ou de l'endroit où se font les travaux d'utilité publique.
c) La plus-value doit résulter de l'expropriation.

Jugé que la plus-value causée par l'expropriation à la portion restante de l'immeuble exproprié n'est pas à prendre en considération comme n'étant ni immédiate ni spéciale, lorsqu'elle ne se fera subir que dans un avenir plus ou moins éloigné et lorsqu'elle est générale, c'est-à-dire commune à tous les immeubles situés dans des conditions analogues à celles de l'immeuble exproprié (Cour Luxembourg 20/12/1901 Pas. t. VI p. 11 — Cour Luxembourg 18/1/1966, Fonds / Z.).

Jugé que les termes « restant de la propriété » de l'article 37 de la loi du 17 décembre 1859 ne visent que la partie non expropriée de parcelles ayant entre elles des limites communes et dont la réunion constitue une unité foncière homogène (Cour Luxembourg 18/1/1966, Fonds / Z.).

SECTION IV

Valeur de remploi, intérêts d'attente, intérêts de retard

Par. 1 : Frais de remploi

Les frais de remploi représentent le remboursement ou l'avancement des frais fiscaux et de notaire, payables en cas d'acquisitions immobilières. Ces frais sont nécessairement dus à l'exproprié et ce quelle soit la destination qu'il se propose de donner au prix de l'immeuble frappé d'expropriation (Civil Luxembourg, Etat / M. du 23/10/1967).

Jugé qu'un immobilier possède outre la valeur vénale une valeur complémentaire, dite valeur de placement. Tout placement immobilier implique le paiement de frais d'acte et de mutation; que ces frais de placement dits frais d'emploi du capital investi s'ajoutent à la valeur proprement dite de l'immeuble et forment un élément de la chose expropriée (Cour Supérieure de Justice Luxembourg 7/5/1975, Etat / S.).

Les règles suivantes sont à observer dans l'évaluation des frais de remploi :

a) Les frais de remploi ne sont calculés que sur les indemnités représentatives de valeurs immobilières proprement dites,

y compris l'indemnité allouée pour travaux de restauration et de reclôture et pour pertes d'arbres (Civil Luxembourg Etat / M. 23/10/1967 — Ville d'Esch / S. 12/2/1968 — Civil Luxembourg 25/3/1968 Ville d'Esch / M.

b) Les frais ne sont à calculer qu'au taux usuel et normal. Ce taux a été fixé dans l'affaire Etat / M. ci-dessus à 16%. Dans le même sens Ville d'Esch / S. Civil Luxembourg 12/2/1968. La Cour d'Appel de Luxembourg a retenu dans une affaire Fonds / L (arrêt du 13/3/1968) un taux de 15%. Le taux de 15% a été appliqué depuis par le tribunal civil de Luxembourg dans les affaires suivantes :

Ville d'Esch / B. 8/7/1968
Ville d'Esch / C. 8/7/1968
Ville d'Esch / M. 25/4/1968
Ville d'Esch / D. 29/4/1968

Arrêt Cour Supérieure de Justice 8/10/1975, Etat / S. Le taux a été fixé à 18% par un arrêt rendu par la Cour Supérieure de Justice le 7 mai 1975, Etat / S.

Applications en jurisprudence

Jugé qu'il est de principe que les frais de remploi sont à calculer sur les indemnités représentatives de valeurs immobilières proprement dites; qu'en règle générale sont compris dans le placement immobilier tous les éléments subsistant dans l'immeuble à titre permanent... Tout ce qui n'en fait partie que momentanément ne participe pas au contraire au placement foncier et aux avantages qui en découlent. Par application de cette règle il y a lieu de comprendre dans l'indemnité sur laquelle sont calculés les frais de remploi également celle allouée pour perte de la concession privilégiée de cabaretage (Civil Luxembourg, Ville d'Esch / D. du 29/ 4/1968).

Jugé qu'il faudra compter parmi les valeurs immobilières celles des arbres fruitiers qui contribuent à l'accroissement de valeur du fonds lui-même et qui font ainsi partie du capital immobilier représenté par celui-ci (Civil Luxembourg Ville d'Esch / M. du 25/3/1968).

Jugé que les frais de remploi des fonds mobiliers consistent dans ceux que l'exproprié devra exposer pour le réinvestissement de ses fonds, à savoir les commissions à payer aux intermédiaires pour les recherches à faire ainsi que les frais d'actes ne sont à mettre en compte si de toute façon ils auraient dû être exposés par l'exproprié en cas de réalisation de la valeur de la parcelle de l'emprise considérée comme place

à bâtir à l'état brut (Cour d'appel Luxembourg 24/4/1968, Fonds / N.).

Jugé cependant que les frais de remploi sont dus si les terrains à l'époque de l'expropriation n'avaient pas atteint le degré de maturation suffisant pour les faire considérer comme places à bâtir, en d'autres termes, si les terrains doivent être considérés comme terrains d'attente (Cour d'appel Luxembourg 13/3/1968, Fonds / L.).

Jugé que le principe de l'indemnité de remploi ne peut être subordonné à la condition de justifier d'une acquisition immobilière (voir Novelles ibidem n° 658).

Jugé que l'indemnité pour perte de valeur d'emploi est due sur les sommes allouées pour dépréciation des portions restantes (voir Novelles 665).

La dépréciation des parties restantes étant une diminution du placement immobilier que l'exproprié avait réalisé, l'indemnité pour perte de valeur d'emploi est due également sur la somme allouée de ce chef (Cour Supérieure de Justice, Etat / S. du 7/5/1975 — dans le même sens Cour Supérieure de Justice Etat / B. du 24/4/1973).

Jugé que les indemnités pour chômage, déménagement, publicité, perte de clientèle, mobilier devenu sans usage etc. ne donnent pas lieu à l'allocation des frais de remploi (voir Novelles n° 666).

Par. 2 : Des intérêts d'attente

L'exproprié doit faire le choix du bien à acquérir avec l'indemnité qui lui est versée par l'expropriant. Sa décision ne peut être prise à la légère; il doit peser le pour et le contre, discuter les prix, etc. Fatalement un temps plus ou moins long s'écoulera pendant lequel l'indemnité restera improductive. Cet inconvénient, trouvant sa cause dans l'expropriation, doit être réparé. L'indemnité allouée à cet effet porte le nom « intérêts d'attente ».

L'allocation d'intérêts d'attente, destinés à dédommager l'exproprié de la perte qu'il essuyera à la suite d'une période d'attente qui s'écoulera entre la réception de l'indemnité allouée et sa ré-utilisation est justifiée en principe (Ville d'Esch / B. Civil Luxembourg 8/7/1968 — Civil Luxembourg 9/7/1968 Ville d'Esch / B. — Civile Luxembourg 12/2/ 1968 Ville d'Esch / S. — Civil Luxembourg 23/10/1968 Etat / M. — Civil Luxembourg 8/7/1968 Ville d'Esch / C. etc).

Bases d'estimation

— Les intérêts d'attente sont à calculer au taux d'intérêt legal (soit 6%) pour une durée à fixer ex acquo et bono et qui doit normalement suffire pour permettre à l'exproprié d'acquérir un terrain d'une destination et d'une valeur analogues à celui dont il a été exproprié (Civil Luxembourg 8/7/1968, Ville d'Esch / C. — Civil Luxembourg 23/10/1967, Etat / M. etc).

— Jugé que les intérêts d'attente sont calculés sur les mêmes indemnités que les frais de remploi, y compris ces derniers (Civil Luxembourg 29/4/1968, Ville d'Esch / D. — Civil Luxembourg 8/7/1968, Ville d'Esch / B.).

— Jugé que l'exproprié a droit à des intérêts d'attente même s'il a acquis par avance un immeuble destiné à remplacer celui exproprié. Il convient de donner à l'indemnité d'attente une portée générale et de l'allouer dans tous les cas où on peut raisonnablement admettre qu'il s'écoulera un certain temps avant qu'un objet acceptable eu égard à la condition de l'exproprié, soit découvert (Novelles n° 672).

Nous estimons que dans cette hypothèse l'indemnité d'attente n'est pas due alors qu'il faut la refuser chaque fois que le remploi immédiat ou très prochain n'est pas contestable (Picard t. II p. 40 — Bruxelles 13/4/1976 Pas. 381). Si le remploi anticipé a été fait sur les deniers de l'exproprié, les intérêts seraient dus pendant la période qui s'est écoulée entre le jour où l'exproprié a déboursé le prix et celui où il touche son indemnité.

Jugé que si l'exproprié qui a reçu le paiement de l'indemnité ne peut pratiquement faire immédiatement un remploi en acquérant du jour au lendemain un bien de même nature, de même utilité et de même rapport, l'indemnité n'a pas besoin de demeurer improductive entre ses mains pendant le temps durant lequel il fera le choix d'un bien à acquérir; qu'en effet, pendant cette période, il peut facilement placer provisoirement son argent à un taux d'intérêt normal; que la perte d'intérêts au début et à la fin du placement et pour laquelle il a droit à une indemnité est en l'espèce équitablement compensée par l'allocation d'intérêts d'attente à 2,5% pendant 3 mois (Cour Supérieure de Justice Luxembourg 7/5/1975, Etat / S.). Il est évident qu'il s'agit de solutions contingentes à la situation du marché financier plus ou moins disposé à honorer les placements à court terme.

Par. 3 : Intérêts moratoires

Les intérêts moratoires supposent une indemnité que l'on n'a pas encore reçue parce que l'expropriant tarde à la payer ou à la consigner. Il est renvoyé pour l'étude de ce problème aux Novelles nos 675 à 682.

Par. 4 : Intérêts judiciaires

Il est de jurisprudence constante que l'exproprié n'a pas droit à des intérêts judiciaires. En effet les intérêts ne sauraient couvrir qu'à partir de la dépossession qui, légalement ne peut se faire avant la consignation de l'indemnité; dès lors avant la consignation l'exproprié a conservé la jouissance de son bien et pendant le temps de la consignation les intérêts ne courent pas.

Civil Luxembourg 8/7/1968, Ville d'Esch / B.
Civil Luxembourg 8/7/1968, Ville d'Esch / B.
Civil Luxembourg 12/2/1968, Ville d'Esch / S.
Civil Luxembourg 8/7/1968, Ville d'Esch / C.
Cour d'appel Luxembourg 13/3/1968, Fonds / L.
Civil Luxembourg 23/10/1967, Etat / M.

* *

CHAPITRE IV

FRAIS ET DEPENS

En bonne logique les frais de toutes les procédures nécessaires pour déterminer la juste indemnité, y compris les frais d'expertise, devraient être mis à la charge de l'expropriant.

En effet, et telles sont la doctrine et la jurisprudence belges, « l'exproprié ne commet aucune faute lorsqu'il refuse les offres de l'expropriant et rend ainsi une expertise indispensable. L'exproprié a droit à la valeur intégrale de sa propriété. Il a le droit de se défier de ses propres estimations et de celles de l'expropriant. Il est fondé à exiger que l'indemnité qui lui revient soit déterminée conformément à la loi » (Novelles Expropriation pour cause d'utilité publique, no 224).

Par application de ces principes la jurisprudence belge met à charge de l'expropriant les frais de toutes les procédures nécessaires pour déterminer la juste indemnité, cela même si l'indemnité allouée est inférieure aux offres faites par l'expropriant et qui ont été refusées par l'exproprié (Novelles, ibidem, Picard t. I, p. 195 et 203).

La loi luxembourgeoise du 17 décembre 1859 n'admet pas cette solution équitable. Elle est beaucoup plus sévère pour

l'exproprié. L'article 39 stipule : « Si l'indemnité réglée par le tribunal ne dépasse pas l'offre de l'administration, les parties qui l'auront refusée seront condamnées aux dépens. Si l'indemnité est égale à la demande des parties, la partie poursuivante sera condamnée aux dépens. Si l'indemnité est à la fois supérieure à l'offre de la partie poursuivante et inférieure à la demande des défendeurs, le tribunal arbitre le partage des frais entre les parties. »

Des arrêts ont, par application de ce principe, mis les frais pour moitié à charge de l'exproprié (Cour Supérieure de Justice, Etat / B. du 24/4/1973), pour $^2/_3$ à charge de l'exproprié (Cour Supérieure de Justice, Etat / S. du 7/5/1975), et pour moitié à charge de l'exproprié (Cour Supérieure de Justice, Fonds d'Urbanisation / L. du 5/11/1970). Or, d'après les errements il y a presque toujours recours à une expertise dont les honoraires sont très élevés.

La question des frais devient ainsi une véritable menace pour l'exproprié amené à contester l'offre qui lui est faite surtout s'il n'est pas à même de vérifier si elle est adéquate.

Cette constatation prend toute sa signification si l'on songe que bien des évaluations faites après expertise par les juges du tribunal sont modifiées en instance d'appel.

Comment peut-on supposer plus de lumière chez les particulier que chez les juges et les experts ?

L'article 39 de la loi du 17 décembre 1859 remet en cause les principes qui doivent régir la détermination de l'indemnité et qui se trouvent par ailleurs consacrés dans d'autres textes.

L'exproprié doit se voir reconnaître le droit de discuter le prix qu'on lui offre sans prendre un risque quelconque. Les frais résultant de la contestation de l'exproprié, exception faite de l'hypothèse où cette contestation est abusive et frustatoire, devraient rester à la charge de l'expropriant. Il faudrait à tout le moins procéder à l'instar du législateur français qui a décidé de mettre les dépens de première instance à la charge du seul expropriant (ordannance du 23/10/1968).

Dans son projet de réforme de la loi de 1859 le gouvernement prévoit une modification de l'article 39 qui mettrait fin à cette situation qui peut conduire à priver l'exproprié d'une part importante de son indemnisation, les coûts d'expertise dépassant plusieurs centaines de milliers de francs.

* *

CONCLUSIONS

Il devient apparent à l'étude de la jurisprudence luxembourgeoise qu'elle n'est pas favorable aux solutions trop tranchées ou trop automatiques. Elle s'applique à serrer de plus près les réalités économiques et sociales. Sans trahir les principes elle refuse de les appliquer jusqu'à l'absurde et préfère les solutions de bon sens. Si elle protège la propriété privée, il est rare qu'elle favorise la spéculation. Si l'on a pu constater dans l'examen des formalités une rigueur parfois excessive, il apparaît par contre que dans l'indemnisation le juge luxembourgeois s'est refusé à y voir une source d'enrichissement au détriment de la communauté.

BIBLIOGRAPHIE

1 PEYRONNY & DELAMARRE :
Traité d'expropriation pour cause d'utilité publique

2 CARPENTIER :
Expropriation pour cause d'utilité publique

3 DE LALLEAU :
Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique

4 Jacques FERBOS et Georges SALLES :
Expropriation et évaluation des biens

5 Pandectes françaises :
Expropriation pour cause d'utilité publique

6 Encyclopédie DALLOZ (Dr. adm.) :
Expropriation pour cause d'utilité publique

7 BAUDRY :
L'expropriation pour cause d'utilité publique

8 ANSPACH :
Traité des expropriations

9 PICARD :
Traité général de l'expropriation pour cause d'utilité publique, 2e partie

10 Les Novelles :
Lois politiques et administratives, tome IV

11 HILBERT :
L'expropriation

12 DEL MARMOL :
L'expropriation pour cause d'utilité publique

INTRODUCTION

Notions générales et historiques

CHAPITRE I

Principes généraux

SECTION I : Le caractère juridique de l'indemnité

SECTION II : L'indemnité peut être amiable ou judiciaire

SECTION III : Les principes qui régissent la détermination de l'indemnité

par. 1 : L'indemnité doit être pécuniaire

par. 2 : L'indemnité doit être préalable

par. 3 : L'indemnité doit être juste et complète
avantages précaires
précudice simplement éventuel

SECTION IV : Le pouvoir d'appréciation des tribunaux

SECTION V : Les offres de l'expropriant

par. 1 : L'expropriant peut-il modifier son offre en cours d'instance ?

par. 2 : Le tribunal peut-il allouer une indemnité inférieure à l'offre initiale de l'expropriant ?

CHAPITRE II

L'indemnisation dans le temps

SECTION I : De l'époque à considérer pour la fixation de l'indemnité

par. 1 : L'indemnité doit embrasser tous les dommages qui dérivent de l'expropriation depuis le moment où surgit le projet de l'exécuter jusqu'à celui où le projet sera entièrement accompli.

par. 2 : Les trois facteurs de temps qui interviennent dans la fixation de l'indemnité :
— faits antérieurs au jugement;
— préjudice résultant du jugement;
— faits postérieurs au jugement.

par. 3 : Négligence du facteur de la dépréciation passagère.

par. 4 : Le dommage est évalué au jour où il se produit, soit la plupart du temps au jour du jugement.

par. 5 : a) Plus-value suite aux travaux d'expropriation (dispositions spéciales des lois du 16 août 1962 et du 16 août 1968)
b) Moins-value suite aux travaux d'expropriation.

SECTION II : Fluctuation monétaires

CHAPITRE III

Des indemnités dues pour la perte de la propriété

SECTION I : La valeur vénale

par. 1 : **La valeur actuelle :**
a) valeur actuelle du sol — terrains à bâtir — jardins — terrains industriels — terrains renfermant des naturelles;
b) valeur des accessoires du sol (les constructions — récoltes — clôtures)

par. 2 : **La valeur d'avenir**
chances de revalorisation d'un terrain agricole — terrains d'attente
par. 3 : **La valeur de convenance :**
valeur de convenance générale — valeur de convenance spéciale
par. 4 : **La valeur d'affection**
SECTION II : Les procédés techniques de détermination de l'indemnité
par. 1 : Expertise
par. 2 : Production forcée des pièces
par. 3 : Preuve tirée des baux
par. 4 : Preuve tirée des actes de vente
par. 5 : Incidence des acquisitions amiables faites par l'expropriant
SECTION III : De quelques indemnités spéciales
par. 1 : Pertes de revenus
par. 2 : Indemnités pour dépréciation des portions restantes
SECTION IV : Frais de remploi — intérêts d'attente, intérêts de retard
par. 1 : frais de remploi
par. 2 : intérêts d'attente
par. 3 : intérêts moratoires
par. 4 : intérêts judiciaires
CAPITRE IV
Frais et dépens
Bibliographie

DER UMFANG DER LEISTUNGSPFLICHT DES VERSICHERERS IN DER KRAFTFAHRZEUGHAFTPFLICHTVERSICHERUNG

von

Dr. jur. André THILL

I. *Allgemeines*

1. — Der stetig zunehmende Verkehr auf den Straßen im In- und Ausland sowie der wachsende internationale Personenaustausch — es sei bloß an die Ausmaße des modernen Tourismus hingewiesen — haben den privaten Versicherer dazugeführt die minimalen Deckungssummen im Laufe der Zeit zu erhöhen.

Die Versicherer wurden desweiteren durch den Gesetzgeber dazu angehalten, da derselbe durch öffentlich-rechtliche Vorschriften zwingende Tarife in der Kraftfahrzeugversicherung festlegte.

Durch das internationale Abkommen vom 12. Dezember 1973 genannt « der grünen Karte » waren die Versicherungsgeber verpflichtet die Mindestdeckungssummen die ausländische Bestimmungen vorschrieben, anzuerkennen. Schon 1948 hatte sich der Unterausschuß für Straßentransportwesen des Wirtschaftsausschusses der Vereinten Nationen mit dieser Frage befaßt. Eine Empfehlung vom 29. Januar 1949 hatte die Regierungen aufgefordert gemeinsame Maßnahmen zu ergreifen um im Verbund mit den Versicherern die im Inland abgeschlossenen Versicherungsverträge auch im Ausland voll zum Zuge zu bringen. Die bilateralen Abkommen wurden alle nach dem Modell des « Uniform Agreement between Bureaux » abgefaßt [1].

2. — Das Ausmaß der Leistungspflicht des Versicherers bildet die im Versicherungsvertrag angegebene Versicherungssumme.

Rechtlich ist die Frage der Zulässigkeit der unbegrenzten Deckungssumme in bejahender Weise schon in den dreißiger Jahren gelöst worden. Man hatte behauptet, daß eine solche Haftpflicht nichtig sei, da der Vertrag eine unmögliche Bedingung beinhalte. Es bestehe eine finanzielle Unmöglichkeit, da es versicherungstechnisch unmöglich wäre, eine Prämie

1 s. Aufsatz von Prodromides in Argus vom 19. 2. 1950, S. 125 u. 136; C. Ancey : Les correspondants in Argus vom 20. 1. 1950, S. 49 u. 64.

sowie eine Deckungsrücklage für solche Versicherungen zu errechnen [1a]. Doch wurden diese Einwände bald ausgeräumt, da einerseits keine Gesetzesregel verbietet eine unbegrenzte Verpflichtung einzugehen, falls das Ausmaß der Verpflichtung später ermittelt und festgestellt werden kann [2]. Aus dieser Sicht ist es versicherungstechnisch möglich im voraus auf Grund der statistischen Angaben die eventuelle Verpflichtung des Versicherers für das versicherte Risiko zu schätzen und eine Prämie zu errechnen [3].

So schlagen verschiedene Autoren vor, diese Versicherungen Totalversicherungen (« assurances totales ») zu nennen, da in Wirklichkeit die Deckungssumme unbestimmt ist, die Leistungspflicht sich aber auf den festzusetzenden Gesamtschaden begrenzt.

Zwei Gefahren birgt jedoch die Totalschadensversicherung in sich, nämlich einerseits die Versicherten anzuregen ihre Sorgfaltspflicht zu vernachlässigen, andrerseits den Richter zu verleiten hohe Schadenersatzansprüche anzunehmen, da eine zahlungsfähige Versicherungsgesellschaft zahlen wird. Dem ersten Bedenken ist durch die Einführung von nicht versicherten Freibeträgen entgegengewirkt worden.

II. *Das Beneluxabkommen vom 24. Mai 1966* [4].

3. — Das Beneluxabkommen vom 24. Mai 1966 betreffend die obligatorische Haftpflichtversicherung für Kraftfahrzeuge und die beigebogenen gemeinsamen Vorschriften streben, wie die Präambel vorsieht, nach einer Vereinheitlichung der Rechtsvorschriften um die Ansprüche der durch Kraftfahrzeuge in den Beneluxstaaten verletzten Personen zu sichern. Jede der drei vertragsschließenden Parteien behält sich das Recht vor, für sein Hoheitsgebiet weitere Bestimmungen zu erlassen, die den Verletzten zusätzliche Sicherheiten verschaffen.

Jede der vertragsschließenden Parteien behält das Recht, die Höhe der allgemeinen Deckungssummen zu bestimmen (Art. 2, § 1, Nr. 4 des Vertrages).

1a s. Sumien : L'Assurance illimitée de la responsabilité des accidents causés par les automobiles, Dalloz Heb. 1934, S. 29

2 s. Capitant : La Prime (15. 1. 1934)

3 s. Savatier : Les assurances illimitées de responsabilité; Revue Générale des Assurances Terrestres 1934, S. 498

4 s. Mémorial, Serie A, 1975, S. 1810

Obwohl die europäische Konvention über die Schadenshaftung bei Autounfällen parallel ausgearbeitet wurde, haben die Beneluxabkommen vielfach als Modell gedient [5]. Die Konvention vom 14. Mai 1973, die im Rahmen des Europarates geschaffen wurde, ist noch nicht in Kraft getreten.

4. — Die Versicherung muß in Anwendung der gemeinsamen Bestimmungen die Haftung des Besitzers, des Halters und jeglichen Fahrers des Kraftfahrzeuges sowie jeder beförderten Person decken. Sie umfaßt Körper- und Sachschäden die in den Beneluxstaaten entstehen, doch können die im Fahrzeug geladenen Güter von der Versicherung ausgenommen werden.

Das Ausmaß der zivilen Haftung wird durch die auf den Schadensfall anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen geregelt (s. Artikel 3 der dem Beneluxabkommen beigebogenen gemeinsamen Bestimmungen) [6].

5. — Falls der Versicherungsvertrag vorsieht, daß der Versicherungsnehmer persönlich eine bestimmte Summe des Schadens selbst trägt [7], so muß jedoch der Versicherungsgeber für den Gesamtschaden gegenüber dem Geschädigten einstehen (Artikel 5 der gemeinsamen Bestimmungen).

Obwohl die allgemeinen Versicherungsbedingungen auf Grund des Artikels 6, § 1 des Gesetzes vom 7. April 1976 folgenden Selbstbehalt (Franchise) vorsehen, nämlich :

1500,— Fr. für Motorfahrräder oder Fahrräder mit Hilfsmotor,
2500,— Fr. für Lastkraftwagen, Autobusse und Traktoren,
3500,— Fr. für Automobile die dem Personentransport dienen und mehr als 10 Sitzplätze haben,
5000,— Fr. für Personenkraftwagen die weniger als zehn Sitzplätze aufweisen, falls der Wagen von einem unverheirateten Manne der weniger als 25 Jahre alt war gefahren wurde oder von einer Person die weniger als ein Jahr im Besitze ihres Führerscheins war,

wurde durch Spezialvereinbarung der Versicherer, in Anwendung des Artikels 19 C), Absatz 2 von obigen Franchisen die in Artikel 19 A) der allgemeinen Versicherungbedingungen enthalten sind, abgesehen.

---

5 s. Lorenz-Liburnau in « Die Versicherungsrundschau », 1968, S. 321 u. ff.

6 s. Mémorial, Serie A, 1975, S. 1814

7 In diesem Fall entschädigt der Versicherer nur, wenn der Schaden eine bestimmte Höhe erreicht hat, sogenannte « Integralfranchise »

6. — Falls es mehrere Geschädigte gibt und die Haftpflichtansprüche die Versicherungssumme übersteigen, so werden die Haftpflichtansprüche der Geschädigten gegen den Versicherer im Verhältnis zu der Versicherungssumme gemindert (Art. 6, § 2 der gemeinsamen Bestimmungen).

7. — Hat der Versicherer guten Glaubens in Unkenntnis anderer Haftpflichtansprüche einem der Geschädigten einen höheren als ihm zustehenden Anteil bezahlt, so ist er verpflichtet nur für den verbleibenden Restbetrag bis zur Höhe der Versicherungssumme aufzukommen (Artikel 6, § 2 in fine der gemeinsamen Bestimmungen).

Diese allgemeinen richtungsweisenden Bestimmungen sollen sich in den jeweiligen nationalen Gesetzgebungen der Beneluxstaaten wiederspiegeln.

III. *Das Gesetz vom 7. April 1976* [8].

8. — Dieses Gesetz regelt in *Luxemburg* die allgemeine Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung neu in strikter Anlehnung an das Beneluxabkommen.

9. — Der Versicherungsschutz wird unter Einhaltung der obengenannten Regeln gewährt (s. Nummer 6—7), jedoch nicht in folgenden Fällen :

a) falls das Kraftfahrzeug durch Diebstahl oder Gewalt und ohne rechtmäßigen Grund durch jemanden gesteuert wurde der wußte, daß man sich des Kraftfahrzeuges auf diese Weise angeeignet hatte (Art. 4, § 1, Abs. 1, Ges. v. 7. April 1976).

Der Versicherer muß jedoch Versicherungsschutz gewähren, falls der Fahrer durch einen Fehler des Besitzers sich des Wagens bemächtigen konnte oder den Wagen in der Regel steuerte (Artikel 4, § 1, Abs. 1 u. 2, Ges. 7. April 1976). Diese Bestimmung übernimmt die von der Rechtsprechung gegebene Lösung im Falle eines Unfalls der durch ein gestohlenes Auto verursacht wurde. Ein Verschulden zu Lasten des Eigentümers wurde angenommen, falls derselbe sein Auto mit nicht versperrten Türen und Anlasser ohne Aufsicht parkte (s. Entsch. Oberster Gerichtshof, 2. April 1952, Sache Thiry-Bianchini — Lütticher Versicherung, Pasicrisie luxbg., Bd. 15 S. 352).

b) falls der Schaden durch jemanden verursacht wurde der nicht im Besitze eines gültigen Führerscheins war. Dies bestimmt Art. 21 der allgemeinen Versicherungsbedingungen die

8 s. Mémorial Série A, Nr. 19 vom 27. April 1976.

durch Ministerialbeschluß vom 23. Juli 1976 in Kraft gesetzt wurden.

Dieser Versicherungsausschluß kann jedoch den Geschädigten nicht entgegengehalten werden. Der Versicherer muß dieselben entschädigen, doch hat er ein Rückgriffrecht gegen den Fahrer in Höhe der von ihm getätigten Leistungen.

c) falls das Kraftfahrzeug überbesetzt war.

Auch in diesem Falle ist der Versicherer entschädigungspflichtig, doch behält er ein Regreßrecht gegen den Versicherten.

10. — Der Kreis der von dem Versicherungsschutz ausgeschlossenen Personen ist folgender :

1. der Versicherungsnehmer und der Halter des Fahrzeuges das den Unfall verschuldet hat;
2. der Fahrer des Fahrzeuges, sowie jeder Insasse, der für den Schaden verantwortlich ist;
3. der Ehepartner der unter 1 und 2 angeführten Personen;
4. die Familienmitglieder in direkter Linie der oben angeführten Personen, insofern sie in häuslicher Gemeinschaft leben und deren Lebensunterhalt von diesen Personen bestritten wird (Art. 5 § 1 Ges. vom 7. April 1976).

11. — Die Haftpflichtversicherung deckt nicht nur die Schäden die aus dem Verschulden des Fahrers entstehen, sondern auch diejenigen die durch die Insassen des Fahrzeuges entstanden sind, so z. B. der Schaden der durch das unvorsichtige Öffnen einer Wagentür einem vorbeifahrendem Radfahrer zugefügt wird, da Art. 4, § 1, Abs. 1, Gesetz v. 7. April 1976 besagt, daß die Haftung jeder beförderten Person versichert sein muß.

12. — Dem Geschädigten kann keine Vertragsnichtigkeit, Einrede oder Ausschlußklausel entgegengehalten werden, doch kann der Versicherer einen Regreß gegen den Versicherten ausüben (Art. 13, § 1 Ges. v. 27. April 1976). Somit wird das Vorliegen eines schweren Verschuldens, wie z. B. die Trunkenheit am Steuer, den Geschädigten nicht mehr benachteiligen können.

IV. *Die allgemeinen Versicherungsbedingungen*

13. — Die früher geltenden Versicherungsbedingungen wurden durch die allgemeinen Versicherungsbedingungen vom 23. Juli 1976 in folgender Weise ausgedehnt :

1. die oben unter Nr. 10, 1, 3, u. 4 angeführten Personen werden für Körperschäden unter Ausschluß des Materialschadens entschädigt, falls das Fahrzeug von einer Person gelenkt wurde, die weder in ihren Diensten stand, noch ihr Ehepartner oder ein Familienmitglied in direkter Linie war (Art. 20 der allgemeinen Versicherungsbedingungen vom 23. Juli 1976).

2. falls der Schaden gelegentlich einer Fahrt öffentlicher Personenbeförderung gegen Zahlung geschah, so werden die oben unter Nr. 10, 3 und 4 angeführten Personen entschädigt, es sei denn, sie hätten im Augenblick des Unfalls an der betrieblichen Tätigkeit der Fahrt durch verrichtete Dienstleistungen im Innern des Fahrzeuges teilgenommen.

14. — Im Falle der freiwilligen Erste-Hilfeleistung übernimmt der Versicherer alle Kosten [9], selbst wenn der Versicherungsnehmer in den Unfall verwickelt war. Die Leistungen müssen jedoch vom Versicherten freiwillig und kostenlos erbracht worden sein (Art. 18 der allgemeinen Versicherungsbedingungen).

15. — Die Deckungssumme ist für alle Kraftfahrzeuge bezüglich der Körperschäden unbegrenzt.

Der materielle Schaden, der durch Feuer, Flammen oder Explosion entsteht und durch das versicherte Fahrzeug ausgelöst wurde, wird durch die neuen Versicherungsbedingungen vom 23. Juli 1976 von 5 Millionen auf 50 Millionen Franken angehoben (Art. 15, Nr. 1 der allgemeinen Versicherungsbedinungen).

16. — Hat der Unfall sich im Ausland zugetragen, so deckt der Versicherer den Schaden gemäß dem dort geltenden Recht, sogar wenn die ausländischen Bestimmungen eine größere Sicherheit des Geschädigten vorsehen als dies im Versicherungsvertrag vorgesehen ist (Art. 17 § 2 der allgemeinen Versicherungsbedingungen).

V. *Ausländische Regelungen*

17. — Ein kurzer Überblick läßt uns folgende Bestimmungen hervorheben:

In *Frankreich* ist die Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung obligatorisch und deckt Körper- und Sachschäden (Art. 3 der allgemeinen Versicherungsbedingungen [10].

9 z. B. die Säuberungskosten des Innern des Kraftfahrzeuges, der Kleider usw...

10 Die Rechtsgrundlagen sind: Gesetze vom 13. Juli 1930; 30. Dezember 1938; 27. Februar 1958.

18. — Die Deckungssumme kann den Betrag von 2 000 000,— Fr. für Körperschäden und 1 000 000,— Fr. für Sachschäden nicht unterschreiten (Code Ass. Art. R 211-7). Franchisen sind zulässig. Dieselben können jedoch dem Geschädigten nicht vom Versicherer entgegengehalten werden, es sei denn es handele sich um Bagatellschäden [11].

Sieht der Versicherungsvertrag eine unbegrenzte Deckungssumme vor, so erstreckt sich dieser Versicherungsschutz wie folgt:

a) ohne Beschränkung auf Körper- und Sachschäden, unter Ausschluß der Sachschäden die durch Feuer oder Explosion hervorgerufen wurden, sei es durch Unfall oder nicht,

b) bis zu 1 000 000,— Fr. pro Schadensfall für alle Sachschäden die durch Feuer oder Explosion verursacht wurden, sei es durch Unfall oder nicht (Artikel 25 der allgemeinen Versicherungsbedingungen).

19. — Artikel 9 des Dekretes vom 20. Januar 1959 ermächtigt den Versicherer in den Versicherungsvertrag Klauseln einzufügen die zum Zweck haben den Versicherungsschutz in verschiedenen Fällen zu verwirken (déchéances). Diese Verwirkungsklauseln dürfen nicht gesetzwidrig sein, d. h. nicht gegen Artikel 9 des Gesetzes vom 13. Juli 1930 verstoßen, unter anderem müssen sie durch Fettdruck im Versicherungsvertrag hervorgestrichen werden und dürfen nur nach dem Unfall begangene Verfehlungen sanktionieren.

Der Versicherungsschutz ist in Anwendung dieser Regelung nicht verwirkt bei Trunkenheit am Steuer oder eines zu hohen Alkoholgehaltes im Blut. Eine abweichende Klausel ist nichtig in Anwendung des Artikels 8 des Gesetzes vom 9. Juli 1970.

20. — Die Einreden die dem Geschädigten nicht entgegengehalten werden können sind folgende [12]:

a) Einschränkung betreffs der Deckungssumme.

So besagt Artikel 6, Abs. 2 des Dekretes vom 7. Januar 1959, daß der Versicherungsvertrag unbegrenzte Deckung gewähren muß für alle Fahrzeuge deren Führung den Besitz eines Führerscheins der Kategorien C, D und E erfordert (Art. 124 der Straßenverkehrsordnung).

b) Verwirkungsklauseln mit Ausnahme des Ruhens der Versicherung wegen Nichtzahlung der Prämien.

11 Es handelt sich hier um Schäden unter 200,— Fr. (Art. 7 Gesetz v. 23. 7. 1930)

12 s. Artikel 13 des Dekretes vom 7. Januar 1959, Journal Officiel vom 9. Januar 1959, sowie Berichtigung vom 20. Januar 1959.

c) Hinderung der Entschädigung in Anwendung der Regel, nach welcher der Versicherer bei niedrigerer Versicherungssumme als der Versicherungswert für den Schaden nur nach dem Verhältnis der Versicherungssumme zu diesem Wert haftet, auf Grund des Artikels 22 des Gesetzes vom 13. Juli 1930, der diese Regel im Falle von unrichtiger ohne betrügerischer Absicht getätigter Angaben seitens des Versicherten anwendet.

21. — Der Versicherungsschutz wird ausgeschlossen, falls der Fahrer zur Zeit des Unfalls nicht :

1. das vorgeschriebene Alter hatte oder
2. nicht im Besitze eines gültigen Führerscheins war.

Jedoch bleibt der Versicherungsschutz bestehen im Falle von Diebstahl, Gewaltanwendung oder Benutzung des Fahrzeuges ohne Wissen des Besitzers, sogar wenn obige Bedingungen nicht erfüllt sind (Art. 4, Abs. 1 des Dekretes vom 7. Januar 1959 und Art. 11 der allgemeinen Versicherungsbedingungen).

22. — In *Belgien* bildet das Gesetz vom 1. Juli 1956 betreffend die obligatorische Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung die gesetzliche Grundlage [13]. Obwohl diese Regelungen den luxemburgischen Bestimmungen ähneln sollen folgende Punkte hervorgestrichen werden.

23. — Der Versicherungsschutz umfaßt die Haftung des Besitzers, des Halters und jeglichen Fahrers, doch wird die Haftung derjenigen die sich durch Diebstahl oder Gewalt des Fahrzeugs bemächtigt haben ausgeschlossen (Art. 3, Abs. 1, Ges. v. 1. Juli 1956).

24. — Die Versicherung muß alle Körper- und Sachschäden decken, die durch Unfälle in Belgien entstanden sind. Alle Körperschäden die einer in dem unfallverursachenden Wagen mitfahrenden Person entstanden sind, müssen entschädigt werden. Die Frage ob die Personenbeförderung nebst Zahlung oder unentgeltlich geschah, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Die Güterladung des Kraftfahrzeuges kann von der Versicherung ausgenommen werden (Art. 3, Abs. 2, Gesetz v. 1. Juli 1956).

25. — Die Deckungssumme ist für Körperschäden unbegrenzt, doch kann dieselbe auf einen Betrag von 5 000 000,— Fr. beschränkt werden, bezüglich der Sachschäden die durch Feuer oder Explosion entstehen (Art. 3, Abs. 4, Gesetz v. 1. Juli 1956).

13 s. Moniteur v. 13. Juli 1956; Pasinomie belge 1956, S. 459 u. ff.

26. — Obwohl der Versicherungsvertrag einen Selbstbehalt vorsieht, verbleibt der Versicherer gehalten, den gesamten zu Lasten des Versicherten gehenden Schaden zu übernehmen (Art. 5 Gesetz vom 1. Juli 1956).

27. — Dem Geschädigten kann durch den Versicherer keine Vertragsnichtigkeit, kein Versicherungsausschluß oder -verwirkung entgegengehalten werden, doch behält der Versicherer ein Regreßrecht gegen den Versicherungsnehmer (Art. 11, Abs. 1 und 2, Gesetz vom 1. Juli 1956).

28. — Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, daß die Gesetzgeber aller Länder im Interesse der Verkehrsopfer eine möglichst sichere, schnelle und vollständige Entschädigung anstreben. Obwohl die bestehenden Regelungen sich schon beträchtlich nähern, sind noch weitere Schritte und Maßnahmen zur Vereinheitlichung nötig.

INHALTSÜBERSICHT

	Nummer
I. Allgemeines	
Uniforme Agreement between Bureaux — System der « grünen Karte »	1
Problem der unbegrenzten Deckungssummen	2
II. Beneluxabkommen vom 24. 5. 1966	
Ziel	3
Umfang	4
Franchise	5
Vielfalt von Geschädigten	6
Versicherungssumme als Höchstgrenze	7
III. Gesetz vom 7. April 1976 — Luxemburg	8
Gewährung und Ausschluß des Versicherungsschutzes	9
Kreis der ausgeschlossenen Personen	10
Haftung für Verschulden der Insassen	11
Stellung des Geschädigten bei Einrede oder Ausschlußklausel	12
IV. Allgemeine Versicherungsbedingungen	
Ausdehnung der Versicherungsbedingungen	13
Freiwillige Erste-Hilfeleistung	14
Deckungssummen	15
Unfall im Ausland	16
V. Ausländische Regelungen	
FRANKREICH	
Deckungssummen	17
Verwirkungsklauseln	18
Einreden	19
Ausschluß des Versicherungsschutzes	20
BELGIEN	21
Umfang	22
Deckungssummen	23—24
Franchise	25
Stellung des Geschädigten bei Vetragsnichtigkeit	26
Ziel der angestrebten Vereinheitlichung	27
	28

Les études qui suivent constituent les

ACTES DES JOURNÉES DE DROIT SOCIAL COMPARÉ ET DE MÉDECINE SOCIALE

(20. 5. 1977 — 21. 5. 1977)

La séance inaugurale était présidée par M. Robert Krieps, Ministre de la Justice, en présence de Mme l'ambassadeur de France Marie-Madeleine Diennesch et de M. l'ambassadeur de la République Fédérale d'Allemagne, Dr. Heinz-Werner Meyer-Lohse.

La séance de travail du 20 mai 1977 (matinée) a été présidée par M. Marcel Nosbusch, président de l'Office des Assurances Sociales (Luxembourg).

La séance de travail du 20 mai 1977 (après-midi) a été présidée par M. le docteur Jean Marty, médecin conseil national de la Caisse Nationale d'Assurance Maladie (Paris).

La séance de travail du 21 mai 1977 (matinée) a été présidée par M. le prof. Dr. Georg Wannagat, président de la Cour Sociale Fédérale d'Allemagne (Kassel).

Die folgenden Abhandlungen bilden die

AKTEN DER TAGE FÜR VERGLEICHENDES SOZIALRECHT UND SOZIALMEDIZIN

(20. 5. 1977 — 21. 5. 1977)

Die Eröffnungstagung stand unter dem Vorsitz von Herrn Justizminister Dr. Robert Krieps, im Beisein des französischen Botschafters Frau Marie-Madeleine Diennesch und des deutschen Botschafters Herrn Dr. Heinz-Werner Meyer-Lohse.

Die Arbeitssitzung des 20. 5. 1977 (Vormittag) stand unter dem Vorsitz von Herrn Dr. Marcel Nosbusch, Präsident der Sozialversicherungsanstalt (Luxemburg).

Die Arbeitssitzung des 20. 5. 1977 (Nachmittag) stand unter dem Vorsitz von Herrn Dr. med. Jean Marty, Nationaler Vertrauensarzt der Nationalen Krankenkasse Frankreichs (Paris).

Die Arbeitssitzung vom 21. 5. 1977 (Vormittag) stand unter dem Vorsitz von Herrn Prof. Dr. Georg Wannagat, Präsident des Bundessozialgerichts (Kassel).

MOTIVATION ET BUTS DES JOURNÉES DE DROIT SOCIAL COMPARÉ ET DE MÉDECINE SOCIALE

par

André THILL

Chargé de direction du Centre de droit social

Les rencontres luxembourgeoises de droit social comparé sont nées de la considération qu'un échange d'informations est chose impérieuse, notamment pour les organismes de sécurité sociale luxembourgeois qui ne peuvent vivre en vase clos mais doivent prendre le pouls de ce qui se fait au-delà des frontières.

Elles s'inspirent d'un esprit de parfaite neutralité et d'objectivité et se basent sur la méthode comparative. En procédant par la micro-comparaison on fera le rapprochement comparatif de normes juridiques appartenant à des ordres différents, mais ayant pour objet la réglementation du même phénomène. Informer en exposant les réglementations nationales, comparer celles-ci entre elles pour aboutir, le cas échéant, à une conclusion, telles sont les trois étapes à franchir.

On tendra de la sorte vers quatre buts déterminés :

1) Une meilleure compréhension et une amélioration des droits nationaux grâce à l'enrichissement des connaissances juridiques par des apports venant du dehors.

C'est la comparaison qui fait pénétrer le comparatiste dans un domaine juridique étranger et lui fera mieux découvrir les avantages et les désavantages de son propre système [1]. Il se débarasse de l'esprit de clocher et sort du provincialisme juridique en admettant après une comparaison objective que d'autres ont résolu le même problème par des solutions plus adéquates [2]. En faisant fruit du résultat de son examen, le comparatiste admettra modestement la relativité des solutions données par son droit national et il aura soin de l'enrichir par les concepts et les solutions juridiques admises à l'étranger sur la base d'expériences parallèles concluantes. Par cet élargisse-

1 Lawson : The field of comparative Law : Juridical Review, Edinborough, 1949, p. 16

2 A. Tunc : Sortir du néolithique. Dalloz Chron. 1957, p. 73; Yntema : Some remarks on « Looking out of the Cave », Michigan Law Review, t. 54, p. 899.

ment de l'horizon on pourra être conduit à des réformes de la législation et des revirements de jurisprudence.

2) La découverte des principes de l'évolution du droit en faisant ressortir la fonction sociale du droit et la nécessité d'une concordance des besoins sociaux avec les règles du droit. En choisissant des pays ayant la même civilisation, les mêmes structures politiques, sociales et économiques on constate des tendances sociales similaires qui auront nécessairement leur retombée dans le domaine juridique. Si le droit suit les modifications de structure de la société, il est cependant nécessaire qu'il connaisse au moins la tendance approximative des changements qui s'annoncent.

C'est par la comparaison des tendances existant dans différents pays et préconisant des changements de structures sociales et d'institutions que l'on aboutit à des indicateurs de l'évolution future [3].

C'est ainsi que le phénomène de l'industrialisation a entraîné une société de masse qui a transformé les institutions existantes. Je ne citerai qu'à titre d'exemple les relations du travail marquées par le prodigieux essor des conventions collectives, la généralisation de la sécurité sociale, les progrès de la responsabilité pour risque et l'emprise grandissante de l'Etat sur l'économie et la vie du citoyen, bien qu'à ce dernier égard il se dessine une réaction tendant à protéger le citoyen contre les excès de l'exécutif [4].

3) Une meilleure interprétation des textes internationaux et plus spécialement du droit des communautés européennes.

Le droit communautaire constitue le droit commun uniforme en ce que les règlements sont des lois directement applicables dans les pays membres (art. 189, al. 2 Traité de Rome). En conséquence, la Cour de Justice des Communautés européennes ne recherche pas la solution la mieux adaptée au droit national, mais celle qui correspond le plus à la finalité du Traité. Cependant la Cour en établissant des principes généraux de la Communauté doit-elle comparer les systèmes juridiques nationaux et choisir dans chacun des pays membres les solutions qui,

3 v. M. Rontondi : Technique du droit, p. 14
R. Savatier : Les bases sociales du droit comparé et l'accélération de l'histoire in « Problèmes contemporains de droit comparé » II, p. 377 et ss.

4 Bullinger : Gerichtsschutz gegen die Exekutive, Köln 1971, S. 193 u. ff.

compte tenu des objectifs du Traité, lui paraissent les meilleures [5].

4. Un rapprochement et une harmonisation juridiques entre les différents systèmes.

Pareille harmonisation est indiquée en Europe, d'autant plus qu'une unification sera difficile à réaliser vu les facteurs politiques et sociologiques parfois divergents. Ce n'est que par les études comparatives que l'on pourra progresser sur la voie longue et difficultueuse menant à des règles de droit uniforme [6]. La réalisation de ce but est souhaitable en vue d'établir par le biais de l'unification des charges sociales, — élément indirect du coût de la main-d'œuvre — des conditions économiques et concurrentielles similaires dans une économie de marché.

* *

Si tels sont brièvement les principaux intérêts sur le plan du droit social comparé, il ne faut pas oublier que la solution des questions sociales ne se limite pas à la seule discipline du droit, mais qu'on doit faire appel également à la sociologie, à la psychologie, à l'économie sociale et à la médecine pour aboutir à une communication pluri- et interdisciplinaire aussi grande que possible. Etant donné les moyens restreints dont dispose le Centre de Droit social du Luxembourg, toutes les disciplines rentrant dans le cadre des sciences sociales ne sauraient faire entendre ici leur voix, mais il a paru indispensable de compléter le volet du droit par celui de la médecine. C'est pourquoi ces journées devraient susciter des échanges de vues et une compréhension mutuelle plus grande entre juristes et médecins.

Par surcroît les médecins luxembourgeois auront au contact de leurs collègues étrangers l'occasion de se tenir au courant des méthodes nouvelles et cette fois plus spécialement en matière d'expertise médicale.

A l'adresse des participants étrangers, je voudrais relever que nous n'avons pas voulu faire de ces journées une grande manifestation publique, mais une réunion de travail entre spécialistes des questions traitées. En vue de ne pas nous éparpiller et afin de pouvoir étudier ensemble par le détail des questions

5 V. Conclusions Avocat général Lagrange, Aff. 14/61, Recueil Jurispr. Cour. Comm. Europ. t. VIII, p. 539.

6 Zweigert : Die Rechtsvergleichung im Dienste der Rechtsvereinheitlichung, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1951.

précises, nous nous sommes bornés à un cadre restreint de spécialistes appartenant aux deux grands pays voisins du Luxembourg tout en ayant l'espoir que tant les représentants français que les représentants allemands auront intérêt à se rencontrer ici pour exposer et apprendre réciproquement leurs systèmes nationaux tout en faisant bénéficier leur petit frère luxembourgeois de leur vaste expérience et de leurs connaissances scientifiques étendues.

Cet échange d'études et de vues ne saurait donc être que bénéfique pour tous, car en élargissant les horizons nationaux, on aboutira à une compréhension mutuelle plus grande grâce aux communications écrites et discussions. C'est ainsi que ces journées constitueront la base d'une communauté d'acquêts féconde pour tous.

MOTIVATION UND ZIELE DER TAGE FÜR VERGLEICHENDES SOZIALRECHT UND SOZIALMEDIZIN

von

André THILL

Leiter des Zentrums für Sozialrecht

Die Luxemburger Treffen für vergleichendes Sozialrecht wurden aus der Erkenntnis geboren, daß ein Informationsaustausch eine Notwendigkeit darstellt, besonders für die luxemburgischen Sozialversicherungsträger die nicht in aller Abgeschlossenheit leben können, sondern prüfen müssen was sich außerhalb der Grenzen tut.

Die Tage sind von einem parteilosen und objektiven Geist getragen und stützen sich auf die vergleichende Methodologie. Indem man ein Mikro-Vergleich anstellt, wird man die juristischen Normen verschiedener Rechtssysteme vergleichen die denselben Tatbestand regeln. Aufklären durch Darlegung der nationalen Regelungen, dieselben miteinander vergleichen um gegebenenfalls zu einem Schluß zu kommen, dies bilden die drei zu überwindenden Etappen.

Man wird vier bestimmte Ziele anstreben :

1. Ein größeres Verständnis und eine Verbesserung der nationalen Rechtsordnungen mittels Bereicherung der juristischen Kenntnisse durch Einschließen fremden Rechtsgutes.

Durch Einschließung dringt der Komparatist ins fremde Rechtsgebiet ein und dies erlaubt ihm die Vor- und Nachteile seiner eigenen Regelung zu entdecken [1]. Er wirft Kleingeist ab und verläßt den juristischen Provinzialismus um nach objektiver Rechtsvergleichung zu zugeben, daß andere dieselben Probleme besser gelöst haben [2].

Aufgrund seiner Ergebnisse, wird der Komparatist in aller Bescheidenheit die Relativität der nationalen Regelungen anerkennen und er wird sich bemühen sein nationales Recht anzureichern durch Begriffe und Lösungen die sich im Ausland in einer parallel verlaufenden Erfahrung bewährt haben. Durch diese Ausweitung des geistigen Horizontes wird man zu Gesetzesänderungen und Rechtssprechungsumschwünge gelangen.

2. Die Auffindung der Prinzipien die die Rechtsentwicklung bestimmen indem man die soziale Funktion des Rechts und das zwingende

1 Lawson : The field of comparative Law . Juridical Review Edinborough, 1949, S. 16

2 A. Tunc : « Heraus aus dem Neolitikum », Dalloz Chron. 1957, S. 73 Yntema : Some remarks on « Looking out of the Cave », Michigan Law Review, Bd. 5, S. 899.

Übereinstimmen der sozialen Bedürfnisse mit den gesetzlichen Regelungen hervorstreicht.

Man wird Länder wählen die die gleiche Zivilisation, dieselben politischen, sozialen und wirtschaftlichen Strukturen aufweisen um ähnliche parallele Bestrebungen festzustellen, die notwendigerweise ihren Einfluß aufs Rechtsgebiet ausüben. Wenn das Recht den Strukturänderungen der Gesellschaft folgt, so ist es jedoch unumgänglich wenigstens annährend die sich abzeichnenden Änderungen zu erfassen.

Durch ein Vergleich der bestehenden Tendenzen in verschiedenen Ländern welche soziale Strukturveränderungen oder institutionelle Änderungen anstreben, wird man zu Orientierungsanzeichen gelangen, die die künftige Entwicklung bestimmen [3].

So hat das Phänomen der Industrialisierung eine Massengesellschaft erzeugt die die bestehenden Institutionen verwandelt hat. Ich führe bloß folgende Beispiele an :

— die arbeitsrechtlichen Beziehungen, die eine erstaunliche Entwicklung auf dem Gebiete der Tarifverträge verzeichnet haben;
— die Verallgemeinerung des Systems der sozialen Sicherheit;
— die Ausdehnung der Gefährdungshaftung;
— die zunehmende Einflußnahme des Staates auf das wirtschaftliche und das private Leben des Bürgers, obwohl, was den letzten Punkt, anbelangt, sich eine Reaktion abzeichnet die den Bürger gegen die Übergriffe der staatlichen Gewalt schützen will [4].

3. Eine bessere Auslegung der internationalen Rechtsvorschriften und im besonderen des Rechts der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft.

Das Recht der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft bildet ein allgemeines einheitliches Recht, insofern die Verordnungen in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbares Recht darstellen (Art. 189, Abs. 2 des EWG-Vertrages). Der europäische Gerichtshof bemüht sich eine Entscheidung zu fällen, die nicht die bestmögliche im Gefüge eines nationalen Rechtes darstellt, aber diejenige die am besten der Finalität des Vertrages entspricht. Wenn der Gerichtshof jedoch die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts aufstellt, muß er die einzelnen nationalen Rechtssysteme vergleichen und in jedem Mitgliedstaat die Regelungen wählen, die in Anbetracht der Vertragsziele, ihm als die besten erscheinen. [5]

3 s. M. Rotondi : Technik des Rechts : S. 14
R. Savatier : Les bases sociales du droit comparé et l'accélération de l'histoire in « Problèmes contemporains de droit comparé », Bd. II, S. 377 u. ff.

4 Bullinger : Gerichtsschutz gegen die Exekutive, Köln 1971, S. 193 u. ff.

5 s. Concl. Generalanwalt Lagrange Sache 14/61, Europ. Gerichtshofentsch. Bd. VIII, S. 539

4. Eine Annäherung und eine Angleichung der verschiedenen Rechtssysteme. Eine solche Angleichung ist in Europa angezeigt, umsomehr als eine Vereinheitlichung schwer zu erreichen ist, in Anbetracht der politischen und soziologischen Faktoren, die manchmal auseinanderstreben. Nur durch rechtsvergleichende Studien wird man auf den langen und schwierigen Weg zu einheitlichen Rechtsnormen kommen [6]. Dies wäre unter anderem begrüßenswert um über die Vereinheitlichung der Soziallasten — mittelbares Element der Lohnkosten — ähnliche Wirtschafts- und Wettbewerbsbedingungen in einer freien Marktwirtschaft zu ermöglichen.

* *

Sind dies kurz umrissen die hauptsächlichen Gründe auf dem Gebiet der Rechtsvergleichung des Sozialrechts, so muß man sich vergegenwärtigen, daß die Lösungen der sozialen Fragen sich nicht auf das Rechtsgebiet beschränken, sondern daß man auch die Soziologie, die Psychologie, die soziale Wirtschaftswissenschaft und die Medizin ansprechen muß, um einen pluri- und interdisziplinären Austausch herzustellen. Da jedoch die Mittel des Sozialrechtszentrums in Luxemburg beschränkt sind, können nicht alle Fachrichtungen die in den Bereich der Sozialwissenschaft fallen, hier ihre Stimme verlauten lassen. Es scheint jedoch unumgehbar das Gebiet des Rechts durch die Medizin zu ergänzen. Aus diesem Grunde sollen diese Tage einen Gedankenaustausch und ein größeres gegenseitiges Verständnis zwischen Juristen und Ärzten fördern.

Außerdem werden die Luxemburger Ärzte im Kontakt mit ihren ausländischen Kollegen die Möglichkeit haben sich über neuere Methoden auf dem laufenden zu halten und diesmal im besonderen auf dem Gebiete der ärztlichen Begutachtung.

Für unsere ausländischen Gäste möchte ich hervorheben, daß diese Tage keine öffentliche Veranstaltung darstellen, sondern eine Arbeitstagung von Spezialisten des gewählten Themas. Damit die Tagung nicht ausufert und wir bestimmte Fragen im einzelnen erörtern können, haben wir uns auf einen beschränkten Rahmen von Spezialisten aus den zwei großen Nachbarländern festgelegt. Wir hoffen, daß sowohl die französischen wie die deutschen Vertreter Interesse daran haben sich hier zusammenzufinden um ihre nationalen Systeme darzulegen und gegenseitig kennen zu lernen, jedoch gleichzeitig ihren kleinen luxemburgischen Bruder von ihrer ausgedehnten Erfahrung und wissenschaftlichen Kenntnissen Nutzen ziehen zu lassen.

Somit kann dieser Studien- und Gedankenaustausch nur gewinnbringend für alle sein, da man durch ein Ausweiten der nationalen Gesichts-

6 Zweigert : Die Rechtsvergleichung im Dienste der Rechtsvereinheitlichung, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1951.

kreise ein größeres gegenseitiges Verständnis durch die schriftlichen Berichte und die Verhandlungen herbeiführen wird. In diesem Sinne werden diese Tage die Grundlagen einer fruchtbaren Errungenschaftsgemeinschaft bilden.

L'INDEMNISATION DE LA PERTE DE CAPACITÉ DE GAIN PAR LE RÉGIME GÉNÉRAL DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

par

Yves SAINT-JOURS
Docteur en droit
Maître-assistant à l'Université de Paris-1

La Sécurité sociale a pour mission fondamentale de garantir les travailleurs et leur famille contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain [1]. Ces risques sont ceux qui altèrent la force de travail des assurés sociaux les privant de tout ou partie de leurs revenus en même temps que de leur capacité de gain. Ils se distinguent du chômage lequel s'analyse dans la perte d'un emploi sans avoir la possibilité d'en trouver un autre et dont l'indemnisation, s'effectuant en marge de la sécurité sociale, échappe à notre propos [1bis].

La perte de la capacité de gain résulte de situations diverses : maladie, maternité, accident du travail, usure prématurée ... et fait appel selon les types d'assurances qui en garantissent l'indemnisation à des concepts différents : invalidité, incapacité et inaptitude bien que l'incapacité de travail en constitue le dénominateur commun.

L'indemnisation de la perte de la capacité de gain par la sécurité sociale demeure profondément influencée par la législation des accidents du travail qui avait retenu, à la fin du XIX[e] siècle, le principe d'une réparation forfaitaire résultant du compromis réalisé, à cette époque, entre les partisans du maintien de la notion de faute comme fondement de tout système de responsabilité et les tenants de la théorie du risque dans la réparation des accidents du travail. Depuis lors, les victimes d'accidents du travail et, en règle générale, les assurés sociaux dans leur ensemble n'en finissent pas de payer le prix de la substitution de la théorie du risque à la notion de faute par une indemnisation forfaitaire, c'est-à-dire partielle de leur préjudice.

1 Art. 1[er] du Code de la sécurité sociale

1bis Il s'agit de l'aide publique de l'Etat et de l'assurance chômage gérés par des organismes paritaires : les ASSEDIC (Associations pour l'emploi dans l'industrie et le commerce).

Dans le contexte actuel qui voit, en dehors de la Sécurité sociale, se généraliser progressivement l'indemnisation intégrale du préjudice subi par les victimes des accidents de droit commun du fait de l'obligation d'assurance en matière de chasse et de mise en circulation des véhicules terrestres à moteur, le principe de l'indemnisation forfaitaire devient notoirement insuffisant et n'éludera guère encore longtemps sa remise en cause [2].

Ces quelques considérations préliminaires vont nous conduire à traiter successivement des techniques juridiques de l'indemnisation de la perte de capacité de gain (I), des modalités de l'indemnisation forfaitaire (II) et de la recherche d'une indemnisation intégrale (III).

I. LES TECHNIQUES JURIDIQUES D'INDEMNISATION

L'indemnisation de la perte de capacité de gain repose sur trois éléments fondamentaux : la notion de capacité de gain, le principe de l'indemnisation forfaitaire et la diversité des types d'assurances mis à contribution au sein de la Sécurité sociale.

A. *La notion de la perte de capacité de gain*

La perte de capacité de gain résulte, en règle générale, des effets d'une maladie, d'un accident du travail ou de droit commun, de la maternité ou de l'usure prématurée de l'organisme humain. Ces effets appréhendés sous divers concepts : invalidité, incapacité, inaptitude ou indisponibilité au travail sont appelés chacun à jouer un rôle spécifique dans le mécanisme d'indemnisation des assurés sociaux.

a) L'invalidité

L'invalidité ouvrant droit à l'indemnisation à ce titre par la Sécurité sociale s'entend de celle qui réduit : « *au moins des deux tiers la capacité de travail ou de gain de l'assuré, c'est-à-dire le mettant hors d'état de se procurer, dans une profession quelconque, un salaire supérieur, au tiers de la rémunération normale perçue dans la même région par des travailleurs de la même catégorie, dans la profession qu'il exerçait avant la date de l'interruption de travail suivie d'invalidité ou la date de la constatation médicale de l'invalidité, si celle-ci résulte de l'usure prématurée de l'organisme* » [2bis].

L'état d'invalidité est apprécié en tenant compte de la capacité de travail restante, de l'état général, de l'âge et des facultés physiques et mentales de l'assuré ainsi que de ses aptitudes et de sa formation professionnelle [3].

Le taux d'invalidité des deux tiers requis en matière d'indemnisation doit ainsi s'apprécier eu égard aux deux critères réunis de l'incapacité physique ou mentale et de l'incapacité professionnelle. En cas de litiges, les juges du fond doivent vérifier que, pour déterminer l'état d'invalidité, il a bien été tenu compte de tous les éléments prescrits par la loi [4].

Par exemple, s'agissant d'un assuré atteint de cécité, il a pu être estimé que l'invalidité de l'intéressé n'entraînait pas une réduction des deux tiers de sa capacité de travail ou de gain par rapport à celle d'un travailleur de la même profession, tout en admettant que, sur le plan médical, elle était supérieure aux deux tiers dès lors qu'il avait été constaté que l'intéressé exerçait, en dépit de son invalidité et avec beaucoup de mérite, une activité régulière de standardiste et en retirait un salaire normal [5].

A l'inverse un état d'invalidité qui sur le plan médical est inférieur aux deux tiers peut, eu égard à l'âge, l'état général et la profession exercée par l'intéressé, entraîner une incapacité de travail égale ou supérieure aux deux tiers.

b) L'incapacité de travail

L'incapacité de travail, sous-jacente dans toutes les hypothèses de perte de capacité de gain, est plus particulièrement retenue en matière de maladie ou d'accident du travail. A son propos on distingue l'incapacité temporaire et l'incapacité permanente ou définitive. La première n'implique qu'un critère physique médicalement constaté tandis que la seconde exige la combinaison des deux critères physique et professionnel.

En matière d'accident du travail, le taux d'incapacité partielle et permanente est déterminé d'après la nature de l'infirmité,

2 Dans ce sens une loi n° 76-1106 du 6 décembre 1976 prévoit, outre l'indemnisation de la perte de capacité de gain, la reparation des troubles de l'existence subis par la victime d'un accident du travail imputable à une faute inexcusable de l'employeur ou de son substitué dans la direction du travail.

2bis Art. 304 du Code de la sécurité sociale

3 Art. 305 du Code de la sécurité sociale

4 V. not. Cass. soc. 20 juin 1968, Bull. civ. V, p. 259, n° 318; Cass. 2e civ., 8 déc. 1964, Bull. civ. II, p. 616, n° 839; Cass. civ. 2e, 9 déc. 1959, Bull. civ. II, p. 540, n° 828.

5 Cass. soc. 8 janv. 1970, Leroy, Bull. civ. V, p. 10 n° 15

l'état général, l'âge, les facultés physiques et mentales de la victime ainsi que d'après ses aptitudes et sa qualification professionnelle, compte tenu d'un barème indicatif d'invalidité [6].

L'amputation d'une jambe n'entraîne pas une incapacité de travail identique chez un coureur cycliste professionnel et pour un comptable. Le premier devra se recycler totalement dans une autre profession tandis que le second pourra continuer à exercer son métier ne perdant guère que ses chances de reconversion dans une activité professionnelle non sédentaire.

c) L'inaptitude au travail.

L'inaptitude au travail est retenue en matière de vieillesse. Peut, en l'occurrence, être reconnu inapte au travail l'assuré qui, âgé de soixante ans ou moins, n'est pas en mesure de poursuivre l'exercice de son emploi sans nuire gravement à sa santé et qui se trouve atteint d'une incapacité de travail de 50% médicalement constatée, compte tenu de ses aptitudes physiques et mentales à l'exercice d'une activité professionnelle [7].

On retrouve ici encore la combinaison classique des deux critères physique et professionnel de l'incapacité de travail.

d) L'indisponibilité au travail

Cette terminologie n'est pas utilisée dans les textes, mais on peut la déduire de situations concrètes où l'assuré social se trouve placé dans un état d'indisponibilité au travail et peut, le cas échéant, bénéficier à ce titre d'une indemnisation de la perte de gain.

Il s'agit des arrêts de travail prescrits soit en raison du repos pré- et postnatal [8], soit pour soigner une enfant malade [9], soit

6 Art. 453, al. 3 du Code de la sécurité sociale. Le barème indicatif d'invalidité a été établi par un decret du 24 mai 1939. Il a fait l'objet de vives critiques de l'Inspection générale des affaires sociales qui préconise une modification tenant compte des progrès médicaux, techniques et du contexte socio-professionnel et sa révision est imminente.

7 Art. 333 du Code de la sécurité sociale complété par le décrét n° 72-423 du 17 mai 1972 et une circulaire de la même date (J. O. du 25 mai).

8 Art. 298 du Code de la sécurité sociale.

9 Des indemnités journalières peuvent être versées à ce titre dès lors qu'elles sont prévues par le règlement intérieur des caisses d'assurance maladie.

encore pour suivre un traitement thermal. Dans les deux derniers cas, l'indemnisation de la perte de gain n'intervient qu'au titre des prestations supplémentaires, c'est-à-dire en fonction de la situation de fortune des assurés sociaux.

L'indemnisation de l'indisponibilité au travail est ainsi très aléatoire sauf en matière de congé de maternité où elle est, au contraire, favorisée comme nous le verrons plus loin à propos des indemnités journalières de maternité.

Ces divers concepts : invalidité, incapacité, inaptitude et indisponibilité au travail jouent un rôle spécifique dans la technique juridique de l'indemnisation de la perte de capacité de gain, mais cette technique obéit à un principe fondamental qui en gouverne toute l'économie : l'indemnisation forfaitaire.

B. *Le principe de l'indemnisation forfaitaire*

Pour bien saisir ce principe et ses implications il faut s'attarder quelques instants sur son origine, ses incidences et ses correctifs.

a) L'origine

Comme nous l'avons déjà souligné, ce principe trouve son origine dans la législation des accidents du travail de 1898 et plus précisément dans le compromis historique réalisé à cette époque entre les partisans de la théorie du risque et ceux du maintien de la faute comme fondement de toute responsabilité. Depuis lors la substitution de la notion de risque à celle de faute a toujours trouvé, dans le système de sécurité sociale, sa contrepartie dans le principe de l'indemnisation forfaitaire.

Ce principe s'oppose, selon une idéologie dominante, à l'indemnisation intégrale de la perte de capacité de gain des assurés sociaux sauf lorsque surgit, le cas échéant, dans la réalisation du risque, la faute d'un tiers ou la faute d'une extrême gravité de l'employeur ou de ses préposés lesquelles seules peuvent justifier un complément d'indemnisation.

b) Les incidences

Parce que forfaitaire l'indemnisation de la perte de capacité de gain est limitée à la fois par la fourchette du gain indemnisable et par le taux d'indemnisation fixé autoritairement selon le type d'assurance correspondant : maladie, maternité, invalidité, accident du travail ou vieillesse.

1° La détermination du gain indemnisable.

La capacité de gain s'apprécie, en principe, d'après les salaires ou revenus professionnels que l'assuré retire de l'exploi-

tation par autrui ou par lui-même de sa force de travail. Dans un système d'indemnisation intégrale les salaires ou revenus professionnels sont pris en compte pour leur totalité, mais dans un système d'indemnisation forfaitaire ils n'entrent en considération que dans les limites d'une fourchette fixée autoritairement.

La limite inférieure se confond très souvent avec le salaire minimum interprofessionnel de croissance (S.M.I.C.). Elle peut être supérieure au salaire perçu par l'intéressé comme c'est parfois le cas des salariés à temps partiel, ce qui lui confère un caractère non seulement indemnitaire mais aussi alimentaire.

La limite supérieure correspond généralement au plafond des salaires soumis à cotisation de sécurité sociale, lequel est relevé annuellement en fonction de l'évolution générale des salaires.

Toutefois en matière d'accident du travail, il existe une fourchette spéciale des gains à prendre en considération sans aucun lien avec l'assiette des cotisations [10] et les revenus tirés d'une activité conjointe non salariée sont pris en considération au même titre que les salaires comme cela a été jugé à propos des médecins ayant une activité mixte, salariée et libérale [11].

2° La fixation du taux d'indemnisation.

Le taux d'indemnisation est fixé forfaitairement selon le type d'assurance qui est appelé à prendre l'indemnisation de la perte de capacité de gain en charge. Ce taux correspond généralement à une indemnisation partielle du gain indemnisable exception faite des rentes d'accident du travail qui sont soit fixées au taux de 100% en raison de l'incapacité totale de la victime, soit calculées sur la base du salaire effectif par l'effet de la sanction prise contre l'auteur d'une faute inexcusable.

Le taux d'indemnisation varie enfin selon qu'il s'agit d'une incapacité de travail temporaire donnant lieu au versement d'indemnités journalières ou d'une incapacité de travail définitive justifiant l'attribution des rentes ou pensions éventuellement réversibles sur la tête du conjoint survivant et des orphelins.

Nous retrouverons ce problème en examinant plus en détail les modalités de l'indemnisation forfaitaire.

c) Les correctifs

Les correctifs au principe de l'indemnisation forfaitaire tendent vers une indemnisation complémentaire, parfois intégrale de la victime. Ils reposent sur la survie de la notion de faute dans la réalisation du risque et se rencontrent dans trois hypothèses : la faute du tiers responsable, la faute intentionnelle et la faute inexcusable. Les deux premières justifient le retour à la responsabilité civile et la troisième conduit à la modulation du montant des rentes d'accident du travail [12] et, le cas échéant, à la réparation des troubles de l'existence subis par la victime d'un accident du travail imputable à une faute inexcusable de l'employeur ou de son substitué.

1° Le retour à la responsabilité civile.

Lorsqu'il s'agit d'un accident de travail ou d'un accident de droit commun dont la responsabilité est imputable à un tiers ou d'un accident du travail provoqué par la faute intentionnelle de l'employeur ou de l'un de ses préposés, comme c'est notamment le cas en matière de rixe au temps et au lieu du travail, la victime conserve son droit d'engager un recours contre l'auteur responsable ou, le cas échéant, son commettant pour obtenir la réparation complémentaire de son préjudice selon les règles du droit commun de la responsabilité civile [13].

10 En matière d'accident du travail la limite inférieure qui constitue le salaire minimum de base est reliée au système d'échelle mobile des pensions d'invalidité et la limite supérieure est fixée de la façon suivante :
— jusqu'à un plafond fixé à deux fois le salaire minimum de base la rémunération est retenue dans sa totalité;
— au-dessus et jusqu'à huit fois le salaire minimum de base la rémunération n'est retenue que pour un tiers.

11 V. not. Cass. soc. 13 nov. 1975, Dr. soc. 1976. 324, note Y Saint-Jours et les références citées.

12 Pour une vue plus complète sur le rôle de la faute dans le droit de la Sécurité sociale on peut se reporter à notre thèse : La faute dans le droit général de la Sécurité sociale Paris 1971, publiée par la L.G.D.J., 20, rue Soufflot, Paris V°.

13 Art. 1382 à 1384 du Code civil. Précisons qu'en matière d'accident du trajet l'employeur et les copréposés de la victime sont considérés en vertu de l'article 470-1 du Code de la sécurité sociale comme des tiers responsables contrairement aux accidents du travail proprement dit. Par ailleurs un époux est également considéré comme un tiers responsable lorsqu'il est l'auteur d'un accident dont l'autre époux a été la victime et que tous deux sont assurés sociaux de leur propre chef (Cass. 2° civ., 7 juin 1967, Bull. 11, p. 148, n° 213 Dr. Soc. 1968. 415, note P. Voirin, Gaz. Pal. 1967.2.147; Agen, 11 févr. 1969, Sommaires séc. soc. n° 6, p. 1). Par contre si la victime est ayant droit de son conjoint auteur de l'accident celui-ci ne peut être considéré comme tiers responsable (Cass. crim. 25 nov. 1954, Bull. crim. p. 619, n° 356).

La caisse de sécurité sociale qui est tenue de verser à la victime les prestations et indemnités prévues par la législation de sécurité sociale est subrogée à celle-ci pour recouvrer directement contre l'auteur responsable le montant des sommes mises à sa charge du fait de l'accident. Toutefois la caisse ne peut pas poursuivre contre le tiers responsable, notamment en cas de partage de responsabilité, son remboursement sur la part de l'indemnité, de caractère personnel, correspondant aux souffrances physiques et morales endurées par la victime et au préjudice esthétique et d'agrément de vivre [14].

2° Les effets originaux de la faute inexcusable.

Le taux des rentes d'accident du travail peut être modulé en raison d'une faute inexcusable [15] se trouvant à l'origine de la réalisation du risque. Il est majoré ou minoré selon que la faute inexcusable est imputable soit à l'employeur ou à l'un de ses substitués dans la direction du travail, soit à la victime. La faute inexcusable de la victime est rarement invoquée.

En outre, la rente majorée pour faute inexcusable est calculée sur la base du salaire réel de la victime. La majoration du taux de la rente est fixée en fonction de la gravité de la faute sans que le taux majoré puisse être supérieur au taux d'incapacité partielle et permanente de la victime.

L'employeur supporte, en contrepartie de la majoration de la rente, des cotisations supplémentaires d'accident du travail. Il lui est défendu de se garantir par une assurance contre les conséquences de la faute inexcusable à lui imputable à titre personnel ou à titre de commettant [16].

La majoration des rentes pour faute inexcusable, conçue comme une sanction propre à la législation des accidents du travail, tend en définitive à une indemnisation intégrale de la

14 Art. 470 du Code de la sécurité sociale modifié par la loi n° 73-1200 du 27 décembre 1973.

15 Depuis un arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation du 15 juillet 1941, la faute inexcusable s'entend d'une faute « d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur de l'absence de toute cause justificative et se distinguant par le défaut d'intention de la faute intentionnelle.

16 Toutefois dans son article 29, la loi n° 76-1106, du 6 décembre 1976 (J. O du 7 déc.) semble admettre la possibilité pour l'employeur de s'assurer contre les conséquences de la faute inexcusable de ses substitués dans la direction, c'est-à-dire au titre de commettant.

victime sans avoir recours aux règles de la responsabilité civile.

La réparation intégrale qui devrait être la règle générale dans le droit de la sécurité sociale est ainsi érigée en une sanction juridique exceptionnelle.

Toutefois une loi du 6 décembre 1976 [16bis] a apporté une innovation dont le principe mérite d'être souligné. Lorsque la réalisation d'un accident du travail est imputable à la faute inexcusable de l'employeur ou de son substitué dans la direction du travail, la victime peut désormais prétendre à la réparation des autres troubles de l'existence qu'elle a subis = souffrances physiques et morales, préjudices esthétiques et d'agrément perte de chance en matière de promotion professionnelle.

La réparation de ces troubles de l'existence est directement effectuée par la sécurité sociale habilitée a en demander le remboursement à l'employeur. En cas de litiges, les différends doivent être portés devant les juridictions de la sécurité sociale.

Certes, la portée de ce nouveau principe est, pour le moment, pratiquement réduite à sa simple expression, puisque, par exemple, en 1971, on dénombrait 142 cas de fautes inexcusables reconnues sur 209 demandes pour 1 115 245 accidents du travail déclarés. Mais ce principe ainsi officiellement admis ne manquera pas de s'insérer dans les mœurs et de faire à l'avenir « boule de neige » au delà de l'hypothèse de la faute inexcusable où il est apparu.

C. *L'intervention des divers types d'assurances*

L'indemnisation de la perte de capacité de travail met en jeu, au sein de la sécurité sociale, les divers types d'assurances : maladie et maternité, invalidité, vieillesse et accidents du travail.

a) L'assurance maladie et maternité

L'assurance maladie et maternité n'intervient que pour l'indemnisation de l'incapacité temporaire de travail résultant d'une maladie ou d'un accident autre qu'un accident du travail et l'indemnisation de l'état d'indisponibilité lié soit à un traitement thermal, soit à l'état de grossesse.

Cette indemnisation prend la forme d'indemnités journalières versées durant les périodes d'arrêt de travail soit pendant 16 semaines au maximum en matière de maternité, soit pendant trois années consécutives au maximum en cas d'affection re-

16bis Loi n° 76-1106 du 6 décembre 1976 précitée relative au développement de la prévention des accidents du travail.

connues de longue durée, soit pendant 360 jours au maximum par période de trois ans pour les autres affections [17].

b) L'assurance-invalidité

L'assurance-invalidité intervient au cas d'une incapacité définitive des deux tiers résultant soit d'un accident autre qu'un accident du travail, soit d'une maladie invalidante. Elle suppose que l'état de l'assuré social se soit stabilisé sans lui permettre une récupération suffisante de sa capacité de travail.

L'octroi d'une pension viagère d'invalidité prend le relai du versement des indemnités journalières de l'assurance-maladie. A l'âge de 60 ans la pension d'invalidité est automatiquement transformée en pension vieillesse.

c) L'assurance-vieillesse

L'assurance-vieillesse est, par définition, destinée à réparer l'usure de la force de travail. Elle garantit à partir de l'âge de 65 ans le versement d'une pension au taux plein de 50% du salaire moyen des dix meilleures années de l'activité salariée du bénéficiaire, la pension complète exigeant trente-sept ans et demi de cotisations à la sécurité sociale [17bis].

Toutefois au cas d'usure prématurée réduisant à 50% sa capacité de travail, l'assuré social peut bénéficier entre 60 et 65 ans de la liquidation de sa pension vieillesse au taux de 50% comme à l'âge de 65 ans [18].

d) La législation des accidents du travail

Les accidents du travail et les maladies professionnelles officiellement reconnues bénéficient au sein de la sécurité sociale d'une législation particulière. Les arrêts de travail ouvrent droit au versement des indemnités journalières jusqu'à la guérison ou la consolidation de l'état de la victime.

S'il résulte de l'accident du travail une incapacité partielle et permanente, voire totale, la victime bénéficie de l'octroi d'une

17 Art. 289 et 298 du Code de la sécurité sociale.

17 bis La pension vieillesse est le cas échéant assortie d'une majoration pour enfant et pour conjoint à charge. La majoration est de 10% si le bénéficiaire a élevé au moins trois enfants.

18 La pension vieillesse peut être liquidée à l'âge de 60 ans, mais son taux est réduit, à défaut d'inaptitude au travail, à 25% au lieu de 50% du salaire moyen; si la liquidation intervient après 60 ans le taux de 25% est majoré de 1% par trimestre. Toutefois certaines catégories de salariés peuvent obtenir entre 60 et 65 ans une pension au taux plein de 50% : anciens résistants, déportés, prisonniers de guerre, et sous certaines conditions, les travailleurs manuels ayant accompli des travaux pénibles.

rente viagère. En cas de décès de la victime, la rente est réversible sur la tête de ses ayants-cause : conjoint, survivant, orphelins et ascendants, créanciers d'aliments.

Les techniques juridiques, mises en œuvre de manière ponctuelle, éclairent ainsi sans les justifier les modalités de l'indemnisation forfaitaire.

II. LES MODALITES DE L'INDEMNISATION FORFAITAIRE

Les modalités de l'indemnisation forfaitaire de la perte de capacité de gain obéissent à des règles différentes selon le caractère temporaire ou définitif de l'incapacité de travail.

A. *L'incapacité temporaire*

L'indemnisation de l'incapacité de travail temporaire suppose la prescription préalable et le contrôle des arrêts de travail, l'octroi des indemnités journalières distinctes selon les risques garantis et l'éventualité de litiges sur la date de guérison ou de consolidation de l'état de santé de l'assuré social.

a) La prescription et le contrôle des arrêts de travail.

Les arrêts de travail sont, au même titre que les soins, prescrits sur l'initiative des médecins traitants qui, exerçant leur art dans le cadre d'une médecine libérale, sont librement choisis par les assurés sociaux. Le libre-choix du médecin traitant implique, en contrepartie, un contrôle des caisses de sécurité sociale afin de stériliser les abus et les fraudes possibles.

Le contrôle médical est organisé en un service national qui épouse les structures hiérarchiques des caisses d'assurance-maladie et dispose d'un réseau de médecins-conseils et d'agents visiteurs. Les médecins-conseils sont notamment chargés de relever les abus en matière de prescription de soins et d'interruption de travail. Les agents visiteurs exercent une surveillance sur les assurés sociaux en arrêt de travail, c'est-à-dire qu'ils doivent constater si ceux-ci restent bien à leur domicile comme ils en ont l'obligation sous peine de perdre le bénéfice des indemnités journalières.

L'attribution, en complément des indemnités journalières, d'indemnités différencielles de salaire mises à la charge des employeurs par les conventions collectives et les accords de mensualisation ont incité les employeurs à prévoir et organiser un contrôle médical des salariés en arrêt de travail parallèle à celui de la sécurité sociale. La licéité de ce contrôle médical

patronal, très controversé en doctrine, divise actuellement les juges du fond appelés à statuer sur ce sujet [19].

b) L'attribution des indemnités journalières

Les arrêts de travail justifient l'attribution aux assurés sociaux des indemnités journalières de perte de salaire dont le montant est calculé en fonction de la nature du risque couvert : maladie, maternité ou accident du travail.

On distingue ainsi trois catégories d'indemnités journalières :

1° Les indemnités journalières de maladie qui sont versées à partir du 4e jour d'arrêt de travail. Leur montant, égal à 50% du salaire journalier soumis à cotisations de la sécurité sociale [20], est porté aux deux tiers de ce salaire à partir du 31e jour d'arrêt de travail lorsque l'intéressé a au moins trois enfants à charge. Par contre, lorsque l'assuré social est hospitalisé, le montant de l'indemnité journalière peut être minoré du fait que l'établissement hospitalier assure son entretien, mais en fonction de la situation familiale de l'intéressé. Enfin au cas de prescription d'une cure thermale, les indemnités journalières ne sont attribuées pendant la durée du repos nécessité par le traitement qu'au titre des prestations supplémentaires, c'est-à-dire dans la mesure où l'insuffisance des ressources familiales de l'intéressé le justifie.

2° Les indemnités journalières de maternité qui sont versées au cours du repos pré et post-natal, c'est-à-dire pendant une durée de seize semaines au maximum, à la mère assurée sociale de son propre chef et remplissant les conditions requises à cet effet [21]. Toutefois, au cas où l'accouchement intervient postérieurement à la date prévue, l'intéressée bénéficie des indemnités

19 V. not. à ce propos Yves SAINT-JOURS, « Le contrôle médical des arrêts det ravail organisé par les employeurs est-il opposable aux salariés en l'absence d'une procédure d'arbitrage garantissant leurs droits de défense » ? D. 1975. Chron. 91; Nicole CATALA, « Du droit pour les employeurs liés par des accords de mensualisation de soumettre à un contrôle médical les salariés absents pour raison de santé », J. C. P. 1975.1.2748; J. C. JAVILLIER, « Une illustration du conflit des logiques (droit à la santé et droit des obligations) : le contrôle « médical » patronal des absences en cas de maladie du salarié », Dr. soc., 1976 265.

20 On calcule par exemple le salaire journalier en divisant le salaire mensuel par 30 jours.

21 L'assurée doit justifier de dix mois d'immatriculation à la date présumée de l'accouchement et d'une certaine durée d'emploi salarié. Le délai de six mois d'immatriculation a été fixé pour éviter les affiliations à la Sécurité sociale uniquement motivées par une grossesse.

journalières de repos prénatal au-delà de six semaines sans que soit réduite la durée de l'indemnisation du repos post-natal [22]. Le montant des indemnités journalières est fixé à 90% du salaire journalier de base calculé comme en matière d'assurance-maladie sans pouvoir dépasser le quatre-centième du plafond annuel des cotisations de sécurité sociale. Enfin en cas de grossesse pathologique ou de suite de couches pathologiques entraînant selon le cas, un arrêt de travail avant le repos pré-natal ou prolongeant l'interruption de travail après le repos post-natal, les indemnités journalières sont versées au titre de l'assurance maladie.

3° Les indemnités journalières d'accident du travail qui sont versées à la victime à partir du premier jour ouvrable suivant l'arrêt de travail consécutif à l'accident et pendant toute la période d'incapacité de travail qui précède soit la guérison, soit la consolidation de la blessure ou le décès ainsi que dans le cas de rechute ou d'aggravation de la lésion [23]. Leur montant est fixé à 50% du salaire journalier de référence, il est porté aux $^2/_3$ à compter du 29e jour suivant l'interruption de travail. Le salaire journalier de référence n'est pris en considération que dans la limite d'un maximum égal au centième du plafond annuel des cotisations de sécurité sociale [24].

Les indemnités journalières de maladie et d'accident du travail peuvent faire l'objet d'une majoration en cas d'augmentation générale des salaires postérieurement à l'arrêt de travail ou lorsque celui-ci se prolonge au-delà de trois mois [25]. Ces indemnités peuvent, en outre, être maintenues dans certaines limites [26] soit en cas de reprise d'un travail médicalement autorisé pour favoriser la guérison ou la consolidation de la blessure, soit pendant une période de réadaptation fonctionnelle ou de rééducation professionnelle sans que leur cumul avec le salaire perçu puisse dépasser le salaire normal des travailleurs

22 Lettre ministérielle du 31 mai 1965, B. J., n° 26, 1965 F. 4. Cette disposition fait application de la Convention n° 3 de l'O. I. T. selon laquelle « aucune erreur de la part du médecin dans l'estimation de la date d'accouchement ne pourra empêcher une femme de recevoir une indemnité à laquelle elle a droit à compter de la date du certificat jusqu'à celle à laquelle l'accouchement se produira. »

23 Le jour de l'accident la victime a droit au salaire prévu qui est à charge de l'employeur.

24 Le salaire journalier de référence s'obtient en divisant le salaire perçu par la victime pendant une période de paye déterminée par le nombre de jours ouvrables compris dans cette période.

25 Art. 290 et 449 du Code de la sécurité sociale.

26 Art. 289, 442 et 448 du Code de la sécurité sociale

de la même catégorie professionnelle.

c) Les litiges relatifs à la date de guérison

La cessation du versement des indemnités journalières étant subordonnée à la guérison ou à la consolidation de l'état de l'assuré social des litiges surgissent parfois, entre le médecin traitant et le médecin conseil de la caisse primaire d'assurance maladie, à propos de la date de la reprise du travail. Ces litiges donnent lieu à une expertise médicale spéciale [27].

Le médecin expert appelé à vider le litige est choisi d'un commun accord par le médecin traitant et le médecin-conseil. A défaut, il est désigné par le directeur départemental de la santé. Son avis technique s'impose à toutes les parties intéressées et, le cas échéant, aux juges dès lors qu'il est « précis, clair et sans équivoque » et que l'expertise a été faite dans des conditions régulières.

Les indemnités journalières n'étant dues que pour la période d'incapacité de travail médicalement constatée, la cessation de leur versement intervient à la date fixée par le médecin expert lequel peut suivre à ce sujet l'avis de l'un des deux médecins en désaccord ou émettre une opinion toute personnelle. Dès lors l'assuré social se trouve pratiquement dans l'obligation de reprendre son travail selon l'avis du médecin conseil, et ce au risque d'une aggravation de son état de santé, s'il ne veut pas prendre le risque d'être privé de ressources durant la période d'expertise.

Cette situation, particulièrement inconfortable pour l'assuré social, et a fortiori pour la victime d'un accident du travail, pris entre deux avis médicaux contraires, nécessite une révision des textes afin qu'il soit mis fin à ce qui constitue en la matière une insécurité sociale [28]. A notre avis la solution consisterait à maintenir les indemnités journalières jusqu'à la date de la notification à l'intéressé de l'avis de l'expert, la procédure d'expertise étant organisée d'urgence comme en matière de référés.

27 Cette expertise médicale résultant d'une ordonnance du 7 janvier 1959 déroge au droit judiciaire français en ce que l'avis de l'expert s'impose à tous y compris, le cas échéant, aux juges. V. not. : L. ROCHE et L. POUJOL : « L'exercice médical en matière de sécurité sociale », Rev. dr. san. et soc. 1976 381.

28 Les juges du fond hésitant parfois malgré la cassation qui plane sur leur décision à faire supporter notamment aux victimes d'accidents du travail la perte des indemnités journalières en cas de désaccord du médecin traitant et du médecin conseil sur la date de guérison ou de la consolidation. V. not. Cass. soc., 26 juin 1974 et 3 juill. 1974, Dr. soc. 1975.138 et nos observations.

B. L'incapacité définitive

L'indemnisation de l'incapacité définitive de gain suppose la récupération éventuelle du maximum de la capacité de gain perdu, la détermination du taux d'incapacité définitive de travail et l'attribution d'un revenu définitif de remplacement : pension ou rente.

a) La réadaptation fonctionnelle et professionnelle

La Sécurité sociale s'assigne comme objectif majeur, au cas de maladie invalidante ou d'accident susceptible d'entraîner une incapacité définitive de travail, de permettre aux intéressés de récupérer, dans la mesure du possible, leur capacité de gain soit par une réadaptation fonctionnelle, soit par la rééducation professionnelle, afin de faciliter leur reclassement professionnel [29].

La réadaptation fonctionnelle consiste à fournir à celui qui a perdu sa capacité de gain les moyens de retrouver une activité compatible avec ses capacités réduites tandis que la rééducation professionnelle s'entend de l'acquisition d'une nouvelle qualification en rapport avec les capacités de celui qui est devenu inapte à occuper son ancien emploi. Toutefois la terminologie n'est pas toujours très rigoureuse et l'on parle souvent de réadaptation professionnelle [30].

Bien que constituant des droits distincts, la réadaptation fonctionnelle et la rééducation professionnelle sont soumises à un régime juridique à peu près équivalent: remboursement des frais de séjour et de transport au cas d'admission dans un établissement spécialisé, fourniture de l'appareillage de prothèse et d'orthopédie et versement d'indemnités journalières [31].

Cependant la réadaptation fonctionnelle comporte, en règle générale, un traitement particulier qui contraint l'intéressé à se soumettre aux diverses mesures prescrites par l'autorité sanitaire, à accomplir les exercices et travaux pénibles susceptibles de favoriser la rééducation professionnelle et à s'abstenir de toute activité non autorisée alors que la rééducation profes-

29 Art. 71 à 102 du décret du 31 décembre 1946 modifiés par le décret n° 61—28 du 11 janvier 1961.

30 V. not. Yvette GAUTHIER : « La rééducation professionnelle des accidents du travail », Rev. prat. dr. soc. 1976.169.

31 Les indemnités journalières peuvent se cumuler avec un salaire ou une rente dans la limite du cumul autorisé par la législation applicable : assurance maladie ou accident du travail.

sionnelle peut s'accomplir, dans certains cas, chez un employeur.

b) La détermination du taux d'incapacité définitive

Qu'il s'agisse de l'invalidité, de l'inaptitude ou de l'incapacité partielle et permanente, le taux d'incapacité définitive est fixé par la Caisse de sécurité sociale après avis du médecin conseil qui s'enquiert lui-même, en principe de l'avis du médecin traitant.

Divers facteurs sont pris en considération, notamment en matière d'accident du travail : l'état préexistant de la victime, l'incapacité résultant d'un accident antérieur et, éventuellement, les effets d'une rechute. Le taux d'incapacité fixé par la Caisse de sécurité sociale peut faire l'objet d'une révision en fonction de l'évolution postérieure de l'état de l'intéressé et, en cas de litige, d'un recours devant le contentieux technique médical. Il est néanmoins inopposable au tiers responsable d'un accident du travail ou de droit commun.

1° L'état pathologique préexistant.

En principe la victime d'un accident survenu au temps et au lieu du travail bénéficie d'une présomption d'imputabilité [32] et il appartient à tous ceux qui entendent contester la qualification d'accident du travail d'apporter la preuve de l'absence de tout lien de causalité entre le travail et l'accident.

La présomption d'imputabilité implique corrélativement que toute incapacité provoquée par l'accident du travail soit prise en considération dans sa totalité pour l'évaluation du taux d'incapacité partielle et permanente, y compris l'incapacité résultant de l'aggravation d'un état pathologique antérieur, à moins qu'il ne soit démontré que la lésion résulte uniquement de l'évolution d'un état antérieur et que le travail n'a joué aucun rôle dans son apparition comme cela peut être parfois le cas à propos des hernies, lumbagos, infarctus etc. [33].

Cette règle que l'on pouvait croire bien établie tend à être atténuée lorsqu'un état préexistant, en général congénital, entraînait déjà pour la victime une incapacité de travail. Dans cette hypothèse, la jurisprudence réintroduit le partage de causalité afin de réduire la réparation à la seule incapacité résultant de l'accident du travail [34].

32 Cass. Ch. réun. 7 avril 1921, S. 1922.1.81. note Sachet

33 V. not. la jurisprudence citée dans l'étude de R. MELLOTEE, « Les états préexistants aux accidents du travail », D. 1973, Chron. 173 et nos observ. sous trois arrêts de la chambre sociale. J. C. P. 1973. II.17535.

Cette solution qui se justifie pleinement dans un système de réparation intégrale du préjudice subi par la victime n'est plus satisfaisante dans un système de réparation forfaitaire fondée sur la notion de risque. L'aggravation d'un état d'incapacité préexistant, non indemnisé à un titre quelconque, fait partie du risque auquel l'employeur expose l'intéressé avec parfois un salaire réduit du fait de son état.

Deux situations peuvent alors se présenter selon que le salarié déjà atteint d'une incapacité préexistante subissait ou non une réduction de salaire avant l'accident du travail. Dans l'affirmative, la réparation forfaitaire calculée sur un salaire déjà réduit se trouve encore amenuisée par le partage de causalité. Dans la négative la réparation forfaitaire attribuée en raison du partage de causalité est sans commune mesure avec la perte de gain effective provoquée par les seuls effets de l'accident du travail.

Dans les deux cas le partage de causalité pénalise de façon dramatique les victimes d'accidents du travail en raison de son incompatibilité fondamentale avec le principe de la réparation forfaitaire. Et cela est tellement vrai que les magistrats ayant à statuer à ce sujet sont généralement contraints de « forcer » les éléments d'appréciation prévus par l'article 453 du Code de la sécurité sociale pour éviter toute réparation dérisoire résultant du partage de causalité. Ce procédé est bien connu; mais que penser d'une règle dégagée par la Cour suprême qui conduit les juges du fond à ruser avec les textes pour conserver à la loi ses effets sans encourir les foudres de la censure ?

2° Les accidents multiples.

Au cas d'accidents multiples ou d'une invalidité préexistante ayant déjà donné lieu à une indemnisation à un titre quelconque, l'incapacité nouvelle doit s'apprécier compte-tenu de l'incapacité déjà réparée et de la capacité restante ou résiduelle.

Plusieurs formules mathématiques, et notamment les formules dites de Balthazard et de Gabrielli, ont été proposées à ce sujet sans avoir caractère impératif mais qui ont eu leur mode. La tendance actuelle de la jurisprudence consiste plutôt à privilégier le faisceau d'indices prévus par l'article 453 précité c'est-à-dire la nature de l'infirmité, l'état général, l'âge, les

34 J.-J. DUPREYROUX : « Le déclin de la présomption d'imputabilité (à propos de l'affaire Billy) », D. 1971, Chron. 81

facultés physiques et mentales, les aptitudes et la qualification professionnelles.

Il n'y a évidemment pas de méthode parfaite et l'on ne peut guère s'en remettre qu'à l'intime conviction de l'homme de l'art et, en cas de contestation, à celle des juges.

3° L'hypothèse d'une rechute.

La rechute est constituée soit par l'aggravation d'une lésion consécutive à un accident du travail (ou à une récidive spontanée de la maladie professionnelle) apparemment guérie ou consolidée, soit de l'aggravation de l'état général de la victime imputable à l'accident du travail [35]. Elle se traduit par des manifestations aiguës et temporaires qui obligent la victime à interrompre son travail ou à suivre au moins un traitement.

La rechute se distingue de l'état pathologique préexistant en ce qu'elle implique le réveil spontané, imprévisible au jour de la guérison ou de la consolidation, d'une lésion, d'une affection ou d'un état général anciens en dehors de toute influence des conditions du travail effectué [36].

Elle bénéficie, en principe de la présomption d'imputabilité, sauf contestation portant sur sa matérialité qui donne lieu à une expertise médicale au cours de laquelle la preuve doit être établie que l'aggravation de l'état de la victime n'est pas imputable à une autre cause que l'accident du travail : refus de se soigner pour une arthrose préexistante par exemple [37].

4° La révision éventuelle.

En règle générale l'aggravation ou l'amélioration de l'état général du bénéficiaire d'une pension d'invalidité, ou d'une rente d'accident du travail, peut entraîner une révision du taux d'incapacité du travail et une majoration ou minoration corrélative du taux de sa pension ou rente.

Les modalités afférentes à la révision des rentes d'accidents du travail sont enfermées dans des délais stricts afin de couper court à des réclamations intempestives [38].

L'aggravation postérieure à la date de consolidation d'un accident du travail n'est prise en considération qu'en raison de son imputabilité à l'accident du travail et non à une autre cause telle que l'évolution normale d'un état pathologique préexistant

35 Cass. soc. 8 octobre 1970, Bull. civ. V, p. 421, n° 515; Cass. soc. 5 juillet 1965, Bull. civ. IV, p. 569, n° 683.
36 Cass. soc. 21 mars 1963, Bull. civ. IV, p. 222, n° 275, D. 1963.647
37 Cass. soc. 12 févr. 1972, Bull. civ. V, p. 127, n° 136
38 Art. 489 du Code de la sécurité sociale

39. Le fardeau de la preuve du lien de causalité pèse sur la victime.

5° Le recours contentieux.

En cas de contestation d'ordre médical portant sur le taux d'incapacité, les litiges sont devant le contentieux technique médical composé de commissions techniques régionales en première instance et d'une commission technique nationale en appel [40]. La procédure se déroule en principe sur dossier, mais si l'examen du dossier ne suffit pas, les commissions techniques peuvent faire procéder à tous les examens médicaux complémentaires, à toutes analyses qu'elles jugent utiles et recueillir toutes les informations « sur les éléments qui peuvent influer sur la décision du litige notamment sur l'orientation professionnelle du requérant et sur ses possibilités de classement ».

On retrouve ainsi les deux critères physique et professionnel qui constituent le fondement conceptuel de l'incapacité de travail dans le droit de la sécurité sociale.

6° L'inopposabilité aux tiers.

Le taux d'incapacité ainsi déterminé n'est pas, selon la jurisprudence opposable aux tiers. Les tribunaux de droit commun ne sont pas, en effet, liés par les décisions des Caisses de sécurité sociale sur le taux d'incapacité résultant d'un accident, notamment d'un accident du travail, ayant donné lieu par ailleurs à une action en dommages-intérêts contre le tiers responsable de l'accident [41]. Il en est de même des décisions des commissions contentieuses de sécurité sociale lesquelles n'emportent pas chose jugée à l'égard des tiers qui n'y ont pas été partie [42].

Les tribunaux de droit commun disposent d'une entière liberté d'appréciation pour déterminer le préjudice subi par la victime et l'on voit fréquemment évaluer sur expertise judiciaire l'incapacité de travail à un taux sensiblement inférieur à l'évaluation de l'expert technique de la sécurité sociale :

39 V. not. Cass. Soc. 6 mai 1965, Bull. civ. IV, p. 308, n° 370; Cass. soc. 30 janv. 1969, Bull. civ. V, p. 58, n° 71, etc...
40 Les pourvois sont portés devant la chambre sociale de la Cour de cassation, V. not. F. MARION, « Le contentieux technique médical », Rev. dr. san. et soc. 1976.401.
41 Cass. crim. 29 mars 1968, Bull. crim. p. 228, n° 96; Cass. crim. 4 mai 1954, Gaz. Pal. 1954.2-145; Cass. soc. 23 mars 1964, Bull. civ. IV, p. 230, n° 279; Cass. civ. 2e, Bull, civ. II, p. 640, n° 965.
42 Cass. crim. 27 juill. 1954, Gaz. Pal. 1954.2.264.

20% contre 70% par exemple [43]. On a même vu un tribunal décider que la victime n'était restée atteinte d'aucune incapacité permanente de travail et n'avait droit à aucune indemnité alors que la Caisse de sécurité sociale lui servait une rente pour une incapacité partielle et permanente reconnue par elle [44].

Certes on peut expliquer cette solution par le fait que, le taux d'incapacité partielle permanente servant de base au calcul de la rente d'accident du travail étant réduit de moitié pour la partie ne dépassant pas 50%, les médecins-experts ont tendance dans ce cas à majorer le taux d'incapacité, que les rentes d'accident du travail sont révisables alors que les indemnités allouées en droit commun le sont définitivement ou encore que l'expert judiciaire qui statue longtemps après la consolidation des blessures n'a généralement connaissance que des séquelles anciennes. Mais il n'en résulte pas moins une situation inconfortable qui prive trop souvent la victime d'une indemnisation complémentaire de la part du tiers responsable, les dommages-intérêts trop faibles étant totalement absorbés par l'action récursoire de la sécurité sociale, ce qui par ailleurs jette, dans l'opinion publique, le discrédit à la fois sur le corps médical et les magistrats.

L'incapacité de travail résultant d'un accident occasionné par un tiers ne peut qu'être une et indivisible tant à l'égard de la sécurité sociale que du tiers responsable sous peine de réduire le droit de la sécurité sociale à un droit mineur par rapport au droit civil. Il est en effet unanimement admis, en droit commun, que pour évaluer le préjudice, on doit tenir compte des divers éléments qui constituent la situation sociale de la victime; il n'y a dès lors aucune raison valable de faire abstraction de sa qualité d'assuré social, et des conséquences qui en découlent pour tout le monde, sinon la volonté de tenir la sécurité sociale en suspicion.

c) Les revenus définitifs de remplacement

Il s'agit en l'occurrence de la pension d'invalidité, de la rente d'accident du travail et de la pension de vieillesse anticipée.

1° La pension d'invalidité.

On distingue pratiquement trois catégories de pensions d'invalidité :

43 Cass. soc. 29 janv. 1965, Bull. civ. IV, p. 65, n° 86

44 Cass. soc. 24 févr. 1956, Bull. civ. IV, p. 148, n° 202; J. C. P. 1957.II.9834, note G. H. G.

1. La pension versée aux invalides qui, malgré une incapacité des deux tiers, demeurent capables d'exercer une activité rémunérée; son taux est fixé à 30% du salaire antérieur dans la limite du plafond des cotisations;

2. la pension versée aux invalides qui sont absolument incapables d'exercer une quelconque activité professionnelle; son taux est porté de 30% à 50%;

3. la pension versée aux invalides qui, outre leur incapacité absolue, sont dans l'obligation d'avoir recours à une tierce personne pour accomplir les actes de la vie courante : son taux de 50% est majoré pour assistance d'une tierce personne de 40% en principe, mais en réalité le montant minimum de cette majoration est fixé de façon à permettre la rémunération de la tierce personne.

La pension d'invalidité peut être suspendue administrativement pour cause de reprise d'une activité professionnelle procurant un gain prédéterminé [45] ou supprimée en raison de l'amélioration de l'état de l'intéressé qui a récupéré une capacité de gain de 50%.

2° La rente d'accident du travail.

En raison du principe forfaitaire de la réparation des accidents du travail, le taux normal de la rente est fixé à une fraction d'incapacité partielle permanente de la façon suivante :

— jusqu'au taux d'I.P.P. de 50% : le taux de la rente est réduit de moitié;

— la fraction d'I.P.P. dépassant 50% est au contraire augmentée de moitié.

Par exemple à un taux d'I.P.P. de 60% correspond un taux normal de rente de 25% + 15% = 40%. Au cas d'incapacité absolue correspond un taux de rente de 100%.

On obtient le montant de la rente en appliquant le taux retenu au salaire utile déterminé, en l'occurrence, de manière autonome par rapport au plafond de salaire soumis à cotisations [46]. Ce montant peut, le cas échéant être majoré pour assistance d'une tierce personne.

Dans certains cas : obligatoirement si le taux d'I.P.P. est inférieur à 10%, facultativement après l'expiration d'un délai de cinq ans et si tel est l'intérêt de la victime, le versement de la rente est remplacé par celui d'un capital.

45 Art. 318 du Code de la sécurité sociale

46 V. supra note 10

3° La pension vieillesse anticipée.

La pension vieillesse pour inaptitude au travail se substitue automatiquement à la pension d'invalidité à l'âge de 60 ans sans que son montant puisse être inférieur à celui de la pension d'invalidité. Elle est en outre attribuée entre 60 et 65 ans aux assurés sociaux reconnus inaptes au travail en raison de leur usure prématurée et liquidée au taux de 50% du salaire moyen des dix meilleures années d'activité comme à l'âge normal de 65 ans.

Les titulaires d'une pension vieillesse anticipée peuvent bénéficier, le cas échéant, d'une majoration pour l'assistance d'une tierce personne [47].

L'insuffisance d'une indemnisation forfaitaire de la perte de capacité de gain pousse les intéressés dans la recherche d'une indemnisation intégrale.

III. — LA RECHERCHE D'UNE INDEMNISATION INTEGRALE

Le principe de l'indemnisation forfaitaire même avec ses correctifs : recours contre le tiers responsable et effets de la faute inexcusable, ne garantit plus aux assurés sociaux une sécurité suffisante, ni en soi, ni au regard de la garantie accordée en droit commun en raison notamment de l'obligation d'assurance en matière de chasse et de mise en circulation des véhicules terrestres à moteur. D'où l'émergence d'une indemnisation complémentaire, en marge de la sécurité sociale, qui constitue les prémices d'une généralisation à terme de l'indemnisation intégrale de la perte de capacité de gain et dont il n'est que temps de prendre conscience pour en prévoir les conséquences.

A. L'émergence d'une indemnisation complémentaire

Devant l'insuffisance d'une indemnisation forfaitaire, la tendance naturelle des salariés consiste à se retourner directement vers leurs employeurs pour obtenir une indemnisation complémentaire notamment lors des discussions des conventions collectives ou des accords d'entreprises. Sous la pression du mouvement revendicatif, les entreprises ont généralement accepté le principe d'une indemnisation complémentaire de la perte de capacité de gain soit sous la forme d'une contribution

47 Art. 356 du Code de la sécurité sociale.

directe, soit par l'intermédiaire d'institutions paritaires créées en marge de la sécurité sociale.

a) La contribution directe des entreprises

La contribution directe des entreprises prend généralement les formes suivantes :

1° Le versement d'indemnités différentielles de salaire.

Les conventions collectives, notamment dans leurs dispositions applicables aux ingénieurs, cadres, employés, techniciens et agents de maîtrise et les accords relatifs à la mensualisation des salaires tendent à généraliser le versement à la charge des entreprises, d'indemnités différentielles destinées à compléter les indemnités journalières servies par la sécurité sociale afin de maintenir, au personnel intéressé, tout ou partie du salaire pendant une période déterminée par lesdits accords ou conventions.

C'est cette obligation des entreprises qui a donné lieu à la création d'un contrôle médical patronal parallèle à celui de la sécurité sociale et dont la légalité est controversée comme nous l'avons déjà souligné.

2° La souscription d'assurances complémentaires.

Il arrive fréquemment que les entreprises souscrivent auprès des compagnies d'assurances des contrats destinés à garantir plus complètement leur personnel, ou du moins une partie de celui-ci contre les accidents susceptibles de survenir au cours des déplacements et des missions effectuées d'ordre et pour le compte de l'entreprise, ce qui conduit parfois à des discriminations parmi le personnel.

Une telle pratique trouve sa justification à la fois dans le caractère insuffisant de l'indemnisation forfaitaire des accidents du travail et le caractère restrictif de la jurisprudence à propos des accidents du travail survenus en mission [48].

3° La participation financière à des garanties subsidiaires.

Il s'agit en l'occurrence de la prise en charge par les entreprises de tout ou partie soit des cotisations individuelles à des mutuelles d'entreprise, soit de primes collectives d'assurance-groupe résultant de contrats de prévoyance conclus auprès des compagnies de stipulations conventionnelles.

Certes les mutuelles et les contrats d'assurance-groupe tendent généralement à garantir la gratuité des soins mais pré-

48 V. à ce propos nos observ. sous Cass. soc. 11 janv. 1973, J. C. P. 1973.II.17460 et les réftrences citées.

voient parfois l'indemnisation, de manière d'ailleurs très variable, de la perte de capacité de gain.

b) La création d'institutions paritaires

Les lacunes de l'institution de sécurité sociale : faible protection de l'assurance-vieillesse et absence totale de garantie contre le chômage, ont favorisé la création marginale d'institutions paritaires : caisses de retraites complémentaires et caisse d'assurance chômage [49] qui participent à l'indemnisation soit à titre complémentaire de l'usure de la capacité de gain (vieillesse), soit directement de la perte de l'emploi (chômage).

Ces institutions marginales constituent plutôt un démembrement qu'un complément de la sécurité sociale. Leur création a d'autant été plus facilement acceptée par les entreprises qu'elles ont facilité en matière de financement, le transfert d'une partie de la charge des cotisations des entreprises sur leur personnel.

Quoi qu'il en soit de leur rôle exact en matière d'indemnisation complémentaire de la perte de la capacité de gain au sens où nous l'entendons dans cette étude, leur existence devait être signalée.

B. *Les conséquences d'une indemnisation intégrale*

Le principe de l'indemnisation intégrale de la perte de capacité de gain implique nécessairement l'unification des systèmes de garantie, y compris l'assurance des personnes, au sein de la sécurité sociale et l'adaptation corrélative des moyens de financement.

a) L'unification des systèmes de garantie

Cette unification ne peut se réaliser qu'en tenant compte des deux situations distinctes : la perte temporaire et la perte définitive de la capacité de gain. Elle suppose, en outre, la généralisation préalable de la gratuité des soins.

1° L'hypothèse de l'incapacité temporaire.

L'indemnisation intégrale de la perte temporaire de la capacité de gain tend déjà à se réaliser à petits pas qu'elle qu'en soit la cause : maternité, maladie ou accident du travail, notamment par :

1. le service des indemnités journalières par la sécurité sociale.

2. le versement conventionnel des indemnités différentielles

49 Il s'agit de l'assurance chômage gérée par les ASSEDIC, v. n° 1bis.

de salaire par les entreprises pendant un certain laps de temps.

La prise en charge par la sécurité sociale d'une telle indemnisation est, à terme, dans la logique des choses et presque déjà réalisée en matière de maternité.

2°L'hypothèse de l'incapacité définitive.

Dans son principe l'indemnisation intégrale de la perte définitive de la capacité de gain est plus complexe à mettre en œuvre. Il importe de distinguer à ce sujet, l'usure normale de la force de travail qui résulte du vieillissement de l'organisme humain et l'altération prématurée de la force de travail provoquée par une invalidité précoce ou un accident du travail.

Théoriquement l'indemnisation de l'usure normale de la capacité de gain à prendre en considération ne comporte plus aucun élément du salaire nécessaire à la reproduction de la force de travail. Dès lors on peut, par exemple, concevoir que, sauf cas exceptionnel de personnes à charge, le taux des pensions vieillesse gravite autour de 80% du salaire moyen des dix meilleures années d'activité professionnelle de l'intéressé étant entendu que les pensions vieillesse devraient être exonérées d'impôts et de cotisations sociales.

De leur côté, les pensions d'invalidité et les rentes d'accident du travail, pour reprendre la terminologie actuelle, seraient naturellement unifiées du fait même de la réparation intégrale et devraient être attribuées à partir du seuil d'incapacité empêchant l'exercice normal de la profession et de façon à garantir jusqu'à l'âge de la retraite, la perte effective de la capacité de gain en fonction de la profession de l'intéressé et sous réserve de la récupération éventuelle de tout ou partie de la capacité de gain perdue. En dessous du seuil d'incapacité justifiant l'attribution d'une pension ou rente, l'indemnisation de la perte de capacité de gain pourrait simplement donner lieu au versement d'un capital correspondant.

Les pensions et rentes ainsi servies suivraient le même sort que les salaires jusqu'à la substitution de la pension vieillesse.

b) L'adaptation des moyens financiers

Le principe de l'indemnisation intégrale exige certes des moyens financiers accrus mais surmontables par une unification de tous les systèmes existants de prévoyance, assurances de personnes y comprises, au sein de la sécurité sociale; unification qui aurait pour effet de réduire considérablement les frais de gestion et d'éliminer les profits réalisés par les

compagnies d'assurances dans le secteur de l'assurance des personnes. Dès lors on pourrait imaginer la répartition suivante de la charge financière entre les entreprises et la communauté nationale :

1° Le financement par les entreprises.

La prise en charge exclusive par les entreprises de l'indemnisation de la perte temporaire et définitive de la capacité de gain résultant de la vieillesse, des accidents du travail et des maladies professionnelles, découle de la nature même du processus de production des biens et des services. Ce sont en effet les entreprises qui exploitent la force de travail et en retirent les profits, dès lors il est normal qu'elles en assument les risques spécifiques, tout en contribuant d'ailleurs au financement des autres dépenses de la sécurité sociale en raison de leur participation à la communauté nationale.

2° Le financement par la communauté nationale.

Les dépenses afférentes à la gratuité des soins et à l'indemnisation de la perte temporaire et définitive de la capacité de gain résultant de la maternité, d'une maladie ou d'un accident non professionnels devraient, par contre, être prises en charge par la communauté nationale, sous forme de taxes affectées assises sur les activités génératrices des risques sociaux : consommation d'essence, de tabac, d'alcool, effets polluants des activités industrielles, commerciales ou autres etc. déterminées de façon à agir préventivement sur les causes de morbidité et d'accident.

Ce ne sont là que quelques idées générales déjà connues [50] mais dont l'application ne pourra intervenir que par palliers successifs en raison du bouleversement des habitudes qu'elles supposent; la question dominante à résoudre, et toujours remise en cause étant celle de savoir qu'elles couches ou catégories sociales supporteront plus ou moins lourdement la charge financière d'une indemnisation intégrale de la perte de capacité de gain souhaitée par les uns et redoutée par les autres.

50 On ne peut pas ne pas évoquer ici le projet Tunc qui tend à fonder la réparation des accidents de la circulation sur la théorie du risque comme en matière d'accidents du travail.

DIE ENTSCHÄDIGUNG DES VERLUSTES DER ERWERBSFÄHIGKEIT IM ALLGEMEINEN SYSTEM DER SOZIALEN SICHERHEIT

von

Dr. jur. Yves SAINT-JOURS
Maître-assistant
an der Rechtsfakultät von Paris I

Die fundamentale Aufgabe der sozialen Sicherheit besteht darin die Arbeitnehmer und ihre Familien gegen alle Risiken die eine Minderung oder einen Wegfall der Erwerbsfähigkeit mit sich bringen, abzusichern. Diese Risiken sind diejenigen die die Arbeitskraft der Sozialversicherten verändern und ganz oder teilweise ihr Einkommen und ihre Erwerbsfähigkeit mindern [1].

Sie unterscheidet sich von der Arbeitslosigkeit die den Verlust des Arbeitsplatzes ohne Möglichkeit einen andern zu finden beinhaltet. Die Entschädigung der Arbeitslosigkeit geschieht außerhalb der sozialen Sicherheit und soll daher nicht erörtert werden [1bis].

Der Verlust der Erwerbsfähigkeit ergibt sich aus verschiedenen Ursachen : Krankheit, Mutterschaft, Arbeitsunfall, vorzeitiger Verschleiß ... und beruft sich je nach den Versicherungstypen die die Entschädigung vornehmen auf verschiedenartige Begriffe, nämlich Invalidität, Unfähigkeit, Untauglichkeit, wenn auch der Begriff der Arbeitsunfähigkeit den gemeinsamen Nenner darstellt.

Die Entschädigung des Verlustes der Erwerbsfähigkeit durch die soziale Sicherheit wurde durch die Gesetzgebung der Arbeitsunfälle grundlegend beeinflußt. Ende des 19. Jahrhunderts wurde hier das Prinzip der pauschalen Entschädigung zurückbehalten. Zu jener Zeit geschah dies als Kompromißlösung zwischen den Vertretern der Beibehaltung des Verschuldensbegriffes als Grundlage jeglichen Entschädigungssystems und denjenigen die die Gefährdungshaftung als Grundlage der Entschädigung der Arbeitsunfälle vorschlugen. Seither sind die Sozialversicherten in der Regel die Verlierer, da sie den Preis dafür zahlen, daß die Theorie der Gefährdungshaftung den Begriff des Verschuldens abgelöst hat und somit in der Regel durch die Pauschalentschädigung nur ein teilweiser Ausgleich geschieht.

In der heutigen Zeit sieht man außerhalb der sozialen Sicherheit, daß die Entschädigung des vollen Schadens im Bereiche der Ver-

1 Artikel 1 S. O. B. (Sozialgesetzbuch).
1bis Es handelt sich um ein System der Arbeitslosenversicherung das von paritätisch besetzten Organismen verwaltet wird, nämlich den ASSEDIC (Vereinigung für Beschäftigung in Industrie und Handel).

kehrsopfer und der Jagdopfer weitere Fortschritte macht, da in diesen Bereichen das Prinzip der Pauschalentschädigung offensichtlich ungenügend ist. Somit wird man nicht lange darauf zu warten haben bis dieses Prinzip in Frage gestellt sein wird [2].

Diese einleitenden Betrachtungen führen uns dazu den rechtlichen Rahmen der Entschädigung der Erwerbsminderung, die Art und Weise der Pauschalentschädigung zu erläutern um mit einem Ausblick auf die Integralentschädigung abzuschließen.

I. DIE ANGEWANDTEN RECHTSMODELLE

Die Entschädigung des Verlustes der Erwerbsfähigkeit geht auf drei grundlegende Begriffe zurück :

der Begriff der Erwerbsfähigkeit, das Prinzip der Pauschalentschädigung und die Verschiedenheit der einzelnen Versicherungstypen im Rahmen der sozialen Sicherheit.

A. Der Begriff des Verlustes der Erwerbsfähigkeit

Der Verlust der Erwerbsfähigkeit entsteht in der Regel durch die Folgen einer Krankheit, eines Arbeits- oder eines privaten Unfalles, der Mutterschaft oder des frühzeitigen Verschleißes des menschlichen Organismus. Diese Folgen faßt man unter verschiedene Begriffe : Invalidität, Arbeitsunfähigkeit oder Untauglichkeit.

Allen diesen Begriffen ist eine spezifische Rolle im Entschädigungsmechanismus zugedacht.

a) Die Invalidität

Die Invalidität gibt Recht auf Entschädigung durch die soziale Sicherheit falls sie wenigstens ⅔ der Arbeits- oder Erwerbsfähigkeit des Versicherten beträgt, d. h. falls sie ihn außer Stande setzt sich durch irgendwelchen Beruf ein Entgelt zu verschaffen das über dem Drittel des Normallohnes liegt, den in derselben Gegend ein Arbeiter dergleichen Art und derselben Berufssparte verdient in der er vor dem Stichtage der Arbeitsunterbrechung auf die die Invalidität folgte oder dem Datum der medezinischen Feststellung der Invalidität, falls dieselbe vom vorzeitigen Verschleiß des Organismus herrührt, tätig war [2bis].

Der Zustand der Invalidität wird geprüft indem man die verbleibende Arbeitsfähigkeit, den gesamten Befund, das Alter, die physischen

2 In dieser Hinsicht sieht das Gesetz Nr. 76-1106 vom 6. 12. 1976 außer der Entschädigung wegen Erwerbsminderung, einen Ausgleich für Existenzschaden der Arbeitsunfallgeschädigten vor, wenn der Arbeitsunfall auf ein unentschuldbares Verschulden des Arbeitgebers oder dessen Vertreters in der Arbeitsleitung zurückzuführen ist.

2bis s. Art. 304 des franz. SGB

und geistigen Kräfte sowie die Fähigkeiten und die beruflichen Ausbildung des Versicherten in Betracht zieht [3].

Die erforderliche Zweitdrittelinvalidität muß also nach zwei Kriterien beurteilt werden, einerseits die physische und geistige Arbeitsunfähigkeit und andrerseits die berufliche Arbeitsunfähigkeit. Im Streitfalle müssen die Richter dem Grunde nach prüfen ob bei der Festsetzung der Invalidität alle vom Gesetzgeber vorgesehen Komponenten berücksichtigt wurden [4].

So wurde z. B. im Falle eines erblindeten Versicherten entschieden, daß die Invalidität keine Zweidrittelminderung der Arbeits- oder Erwerbstätigkeit im Vergleiche zu einem Arbeiter derselben Berufssparte ergab, obschon man auf dem medezinischen Gebiete annahm, daß der Versicherte eine medizinische Arbeitsunfähigkeit hatte die die Zweidrittel überstieg. Diese Bewertung ergab sich aus der Tatsache, daß der Versicherte trotz Erblindung einer regelmäßigen verdienstvollen Berufstätigkeit als Telefonist nachging und einen normalen Lohn erwarb [5].

Das Gegenteil kann auch eintreten, so zwar im Falle eines Versicherten dessen medizinische Invalidität die Zweidrittelgrenze nicht erreicht, jedoch auf Grund seines Alters, seines allgemeinen Gesundheitszustandes und des von ihm ausgeübten Berufes eine Minderung der Erwerbsfähigkeit, die die Zweidrittelgrenze übersteigt, mit sich bringt.

b) Die Arbeitsunfähigkeit

Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit die allen Hypothesen einer Minderung der Erwerbsfähigkeit zu Grunde liegt, wird besonders im Mutterschafts- und Unfallrecht angewandt.

Man unterscheidet zwischen vorübergehender und dauernder Erwerbsfähigkeit.

Die vorübergehende Erwerbsfähigkeit beinhaltet nur eine physische oder körperliche Behinderung die medizinisch festgestellt wird, während die dauernde Arbeitsunfähigkeit die Erfüllung der physischen und der beruflichen Bedingungen voraussetzt.

Bei Arbeitsunfällen wird der Prozentsatz der teilweisen dauernden Arbeitsunfähigkeit auf Grund der Art der Verletzung, des Gesamtbefindens, des Alters, der körperlichen und geistigen Kräfte des Versicherten sowie seiner beruflichen Fähigkeiten und Ausbildung festgesetzt. Eine anleitende Invaliditätstabelle wird hierbei verwandt [6].

3 s. Art. 305 des franz. SGB

4 Siehe Anmerk. Cass. soc. 20. Juni 1968, Bull. civ. V S. 259, n° 318, Cass. 2° civ. 8, Dezember 1964. Bull. civ. II, S. 616, Nr. 839 — Cass. 2° civ. 9. Dezember 1959, Bull. civ. II, S. 540, Nr. 828.

5 Cass. soc. 8. Januar 1970 Leroy — Bull. civ. V, S. 10, Nr. 15

6 Art. 453, Abs. 3 des SGB.
Diese Invaliditätstabelle wurde durch Dekret vom 24. 5. 1939 festgesetzt. Sie wurde von der Generalinspektion für soziale Angelegenheiten stark bemängelt. Die bevorstehende Änderung der Tabellen wird dem medizinischen technischen Fortschritt sowie den neueren soziologischen beruflichen Bedingungen Rechnung tragen.

Eine Beinamputation wird also nicht dieselben Folgen bei einem Berufsradfahrer und einem Buchhalter haben. Der Radfahrer muß vollständig umgeschult werden, während der Buchhalter seinen Beruf weiterausüben kann und nur seine Chancen einer beruflichen Umstellung in eine stehende Tätigkeit verliert.

c) Die Arbeitsuntauglichkeit

Der Begriff der Berufsuntauglichkeit wir in der Altersversicherung angewandt. So kann als arbeitsuntauglich der Versicherte angesehen werden, der im Alter von wenigstens 60 Jahren, seinen Beruf nicht ausüben kann, ohne seiner Gesundheit schwerwiegenden Schaden zuzufügen und der eine Erwerbsunfähigkeit von wenigstens 50% aufweist, die medizinisch festgestellt wird, unter Bezugnahme auf seine physischen und geistigen Kräfte einen Beruf auszuüben.

Man findet hier die hergebrachte Kombination der zwei Kriterien der physischen und der beruflichen Arbeitsunfähigkeit.

d) Die Arbeitsunverfügbarkeit

Dieser Begriff wird nicht in den Texten verwandt, aber man kann ihn aus konkreten Tatbeständen ableiten in denen der Sozialversicherte sich in einem Zustande der Unverfügbarkeit zur Arbeit befindet und gegebenenfalls aus diesem Umstand eine Entschädigung wegen Lohnausfall erhalten kann. Es handelt sich hier um die vorgeschriebenen Arbeitseinstellungen, sei es wegen Mutterschaft [8], sei es wegen Kindesbetreuung [9] oder wegen einer Kurbehandlung. In den beiden letzten Fällen tritt die Lohnersatzfunktion nur in dem Maße in Erscheinung, wo es sich um zusätzliche Leistungen handelt, d. h. solche die in Anbetracht der Vermögenslage der Sozialversicherten gewährt werden.

Die Entschädigung der Unverfügbarkeit zur Arbeit ist somit ganz dem Zufalle überlassen, mit Ausnahme des Mutterschaftsurlaubes, wo die Geldleistungen eine bevorzugte Stellung einnehmen, wie wir dies anläßlich der Mutterschaftstagesätze sehen werden.

Diese verschiedenen Begriffe der Invalidität, der Arbeitsunfähigkeit, der Arbeitsuntauglichkeit und der Arbeitsunverfügbarkeit spielen eine spezifische Rolle im System der Erwerbsunfähigkeit, doch gehorcht diese Entschädigung einer Grundregel die die gesamte gesetzliche Regelung beherrscht, nämlich die pauschale Entschädigungsweise.

B. Die Regel der pauschalen Entschädigungsweise

Um diese Regel und ihre Folgerungen zu begreifen, muß man den Ursprung, die Konsequenzen und die Korrekturen beleuchten.

8 s. Art. 298 des Sozialgesetzbuches

9 Tagesentschädigungen können aus diesem Grunde gezahlt werden, falls sie von den internen Krankenkassenvorschriften vorgesehen sind.

a) Der Ursprung

Wie wir bereits hervorgehoben haben, findet man den Ursprung der pauschalen Entschädigung in der Arbeitsunfallgesetzgebung von 1898. Genauer ausgedrückt befindet sich die Einführung des Begriffes im historischen Vergleich der damals zustande kam, nämlich den Verfechtern der Theorie der Gefährdungshaftung und denjenigen die die Verschuldenshaftung als Basis jeglicher Haftung ansahen. Seither hat die Einführung des Begriffs der Gefährdung, der an Stelle des Begriffs des Verschuldens getreten ist, im Bereiche der sozialen Sicherheit, sein Gegengewicht in der pauschalen Entschädigungsart gefunden.

Dieser Begriff steht in Anwendung der vorherrschenden Lehrmeinung der totalen Entschädigung der Erwerbsunfähigkeit der Sozialversicherten entgegen, es sei denn es wäre bei dem Risikoereignis der Fehler eines Dritten oder das schwerwiegende Verschulden des Arbeitsgebers oder seiner Gehilfen gegeben, wo alsdann eine zusätzliche Entschädigung als gerechtfertigt angesehen werden kann.

b) Die Folgen

Da sie pauschal geschieht, wird die Entschädigung der Erwerbsfähigkeit auf den Fächer des entgangenen Erwerbsverlustes einerseits und des festgesetzten Prozentsatzes andrerseits begrenzt, so wie dieser in den einzelnen Versicherungssystemen, nämlich der Krankheit, der Mutterschaft, der Invalidität, des Arbeitsunfalles und des Alters vorgesehen ist.

1° Die Festsetzung des zu entschädigenden Erwerbsverlustes

Der Erwerbsverlust wird im Regelfalle nach den Löhnen oder den Berufseinkommen die der Versicherte aus einem Lohnverhältnis oder durch eigene Arbeitsenergie erzielt, festgesetzt.

In einem integralen Entschädigungssystem werden die Lohnausfälle, die Minderung der Berufseinkommen in ihrer Gesamtheit berücksichtigt. Jedoch in einem System der pauschalen Entschädigung, werden diese Dienst- und Arbeitsbezüge nur in den Grenzen eines behördlich festgesetzten Fächers bestimmt.

Die untere Grenze fällt sehr oft mit dem steigenden zwischenberuflich fesgesetzten Minimallohne zusammen (SMIC). Diese Grenze kann den vom Versicherten bezogenen Lohn übersteigen, wie dies hie und da der Fall ist bei Teilarbeitsbeschäftigung, so daß diese Entschädigung den gezahlten Geldleistungen nicht nur einen entschädigenden Charakter, sondern auch einen lebensnotwendigen (caractère alimentaire) zuweist.

Die obere Grenze entspricht in der Regel den Höchstlöhnen die beitragspflichtig sind, und wird jährlich in Anbetracht der steigenden Lohnentwicklung, angehoben.

In Sachen der Arbeitsunfallversicherung besteht jedoch ein besonderer Fächer bezüglich der in Betracht zu ziehenden Löhne und zwar ohne

Rücksicht auf die Beitragsbemessungsgrundlage [10] und den Bezügen die der Versicherte gleichzeitig aus einer unabhängigen Arbeit verdient.

Diese Einkünfte werden in demselben Maß in Betracht gezogen, wie das Entgelt aus einem abhängigen Lohnverhältnis. Dies wurde entschieden im Falle von Ärzten die einer gemischten Beschäftigung nachgehen und also zugleich der freien Arztpraxis und dem Besoldungsverhältnis angehören [11].

2⁰ Die Festsetzung des Entschädigungsgrades

Der Entschädigungsgrad wird pauschal nach der Art der Versicherung die den Verlust der Erwerbstätigkeit decken soll, festgesetzt. Der Prozentsatz entspricht gewöhnlich einer teilweisen Enschädigung des Lohnes, mit Ausnahme der Arbeitsunfallrenten, die sich im Falle einer totalen Arbeitsunfähigkeit des Opfers auf hundert Prozent belaufen oder gegebenenfalls als Strafe gegen den Urheber eines unentschuldbaren Verfehlens, auf der Grundlage des effektiven Lohnes berechnet werden.

Wir finden dieses Problem wieder, wenn wir im einzelnen die Entschädigung des Pauschalprinzips erläutern.

c) Die Korrekturen

Die Korrekturen zum Prinzip der Pauschalentschädigung gehen auf eine Zusatzentschädigung hinaus die sogar hie und da zur vollständigen Entschädigung der Geschädigten führen kann.

Die Korrekturen beruhen auf dem Weiterbestehen des Verschuldensbegriffes beim Zustandekommen des Risikos und finden sich in drei Hypothesen wieder :

1. Der Fehler des Drittschuldigen
2. Das vorsätzliche Verschulden
3. Der unendschuldbare Fehler (faute inexcusable).

Die beiden ersten Hypothesen ziehen eine Wiederanwendung der zivilrechtlichen Haftungsprinzipien nach sich und die dritte Hypothese bringt eine Modulation der Rentenbeiträge bei Arbeitsunfällen [12] und gegebenenfalls die Entschädigung des Existenzschadens den ein

10 In Sachen Arbeitsunfälle ist die untere Grenze der Mindestgrundlohn der an das gleitende System der Invalidenpension geknüpft ist. Die obere Grenze wird folgendermaßen festgesetzt :
— bis zu einem Höchstbetrag von 2 × den Mindestgrundlohn wird der Lohn in seiner Gesamtheit in Rechnung gestellt
— oberhalb dieser Grenze wird der Lohn nur bis zu 8× den Mindestgrundlohn und bis zu einem Drittel in Rechnung gestellt.

11 s. Anmerkung von Saint-Jours unter Cass. soc. v. 13. Nov. 1975 in Droit social 1976, S. 324 und die dort angeführten Hinweise.

12 Gesamtübersicht der Rolle des Verschuldens im Bereiche der sozialen Sicherheit haben wir in « Verschulden im allgemeinen Recht der sozialen Sicherheit », Paris 1971, gegeben.

Arbeitsverunfallter durch das unentschuldbare Verschulden des Arbeitgebers oder seines Vertreters erlitten hat.

1⁰ Rückkehr zur zivilrechtlichen Verschuldenshaftung

Beruht ein Arbeitsunfall oder ein allgemeiner Unfall auf dem Verschulden eines Dritten oder handelt es sich um einen vom Arbeitgeber oder von ihm bestellten Gehilfen vorsätzlich verschuldeten Arbeitsunfall, wie dies z. B. der Fall bei Streit am Arbeitsplatz und während der Arbeitszeit ist, so behält der Geschädigte das Recht einen Regreßanspruch gegen den schuldhaften Verursacher oder dessen Geschäftsherrn anzumelden um eine zusätzliche Entschädigung seines Schadens aufgrund der zivilrechtlichen Haftungsgrundsätze zu erhalten [13].

Die Sozialversicherungsanstalt die dem Geschädigten die gesetzlichen Leistungen und Entschädigungen zu erbringen hat, tritt an Stelle des Geschädigten um gegen den Drittschuldigen die von ihm getätigten Leistungen erstattet zu bekommen. Der Sozialversicherer kann jedoch den Drittschuldigen nicht in Anspruch nehmen, in dem Maße wo Mitverschulden vorliegt, desweiteren falls es sich um persönliche Entschädigung handelt, wie Schmerzensgeld und ästhetischen Schaden, sowie Schaden wegen Lebensunannehmlichkeiten [14].

2⁰ Die besonderen Wirkungen des unentschuldbaren Verschuldens (faute inexcusable).

Der Rentensatz eines Arbeitsunfalles kann auf Grund eines unentschuldbaren Verfehlens [15], das der Verwirklichung des Risikos zu

13 Art 1383—1384 des Zivilgesetzbuches. Heben wir hervor, daß in Wegeunfallsachen der Geschäftsherr und des Geschädigten Vorgesetzten in Anwendung von Artikel 470 — 1° des Sozialgesetzbuches als Drittschuldige angesehen werden können, dies im Gegensatz zu den Bestimmungen die für den eigentlichen Arbeitsunfall gelten. Außerdem wird der Ehepartner in der Regel als Drittschuldiger angesehen, falls er einen Unfall verschuldet hat durch den der andere Ehepartner geschädigt wurde und beide durch ihre eigene Beschäftigung sozialversichert sind (Cass. 2 Sekt. civ. 7. Juni 1967, Bulletin II, S. 148, Nr. 213, Dr. soc. 1968, S. 415, Anm. Voirin Gaz. Pal. 1967.2.147, Agen 11. Februar 1969, Zusammenfassungen séc. soc. Nr. 6, S. 1). Falls jedoch der Geschädigte Rechtsnachfolger seines Ehegatten, der den Verkehrsunfall verschuldet hat, ist, so kann dieser Ehepartner nicht als Drittschuldiger angesehen werden. (Cass. crim. 25 Nov. 1954, Bulletin crim. S. 619, Nr. 356)

14 Art. 470 des franz. SGB abgeändert durch Gesetz Nr. 73. 1200 vom 27. Dezember 1973

15 Seit einer Entscheidung der vereinigten Senate des Kassationshofes vom 15. Juli 1941 versteht man unter unentschuldbarem Fehler ein Verschulden, das eine außerordentliche Bedeutung, die sich aus einer Tat oder einem Unterlassen, des Bewußtseins der Gefahr die der Urheber gehabt haben mußte, des Nichtvorliegens jedweden entschuldbaren Grundes und das sich durch das Fehlen jedweden Vorsatzes von dem vorsätzlichen Verschulden unterscheidet. »

Grunde liegt, gestaffelt werden. Er wird erhöht oder gemindert je nachdem das unentschuldbare Verschulden dem Arbeitgeber oder einem seiner mit der Leitung des Arbeitsgeschehens betrauten Stellvertreter oder aber dem Geschädigten angelastet wird.

Ferner wird die erhöhte Rente wegen unentschuldbaren Verfehlens aufgrund des tatsächlich vom Geschädigten verdienten Lohnes gerechnet. Die Erhöhung des Satzes wird im Verhältnis zur Schwere des Fehlers festgesetzt ohne daß jedoch der erhöhte Rentensatz den Grad der vorübergehenden oder dauernden Arbeitsunfähigkeit des Geschädigten übersteigen kann.

Der Arbeitgeber trägt die Last der Rentenerhöhung durch zusätzliche Beiträge. Es ihm nicht gestattet sich gegen die eigenen unentschuldbaren Verfehlungen oder die seiner Vertreter durch eine Versicherung abzudecken[16].

Die Rentenerhöhungen wegen unentschuldbaren Verschuldens sind als spezifische Strafe in der Unfallversicherung gedacht und tragen schließlich zu einer vollständigen Entschädigung des Unfallopfers bei ohne auf die Regeln des zivilen Haftungsrechtes zurückzugreifen.

Die volle Entschädigung die die allgemeine Regel im Rechte der sozialen Sicherheit werden sollte, tritt hier als außergewöhnliches Strafmittel in Erscheinung.

Jedoch hat ein Gesetz vom 6. Dezember 1976 (s. Anmerk Nr. 16 bis) eine Neuerung eingeführt dessen Prinzip unterstrichen werden muß. Falls ein Arbeitsunfall auf das unentschuldbare Verschulden des Arbeitgebers oder seines Vertreters in der Arbeitsleistung zurückzuführen ist, kann der Arbeitsunfallgeschädigte eine Enschädigung aller anderen Existenzschäden die er erlitten hat, und zwar wegen ertragener physischer und moralischer Schmerzen, Schönheitsschaden, entgangener Lebensannehmlichkeiten und beruflicher Aufstiegsmöglichkeiten, beanspruchen.

Die Entschädigung dieser Störungen in der menschlichen Existenz wird unmittelbar durch die soziale Sicherheit durchgeführt, die berechtigt ist die Rückzahlung der getätigten Leistungen vom Arbeitgeber zu fordern. Im Streitfall sind die Sozialgerichte zuständig.

Gewiß ist die Tragweite dieses neuen Prinzips augenblicklich in der Praxis äußerst beschränkt, da zum Beispiel im Jahre 1971 nur 142 solcher unentschuldbaren Verfehlungen auf 209 Anträge anerkannt wurden und dies für 1 115 245 gemeldete Arbeitsunfälle. Aber das neue Prinzip das offiziell anerkannt wurde, wird nicht verfehlen sich einzu-

16 In Sachen der Unfallversicherung entspricht die normale Höhe des Rentengrades einem Teil der dauernden Arbeitsunfähigkeit : siehe « Die Unfallrente ». Die Erhöhungen wegen unentschuldbarem Fehler können den Satz nicht höher als denjenigen der Unfallrente steigern.

16bis Gesetz Nr. 76.1106 vom 6. Dezember 1976 eingangs erwähnt betreffend die Entwicklung der Arbeitsunfallverhütung.

bürgern und in Zukunft wie eine Schneelawine über die Hypothese des unentschuldbaren Fehlers, den gesetzlich vorgesehenen Fall, hinauszugehen.

C) Die einzelnen Versicherungsarten

Die Entschädigung des Verlustes der Erwerbfähigkeit löst im Rahmen der sozialen Sicherheit gewisse Versicherungsarten aus : Krankenversicherung, Mutterschaft, Invalidität- und Altersversicherung, sowie Unfallversicherung.

a) Die Krankenversicherung und die Mutterschaft

Die Kranken- und Mutterschaftsversicherung tritt nur in Erscheinung um eine zeitweilige Arbeitsunfähigkeit zu entschädigen, die sich aus Krankheit, Mutterschaft oder Kur ergibt oder von einem Unfall, der nicht als Arbeitsunfall anzusehen ist, herrührt.

Die Entschädigung während der Arbeitseinstellung geschieht in Form von Tagesleistungen und erstreckt sich auf höchstens 16 Wochen bei Mutterschaft, drei aufeinanderfolgende Jahre bei den als « längere » anerkannten Krankheiten oder auf höchstens 360 Tage pro Dreijahreperiode bei den anderen Krankheitszuständen[17].

b) Die Invaliditätsversicherung

Die Invaliditätsversicherung kommt zum Zuge falls eine dauernde Minderung der Erwerbsfähigkeit von wenigstens zwei Dritteln vorliegt die entweder aus einem Unfall der nicht als Arbeitsunfall anzusehen ist oder einer invalidierenden Krankheit herrührt. Der Zustand des Versicherten muß als stabilisiert gelten ohne Aussicht eine genügende Arbeitsfähigkeit wiederzuerlangen.

Die Zuerkennung einer dauernden Invalidenpension tritt an Stelle der Zahlung der Tagesentschädigungen seitens der Krankenkasse. Im Alter von 60 Jahren wandelt sich die Invalidenpension automatisch in Alterspension um.

c) Die Altersversicherung

Die Altersversicherung ist ihrer Definition nach dazu bestimmt, die Abnützung der Arbeitskraft zu entschädigen. Sie gewährt ab 65 Jahren eine Alterspension die 50% des Mittelwertes der 10 besten Jahreslöhne des Versicherten ausmacht. Die Vollpension setzt 37,5 Jahre Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen voraus[17bis].

Jedoch im Falle von vorzeitigen Abnützungserscheinungen die die Arbeitskraft um 50% mindern, kann der Sozialversicherte zwischen 60

17 s. Artikel 289 und 298 des Sozialgesetzbuches

17bis Die Altersversicherung wird, gegebenenfalls durch eine Zulage für Kinder und Ehepartner welche zu Lasten des Versicherten sind, erhöht. Die Erhöhung beläuft sich auf 10% falls der Versicherte wenigstens drei Kinder erzogen hat.

und 65 Jahren die Hälfte der Alterspension beziehen, die ihm zu 65 Jahren zustehen würde [18].

d) Die Unfallversicherung

Die Arbeitsunfälle und die amtlich anerkannte Berufskrankheiten nehmen in der sozialen Sicherheit eine besondere Stellung ein. Die Arbeitsunterbrechung gibt Anspruch auf Tagesentschädigungen bis zur Heilung oder zur Konsolidierung des Zustandes des Unfallgeschädigten. Falls aus dem Arbeitsunfall eine teilweise oder totale, dauernde Arbeitsunfähigkeit entsteht, wird der Geschädigte eine Dauerrente erhalten. Im Todesfalle des Unfallgeschädigten, fällt diese Rente an seine Rechtsnachfolger, nämlich den überlebenden Ehegatten, die Waisen, sowie die zu Alimenten berechtigten Aszendenten.

Die so angewandten Rechtsmodelle erklären teilweise die Technik der pauschalen Entschädigung ohne sie aber zufriedenstellend rechtfertigen zu können.

II. DIE PASCHALEN ENTSCHÄDIGUNGSWEISEN

Die pauschalen Entschädigungsweisen des Verlustes der Erwerbsfähigkeit unterliegen Regeln die voneinander abweichen, je nachdem es sich um eine vorübergehende oder dauernde Arbeitsunfähigkeit handelt.

A. Die vorübergehende Arbeitsunfähigkeit

Die Entschädigung der zeitweiligen Arbeitsunfähigkeit setzt eine vorherige Verordnung und eine Kontrolle der Arbeitseinstellung voraus, sowie die Zuerkennung von Tagesentschädigungen die je nach Risiko ändern und die Möglichkeit eines Streites über das Datum der Heilung oder Konsolidierung des Gesundheitszustandes des Sozialversicherten beinhalten.

a) Die Verordnung und Kontrolle der Arbeitseinstellung

Die Arbeitseinstellung und die Heilbehandlung werden vom behandelnden Arzt verschrieben der seine Heilkunst im Rahmen der liberalen Medizin ausübt und den jeder Versicherte sich frei auswählen kann. Die freie Arztwahl beinhaltet als Folge eine Kontrolle durch die Sozialversicherungsanstalten um Auswüchse und Betrug auszuschließen.

Die medizinische Kontrolle wird durch einen nationalen Kontrolldienst ausgeübt, der die hierarchischen Strukturen der Krankenkassen

18 Die Alterspension kann mit 60 Jahren gezahlt werden. Die Höhe ist jedoch, falls keine Arbeitsunfähigkeit besteht, auf 25% herabgesetzt, anstatt 50% des Mindestlohnes. Wenn die Zahlung nach 60 Jahren beginnt, wird der Satz von 25% um 1% pro Trimester erhöht. Jedoch können verschiedene Lohnempfänger zwischen 60 und 65 Jahren eine volle Pension zu 50% erhalten, so z. B. die Widerstandskämpfer, die Deportierten, die Kriegsgefangenen und unter gewissen Bedingungen die Werktätigen die besonders erschwerende Berufe ausgeübt haben.

annimmt und über ein Netz von Vertrauensärzten und Krankenbesucher verfügt. Die Vertrauensärzte sind in der Hauptsache damit beauftragt die Auswüchse in den ärztlichen Verordnungen der Arbeitseinstellungen festzustellen. Die Krankenbesucher überwachen die Sozialversicherten die die Arbeit eingestellt haben. So müssen sie feststellen ob die Versicherten zu Hause sind, so wie ihnen vorgeschrieben ist, um den Tagesentschädigungen nicht verlustig zu werden.

Die Zahlung von zusätzlichen Tagesentschädigungen durch die Arbeitgeber auf arbeitsrechtlicher Grundlage (Kollektivvertrag und Einführung der Monatsentlöhnung) haben die Arbeitgeber dazu geführt eine mit der sozialrechtlichen Kontrolle parallel laufende medizinische Aufsicht einzuführen. Die Rechtmäßigkeit dieser durch den Arbeitgeber eingeführten medizinischen Kontrolle, wird in der Lehrmeinung stark diskutiert und spaltet die Rechtssprechung, falls sie mit solchen Fällen befaßt ist [19].

b) Die Gewährung von Tagesentschädigungen

Die Arbeitseinstellungen begründen die Gewährung von Tagesentschädigungen zu Gunsten der Sozialversicherten wegen Lohnausfall. Die Höhe der Entschädigung wird in Bezug auf das versicherte Risiko der Krankheit, der Mutterschaft oder des Arbeitsunfalls bestimmt.

1° Die Tagesentschädigung im Krankheitsfall. (indemnité journalière de maladie)

Dieselbe wird vom 4. Tag der Arbeitsniederlegung gewährt.

Die Höhe beträgt 50% vom Tagesarbeitsverdienst der den Sozialversicherungsbeiträgen zu Grunde liegt [20]. Eine Erhöhung auf ⅔ dieses Lohnes tritt ab 31. Tag der Arbeitseinstellung ein, falls der Sozialversicherte wenigstens drei Kinder zu seinen Lasten hat.

Befindet sich der Sozialversicherte hingegen im Krankenhause, kann die Entschädigung gemindert werden, da das Krankenhaus den Unterhalt gewährt, jedoch unter Berücksichtigung der Familienlage des Betroffenen.

Schlußendlich im Falle eines Kuraufenthaltes, werden die Tagesentschädigungen nur während der Kurdauer gewährt die in Verbindung mit Kurleistungen steht. Die Entschädigungen werden als zu-

19 so diesbezüglich; Saint-Jours : « Ist die arbeitsgeberische Kontrolle der Arbeitseinstellung für die Arbeitnehmer bindend, in Abwesenheit eines schiedsgerichtlichen Verfahrens, das ihre Rechte auf Verteidigung übernimmt ? » D. 1975, chr. 91; Nicole Catala : « Vom Recht der Arbeitgeber, die durch Monatsentlöhnungsverträge gebunden sind, ihre Arbeitnehmer, die aus Gesundheitsgründen der Arbeit fern bleiben, eine medizischen Kontrolle zu unterwerfen. J. C. P. 1975 — I-2748;J. C. Javillier : « Eine Bestätigung eines Logikstreites (Recht auf Gesundheit und Vertragsrecht) : die medizinische Arbeitgeberkontrolle im Falle der Abwesenheit des Beschäftigten wegen Krankheit; Dr. soc. 1976, 265.

20 Man berechnet den Tagesverdienst indem man den Monatslohn durch 30 teilt.

sätzliche Leistungen gezahlt, d. h. nur in dem Maße wo die Familieneinkünfte der Betroffenen unzulänglich sind.

2⁰ Die Tagesentschädigungen bei Mutterschaft

Diese werden vor und nach der Geburt gezahlt, d. h. höchstens während einer Periode von 16 Wochen, der eigensozialversicherten Mutter die die hierzu gestellten Bedingungen erfüllt [21].

Findet die Geburt jedoch später als vorgesehen statt, so wird die Mutter die Tagesentschädigungen über 6 Wochen hinaus erhalten, ohne daß dadurch die Zeitdauer der postnatalen Entschädigung verkürzt wird [22].

Die Höhe der Tagesentschädigung ist auf 90% des Grundtagelohnes festgesetzt, der wie im Krankheitsfalle ermittelt wird, ohne jedoch das Vierhunderstel der Höchstgrenze der Sozialversicherungsbeitragsbemessungsgrenze zu überschreiten.

Im Falle einer pathologischen Mutterschaft oder einer Krankheit als Folge der Geburt, die eine frühzeitige oder eine über die vorgesehene postnatale Periode hinausgehende Arbeitseinstellung bedingt, werden die Tagesentschädigungen durch die Krankenversicherung gezahlt.

3⁰ Die Tagesentschädigungen bei Arbeitsunfall

Die Entschädigungen werden vom 1. Werktage der auf den Tag der Arbeitseinstellung folgt, gezahlt und während der ganzen Zeit der Arbeitsunfähigkeit die der Heilung oder der Konsolidierung oder dem Tode vorausgeht, sowie in den Hypothesen eines Rückfalls oder einer Verschlimmerung der Verletzung [23].

Die Höhe der Entschädigungen beläuft sich auf 50% des Referenztagesarbeitslohnes und auf ⅔ vom 29. Tage nach der Arbeitsunterbrechung an.

---

21 Die Sozialversicherte muß von sich aus 10 Monate am voraussichtlichen Tage der Geburt sozialversichert sein und eine gewisse Zeit im Beschäftigungsverhältnis gestanden sein. Die Zeitspanne von 10 Monaten ist aus dem Grunde gewählt worden, um gewisse Sozialversicherungsverhältnisse zu vermeiden die nur in Voraussicht einer Mutterschaft geschaffen werden.

22 Ministerieller Beschluß, Brief v. 31. 5. 1965, B. J. Nr. 26-1965 F 4. Diese Regelung wurde in Anwendung des Abkommens Nr. 3 des internationalen Arbeitsamtes getroffen, das besagt, daß der Irrtum des Arztes in der Bestimmung des Geburtstages den Anspruch der Frau auf Entschädigung nicht mindern darf für die Periode vom Tage der Ausstellung der ärzlichen Verordnung angerechnet bis zum Tage der Geburt.

23 Das Opfer eines Arbeitsunfalls hat gegenüber seinem Arbeitgeber Anspruch auf seinen Lohn für den Unfalltag.

Der Vergleichstagelohn wird nur in dem Maße berücksichtigt, wo er die jährliche Beitragsbemessungsgrenze nicht übersteigt [24].

Die Tagesentschädigung in Kranken- und Unfallversicherung kann erhöht werden, falls nach der durch den Unfall eingetretenen Arbeitseinstellung die Löhne allgemein angehoben werden oder die Arbeitseinstellung mehr als drei Monate anhält [25].

Diese Entschädigungen werden in gewissen Grenzen gehalten [26] es sei der Geschädigte habe wieder eine ärztlich gebilligte Arbeit aufgenommen um den Heilungsprozeß oder die Konsolidierung zu beschleunigen oder er befinde sich in einer Rehabilitierungs- oder Umschulungsperiode, so daß jedoch die Summe des verdienten Lohnes und der Entschädigung den normalen Lohn in derselben Berufssparte übersteigen darf .

c) Die Streitsachen bezüglich des Datums der Heilung.

Die Einstellung der Tagesentschädigungen hängt von der Heilung oder der Konsolidierung des Zustandes des Versicherten ab. Streitfälle entstehen manchmal zwischen dem behandelnden Arzt und dem Vertrauensarzt der Krankenkasse bezüglich der Festsetzung des Termins der Wiederaufnahme der Arbeit.

Diese Streitfälle geben Anlaß ein besonderes medizinisches Gutachten einzuholen [27].

Der Gutachter wird, um den Streit zu schlichten, im Einverständnis zwischen dem behandelnden Arzt und dem Vertrauensarzt bestellt. Falls keine Einigung erzielt wird, beruft ihn der Gesundheitsdirektor des zuständigen Departementes. Sein Gutachten wird alle Parteien binden, sogar den Richter, falls es « präzis, klar und ohne Zweifel » ist und ordnungsgemäß erstellt wurde.

Die Tagesentschädigungen sind nur für die ärztlich festgestellte Arbeitsunfähigkeitsdauer geschuldet. Dem Gutachter steht es frei der Meinung des behandelnden Arztes oder derjenigen des Vertrauensarztes zu folgen oder aber eine eigene Auffassung zu vertreten. Die Entschädigung wird an dem Tage eingestellt, den der Gutachter zurückbehält. So wird der Arbeitnehmer in der Tat gezwungen seine Arbeit an dem vom Vertrauensarzt bestimmten Termin wiederaufzunehmen, und dies auf die Gefahr hin eine Verschlimmerung seines Zustandes

---

24 Den Referenztageslohn erhält man indem man den Lohn des Geschädigten während einer Lohnperiode durch die in dieser Periode enthaltenen Werktage dividiert.

25 Art. 290 und 449 des Sozialgesetzbuches

26 Art. 289, 442 und 448 des Sozialgesetzbuches

27 Dieses ärztliche Gutachten wurde durch Ordonnanz vom 7. Januar 1959 vorgesehen und stellt in dieser Weise eine Ausnahme der allgemein gültigen Rechtsbestimmungen dar, als dieses Gutachten für alle Beteiligten bindend ist, einschließlich des Rechtes, s. L. Roche und L. Pujol : « Das Gutachten in der sozialen Sicherheit », Rev. dr. san. et soc. 1976, S. 321.

herbeizuführen, falls er kein Einkommensverlust während der Zeit der Gutachtertätigkeit auf sich nehmen will.

Diese Situation ist für den Sozialversicherten höchst unbequem, im besonderen für den Unfallverletzten der sich zwischen zwei gegenteiligen ärztlichen Ansichten befindet. Hier müßte eine gesetzliche Änderung angestrebt werden um dieser unsicheren sozialen Lage ein Ende zu setzen [28]. Meiner Meinung nach müßten die Tagesentschädigungen bis zur Zustellung der Auffassung des Gutachters beibehalten werden und das Gutachterverfahren müßte als Schnellverfahren eingerichtet werden.

B. **Die dauernde Arbeitsunfähigkeit**

Die Entschädigung der dauernden Arbeitsunfähigkeit hat sich als Hauptziel gesetzt im Falle von invalidierender Krankheit oder Arbeitsunfall die eine dauernde Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat, den Betroffenen es zu ermöglichen ihre Erwerbstätigkeit wiederzuerlangen, sei es durch eine berufliche Rehabilitierung, sei es durch eine berufliche Umschulung um auf diese Weise ihre berufliche Eingliederung zu erleichtern [29].

a) Die berufliche Rehabilitierung

Die berufliche Rehabilitierung besteht darin, daß man demjenigen der seine Erwerbstätigkeit verloren hat, es ermöglicht seine berufliche Tätigkeit die seinen geminderten Fähigkeiten entspricht, wiederaufzunehmen, während die berufliche Umschulung darin besteht dem Geschädigten einen neuen Beruf zu vermitteln der im Verhältnis zu seinen Fähigkeiten steht, da er seinem vorherigen Beruf nicht mehr nachgehen kann. Die Begriffbestimmung ist jedoch nicht straff, da man auch oft von beruflicher Rehabilitation spricht [30].

Obwohl es sich hier um verschiedene Ansprüche handelt, sind die berufliche Rehabilitierung und die berufliche Umschulung einer fast gleichwertigen Regelung unterworfen. Rückerstattung der Reise- und Aufenthaltskosten im Falle einer Einweisung in eine spezialisierte Anstalt, Zurverfügungstellung der Hilfsmittel, Prothesen, orthopädischen Hilfe und Zahlung von Tagesentschädigungen [31].

28 Die Gerichtsbarkeit zögert hie und da, obwohl im Revisionsverfahren die Entscheidung umgestoßen wird, gewissen Unfallopfern den Verlust der Tagesentschädigungen anzulasten im Falle von Meinungsverschiedenheiten zwischen behandelndem Arzt und Vertrauensarzt (s. besonders Cass. soc. 26. Juni 1974 u. 3. Juli 1974, Dr. soc. 1975—138, meine Anmerkung).

29 Art. 71—102 des Dekretes vom 31. Dez. 1946 abgeändert durch Dekret Nr. 61.28 vom 11. Januar 1961.

30 s. Yvette Gauthier : Die berufliche Umschulung des Arbeitsunfallverletzten. Rev. prat. dr. soc. 1976, 169.

31 Die Tagesentschädigungen können mit einem Lohn oder einer Rente kumuliert werden, jedoch nur in dem Maße wie die zuständige Gesetzesregelung dies vorsieht (Kranken- und Unfallversicherung)

Die berufliche Rehabilitierung umfaßt jedoch in der Regel eine besondere Behandlung die den Betroffenen zwingt sich gewissen vorgeschriebenen Anordnungen der Gesundheitsbehörden zu unterwerfen, gewisse schwierige Übungen und Arbeiten zu verrichten die die berufliche Umschulung begünstigen, sowie sich jedweder nicht gestatteten Tätigkeit zu enthalten. Die berufliche Umschulung kann sich in gewissen Fällen im Rahmen eines Betriebes ausführen.

b) Die Bestimmung des Grades der dauernden Arbeitsunfähigkeit

Ob es sich um Invalidität, Unfähigkeit, teilweiser oder dauernder Untauglichkeit handelt, der Grad der dauernden Unfähigkeit wird durch die Kasse der sozialen Sicherheit bestimmt und zwar auf Grund eines Berichtes des Vertrauensarztes, der meistens die Meinung des behandelnden Arztes einholt.

Verschiedene Faktoren werden berücksichtigt, besonders auf dem Gebiete der Arbeitsunfälle : der krankhafte Vorzustand; die von einem vorherigen Arbeitsunfall herrührende Arbeitsunfähigkeit und gegebenenfalls die Folgen eines Rückfalles. Der Satz der Arbeitsunfähigkeit der durch die Verwaltung der sozialen Sicherheit festgesetzt wird, kann einer Revision unterzogen werden in Anbetracht des weiteren Verlaufs des Zustandes des Betroffenen. Im Falle eines Streites wird die Sache der technischen medizinischen Streitsachenabteilung übergeben.

Das Ergebnis bindet jedoch einen Drittschuldigen im Falle eines Arbeits- oder Wegeunfalls nicht.

1° Der krankhafte Vorzustand.

In der Regel kann der Verunfallt eine Vermutung anrufen [32], nämlich die, daß der Unfall der sich am Arbeitsplatz und während der Arbeitszeit ereignet hat, als Arbeitsunfall anzusehen ist [32] und diejenigen, die die Qualifikation als Arbeitsunfall bestreiten, den Beweis erbringen müssen, daß kein Kausalzusammenhang zwischen Arbeit und Unfall besteht.

Die Vermutung der kausalen Zurechnung zum Arbeitsgeschehen beinhaltet entsprechend, daß jedwede Arbeitsunfähigkeit die durch einen Arbeitsunfall eintritt, in seiner Gesamtheit bewertet werden muß bei der Festsetzung des vorübergehenden oder dauernden Arbeitsunfähigkeitsgrades. Somit wird also auch die Verschlimmerung der Arbeitsunfallfolgen die sich aus dem krankhaften Vorzustand ergeben in Betracht gezogen, es sei denn man könnte beweisen, daß die Verletzung ausschließlich aus der fortschreitenden Entwicklung eines Vorzustandes herrührt und das Arbeitsgeschehen keine Rolle in dem Auftreten gespielt hat, so wie dies im Falle von Brüchen, Lumbagos, Infarkten usw. der Fall ist [33]. Diese Regel die man als gegeben anse-

32 Cass. Ch. réun. 7 avr. 1921, S. 1922-1-81, Anmerkung Sachet.

33 s. die Rechtsprechung die in dem Aufsatz von Mellotée angegeben ist : « Die krankhaften Vorzustände bei Arbeitsunfällen » D. 1973 Chr. 173 und unsere Anmerkungen zu 3 Entscheiden des Sozialsenats, J. C. P. 1973 II 17535.

hen konnte, wird abgeschwächt falls ein krankhafter Vorzustand, meistens ein angeborener, schon beim Unfallopfer eine Minderung der Arbeitsfähigkeit bedingte. In dieser Hypothese hat die Rechtsprechung den Begriff der geteilten Kausalität wiedereingeführt um die Entschädigung auf die bloßen Unfallfolgen zu beschränken [34].

Diesem Ergebnis ist vollständig in einem System der integralen Entschädigung zuzustimmen. Es ist jedoch unbefriedigend in einem System der pauschalen Entschädigung das auf den Gefährdungsbegriff gestützt ist. Die Verschlimmerung des krankhaften Vorzustandes, der überhaupt nicht entschädigt wird, greift in das Risiko des Unternehmers ein, da dieser den Betroffenen dem Betriebsrisiko ausgesetzt hat, ja sogar hie und da mittels eines Mindestlohnes eben wegen des geminderten Vorzustandes.

So können sich zwei Fälle vorfinden je nachdem der Lohn des Arbeitnehmers schon eine Minderung wegen des krankhaften Zustandes erlitt oder nicht. Im bejahenden Fall wird die pauschale Entschädigung die auf einem schon verkürzten Lohn berechnet ist, nochmals gekürzt durch obengenannte Kausalitätsteilung. Im verneinenden Fall steht die pauschale Entschädigung durch Anwendung der Theorie der geteilten Kausalität in keinem Verhältnis mit dem effektiven Lohnausfall der sich aus den alleinigen Arbeitsunfallfolgen ergibt.

In beiden Fällen kommt die Anwendung der geteilten Kausalität einer Bestrafung der Unfallgeschädigten gleich, da diese Theorie dem Grunde nach mit dem Prinzip der pauschalen Entschädigung unvereinbar ist. Dies ist umsomehr hervorzuheben, als Richter die in solchen Fällen zu entscheiden hatten, sich gewissermaßen gezwungen fühlten, den Bewertungsgesichtspunkten die in Artikel 453 des Sozialgesetzbuches angegeben sind, Gewalt anzutun um eine lächerlich geringe Entschädigung, die sich aus dem geteilten Kausalitätsprinzip ergeben würde, zu umgehen. Dieses Vorgehen ist bekannt, doch was soll man von einer Regel halten, die der Oberste Gerichtshof aufgestellt hat und die den dem Grunde nach befaßten Richter dazu verleitet die gesetzlichen Bestimmungen zu umgehen, um das Gesetz wirkungsvoll zu gestalten ohne jedoch im Revisionsverfahren gerügt zu werden ?

2° Die vielfachen Unfälle

Im Falle einer Vielfalt von Unfällen oder einer schon bestehenden Invalidität die schon entschädigt wurde, muß man die erneute Arbeitsunfähigkeit beurteilen indem man dem schon entschädigten Verlust an Arbeitsfähigkeit und der verbleibenden Arbeitskraft Rechnung trägt.

Verschiedene rechnerische Formeln, im besonderen die Formeln von Balthazard und von Gabrielli, wurden zu diesem Zwecke angeboten, ohne jedoch irgend einen zwingenden Charakter zu besitzen. Diese Formeln wurden angewandt, doch geht die heutige Tendenz der

34 s. J. J. Dupeyrous : « Der Abstieg der Anrechnungsvermutung » (Streitsache Belly), D. 1971, Chr. 81

Rechtsprechung dahin die in Artikel 453 des Sozialgesetzbuches angeführten Merkmale als Indizien zu werten und zu bündeln, nämlich die Natur der Infirmität, den Allgemeinzustand, das Alter, die geistigen und physischen Kräfte, die Fähigkeiten und der berufliche Befähigungsgrad.

Es gibt natürlich keine vollkommene Methode und man muß die Entscheidung der Überzeugung des Arztes oder in Streitsachen, den Überlegungen der Richter überlassen

3° Die Rückfälle

Der Rückfall ergibt sich aus der Verschlimmerung einer durch Arbeitsunfall erlittenen Verletzung oder eines spontanen Wiederauftretens der Berufskrankheit, die augenscheinlich als geheilt oder konsolidiert angesehen worden war, oder der Verschlimmerung des allgemein unfallbedingten Zustandes des Geschädigten [35]. Die Folgen des Rückfalls sind akute und zeitweilige Erscheinungen die den Versicherten zwingen die Arbeit zu unterbrechen oder wenigstens eine Behandlung zu folgen. Der Rückfall unterscheidet sich vom krankhaften Vorzustand dadurch, daß er ein spontanes, am Tage der Heilung oder Konsolidierung unvorhersehbares, außerhalb jeglichen Einflusses der derzeitigen Arbeitsverhältnisse auftretendes Wiederaufleben einer Verletzung, oder Krankheit oder des Allgemeinzustandes bedingt [36].

Die unfallbedingte Anrechnungsvermutung trifft auch auf den Rückfall zu, es sei denn Tatbestände gäben Anlaß zu Streitigkeit. Ein ärztliches Gutachten muß alsdann eingeholt werden und den Beweis erbringen, daß die Verschlimmerung des Zustandes des Versicherten sich nicht auf eine andere Ursache als den Arbeitsunfall zurückführen läßt, so z. B. auf eine Weigerung eine bestehende Arthrose zu pflegen [37].

4° Die Revision

Die Regelung will, daß eine Verschlimmerung oder eine Besserung des Allgemeinzustandes eines Invaliden, Pensions- oder Unfallrentenempfängers eine Revision des Arbeitsunfähigkeitsgrades ermöglicht und eine Erhöhung oder Minderung der Rente mitsichbringt.

Die Revisionsmöglichkeit der Unfallrente ist mit sehr engen Fristen umgeben, um allen unbegründeten Beschwerden aus dem Wege zu gehen [38].

Die nach der Konsolidierung eingetretene Verschlimmerung der Arbeitsunfallfolgen wird in Betracht gezogen aufgrund der arbeitsunfallbedingten Anrechnungsvermutung und nicht wegen einer anderen Ursache, so z. B. der normalen Entwicklung eines krankhaften Vor-

35 Cass. soc. v. 8. Okt. 1970, Bullet. civ. V, S. 421, Nr. 515; Cass. soc. v. 5. Juli 1965, Bull. civ. IV S. 569, Nr. 683

36 Cass. soc. v. 21. März 1963, Bullet. civ. IV S. 222 Nr. 275. D. 1963.647.

37 Cass. soc. 12. Februar 1972, Bull. civ. V. S. 127, Nr. 136

38 s. Art. 489 des Sozialgesetzbuches

zustandes [39]. Die Beweislast des Kausalzusammenhangs trägt der Versicherte.

5° Die Streitsachen

Im Falle einer medezinischen Streitfrage bezüglich des Ausmaßes der Arbeitsunfähigkeit wird die Streitsache vor die technische ärztliche Streitsachenabteilung gebracht (contentieux technique médical), die sich aus regionalen Ausschüssen in erster Instanz und aus einem nationalen technischen Ausschuß in der Berufungsinstanz zusammensetzt [40].

Das Verfahren geschieht in der Regel an Hand der Akten. Falls die Prüfung der Akten nicht genügt, so sind die Ausschüsse berechtigt zusätzliche ärztliche Untersuchungen oder Analysen anzuordnen, sowie alle Nachforschungen anzustellen über « Punkte die die Entscheidung des Falles beeinflussen können, im besonderen bezüglich der beruflichen Orientierung des Antragstellers und seine Möglichkeit der beruflichen Eingliederung ».

Hier findet man die beiden Merkmale, das physische und das berufliche, welche die grundlegende Begriffsbestimmung der Arbeitsunfähigkeit im Recht der sozialen Sicherheit darstellen.

Ist die Höhe des Grades der Arbeitsunfähigkeit einmal festgesetzt, so ist dieselbe laut Rechtsprechung nicht für Dritte bindend. Die Zivilgerichte sind nämlich nicht durch Entscheidungen der Sozialversicherungsanstalten gebunden, die eine Arbeitsunfähigkeit feststellen, die sich aus einem Arbeitsunfall ergibt, welcher desweiteren zu einem zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch gegen einen Drittschuldigen berechtigt [41].

Dasselbe Prinzip gilt für die Entscheidungen der Streitsachenausschüsse für soziale Sicherheit, die keine bindende Rechtskraft gegenüber Dritten haben die nicht Prozeßbeteiligte waren [42].

Die allgemeine Gerichtsbarkeit ist vollständig frei um Schaden festzusetzen und man sieht oft, daß Gerichtsgutachten die Arbeitsunfähigkeit niedriger bewerten als dies im medizinischen Gutachten der Sozialversicherungsanstalt geschieht, so z. B. 20% einerseits, 70% andererseits [43]. Ein Gericht hat sogar entschieden, daß ein Sozialversicherter überhaupt keine Arbeitsunfähigkeit aufweist und somit keinen Schadenersatzanspruch hat, obwohl der Sozialversicherungsträger ihm

39 s. Cass. soc. 6. Mai 1965, Bullet. civ. IV, S. 308, Nr. 370; Cass. soc. 30. Januar 1969, Bull. civ. V. S. 58, Nr. 71.

40 Die Revisionsverfahren werden vor den Sozialsenat des Kassationshofes gebracht. s. F. Marion : « Die technischen medezinischen Streitsachen », Rev. dr. san. et. soc. 1976-401.

41 Cass. crim. vom 29. März 1968, Bull. crim. S. 228, Nr. 96; Cass. crim. 4. Mai 1954, Gaz. Pal. 1954-2-145; Cass. soc. 23. März 1964, Bull. civ. IV, S. 230 Nr. 279; Cass. 2° civ. Bull. civ. II s. 640 n° 965.

42 Cass. crim. v. 27. Juli 1954, Gaz. Pal. 1954-2-264.

43 Cass. soc. vom 29. Januar 1965, Bull, civ. IV, S. 65, Nr. 86

eine Rente zahlt auf Grund einer dauernden teilweisen anerkannten Arbeitsunfähigkeit [44].

Man kann diese Lösung durch den Umstand begründen, daß der Grad der dauernden Arbeitsunfähigkeit, der der Errechnung der Unfallrente zu Grunde liegt, zur Hälfte gemindert wird für den Teil der fünfzig Prozent nicht übersteigt, und daher die medizinischen Gutachten dazu neigen den Grad der Arbeitsunfähigkeit zu erhöhen. Weiterhin kann geltend gemacht werden, daß die Entschädigungen im allgemeinen Recht endgültig zuerkannt werden, die Unfallrenten dagegen wiederprüfbar sind, oder der Gerichtsexperte viel später nach der Konsolidierung der Verletzungen darüber befindet und in der Regel nur Kenntnis der Folgen der alten Verletzungen hat. Nichtsdestoweniger ergibt sich aus diesem Zustand eine sehr unverquickliche Situation die gar zu oft den Geschädigten um eine zusätzliche Entschädigung seitens des Privatversicherers des Drittschuldigen bringt, da diese zu niedrig ausfällt und der Regreßanspruch der Unfallversicherung die ganze Entschädigungssumme verschlingt. Diese Sachlage bringt übrigens in der breiten Öffentlichkeit sowohl die Ärzteschaft als auch die Richter in Verruf.

Die Arbeitsunfähigkeit die aus einem durch einen Drittschuldigen verursachten Unfall herrührt kann nur ein und dieselbe, also unteilbar sein sowohl gegenüber der Sozialversicherungsanstalt, als auch gegenüber dem Drittschuldigen. Wäre dem nicht so, würde man das Recht der sozialen Sicherheit im Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht zu einem minderwertigen Recht erklären.

Es wird im allgemeinen Recht einstimmig anerkannt, daß man bei der Schadensbemessung alle Elemente die die soziale Stellung des Geschädigten ausmachen, in Betracht ziehen muß. Somit gibt es keinen triftigen Grund von der Eigenschaft des Geschädigten als Sozialversicherter abzusehen und man muß hieraus die notwendigen Folgen für jedermann ziehen, es sei denn man argwöhne dem System der sozialen Sicherheit.

C. *Die endgültigen Lohnersatzleistungen*

Es handelt sich hier um die Invalidenpension, die Unfallrente und die vorzeitige Altersrente.

1° Die Invalidenpension

Man unterscheidet 3 Arten von Invalidenpensionen :

1. die Pension die Invaliden gezahlt wird, die trotz Zweidrittelinvalidität, noch in der Lage sind, einer lohnbringenden Beschäftigung nachzugehen die ihnen 30% vom vorherigen Lohn einbringt im Rahmen der Beitragsbemessungshöchstgrenze.

44 Cass. soc. 24. Februar 1956, Bullet. Civ. IV, S. 148, Nr. 202 J. C. P. 1957, II, Nr. 9834, Anmerkung G. H. G.

2. die Pension die Vollinvaliden gezahlt wird die überhaupt keiner lohnbringenden Beschäftigung nachgehen können. Der Satz ist hier auf 50% festgesetzt.

3. die Pension die Invaliden ausgezahlt wird die wegen ihrer absoluten Invalidität Dienste Dritter in Anspruch nehmen müssen um den Verrichtungen des täglichen Lebens nachzukommen.

Der Satz von 50% wird in der Regel um 40% erhöht wegen fremder Hilfe. In der Praxis ist die Mindesterhöhung in diesen Fällen gleich der Entlöhnung die der Invalide benötigt um die fremde Hilfskraft zu erhalten.

Die Invalidenpension kann auf dem Verwaltungsweg zum Ruhen gebracht werden falls der Versicherte eine neue berufliche Tätigkeit aufnimmt die ihm einen vorgesehenen Lohn sichert [45] oder sogar entzogen werden falls der Zustand des Betroffenen sich derart gebessert hat, daß er seine Erwerbsfähigkeit von 50% wiedererlangt hat.

2⁰ Die Unfallrente

In Anwendung des pauschalen Entschädigungsprinzipes der Arbeitsunfälle ist der normale Rentensatz eine Fraktion der teilweisen dauernden Arbeitsunfähigkeit und ist wie folgt festgesetzt :

— bis zu einer dauernden teilweisen Arbeitsunfähigkeit von 50% wird der Rentensatz um die Hälfte gemindert;
— der 50% übersteigende Teil der teilweisen dauernden Arbeitsunfähigkeit wird um die Hälfte erhöht.

Z. B. einem Rentensatz einer teilweisen dauernden Arbeitsunfähigkeit von 60% entspricht ein normaler Rentensatz von 25% + 15% = 40%.

Bei totaler Arbeitsunfähigkeit ist der Rentensatz 100%.

Man erhält den Betrag der Rente indem man den Rentensatz auf den Lohn umlegt, der in autonomer Weise im Verhältnis zur Beitragsbemessungshöchstgrenze festgesetzt wird [46]. Dieser Beitrag kann gegebenenfalls wegen benötigter Hilfe einer dritten Person erhöht werden.

In einzelnen Fällen und auf jeden Fall dann, wenn der dauernde Grad unterhalb 10% liegt, kann nach freiem Ermessen nach Ablauf von 5 Jahren, im Interesse des Geschädigten die Rente durch eine Kapitalabfindung ersetzt werden.

3⁰ Die vorzeitige Altersrente.

Die Altersrente wegen Arbeitsunfähigkeit tritt automatisch an Stelle der Invalidenrente bei Erreichen des Alters von 60 Jahren ohne daß die Höhe dieser Pension niedriger als die Invalidenpension sein kann.

Die vorzeitige Altersrente wird desweiteren zwischen 60 und 65 Jahren denjenigen zuerkannt, die wegen einer vorzeitigen Abnützungserscheinung als arbeitsunfähig anzusehen sind.

45 Art. 318 des Sozialgesetzbuches
46 s. oben unter Fußnote 10

Die Pension wird in Höhe von 50% des Durchschnittslohnes der zehn besten Lohnjahre ausgezahlt. Diese Regelung ist auch beim normalen Rentenalter von 65 Jahren der Fall.

Der Empfänger einer vorzeitigen Altersrente kann ebenfalls gegebenenfalls eine Erhöhung der Pension wegen Inanspruchnahme fremder Hilfe erhalten [47].

Die ungenügende pauschale Entschädigung der Erwerbsunfähigkeit drängt die Betroffenen ein System der integralen Entschädigung anzustreben.

III. SUCHE NACH EINER INTEGRALEN ENTSCHÄDIGUNG

Das Prinzip der Pauschalentschädigung mit seinen Korrekturen- Regreß gegen Drittschuldigen und Folgen des unentschuldbaren Verschuldens — verschafft den Sozialversicherten keine ausreichende Sicherheit weder in sich selbst, noch im Hinblick der im allgemeinen Haftungsrecht eingeführten Sicherung gegen Jagdunfälle und der obligatorischen Kraftfahrzeugversicherung. Daher ein Aufleben des Strebens nach Zusatzversicherung außerhalb der sozialen Sicherheit. Dieses Phänomen bildet das Vorzeichen einer künftigen Verallgemeinerung der integralen Entschädigung der Erwerbsunfähigkeit und es wird Zeit hiervon Kenntnis zu nehmen um die Folgen vorauszusehen.

A. *Das Streben nach Zusatzentschädigung*

In Anbetracht der Unzulänglichkeit der pauschalen Entschädigung geht das natürliche Streben der Lohnempfänger dahin sich unmittelbar an ihre Arbeitgeber zu wenden um eine zusätzliche Entschädigung über den Weg der kollektiven Arbeitsverträge oder Betriebsverträge zu erlangen. Unter dem Druck ihrer Forderungen haben die Betriebe in der Regel dem Streben eine zusätzliche Entschädigung über den Weg der kollektiven Arbeitsverträge oder Betriebsverträge zu erlangen, zugestimmt entweder durch direkte Zahlung oder durch Schaffung paritätischer Institutionen außerhalb der sozialen Sicherheit.

a) Die unmittelbaren Zuschüsse der Betriebe

Diese Zuschüsse treten unter drei Erscheinungsarten auf :

1⁰ Zahlung von Entschädigungen die den gesamten Lohnausfall ersetzen

Die kollektiven Arbeitsverträge, im besonderen die Regelungen die sich auf Ingenieure, gehobene Angestellte, Techniker und Meister beziehen, sowie die Monatsentlöhnungsabkommen sehen vor, daß die Betriebe den Unterschied zwischen den sozialrechtlichen Tagesentschädigungen und dem vollen Lohn zahlen und so diesen Angestellten den vollen oder teilweisen Lohn während einer Zeitspanne die in den Verträgen bestimmt ist, sichern.

47 Art. 356 des Sozialgesetzbuches

Diese durch die Betriebe eingegangene Verpflichtung hat zur Schaffung eines mit dem sozialrechtlichen Kontrolldienst parallel laufenden durch den Arbeitgeber errichteten medizinischen Aufsichtsdienstes geführt, dessen Gesetzmäßigkeit, nebenbei bemerkt, bestritten ist.

2⁰ Die Zusatzversicherungen.

Es kommt oft vor, daß die Betriebe bei privaten Versicherungsgesellschaften Versicherungsverträge abschließen die ihre Angestellten voll und ganz oder wenigstens einen Teil der Arbeitnehmer gegen die Unfallfolgen schützt, die ihnen bei Reisen und Auslandsmissionen für Rechnung der Betriebe drohen. Diese Verträge führen hie und da zu Diskriminierungen der Belegschaft.

Diese Praxis gründet einerseits auf der Unzulänglichkeit der pauschalen Entschädigung der Arbeitsunfälle und andrerseits auf der engen Auslegung der Gerichte in Bezug auf die Arbeitsunfälle bei Reisen im Auftrage des Arbeitsgebers [48].

3⁰ Die finanzielle Beteiligung an zusätzlicher Sicherung

Hier handelt es sich um die teilweise oder gänzliche Zahlung durch den Betrieb von entweder Einzelbeträgen zu betrieblichen Vereinen auf Gegenseitigkeit, oder kollektiven Prämien von Gruppensicherungen die aus Vorsorge-Verträgen herrühren die die Betriebe bei Privatversicheren abgeschlossen haben, entweder aus eigenem Entschluß oder in Anwendung der kollektiven Arbeitsverträge.

Obwohl die Vereine auf Gegenseitigkeit und die Gruppenversicherungen in der Regel die kostenlose Behandlung sichern, so findet man jedoch einzelne die die Entschädigung des Verlustes der Erwerbsfähigkeit auf verschiedene Weise absichern.

b) Die Schaffung von paritätischen Institutionen

Die Lücken der sozialen Sicherheit, nämlich der schwache Schutz den die Altersversicherung gewährt, sowie das totale Fehlen einer Arbeitslosenversicherung, haben die Schaffung von paritätischen Institutionen gefördert. Dies sind die Komplementarkassen der Altersversicherung und die Kasse der Arbeitslosenversicherung [49], welche zur Entschädigung entweder ergänzend im Falle der Abnutzung der Arbeitsfähigkeit durchs Altern oder unmittelbar beim Verlust des Arbeitsplatzes durch Arbeitslosigkeit beitragen werden.

Diese Randinstitutionen stellen eher eine Zersplitterung als ein Zusatzsystem der sozialen Sicherheit dar. Ihr Zustandekommen hat umsomehr die Gunst der Arbeitgeber gefunden, als diese Institutionen es ermöglichen einen Teil der Beitragslast vom Betriebe auf Arbeitnehmer abzuwälzen.

---

48 s. unsere Anmerkung sub. Cass. 11. Jan. 1973, J. C. P. 1973 II 17460 und die dortigen Angaben.

49 Es handelt sich um die Arbeitslosenversicherung die von den ASSEDIC verwaltet wird, s. oben Fußnote 1bis.

Wie auch immer die wirkliche Rolle dieser Institutionen als Zusatzentschädiger des Verlustes der Erwerbsfähigkeit sei, ihr Bestehen mußte in diesem Rahmen erwähnt werden.

B. *Die Folgen einer integralen Entschädigung*

Das Prinzip der integralen Entschädigung des Verlustes der Erwerbsfähigkeit beinhaltet notwendigerweise die Vereinheitlichung der verschiedenen Entschädigungssysteme, einschließlich der Personenversicherung im Schoße der sozialen Sicherheit und die gleichlaufende Anpassung der Finanzierungsmöglichkeiten.

a) Die Vereinheitlichung der Systeme.

Diese Vereinheitlichung kann nur geschehen indem man zwei verschiedene Hypothesen berücksichtigt: der vorübergehende und der dauernde Verlust der Erwerbsfähigkeit.

Die Vereinheitlichung setzt desweiteren eine vorherige Verallgemeinerung der kostenlosen Behandlung voraus.

1⁰ Die Hypothese der vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit.

Die volle Entschädigung des vorübergehenden Verlustes der Erwerbsfähigkeit ist im Begriff sich langsam zu verwirklichen, was auch immer die Ursache — Mutterschaft, Krankheit oder Arbeitsunfall — sei.

Dies geschieht in der Hauptsache durch:

1. die Tagesentschädigungen die durch die soziale Sicherheit gezahlt werden;

2. die vertragsmäßige Zahlung durch die Betriebe der verbleibenden Lohnausfälle während einer gewissen Zeitspanne.

Die Übernahme einer solchen Entschädigung durch die soziale Sicherheit liegt prospektiv gesehen in der Logik der Sache und ist fast schon bei der Mutterschaft verwirklicht.

2⁰ Die Hypothese der dauernden Arbeitsunfähigkeit.

Dem Prinzip nach ist hier die integrale Entschädigung des Verlustes der Erwerbsfähigkeit schwieriger zu verwirklichen. Man muß hier zwischen der normalen Abnützung der Arbeitskraft, die durch das Alter bedingt ist und dem vorzeitigen Verschleiß der Arbeitsfähigkeit die durch eine frühzeitige Invalidität oder einen Arbeitsunfall eintritt, unterscheiden.

Theoretisch bringt die Entschädigung der normalen Abnützung der Arbeitskraft kein Lohnelement ins Spiel um die Arbeitskraft wiederherzustellen. So kann man z. B. erwägen, mit Ausnahme des Falles wo es zu Lasten eines Versicherten lebende Personen gibt, daß die Alterspension um 80% des Durchschnittslohnes der besten zehn Arbeitsjahre liegen soll und die Alterspensionen von der Steuerlast und den Sozialbeiträgen zu befreien wären.

Die Invalidenpensionen und die Unfallrenten würden selbstverständlich vereinheitlicht werden in Anwendung des Prinzips der integralen

Entschädigung. Sie müßten von der Stufe an, wo die Arbeitsunfähigkeit die Ausübung eines normalen Berufes ausschließt, gewährt werden. Die Zahlung müßte bis zur Altersgrenze erfolgen um auf diese Weise den vollen Verlust der Erwerbsfähigkeit zu garantieren in direktem Bezug auf den Beruf des Betroffenen, unter der Einschränkung einer eventuellen ganzen oder teilweisen Wiedererlangung der Erwerbsfähigkeit. Unterhalb der Schwelle der Arbeitsunfähigkeit die zur Erlangung einer Pension oder einer Rente berechtigt, könnte die Entschädigung des Verlustes der Erwerbsfähigkeit durch eine entsprechende Kapitalabfindung ersetzt werden.

Die Pensionen und Renten würden den Löhnen angepaßt bis zur Ersetzung durch die Altersrente.

b) Die Anpassung der finanziellen Mittel

Das Prinzip der integralen Entschädigung fordert wohl erhöhte finanzielle Mittel die aber durch die Vereinheitlichung aller Systeme der Fürsorge im Rahmen der sozialen Sicherheit einschließlich der Personenversicherung, überwunden werden können.

Diese Vereinheitlichung hätte zur Folge, daß die Verwaltungskosten beträchtlich gesenkt würden sowie die Gewinne die die privaten Versicherungsträger bei den Personenversicherungen tätigen ausgeklammert würden. Somit könnte man folgendes Verteilungsschema der finanziellen Belastung ausdenken:

1º Finanzierung durch die Betriebe.

Die ausschließliche Belastung der Betriebe durch die Ausgaben der Entschädigung des zeitweiligen oder dauernden Verlustes der Erwerbsfähigkeit, die aus Alter, Arbeitsunfall oder Berufskrankheit entsteht, ergibt sich aus der Natur selbst des Produktionsvorganges der Güter und Leistungen. Die Betriebe benutzen die Arbeitskraft um Gewinne zu erwirtschaften und somit erscheint es uns angebracht, daß die Betriebe auch die spezifischen Risiken übernehmen und zu den anderen Ausgaben der sozialen Sicherheit als Teilhaber an der nationalen Gemeinschaft beitragen.

2º Finanzierung durch die nationale Gemeinschaft

Die Ausgaben betreffend die kostenlose Behandlung, sowie die Entschädigung des vorübergehenden und dauernden Verlustes der Erwerbsfähigkeit die aus Mutterschaft, Krankheit oder eines nicht beruflichen Unfalls herrührt, müßten hingegen durch die nationale Gemeinschaft getragen werden. Es müßten Steuern auf Tätigkeiten erhoben werden, die soziale Risiken fördern, z. B. Benzin, Tabak, Alkohol, Luftverstaubung durch Industrie usw. Ferner müßten die Betriebe angehalten werden in präventiver Art gegen Todes- und Unfallrisiken tätig zu werden.

Dies sind nur einige Ideen die schon bekannt sind[50], deren Verwirklichung jedoch nur stufenweise erfolgen kann, da man mit der Umwälzung von Gewohnheiten rechnen muß. Die Hauptfrage die es zu lösen gilt, und die immer wieder in Frage gestellt wird, ist zu wissen welche sozialen Schichten mehr oder weniger die Last der integralen Entschädigung des Verlustes der Erwerbsfähigkeit zu tragen hätten, eine Frage die von den einen gern gestellt, von den andern gefürchtet wird.

50 Man kann nicht umhin hier den Vorschlag von Prof. Tunc zu erwähnen der die Verkehrsunfälle auf Grund der Gefährdungshaftung wie Arbeitsunfälle entschädigen will.

DIE ENTSCHÄDIGUNG DER MINDERUNG DER ERWERBSFÄHIGKEIT DURCH DIE SOZIALE SICHERHEIT

von

Prof. Dr. Wolfgang GITTER
Ruhr-Universität Bochum

Das Problem einer angemessenen Entschädigung des Verlustes der Erwerbsfähigkeit steht im deutschen Recht im Mittelpunkt des Systems der Sozialen Sicherheit. Im Hinblick auf die verschiedenen Ursachen, die zur zeitlich begrenzten Einschränkung oder zum dauernden, teilweisen oder ganzen Verlust der Erwerbsfähigkeit geführt haben, können verschiedene Zweige der Sozialen Sicherheit angesprochen sein. Ist die zeitlich begrenzte Einschränkung der Erwerbsfähigkeit auf Krankheit oder Mutterschaft zurückzuführen, so hat die Krankenversicherung Leistungen zu erbringen. Hat ein Arbeitsunfall zum teilweisen oder gänzlichen Verlust der Erwerbsfähigkeit geführt, so ist die Unfallversicherung leistungspflichtig. Beruht eine dauernde Einschränkung oder der Verlust der Erwerbsfähigkeit nicht auf einem Arbeitsunfall, so kann dies Leistungen aus der Rentenversicherung zur Folge haben. Dagegen ist im deutschen Recht wie im französischen Recht die Arbeitslosenversicherung grundsätzlich nicht für Fälle des Verlustes der Erwerbsfähigkeit zuständig. Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung werden nur gewährt, wenn der Versicherte dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht, also objektiv und subjektiv in der Lage ist, die ihm angebotene Arbeit auszuführen. Gerade das wird aber regelmäßig beim Verlust der Erwerbsfähigkeit nicht der Fall sein. Deshalb kann die Arbeitslosenversicherung ausgeklammert werden. Es soll ferner nicht auf andere deutsche Entschädigungssysteme, die die Einschränkung oder den Verlust der Erwerbsfähigkeit ausgleichen, wie beispielsweise die Kriegsopferversorgung, eingegangen werden. Diese Entschädigungssysteme außerhalb des Sozialversicherungsrechtes weisen zu viele nationale Besonderheiten auf.

Historisch gesehen hat die Sozialversicherung in Deutschland mit der Gesetzgebung zur Krankenversicherung im Jahre 1883 begonnen [1]. Insoweit konnte die Gesetzgebung schon auf gesetzlichen Vorläufern preußischen Rechts aufbauen. Besonde-

re rechtliche Schwierigkeiten ergaben sich dagegen bei der Versicherung der Arbeitsunfälle [2]. Ursprünglich galt in Deutschland wie in allen anderen vergleichbaren Rechtsordnungen das Verschuldensprinzip. Die technische Entwicklung ließ dieses Prinzip als nicht mehr geeignet für Arbeitsunfallschäden erscheinen. Man ging daher durch das Reichshaftspflichtgesetz aus dem Jahre 1870 zu einer Haftung für vermutetes Verschulden des Unternehmers über. Aber auch diese Regelung erwies sich bald als zu eng. Man hätte nun eine zivilrechtliche Gefährdungshaftung anordnen können, entschied sich aber nach langen Debatten im Jahre 1884 für eine öffentlich-rechtliche Versicherung, bei der weder das Verschulden des Arbeitgebers noch des Arbeitsnehmers eine Rolle bei der Entschädigung spielen sollte. Im Jahre 1889 kam schließlich die Versicherung für Invalidität und Alter hinzu. Diese Versicherungszweige sind bis zum heutigen Tag, wenn auch mit vielen inhaltlichen Änderungen, erhalten geblieben. Gegenwärtig ist man bemüht, eine Neuregelung in einem umfassenden Sozialgesetzbuch vorzunehmen. Dabei ist keine umfassende Reform geplant, sondern primär eine Kodifizierung und Harmonisierung des geltenden Sozialrechts [3]. Es kann daher davon ausgegangen werden, daß keine grundlegende Änderung der Tatbestände, die die Minderung und den Verlust der Erwerbsfähigkeit regeln, erfolgen wird. Diese Tatbestände — die Versicherungsfälle in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung — sollen nunmehr näher erläutert werden.

I. *Die Versicherungsfälle*

1. In der Krankenversicherung steht der Versicherungsfall der « Krankheit » im Mittelpunkt. Ausdrücklich definiert ist dieser Versicherungsfall in § 182 RVO nicht; das Gesetz hat vielmehr die Definition der Rechtsprechung überlassen. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts [4] ist unter Krankheit der regelwidrige Körper- und Geisteszustand zu verstehen, dessen Eintritt entweder allein die Notwendigkeit einer Heilbehandlung oder zugleich oder ausschließlich Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat. Es kommt also in diesem Rahmen nicht auf Erwerbsunfähigkeit im engeren Sinne an, vielmehr muß Arbeitsunfähigkeit gegeben sein. Diese liegt dann vor, wenn der Versicherte nicht oder nur mit der Gefahr, seinen Zustand zu verschlimmern, fähig ist, seiner bisher, d. h. unmittelbar vor dem Versicherungsfall ausgeübten Erwerbstätigkeit nachzugehen [5]. Maßgebend ist also stets die *letzte* Erwerbstätigkeit des Versicherten. Dabei ist allerdings nicht allein vom bisherigen Arbeitsplatz auszugehen, es sind vielmehr auch ähnlich geartete Tätigkeiten zu berücksichtigen. Ist der Versicherte fähig, ohne Schaden für seine Gesundheit, eine der bisherigen Beschäftigung zwar nicht gleiche, aber der Art nach gleiche Erwerbstätigkeit auszuüben, so kann er nicht als arbeitsunfähig angesehen werden. Der Versicherte darf jedoch nicht auf eine seinem Beruf fremde, wenngleich seinen Fähigkeiten entsprechende Tätigkeit verwiesen werden. Die Arbeitsunfähigkeit wird also *nicht* durch die Möglichkeit ausgeschlossen, den Erwerb durch Übergang auf eine andere Berufstätigkeit zu gewinnen [6].

Neben der Krankheit ist als weiterer Versicherungsfall die « Mutterschaft » in der Krankenversicherung gem. § 195 ff. RVO geregelt. Darunter sind die Zeiten der Schwangerschaft, der Niederkunft und die Schon- und Stillzeiten zu verstehen. Da es sich bei der Mutterschaft um ein natürliches Ereignis und eben nicht um eine « Krankheit » handelt, kann man darüber streiten, ob die Krankenversicherung der sachlich zutreffende Regelungsbereich ist. Dennoch wurde die Mutterschaft von Anfang an (zunächst als sog. Wochenhilfe) in die Krankenversicherung einbezogen, weil sie selbst bei normalem Verlauf ähnliche Wirkungen wie die Krankheit hat, nämlich das Bedürfnis nach Betreuung durch Heil- und Pflegepersonal sowie den Ausfall des Verdienstes für bestimmte Zeiten [7].

2. Unfallversicherung

Grundversicherungsfall ist der Arbeitsunfall (§ 548 RVO), d. h. der Unfall, den ein Versicherter bei der Arbeitstätigkeit erleidet. Es genügt dabei nicht, daß der Unfall nur rein örtlich mit der Arbeitstätigkeit zusammenhängt, es muß vielmehr ein rechtlich wesentlicher innerer Zusammenhang mit der Arbeitstätigkeit gegeben sein [8]. Arbeitsunfall ist folglich ein

1 Peters, Die Geschichte der sozialen Versicherung, 2. Aufl. S. 49 ff.
2 Gitter, Schadenausgleich im Arbeitsunfallrecht, 1969 S. 5 ff.
3 Gitter, Probleme bei der Kodifizierung des deutschen Sozialrechts, in Festschrift für Fechner, 1973 S 223 ff.
4 BSGE 35/10 ff.
5 BSGE 26/288 ff.
6 Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Bd. II § 182 Anm. 10
7 Peters a. a. O. Bd. II/1 § 195 Vorbem. V Bley, Sozialrecht, 1975 S. 112
8 Zur Kausalität in der Unfallversicherung vgl. eingehend Gitter, Schadenausgleich im Arbeitsunfallrecht. S. 99 ff.

Unfall, den ein Versicherter infolge einer versicherten Tätigkeit erleidet und der zu einem Gesundheitsschaden oder zu seinem Tode führt [9].

Der Wegeunfall (§ 550 RVO) ist dadurch gekennzeichnet, daß er bei der Zurücklegung eines Weges eintritt, der mit der versicherten Tätigkeit zusammenhängt. Es handelt sich dabei um die Unfälle auf dem Wege von der Wohnung zur Arbeitsstätte und zurück.

Schließlich gelten nach § 551 RVO die Berufskrankheiten als Arbeitsunfall. Es handelt sich dabei um enumerativ festgelegte Krankheiten, bei denen der Zusammenhang mit der Berufstätigkeit abgesichert ist [10]. Nur unter erschwerten Voraussetzungen kann nach § 551 Abs. 2 RVO im Einzelfall von der enumerativen Aufzählung abgewichen werden, wenn nach neuen Erkenntnissen die Krankheit auf die berufliche Tätigkeit zurückführbar ist.

Die genannten Versicherungsfälle sind mit der Erwerbsfähigkeit in der Weise verknüpft, daß Leistungen nur dann gewährt werden, wenn ein bestimmter Grad der Minderung der Erwerbsfähigkeit eingetreten ist. So sieht § 581 Abs. 1 Ziff. 2 RVO vor, daß die Rente als Dauerleistung nur zu gewähren ist, wenn die Erwerbsfähigkeit des Versicherten um wenigstens $^1/_5$, also 20% gemindert ist. Nach § 581 Abs. 1 Ziff. 1 RVO erhält der Verletzte, wenn er seine Erwerbsfähigkeit verloren hat, $^2/_3$ des Jahresarbeitsverdienstes als Vollrente. Jeder entsprechend niedrigere Grad der Minderung der Erwerbsfähigkeit löst eine prozentual niedrigere Teilrente aus, also z. B. bei 50% Minderung der Erwerbsfähigkeit 50% der Vollrente.

Zu klären bleibt noch, was unter « Erwerbsfähigkeit » im Sinne dieser Normen zu verstehen ist. Erwerbsfähigkeit im Sinne der Unfallversicherung ist die Möglichkeit, seine Arbeitskraft unter Ausnützung der Arbeitsgelegenheiten, die sich dem Verletzten nach seinen gesamten Kenntnisse und Fähigkeiten bieten, auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt, d. h. auf dem gesamten Gebiet des wirtschaftlichen Lebens, wirtschaftlich zu verwerten [11]. Daraus folgt zunächst einmal, daß es nicht primär darauf ankommt, ob der Verletzte nach dem Unfall weniger verdient als vorher. Es ist also nicht wie im Zivilrecht die konkrete Vermögensdifferenz entscheidend. Vielmehr kommt es darauf an, ob sich durch den Unfall die Arbeitsmöglichkeiten des Verletzten verschlechtert haben. Der Grad der Minderung der Erwerbsfähigkeit ergibt sich also aus einem Vergleich der vor dem Unfall vorhandenen mit den nach dem Unfall verbliebenen Arbeitsmöglichkeiten. Dabei wird grundsätzlich keine Differenzierung im Hinblick auf den Beruf des Verletzten vorgenommen. Dieser muß sich, wie es in der eben genannten Definition heißt, auf das gesamte Gebiet des Arbeitslebens verweisen lassen. Eine Differenzierungsmöglichkeit besteht nur im Rahmen des § 581 Abs. 2 RVO. Danach sind bei der Bemessung der Minderung der Erwerbsfähigkeit Nachteile zu berücksichtigen, die der Verletzte dadurch erleidet, daß er bestimmte, von ihm erworbene besondere berufliche Kenntnisse und Erfahrungen infolge des Unfalls nicht mehr oder nur noch in vermindertem Umfang nutzen kann, soweit sie nicht durch sonstige Fähigkeiten, deren Nutzung ihm zugemutet werden kann, ausgeglichen werden. Gedacht ist dabei insbesondere an Spezialberufe [12], wie Artisten oder Musiker, bei denen kleinere Verletzungen, die an sich auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt kaum ins Gewicht fallen, praktisch existensvernichtend sein können. Bei diesen Verletzten soll eine Höherbewertung der Minderung der Erwerbsfähigkeit möglich sein.

9 Bley a. a. O. S. 128
10 Bley a.a.O. S. 144
11 Lauterbach, Unfallversicherung, Kommentar Bd. I § 556 Anm. 10

3. Rentenversicherung

In der Rentenversicherung ist zunächst in § 1247 RVO der Versicherungsfall der Erwerbsfähigkeit geregelt. Erwerbsunfähig ist nach § 1247 Abs. 2 RVO der Versicherte, der infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder von Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte auf nicht absehbare Zeit eine Erwerbstätigkeit in gewisser Regelmäßigkeit nicht mehr ausüben oder nicht mehr als nur geringfügige Einkünfte durch Erwerbstätigkeit erzielen kann. Gegenüber dem Begriff der Erwerbsfähigkeit in der Unfallversicherung liegt der Unterschied zum einen darin, daß dort ein Arbeitsunfall Ursache sein muß, hier dagegen Krankheit oder Gebrechen oder körperliche oder geistige Schwäche. Hinzukommt, daß in der Rentenversicherung die Erwerbsunfähigkeit näher bestimmt ist. Der Versicherte muß entweder auf absehbare Zeit eine Erwerbstätigkeit in gewisser Regelmäßigkeit nicht mehr ausüben können, was beispielsweise bei chronisch Kranken der Fall sein könnte *oder* nicht mehr als nur geringfügige Einkünfte erzielen, wo-

12 Gitter, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht S. 176

runter die Rechtsprechung Einkünfte versteht, die weniger als 1/5 derjenigen einer körperlich und geistig gesunden Vergleichsperson mit ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten betragen. Zu betonen ist, daß die Voraussetzungen nicht kumulativ, sondern alternativ vorzuliegen brauchen. Es genügt also, wenn der Versicherte nur geringfügige Einkünfte erzielen kann, auch wenn er zur regelmäßigen Erwerbstätigkeit fähig ist.

Das deutsche Sozialversicherungsrecht hat sich nun aber nicht mit diesem Versicherungsfall der vollen Erwerbsunfähigkeit begnügt, sondern mit der Berufsunfähigkeit in § 1246 RVO einen weiteren Versicherungsfall eingeführt. Man wollte damit eine differenzierte Regelung ermöglichen, durch die auch Fälle unterhalb der vollen Erwerbsunfähigkeit erfaßt werden konnten, bei denen eine Entschädigungsleistung angezeigt erschien. Des weiteren sollte eine Gleichstellung der Arbeiter mit den Angestellten, bei denen man schon früher den Versicherungsfall der Berufsunfähigkeit geregelt hatte, erfolgen. Nunmehr ist in der Reichsversicherungsordnung und Angestelltenversicherungsgesetz (§ 1246 Abs. 2 RVO, § 23 Abs. 1 AVG) der Versicherungsfall der Berufsunfähigkeit einheitlich geregelt. Danach ist der Versicherte berufsunfähig, dessen Erwerbsfähigkeit infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte auf weniger als die Hälfte derjenigen eines körperlich und geistig gesunden Versicherten mit ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten herabgesunken ist. Grob vereinfacht gesprochen, läßt sich die Berufsunfähigkeit als die Minderung der *individuellen beruflichen* Erwerbsfähigkeit um mehr als die Hälfte derjenigen eines gesunden Berufsgenossen verstehen [14]. Der Unterschied zur Erwerbsunfähigkeit besteht darin, daß hier auf den Beruf des Versicherten abgestellt wird. Freilich geschieht dies nicht im Sinne einer starren Fixierung. In § 1246 Abs. 2 Satz 2 RVO heißt es vielmehr, daß der Kreis der Tätigkeiten, nach denen die Erwerbsfähigkeit eines Versicherten zu beurteilen ist, alle Tätigkeiten umfaßt, die seinen Kräften und Fähigkeiten entsprechen und ihm unter Berücksichtigung der Dauer und des Umfangs seiner Ausbildung sowie seines bisherigen Berufs und der besonderen Anforderungen seiner bisherigen Berufstätigkeit zugemutet werden können. Man spricht in diesem Zusammenhang von der Verweisbarkeit auf zumutbare Tätigkeiten. Das bedeutet, daß bei der Prüfung der Frage, ob der Versicherte weniger als die Hälfte eines gesunden Versicherten verdienen kann, nicht nur der Beruf des Versicherten ins Auge gefaßt wird, sondern auch andere Tätigkeiten, soweit Ausübung nach der gesamten bisherigen Berufstätigkeit des Versicherten als zumutbar anzusehen ist. Dabei hat die Rechtsprechung die These aufgestellt, daß jede Tätigkeit unzumutbar ist, die für den Versicherten zu einem *wesentlichen sozialen Abstieg* führt [15]. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich nun, festzulegen, in welchen Fällen ein derartiger sozialer Abstieg vorliegt. Von der Rechtsprechung ist als Versuch einer praktischen Anwendung dieser Regel das sogenannte Dreistufenschema entwickelt worden, worunter die Einteilung in Lehrberufe, Anlernberufe und ungelernte Tätigkeiten zu verstehen ist. Als unzumutbar wurde ein Abstieg um mehr als eine Stufe, d. h. vom Lehrberuf zur ungelernten Tätigkeit sowie vom Anlernberuf zur einfachsten ungelernten Tätigkeit sowie vom Anlernberuf zur einfachsten unhalb der ungelernten Tätigkeit beinhaltete, angesehen. Nun gerät aber infolge der modernen betrieblichen Entwicklung die genannte Einteilung der Berufe immer mehr ins Wanken. Deshalb hat die Rechtssprechung versucht, andere Abgrenzungskriterien zu entwickeln. So hat man auf allgemeine Persönlichkeitswerte von beruflicher Bedeutung abgestellt, wie Leistungsbereitschaft, Gewissenhaftigkeit, Nervenkraft und Disziplin, selbständiges Denken und Handeln, außergewöhnliche Wendigkeit [16]. Es erscheint indessen nahezu unmöglich, daß der Versicherungsträger diese schwer zu ermittelnden Feststellungen treffen kann. Neuerdings sieht deshalb die Rechtsprechung in verstärktem Maße die tarifliche Einstufung als wichtigstes Indiz für die betriebliche Bedeutung eines Berufs an [17]. Aber auch insoweit bestehen Schwierigkeiten, da die tariflichen Einstufungen in den verschiedenen Branchen unterschiedlich sind. Die Abgrenzungsversuche sind also durchweg problematisch, weil man entweder an überkommenen Berufsvorstellungen anknüpft, die heute nicht mehr uneingeschränkt gelten, oder nicht in der Lage ist, praktikable Abgrenzungskriterien zu entwickeln.

Weitere Schwierigkeiten entstehen dadurch, daß Versicherte im Hinblick auf ihren Gesundheitszustand möglicherweise

13 BSGE 19/147 ff., 153
14 Bley a. a. O. S. 114

15 BSGE 9/254, Bley a. a. O. S. 116
16 BSGE 29/96 ff.
17 BSGE 31/106, Bley a. a. O. S. 118

nur Teilzeitarbeit verrichten können, jedoch entsprechende Teilzeitarbeitsplätze fehlen. Das Bundessozialgericht hat in einer Entscheidung vom 10. Dezember 1976 [18] festgestellt, daß der Versicherte auf Tätigkeiten für Teilzeitarbeit nicht verwiesen werden darf, wenn ihm für diese Tätigkeiten der Arbeitsmarkt praktisch verschlossen ist. Dies ist nach der genannten Entscheidung dann der Fall, wenn ihm weder der Rentenversicherungsträger noch das zuständige Arbeitsamt innerhalb eines Jahres seit Stellung des Rentenantrags einen für ihn in Betracht kommenden Arbeitsplatz anbieten können. Dabei darf der Versicherte nur auf Teilzeitarbeitsplätze verwiesen werden, die er täglich von seiner Wohnung aus erreichen kann.

Zum besseren Verständnis der Entscheidung muß man zunächst einmal an die bisherige Rechtslage anhand der höchstrichterlichen Rechtssprechung anknüpfen. Das Bundessozialgericht hatte im Jahre 1969 entschieden, daß es für die Beurteilung, ob ein Versicherter, der nur noch Teilzeitarbeit verrichten kann, berufs- oder erwerbsunfähig ist, erheblich ist, daß Arbeitsplätze, die er mit der ihm verbliebenen Leistungsfähigkeit noch ausfüllen kann, seien sie frei oder besetzt, vorhanden sind. Ein solcher Versicherter durfte demnach auf Tätigkeiten nur verwiesen werden, wenn ihm für diese der Arbeitsmarkt praktisch nicht verschlossen war.

Daran hat der Große Senat auch in seiner neuen Entscheidung festgehalten. Dem dürfte auch zuzustimmen sein. Sinn und Zweck der Renten wegen Berufs- und Erwerbsunfähigkeit ist, ein durch Krankheit oder Gebrechen ausfallendes Erwerbseinkommen auszugleichen. Es kann daher — wie in der Entscheidung zu Recht bemerkt wird — nicht allein darauf ankommen, ob der Versicherte *gesundheitlich* in der Lage ist, bestimmte Tätigkeiten zu verrichten. Vielmehr muß auch festgestellt werden, ob ihm solche Tätigkeiten die Möglichkeit geben, ein entsprechendes Einkommen zu erzielen. Folglich kann der Versicherte auch nicht auf Tätigkeiten verwiesen werden, für die es praktisch keine Arbeitsplätze gibt. Deshalb ist es zutreffend, wenn der Große Senat ausführt, daß der Versicherte einmal nur auf Tätigkeiten verwiesen werden darf, die ihm zuzumuten sind und die er mit seiner verbliebenen Leistungsfähigkeit auch ausfüllen kann, zum anderen aber auch fordert, daß derartige Arbeitsplätze überhaupt vorhanden sind. Das ist aber nicht der Fall, wenn dem Versicherten der Arbeitsmarkt praktisch verschlossen ist.

18 SGb Heft 3, 1977, S. 122

Die große Schwierigkeit besteht nun darin, diese Feststellung zu treffen. In seiner Entscheidung von 1969 war das BSG davon ausgegangen, daß der Arbeitsmarkt dem Versicherten praktisch verschlossen ist, wenn das Verhältnis der im Verweisungsgebiet vorhandenen, für den Versicherten in Betracht kommenden Teilzeitarbeitsplätze zur Zahl der Interessenten für solche Beschäftigungen ungünstiger als 75 : 100 ist. Daran ist vielfach Kritik geübt worden. Man hat eingewandt, daß die Praxis gar nicht in der Lage sei, derartige Feststellungen mit hinreichender Sicherheit zu treffen. Der Große Senat hat nunmehr einen kühnen Schritt gewagt und entschieden, daß dem Versicherten der Arbeitsmarkt praktisch verschlossen ist, wenn ihm weder der Rentenversicherungsträger noch das zuständige Arbeitsamt innerhalb eines Jahres seit Stellung des Rentenantrags einen für ihn in Betracht kommenden Arbeitsplatz anbieten kann.

Auf die nähere Begründung kann im vorliegenden Zusammenhang verzichtet werden. Nur soviel sei bemerkt : Der Große Senat stützt sich vorwiegend auf das Rehabilitationsangleichungsgesetz, in dessen § 7 der Grundsatz, daß vor Rentengewährung die Rehabilitation durchgeführt werden müsse, Ausdruck gefunden hat. Zur beruflichen Rehabilitation gehört aber auch das Bemühen, einem behinderten Versicherten den für ihn in Betracht kommenden Arbeitsplatz zu beschaffen. Aus einer Reihe anderer Vorschriften schließt der Große Senat sodann, daß nach einjähriger Arbeitslosigkeit im allgemeinen nicht mehr mit der Vermittlung eines Arbeitsplatzes zu rechnen ist, der Arbeitsmarkt also dem Versicherten praktisch verschlossen ist.

Mit der Feststellung dieser Jahresfrist hat das BSG jedenfalls eines erreicht : Die Feststellung der Berufs- und Erwerbsfähigkeit wird nunmehr praktikabler. Damit wird eine für ein Massenentschädigungssystem unabweisbare Notwendigkeit erfüllt.

Positiv zu werten ist auch, daß durch die neue Lösung die Nahtlosigkeit zwischen Arbeitslosen- und Rentenversicherung besser gewährleistet ist als bisher. Nach der bisherigen Praxis war es möglich, daß der Versicherte aus gesundheitlichen Gründen keine Beschäftigung mehr ausüben konnte und deshalb von der Arbeitsverwaltung mangels Verfügbarkeit auf dem Arbeitsmarkt kein Arbeitslosengeld erhielt. Da davon der Rentenversicherungsträger regelmäßig keine Kenntnis erlangte, konnte es passieren, daß sich der Versicherte zwischen beide

Stühle setzte, also weder die Arbeitslosenversicherung noch die Rentenversicherung Leistungen gewährte. Das wird nun nicht mehr eintreten, da nach Auffassung des Bundessozialgerichts zunächst Verfügbarkeit für den Arbeitsmarkt zu unterstellen ist, sodaß die Arbeitslosenversicherung leistungspflichtig ist, die dann den Rentenversicherungsträger zur Entscheidung über BU und EU einzuschalten hat.

Problematisch ist nun allerdings, ob die neue Entscheidung den Risikobereich zwischen Rentenversicherung und Arbeitslosenversicherung nicht in sachlich angreifbarer Weise zu Lasten der letzteren verschiebt. Unverkennbar ist, daß die Rentenversicherung nunmehr das Risiko dafür trägt, wenn nach Ablauf eines Jahres für den Versicherten kein ausfüllbarer freier Arbeitsplatz gefunden wird. Wird damit — so wird man fragen müssen — nicht eigentlich das Risiko der Arbeitslosenversicherung auf die Rentenversicherung verlagert ? Der Große Senat erkennt diese Gefahr durchaus. Er wendet aber ein, daß für eine grundsätzlich als dauerhaft gedachte Beurteilung der Erwerbsfähigkeit keine Tätigkeiten und Arbeitsplätze des Teilzeitarbeitsmarktes in Betracht gezogen werden können, die auf dem Arbeitsmarkt nicht oder kaum angeboten werden. Mir erscheint diese Auffassung zutreffend. Die Beurteilung der Erwerbsfähigkeit setzt auch die Erwerbsmöglichkeit voraus. Wo diese faktisch nicht besteht, ist eben auch die Erwerbsfähigkeit eingeschränkt oder aufgehoben. Dem Versicherten ist nicht damit gedient, daß er auf fiktive Arbeitsplätze verwiesen wird. Er steht dann im Sinne der Arbeitslosenversicherung einem faktisch nicht existierenden Arbeitsmarkt zur Verfügung und würde nur die zeitlich begrenzte Leistungen der Arbeitslosenversicherung erhalten. Sachlich zutreffender ist es dagegen, wenn man mit dem Großen Senat in diesen Fällen davon ausgeht, daß das Fehlen faktischer Erwerbsmöglichkeiten sich auch auf die Erwerbsfähigkeit im Sinne der Rentenversicherung auswirkt. Die Verschiebung des Risikobereichs zu Lasten der Rentenversicherung wird man im Interesse des Versicherten hinnehmen müssen. Da in der Arbeitslosenversicherung wie in der Rentenversicherung die Beiträge je zur Hälfte vom Arbeitnehmer und Arbeitgeber getragen werden, ändert sich grundsätzlich nichts an der Belastung bei der Aufbringung der Mittel.

In einem weiteren Punkt weicht die Entscheidung des Großen Senats von der bisherigen Rechtssprechung ab. Bisher wurde dem Versicherten, der nur noch einen Teillohn verdienen

konnte, auch ein Umzug innerhalb der Bundesrepublik Deutschland zugemutet. Mit anderen Worten : Es wurde von diesem gesundheitlich schon angeschlagenen Versicherten verlangt, daß er einen Wohnortwechsel vollzieht. Daran ist insbesondere von den Versicherten Kritik geübt worden, wie ich bei Befragungen im Ruhrgebiet feststellen konnte. Der Große Senat hat nunmehr entschieden, daß einem Versicherten angesichts der bloßen Möglichkeit, einen Teillohn zu erzielen, kein Wechsel des Wohnorts mit den damit verbundenen Erschwernissen und Nachteilen zuzumuten sei. Es könne vielmehr nur auf den regionalen Arbeitsmarkt ankommen, den der Versicherte durch tägliches Pendeln von seiner Wohnung aus erreichen kann. Damit wird ganz sicher auf die berechtigten Belange des Versicherten Rücksicht genommen, wobei freilich wiederum nicht zu verkennen ist, daß darin auch eine Risikoerweiterung der Rentenversicherung liegt.

Letzlich sind noch zwei Klarstellung, die in der Entscheidung des Großen Senats vorgenommen werden, hervorzuheben. Die eine bezieht sich auf die Berufsunfähigkeit im Sinne des § 1246 RVO. Der Senat hebt hervor, daß es dann, wenn der Versicherte nicht mehr seine bisherige oder eine ihm zumutbare andere Tätigkeit halbschichtig verrichten kann, gar nicht auf die Frage ankomme, ob ihm ein Arbeitsplatz angeboten werden kann oder nicht. In diesem Fall sei seine Erwerbsfähigkeit auf weniger als die Hälfte derjenigen eines vergleichbaren Versicherten herabgesunken und damit die Voraussetzungen der BU gem. § 1246 Abs. 2 RVO erfüllt.

Bezüglich der Erwerbsunfähigkeit gem. § 1247 RVO nimmt dagegen der Große Senat eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung vor. Nach § 1247 Abs. 2 kommt es u. a. darauf an, daß der Versicherte nur noch geringfügige Einkünfte erzielen kann. Bisher ging die Rechtsprechung davon aus, daß geringfügige Einkünfte im Sinne dieser Vorschrift solche seien, die weniger als 20% des durchschnittlichen Bruttotariflohns eines körperlich und geistig gesunden Versicherten mit ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten sind. Die Praxis hatte immer Schwierigkeiten, diese Feststellungen zu treffen. Deshalb hat das BSG nunmehr eine Festsumme gewählt, nämlich $^1/_8$ der Beitragsbemessungsgrenze, das sind gegenwärtig 425 DM. Es ist unverkennbar, daß damit die Feststellbarkeit für die Praxis ungemein erleichtert wird.

4. Nach der Interpretation der Erwerbsfähigkeit in den einzelnen Versicherungszweigen erscheint nunmehr eine Zusammenfassung und Gegenüberstellung möglich.

In der Krankenversicherung spielt nicht die Erwerbsunfähigkeit, sondern die Arbeitsunfähigkeit eine Rolle. Sie ist dort *kein* selbständiger Versicherungsfall, sondern liegt nur vor, wenn der Versicherte infolge eines regelwidrigen Körper- oder Geisteszustandes nicht oder nur unter der Gefahr, diesen Zustand zu verschlimmern im Stande ist, seiner bisher ausgeübten Erwerbstätigkeit nachzugehen. Eine abgestufte Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit gibt es in der Krankenversicherung nicht. Die Unfallversicherung kennt dagegen verschiedene Grade der Erwerbsunfähigkeit, wobei eine Berentung von 20% MdE bis 100% MdE erfolgt. Erwerbsfähigkeit im Sinne der Unfallversicherung bedeutet die Möglichkeit, unter Ausnützung der Arbeitsgelegenheiten die sich dem Versicherten auf dem *allgemeinen Arbeitsmarkt* bieten, seine Arbeitskraft wirtschaftlich zu verwerten. Nur im Ausnahmefall besteht die Möglichkeit, den Grad der Minderung der Erwerbsfähigkeit im Hinblick auf den Spezialberuf des Versicherten zu erhöhen. Der Begriff der Erwerbsunfähigkeit im Sinne der Rentenversicherung ist dem Begriff der Erwerbsunfähigkeit in der Unfallversicherung ähnlich [19], insbesondere in seiner Ausrichtung auf den allgemeinen Arbeitsmarkt. Allerdings stellt die Rentenversicherung auf zwei Kriterien ab, die alternativ vorliegen können, nämlich entweder, daß der Versicherte eine Erwerbstätigkeit in gewisser Regelmäßigkeit nicht mehr ausüben kann oder nur geringfügige Einkünfte erzielen kann. Darüberhinaus kennt die Rentenversicherung noch den Versicherungsfall der Berufsunfähigkeit, der voraussetzt, daß die Erwerbsfähigkeit des Versicherten auf weniger als die Hälfte eines gesunden Versicherten herabgesunken ist. Bei der Prüfung, ob dies der Fall ist, kann der Versicherte im Rahmen der aufgezeigten Grenzen auf andere Tätigkeiten verwiesen werden. Dies ist dagegen — um noch einmal auf die Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der Krankenversicherung zu kommen — dort nicht der Fall. Bei der Arbeitsunfähigkeit wird vielmehr an der bisher ausgeübten Tätigkeit angeknüpft, so daß grundsätzlich eine Verweisung ausgeschlossen ist.

19 vgl. hierzu Lauterbach a. a. O. § 556 Anm. 10

II. *Probleme bei der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit bzw. Minderung der Erwerbsfähigkeit*

Nachdem nunmehr die Begriffe klargestellt worden sind, können einige Probleme bei der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit bzw. Minderung der Erwerbsfähigkeit dargelegt werden.

1. In der Krankenversicherung kommt es nach § 182 Abs. 3 RVO für die wichtigste Leistung, das Krankengeld, darauf an, daß die Arbeitsunfähigkeit ärztlich festgestellt wird. Diese Feststellung kann durch jeden behandelnden Arzt [20], also nicht etwa nur einen vom Versicherungsträger eingesetzten Arzt, erfolgen. In diesem Zusammenhang wird gelegentlich kritisiert, daß von den behandelnden Ärzten Gefälligkeitsatteste ausgestellt würden. Auszuschließen ist dies nicht, da der Arzt, der die Arbeitsunfähigkeit strenger beurteilt, damit rechnen muß, daß der Patient zu einem anderen Arzt überwechselt.

Problematischer ist indessen die Feststellung der Minderung der Erwerbsfähigkeit in der Unfallversicherung. Theoretisch scheint dies zwar keine Schwierigkeiten zu bereiten: Der Grad der Minderung der Erwerbsfähigkeit ergibt sich aus einem Vergleich der vor dem Unfall vorhandenen mit dem nach dem Unfall verbliebenen Arbeitsmöglichkeiten [21]. Aber in der Praxis bereitet schon die Feststellung der Erwerbsfähigkeit vor dem Unfall Schwierigkeiten. Diese Schwierigkeiten beginnen bei der Ermittlung des Gesundheitszustandes, steigern sich bei der Prüfung des Wissens, der Erfahrungen, Kenntnisse und Fähigkeiten und erweitern sich zu einem kaum lösbaren Problem, wenn die wirtschaftliche Verwertbarkeit dieser Eigenschaften festgestellt werden soll. Fast unmöglich ist es dann aber zu ermitteln, welches Maß an Erwerbsfähigkeit der Verletzte durch den Arbeitsunfall verloren hat. Zwar sind meist gewisse körperliche oder psychische Folgen und Ausfallerscheinungen eingetreten, aber damit ist noch nicht gesagt, wie sich diese Schäden auf die Fähigkeit auswirken, auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt einen Erwerb zu erzielen [22]. Es handelt sich dabei nicht um eine meßbare Größe; der Mensch ist keine leblose Maschine, die vor dem Unfall 100 PS geleistet hat und nun nur noch 70 PS. Wollte man die MdE wirklich messen, so wäre ein kompliziertes Verfahren unter Beteiligung von Medizinern, Arbeitswissen-

20 Peters a. a. O. § 182 An. 13 b
21 BSGE 1/174
22 vgl. eingehend Gitter, Schadenausgleich im Arbeitsunfallrecht, S. 164

schaftlern, Wirtschaftswissenschaftlern und Juristen erforderlich, um die dafür maßgeblichen Faktoren sachgerecht zu erfassen und zu bewerten. In der Praxis geschieht dies freilich nicht. Entscheidend ist vielmehr regelmäßig die ärztliche Beurteilung, die primär am Ausfall körperlicher Funktionen anknüpft. So hat sich eine sog. Gliedertaxe herausgebildet, die einen bestimmten Grad der MdE für bestimmte Gliedmaßen und die Einbuße oder den Ausfall von Körperorganen enthält. Damit wird die Gesundheitsstörung entgegen der gesetzlichen Regelung, die auf die Erwerbsfähigkeit abstellt, zum Gradmesser. Das hat letztlich dazu geführt, daß man in vielen Fällen eine MdE annimmt, obwohl man sehr darüber streiten kann, ob wirklich die Erwerbsfähigkeit und nicht vielmehr nur die körperliche Integrität beeinträchtigt ist.

Weitere Probleme bei der Festsetzung der MdE ergeben sich in den Fällen eines krankhaften Vorzustandes. Das Problem wird im deutschen wie im französischen Recht grundsätzlich unter Kausalitätsgesichtspunkten geregelt. Allerdings gehen letztlich die Auffassungen doch auseinander. Im deutschen Recht wird etwa bei anlagebedingten Leiden darauf abgestellt, ob das Unfallereignis als wesentliche Bedingung oder lediglich als nebensächlicher Anlaß für die Auslösung des Leidens angesehen wird [23]. Ist letzteres der Fall, besteht kein Anspruch auf Rente, auch kein gekürzter. Das deutsche Recht geht also von einem Alles- oder Nichts-Prinzip aus. Das französische Recht kommt dagegen zu einer geteilten Kausalität, die zu sachgerechteren Ergebnissen führt.

Dagegen spielt das Verschulden als anspruchsvernichtender Tatbestand im deutschen Unfallversicherungsrecht offenbar eine geringere Rolle als im französischen Recht. Sinn der deutschen Unfallversicherungsgesetzgebung war es von Anfang an, das Verschulden auf die äußersten Randzonen zurückzudrängen [24] und damit von vornherein den Streit über die Entschädigung zu vermeiden und den Betriebsfrieden zu erhalten. So haben der Verletzte und die Hinterbliebenen nach § 553 RVO nur dann keinen Anspruch gegen den Versicherungsträger, wenn der Verletzte den Arbeitsunfall absichtlich bzw. die Hinterbliebenen vorsätzlich herbeigeführt haben. Andererseits sind aber auch der Unternehmer und die Arbeitskollegen gem. §§ 636, 637 RVO dem Geschädigten nur dann zum Ersatz verpflichtet, wenn sie den Arbeitsunfall vorsätzlich herbeigeführt haben.

23 Gitter a. a. O. S. 127 ff.
24 Gitter a. a. O. S. 35

Auch in diesem Falle erhält der Geschädigte aber die Rente, die ihm stets gesichert werden soll. Er hat dann gegen den Schädiger lediglich zusätzliche Ansprüche, etwa auf Schmerzensgeld, das vom Versicherungsträger nicht gezahlt wird. Darüberhinaus macht sich der Schädiger bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit gegenüber dem Versicherungsträger regreßpflichtig gem. § 60 RVO. Der Versicherte erhält dagegen in diesen Fällen keine zusätzlichen Leistungen. Ein Institut wie das des unentschuldbaren Fehlers, das im französischen Recht eine erhöhte Rente auslöst, ist dem deutschen Recht unbekannt.

Die Probleme der Rentenversicherung sind im wesentlichen schon bei der Behandlung der Versicherungsfälle der Berufsunfähigkeit und Erwerbsunfähigkeit sichtbar geworden. Bei der Berufsunfähigkeit liegen die Schwierigkeiten darin, die Tätigkeiten, auf die der Versicherte verwiesen werden kann, sachgerecht zu erfassen. Aber abgesehen davon muß man sich fragen, ob es überhaupt sinnvoll ist, in einer Zeit, in der immer mehr die berufliche Mobilität betont wird, einen Versicherungsfall beizubehalten, der eine gewisse berufliche Fixierung enthält. Die Entwicklung in der Praxis — gefordert durch die dargestellte Rechtsprechung — geht letztlich auch dahin, daß dieser Versicherungsfall immer mehr zugunsten der Erwerbsunfähigkeit zurückgedrängt wird. Die Erwerbsunfähigkeit wird damit zum Auffangversicherungsfall für viele Arbeitnehmer, die an sich noch eingeschränkt arbeiten können, aber keinen Teilzeitarbeitsplatz finden. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage nach der Höhe der Leistungen. Dabei sollte es Ziel der sozialen Sicherheit sein, die durch die Minderung oder den Verlust der Erwerbsfähigkeit entstehenden Verdienstein-bußen möglichst auszugleichen. Dagegen kann es nicht Sinn und Zweck dieser von allen Versicherten aufgebrachten Leistungen sein, dem Versicherten zu Leistungen zu verhelfen, die über seinem Schaden liegen.

III. *Die Leistungen im Falle der Minderung oder des Verlustes der Erwerbsfähigkeit*

1. Die Geldleistungen der Krankenversicherung setzen für den Arbeitnehmer regelmäßig erst nach sechs Wochen ein, da der Arbeitnehmer für diese Zeit im Krankheitsfalle vollen Lohnersatz durch den Arbeitgeber erhält. Daran schließt sich das Krankengeld, eine Leistung mit Lohnersatzfunktion, an. Obgleich das Krankengeld in schematisierender Weise berech-

net wird, kommt es seiner Höhe nach einem konkreten Lohnersatz sehr nahe. Es beträgt 80% des regelmäßigen Arbeitsentgeltes, das dem Versicherten wegen der Arbeitsunfähigkeit entgeht, darf jedoch gem. § 182 Abs. 4 RVO das entgangene regelmäßige Nettoarbeitsentgelt nicht übersteigen. Da das Krankengeld nicht steuer- und sozialversicherungspflichtig ist, wird es im Regelfall dem Nettoeinkommen entsprechen.

Auch das Mutterschaftsgeld ist eine Leistung mit Lohnersatzfunktion. Als Mutterschaftsgeld wird gem. § 200 Abs. 2 RVO das um die gesetzlichen Abzüge verminderte durchschnittliche tägliche Arbeitsentgelt der letzten drei abgerechneten Kalendermonate, bei wöchentlicher Abrechnung der letzten 13 abgerechneten Wochen vor Beginn der Schutzfrist gewährt.

2. In der Unfallversicherung bezieht der Verletzte zunächst, solange er infolge des Unfalls arbeitsunfähig ist, Übergangsgeld gem. § 560 RVO. Auch diese Leistung hat Lohnersatzfunktion. § 560 Abs. 2 RVO verweist auf § 182 Abs. 4 RVO und bringt damit zum Ausdruck, daß für die Höhe des Übergangsgeldes das gleiche gilt wie für das Krankengeld.

Nach dem Wegfall der Arbeitsunfähigkeit kann der Verletzte dann eine Verletztenrente gem. § 580 ff. RVO erhalten. Voraussetzung ist gem. § 581 Abs. 1 Ziff. 2, daß die Minderung der Erwerbsfähigkeit mindestens 20% beträgt. Dadurch sollten Kleinstrenten, die sog. « Schnapsrenten », vermieden werden. Bei voller Erwerbsunfähigkeit erhält der Verletzte gem. § 581 Abs. 1 Ziff. 1 RVO $^2/_3$ des Jahresarbeitsverdienstes. Auch dieser Betrag ist nicht steuer- und sozialversicherungspflichtig, so daß er sich dem Nettolohn nähert. Zu berücksichtigen ist ferner, daß daneben ein Anspruch auf eine Erwerbsunfähigkeitsrente aus der Rentenversicherung gegeben sein kann. Allerdings werden dann nicht beide Renten ungekürzt gewährt. Nach § 1278 RVO tritt vielmehr ein begrenztes Ruhegeld der Rente aus der Rentenversicherung ein. Damit wird verhindert, daß der Verletzte mehr als sein bisheriges Arbeitseinkommen erhält. Dagegen ist es durchaus möglich, daß ein Verletzter mit einer prozentualen MdE, der noch in der Lage ist, seine bisherige Tätigkeit oder nach Umschulung eine andere Tätigkeit auszuüben, mehr als vor dem Unfall verdient. Nach Berechnungen der Unfallversicherungsträger[25] haben sogar ca. 90% aller Unfallverletzten keinen Verdienstausfall, so daß ihnen also

25 Nikl. Strukturanalysen der Rehabilitation bei den gewerblichen Berufsgenossenschaften, 1970 S. 66

die Rente praktisch zusätzlich zur Verfügung steht. Dies ist vor allem dadurch erreicht worden, daß man der beruflichen Rehabilitation, der Umschulung und beruflichen Wiedereingliederung, große Aufmerksamkeit widmete. Allerdings liegen diese statistischen Erhebungen auch schon Jahre zurück. Ich halte es nicht für ausgeschlossen, daß bei der gegenwärtigen Arbeitsmarktlage keine so hohe Quote von Arbeitnehmern, die Rente zusätzlich zum vollen Arbeitsverdienst beziehen, gegeben ist. Immerhin wird man eines feststellen können : Die Verletztenrente der Unfallversicherung dient regelmäßig nicht dem Ausgleich eines konkreten Verdienstausfalles. Sie hat vielmehr, wenn das auch nicht unbedingt der gesetzgeberischen Intention entspricht, mehr den Charakter eines pauschalierten Ausgleichs für die Einbuße an körperlicher Integrität[26].

3. Auch bei der Berufsunfähigkeitsrente der Rentenversicherung mag man darüber streiten, ob die vom Gesetzgeber bezweckte Lohnersatzfunktion der realen Situation entspricht. Diese Rente errechnet sich nach den Versicherungsjahren, dem Verdienst des Versicherten im Verhältnis zum Durchschnittsverdienst aller Versicherten und einen sog. Steigerungssatz von 1% gem. § 1253 RVO. Regelmäßig ist diese Rente so niedrig, daß sie tatsächlich entstehende Einkommenseinbußen nicht ausgleicht. Auf der anderen Seite haben die Berufsunfähigkeitsrentner aber meist keine Lohneinbußen, sondern verdienen in einem anderen Beruf oft mehr als vorher. Im Hinblick auf den mit dem Berufswechsel verbundenen sozialen Abstieg hat die Berufsunfähigkeitsrente daher nicht mehr eigentlich Lohnersatzfunktion, sondern Prestigeersatzfunktion[27] .

Anders dürfte es im Regelfall bei der Erwerbsunfähigkeitsrenten sein. Sie beträgt wegen des höheren Steigerungssatzes von 1,5% gem. § 1253 Abs. 2 mehr als die Berufsunfähigkeitsrente und wird in den meisten Fällen tatsächlich zum Ausgleich des entgangenen Arbeitseinkommens Verwendung finden. Man hat errechnet, daß die Erwerbsunfähigkeitsrente nach etwa 40 Jahren im Arbeitsleben ca. 50% des letzten Verdienstes beträgt. Auch hier muß berücksichtigt werden, daß keine Steuern und Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen sind, so daß ca. 75% des letzten Einkommens erreicht werden.

26 Gitter a. a. O. S. 163 ff.

27 Scheerer, Berufsunfähigkeit und Erwerbsunfähigkeit in der Rentenversicherung, in Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. I S. 137 ff., vgl. auch Gitter, Zweckwidrige Vielfalt und Widersprüche im Recht der Sozialversicherung, 1969 S. 59 f.

Schließlich besteht für berufsunfähige und erwerbsunfähige Versicherte auch die Möglichkeit, gem. § 1248 Abs. 1 RVO vorgezogenes Altersruhegeld zu erhalten, d. h. der Anspruch auf das Altersruhegeld entsteht schon mit Vollendung des 63. Lebensjahres und nicht erst mit dem 65. Lebensjahr. Dabei ist die Berechnung des Altersruhegeldes gem. § 1254 RVO im Prinzip mit der Berechnung der Erwerbsunfähigkeitsrente identisch. Es kann also auch hier davon ausgegangenen werden, daß dem Versicherten selbst unter Einbeziehung der ausfallenden Steuern und Sozialversicherungsbeiträge nur maximal 75% des Arbeitseinkommens zur Verfügung stehen.

IV. *Die Notwendigkeit einer Ergänzung der Leistungen bei Minderung und Verlust der Erwerbsfähigkeit*

Die bisherigen Erörterungen haben bereits deutlich gemacht, daß im deutschen Recht anders als in Rechtsordnungen, bei denen die Sozialleistungen mehr eine Basissicherung darstellen, weniger das Bedürfnis nach einer zusätzlichen Sicherung durch Privatversicherung oder Arbeitgeberleistungen besteht.

Soweit eine Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit eintritt, stellen die Leistungen der Krankenversicherung einen vollen Lohnersatz dar. In der Unfallversicherung liegen die Rentenleistungen bei MdE regelmäßig zusammen mit dem nach dem Unfall verdienten Erwerbseinkommen *über* dem vor dem Unfall verdienten Einkommen. Lediglich in der Rentenversicherung — und auch hier nur bei der Erwerbsunfähigkeitsrente und nicht bei der Berufsunfähigkeitsrente — sind Einkommenseinbußen gegenüber dem aktiven Erwerbsleben zu verzeichnen. Diese sind umso größer je früher die Erwerbsunfähigkeit eintritt. In diesen Fällen ist der Versicherte häufig auf die zusätzlichen Leistungen der Sozialhilfe, einer staatlichen Fürsorge im Falle der Bedürftigkeit, angewiesen. Denkbar ist auch, daß er Leistungen aus der betrieblichen Versorgung erhält. Allerdings ist das System der betrieblichen Versorgung primär zugeschnitten auf die Altersversorgung und nicht so sehr auf einen Ausgleich bei Minderung der Erwerbsfähigkeit während des Arbeitslebens. Insoweit besteht auch — um es noch einmal zu betonen — im Hinblick auf die Höhe der Leistungen weniger die Notwendigkeit einer Zusatzversicherung. Sicher wird man sich noch Gedanken machen müssen, wie man jüngere Erwerbsunfähige oder Erwerbsgeminderte besser versorgt, da die letzteren insbesondere auch von Arbeitslosigkeit bedroht

sind. Dies kann aber nicht Aufgabe der Betriebe und damit der privaten Wirtschaft sein, da sie nicht — vom Arbeitsunfall abgesehen — « Urheber » dieser Erwerbsunfähigkeitsfälle sind. Vielmehr muß die staatliche Gemeinschaft aus Steuermitteln in diesen Fällen eingreifen, um auch diesen Erwerbsgeminderten ein menschenwürdiges Leben innerhalb der Gemeinschaft zu ermöglichen.

L'INDEMNISATION DE LA DIMINUTION DE LA CAPACITÉ DE GAIN PAR LA SÉCURITÉ SOCIALE

par

le prof. Dr. Wolfgang GITTER
de l'Université de la Ruhr à Bochum

Le problème d'une indemnisation équitable de la perte de la capacité de gain se place au centre du système de sécurité sociale allemand. En raison des causes différentes qui ont conduit à la diminution temporaire ou durable, partielle ou totale de la capacité de gain, différente branches de la sécurité sociale se trouvent concernées. Si la perte de la capacité de gain est causée par la maladie ou la maternité, c'est l'assurance-maladie qui doit faire des prestations. Si un accident de travail a conduit à la perte totale ou partielle de la capacité de gain, c'est l'assurance-accidents qui est responsable. Si une diminution partielle ou totale de la capacité de gain n'est pas en relation avec un accident de travail, des prestations peuvent être dues de la part de l'assurance pension. Par contre la perte de la capacité de gain ne relève en principe ni en droit allemand ni en droit français de l'assurance-chômage. Les prestations de l'assurance-chômage ne sont dues que si l'assuré est à la disposition du marché du travail, c'est-à-dire s'il est capable du point de vue objectif et du point de vue subjectif de remplir le travail qui lui est offert. C'est justement cette condition qui n'est plus remplie en cas de perte de la capacité de gain. C'est pour cette raison que l'assurance-chômage peut être laissée de côté dans cet exposé. Il n'est pas question d'autre part de parler d'autres systèmes d'indemnisation allemands qui compensent la réduction ou la perte de la capacité de gain, comme par exemple l'indemnisation des victimes de guerre. Ces systèmes se trouvent en dehors du domaine des assurances sociales et dénotent trop de particularités nationales.

En Allemagne l'assurance sociale a commencé avec la législation sur l'assurance-maladie en 1883 [1]. Cette loi pouvait se baser sur ce point sur la législation de Prusse. Des difficultés juridiques se posaient cependant lors de l'assurance des accidents du travail [2]. Au début on admettait en Allemagne, comme dans toutes les autres législations comparables le principe de la faute. L'évolution technique n'était pas adéquate pour les accidents de travail. On introduisit donc dans la loi de 1870 sur l'assurance-responsabilité (Reichshaftpflichtgesetz) le principe de la présomption de responsabilité de l'entrepreneur. Mais ce

1 Peters, Die Geschichte der sozialen Versicherung, 2e édition, p. 49 et ss.

2 Gitter, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, 1969, p. 5 et ss.

principe apparut bientôt restrictif. On aurait pu admettre une responsabilité civile objective basée sur le risque, mais on se décida après de longs débats en 1884 pour une assurance de droit public, dans laquelle ni la faute de l'employeur ni celle du travailleur ne jouent un rôle lors de l'indemnisation. En 1889 l'assurance-vieillesse et invalidité s'ajouta à l'assurance-accidents. Ces branches d'assurance se sont maintenues jusqu'à ce jour, bien qu'elles aient fait l'objet de nombreuses modifications. Actuellement on est en train d'introduire de nouvelles dispositions dans le cadre d'un vaste code de sécurité sociale qui ne comporte aucune réforme d'ensemble, mais en premier lieu une codification et une harmonisation du droit social actuel [3].

On peut admettre qu'il n'y aura pas de modification fondamentale des conditions de fait, qui entraînent une diminution de la perte de la capacité de gain. Ces circonstances de fait — les cas d'assurance dans les différentes branches de l'assurance sociale — feront l'objet des développements qui vont suivre.

I. Les cas d'assurance

1. En matière d'assurance-maladie le cas d'assurance est constitué par la « maladie ». Ce risque n'est pas défini expressément dans le § 182 de la R.V.O. La loi a laissé à la jurisprudence le soin de définir la notion. Selon la jurisprudence de la Cour Sociale Fédérale d'Allemagne [4] on entend par maladie l'état corporel ou mental anormal qui nécessite ou bien un traitement curatif ou bien entraîne en même temps ou seulement une incapacité de travail. Peu importe donc dans ce cadre l'incapacité de gain dans le sens proprement dit. Il faut qu'il y ait incapacité de travail. Celle-ci existe lorsque l'assuré ne peut pas ou ne peut qu'au risque d'aggraver son état, continuer à remplir la profession qu'il a exercée immédiatement avant l'échéance du risque [5]. La profession exercée en dernier lieu par l'assuré est donc déterminante. Sous ce rapport il ne faut pas se baser uniquement sur le travail exercé jusque là, mais il faut prendre en considération aussi des activités professionnelles similaires. Si l'assuré est à même d'exercer, sans risque pour sa santé une activité même autre que celle qu'il a exercée auparavant, mais rentrant dans le même genre d'activités, alors il ne saurait être considéré comme incapable de travailler. L'assuré ne doit cependant pas être renvoyé à des activités qui sont étrangères à la profession qu'il a exercée, même si ces activités correspondent à ses capacités. L'incapacité de travail n'est donc pas exclue par la possibilité de retrouver un gain par le passage d'une activité professionnelle

3 Gitter, Probleme der Kodifizierung des deutschen Sozialrechts (Festschrift für Fechner, 1973, p. 223 et ss.)

4 BSGE 35/10 et ss. (BSGE = Décisions de la Cour Sociale Fédérale)

5 BSGE 26/288 et ss.

à une autre [6]. A côté de la maladie l'assurance-maladie connaît un autre cas d'assurance, celui de la maternité réglée par les § 195 et ss. de la R.V.O. Il faut comprendre par maternité le temps de gestation, de l'accouchement, les périodes de repos postnatal et d'allaitement. Comme la maternité constitue un événement naturel et non point une « maladie », on peut se demander si l'assurance-maladie est la branche compétente à laquelle il convient de rattacher ce domaine. Quoi qu'il en soit, le risque maternité a été compris dès le début dans l'assurance-maladie (d'abord comme aide semainière, « Wochenhilfe »), parce que la maternité a lors d'un déroulement normal, les mêmes effets qu'une maladie, à savoir la nécessité de soins curatifs ainsi qu'une perte de revenus pour une période déterminée [7].

2. L'assurance-accidents

Le risque de base est l'accident de travail (§ 548 RVO), c'est-à-dire l'accident qu'un assuré subit lors de son activité de travailleur. Il ne suffit pas que l'accident ne se rattache de façon purement locale à l'activité professionnelle, il faut en outre une relation causable interne juridiquement déterminante avec le travail [8]. L'accident de travail est donc un accident qu'un assuré subit à la suite de son activité assurée et qui a pour effet une atteinte à la santé ou conduit à la mort [9].

L'accident de trajet (§ 550 RVO) se caractérise par le fait qu'il se produit lors du trajet qui se trouve en relation avec l'activité salariée. Il s'agit là d'accidents qui se produisent essentiellement lors du trajet entre la résidence et le lieu du travail et vice versa.

Enfin les maladies professionnelles sont à considérer comme accidents du travail (§ 551 RVO). Il s'agit là de maladies qui sont déterminées par énumération et dont la relation causale avec le travail professionnel est acquise [10].

Ce n'est qu'à certaines conditions que l'on peut faire abstraction de la condition d'énumération de la maladie aux termes du § 551, al. 2 RVO si selon les données médicales modernes la maladie est en relation causale avec l'activité professionnelle.

Les causes d'assurance citées sont conformes à la notion de la diminution de la capacité de gain dans la mesure où des prestations ne sont servies que si un degré de diminution de la capacité de gain est donné. Le § 581, al. 1er nº 2 RVO prévoit que la rente viagère n'est à accorder que si la diminution de la capacité de gain de l'assuré atteint au moins

6 Peters, Handbuch der Krankenversicherung, t. II, § 182, remarque 10

7 Peters op. cit., t. II/1 § 195 note préliminaire V. Bley, Sozialrecht,

8 En ce qui concerne le principe de la causalité en matière d'assurance-accidents voir GITTER, Schadenausgleich im Arbeitsunfallrecht, p. 99 et ss.

9 Bley op. cit. p. 128

10 Bley op. cit. p. 144

20%. D'après le § 581, al 1 nº 1 RVO l'accidenté qui a perdu se capacité de gain reçoit ⅔ du revenu professionnel annuel comme rente plénière. Chaque degré inférieur de la capacité de gain à la rente plénière, donne droit à une rente partielle proportionnellement moindre, de sorte qu'une diminution de la capacité de gain de 50% entraîne une rente de 50% de la rente plénière.

Il reste à éclaircir ce qu'il faut entendre par capacité de gain au sens de ces dispositions. La capacité de gain en assurance-accidents est la capacité d'utiliser ses forces de travail en faisant fruit de toutes les possibilités de travail offertes par le marché général du travail, c'est-à-dire sur toute l'étendue de la vie économique [11]. Il en résulte qu'il est irrelevant que l'accidenté gagne moins après l'accident. C'est une différence avec le droit civil où la différence pécuniaire est déterminante. Il importe au contraire de voir si les chances de travail ont diminué par suite de l'accident. Le degré de la diminution de la capacité de gain se dégage donc d'une comparaison entre les possibilités de travail avant et après l'accident. En vue de faire cette appréciation on ne fait pas de différenciation par rapport à la profession de l'accidenté. Celui-ci peut être renvoyé, comme il est dit dans la définition ci-dessus, au marché général du travail. Une possibilité de différenciation n'est donnée que dans le cadre du § 581, al. 2 RVO. Selon cette disposition il faut tenir compte lors de l'appréciation de la diminution de la capacité de gain, des désavantages que le blessé subit par le fait qu'il ne peut plus, en raison de l'accident, faire appel à certaines connaissances ou expériences professionnelles acquises et ce dans la mesure où cette perte ne peut être compensée par d'autres facultés dont on pourrait prétendre que l'accidenté fit fruit.

On pense sous ce rapport à des professions spéciales [12] comme les artistes ou les musiciens. Sur le marché général du travail de petites lésions n'ont point de conséquence, mais appliquées à ces professions, elles peuvent ruiner une existence humaine. Chez ces blessés il doit y avoir une appréciation supplémentaire de la diminution de la capacité de gain.

3. Assurance-pension

En matière d'assurance-pension le cas d'assurance de la perte de gain se trouve réglé en premier lieu par le § 1247 RVO. Est incapable de gagner sa vie selon le § 1247, al. 2 RVO, l'assuré qui par suite de maladie ou d'autres infirmités ou de la faiblesse de ses forces physiques ou intellectuelles ne peut avec une certaine régularité pour une période prévisible s'adonner à une occupation rémunérée ou ne réaliser que des gains minimes. La distinction entre les notions de capacité de

11 Lauterbach, Unfallversicherung, commentaire t. I, § 556, Remarque nº 10

12 Gitter, Schadenausgleich im Arbeitsunfallrecht, p. 1976

gain en assurance-accidents et en assurance-pension réside d'une part dans le fait que l'accident de travail doit être la cause de l'incapacité de gain, alors qu'en matière d'assurance-pension, ce sont la maladie, les infirmités ou la déficience physique mentale qui sont déterminantes.

Il s'y ajoute d'autre part qu'en matière d'assurance pension la capacité de gain est déterminée de façon précise, l'assuré doit pendant une période prévisible être incapable d'exercer avec une certaine régularité une profession, ce qui peut être le cas par exemple pour des malades chroniques ou bien ne plus gagner que des revenus minimes. La jurisprudence considère comme revenus minimes des gains qui sont inférieurs de 1/5 des revenus d'une personne comparable sain d'esprit et de corps ayant une formation identique et des connaissances et capacités équivalentes [13]. Il faut remarquer que les conditions ne doivent pas être remplies cumulativement, mais alternativement. Il suffit donc que l'assuré ne puisse gagner que des revenus minimes, même s'il est capable d'exercer régulièrement une activité professionnelle.

Le droit allemand des assurances sociales ne s'est cependant pas contenté de ce risque de l'incapacité de gain, mais a introduit, avec l'incapacité professionnelle (§ 1246 RVO) un autre cas d'assurance. On voulait rendre possible par là une réglementation différenciée par laquelle on pourrait inclure des cas se situant en-dessous de l'incapacité totale de gain et qui méritent une prestation de remplacement.

On voulait en outre atteindre une égalité entre ouvriers et employés, ces derniers bénéficiaient déjà du risque de l'incapacité professionnelle. A l'heure actuelle le cas d'assurance de l'incapacité professionnelle (Berufsunfähigkeit) est réglé de façon uniforme dans la RVO (Reichsversicherungsordnung) et la loi sur l'assurance des employés privés (Angestelltenversicherungsgesetz § 1246 al. 2 RVO § 23 al. 1 AVG). Selon ces dispositions l'assuré est frappé d'une incapacité professionnelle si sa capacité de travail a diminué de plus de la moitié par suite de maladie ou d'autres infirmités de ses capacités physiques et mentales par rapport à un assuré sain de corps et d'esprit et nanti d'une éducation, de connaissances et de capacités équivalentes. Si l'on veut simplifier à l'extrême cette notion on peut dire que l'incapacité professionnelle est la diminution individuelle de la capacité de gain de plus de la moitié par rapport à un collègue de travail sain de la même profession [14]. La différence par rapport à l'incapacité de gain réside dans le fait qu'on tient compte ici de la profession de l'assuré. Cela ne se fait pas dans un sens rigide. Le § 1246 al. 2, phrase 2, RVO prévoit plutôt que le champ des activités d'après lesquelles s'apprécie la capacité de gain d'un assuré comprend toutes les activités correspondant à ses forces et capacités et qu'on peut admettre qu'il les exerce en tenant compte de la durée et de l'étendue de sa formation, ainsi que de sa profession antérieure et des exigences spéciales qui y étaient requises.

13 BSGE 19/147 et suiv., 153.
14 Bley op. cit. p. 114.

On parle dans ce contexte du renvoi à des activités de remplacement (zumutbare Tätigkeiten). Cela signifie que lors de l'examen de la question si l'assuré peut gagner moins que la moitié d'un assuré sain, on ne peut pas seulement considérer la profession de l'assuré, mais encore d'autres occupations dans la mesure où leur exercice peut lui être proposé en se basant sur l'ensemble des activités exercées par l'assuré. A cet égard la jurisprudence a émis la thèse que toute activité qui aboutit à un déclassement social notable ne saurait être proposé (zumutbar) à l'assuré[15]. Des difficultés particulières apparaissent lorsqu'il s'agit d'apprécier dans quels cas il y a déclassement social. La jurisprudence a essayé de trouver une application pratique de cette règle dans le schéma des trois paliers (Dreistufenschema) qui distingue entre professions enseignées, professions apprises et activités sans apprentissage préalable.

Un déclassement de plus d'un palier est considéré comme inacceptable, c'est-à-dire d'une profession enseignée à une activité ne requérant point d'aptitude professionnelle, ce qui comporte également une différenciation à l'intérieur des activités sans qualification d'apprentissage préalable. Cette distinction tripartite est sujette à caution en raison de l'évolution moderne des entreprises. C'est pourquoi la jurisprudence tend à développer d'autres critères. On a de la sorte mis l'accent sur des valeurs personnelles d'importance professionnelle, comme par exemple la disponibilité à l'effort, la conscience professionnelle, la force des nerfs, la discipline, l'indépendance dans le travail, l'initiative personnelle extraordinaire [16]. Il apparaît cependant comme presque impossible que les organismes d'assurance sociale puissent décider de ces points qu'ils ont beaucoup de difficultés à établir. C'est pourquoi la jurisprudence a considéré récemment dans une mesure plus prononcée comme indice le plus important la classification de la profession telle qu'elle ressort des conventions collectives de travail [17]. Mais là encore il subsiste des difficultés, car les classifications tarifaires varient d'une branche à l'autre.

Les tentatives de délimintation sont donc en général sujettes à caution puisqu'on se réfère ou bien à des conceptions dépassées sur les professions ou bien on est incapable de développer des critères applicables en pratique.

D'autres difficultés naissent du fait que certains assurés ne peuvent en raison de leur état de santé que faire du travail partiel et que des postes de travail à temps partiel font cependant défaut. La Cour Sociale fédérale a dans sa décision du 10 décembre 1976 [18] décidé que l'assuté ne saurait être renvoyé à des occupations à temps partiel, si le marché de travail ne lui offre point de possibilités sous ce rapport.

15 BSGE 29/96 et ss.
16 BSGE 29/96 et ss
17 BSGE 31/106, Bley op. cit., p. 118
18 SGB (Sozialgerichtsbarkeit) Cahier n° 3, 1977, p. 122

Cela est également le cas d'après l'arrêt en question si ni l'organisme d'assurance-pension ni l'Office du Travail ne sont à même de lui offrir dans le délai d'un an à partir de la demande en obtention de pension, un poste de travail approprié. L'assuré ne doit être renvoyé qu'à des postes de travail partiel qu'il peut atteindre journellement à partir de sa demeure.

En vue d'une meilleur compréhension de la décision, il convient de la situer d'abord par rapport à la situation légale compte tenu de la jurisprudence suprême. La Cour Sociale fédérale avait estimé en 1969 que pour décider si un assuré qui ne peut travailler qu'à temps partiel est frappé d'une incapacité de travail professionnelle (berufsunfähig) ou invalide (erwerbsunfähig), il importe que les postes de travail disponibles qu'il peut encore occuper avec la capacité de travail restante, soient libres ou occupés. Un assuré pareil ne pouvait donc être renvoyé à des occupations si le marché du travail était pratiquement fermé pour ces occupations.

La Grande Chambre a maintenu son point de vue dans son récent arrêt. Il convient également de l'approuver car le motif et le but des rentes allouées du chef d'incapacité professionnelle et d'invalidité sont de remplacer un revenu qui est venu à défaillir en raison d'une maladie ou d'une infirmité. Il importe donc non seulement comme l'a relevé à juste titre l'arrêt que l'assuré soit en mesure du point de vue médical d'exécuter certaines activités professionnelles. Il faut en outre déterminer si ces facultés professionnelles lui donnent la possibilité de se procurer un revenu correspondant. En conséquence, on ne peut point renvoyer l'assuré à des occupations professionnelles pour lesquelles il n'existe pas en fait de postes de travail. Il est donc pertinent de dire, comme l'a fait la Grande Chambre, que l'assuré ne peut, d'une part, être renvoyé qu'à des occupations qu'on puisse exiger de lui et qu'il peut exercer grâce à sa capacité de travail restante, et d'autre part, qu'il est nécessaire qu'il existe en fait des postes de travail afférents. Cette condition n'est pas remplie lorsqu'il n'y a pas d'offre sur le marché du travail pour l'assuré.

La grande difficulté consiste maintenant à constater cet état de choses. Dans sa décision de 1969 la Cour Sociale Fédérale avait estimé que le marché du travail était en fait fermé pour l'assuré, si les postes de travail partiel dans la région considérée étaient en ce qui concerne l'emploi considéré dans une relation plus défavorable que 75 : 100 par rapport aux impétrants. On a souvent critiqué cette façon de voir. On a objecté qu'en pratique on n'était pas à même de prendre des décisions à cet égard avec une certitude suffisante. La grande Chambre a maintenant osé prendre une décision hardie en estimant que le marché de travail est fermé en fait à l'assuré si ni l'assurance-pension ni l'administration de l'Emploi compétente ne sont à mêmes de proposer à l'assuré pendant la période d'une année à partir de la demande en obtention de la pension un poste de travail approprié.

On peut se dispenser de donner la motivation précise de l'arrêt, mais il convient de remarquer que la grande Chambre se fonde en premier lieu sur la loi concernant la réhabilitation (Rehabilitationsangleichungsgesetz § 7) qui pose comme principe qu'avant tout octroi de pension, il faut se soumettre d'abord à des mesures de réadaptation. La réadaptation professionnelle comporte également des tentatives de trouver un poste de travail adéquat à l'assuré. La Chambre conclut sur base d'autres dispositions qu'après un chômage d'une année il n'y a plus en général lieu d'escompter un poste de travail, de sorte que le marché du travail est pratiquement fermé à l'assuré.

Moyennant cette constatation du délai annuel la Cour Sociale Fédérale a en tout cas abouti à ceci : Les constatations de l'incapacité professionnelle et de l'incapacité de gain deviennent plus aisément praticables. On répond de la sorte à une nécessité posée par un système d'indemnisation de masse.

Il faut retenir positivement le fait que la solution nouvelle garantit un meilleur passage sans heurt entre l'assurance-chômage et l'assurance-pension. La pratique antérieure admettait que l'assuré ne pouvait plus exercer d'occupation en raison de son état de santé et ne recevait donc point de l'Administration de l'Emploi une indemnité de chômage en raison de son indisponibilité sur le marché du travail. Comme l'organisme de pension n'était en règle générale pas informé de cet état de choses, il pouvait arriver que l'assuré ne touchait ni les prestations de chômage ni les prestations de l'assurance-pension. Cela n'arrivera plus, car d'après l'opinion de la Cour Sociale Fédérale il faut en premier lieu présupposer la disponibilité de l'assuré sur le marché du travail, de sorte que l'assurance-chômage est tenue à prestations quitte à mettre en intervention l'organisme de pension afin de décider s'il y a incapacié professionnelle ou incapacité de gain.

La question de savoir si la nouvelle décision ne déplace pas les domaines des risques de l'assurance-chômage et de l'assurance-pension dans une mesure objectivement critiquable au détriment de la dernière, reste problématique. Il est indéniable que l'assurance-pension supporte maintenant le risque si après un an on ne trouve pas de poste de travail approprié pour l'assuré. On peut se demander si on ne déplace pas de la sorte le risque de l'assurance-chômage sur l'assurance-pension. La grande Chambre a reconnu ce danger. Elle objecte cependant qu'on ne saurait en principe prendre en considération dans l'appréciation d'une incapacité de gain dite permanente des activités et postes de travail du marché de travail à temps partiel, qui ne sont pas ou à peine offerts. Il me semble que cette conception soit juste. L'appréciation de la capacité de gain présuppose aussi la possibilité de gain. Dans les cas où cette dernière n'existe pas ou point, la capacité de gain se trouve également réduite ou abolie. Il importe peu à l'assuré qu'on le renvoie vers des postes de travail fictifs. Il se trouve alors au sens de l'assurance-chômage à la disposition d'un marché de travail qui n'existe pas en fait et il ne pourrait obtenir que les pres-

tations limitées dans le temps de la part de l'assurance-chômage. Il est plus conforme aux faits si l'on considère dans ce cas, comme le fait la grande Chambre, que le défaut de possibilité de gain se répercute aussi sur la capacité de gain au sens de l'assurance-pension. Il faut admettre dans l'intérêt de l'assuré le déplacement du domaine du risque à charge de l'assurance vieillesse. Comme les cotisations sont pour moitié à charge de l'employeur et pour l'autre moitié à charge du salarié, tant dans l'assurance-chômage que dans l'assurance-pension, rien n'est changé dans la charge de la couverture des risques.

La décision de la grande Chambre diffère sur un autre point de la jurisprudence ancienne. Jusqu'ici on exigeait de l'assuré qui ne pouvait réaliser qu'un salaire partiel, qu'il déménage à l'intérieur du territoire de la République Fédérale d'Allemagne. En d'autres termes, on imposait à l'assuré dont l'état de santé était déjà déficient, qu'il opère un changement de domicile. Les assurés ont surtout critiqué ce point, comme j'ai pu le constater dans le bassin de la Ruhr.

La grande Chambre a décidé maintenant qu'on ne saurait imposer à l'assuré en présence de la seule possibilité de réaliser un salaire partiel, qu'il opère un changement de domicile avec tous les inconvénients que cela comporte. On ne considère donc que le marché régional du travail que l'assuré peut atteindre journellement en faisant la navette entre son domicile et le lieu du travail. On tient de la sorte certainement compte des intérêts justifiés des assurés, mais il ne faut pas méconnaître qu'il y a là une extension du domaine des risques en matière d'assurance-pension.

Il faut enfin relever deux mises au point qui sont faites dans l'arrêt de la grande Chambre de la Cour Sociale Fédérale. L'une a trait à l'incapacité de gain au sens de l'article 1246RVO. La grande Chambre relève qu'il importe peu dans l'hypothèse o0 l'assuré ne peut plus exécuter son ancien travail, ou l'activité qu'on lui propose, seulement partiellement, qu'on puisse lui offrir un poste de travail ou non. Dans ce cas sa capacité de gain serait tombée au-dessous de la moitié de celle d'un assuré comparable, et par ce fait les conditions de l'incapacité professionnelle sont remplies conformément à l'article 1246, al. 2 R.V.O.

En ce qui concerne l'incapacité de gain prévue par l'article 1247 RVO la grande Chambre modifie cependant la jurisprudence antérieure. D'après l'article 1247, al. 2, il importe entre autres que l'assuré puisse encore réaliser des gains peu importants. Jusqu'ici la jurisprudence estimait que les gains peu importants étaient ceux qui se situaient endessous de 20% du salaire brut tarifaire moyen d'un assuré sain de corps et d'esprit ayant une formation similaire et des connaissances et aptitudes équivalentes. La pratique avait toujours eu des difficultés à opérer ces constatations. C'est pourquoi la jurisprudence a maintenant opté pour une somme fixe, à savoir le 1/8e du plafond du salaire servant de base pour le calcul de la cotisation. Ce montant est actuellement de 425 DM. Il est indéniable qu'en décidant de la sorte, la méthode de constatation pratique a été facilitée énormément.

4. Après l'interprétation de la notion de la capacité de gain dans les différentes branches de la sécurité sociale, il est possible d'en faire un résumé et une comparaison.

En matière d'assurance-maladie l'incapacité de gain ne joue aucun rôle, mais la capacité de travail. Elle n'est pas un cas d'assurance autonome, mais ne se trouve donnée, que si l'assuré n'est pas à même en raison d'un état de santé physique ou mental ou au risque d'aggraver cet état, de poursuivre son activité professionnelle antérieure. Une diminution par paliers de la capacité de gain est inconnue en matière d'assurance-maladie, par opposition à ce qui existe en matière d'assurance-accidents. L'assurance-accidents connaît différents taux de l'incapacité de gain. Une allocation de rentes a lieu si les taux varient de 20% à 100% d'incapacité de gain. La capacité de gain au sens de l'assurance-accidents est la possibilité d'additionner ses capacités de travail en faisant appel aux possibilités de travail qui s'offrent à l'assuré sur le marché général du travail. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'on peut augmenter le taux de la diminution de la capacité de gain en fonction de la spécialité de la profession de l'assuré. La notion de l'incapacité de gain au sens de l'assurance-pension est similaire à celle en vigueur en matière d'assurance-accidents [19], notamment en ce qui concerne son alignement sur le marché général du travail. Cependant l'assurance-pension considère deux critères qui peuvent se retrouver alternativement, ou bien l'assuré ne peut plus exercer avec une certaine régularité une activité lucrative, ou bien il ne peut plus réaliser que des gains minimes. L'assurance-pension connaît de surcroît le cas d'assurance de l'incapacité professionnelle qui présuppose que la capacité de gain de l'assuré soit tombée à plus de la moitié de ce qu'un assuré valide est à même de gagner. Lors de l'examen de cette question de fait, l'assuré peut dans le cadre des limites tracées, être renvoyé à d'autre occupations. Cette possibilité de renvoi n'est cependant pas donnée dans le cadre de l'incapacité de travail dans l'assurance-maladie. L'incapacité de travail se mesure par rapport à l'activité exercée en dernier lieu, de sorte qu'il n'y a en principe pas de renvoi possible.

II. Problèmes qui se posent lors de la constatation de l'incapacité de travail ou d'une réduction de la capacité de gain.

Après que les notions ont été définies clairement, on peut exposer plusieurs problèmes qui se posent lors de la constatation de l'incapacité de travail ou de la réduction de la capacité de gain.

1. En matière d'assurance-maladie, il importe d'après le § 182, al. 3 RVO que pour l'octroi de l'indemnité pécuniaire de maladie, l'incapacité de travail soit médicalement constatée. Cette constatation peut être faite par tout médécin-traitant [20] partant non seulement

19 voir Lauterbach op. cit. § 556 rem. 10

par un médecin qui a été désigné par l'organisme d'assurance. Sous ce rapport on critique parfois le fait que les médecins-traitants émettent des certificats de complaisance. On ne peut exclure cette possibilité, puisque le médecin qui apprécie la capacité de travail plus rigoureusement, doit escompter que le patient changera de médecin.

La fixation de la réduction de la capacité de travail est cependant beaucoup plus problématique en matière d'assurance-accidents. En théorie cette fonction ne semble pas devoir présenter de difficultés : Le degré de la diminution de la capacité de gain se dégage d'une comparaison entre les facultés de travailler avant l'accident et celles après l'accident [21]. Mais en pratique cette constatation de la capacité de gain antérieure à l'accident présente déjà des difficultés qui commencent lors de l'appréciation de l'état de santé, s'accroissent lors de l'examen du savoir, de la pratique, des connaissances et capacités et aboutissent à un problème quasi-insoluble, lorsqu'il s'agit d'évaluer l'utilité économique de ces qualités. Il est presqu'impossible de déterminer quel est le degré d'incapacité de gain que le blessé a perdu par suite de l'accident du travail. Le plus souvent des séquelles physiques, psychologiques et des déficiences se sont établies, mais il n'est pas dit pour autant comment ces dommages se répercutent sur les chances d'obtenir une activité lucrative sur le marché général du travail [22]. Il s'agit là non point d'une donnée évaluable, puisque l'homme n'est pas une machine inerte qui a eu avant son accident une puissance de 100 chevaux et après de seulement 70 chevaux. Si l'on voulait mesurer la réduction de la capacité de gain de façon réelle, il faudrait instituer une procédure compliquée qui ferait appel à des médecins, des experts en sciences du travail, des économistes et des juristes, afin de réunir avec compétence les données et de les évaluer objectivement. En pratique les choses ne se passent pas de la sorte. Ce qui est décisit, c'est généralement l'expertise médicale qui se base en premier lieu sur la perte de certaines fonctions corporelles. C'est ainsi que s'est cristallisé une taxe dite des membres (Gliedertaxe) qui indique un certain taux d'incapacité de gain pour certains membres corporels et comporte la perte ou la réduction d'organes corporels. Par là les troubles de la santé deviennent — contrairement aux dispositions légales — le critère de la capacité de gain. Cette façon de voir a conduit en dernier lieu à ce que dans de nombreux cas on admet une diminution de la capacité de gain, bien qu'on puisse se demander s'il y a réellement réduction de la capacité de gain et non seulement atteinte à l'intégrité physique.

D'autres problèmes se posent lors de la fixation d'une diminution de la capacité de gain en présence d'un état déficient préexistant. Le problème est résolu en principe selon les règles de la causalité tant

20 Peters op. cit. § 182 rem. 13b
21 BSGE 1/174
22 voir Gitter : Schadenausgleich im Arbeitsunfallrecht, p. 164

en droit français qu'allemand. Mais en définitive les conceptions diffèrent. En droit allemand une condition nécessaire à l'indemnisation en cas de déficience constitutionnelle est que l'accident ait été la cause essentielle et non seulement l'occasion secondaire du déclenchement du mal [23].

Dans la dernière hypothèse il n'existe pas de droit à l'octroi d'une rente, même partielle. Le droit allemand se base donc sur le principe du tout ou rien. Le droit français admet une causalité partagée qui aboutit à des solutions plus équitables.

Par contre la faute en tant qu'élément annulateur du droit à indemnisation joue en droit allemand un rôle moindre qu'en droit français. Le but de la législation des accidents du travail était dès le début de réduire la notion de faute aux extrêmes limites [24] et d'éviter par là, dès le commencement, tout litige sur l'indemnisation, et maintenir de la sorte un climat de paix dans l'entreprise. C'est ainsi que le blessé et ses survivants n'ont selon le § 553 RVO aucun droit à l'indemnité si le blessé a provoqué intentionnellement ou ses survivants ont causé l'accident avec préméditation. D'un autre côté l'employeur et les camarades de travail ne sont tenus qu'en vertu des §§ 636 et 637 RVO que s'ils ont provoqué intentionnellement l'accident de travail. Même dans ce cas l'assuré blessé obtient une rente qui doit lui être garantie dans tous les cas. Il a alors seulement des droits supplémentaires contre le responsable, comme p. ex. droit à un dommage moral qui n'est pas indemnisé par l'organisme de sécurité sociale.

Le responsable s'expose en outre en cas d'intention dolosive et de négligence grave à un recours de la part de l'organisme sur base du § 640 RVO. Le blessé ne reçoit cependant dans ces cas pas de prestations supplémentaires. La notion de la faute inexcusable telle qu'elle est conçue en droit français n'existe pas en droit allemand.

Les problèmes de l'assurance-pension sont apparus déjà lorsque nous avons parlé des cas d'assurance de l'incapacité professionnelle et de l'incapacité de gain. En cas d'incapacité professionnelle les difficultés consistent à saisir correctement les activités vers lesquelles l'assuré peut être renvoyé. Mais abstraction faite de cet aspect, il convient de se demander s'il est indiqué à une époque où l'on insiste de plus en plus sur la mobilité professionnelle, de maintenir un cas d'assurance qui comporte une certaine fixation professionnelle. L'évolution des faits montre qu'en présence des exigences de la jurisprudence précitée, le cas d'assurance de l'incapacité professionnelle est en régression par rapport à celui de l'incapacité de gain. Cette dernière notion sert donc de refuge à l'assurance pour beaucoup de travailleurs qui peuvent encore travailler à temps partiel, mais ne trouvent pas de poste de travail à temps partiel. Dans ce texte il se pose également la question du niveau des prestations.

23 Gitter op. cit p. 127 et ss.
24 Gitter op. cit. p. 35

Le but de la sécurité sociale devrait être de compenser la perte de la capacité de gain. Il serait contraire au but et à l'esprit des prestations sociales de faire bénéficier l'assuré de prestations dépassant son dommage.

III. Les prestations en cas de réduction ou de perte de la capacité de gain

1. Les indemnités pécuniaires de l'assurance-maladie débutent en principe seulement après six semaines, puisque le salarié touche pour cette période en cas de maladie l'intégralité de son salaire de la part de l'employeur. La période de six semaines est continuée par l'indemnité pécuniaire de maladie, une prestation compensatoire pour perte de salaire. Bien que l'indemnité pécuniaire de maladie soit calculée de façon schématique, elle frise en pratique un succédané concret du salaire. L'indemnité pécuniaire se chiffre à 80% de la rémunération pour travail régulier que perd l'assuré du chef d'incapacité de travail, sans cependant pouvoir dépasser selon § 182 al. 4 R.V.O. le salaire régulier net qu'il n'a pas touché. En raison du fait que l'indemnité pécuniaire n'est ni soumise à l'impôt ni aux cotisations d'assurances sociales, elle correspond en général au salaire net.

L'indemnité pécuniaire en cas de maternité est aussi une prestation compensatoire de salaire. L'indemnité pécuniaire de maternité est en conformité du § 200, al 2. RVO le salaire moyen journalier des trois derniers mois, déduction faite des retenues légales sur base d'un décompte hebdomadaire des treize semaines décomptées avant le début du congé prénatal.

2. En matière d'assurance-accidents le blessé touche d'abord, tant qu'il est incapable de travailller par suite d'accident, une indemnité de transition conformément à l'article 560 R.V.O. Cette prestation a également le caractère compensatoire de salaire. Le § 560, al. 2 RVO fait un renvoi au § 182, al. 4 RVO et dénote de la sorte que le montant de l'indemnité pecuniaire de transition est soumis au même régime que l'indemnité pécuniaire de maladie.

Après la cessation de l'incapacité de travail, le blessé peut obtenir selon § 580 et ss. RVO une rente de blessé. La condition en est que la diminution de la capacité de gain s'élève à au moins 20%. Par cette disposition on voulait éviter le payement de petites rentes. S'il y a incapacité totale de gain, le blessé touche, selon le § 581, al. 1 n° 1 RVO, deux tiers du salaire annuel. Ce montant n'est ni imposable ni cotisable, de sorte qu'il se rapproche du salaire net. Il faut considérer en outre qu'indépendamment du droit à une rente-accident, il peut y avoir droit à une pension du chef d'incapacité de gain à l'égard de l'assurance-pension. Ces deux prestations ne sont alors point accordées sans avoir subi une diminution. Selon le § 1278 RVO il y a lieu à octroi d'une pension réduite de la part de l'assurance pension. On empêche de la

sorte que l'assuré gagne plus que son revenu antérieur. Il est cependant tout à fait possible qu'un blessé touchant une rente-accidents partielle, capable de continuer son activité après rééducation, gagne plus qu'avant son accident de travail. D'après les calculs de l'assurance-accidents [25], 90% des accidentés du travail n'ont pas subi de pertes de salaires, de sorte que la rente leur est servie en supplément. On a abouti à ce résultat en raison de ce qu'on a fait beaucoup en matière de réhabilitation, de rééducation et de réintégration professionnelle. Ces résultats statistiques remontent à plusieurs années. Je n'exclus pas qu'à l'heure actuelle et en présence de la situation du marché du travail donné, il n'y ait pas une quote-parte si élevée de travailleurs à bénéficier d'un cumul d'une rente-accidents avec leur salaire intégral. On peut cependant constater une chose : la rente-accidents ne sert pas en règle générale à composer une perte de gains. Elle a plutôt le caractère, même si cela n'a pas été dans l'intention du législateur, d'une compensation forfaitaire pour atteinte à l'intégrité physique [26].

3. On peut se demander également au sujet de la pension pour incapacité professionnelle si la fonction de la pension comme élément compensatoire du salaire correspond à la situation réelle envisagée par le législateur. Cette pension se calcule sur la base des années de travail assurées auprès de l'organisme de pension, du salaire de l'assuré par rapport au salaire moyen de tous les assurés et d'un taux dit de majoration de 1% prévu au praragraphe 1253 RVO. Cette pension est généralement tellement basse qu'elle ne compense pas les pertes de salaires réelles. D'autre part les bénéficiaires d'une pension pour incapacité professionnelle n'ont généralement pas de pertes de salaire, mais gagnent souvent plus dans une autre profession qu'auparavant. La pension pour incapacité professionnelle n'a plus en raison du déclassement social que comporte le changement de profession, une fonction compensatoire pour perte de salaire, mais une fonction compensatoire pour perte de prestige [27].

Il en est différemment en principe, lorsqu'il s'agit d'une incapacité de gain. Elle s'élève en raison du taux de majoration plus élevé de 1,5% selon § 1253 al. 2 à un montant plus élevé que la pension pour incapacité professionnelle et elle joue dans la plupart des cas effectivement le rôle d'une compensation pour perte de salaire. On a calculé que la pension pour incapacité de gain constitue après 40 ans de travail environ 50% du dernier salaire. Il faut considérer que cette pension

25 Nikl : Strukturanalysen der Rehabilitation bei den gewerblichen Berufsgenossenschaften, 1970 p. 66

26 Gitter a. a. O. p. 163 et ss.

27 Scheerer : Berufsunfähigkeit u. Erwerbsunfähigkeit in der Rentenversicherung, dans Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, T. 1, p. 137 et ss.;
voir également Gitter : Zweckswidrige Vielfalt und Widersprüche im Recht der Sozialversicherung, 1969, p. 59 et ss.

n'est pas soumise à l'impôt ni à cotisation d'assurance sociale, de sorte qu'on atteint environ 75% du dernier salaire.

Il existe enfin en faveur des assurés frappés d'une incapacité professionnelle ou d'une incapacité de gain la faculté d'obtenir en application du § 1248 al. 1er RVO une pension de vieillesse anticipée. Le droit à pension anticipée naît déjà avec l'accomplissement de la 63e année et non seulement à l'âge de 65 ans. Le calcul de la pension vieillesse selon le § 1254 RVO est en principe le même que celui d'une pension pour incapacité de gain. On peut donc admettre que l'assuré ne touche — même en ne tenant compte des impôts et cotisations d'assurance sociale qui viennent à défaillir — que tout au plus 75% du gain salarial.

IV. Nécessité d'un complément de prestations en cas de réduction ou de perte de la capacité de gain.

Les développements ci-dessus ont déjà fait apparaître clairement qu'en droit allemand, et à l'opposé de ce qui existe dans les législations où les prestations sociales constituent plutôt une sécurité de base, la nécessité d'une assurance supplémentaire par des assureurs privés ou des prestations des employeurs apparaît à un degré moindre.

Tant qu'une incapacité de travail existe par suite de maladie, les prestations de l'assurance-maladie représentent une compensation complète de salaire. En matière d'assurance-accidents, le montant des rentes se situe ensemble avec les salaires réalisés après l'accident en cas de diminution de la capacité de gain à un niveau supérieur à celui réalisé antérieurement à l'accident. Ce n'est qu'en matière d'assurance-pension — et encore seulement en cas de pension pour incapacité de gain et non en cas de pension pour incapacité professionnelle — qu'il y a des pertes de revenus salariaux à enregistrer par rapport aux revenus du travailleur actif. Ces pertes sont d'autant plus appréciables que l'incapacité de gain se réalise tôt. Dans ces cas l'assuré est souvent réduit à demander des prestations supplémentaires provenant de l'aide sociale et de la prévoyance de l'Etat en cas d'indigence. Il est également possible qu'il touche des prestations d'une prévoyance instituée dans le cadre de l'entreprise. Le système des prestations sociales de la part des entreprises est axé principalement sur le risque vieillesse et non tant sur l'indemnisation en cas de diminution de la capacité de gain pendant la vie lucrative. Il existe dans cet ordre d'idées — pour le répéter encore une fois — un besoin beaucoup moindre de réaliser une assurance complémentaire pour augmenter les prestations. Il faut certainement songer au problème de savoir comment on peut améliorer la situation des jeunes qui sont inaptes du travail et de ceux qui sont frappés d'une incapacité de gain, car ces derniers sont menacés de chômage. Cela ne peut cependant pas être la tâche des entreprises et par là de l'économie privée, car elle n'est pas — abstraction faite

du risque de l'accident du travail — la cause de ces cas d'incapacités de gain. Il faut plutôt que l'Etat prenne à charge cette situation par le biais de l'impôt, afin de garantir également à ces diminués dans leur capacité de travail un niveau de vie au sein de la communauté nationale.

L'INDEMNISATION DE LA PERTE DE CAPACITÉ DE GAIN PAR LA SÉCURITÉ SOCIALE AU LUXEMBOURG

par

André THILL
docteur en droit
dipl. sup. de Droit comparé
dipl. d'études supérieures européennes (Univ. de Nancy)

A. CONSIDÉRATIONS PRÉLIMINAIRES

1. — Réception du droit allemand.

Le droit luxembourgeois des assurances sociales a été importé volontairement de l'Allemagne en prenant modèle sur la législation annoncée dès le 17 novembre 1881 par le message impérial rédigé par Bismarck [1]. Aussi la Reichsversicherungsordnung (RVO) fut-elle reçue avec des modifications légères au Luxembourg. Cette réception pouvait se faire d'autant plus facilement qu'il n'y avait pas lieu de déclencher un processus de remplacement d'un ordre juridique existant et que les conditions du milieu récepteur ne différaient pas du milieu d'origine. Si le développement du droit des assurances sociales ne fut pas identique au Luxembourg et en Allemagne, le « common care » resta cependant le même.

2. — Interprétation par référence au pays d'origine.

Aussi convient-il d'une part de suivre l'évolution du droit de la sécurité sociale en Allemagne et d'autre part de consulter la doctrine et la jurisprudence allemandes dans l'application des textes qui ont servi de modèle au Luxembourg. La doctrine luxembourgeoise approuve cette méthode vu l'exiguïté du pays [2]. La jurisprudence n'avait pas manqué dès 1908 de con-

1 v. Münzel u. Jonas : Sozialversicherung, S. 25

2 v. J. Olinger : Le Droit fiscal, p. 39; A. Huss : Le phénomène de la réception des lois d'origine étrangère considéré du point de vue luxembourgeois, Conférence St. Yves, sept. 1959; Note non signée à la Pasicrisie luxembourgeoise t. XIX, p. 349; Dans un ordre d'idées plus large v. A. Bonn : Le droit luxembourgeois — science secrète, in Bulletin Cercle Laurent, t. II, p. 106

sacrer ces principes d'interprétation [3] des textes luxembourgeois.

En effet, le Luxembourg ne saurait se payer le luxe de se créer un système autonome de droit sans référence à un système juridique étranger. Ce système, en raison même de l'étendue géographique qu'il recouvre, entraîne nécessairement une jurisprudence étendue indispensable et se fonde sur une doctrine éclairée, conditions nécessaires à la clarification et l'évolution de tout système de droit.

3. — La législation des assurances sociales a principalement pour objet d'indemniser l'assuré en cas de réalisation d'un risque social entraînant une réduction de la capacité de gain, plus spécialement en cas de maladie, d'invalidité, de décès et d'accidents de travail [4]. Il s'en dégage que l'assuré social a un droit d'être indemnisé et que l'indemnisation se réalise dans le cadre d'une assurance financée notamment par des cotisations.

B. LES DIFFÉRENTS RISQUES SOCIAUX

4. — Le travail est l'activité de l'homme tendant à un but économique. Le revenu peut provenir cependant d'autres causes que du travail. Le travail ne nous intéresse ici que pour autant qu'il tend à une rémunération ou un salaire. Si depuis l'ère industrielle jusqu'à nos jours la rémunération se calcule généralement suivant le temps passé pour exécuter un travail, les notions de rendement (Leistung) et d'organisation du travail font cependant leur chemin [5].

La conception large de la capacité de travail (Arbeitsfähigkeit) apparaît donc devant être telle qu'englobe la notion de capacité de gain (Erwerbsfähigkeit).

5. — Pour bien situer le cas d'assurance entraînant une réduction de la capacité de gain et la branche des assurances sociales appelée à la prendre en charge, il faut définir les différents risques et donner un aperçu succint de leurs éléments constitutifs dans la pratique.

3 v. Arrêt Cour Sup. Justice 28 février 1908, Pasicrisie luxembourgeoise, t. VII, p. 195

4 v. Kaskel-Sitzler : Grundriß des sozialen Versicherungsrecht, S. 3; Rey : La question des Assurances sociales, p. 5; Kreil : Sozialversicherung und Wirtschaft, p. 11

5 Ricouard : La rémunération du travail, p. 10, 15 et ss. P.U.F.

1. Le risque-maladie

6. — En l'absence d'une définition légale de la maladie, il est admis que la maladie constitue un état physique ou psychique anormal qui nécessite un traitement ou entraîne une incapacité de travail.

7. — Les conditions mises au risque de maladie sont donc l'anormalité de l'état de santé (regelwidriger körperlicher oder geistiger Zustand) qui entraîne soit une incapacité de travail (Arbeitsunfähigkeit) soit du moins la nécessité d'un traitement curatif (Behandlungsbedürftigkeit).

8. — Il en ressort — que la sénilité seule n'est pas un cas de maladie, sauf si elle aggrave une maladie préexistante [6];

qu'une déformation naturelle congénitale n'entraînant ni traitement médical ni incapacité de travail n'est pas constitutive de l'état de maladie [7].

9. — Si l'infirmité (Gebrechen) est en principe un état qui reste stationnaire, elle devient une maladie s'il y a nécessité de traitement, même en l'absence de douleurs, mais à condition que le traitement puisse aboutir à une amélioration de l'état de santé de l'assuré [8]. La condition de l'amélioration essentielle a été atténuée par la jurisprudence en ce qu'il suffit, qu'à défaut de traitement de l'infirmité, il y a danger d'aggravation [9].

10. — Contrairement à une jurisprudence ancienne [10], il y a maladie dans le chef de l'alcoolique, même si l'alcoolisme n'a pas encore causé de lésions organiques [11].

11. — Sont considérés également comme états de maladie :

— l'impuissance sexuelle chez un jeune homme [12],

— l'anomalie dentaire chez l'enfant qui nécessite un traitement orthodontique [13],

6 Entsch. u. Mitt. des Reichsversicherungsamtes 8, 75; Amtliche Nachrichten 1893, 92

7 Amtliche Nachrichten 1928 S. 285

8 Entsch. Bundessozialgericht 28. 10. 1960 in Sozialgerichtsbarkeit 1961 S. 118

9 Entsch. Bundessozialgericht 18. 11. 1969; Breithaupt 1970, S. 186, 11. 3. 1970; Breithaupt 1970, S.980

10 Amtliche Nachrichten 1916, S. 341

11 Entscheidung Bundessozialgericht 22. 11. 1968, Sozialgerichtbarkeit 1969, S. 382

12 Bundessozialgericht 28. 4. 1967, Breithaupt 1967, S. 909

13 Bundessozialgericht 23. 2. 1973, Breithaupt 1973, S. 603

— la névrose, même sans altération organique ou déformation de la personnalité [14].

12. — La notion de maladie tend donc à s'apprécier par rapport à une norme abstraite de l'homme sain («homo sanus»).

13. — Si les juristes s'orientent de la sorte dans leur appréciation [15], il ne faut cependant pas oublier que le médecin peut distinguer quatre aspects de la notion de maladie [16] :

a) l'aspect objectif conçu de facon concrète, en d'autres termes, l'organe malade (Pathos ou krankhafte Störung);

b) l'aspect clinique (Nosos) basé sur un diagnostic justifiant le traitement thérapeutique ordonné par le médecin;

c) l'aspect subjectif du malade qui peut se considérer comme valide ou malade, bien que son médecin soit d'un avis différent (aegritudo);

d) l'aspect social qui veut que celui qui se livre a un abus de tabac, d'alcool ou de médicaments ou auprès duquel on constate une hypolipidémie, signe d'avant-garde d'une sclérose, est à considérer comme malade.

Ceci nous montre combien il est indiqué que les experts médecins se familiarisent avec la notion générale ou juridique de la maladie qui doit être appliquée en droit social tant par les médecins que par l'Administration et les juridictions.

14. — L'incapacité de travail résultant de la maladie s'apprécie par rapport à la profession que l'assuré a exercé avant le début de l'incapacité de travail.

15. — Un renvoi à une autre profession que l'assuré pourrait exercer eu égard à ses facultés (Kräfte) et connaissances (Fähigkeiten) n'est pas possible en matière d'assurance maladie [17].

16. — Il a été décidé en application de ce principe qu'un ouvrier non qualifié est incapable de travailler s'il ne peut continuer à vaquer à ses occupations, à condition qu'il ait exercé celles-ci depuis un temps plus ou moins long et qu'il y ait acquis une certaine habilité et une connaissance particulière permettant de considérer ce travail comme une profession [18]. L'exercice d'un travail non qualifié (ungelernte Arbeit) pendant un délai de seulement trois mois est insuffisant pour pouvoir le considérer comme une profession [19].

14 Bundessozialgericht 16. 3. 1962, Sozialgerichtsbarkeit 1962, S. 143; 1. 10. 1964 Sozialgerichtsbarkeit 1964 S. 369

15 Schäfer et Blohmke considèrent comme notion générale de la maladie la différence entre l'état du patient et celui de l'homme sain « allgemeiner Krankheitsbegriff », in Sozialmedizin S. 112

16 v. Rothschuh : Prinzipien der Medizin, S. 127

17 Amtliche Nachrichten 1914, 631; 1915, 425

17. — La maladie débute à partir du commencement du traitement curatif. Aussi les prestations médicales et fournitures annexes sont-elles dues dès le début de la maladie sans limitation de durée tant que subsiste l'affiliation (art. 8 al. 1er nº 2 Code des assurances sociales, art. 57, al. 1er Statuts de l'Union des Caisses de maladie, Règt gr.-d. du 30 nov. 1976). Pour les maladies en cours de traitement au moment de la cessation de l'affiliation le droit aux prestations en nature est maintenu pendant 26 semaines (art. 20 Code des assurances sociales, art. 57 al. 2 Statuts de l'Union des Caisses de maladie).

2. Le risque-maternité

18. — La maternité ne rentre pas dans le domaine du risque maladie proprement dit, puisqu'elle est un phénomène naturel et normal. C'est un risque heureux sui generis.

19. — Aussi les prestations, notamment en nature, savoir les soins de sage-femme, l'assistance médicale, le séjour à la maternité, les fournitures pharmaceutiques et les produits diététiques pour nourrissons sont-elles remboursées par l'Etat à la Caisse de maladie (art. 67, al. 1er CAS), sauf en cas d'accouchement pathologique où l'on retombe dans l'assurance-maladie proprement dite.

3. Le risque invalidité

20. — Le Luxembourg ne connaît pas la notion d'incapacité professionnelle de travail (Berufsunfähigkeit). L'introduction d'une pension pour incapacité professionnelle à l'instar de ce qui existe en République Fédérale d'Allemagne a été réclamée à maintes reprises et il serait utile d'obtenir des indications sur l'opportunité de suivre sur ce point la législation allemande.

21. — L'invalidité est l'incapacité de gagner par suite de maladie ou d'infirmités moyennant une occupation appropriée à ses forces et à ses aptitudes et répondant, dans une mesure

18 Amtliche Nachrichten 1925, S. 34; Cour de cass. Luxembourg, Assurance acc. ind. c/ Wersand, 12. 7. 1973 in Questions sociales t. II, 2e p. page 71

19 Entscheidung Bundessozialgericht 14. 1. 1971, Soziale Sicherheit 1971, S. 241

convenable, à son instruction et à sa profession, le tiers de ce que des personnes de sa condition, saines de corps et d'esprit, ayant reçu une instruction analogue et occupées dans la même région, gagnent d'ordinaire par leur travail.

22. — La définition légale contenue dans l'article 186 du Code des assurances sociales comporte des problèmes qui se situent sur deux plans différents, l'un technique, l'autre médical.

a) Le plan technique

23. — L'assuré ne doit plus pouvoir atteindre un gain minimum (Lohndrittel). Le montant de ce gain ne s'établit pas sur la base de ce que l'assuré a réellement gagné, mais par rapport au gain des personnes appartenant à son groupe professionnel dans la même région. Le tiers du gain moyen réalisé par ces personnes constituera le seuil au-dessous duquel le gain de l'assuré devra être tombé. L'organisme de pension comparera donc des personnes du même genre saines d'esprit et de corps et ayant eu la même formation et vie professionnelles que l'impétrant [20].

24. — Cette appréciation se fera de façon abstraite et par rapport au marché général du travail. L'offre d'emploi (Arbeitsgelegenheit) n'est pas déterminante. Il faut cependant remarquer que si la situation du marché du travail est mauvaise et qu'en raison de ce fait il est impossible de trouver un poste de travail à l'assuré, il s'agit d'un cas de chômage et non d'invalidation. Si un poste de travail ne peut être offert à l'assuré en raison de ses graves mutilations ou d'autres infirmités qui l'excluent du marché général du travail, il est à considérer comme invalide [21]. La Cour Fédérale sociale d'Allemagne a décidé qu'il est essentiel qu'un poste de travail puisse être trouvé sur le marché général du travail pendant le délai d'un an [22]. Si tel n'est pas le cas et même si l'assuré pouvait encore travailler il y a néanmoins incapacité de gain [23]. Il y a là au fond une certaine osmose des risques sociaux qui s'annonce très probablement comme devant évoluer dans un sens extensif sous le poids des faits sociaux actuels, notamment du chômage croissant.

20 Amtliche Nachrichten 1909, S. 186; Entsch. u. Mitt. RVA 1940 S. 328; Amtliche Nachrichten 1903, S. 599; Entscheidung Bundessozialgericht 16. 4. 1959; Enscheidungssammlung des Bundessozialgerichts Bd. 9, S. 254.

21 Amtl. Nachr. 1893, 95

22 Entsch. Bundessozialgericht du 10. 12. 1976; Sozialgerichtsbarkeit, 1977, S. 122

23 Entsch. Bundessozialgericht 11. 12. 1969, Entscheidungssammlung des Bundessozialgerichts Bd. 30, 8. 192; Breithaupt 1970, S. 414

25. — Il faut remarquer en outre que le renvoi sur le marché général du travail ne saurait se faire que si le poste est acceptable (zumutbar) par l'assuré. Cette appréciation devra se faire de façon concrète sur la base des données du cas individuel. On tiendra compte des connaissances et capacités de l'assuré et notamment de la profession exercée en dernier lieu, tout en évitant un déclassement économique et social injustifié [24].

26. — Il faut enfin que les prestations fournies par l'assuré correspondent réellement à un travail, de sorte que le poste offert pour des raisons humanitaires à un invalide ne prive point l'assuré du droit à pension [25].

Tous ces points relèvent du domaine technique de l'assurance sociale.

b) Le plan médical

27. — L'invalidité doit être constatée. Sa cause est en principe irrelevante.

28. — La constatation de l'invalidité se fait par certificat médical. Il s'agit ici d'un problème médical qui doit englober les symptômes somatiques et les phénomènes psychiques pour aboutir à une vue globale de l'impétrant.

29. — Si l'assuré est frappé de plusieurs affections, il est inadmissible de procéder simplement par addition des taux d'incapacité de travail tels qu'on les trouve indiqués dans les barèmes, mais il convient au contraire d'apprécier l'état général de l'assuré en se fondant sur des données concrètes constatés lors d'examens cliniques sérieux.

Cette méthode est juste, car le plus souvent l'assuré présente des affections multiples qui se relaient dans son bilan de santé soit en augmentant tantôt en gravité soit en s'améliorant. Tout comme l'addition des taux d'incapacité est aberrante, il est inadmissible qu'on calcule des moyennes basées sur la durée des améliorations et aggravations des affections. [26].

24 cf. Kreil : Die Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit in der deutschen Sozialversicherung S. 223 u. ff.

25 Amtliche Nachrichten 1892 S. 140; Arr. Conseil Sup. Ass. Soc. Luxbg. 22. 2. 1973, Aff. Hoffmann c/ E.V.I. (non publié).

26 Eckert-Sauerborn : Sozialversicherungsgesetze, Bd. II, 761; Brackmann : Handbuch der Sozialversicherung, Bd. II 182 c

Aussi est-il indiqué que les juridictions sociales luxembourgeoises révisent leur point de vue et sanctionnent les principes ci-dessus au lieu de procéder par simple addition de taux médicaux, sans se préoccuper de la notion si complexe que pose l'invalidité [27]. Peut-être une meilleure définition de la mission des experts médicaux ferait-elle avancer les choses ?

30. — Le cas d'assurance de l'invalidité est donné lors de la constatation de l'invalidité permanente. L'article 187, al. 1er du Code des assurances sociales précise que sans préjudice de toutes autres conditions prescrites, l'assuré atteint d'une invalidité permanente aura droit à une pension d'invalidité. La pension d'invalidité court du premier jour de l'invalidité constatée (art. 209, al 1er du code des assurances sociales).

31. — Sous l'ancien système d'avant 1974 la distinction entre l'invalidité permanente et l'invalidité transitoire était de mise. Abstraction faite du caractère transitoire de la pension, la notion d'invalidité était la même qu'il s'agissait d'une invalidité permanente ou transitoire [28].

32. — Il y avait invalidité transitoire (vorübergehende Invalidität) lorsqu'une amélioration de la capacité de gain était prévisible soit à la suite de la disparition de l'état maladif, soit par suite d'une amélioration notable.

L'amélioration devait pouvoir se réaliser par des mesures thérapeutiques que l'assuré pouvait s'appliquer lui-même ou par un genre de traitement qui lui était offert par un organisme de sécurité sociale et auquel l'assuré devait se soumettre (art. 222 du Code des assurances sociales)

Une simple possibilité d'amélioration ne suffisait pas, mais il fallait des raisons médicalement concluantes [29].

33. — Il y a invalidité qualifiée jadis de permanente (dauernde Invalidität) lorsqu'on ne peut pas s'attendre dans un temps prévisible à une amélioration de l'état de santé de l'assuré [30]. Le terme « permanent » n'est pas synonyme de viager, car une amélioration d'un état de santé peut toujours se produire, ne fût-ce que par suite de l'accoutumance. Ce changement dans l'état

27 Déc. Conseil arbitral Luxbg Aff. Haupert c/E. V. I. et Fandel c/ E.V.I. du 20. 4. 1977; v. note André Thill « La notion d'invalidité » in Questions sociales t. 1er, 2e partie p. 73 et ss,

28 Hanov-Lehmann : Kommentar zur R.V.O. Invalidenversicherung. t. 4, p. 138—139

29 Amt. Nachr. 1896, p. 358

30 Amtl. Nachr. 1892 S. 140

de santé de l'assuré doit être prouvé par l'organisme d'assurance-invalidité [31].

34. — Depuis la loi réforme des régimes de pensions du 14 mai 1974 [32], la distinction entre l'invalitité transitoire et l'invalidité permanente a perdu en importance. Le nouveau système se distingue de l'ancien en ce qu'il importe, sur initiative de la Caisse de Maladie, de faire constater après une période de maladie de trente jours en accord avec l'assurance-invalidité, si l'assuré est ou non invalide. Dans l'affirmative la pension d'invalidité prend cours à partir du premier jour de l'invalidité constatée (art. 209, al. 1er C. A. S.)

Deux hypothèses peuvent se présenter :

1. s'il n'y a ni invalidité ni incapacité de travail pour cause de maladie, les prestations cessent;

2. s'il n'y a pas invalidité, mais s'il persiste encore une incapacité de travail pour cause de maladie, l'assuré continuera à toucher son indemnité pécuniaire de maladie jusqu'à l'expiration de la 26e semaine de la part de la Caisse de maladie. Si à cette date il est encore incapable de travailler pour cause de maladie tout en remplissant les conditions de stage et de maintien des droits, il touchera de la part de l'Assurance-invalidité une allocation mensuelle du même import que la pension d'invalidité. L'allocation mensuelle introduite par la loi du 14 mai 1974 est une prestation nouvelle allouée en cas de persistance d'une incapacité de travail pour cause de maladie au-delà de la 26e semaine.

Elle se distingue donc de l'invalidité par rapport à la notion de cause qui entre en jeu. L'invalidité est une incapacité de gain s'appréciant par rapport au marché général du travail (art. 186 C. A. S.) et l'incapacité de travail pour cause de maladie est une incapacité de travail totale s'appréciant par rapport à la profession que l'assuré a exercé avant l'échéance du risque maladie.

Elle a été introduite en vue d'alléger la charge financière des caisses de maladie résultant du fardeau très lourd que constituent les prestations pécuniaires qui, par application de la loi du 2 mai 1974 sur la réforme de l'assurance maladie [33],

31 cf. Entscheidung Bundessozialgericht v. 14. 2. 1973 in Sozialgerichtsbarkeit 1973 S. 256

32 voir Mémorial série A 1977, p. 298

33 Mémorial A n° 33 du 3 mai 1974

ont été relevées au niveau du salaire brut que l'assuré aurait gagné en cas de continuation du travail pendant le congé de maladie et ce pour une durée de 52 semaines (art. 7, al. 1er et 8 al. 3. C. A. S.).

35. — Dans ces conditions il est indiqué de veiller à une juste répartition des charges financières entre les caisses de maladie et les organismes d'assurance vieillesse et invalidité, ces derniers devant intervenir dès qu'une invalidité permanente, c'est-à-dire en principe un état de santé irréversible, est donné, alors que seule l'incapacité de travail de courte durée, c'est-à-dire de moins de 27 semaines pour cause de maladie reste à charge de l'assurance maladie [34].

En vue de diminuer la charge financière incombant à l'assurance-maladie, il a été prévu que si l'assuré peut également prétendre à une indemnité pécuniaire de maladie, l'allocation mensuelle due pour les périodes indemnisées par la Caisse de maladie sera payée par l'assurance-invalidité à titre de compensation (art. 189 C. A. S.).

36. — L'allocation mensuelle est calculée sur les mêmes bases que celles qui sont applicables pour le calcul de la pension d'invalidité immédiatement à l'échéance de la 26e semaine.

37. — Lorsque l'allocation mensuelle est plus élevée que l'indemnité pécuniaire de maladie, ce qui est rarement le cas, la caisse de maladie versera la différence à l'assuré (art. 189 C. A. S.).

38. — Il convient de relever qu'une allocation mensuelle est également prévue en cas d'incapacité de travail résultant d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle persistant au-delà d'une période ininterrompue de 26 semaines (art. 189 in fine C. A. S.).

39. — L'allocation mensuelle sera révisée après la cessation du droit à l'indemnité pécuniare de maladie, c'est-à-dire après l'expiration des 52 semaines, en ce que la période de la 27e semaine jusqu'à l'expiration de la 52e semaine sera prise en considération pour l'établissement de la carrière d'assurance tant en ce qui concerne le nombre des journées d'assurance

34 cf. Kommentar zur RVO, Reichsverband der Landesversicherungsanstalten, p. 182, Nr. 16

que le montant des indemnités pécuniaires dues par la Caisse de maladie [35].

40. — Remarquons que seules les indemnités pécuniaires, qui ne reviennent point aux bénéficiaires de pensions, correspondent à des journées de maladie, et sont susceptibles d'être mises en compte comme journées d'assurance [36].

41. — Par la réglementation ci-dessus indiquée le passage du régime de l'assurance-maladie en assurance-invalidité se fait sans heurt et sans interruption des prestations pécuniaires.

Mais il ne faut pas perdre de vue l'intérêt légitime de l'établissement d'assurance-invalidité. Il est exact que l'attribution d'une pension d'invalidité présuppose une demande de la part de l'assuré (art. 232 C. A. S.) et que le droit à pension prend naissance si les autres conditions légales d'attribution sont remplies [37].

Il n'en résulte cependant nullement que l'assuré aurait par cette disposition légale la faculté de choisir la prestation qui lui convient le mieux, soit l'indemnité pécuniaire de maladie, soit la pension d'invalidité et de déterminer à sa guise l'organisme d'assurance appelé à prendre en charge le risque social échu.

C'est ainsi que la jurisprudence a décidé que la question de la répartition des charges entre deux organismes de sécurité sociale est une question d'ordre public et que les établissements d'assurance sociale doivent fixer la pension d'invalidité au moment où l'état d'invalidité a été constaté et non à la date de la demande en obtention formulée par l'assuré [38].

35 Dans la computation de la période de cinquante-deux semaines, l'Assurance-Vieillesse-Invalidité applique les dispositions applicables en matière d'assurance-maladie. Au début de chaque période d'incapacité de travail, les périodes de maladie éventuelles du chef d'une même maladie pendant les cinquante-deux semaines précédentes sont mises en compte. Si la date résultant de la computation rétroactive de cinquante-deux semaines coïncide avec une période d'incapacité de travail due à la même maladie, ladite période est mise en compte pour la totalité (art. 9, al. 3 et 4 Statuts Caisses de Maladie; Règt gr.-d. 30 nov. 1976)

36 Cons. Sup. Ass. Soc. 13 oct. 1977, aff. Castenà c./E.V.I. v. Questions sociales, t. 4, 2e partie, p. 47.

37 Amt. Nachr. 1894, 931; 1905, 466; 1896, 307; 1897, 353; 1900, 696; 1914, 693.

38 Cons. Arbitr. 7 oct. 1977 aff. Klein c/E.V.I. confirmé en instance d'appel par arrêt du 30/3/1978, v. Questions sociales, t. 4, 2e partie, p. 48

Cette interprétation s'insère dans l'économie du Code et la finalité recherchée par la loi.

Le législateur luxembourgeois n'a pas suivi sur ce point le droit allemand qui a prévu dans le paragraphe 184, al. 3 RVO non une compensation entre organismes de sécurité sociale, mais une subrogation de la Caisse de maladie jusqu'à concurrence du montant de la pension. La Caisse de maladie a le droit de sommer par décision administrative attaquable l'assuré après six semaines à dater du début de l'incapacité de travail de demander dans un délai de 4 semaines une pension d'invalidité. Si l'assuré n'introduit pas la demande dans le délai préindiqué il n'a plus droit à une indemnité pécuniaire de maladie (§ 183, al. 7 RVO L. 12. 7. 1961 Bundesgesetzblatt I S. 913) [39].

42. — La législation luxembourgeoise présente une lacune dans l'hypothèse où un assuré pour une raison ou une autre [40] n'a pas touché d'indemnité pécuniaire de maladie pendant 26 semaines et sans qu'il soit invalide au sens de la loi. Dans cette hypothèse l'assuré ne saurait bénéficier ni d'une pension d'invalidité ni de l'allocation mensuelle, l'article 189 C. A. S. prévoyant que cette prestation ne saurait être attribuée qu'après que l'assuré a obtenu une indemnité pécuniaire pendant une durée totale de 26 semaines. La jurisprudence a confirmé cette façon de voir [41]. Ne conviendrait-il pas de revenir à la seule notion de l'invalidité et d'abandonner la notion de l'incapacité de travail pour cause de maladie et de l'allocation mensuelle tenant lieu de pension d'invalidité ?

La législation pourrait être utilement changée en donnant une nouvelle formulation à l'article 189 du C. A. S. prévoyant que l'assuré atteint d'une invalidité transitoire pendant 26 semaines tout en remplissant les conditions d'octroi pour l'attribution d'une pension d'invalidité ou qui sera encore invalide après avoir obtenu une indemnité pécuniaire de maladie pour une durée totale de 26 semaines a droit à une pension d'invalidité pour la période ultérieure de son invalidité.

Cette pension pourrait être transformée en pension d'invalidité permanente sur demande de l'assuré [42].

43. — Le retrait de la pension d'invalidité est réglé par l'article 224, al. 1[er] du C. A. S. Ce n'est que par la loi du 26 décembre 1975 que le législateur a prévu dans les textes le retrait de l'allocation mensuelle.

Si par suite d'une amélioration de son état, le bénéficiaire a recouvré une capacité de gain supérieure à 50% telle qu'elle est définie par l'article 186 du C. A. S. la pension ou l'allocation sera retirée.

L'organisme d'assurance pension est obligé de procéder au retrait de la pension [43] dès qu'il constate une amélioration dans l'état de l'assuré qui a recouvré une capacité de gain de plus de 50% [44].

44. — Le retrait de l'allocation mensuelle pose des difficultés alors que le système luxembourgeois ne connaît pas les pensions limitées dans le temps prévues en droit allemand [45].

Les prestations doivent être accordées au Luxembourg sans que la décision administrative puisse limiter le service dans le temps. Il en est de même de la décision portant attribution d'une pension rétroactive.

Bien que l'article 224 al. 2 du C. A. S. ne vise que la pension d'invalidité, lorsqu'il stipule que la décision de retrait d'une pension ne sera applicable qu'à l'expiration du mois dans lequel elle aura été notifiée, la jurisprudence a étendu cette disposition à l'allocation mensuelle au motif qu'elle tient lieu de

39 Il convient de remarquer que le paragraphe 7 a été modifié par la loi du 7. 8. 1974, BGBl. I, p. 1881. D'après l'alinéa 7 nouveau l'assuré n'est plus invité à demander une pension d'invalidité, mais à solliciter auprès de l'organisme de pension des mesures de réadaptation. L'alinéa 8 prévoit qu'au cas où l'assuré a atteint 65 ans, la Caisse de maladie peut l'inviter dans un délai de 10 semaines à introduire sa demande en obtention de la pension vieillesse.

40 p. ex. au cas d'assurance continuée, de non-déclaration de maladie, de non-affiliation à l'assurance-maladie, de non-accomplissement du délai de carence d'affiliation

41 Cons. Sup. Ass. Soc. 13 oct. 1977 aff. Steioff c/E.V.I., Questions Sociales, t. 4, 2e partie, p. 49/50

42 Se système se rapproche du système de l'ancienne « rente de maladie » du droit allemand; v. Gebbhard et Düttmann : Invalidenversicherungsgesetz p. 338 et Isenhart et Spielhagen : Kommentar zum Invalidenversicherungsgesetz p. 435

43 Entsch. Bundessozialgericht 26. 3. 1958, Enscheidungssammlung des Bundessozialgerichts, Bd. 7, S. 85

44 voir sur la question du retrait de la pension d'invalidité note de A. Thill sub arrêt Cour de cass. Luxbg du 29 avril 1971 Aff. E.V.I. c/Pollarini, Questions Sociales, t. 1er, 2e partie p. 73 et ss.

45 cf. Renten auf Zeit § 1226 RVO et § 53 AVG

pension d'invalidité, et aux décisions attribuant une prestation ex post pour une durée illimitée [46].

Cette jurisprudence a pour conséquence que l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité est amené par le fait des choses à servir des pensions pour des périodes où l'assuré n'est plus invalide et a même déjà repris son occupation professionnelle. Pareil résultat est certainement contraire à la volonté du législateur et au but poursuivi par la loi qui ne tend qu'à accorder une prestation tant que le risque social se trouve réalisé.

On ne peut donc suivre la jurisprudence sur ce point, car il eût été préférable de constater au moins en matière d'allocation mensuelle la légalité d'une décision comportant attribution et retrait de cette prestation en s'inspirant d'une jurisprudence allemande bien avisée [47].

45. — Une contradiction fondamentale du système actuel réside dans le fait que les conditions d'attribution de la pension d'invalidité et de l'allocation mensuelle sont différentes — la première se basant sur une incapacité de gain, la seconde sur une incapacité de travail pour cause de maladie —, alors que les conditions de retrait sont les mêmes.

Jadis lors du retrait de la pension d'invalidité il fallait apprécier l'état de l'assuré en le comparant à celui existant au moment de l'attribution de la pension, alors que l'attribution d'une rente de maladie comparable à notre allocation mensuelle n'avait aucune répercussion sur le plan de l'assurance invalidité [48].

46. — Si telle est l'invalidité dans le régime ouvrier, il convient de donner la définition de l'incapacité de gain dans les autres régimes.

Dans le régime des employés privés est considéré comme invalide l'assuré qui par suite de maladie, d'infirmité ou d'affaiblissement de ses forces sera d'une façon permanente incapable d'exercer la profession qu'il a exercé en dernier lieu ou une occupation correspondant, dans une mesure raisonnable, à son instruction, à sa formation pratique et à la profession qu'il a exercé jusqu'alors (L. 29 août 1951, art. 32, al. 2).

47. — Dans le régime agricole est considéré comme invalide l'assuré qui par suite de maladie ou d'infirmité aura dû renoncer à l'exercice de l'activité assurée, à moins que cette activité ne soit continuée pour son compte par autrui, et qui se trouvera dans l'impossibilité d'exercer une autre occupation professionnelle appropriée à ses forces et à ses aptitudes (L. 3 sept. 1956, art. 8).

La même définition existe dans le régime des artisans, commerçants et industriels (L. 21 mai 1951, art. 8, L. 20. 3. 1974, I, 5).

La loi du 23 décembre 1976 [48bis] a prévu dans son art. 8, al. 2 qu'une allocation d'invalidité pourra être accordée à l'assuré qui tout en présentant une invalidité médicale emportant une incapacité de travail professionnelle de plus des deux tiers continuera d'exercer son activité à condition que l'invalidité perdure d'une façon ininterrompue depuis au moins six mois à partir du début constaté par le médecin de confiance. L'allocation sera réduite de la partie du revenu professionnel dépassant la moitié du salaire social minimum. Si l'invalidité perdure au-delà de la deuxième année depuis l'octroi de l'allocation, celle-ci sera convertie en pension d'invalidité emportant obligation pour le bénéficiaire de renoncer à l'exercice de toute activité professionnelle appropriée à ses forces et aptitudes (L. 23 décembre 1976, art. 8, al. 3).

4. Le risque accident

48. — Si la notion d'incapacité de travail est applicable en assurance-maladie pour désigner l'incapacité d'exercer son activité professionnelle, elle est surtout utilisée en assurance-accidents où elle se recoupe avec les incapacités de travail fixées en droit commun lors d'accidents de trajet.

49. — L'assurance-accidents a pour objet de réparer le préjudice résultant d'un accident du travail, d'un accident de trajet ou d'une maladie professionnelle (art. 97, al. 1er du code des assurances sociales).

46 Cons. Sup. Ass. Soc. 13 oct. 1977 aff. Dehoux c/E.V.I., Questions Sociales, t. 4, 2e partie, p. 51 et ss.
Cons. Sup. Ass. Soc. 13 oct. 1977 aff. Dofin c/E.V.I., Questions Sociales, t. 4, 2e partie, p. 55et ss.

47 cf. Amtliche Nachrichten t. XIII, p. 353 n° 583 :
Une fixation exceptionnelle de la cessation de la pension d'invalidité peut intervenir sans hésitation si lors de l'octroi de la prestation la condition essentielle — l'incapacité de gain n'existait plus ou est venue à défaillir en raison d'un autre motif légal. Dans des cas pareils la décision administrative comporte à la fois la période d'attribution de la pension et le retrait de celle-ci.

48 cf. Amtl. Nachr. 1907 p. 503

48bis (L. du 23 décembre 1976 portant fusion des régimes de pension des artisans et des commerçants et industriels, Mémoriel A 1976, p. 1508 et cc.)

50. — La réparation est soumise à un système d'indemnisation forfaitaire qui se caractérise par une responsabilité objective, sans faute, fondée sur le risque professionnel [49] à charge de la mutualité des patrons (art. 121, al. 1er du code des assurances sociales) et par le fait que l'étendue de la réparation est déterminée par la loi [50].

51. — L'étendue de la responsabilité patronale est limitée aux conséquences résultant d'accidents survenus par le fait ou à l'occasion du travail (art. 92, al. 1er du code des assurances sociales). En d'autres termes, il faut qu'il existe un rapport de connexité entre l'événement accidentel et l'exercice de la profession.

52. — Il faut qu'il y ait un double rapport de causalité :

a) un rapport de cause à effet entre l'activité assurée et l'événement accidentel (haftungsbegründeter Kausalzusammenhang). L'accident doit s'être produit sur le lieu du travail, au temps du travail et par le fait du travail;

b) un rapport de cause à effet entre l'événement accidentel et la lésion corporelle (haftungsausfüllender Kausalzusammenhang). La lésion pathologique doit être imputable à l'accident.

53. — En droit social, il existe à cet égard une notion de cause spéciale en ce que l'accident doit constituer la cause essentielle (wesentliche Ursache) et non une cause occasionnelle (Gelegenheitsursache) [51]. C'est l'application de la théorie de la cause relevante (Relevanztheorie). Il convient de décider dans chaque cas sur la base des données de la vie courante quelle est la cause des lésions corporelles constatées à la suite de l'accident [52].

54. — S'il y a pluralité de causes, une chaîne de causes (Ursachenkette) qui, indépendamment de l'accident du travail, concourent au même résultat, il convient de rechercher quelle est la cause dominante (überholende, überragende Kausalität) soit la maladie, soit l'accident, et imputer l'indemnisation à l'organisme de sécurité sociale en charge du risque concerné.

49 v. Sachet : Traité de la législation sur les accidents p. 12—13 nos. 14 et 15.

50 v. Rouast et Givord : Traité du droit des accidents du travail et des maladies professionnelles, p. 17 et ss.; Sachet op cit. p. 11, Kaskel-Sitzler : Sozialversicherungsrecht S. 317

51 Entsch. Bundessozialgericht 31. 1. 1958, v. Medizin im Sozialrecht B. 10/4.

52 Arr. Cour Soc. Féd. du 12. 2. 1970, v. Breithaupt 1970, p. 810

55. — Si les causes sont au point de vue de leur gravité équivalentes, il n'y a pas de distinction à faire et il convient de les retenir toutes [53]. L'assurance-accidents devra donc prendre à sa charge l'indemnisation, puisque l'accident de travail a été une cause essentielle concomitante (wesentliche Mitursache oder Teilursache) et constitue partant une condition de la réalisation du risque.

56. — Que la notion de causalité pose des problèmes ardus ne fait pas de doute, mais il se complique encore du fait que le médecin construit sa conception du rapport de causalité non point à partir d'un donné préétabli par des textes légaux et les définitions, mais à partir d'un donné se composant des renseignements anamnestiques, des examens médicaux et de laboratoire, du diagnostic et des moyens thérapeutiques valables pour un cas déterminé individuel. Le médecin remonte grâce à des indices à un fait plus ou moins probable et établit de la sorte la chaîne causale. On voit dans l'application des deux méthodes déductives et inductives une source de conflits possibles entre médecins et juristes [54]. J'estime cependant que si le médecin part de propositions spéciales inductives pour aboutir à une proposition induite et que si cette proposition induite ne contient rien de plus que ce qui est impliqué dans les propositions inductrices, il ne saurait y avoir d'opposition en pure logique [55], car si l'induction est complète elle devient en définitive une forme de la déduction. En d'autres termes, il incombe au médecin-expert de savoir s'il émet une proposition inductive ou si en présence de la complexité du cas, il restitue à l'Administration ou au juge le dossier en raison du fait qu'il lui est impossible de prendre attitude. C'est là le vrai problème et l'expert ne se déclasse point en émettant ses doutes et hésitations. A l'Administration et, le cas échéant, au juge de décider s'il y a lieu de procéder à des investigations supplémentaires.

57. — Des questions délicates d'imputabilité se posent souvent en pratique lorsqu'il s'agit de dire si l'état de santé déficient de l'assuré provient d'une maladie ou est la suite de séquelles d'un accident de travail.

58. — En cas d'existence d'un état pathologique antérieur à l'accident (Vorschaden), il en est tenu compte en ce sens qu'on

53 Arr. Cour Soc. Féd. du 14. 7. 1955, Entsch. BSG, Bd. I, p. 151 et ss.; Wagner : Der Arbeitsunfall, Bd. I, 8/4a—8/5;

54 cf. Hennies: Unterschiede zwischen juristischem und medizinischem Denken in « Der Medizinische Sachverständige » 1968 S. 213 u. ff.

55 cf. syllogisme inductif d'Aristote (Premières Analytiques II, 23)

doit admettre soit une aggravation passagère (vorübergehende Verschlimmerung), soit une aggravation permanente (dauernde Verschlimmerung), soit même une aggravation tendancielle évolution (richtunggebende Verschlimmerung) [56]. Il y a lieu à attribution, dans la première hypothèse d'une rente transitoire, dans les autres cas de rentes permanentes.

59. — Il convient de remarquer qu'en matière d'assurance-accidents agricole et forestière on tient compte dans le calcul de la rente de l'incapacité de travail partielle antérieure à l'accident en prenant comme base la fraction de la rémunération annuelle moyenne qui correspond au degré de capacité de travail qui restait (art. 162, al. 1er du code des assurances sociales).

60. — Une simple prédisposition (ruhende Anlage) ne saurait avoir d'effet sur la fixation du taux d'incapacité de travail. Si cependant l'accident a déclenché un mal latent on considère qu'il a été causé par lui [57].

61. — L'incapacité de travail peut être partielle ou totale, transitoire ou permanente.

62. — L'indemnisation doit être faite d'office par l'Assurance-accidents (art. 149 al. 1er du code des assurances sociales). Celui qui prétend avoir droit à une indemnité doit présenter sa demande sous peine de déchéance dans les trois ans à dater de l'accident(art. 149 al. 2 du code des assurances sociales).

63. — Les rechutes constituent un problème ardu pour l'assurance-accidents. Théoriquement on peut soutenir que s'il y a rechute il n'y a pas eu consolidation. La rechute étant un réveil spontané et imprévisible lors de la consolidation d'une lésion, elle est indemnisable par l'assurance-accidents du moment qu'elle est imputable à l'accident de travail ou la maladie professionnelle. Ainsi par exemple, il arrive que des fistules se rouvrent pour se refermer après quelques jours.

En l'absence de textes précis l'Assurance-accidents accorde dans les cas où une rechute est à envisager à l'avenir un taux majoré de quelques degrés en précisant que le taux comprend les rechutes futures [58].

56 Arr. Cour Soc. Fédér. 23. 3. 1961 Medizin im Sozialrecht B 290/25; cf. Gunkel : Der Arbeitsunfall S. 17., Podzun : Der Unfallsachberater S. 127

57 Arrêt Cour Soc. Fédér. 18/10/1960 Medizin im Sozialrecht B 290/24

58 En ce sens Cons. Arb. Ass. Soc. 16 juin 1960, aff. Torresan c/Ass. acc. ind. (non publié); Cons. Arb. Ass. Soc. 3 février 1967 aff. Ernster c/Ass. acc. ind. (non publié)

Bien que cette façon de procéder soit juridiquement critiquable comme constituant une décision in futurum, elle a l'avantage d'éviter la réouverture continuelle de certains dossiers. Une jurisprudence plus récente a déclaré que les tribunaux sociaux sont incompétents pour statuer sur les rechutes futures [59]. Une autre jurisprudence de premier degré a tout simplement réservé à l'assuré tous droits, ce qui ne modifie en rien la situation légale de l'assuré qui a toujours la faculté de demander la révision du taux de la rente ou la reconnaissance d'une rechute [60].

64. — La révision du taux d'incapacité de travail peut avoir lieu si les conditions qui ont motivé la détermination subissent une modification essentielle (Règt général d'exécution de l'assurance-accidents obligatoire du 11 juin 1926, art. 20).

65. — Il y a modification essentielle s'il apparaît que la rente a été allouée sur la base d'un diagnostic erroné [61].

Si le blessé a recouvré sa capacité de travail à la suite d'une mesure de rééducation professionnelle, il y a lieu à révision du taux de la rente.

66. — Les rentes viagères ne peuvent être modifiées que pendant les trois ans qui suivent les décisions devenues définitives, à moins qu'il y ait aggravation de 10% par rapport à la capacité de travail antérieure (art. 149 al. 6 du code des assurances sociales) [62].

67. — Les taux se fixent d'après un barème à valeur indicative [63] et applicable à tous les accidentés du travail peu importe la profession exercée. En raison du principe de l'indemnisation forfaitaire ces taux sont applicables sur tout le marché du travail. Ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'on y apporte une dérogation p. ex. en cas de perte d'un doigt d'un musicien pianiste.

59 Cons. Sup. Ass. Soc. 8 décembre 1966, aff. Bertemes c/Ass. acc. ind. (non publié); Cons. Sup. Ass. Soc. 18 mai 1972, aff. Pizzitulio c/Ass. acc. ind. (non publié)

60 Cons. Arb. Ass. Soc. 13 décembre 1977, aff. Huth c/Ass. acc. ind. (non publié)

61 En ce sens : Cons. Sup. Ass. Soc. 16 décembre 1954, aff. Georges c/Ass. acc. ind.; Cons. Sup. Ass. Soc. 5 mai 1966, aff. Reuter c/E.V.I.; Cons. Arb. Ass. Soc. 10 juillet 1958, aff. Caviggioli c/Ass. acc. ind. (non publiés)

62 La Cour sociale Fédérale a constaté qu'une modification inférieure à 5% n'est pas déterminante parce qu'elle se situe à l'intérieur de l'éventail des erreurs d'appréciation des médecins (Cour Soc. Féd. 2. 3. 1971, Breithaupt 1971 S. 829)

63 Guide-barême des accidents du travail de Mayet et Rey revisé par Mathieu et Padovani.

68. — En cas d'infirmités permanentes partielles multiples il est de principe d'appliquer les formules de Balthazar et de Gabrielli [64].

69. — La charge de la preuve incombe au demandeur donc en principe à l'assuré social. Si l'organisme d'assurance invoque un fait, p. ex. une modification essentielle, c'est à lui d'établir ce fait. Le droit social suit donc les principes généraux du droit commun [65], tout comme c'est le cas en Allemagne (Prinzip der objektiven Beweislast). Une certaine jurisprudence tend cependant à introduire une présomption d'imputabilité à l'instar de ce qui existe en France [66].

C. L'INDEMNISATION

70. — L'indemnisation des différents risques sociaux se fera dans le cadre des règles légales applicables aux différentes branches des assurances sociales. Nous donnerons donc ci-après un aperçu très succinct sur les revenus de remplacement.

1. L'indemnité pécuniaire de maladie

71. — En cas de maladie il est accordé à l'assuré une indemnité de maladie correspondant au salaire brut que l'assuré aurait gagné en cas de continuation du travail pendant le congé de maladie. (art. 7 du code des assurances sociales).

La continuation du salaire (Lohnfortzahlung) en cas de maladie se place donc dans le cadre de l'assurance maladie et non comme en République Fédérale d'Allemagne dans le cadre du droit du travail [67].

72. — La rémunération brute à porter en compte pour le calcul de l'indemnité pécunaire ne pourra en principe être inférieure au salaire social minimum (art. 7 al. 2 L. 2 mai 1974) et se détermine suivant les modalités fixées par règlement grand-ducal du 20 septembre 1974 [68] et explicités dans les Statuts de l'Union des Caisses de Maladie (art. 5—9 du 30 novembre 1976) [69].

64 v. Guide-barême Mayet et Rey chapitre « Généralités ».
65 v. Bonnier : Traité des preuves p. 31—33
66 Cons. arbitr. 14 déc. 1973, aff. Baldelli c/ Ass. acc. ind (non publié).; cf. pour le système français O. Godard : Le régime de la preuve en matière d'accidents du travail p. 30 et ss.
67 v. Becher : Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle p. 75 et ss.
68 Mémorial 1974 série A n° 68 p. 1538
69 Mémorial 1976 série A n° 72 p. 1148—1149

73. — Le droit à l'indemnité pécuniaire de maladie prend naissance le premier jour ouvré d'incapacité de travail et court pendant les 52 semaines suivantes, même si une nouvelle maladie est survenue pendant cette période (art 8 al. 2 et 3 du code des assurances sociales; art. 9 des Statuts de l'Union des Caisses de Maladie).

74. — L'indemnité pécuniaire n'est pas due tant qu'est accordé l'entretien en cas d'hospitalisation (art. 9 al. 5 du code des assurances sociales; art. des 16 Statuts de l'Union des Caisses de Maladie).

75. — Les personnes coassurées ont cependant droit pendant l'hospitalisation de l'assuré à une allocation ménagère correspondant à l'indemnité pécuniaire de maladie pendant les 10 premiers jours ouvrés de l'hospitalisation et de 85% de cette indemnité à partir du 11e jour ouvré et au plus jusqu'à l'achèvement de 52 semaines à compter du début de l'incapacité de travail (art. 9 al. 6 code des assurances sociales et art. 6 Statuts de l'Union des Caisses de Maladie).

76. — Si aucune allocation ménagère n'est due, l'assuré hospitalisé a droit à un pécule par jour ouvré correspondant au tiers de l'indemnité pécuniaire de maladie. (art. 9 al. 6 in fine du code des assurances sociales; art. 16 al. 3 et 19 des Statuts de l'Union des Caisses de Maladie).

77. — Si l'assuré doit faire face à une obligation alimentaire, le pécule est augmenté jusqu'à concurrence de cette obligation sans toutefois pouvoir dépasser le montant de l'allocation ménagère (art. 16 al. 4 des Statuts de l'Union des Caisses de Maladie).

78. — Les indemnités pécuniaires ne sont pas dues en cas de conservation légale ou conventionnelle de la rémunération pendant l'incapacité de travail (art. 8 al. 9 code des assurances sociales; art. 3 in fine des Statuts de l'Union des Caisses de Maladie).

2. L'indemnité pécunaire en cas de maternité

79. — L'indemnité pécuniaire de maternité est égale à l'indemnité pécuniaire de maladie (art. 13 al. 4 code des assurances sociales; art. 25 Statuts de l'Union des Caisses de Maladie).

80. — Elle est due pendant le congé de maternité qui est fixé à 8 semaines avant et après l'accouchement. Le congé

postnatal peut être porté à 12 semaines en cas d'accouchement prématuré ou multiple ainsi qu'en cas d'allaitement de l'enfant par la mère. (art. 3 L. 3 juillet 1975 concernant la protection de la femme au travail et modifiant l'art. 13 du code des assurances sociales et art. 26 des Statuts de l'Union des Caisses de Maladie).

81. — L'indemnité de maternité n'est pas due en cas de conservation de la rémunération (art. 13 n° 1 du code des assurances sociales; art. 24 in fine de l'Union des Caisses de Maladie).

3. La pension d'invalidité

82. — La pension d'invalidité se compose :

a) d'une part fixe de 15 000,— frs. (nombre-indice 100) à charge de l'Etat et des communes.
L'octroi intégral de cette part présuppose une résidence de 180 mois au Luxembourg, sinon elle est proportionnée en fonction de la durée effective de la résidence au pays (art. 187 al. 2 code des assurances sociales).
b) d'une majoration à charge de l'établissement d'assurance sociale de 1,6% par an des salaires valablement déclarés et portés au nombre-indice 100,
c) d'un supplément pour chaque enfant qui aurait bénéficié d'une pension d'orphelin en cas de décès de l'assuré.
Ce supplément est de 3200,— frs. par an (nombre-indice 100).

83. — Les pensions sont adaptées au nombre-indice du coût de la vie et ajustées par la loi au niveau des salaires.

84. — Aucune pension ne pourra être inférieure, compte non tenu des suppléments familiaux, à 27 600,— frs. par an (nombre-indice 100), si l'assuré à couvert au moins 2700 journées d'assurance et à 55 500,— frs. par an (nombre-indice 100) si l'assuré a couvert au moins 9450 journées d'assurance, (art. 203 al. 4 et 5 du code des assurances sociales). Les montants ci-dessus sont adaptés dans la même mesure et en même temps que le salaire social minimum [70].

85. — En cas d'invalidité précoce, c'est-à-dire avant l'âge de 55 ans, la pension est calculée comme si l'invalidité était survenue à cet âge. La pension est augmentée d'une majoration

70 Art. 203 C.A.S.; L. 14 mai 1974 Mémorial Série A p. 799; Règt gr.-d. du 27 déc. 1974, Mémorial Série A p. 2387.

spéciale accordée pour chaque mois de calendrier restant à courir du début du droit à pension jusqu'à accomplissement de la 55e année d'âge.

La majoration spéciale est de 1,6% du salaire social minimum pour la période précédant l'accomplissement de la 35e année d'âge et de 1,6% du même salaire augmenté de 20% pour la période subséquente (art. 203 al. 1er code des assurances sociales).

86. — La loi du 26 mars 1974 a introduit des suppléments de pension dits « compléments différentiels » à allouer aux personnes devenues victimes d'actes illégaux de l'occupant en cas d'invalidité ou de décès précoces [71].

87. — Dans les régimes de pension régis par des lois spéciales les pensions d'invalidité sont calculées suivant les mêmes principes [72].

4. Les prestations pécuniaires en assurance-accidents du travail.

Distinguons les indemnités pécunaires proprement dites des rentes.

a) Les indemnités pécuniaires

88. — L'indemnité pécuniaire journalière est calculée comme l'indemnité pécuniaire de maladie et elle est due tant que le blessé est incapable de travailler sans pouvoir toutefois dépasser les 13 semaines consécutives à l'accident (art. 97 n° 2 al. 2 du code des assurances sociales).

89. — En cas d'hospitalisation du blessé, ses ayants droits touchent pendant les trois premières semaines de l'hospitalisation une allocation ménagère égale à l'indemnité pécuniaire journalière. A partir de la quatrième semaine l'allocation ménagère est égale aux rentes qui seraient dues en cas de décès. (art. 107 al. 1er du code des assurances sociales) [72bis].

90. — En cas d'hospitalisation du blessé sans charge de famille, l'assuré touche un pécule qui s'élève à deux tiers du montant de l'indemnité journalière pendant les trois pre-

71 v. Mémorial 1974 série A n° 21 p. 392 et ss.

72 v. ass.-pension des employés privés L. modifiée du 29 août 1951 art. 37
ass.-pension des artisans L. modifiée du 21 mai 1951 art. 15
ass.-pension des agriculteurs L. modifiée du 3 sept. 1956 art. 15
ass.-pension des commerçants et industriels L. modifiée du 22 janvier 1960 art. 15

72bis L'art. 107 CAS a été modifié par la loi du 14 mars 1979 v. Mémorial A 1979 , p. 429.

mières semaines de l'hospitalisation et à un tiers de cette indemnité à partir de la quatrième semaine (art. 107 al. 2 du code des assurances sociales).

b) Les rentes

91. — La rente est calculée sur base de la rémunération annuelle que le blessé a gagnée pendant la dernière année avant l'accident dans l'entreprise où il est survenu (art. 93 al. 1er du code des assurances sociales).

La rente peut aussi être calculée d'après le salaire journalier habituel du blessé en son dernier emploi dans l'entreprise où l'accident est survenu, multiplié par le nombre de journées de travail que les ouvriers régulièrement occupés dans ce genre d'entreprise peuvent atteindre ordinairement, si ce mode de calcul est plus favorable (art. 98 al. 2 du code des assurances sociales).

92. — En cas d'incapacité totale de travail, il y a lieu à allocation d'une rente plénière qui est égale à 80% du revenu annuel fixé comme il a été dit ci-dessus. (art. 97 al. 5 code des assurances sociales).

93. — En cas d'incapacité partielle la rente est fixée à une fraction de la rente plénière selon le degré d'incapacité de travail (art. 97 al. 5 in fine code des assurances sociales).

94. — Il n'y a pas de seuil limite au-dessous duquel une allocation de rente ne peut se faire de sorte qu'il a été juridiquement possible d'attribuer des rentes de l'ordre de 0,5% [73].

Ces rentes indemnisent un dommage immatériel souvent hypothétique. Encore faudrait-il qu'il y ait au moins une atteinte à l'intégrité physique quelque peu consistante et non seulement une faible perte de substance sans aucun retentissement sur la capacité de travail.

95. — En cas d'impotence, c'est-à-dire si le blessé ne peut subsister sans l'assistance et les soins d'autrui, la rente est à majorer proportionnellement au degré d'impotence, sans pouvoir toutefois dépasser la rémunération annuelle (art. 97 al. 7 du code des assurances sociales).

96. — Si l'assuré touche de la part de l'assurance une ou plusieurs rentes correspondant en tout à une incapacité de travail d'au moins 50%, un supplément de 10% du montant des rentes est alloué en principe pour chaque enfant à charge

73 Cons. Sup. Ass. Soc. 14. 11. 1968, aff. Johanns c/Ass. acc. ind. (non publié)

jusqu'à l'âge de 18 ans (art. 97 al. 9 du code des assurances sociales).

97. — Les rentes sont servies tant que subsiste l'incapacité totale ou partielle de travail.

98. — Les rentes sont adaptées à l'évolution du nombre-indice du coût de la vie et ajustées au moins tous les cinq ans au niveau général des salaires (art. 100 du code des assurances sociales).

99. — En cas de concours d'une pension d'invalidité avec une ou plusieurs rentes accidents, la pension d'invalidité sera versée intégralement sans que le total des pensions et rentes puisse dépasser ou bien la moyenne des cinq salaires annuels les plus elevés ou bien pour le cas où cet autre mode de calcul est plus favorable à l'intéressé, le salaire qui a servi au calcul de la rente-accident. La réduction de la pension d'invalidité ne pourra dépasser le montant de la rente accident (art. 234 code des assurances sociales).

D. ASSURANCE COMPLÉMENTAIRE

100. — Traiter de l'assurance complémentaire, c'est poser le problème des régimes complémentaires. Un régime supplémentaire et complémentaire n'a de sens socialement que si le régime général de base laisse un découvert à charge de l'assuré et s'avère insuffisant pour garantir à l'avenir le même standing de vie qu'avant la réalisation du risque social.

101. — En matière d'assurance-pension le but à atteindre consiste à augmenter les pensions en vue d'obtenir le pourcentage le plus élevé possible du dernier traitement réalisé dans la vie active.

102. — On peut distinguer d'après la source deux sortes d'assurances complémentaires :

Il y a d'une part celles qui se fondent sur un texte de droit social légal, d'autre part celles qui ont une origine conventionnelle de droit privé.

I. Les assurances supplémentaires dans le domaine de la sécurité sociale

103. — Ces assurances supplémentaires restent dans le cadre de l'assurance sociale en ce que les assurés sont soumis au régime général et de par leur profession spéciale à un régime supplémentaire.

104. — Pareille assurance supplémentaire a été instaurée pour trois branches professionnelles savoir :

1. Les ouvriers mineurs et métallurgistes [74]
2. Les employés techniques des mines du fond [75]
3. Les chauffeurs professionnels [76]

105. — Le régime de l'assurance supplémentaire se distingue par un financement par cotisations supplémentaires et des prestations plus larges.

106. — Ces prestations peuvent être regroupées sous deux chefs.

a) l'ouvrier mineur peut faire valoir un droit à une pension à l'âge de 60 ans s'il justifie de 20 ans de travail dans les mines;
   à l'âge de 58 ans s'il justifie de 30 ans de travail dans les mines;
   à l'âge de 55 ans s'il justifie de 35 ans de travail dans les mines;
b) l'ouvrier métallurgiste peut faire valoir un droit à pension à l'âge de 60 ans s'il justifie de 35 ans de travail dans l'entreprise métallurgique.
c) le chauffeur professionnel peut faire valoir un droit à pension à l'âge de 60 ans s'il justifie de 35 ans d'assurance dont 360 cotisations mensuelles supplémentaires.

107. — Les bénéficiaires d'une pension de retraite anticipée devront renoncer à toute activité professionnelle généralement quelconque.

108. — Il faut remarquer que les mines de fer ont traversé depuis plus d'une décennie une grave crise qui a entraîné de multiples fermetures. La perte d'emploi qui en est résultée pour les mineurs à la suite d'une fermeture totale ou partielle de la mine a amené le pouvoir exécutif [77] à alléger les conditions d'octroi d'une pension anticipée en permettant l'allocation

à l'âge de 50 ans et 30 ans de travail dans les mines,

à l'âge de 55 ans et 30 ans de travail dont 25 dans les mines

74 Arr. gr.-d. du 2 février 1948
75 Arr. gr.-d. du 2 février 1948
76 Règt gr.-d. du 12 mars 1966
77 Règt gr.-d. du 23 mai 1967

à l'âge de 58 ans et 30 ans de travail dont 20 ans dans les mines [78]

2° Prestations supplémentaires.

109. — Les bénéficiaires d'une pension anticipée touchent des prestations spéciales en dehors de celles du régime général, savoir :

1') L'ouvrier mineur touche une majoration spéciale de 0,8% des classes de salaire et des salaires déclarés depuis le 1er octobre 1940 et pour lesquels des cotisations ont été payées à la caisse de retraite respectivement à l'assurance supplémentaire.

La majoration est de 500,— frs. par mois au minimum sous les conditions énumérées à l'article 3, al. 2 de l'arrêté grand-ducal du 2 février 1948.

2') L'ouvrier métallurgiste touchera une majoration supplémentaire de 10 francs par an pour chaque mois d'occupation dans une entreprise métallurgique du pays depuis le 1er janvier 1924

Cette majoration est de 200,— frs. par mois au minimum, si les conditions de l'article 12, al. 2 de l'arrêté grand-ducal du 2 février 1948 sont remplies.

3') L'employé technique d'une entreprise du fond touchera un supplément qui se compose

a) d'une majoration de 1,5% du total des rémunérations pour lesquelles des cotisations ont été payées à l'assurance supplémentaire;
b) d'un montant uniforme de 100,— frans pour chacun des soixante premiers mois couverts auprès de l'assurance supplémentaire (Art. 6 Arr. gr.-d. 2 février 1948 concernant la réglementation de l'assurance supplémentaire des employés techniques des mines du fond).

4') Le chauffeur professionnel touchera une majoration supplémentaire de 10 francs par ans pour chaque cotisation mensuelle visée (art. 2, Règt gr.-d. 12 mars 1966 ayant pour objet l'application de l'article 210 du code des assurances sociales à certains chauffeurs professionnels).

78 v. Beruf im Sozialrecht, Schriftenreihe des deutschen Sozialgerichtsverbandes, t. 5, p. 140. Etude de A. Thill

II. Les assurances complémentaires de droit privé

110. — Le régime d'assurance complémentaire n'a de raison d'être que si le régime général de base s'avère insuffisant pour garantir à l'assuré le même standing de vie qu'avant la réalisation du risque.

111. — L'assurance complémentaire de droit privé a été instituée par l'employeur en vue de constituer un attrait de carrière pour le secteur privé par rapport au statut et aux prestations servies par le régime général de la sécurité sociale. En dehors de cette idée on peut y voir la volonté de l'employeur d'honorer la fidélité de ses employés et ouvriers ayant acquis une certaine ancienneté dans l'entreprise.

112. — Le régime des assurances sociales étant le régime de base, il convient de remarquer qu'il n'existe pas de régime complémentaire à l'instar de ce qui existe en France pour les retraites complémentaires [79]. L'assurance complémentaire se caractérise par une absence de coordination et présente une note ambigue.

113. — Des régimes complémentaires ont été institués au Luxembourg dans les secteurs professionnels bien organisés, notamment la sidérurgie et les banques.

D'après les renseignements qu'on peut recueillir sur les assurances complémentaires d'entreprises, elles ne constituent en principe qu'une prestation facultative de l'employeur qui conclut une assurance complémentaire auprès d'une compagnie d'assurance privée.

Il n'est que compréhensible que le monde du travail revendique l'insertion de cette protection supplémentaire dans des clauses du contrat de travail.

114. — En matière d'assurance contre les accidents du travail on rencontre dans le secteur professionnel de la sidérurgie un régime complémentaire qui joue en cas d'accidents te travail entraînant une incapacité de travail d'au moins 10%.

---

79 v. Netter : Les régimes complémentaires de retraites, Droit social 1960, p. 671 et ss.; Netter : Les problèmes posés par les régimes complémentaires, Rev. éco., mars 1967; Juriscl. séc. soc. fascic. 810—814; Révol : Régimes complémentaires, Rép. Dalloz, Dr. soc.; Grounin-Birien : Les régimes complémentaires de sécurité sociale en France, in « Les régimes complémentaires de sécurité sociale », 2e partie, Annuaire. I.E.S.S. 1973 p. 55 et ss.

Les prestations fournies dépendent du groupe dans lequel le salaire se trouve hiérarchiquement classé et consistent dans le versement d'une somme capital correspondant au risque réalisé allant de l'incapacité de travail partielle à l'invalidité totale et au décès.

L'assurance est conclue par l'employeur auprès d'une compagnie d'assurance privée.

La charge financière incombe exclusivement au patron.

115. — En matière d'assurance-pension, c'est également dans le secteur de la sidérurgie qu'un régime de pension complémentaire a été institué en premier lieu.

A) Dans le secteur de la sidérurgie

116. — Dans le secteur de la sidérurgie la pension complémentaire est allouée par le patron à titre de récompense promise en cas d'appartenance à l'entreprise pendant un certain délai.

117. — L'allocation de la pension est bénévole et révocable.

118. — Le complément de pension se calcule suivant le rang l'ancienneté et le dernier salaire promérité dans l'entreprise au moment de la retraite.

L'ancienneté se détermine par l'appartenance ininterrompue auprès de l'entreprise. Une année commencée est considérée comme année pleine jusqu'à quarante années de service.

Le montant de la prestation se calcule en application du tableau ci-après sur base de la différence résultant de la pension légalement due et du dernier salaire.

	Ancienneté	Coefficient
jusqu'à	15 ans	0,40
	20 ans	0,48
	25 ans	0,56
	30 ans	0,64
	35 ans	0,72
	40 ans	0,80
	45 ans	0,90
	50 ans	1,00

Le salaire de référence est constitué par le dernier salaire de base y compris les primes de productivité qui ne peut cependant dépasser un plafond salarial fixé par le patron. En cas de dépassement du plafond, il y a lieu à réduction linéaire déterminée par l'employeur.

La pension légalement due comprend toutes les pensions nationales et étrangères. En principe on n'inclut pas en notre matière les rentes de dommages de guerre et les rentes-accident [80].

119. — La pension complémentaire est ajustée régulièrement à l'évolution des salaires des travailleurs actifs et ce en principe tous les ans.

120. — En cas d'invalidité précoce le complément de pension est dû suivant les dispositions ci-dessus.

121. — La pension complémentaire passe comme pension partielle à la veuve et aux orphelins.

122. — Elle n'est pas due en cas de départ volontaire avant d'avoir atteint l'âge de 60 ans.

B) Dans le régime bancaire

123. — Au vu de la réglementation actuellement en vigueur dans une des plus grandes banques privées du pays, les pensions complémentaires répondent à la réglementation suivante :

Il est créé une caisse de pension sous la forme d'un établissement d'utilité publique auprès de la banque. Le règlement relatif aux pensions est adopté par la banque et la Caisse de pension des employés de la banque.

La caisse de pension complémentaire est appelée à compléter jusqu'à concurrence d'un certain pourcentage les prestations de la Caisse de pension légale des employés privés, c'est-à-dire du régime légal de pension des employés privés.

124. — La pension complémentaire est calculée au moment de la réalisation du risque et revient à l'employé ou à ses ayants droit pour autant que le complément n'aura pas pour effet de porter les pensions légale est complémentaire au-delà de 75% du traitement plafond applicable au groupe auquel le bénéficiaire appartenait. S'il y a dépassement, la pension complémentaire sera réduite.

Les sommes touchées de la part d'une compagnie d'assurance privée sur la base d'une assurance personnelle ne sont

80 Exemple : Salaire de référence : 55.000 × 0,64 = 35.200,— en cas d'ancienneté de 30 années de service. Si la pension légale est de 24.150,— francs la pension complémentaire est de (35.200 — 24.150) = 11.050,— fr. cf. pour plus de détails « De Sidérurgist », organe officiel du Syndicat des Employés de la sidérurgie et des mines nos 2/77 et 3/78.

pas prises en considération pour la détermination de la pension complémentaire.

Le salaire de référence pris en considération pour le calcul du complément de pension comprend :

1. le traitement de base tel qu'il est déterminé par la convention collective de travail des employés de banque;
2. l'allocation dite du 13e mois.

125. — Ces éléments sont adaptés au nombre-indice en vigueur au moment de l'ouverture du risque.

126. — Le bénéficiaire d'une pension complémentaire doit communiquer annuellement au mois de janvier le montant de la pension qu'il touche de l'assurance-pension légale.

Le bénéfice du régime de pension complémentaire s'étend à tous les employés de la banque et est étendu selon les conditions de l'assurance-pension légale des employés privés à la veuve, aux orphelins, à la mère et à la sœur et aux autres ayant-droits.

La pension complémentaire est due aux employés âgés de 65 ans à condition d'avoir accompli de façon ininterrompue quinze ans de service auprès de la banque.

Un complément de pension est en outre assuré à l'employé qui prend sa retraite à 60 ans, à condition qu'il renonce à toute occupation professionnelle. Dans cette hypothèse la pension complémentaire à laquelle il aurait eu droit à l'âge de 65 ans sera réduite de 5% par an pour la période comprise entre le moment où la pension prendra cours et celui où le bénéficiaire aura atteint l'âge de 65 ans révolus. Cet abattement est ramené à 2,5% par an, si le bénéficiaire a quarante ans de service auprès de la banque au moment où il fait valoir son droit à la pension anticipée.

127. — En cas d'invalidité précoce l'employé bénéficiera d'une allocation complémentaire d'invalidité portant l'ensemble des prestations de pension et d'indemnité à 75% de son traitement brut. Il faut cependant qu'il remplisse la condition d'ancienneté de 10 ans de services ininterrompus auprès de la banque.

128. — Les pensions complémentaires de survie revenant à la veuve, la mère et la sœur ainsi qu'aux orphelins des employés décédés après 10 ans de service ainsi qu'aux orphelins des employés décédés après 10 ans de service ininterrompu auprès de la banque sont destinés à porter l'ensemble des prestations de survie à 60% et pour chaque orphelin à 20%

du montant dont l'employé décédé aurait joui en cas d'invalidité ou dont il jouissait au moment de son décès.

129. — L'ensemble des prestations complémentaires de survie ne pourra dépasser le montant de la pension complémentaire dont le défunt aurait joui en cas d'invalidité ou dont il jouissait au moment de son décès [81].

III. Assurance complémentaire des mutualités

L'assurance complémentaire des mutualités a commencé par prendre en charge des prestations non couvertes par l'assurance-maladie légale pour étendre son rayon d'action par la suite au domaine des pensions.

A) En matière d'assurance-maladie.

130. — La « Caisse chirurgicale mutualiste du Grand-Duché de Luxembourg » fut créée le 15 avril 1956[82].

Son rôle fut complété par une société de secours mutuels dénommée « Caisse dentaire mutualiste du Grand-Duché de Luxembourg » en 1963 qui fut rattachée à la Caisse chirurgicale prédite [83].

Ces deux caisses mutuelles ont fusionné et il est issu de cette fusion la caisse médico-chirurgicale mutualiste du Grand-Duché de Luxembourg et ce avec effet à partir du 1er janvier 1976 [84].

131. — Cette entité nouvelle est soumise à la loi du 7 juillet 1961 [85] concernant les sociétés de secours mutuels et le règlement grand-ducal du 31 juillet 1961 [86] déterminant le fonctionnement des sociétés de secours mutuels.

Pour être affilié à la Caisse médico-chirurgicale mutualiste il faut être membre d'une société mutuelle de base reconnue par l'Etat et affiliée à la Fédération Nationale de la mutualité luxembourgeoise.

81 Cette réglementation est en vigueur auprès de la Banque Générale du Luxembourg. Règlement de pension établi par la Banque Générale du Luxembourg et la Caisse de Pension des Employés de banque, établissement d'utilité publique, signé en date du 25 juin 1970 et entré en vigueur le 1er juillet 1970.

82 v. Mémorial 1956 n° 43 p. 959 et ss.

83 v. Mémorial série B n° 59 du 29 nov. 1963, p. 1016 et ss.

84 v. « De letzeburger Mutualist », organe périodique de la Fédération Nationale de la mutualité luxembourgeoise 1975 n° 2

85 v. Mémorial 1961 série A n° 28, p. 680 et ss.

86 v. Mémorial série A 1961 n° 31, p. 740 et ss.

132. — L'affilié effectif a droit aux prestations de la caisse mutualiste ainsi que les personnes ci-après :

1° le conjoint, les parents ou alliés en ligne directe, à condition qu'ils fassent normalement partie du ménage;

2° les enfants adoptifs et tous les autres enfants recueillis d'une manière durable dans le ménage et auxquels l'assuré assure l'éducation et l'entretien;

3° la femme parente ou alliée en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclusivement qui, à défaut d'une épouse, tient le ménage de l'assuré.

Le champ d'application personnel tient largement compte des dispositions afférentes concernant l'assurance-maladie légale [87].

133. — Les affiliés se répartissent en deux catégories, ceux qui appartiennent

— au groupe A qui comprend les non-membres d'une caisse de maladie luxembourgeoise;

— aux groupes B, C, D, qui comprennent les membres d'une caisse de maladie luxembourgeoise et les affiliés assurés en vertu du régime commun d'assurance-maladie des communautés européennes (art. VIII des Statuts).

134. — Les affiliés doivent en principe être domiciliés au Luxembourg ou dans les régions limitrophes (art. IV [1] des statuts).

135. — La qualité d'affilié se perd d'office, si l'affilié est en retard de paiement de sa cotisation au 31 décembre ou s'il n'est plus membre d'une société de secours mutuel de base (art. VII [1] des Statuts).

136. — Les affiliés résidant à l'étranger ont la faculté de continuer leur assurance auprès de la caisse médico-chirurgicale du Grand-Duché (Art. IV [2] des Statuts).

137. — Pour avoir droit au prestations, les affiliés effectifs doivent être assurés pendant treize mois au moins (art. X [1] des Statuts).

138. — Les moyens financiers de la mutualité proviennent:

1° des cotisations,

87 comparez art. 2 L. 2 mai 1974 modifiant Livre Ier du code des assurances sociales et art. III (2) des statuts de la caisse médico-chirurgicale mutualiste du Grand-Duché de Luxembourg (Mémorial série B n° 76 du 31/12/1977 p. 1432)

2° des droits d'entrée

3° des dons et legs des particuliers

4° de subventions de l'Etat et des communes

5° d'intérêts des fonds placés.

139. — Lors de l'affiliation il est dû

1° un droit d'entrée fixe quel que soit le nombre des personnes composant la famille,

2° une cotisation couvrant le risque médico-chirurgical, payable d'avance et sur demande [88].

Les cotisations sont calculées en fonction du coût de revient et sont sujettes à révision par l'assemblée générale sur proposition du conseil d'administration. Elles sont payables dans les trente jours qui suivent l'appel de cotisation (art: XIII n°s 1, 2, 4, 5 des Statuts).

140. — La Caisse médico-chirurgicale mutualiste couvre le risque chirurgical proprement dit et le risque médico-chirurgical [89].

Les prestations comprennent :

1° Le risque chirurgical qui comprend certaines interventions chirurgicales énumérées d'une façon détaillée [90].

2° les honoraires médicaux;

3° les frais de séjour en clinique;

4° le traitement préopératoire, les médicaments, les investigations et les moyens curatifs durant les 90 jours précédant l'intervention chirurgicale;

5° le traitement postopératoire, les médicaments, les investigations et les moyens curatifs durant les 90 jours suivant l'intervention chirurgicale;

6° les frais de séjour en clinique de la personne accompagnante en cas d'intervention chirurgicale sur un enfant de moins de 14 ans ou une personne en état d'impotence permanente;

7° les frais de prothèse;

8° les frais de transport ou de voyage jusqu'à la clinique la plus proche du domicile de l'affilié.

88 La cotisation est fixée
à 1.920,— frs par an (nombre-indice 100) pour le groupe A
à 520,— frs par an (nombre-indice 100) pour les groupes B, C, D

89 Pour la définition de ces deux risques v. art. XIV des Statuts, Mémorial série B, n° 76 du 31 déc. 1977, p. 1435—1438

90 v. annexes I a) et b) et II aux prédits Statuts

En cas d'intervention à l'étranger un montant forfaitaire est alloué.

9° les massages, la thermothérapie, l'électrophysiothérapie et la kinésithérapie;

10° la cure de convalescence à condition qu'elle débute endéans les 6 mois suivant la sortie de l'hôpital;

11° les frais de séjour et le traitement en milieu hospitalier en dehors de la durée normale de séjour en clinique pour une durée maximale de 20 jours avant et après l'intervention chirurgicale;

12° les traitements des grands brûlés; (art. XIV des Statuts).

Les prestations sont adaptées aux variations du nombre-indice (art. XIV[er] [1] des Statuts).

141. — Les prestations de la caisse médico-chirurgicale mutualiste cumulées avec celles des caisses de maladie ne doivent en aucun cas dépasser le découvert restant à charge de l'affilié (art. XIV bis des Statuts). Par là se manifeste clairement le rôle complémentaire des prestations fournies par la caisse mutualiste en assurance-maladie.

142. — Outre les prestations prévues ci-dessus, il a été institué un fonds pour les traitements médicaux graves et particulièrement onéreux dont les frais ne sont pas intégralement couverts par les caisses de maladie.

Ce fonds est réservé exclusivement aux affiliés de la caisse mutualiste qui ont opté pour le risque médico-chirurgical. Le découvert à charge des affiliés doit résulter des frais médicaux et connexes pour la période se situant entre le 1[er] janvier et le 31 décembre et dépassant au moment du décompte un découvert égal ou supérieur à 10 000,— francs (nombre-indice 100). Le report des frais d'une année à l'autre est exclu et le décompte se fait annuellement après le 31 mars (art. XVI bis des Statuts).

143. — En cas de prestations faites à la suite d'un accident de circulation ou de trajet, l'affilié est tenu de subroger la Caisse Mutualiste au moment du décaissement des fonds moyennant quittance subrogatoire dans les droits qu'il a contre le tiers responsable (art. XVII [1] et [2] des Statuts).

B) En matière d'assurance-pension

144. — Une société de secours mutuels sous la dénomination « Mutuelle de rentes complémentaires » a été constituée en 1976[91] par la Fédération Nationale de la Mutualité Luxembourgeoise.

145. — Cette société a pour objet de garantir à ses membres :

1. le paiement de rentes complémentaires de retraite
2. le paiement de rentes temporaires certaines
3. le paiement d'une indemnité de décès
4. la libération du paiement des cotisations en cas d'invalidité.

146. — Il est prévu qu'aucun membre ne peut souscrire à un nombre de tranches garantissant une rente plus grande que le salaire minimum légal.

147. — Les prestations financières de base sont agencées comme suit.

Chaque membre est obligé de souscrire au moins deux tranches de garantie de l'une des prestations de base ci-après :

1. La garantie combinée comprend
   au décès de l'assuré avant la date d'expiration, le paiement immédiat d'une indemnité de décès,
   en cas de vie de l'assuré à la date d'expiration, le paiement d'une rente annuelle viagère.
2. La garantie simple comporte en cas de vie du membre assuré le paiement d'une rente annuelle viagère.
   Le décès du membre assuré avant la date d'expiration ne donne droit à aucun remboursement.
3. La garantie d'une rente temporaire certaine assure au bénéficiaire désigné le paiement de 3, 4, 5 ou 6 rentes annuelles payables d'une manière certaine pour la première fois à la date d'expiration convenue lors de l'adhésion du membre à la société.

En cas de décès de l'assuré avant la date d'expiration, les cotisations cessent d'être dues et la rente non réduite, devient exigible à partir de la date d'expiration convenue.

148. — Les prestations financières complémentaires ne sont accordées qu'en complément des prestations financières de base garanties. Les prestations complémentaires consistent en cas d'invalidité totale et permanente dans la garantie de la libération du paiement des cotisations échéant après la prise en cours de l'invalidité et dues en vertu de la souscription aux prestations financières de base.

Par invalidité on entend une invalidité physiologique d'au-moins 66⅔%.

149. — Les cotisations sont dues par tranches de garantie entière et payables annuellement à l'avance.

150. — Si le risque d'un membre constitue un risque aggravé la cotisation peut être majorée d'un supplément correspondant à l'aggravation du risque.

151. — A la clôture de chaque exercice il est prévu qu'une part de 50% au moins des résultats bénéficiaires de l'exercice est affectée à un fonds de revalorisation.

152. — Une adaptation des prestations financières à l'évolution du coût de la vie est possible. Il est prévu qu'en cas d'augmentation de 10% de l'indice pondéré des prix à la consommation par rapport à l'indice en vigueur au jour de l'admission du membre par rapport à la précédente adaptation indiciaire, le membre peut opter pour la souscription d'une ou plusieurs tranches de garantie nouvelles, pour autant que les prestations financières garanties en cas de décès résultant de nouvelles souscriptions ne dépassent pas 10% des garanties en cas de décès résultant des souscriptions antérieures.

153. — Les prestations financières garanties peuvent être augmentées à la demande du membre assuré d'une ou de plusieurs tranches de garantie. Le supplément de cotisation tiendra compte de l'âge de l'assuré et de la durée du contrat à courir[92].

IV. Contrats d'assurance offerts par des assureurs privés

154. — Les assureurs privés ont élaboré un contrat d'assurance de rente d'invalidité qu'ils offrent sur le marché, bien que la quasi-totalité de la population soit couverte par les assurances sociales. Le phénomène de la double assurance apparaît ici en matière d'assurance de personnes.

91 v. Mémorial B, recueil administratif n° 77 du 22 déc. 1976 p. 1479 et ss.
v. « De letzeburger Mutualist », organe de la Fédération nationale de la Mutualité luxembourgeoise n° 1/1977

92 Les différents barèmes des cotisations relatifs aux prestations financières se trouvent publiés en annexe aux statuts de la Mutuelle p. 1491 et ss. du Mémorial Série B, Recueil administratif n° 77 du 22 déc. 1976

155. — Ces polices garantissent le paiement d'une rente d'invalidité lorsque l'assuré est frappé d'invalidité, des suites d'un accident ou d'une maladie avant le terme de l'assurance.

Les prestations sont proportionnelles au degré d'invalidité professionnelle et à la durée de celle-ci.

Aucune prestation n'est due lorsque le degré d'invalidité n'atteint pas 25% ou lorsque la durée de l'invalidité est inférieur au délai de carence.

156. — Tous les risques d'invalidité sont couverts qu'ils se réalisent au cours de la vie privée ou dans l'exercice de la profession de l'assuré, pour autant que l'assureur puisse exercer un contrôle médical.

Sont exclus les invalidités résultant de faits intentionnels, de maladies professionnelles ou de grossesses.

Certains risques spéciaux relatifs aux sports, à la circulation routière, aux voyages et séjours, ainsi qu'à l'aviation peuvent être couverts moyennant convention spéciale.

157. — Le financement se fait moyennant primes. En cas de non-paiement d'une prime dans les trentes jours de son échéance, le contrat sera en principe résilié d'office.

158. — Le preneur d'assurance peut moyennant avenant, faire modifier par l'assureur l'attribution du bénéfice stipulé au contrat et non encore accepté.

Il se dégage de cette faculté outre le phénomène de la double assurance indiquée ci dessus, que cette forme d'assurance est pour les gens bien situés surtout un moyen tendant à se procurer un appoint financier supplémentaire en cas d'invalidité.

E) INDEMNISATION FORFAITAIRE ABSTRAITE ET CUMULS D'INDEMNITÉS

159. — Les indemnités pécuniaires prévues en cas des réalisation d'un risque social ont pour objet de fournir à l'assuré social un revenu de remplacement.

160. — Dans l'hypothèse d'une inaptitude au travail comportant une incapacité de gain et une incapacité de travail pour cause de maladie, la pension d'invalidité ou l'indemnité pécuniaire ne soulèvent pas de discussion sous cet angle de vue. Il n'en est pas toujours de même en cas de rente allouée à la suite d'un accident professionnel.

161. — Il convient de rappeler qu'en matière d'assurance-accidents la responsabilité de l'employeur se fonde sur le risque

professionnel [93]. L'employeur qui profite de l'activité industrielle doit prendre en contrepartie à charge les dommages inhérents à l'entreprise en excluant la notion de faute.

C'est l'exigence de protection du blessé et, en cas d'accident mortel, des survivants qui a fait remplacer par cette responsabilité objective la responsabilité civile de droit commun. La responsabilité du risque industriel est prise en charge par une mutualité groupant obligatoirement tous les patrons du pays (art. 121, al. 1er du code des assurances sociales).

162. — Selon les principes du droit civil l'indemnisation doit se faire de façon intégrale. Si le régime de la sécurité sociale a remplacé celui du droit civil, la législation de droit social devrait avoir la même étendue réparatrice, d'autant plus qu'il s'agit de réparer des dommages accidentels.

Or, il n'en est rien, alors que le code des assurances sociales a prévu une fixation forfaitaire et abstraite de l'indemnité, les éléments de base de la rente sont établis d'avance, à savoir d'une part un taux renseigné dans un barème établissant la réduction de la capacité de travail et d'autre part le montant de la rémunération annuelle (v. art. 97 et 98 du code des assurances sociales).

La réparation en matière d'assurance-accidents n'est donc en principe pas intégrale, puisque les textes légaux passent sous silence le dommage moral.

Il est donc parfaitement compréhensible qu'il existe un courant doctrinal tendant vers l'indemnisation intégrale [94].

163. — Si on n'arrive pas à une indemnisation intégrale dans les accidents de travail graves, on aboutit cependant dans les accidents mineurs, grâce au système légale de l'indemnisation forfaitaire abstraite indiquée ci-dessus, à une réparation dépassant le dommage accru et en cas de recours contre un tiers responsable à un cumul d'indemnités.

164. — Dans les accidents de travail graves l'indemnisation du blessé par l'octroi d'une rente correspond dans la plupart des cas à la réparation du dommage matériel subi, mais dans les accidents de travail qui n'entraînent qu'une réduction de la capacité du travail en dessous de 20% il n'y a la plupart

93 v. A. Sachet : Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents du tavail, p. 9 nº 13; Saleilles : Accidents du travail; Josserand : La responsabilité du fait des choses inanimées, p. 103

94 v. l'exposé de M. Yves Saint-Jours dans le présent fascicule; von Caemmerer : Reform der Gefährdungshaftung

du temps pas de répercussion sur la capacité de gain et le revenu de l'assuré social. Une étude allemande a montré que dans seulement 5% ou tout au plus 10% des cas la rente accidents a rempli sa fonction de revenu de remplacement pour perte de revenus [95].

165. — Ce phénomène est la conséquence de ce qu'en matière d'accidents du travail on ne procède pas par une indemnisation « in concreto » en comparant les gains effectifs avant et après l'accident professionnel et qu'on détermine de la sorte le dommage matériel résultant de la perte réelle de revenus.

Il ressort de l'application d'un système d'indemnisation « in abstracto » que l'assurance sociale est amenée à payer des rentes sans diminution effective correspondante des revenus. Cette constatation se dégage également du fait que les rentes-accidents viagères sont servies jusqu'au décès du bénéficiaire, c'est-à-dire même après l'âge de 65 ans, date de la retraite des travailleurs et où ils ne touchent plus de salaire. On est donc obligé de constater que l'assurance-accidents industrielle indemnise dans ces cas un dommage immatériel ou moral. Certains qualifient ce phénomène de changement fonctionnel de la rente-accidents.

166. — Cette situation est critiquable puisqu'elle aboutit à placer dans certaines hypothèses un blessé dans une meilleure situation après l'accident de travail.

167. — Le droit commun des assurances est régi par le principe indemnitaire qui veut que la prestation faite par l'assureur ne peut avoir pour effet de placer l'assuré dans une situation plus favorable que si le sinistre ne s'était pas produit [96]. Aussi la jurisprudence a-t-elle décidé que le contrat d'assurance ne peut être une cause de gain pour l'assuré qui ne saurait recevoir une indemnité supérieure à la perte qu'il a éprouvé [97].

Ce principe n'est pas applicable à l'assurance individuelle contre les accidents constituant une assurance de personnes, puisque les sommes assurées y sont déjà prévues dans le contrat d'assurance, comme dans l'assurance sur la vie. Aussi pareil contrat ne s'analyse-t-il pas comme un contrat d'indemnité [98].

95 Nickl : Strukturanalysen der Rehabilitation bei den gewerblichen Berufsgenossenschaften 1970, p. 66
96 Picard et Besson : Traité des assurances terrestres, t. II, p. 15
97 Civ. 12 févr. 1913, D. P. 1914, 1, 137, note Dupuich
98 v. Picard et Besson : Traité des assurances terrestres, t. II, p. 24

Il n'en est cependant pas de même en matière d'assurance obligatoire contre les accidents du travail où il n'existe pas de contrat d'assurance, mais une affiliation obligatoire de toutes les entreprises industrielles à l'association d'assurance contre les risques professionnels. Il s'agit d'une assurance de responsabilité couvrant le préjudice subi et trouvant une limitation dans le principe indemnitaire [99].

168. — La situation est encore peu satisfaisante du point d'une saine politique sociale qui veut que l'ouvrier valide actif ne doit pas toucher moins que l'ouvrier dont la capacité de travail est réduite. On devrait donc envisager l'abolition des « petites rentes » et utiliser ces moyens financiers pour augmenter les prestations aux grands mutilés du travail et introduire résolument une indemnisation forfaitaire abstraite du dommage moral en vue d'aboutir à une indemnisation intégrale.

169. — Un cumul d'indemnisation se retrouve dans deux hypothèses, celle de la double assurance et celle du recours contre tiers responsable.

170. — En application du principe indemnitaire une double assurance devrait être prohibée en matière d'accidents du travail [100].

La règle a été explicitée en matière d'assurance de choses (art. 11, al. 1er, loi du 16 mai 1891 sur le contrat d'assurance) et est préconisée par la doctrine [101].

L'article 157 du code des assurances sociales va dans le même sens lorsqu'il dispose que « les contrats privés conclus par les entreprises ou personnes qui, dans la suite sont soumises à l'assurance en application d'une disposition de la présente loi, des règlements ou des statuts pourront être dénoncés dans le délai d'un an prenant cours du jour où l'assurance aura été étendue à ces entreprises ou personnes.

171. — La réalité des faits est cependant contraire (v. nos. 114, 154—156) et la jurisprudence a assimilé à une assurance de personnes le bénéfice d'une stipulation pour autrui contenu dans

99 H. & L. Mazeaud : Traité de responsablilité civile, t. 2, p. 891, nº 2646; Hémard : Théorie et pratique des assurances terrestres, t. II nºs 448 et 449, 560
100 R. Savatier : Traité de la responsabilité civile, t. 2, p. 150
101 Manes : Grundzüge des Versicherungswesens, p. 46

un contrat de travail en faveur de la veuve en cas de décès du travailleur [102].

172. — En cas de responsabilité d'un tiers responsable et de recours contre l'assureur par l'organisme de sécurité sociale en vertu de l'article 118 du code des assurances sociales, on arrive même parfois à une double indemnisation en raison de la différence d'évaluation des préjudice en droit commun (évaluation in concreto) et en droit social. L'article 118 al. 3 du code des assurances sociales prévoit que les droits du créancier de l'indemnité passent à l'association d'assurance jusqu'à concurrence de ses prestations et pour autant qu'ils concernent des éléments de préjudice couverts par l'association.

173. — La jurisprudence [103] ayant refusé jusqu'ici de reconnaître que l'assurance accidents indemnise du dommage immatériel — bien qu'elle le fasse en réalité (v. nos 94 et 165), on aboutit à la situation hautement critiquable que le blessé touche à la fois de l'assurance privée des prestations pour dommage immatériel et de la part de l'assurance-accidents une rente en l'absence d'une perte de revenus [104].

174. — On aura certainement constaté qu'il existe bon nombre de problèmes à résoudre en vue d'aboutir à une harmonisation des procédés d'indemnisation et d'appréciation du préjudice [105].

Sous l'angle de la sécurité sociale il convient au plus haut degré que les mêmes risques sociaux soient appréciés de la même façon dans les différents pays de la Communauté économique européenne en vue de garantir une égalité de traitement tant des assurés sociaux que des employeurs.

Puissent les études présentées contribuer à cette fin en évoquant de façon comparative les concepts des risques sociaux garantis et l'expertise médicale tendant à les fixer dans les cas d'espèce.

---

102 Civ. 30 avr. 1947, J.C.P. 1947, 2, 3653

103 Cour de Cass. Luxbg 7 nov. 1973, Ass. acc. ind. c/Mond, Le Foyer, Questions sociales, t. 2, p. 139

104 v. A. Thill : Le recours des assurances sociales, Questions sociales, t. 2, nos 12 et 28

105 v. égal. Roujou de Boubée : Essai sur la notion de réparation p. 347 et ss.

TABLE DES MATIÈRES

A. Considérations préliminaires

	n°
Réception du droit allemand	1
Interprétation par référence au pays d'origine	2—3

B. Les différents risques sociaux

Généralités	4—5
1. Le risque maladie	
Définition de la notion de maladie	6—7
Sénilité, déformation naturelle congénitale	8
Infirmités	9
Alcoolisme	10
Impuissance sexuelle, anomalie dentaire, névrose	11
La notion de maladie et ses différents aspects	12—13
La notion d'incapacité de travail en matière d'ass.-maladie	14—16
Début de la maladie et prestations en nature	17
2. Le risque maternité	18—19
3. Le risque invalidité	
Défaut de la notion d'incapacité professionnelle	20
Définition de la notion d'invalidité	21—22
Application de la définition légale	
a) sur le plan administratif :	
quant au salaire	23
quant à l'appréciation	24
quant au renvoi	25
quant aux services prestés	26
b) sur le plan médical	
Appréciation de l'état global	27—29
Invalidité transitoire et invalidité permanente	30—33
Allocation mensuelle	34
Notion d'invalidité et incapacité de travail pour cause de maladie	
Répartition de la charge financière	35
Calcul de l'allocation mensuelle	36—38
Appréciation du droit à l'allocation mensuelle	39
Passage de l'assurance-maladie à l'assurance-invalidité	41—42
Retrait de la pension d'invalidité	43
Retrait de l'allocation mensuelle	44—45
Notion de l'invalidité	46—47
en matière d'assurance-pension des employés privés	
en matière d'assurance-pension agricole	
en matière d'assurance pension des artisans, commerçants et industriels	
4. Le risque accident du travail	
Notion de l'incapacité du travail	48—49
Responsabilité objective	50
Etendue de la responsabilité	51

Relation causale en droit social . . . . . 52—57
Notion de la cause déterminante
Etat maladif préexistant . . . . . 58—60
Espèces d'incapacités de travail 61
Indemnisation d'office 62
Rechutes 63
Modification essentielle . . . . . 64—65
Aggravation 66
Détermination du taux de la rente 67
Concours de plusieurs incapacités de travail partielles . 68
Charge de la preuve 69

C. **L'indemnisation** 70

1. L'indemnité pécuniaire de maladie
Continuation du salaire en cas de maladie . . . . . 71—72
Droit à indemnité . . . . . 73—74
Droit des coassurés en cas d'hospitalisation de l'assuré . 75—77
Inexistence d'un droit d'indemnité pécuniaire en cas de Conservation de la rémunération 78

2. L'indemnité pécuniaire de maternité
Montant de l'indemnité 79
Droit à indemnité pécuniaire de maternité . . . . . 80—81

3. La pension d'invalidité
Eléments de la pension 82
Adaptation à l'indice du coût de la vie 83
Pensions minima 84
Invalidité précoce 85
Complément différentiel en faveur des victimes de l'occupant 86
Autres régimes de pension 87

4. Les prestations en espèces en assurance-accidents
a) Les prestations en espèces proprement dites
Indemnités journalières 88
Indemnités en cas d'hospitalisation . . . . . 89—90
b) Les rentes
Calcul 91
Incapacité de travail totale 92
Incapacité de travail partielle . . . . . 93—94
Rente d'impotence 95
Complément pour enfant 96
Durée du service de la rente 97
Adaptation à l'indice du coût de la vie et à l'évolution générale des salaires 98
Concours d'une pension d'invalidité avec une rente-accidents 99

D. **L'assurance complémentaire**

Objet de l'assurance complémentaire . . . . . 100—102

I. Assurances supplémentaires de la sécurité sociale . . 103
Espèces 104
Caractéristiques 105
Prestations
1° Droit à pension de vieillesse anticipée . . . . . 106—108
2° Prestations supplémentaires 109

II. Assurance complémentaire de l'entreprise
Objet . . . . . 110—111
Caractéristiques de l'assurance complémentaire au Luxembourg . . . . . 112—113
En matière d'assurance-accidents 114
En matière d'assurance-pension 115
1. Dans le secteur sidérurgique . . . . . 116—122
2. Dans le secteur bancaire . . . . . 123—129

III. Assurance complémentaire des mutualités
A) En matière d'assurance-maladie
Historique 130
Régime légal 131
Champ d'application personnel 132
Catégories d'affiliés 133
Résidence au Luxembourg 134
Perte de la qualité d'affilié 135
Assurance continuée 136
Délai de carence 137
Financement de la mutualité . . . . . 138—139
Prestations . . . . . 140—141
Fonds pour traitements médicaux graves 142
Subrogation de la Caisse en cas de tiers responsable 143
B) En matière d'assurance-pension
Historique 144
Modalités des prestations 145
Souscription de parts 146
Systèmes de prestations de base 147
Prestations supplémentaires 148
Cotisations . . . . . 149—150
Fonds de revalorisation 151
Adaptation à l'indice du coût de la vie 152
Augmentation des prestations pécuniaires . . . 153

IV. Contrats d'assurance offerts par les assureurs privés
Objet des polices d'assurances . . . . . 154—155
Risques couverts 156
Financement 157
Stipulation pour autrui 158

E. Indemnisation forfaitaire abstraite et cumul d'indemnités

Indemnisation — revenu de remplacement . . . . . 159—160
— en cas de maladie et d'invalidité
— en cas d'accident .
Indemnisation en droit commun et en matière d'assurance-accidents du travail . . . . . 161—162
Indemnisation dépassant le dommage en cas de rentes minimes . . . . . 163—164
Indemnisation du dommage immatériel . . . . . 165—166
Principes d'indemnisation en matière d'assurance-accidents 167
Réformes du système d'indemnisation 168
Cumul d'indemnisation 169
Double assurance . . . . . 170—171
Recours de l'assurance-accidents contre tiers responsable . 172—173

* *

Considération finale 174

DIE ENTSCHÄDIGUNG DER MINDERUNG DER ERWERBSFÄHIGKEIT DURCH DIE SOZIALE SICHERHEIT IN LUXEMBURG

von Dr. iur. André THILL
dipl. sup. de Droit Comparé
dipl. d'ét. sup. européennes

A. VORBEMERKUNGEN

1. — Rezeption des deutschen Rechts.

Das luxemburgische Sozialversicherungsrecht wurde im wesentlichen aus Deutschland übernommen. Die von Bismarck verfaßte kaiserliche Botschaft [1] des 17. November 1881 kündete eine Sozialgesetzgebung an, die vielen Ländern als Modell dienen sollte. So wurde die Reichsversicherungsordnung mit leichten Abänderungen in Luxemburg übernommen. Diese Rezeption konnte sich umso leichter vollziehen, als es nicht nötig war ein bestehendes Rechtssystem zu ersetzen und die Verhältnisse des Empfängerlandes nicht von denjenigen des Ursprungslandes abwichen. Wenn die Entwicklung des Sozialversicherungsrechtes nicht identisch in Luxemburg und Deutschland verlief, so blieb der « common care » jedoch der gleiche.

2. — Auslegung und Beziehung zum Herkunftsland.

Somit ist es angebracht einerseits die Entwicklung des deutschen Rechts der sozialen Sicherheit und andererseits Lehrmeinung und Rechtssprechung in Deutschland zu berücksichtigen, falls es darum geht Gesetzstexte anzuwenden, die vom deutschen Modell beeinflußt wurden. Die luxemburgische Lehrmeinung schließt sich dieser Methode an, besonders in Hinsicht auf die Kleinheit des Landes [2]. Die Rechtssprechung hat nicht verfehlt diese Grundsätze ab 1908 zu bestätigen falls es sich um Auslegung luxemburgischer Gesetzestexte handelt [3].

Luxemburg kann sich den Luxus nicht leisten ein autonomes Rechtssystem ohne Bezug auf ein ausländisches System zu schaffen, das auf-

---

1 Siehe Münzel u. Jonas : Sozialversicherung, S. 25

2 s. J. Olinger : « Le Droit fiscal », S. 39; A. Huss : « Le phénomène de la réception des lois d'origine étrangère considéré du point de vue luxembourgeois », Conférence St Yves, sept. 1959. Nicht unterschriebene Anmerkung in « Pasicrisie luxembourgeoise », Band XIX, S. 349; In weiterem Sinne : A. Bonn : « Le droit luxembourgeois — science secrète » in Bulletin Cercle Laurent, t. II, p. 106

3 s. Entscheid des Obersten Gerichtshofes vom 28. Februar 1908, Pasicrisie luxembourgeoise, Band VII, S. 195

grund seiner geographischen Zuständigkeit sich auf eine reichhaltige Literatur stützen kann. Rechtslehre und umfassende Rechtssprechung sind unumgängliche Bedingungen zur Klärung und Weiterentwicklung jedweden Rechtssystems.

3. — Das Sozialversicherungsrecht hat hauptsächlich zum Gegenstand, den Versicherten im Falle eines sozialen Risikos, das eine Minderung seiner Erwerbsfähigkeit mitsichbringt, zu entschädigen im besonderen bei Krankheit, Invalidität, Tod und Arbeitsunfall [4].

Daraus ergibt sich, daß der Sozialversicherte einen Anspruch auf Entschädigung hat, und daß diese Entschädigung sich im Rahmen einer Versicherung abwickelt, die im besonderen von Beiträgen finanziell getragen wird.

B. DIE EINZELNEN SOZIALEN RISIKEN

4. — Die Arbeit ist die menschliche Tätigkeit die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt. Das Einkommen kann auch anderswo herrühren als aus der Arbeit, die uns nur hier in diesem Maße interessiert als sie es auf einen Lohn oder ein Entgelt abstellt.

Wenn auch seit der Industrialisierung bis zu unseren Tagen der Lohn sich in der Regel nach der benötigten Zeit zur Verrichtung einer Arbeit bemißt, so haben doch Begriffe wie Leistung und Arbeitseinteilung ihren Weg gemacht [5].

Der weiter gezogene Begriff der Arbeitsfähigkeit erscheint daher als derjenige der den Begriff der Erwerbsfähigkeit umfaßt.

5. — Um die Versicherungsfälle, die eine Minderung der Erwerbsfähigkeit mit sich bringen, und den angesprochenen Zweig der Sozialversicherung herauszustellen, muß man die Begriffe der einzelnen Risiken bestimmen und eine kurze Übersicht ihrer wesentlichen Merkmale und Tatbestände geben.

1. Das Risiko der Krankheit

6. — Mangels einer gesetzlichen Definition des Krankheitsbegriffes, nimmt man an, daß die Krankheit ein physischer oder psychischer anomaler Zustand ist, der eine Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.

7. — Die Bedingungen des Vorliegens einer Krankheit sind daher der regelwidrige körperliche oder geistige Zustand, der entweder eine Arbeitsunfähigkeit oder mindestens eine Behandlungsbedürftigkeit nach sich zieht.

4 v. Kaskel-Sitzler : Grundriß des sozialen Versicherungsrechts, S. 3; Rey : « La question des Assurances sociales », S. 5; Kreil : Sozialversicherung und Wirtschaft, S. 11.

5 Ricouard : « La rémunération du travail », S. 10, 15 u. ff.

8. — Daraus ergibt sich, daß

— die Altersschwäche allein nicht einen Krankheitsfall darstellt, es sei denn, sie würde eine vorherbestehende Krankheit verschlimmern [6],

— eine angeborene Mißbildung die weder ärztliche Behandlung noch Arbeitsunfähigkeit bedingt, nicht als Krankheit anzusehen ist [7].

9. — Das Gebrechen ist in der Regel ein Zustand der unveränderlich bleibt, doch wird es zur Krankheit, wenn es eine Behandlung erfordert, sogar wenn kein schmerzvoller Zustand vorliegt, doch nur unter der Bedingung, daß die Behandlung eine Verbesserung des Zustandes des Versicherten mit sich bringen kann [8]. Die Bedingung der wesentlichen Verbesserung wurde durch die Rechtssprechung abgeschwächt, in dem Maße wo es genügt, daß mangels einer Behandlung, Gefahr einer Verschlimmerung besteht [9].

10. — Im Gegensatz zu einer älteren Rechtssprechung [10] wird beim Alkoholiker der Alkoholismus als Krankheit angesehen, sogar wenn dieser noch keine organischen Schäden verursacht hat [11].

11. — Werden ebenfalls als Krankheit betrachtet :

— Die Impotenz bei einem jungen Mann [12];
— Die Zahnanomalie beim Kinde, das eine orthodontische Behandlung benötigt [13];
— die Nevrose, sogar ohne organische Zerrüttung oder Veränderung der Persönlichkeit [14].

12. — Der Krankheitsbegriff beurteilt sich also im Hinblick auf eine abstrakte Norm des gesunden Menschen (« homo sanus »).

13. — Wenn die Juristen sich dergestalt in ihrer Bewertung orientieren [15], so darf man jedoch nicht vergessen, daß der Arzt vier Aspekte des Krankheitsbegriffs unterscheidet [16] :

a) der objektive Gesichtspunkt in konkreter Weise gefaßt, in anderen Worten das krankhafte Organ (Pathos oder krankhafte Störung);

6 Entsch. u. Mitt. des Reichsversicherungsamtes 8, 75; Amtliche Nachrichten 1893, 92
7 Amtliche Nachrichten 1928 S. 285
8 Entsch. Bundessozialgericht 28. 10. 1960 in Sozialgerichtsbarkeit 1961 S. 118
9 Entsch. Bundessozialgericht 18. 11. 1969; Breithaupt 1970, S. 186, 11. 3. 1970; Breithaupt 1970, S. 980
10 Amtliche Nachrichten 1916, S. 341
11 Entscheidung Bundessozialgericht 22. 11. 1968, Sozialgerichtsbarkeit 1969, S. 382
12. Bundessozialgericht 28. 4. 1967, Breithaupt 1967, S. 909
13 Bundessozialgericht 23. 2. 1973, Breithaupt 1973, S. 603
14 Bundessozialgericht 16. 3. 1962, Sozialgerichtsbarkeit 1962, S. 143; 1. 10. 1964 Sozialgerichtsbarkeit 1964 S. 369
15 Schäfer und Blohmke betrachten als allgemeinen Begriff der Krankheit den Unterschied zwischen dem Zustand des Patienten und demjenigen des gesunden Menschen, in Sozialmedizin S. 112.
16 s. Rothschuh : Prinzipien der Medizin, S. 127

b) der klinische Gesichtspunkt (Nosos), der auf einer Diagnose beruht und eine ärztliche therapeutische Behandlung rechtfertigt;

c) der subjektive Gesichtspunkt des Kranken, der sich als Kranker oder Gesunder betrachtet, obschon sein Arzt einer gegenteiligen Ansicht ist (aegritudo);

d) der soziale Gesichtspunkt, der davon ausgeht, daß derjenige der sich einem abusus von Tabak, Alkohol oder Medikamenten ergibt oder bei dem man eine Hypolepidemie, Anzeichen einer Sklerose feststellt, als krank zu bezeichnen ist.

Dies beweist uns wie sehr es angebracht ist, daß die medizinischen Gutachter sich mit dem allgemeinen oder juristischen Krankheitsbegriff vertraut machen, der im Sozialrecht sowohl von den Ärzten als auch von der Verwaltung und der Gerichtsbarkeit angewandt werden muß.

14. — Die Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit beurteilt sich in bezug auf den Beruf den der Versicherte vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit ausgeübt hat.

15. — Ein Verweis auf einen anderen Beruf, den der Versicherte aufgrund seiner Kräfte und Fähigkeiten ausüben könnte, ist in der Krankenversicherung nicht möglich [17].

16. — In Anwendung dieses Grundsatzes wurde entschieden, daß ein ungelernter Arbeiter arbeitsunfähig ist, falls er nicht seinen beruflichen Tätigkeiten nachgehen kann, die er während einer mehr oder weniger langen Zeitspanne ausgeübt hat und wobei er eine gewisse Fertigkeit und bestimmte Kenntnisse erlangt hat, die es ihm ermöglichen, diese Arbeit als Beruf anzusehen [18]. Die Ausübung einer ungelernten Arbeit während einer nur dreimonatigen Zeitspanne ist ungenügend, diese Arbeit als Beruf anzusehen [19].

17. — Die Krankheit beginnt mit dem Anfang der Heilbehandlung. Die ärztlichen Honorarforderungen und die damit verbundenen Leistungen der Krankenversicherung sind ab Beginn der Krankheit ohne Zeitbegrenzung geschuldet, solange das Versicherungsverhältnis in der Krankenversicherung weiterbesteht (Art. 8, Abs. 1 Nr. 2 der S.V.O., Art. 57, Abs. 1 der Satzung der Krankenkassen, Großherz. Regt. v. 30. Nov. 1976).

Die in Behandlung befindlichen Krankheiten bei Erlöschen der Versicherung geben noch Anrecht auf Sachleistungen während weiteren 26 Wochen (Art. 20 der S.V.O., Art. Abs. 2 der Satzung der Krankenkassen).

17 Amtliche Nachrichten 1914, 631; 1915, 425

18 Amtliche Nachrichten 1925, S. 34; Cour de cass. Luxembourg 12. 7. 1973, Gew. Unfallvers. Luxemburg c/ Wersand in Questions sociales, Bd. II, 2ter Teil, S. 71.

19 Entscheidung Bundessozialgericht 14. 1. 1971, Soziale Sicherheit 1971, S. 241

2. Das Risiko der Mutterschaft

18. — Die Mutterschaft fällt eigentlich nicht in den Rahmen des Risikos der Krankheit, da sie ein natürliches und normales Phänomen darstellt. Es ist ein glückliches Risiko ureigener Natur.

19. — So gehen im besonderen die Sachleistungen, nämlich die Kosten der Hebamme, des ärztlichen Beistandes, der Verweildauer in der klinischen Wöchnerinnenanstalt, die pharmazeutischen Mittel und die zur Diät gehörenden Produkte für Kleinstkinder zu Lasten des Staates, der dieselben den Krankenkassen zurückvergütet (Art. 67, Abs. 1 der S.V.O.) Dies geschieht jedoch nicht im Falle einer pathologischen Geburt, bei der man wieder in die Zuständigkeit der eigentlichen Krankenversicherung fällt.

3. Das Risiko der Invalidität

20. — Luxemburg kennt den Begriff der Berufsunfähigkeit nicht. Die Einführung der Pension wegen Berufsunfähigkeit nach dem Muster der bundesdeutschen Berufsunfähigkeitsrente wurde schon verschiedentlich gefordert und es wäre nützlich Auskünfte zu erhalten ob es angebracht ist, der deutschen Gesetzgebung zu folgen.

21. — Die Invalidität besteht in der Unfähigkeit des Versicherten, wegen Krankheit oder Gebrechen, mittels seinen Kräften und Fähigkeiten eine Tätigkeit auszuüben, die seiner Ausbildung und seinem Beruf angepaßt ist und ihm erlaubt, ein Drittel dessen zu erwerben, das geistig und körperlich gesunde Personen derselben Art mit ähnlicher Ausbildung in derselben Gegend gewöhnlich durch Arbeit zu verdienen pflegen.

22. — Die Legaldefinition ist in Artikel 186 der S.V.O. enthalten und wirft Probleme auf technischem und medizinischem Gebiet auf.

a) Auf verwaltungstechnischem Gebiet

23. — Der Versicherte darf das gesetzliche Lohndrittel nicht mehr erreichen. Die Höhe dieses Erwerbs wird nicht aufgrund des effektiven Lohnes des Versicherten festgestellt, aber in bezug auf das Entgelt der Personen, die derselben beruflichen Sparte in derselben Gegend angehören. Das Drittel des erzielten Durchschnittslohnes dieser Personen stellt die Schwelle dar, unter dieselbe der Verdienst des Versicherten gefallen sein muß. Die Pensionsversicherungsanstalt vergleicht also Personen derselben Art, die geistig und körperlich gesund sind und die dieselbe Ausbildung und dasselbe Berufsleben als der Antragsteller haben [20].

20 Amtliche Nachrichten 1909, S. 186; Entsch. u. Mitt. RVA 1940 S. 328; Amtliche Nachrichten 1903, S. 599; Entscheidung Bundessozialgericht 16. 4. 1959; Enscheidungssammlung des Bundessozialgerichts Bd. 9, S. 254.

24. — Die Bewertung geschieht in abstracto und in bezug auf den allgemeinen Arbeitsmarkt. Die Arbeitsgelegenheit ist nicht ausschlaggebend. Man muß jedoch bemerken, daß, falls die Arbeitsmarktlage schlecht ist und es aus diesem Grunde unmöglich ist, einen Arbeitsplatz zu finden, es sich um einen Fall der Arbeitslosigkeit und nicht der Berentung durch die Invalidenpensionsversicherung handelt. Falls dem Versicherten kein Arbeitsplatz angeboten werden kann, da derselbe wegen seinen schweren Verstümmelungen oder anderen Gebrechen vom allgemeinen Arbeitsmarkt ausgeschlossen ist, wird er als Invalide betrachtet [21]. Das Bundessozialgericht hat entschieden, daß es wesentlich ist, dem Versicherten einen Arbeitsplatz auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt in der Zeitspanne eines Jahres anzubieten [22]. Falls dies nicht der Fall ist, selbst wenn der Versicherte noch arbeiten kann, ist der Tatbestand der Erwerbsunfähigkeit gegeben [23]. Hier tritt im Grunde eine gewisse Osmose der sozialen Risiken ein, die sich wahrscheinlich ausweiten wird unter dem Druck der heutigen sozialen Fakten, im besonderen der steigenden Arbeitslosigkeit.

25. — Man muß hervorheben, daß die Verweisbarkeit auf den allgemeinen Arbeitsmarkt nur zulässig ist, wenn die Arbeitsstelle dem Versicherten zumutbar ist. Diese Bewertung geschieht « in concreto » aufgrund der Gegebenheiten des Einzelfalles. Man wird die Kenntnisse und Fähigkeiten des Versicherten und insbesondere den zuletzt ausgeübten Beruf in Betracht ziehen um einen wirtschaftlichen und sozialen Abstieg zu verhindern [24].

26. — Die vom Versicherten geleisteten Dienste müssen schlußendlich einer wahren Arbeitsleistung entsprechen. Somit sind Stellen, die dem Versicherten aus reinen humanitären Beweggründen angeboten wurden, nicht dazu angetan, den Versicherten seines Pensionsanspruchs verlustig zu erklären [25].

All dies gehört zum verwaltungstechnischen Gebiet der Sozialversicherung.

b) Auf medizinischem Gebiet

27. — Die Invalidität muß festgestellt werden. Die Ursache der Erwerbsunfähigkeit ist unerheblich.

28. — Die Feststellung der Invalidität geschieht durch ärztliche Bescheinigung. Es handelt sich hier um ein medizinisches Problem, das

21 Amtl. Nachr. 1893, 95
22 Entsch. Bundessozialgericht v. 10. 12. 1976, Sozialgerichtsbarkeit 1977, S. 122.
23 Entsch. Bundessozialgericht 11. 12. 1969, Entscheidungssammlung des Bundessozialgerichts Bd. 30, 8. 192, Breithaupt 1970, S. 414
24 cf. Kreil : Die Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit in der deutschen Sozialversicherung S. 223 u. ff.
25 Amtliche Nachrichten 1892 S. 140; Oberstes Schiedsgericht der Sozialversicherung Luxemburg, Hoffmann c/Alters- und Invalidenversicherung vom 22. 2. 1973 (unveröffentlicht).

alle somatischen und physischen Phänomene begreift, um zu einer globalen Bewertung des Zustandes des Antragstellers zu gelangen.

29. — Hat der Versicherte verschiedene Leiden, so ist es unzulässig, durch einfaches Addieren der Arbeitsunfähigkeitssätze, so wie diese in den Tabellen angeführt sind, vorzugehen. Man muß im Gegenteil den Gesamtzustand des Versicherten bewerten und sich hierbei auf die konkreten klinischen Untersuchungsergebnisse stützen.

Diese Methode ist richtig, da der Versicherte meistens verschiedene Leiden hat, die in seinem Gesundheitsbild abwechseln in der Weise, daß das eine sich verschlimmert, das andere sich bessert. Gerade wie das einfache Zusammenzählen von Arbeitsunfähigkeitsprozentsätzen abwegig ist, so ist es unzulässig, Durchschnittswerte aufgrund der Besserung und der Verschlimmerung der Leiden zu errechnen [26].

Es ist somit angebracht, daß die luxemburgischen Sozialgerichte ihre Meinung dahin berichtigen und obige Grundsätze anerkennen, anstatt sich mit dem simplen Zusammenzählen medizinischer Sätze zu begnügen, ohne den so komplexen Begriff der Invalidität zu berücksichtigen [27]. Vielleicht würde eine bessere Umschreibung des Auftrages der medizinischen Gutachter hier weiterhelfen ?

30. — Der Versicherungsfall der Invalidität ist gegeben, wenn eine dauernde Invalidität festgestellt wird. Art. 187, Abs. 1 der Sozialversicherungsordnung besagt, daß, unbeschadet aller anderen gesetzlichen Bestimmungen, der Versicherte, der dauernd invalide ist, Anspruch auf eine Invalidenpension hat. Die Invalidenpension beginnt am ersten Tage der festgestellten Invalidität (Art. 209, Abs. 1 der S.V.O.).

31. — Unter der vor 1974 bestehenden Regelung war es angebracht, zwischen dauernder und vorübergehender Erwerbsunfähigkeit (Invalidität) zu unterscheiden. Abgesehen von dem vorübergehenden Charakter der Pension, war der Begriff der Erwerbsunfähigkeit der gleiche, ob es sich um dauernde oder vorübergehende Invalidität handelte [28].

32. — Man sprach von vorübergehender Invalidität, wenn eine Verbesserung der Erwerbsunfähigkeit voraussehbar war, entweder durch das Verschwinden des krankhaften Zustandes oder durch eine bemerkenswerte Besserung.

Die Verbesserung des Zustandes trat ein durch therapeutische Maßnahmen, die der Versicherte selbst vornahm oder durch eine Behandlung, die ihm der Sozialversicherungsträger anbot und die der Versicherte annehmen mußte (Art. 222 S.V.O.).

26 Eckert-Sauerborn : Sozialversicherungsgesetze, Bd. II, 761; Brackmann : Handbuch der Sozialversicherung, Bd. II 682 c
27 Schiedsamt der Sozialversicherung Luxemburg, Haupert c/Alters- und Invalidenversicherung vom 20. 4. 1977; s. Aufsatz v. A. Thill : « Der Begriff der Invalidität s in Questions sociales Bd. 1, 2. Teil, S. 73 u. ff.
28 Hannov-Lehmann : Kommentar zur R.V.O. Invalidenversicherung, Bd. 4, p. 138—139

Eine einfache Möglichkeit der Besserung genügt nicht, es bedarf schlüssiger medizinischer Begründung [29].

33. — Man spricht von dauernder Invalidität, wenn man nicht in einem voraussehbaren Zeitraum mit einer Besserung des Gesundheitszustandes des Versicherten rechnen kann [30]. Der Ausdruck « dauernd » ist nicht gleichbedeutend mit lebenslänglich, da eine Besserung des Gesundheitszustandes immer eintreten kann, sei es nur durch Gewöhnung. Die Veränderung im Gesundheitszustand des Versicherten muß durch die Invalidenversicherung bewiesen werden [31]

34. — Seit dem Reformgesetz der Pensionsversicherungen vom 14. Mai 1974 [32], hat die Unterscheidung zwischen vorübergehender und dauernder Invalidität an Bedeutung verloren. Die neue Regelung unterscheidet sich von der alten dadurch, daß auf Betreiben der Krankenkasse, im Einvernehmen mit der Invalidenversicherung, nach Ablauf von dreißig Tagen festgestellt werden muß, ob der Versicherte krank oder invalide ist. Wird die Invalidität bejaht, so ist die Invalidenpension vom ersten Tag der Feststellung der Invalidität geschuldet (Art. 209, Abs. 1 der S.V.O.).

Zwei Hypothesen können eintreten :

1) Besteht weder Invalidität noch Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit, so werden die Leistungen eingestellt.

2) Besteht keine Invalidität, aber ist der Versicherte noch krankheitshalber arbeitsunfähig, so wird er seine Krankenentschädigung bis zum Ablauf der 26. Woche seitens der Krankenkasse beziehen. Ist er zu diesem Zeitpunkt krankheitshalber noch arbeitsunfähig und erfüllt er die Anspruchsbedingungen einer Invalidenpension, so wird er seitens der Invalidenversicherung eine monatliche Zuwendung in derselben Höhe als die Invalidenpension erhalten. Die monatliche Zuwendung — durch das Gesetz vom 14. Mai 1974 eingeführt — stellt eine neue Leistung dar, die gewährt wird im Falle einer über die 26. Woche andauernden Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit.

Sie unterscheidet sich also von der Invalidität aufgrund des hier zum Zuge kommenden Kausalbegriffs. Die Invalidität ist eine Erwerbsunfähigkeit, die mit Bezug auf den allgemeinen Arbeitsmarkt zu werten ist. Die Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit ist eine totale Arbeitsunfähigkeit, die aufgrund des Berufs, den der Versicherte vor dem Krankheitsfall ausgeübt hat, beurteilt wird.

Diese Leistung wurde eingeführt, um die hohe finanzielle Belastung der Krankenkassen zu mindern, die denselben aus den Geldleistungen erwachsen war in Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen vom

29 Amt. Nachr. 1896, s. 358

30 Amtl. Nachr. 1892 S. 140

31 cf. Entscheidung Bundessozialgericht v. 14. 2. 1973 in Sozialgerichtsbarkeit 1973 S. 256

32 s. Memorial A 1977, S. 298

2. Mai 1974 [33] betreffend die Reform der Krankenversicherung. Durch dieses Gesetz waren die Geldleistungen im Krankheitsfalle auf den Bruttolohn, den der Versicherte während seines Krankenurlaubes beim Weiterarbeiten erzielt hätte, erhöht worden und dies für eine Dauer von 52 Wochen (Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle, Art. 7, Abs. 1 und Art. 8, Abs. 3 S.V.O.).

35. — Unter diesen Bedingungen ist es angebracht, auf eine gerechte Verteilung der finanziellen Lasten zwischen Krankenkassen und Invalidenversicherung zu achten. Letztere muß eintreten sobald eine dauernde Invalidität, d. h. ein unabänderlicher Gesundheitszustand gegeben ist. Dagegen wird die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit kurzer Dauer, d. h. weniger als 27 Wochen, zu Lasten der Krankenkasse verbleiben [34].

Im Hinblick auf eine Verminderung der finanziellen Last der Krankenversicherung wurde vorgesehen, daß, falls der Versicherte ebenfalls Anspruch auf eine Krankengeldentschädigung hat, die monatliche Zuwendung für die von der Krankenkasse entschädigten Perioden der Krankenkasse von der Invalidenversicherung als Ausgleich vergütet wird (Art. 189 S.V.O.).

36. — Die monatliche Zuwendung wird auf denselben Grundlagen berechnet als diejenigen die vor dem Ablauf der 26. Woche für die Berechnung der Invalidenpension Anwendung finden.

37. — Ist die monatliche Zuwendung höher als die Krankengeldentschädigung — was selten der Fall ist —, wird die Krankenkasse den Unterschied an den Versicherten zahlen (Art. 189 S.V.O.).

38. — Es muß hervorgehoben werden, daß die monatliche Zuwendung auch bei Arbeitsunfähigkeit, die sich aus einem Arbeitsunfall oder einer Berufskrankheit ergibt, vorgesehen ist, voraussetzt, daß dieselbe sich über eine ununterbrochene Periode von 26 Wochen hinaus erstreckt (Art. 189 in fine S.V.O).

39. — Die monatliche Zuwendung wird einer Überprüfung unterzogen nach Erlöschen des Anspruchs auf Krankengeldentschädigung, d. h. nach Ablauf der 52 Wochen. Die Zeitspanne der 27. Woche bis zur 52. Woche wird nämlich in Betracht gezogen um die Versicherungszeiten bezüglich der versicherten Tage und der gezahlten Entschädigung seitens der Krankenkasse zu vervollständigen [35].

33 Memorial A Nr. 33 vom 3. Mai 1974

34 cf. Kommentar zur RVO, Reichsverband der Landesversicherungsanstalten, s. 182, Nr. 16

35 Die Alters- und Invalidenversicherung wendet zur Berechnung der Periode von 52 Wochen die Bestimmungen der Krankenversicherung an. Zu Beginn jeder Arbeitsunfähigkeitsperiode werden die Krankenzeiten wegen derselben Krankheit während den vorausgegangenen 52 Wochen angerechnet. Fällt das Datum der retroaktiven Anrechnung der Periode von 52 Wochen mit einer Arbeitsunfähigkeitsperiode wegen derselben Krankheit zusammen, so wird

40. — Bemerken wir, daß nur die Krankengeldentschädigung die den Krankheitstagen entspricht — Entschädigung die den Rentnern nicht zusteht — als versicherte Tage in Rechnung gestellt werden darf [36].

41. Durch die oben angeführte Regelung ist der Übergang von der Krankenversicherung zur Invalidenversicherung nahtlos und ohne Unterbrechung der Geldleistungen gesichert.

Man darf jedoch das berechtigte Interesse der Invalidenversicherung nicht aus dem Auge lassen. Es ist sicher richtig, daß die Zuerkennung einer Invalidenpension einen Antrag seitens des Versicherten voraussetzt (Art. 232 S.V.O.), und daß der Anspruch auf Rente auflebt, wenn alle anderen gesetzlichen Voraussetzungen zur Pensionsgewährung erfüllt sind [37].

Daraus ergibt sich jedoch keineswegs für den Versicherten ein Recht, die sozialversicherungsrechtliche Leistung zu wählen, die ihm am besten paßt, entweder die Krankengeldentschädigung oder die Invalidenpension, und so nach seiner Wahl den Sozialversicherungsträger zu bestimmen, der das soziale Risiko tragen muß.

So hat die Rechtsprechung entschieden, daß die Frage der Verteilung der Lasten zwischen 2 Trägern der sozialen Sicherheit eine öffentlichrechtliche Frage darstellt, und die Sozialversicherungsträger gehalten sind, die Invalidenpension festzusetzen auf den Tag der Feststellung der Invalidität und nicht zum Datum des vom Versicherten gestellten Antrages [38].

Diese Auslegung paßt in den Rahmen des Gesetzes und dessen Finalität.

Der Luxemburger Gesetzgeber ist in diesem Punkt dem deutschen Modell nicht gefolgt. In Paragraph 184 Abs. 3 R.V.O. ist kein Ausgleich zwischen Sozialversicherungsträgern vorgesehen, sondern eine Einsetzung der Krankenkasse in die Rechte des Versicherten in Höhe der ihm zustehenden Rente. Die Krankenkasse ist befugt, den Versicherten durch Verwaltungsbescheid, der in einem Zeitraum von sechs Wochen ab ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit angerechnet erlassen wird, aufzufordern, in den kommenden vier Wochen eine Invalidenrente zu beantragen. Wenn der Versicherte seinen Antrag nicht in dem obigen Zeitraum gestellt hat, entfällt sein Anspruch auf Krankengeld (§ 183, Abs. 7 R.V.O. Ges. v. 12. 7. 1961, Bundesgesetzblatt I. S. 913 [39]

42. — Die luxemburgische Gesetzgebung weist eine Lücke auf in dem Fall, wo ein Versicherter aus irgendeinem Grunde [40] keine Krankenentschädigung während 26 Wochen erhalten hat und er nicht Invalide im Sinne des Gesetzes ist. In diesem Fall kann der Versicherte weder eine Invalidenpension noch eine monatliche Zuwendung erhalten, da Artikel 189 der S.V.O. vorsieht, daß letztere Leistung nur dann gewährt werden kann, wenn der Versicherte während einer Gesamtdauer von 26 Wochen Krankengeldentschädigung erhalten hat. Die Rechtsprechung hat diese Auslegung bestätigt [41].

Wäre es nicht angebracht, auf den allgemeinen Begriff der Invalidität zurückzukommen und den Begriff der monatlichen Zuwendung, die anstelle der Invalidenpension tritt, aufzugeben ? Das Gesetz könnte nutzbringend geändert werden indem man Artikel 189 S.V.O anders formuliert, und zwar in der Weise, daß der Versicherte der während 26 Wochen vorübergehend Invalide ist und die Bedingung zur Gewährung einer Invalidenpension erfüllt oder noch Invalide ist nach Erhalt einer Krankengeldentschädigung während 26 Wochen, Recht auf Invalidenpension für eine weitere Periode hat.

Die Pension könnte auf Antrag des Versicherten in eine dauernde Invalidenpension umgewandelt werden [42].

43. — Der Entzug der Invalidenpension ist durch Artikel 224 Abs. 1 der S.V.O. geregelt. Der Gesetzgeber hat erst durch Gesetz vom 26. Dezember 1975 den Entzug der monatlichen Zuwendung vorgesehen.

Falls durch Besserung seines Zustandes der Versicherte eine Erwerbsfähigkeit wiedererlangt, die fünfzig Prozent der Erwerbsfähigkeit übersteigt so wie dies durch Artikel 186 S.V.O. definiert ist, wird die Pension oder die monatliche Zuwendung entzogen.

---

diese Arbeitsunfähigkeitsperiode in ihrer Gesamtheit in Rechnung gestellt (Art. 9, Abs. 3 der Satzung der Krankenkassen, Großherzgl. Regl. v. 30. Nov. 1976)

36 Entsch. des Obersten Schiedsamtes der Sozialversicherung, Luxemburg v. 13. Oktober 1977, Casteni c/ Alters- und Invalidenversicherung, s. QUESTIONS SOCIALES, Bd. 4, 2ter Teil, S. 47.

37 Amt. Nachr. 1894, 931; 1905, 466; 1896, 307; 1897, 353; 1900, 696; 1914, 693

38 Entsch. Schiedsamt der Sozialversicherung Luxemburg vom 7. Oktober 1977, Klein c/Alters- und Invalidenversicherung, bestätigt durch Entsch. Oberstes Schiedsamt der Sozialversicherung Luxemburg v. 30/3/1978, s. QUESTIONS SOCIALES, Bd. 4, 2ter Teil. S. 48

39 Man muß hinzufügen, daß § 7 durch Gesetz vom 7. 8. 1974, BGBl. I. S. 1881 abgeändert wurde. Laut Neufassung des Absatzes 7 wird der Versicherte nicht mehr angeschrieben bei der Rentenversicherung eine Invalidenpension, sondern eine Rehabilitationsmaßnahme, zu beantragen. Absatz 8 sieht vor, daß die Krankenkasse bei Erreichung des 65. Lebensjahres des Versicherten denselben auffordert in der Frist von 10 Wochen einen Antrag auf Altersrente zu stellen.

40 z. B. im Falle von Weiterversicherung, Fehlen einer Krankmeldung, Fehlen eines Versicherungsverhältnisses, Nichterfüllung der Wartezeit.

41 Entsch. Oberstes Schiedsamt der Sozialversicherung Luxemburg vom 13. Oktober 1977 Steioff c/ Alters- und Invalidenversicherung, Luxbg; s. QUESTIONS SOCIALES, Bd. 4, 2. Teil, S. 49 u. 50.

42 Dieses System kommt der einstigen Krankenrente nahe; s. Gebhard und Düttmann : Invalidenversicherungsgesetz S. 338 und Isenhart und Spielhagen : Kommentar zum Invalidenversicherungsgesetz, S. 435

Der Pensionsversicherungsträger ist gehalten, die Pension zu entziehen [43] sobald er eine Besserung im Zustand des Versicherten feststellt und dieser eine Erwerbsfähigkeit von fünfzig Prozent wiedererlangt hat [44].

44. — Der Entzug der monatlichen Zuwendung bringt Schwierigkeiten mit sich, da das luxemburgische System die Rente auf Zeit, so wie diese im deutschen Recht besteht, nicht kennt [45].

Die Leistungen müssen in Luxemburg gewährt werden ohne daß der Verwaltungsbescheid dieselben zeitlich begrenzen kann. Dies gilt auch für den Bescheid, der eine rückwirkende Zuerkennung einer Pension beinhaltet.

Obwohl Artikel 224 Abs. 2 der S.V.O. nur die Invalidenpension benennt, wenn er besagt, daß der Entziehungsbescheid nur mit Ablauf des Monats, in dem der Bescheid gestellt wurde, Anwendung findet, hat die Rechtsprechung diese Bestimmung auf die monatliche Zuwendung ausgedehnt mit der Begründung, daß die monatliche Zuwendung an Stelle der Invalidenpension tritt. Diese Regelung wurde sogar auf Bescheide angewandt, die eine Leistung ex post auf unbestimmte Zeit gewähren [46].

Diese Rechtsprechung hat zur Folge, daß die Invalidenversicherung durch den gegebenen Sachverhalt Pensionen zahlt für Zeitabläufe, in denen der Versicherte nicht mehr Invalide war und sogar schon seine berufliche Tätigkeit wieder aufgenommen hatte. Ein solches Ergebnis entspricht sicherlich nicht dem Willen des Gesetzgebers, noch dem Ziel des Gesetzes, das nur eine Leistung gewährt falls das versicherte soziale Risiko wirklich erfüllt ist.

Man kann der Rechtsprechung nicht in diesem Punkte zustimmen. Es wäre angebracht gewesen, wenigstens bezüglich der monatlichen Zuwendung die Rechtmäßigkeit eines Bescheides, der Gewährung und

43 Entsch. Bundessozialgericht 26. 3. 1958, Enscheidungssammlung des Bundessozialgerichts, Bd. 7, S. 85

44 In Sachen Entzug der Invalidenpension s. Anmerkung von A. Thill sub Entsch. Oberster Gerichtshof Luxbg. vom 29. April 1971, Pollarini c/ Alters- und Invalidenversicherung, Luxemburg, in QUESTIONS SOCIALES, Bd. 1, 2ter Teil, S. 73 u. ff.

45 s. « Renten auf Zeit » § 1226 RVO und § 53 AVG

46 Entsch. Oberstes Schiedsamt der Sozialversicherung Luxemburg vom 13. Oktober 1977 Dehoux c/Alters- und Invalidenversicherung Luxbg., s. QUESTIONS SOCIALES, Bd. 4, 2. Teil, S. 51 u. ff.
Entsch. Oberstes Schiedsamt der Sozialversicherung Luxemburg vom 13. Oktober 1977 Dofin c/Alters- und Invalidenversicherung Luxbg, s. QUESTIONS SOCIALES, Bd. 4, 2ter Teil, S. 55 u, ff.

Entzug dieser Leistung beinhaltet, festzustellen und sich diesbezüglich der umsichtigen deutschen Rechtsprechung anzuschließen [47].

45. — Ein grundlegender Widerspruch des heutigen Systems besteht darin, daß die Bedingungen zur Gewährung einer Invalidenpension und der monatlichen Zuwendungen verschieden sind. Die erste Leistung setzt eine Erwerbsunfähigkeit voraus, die zweite eine Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit. Dagegen sind die Entzugsbedingungen die gleichen.

Früher mußte beim Entzug der Invalidenpension der Zustand des Versicherten geprüft werden indem man denselben mit dem zur Zeit der Gewährung der Pension bestehenden verglich. Die Gewährung einer « Krankenrente », die vergleichbar ist mit einer monatlichen Zuwendung, hatte keine Nachwirkung auf die Invalidenversicherung [48].

46. — Nachdem man die Regelung in der Arbeiterpensionsversicherung kurz dargestellt hat, muß man den Begriff der Erwerbsunfähigkeit in den anderen Pensionsversicherungen darlegen.

In der Angestelltenversicherung wird als Invalide angesehen derjenige, der durch Krankheit, Gebrechen oder Kräfteschwund dauernd unfähig ist, seinen letzten Beruf auszuüben oder eine vergleichbare Tätigkeit, die seiner Ausbildung und seinen Berufskenntnissen entspricht (Gesetz v. 29. August 1951, Art. 32, Abs. 2).

47. — In der Bauernpensionsversicherung gilt als Invalide derjenige, der durch Krankheit oder Gebrechen die versicherte Berufstätigkeit aufgeben mußte, es sei denn, diese Tätigkeit würde für seine Rechnung weitergeführt, und der unfähig ist eine andere Berufstätigkeit auszuüben, die seinen Fähigkeiten entspricht (Gesetz v. 3. September 1958, Art. 8).

Dieselbe Definition hat in der Pensionsversicherung der Handwerker, Kaufleute und Industriellen Geltung (Gesetz v. 21. Mai 1951; Art. 8 des Gesetzes v. 20. 3. 1974, I, 5).

Das Gesetz vom 23. Dezember 1976 [48bis] sieht in Artikel 8, Abs. 2 vor, daß eine Zuwendung wegen Invalidität dem Versicherten gewährt werden kann, der in medizinischer Hinsicht eine berufliche Arbeitsunfähigkeit von mehr als zwei Drittel aufweist und seine Berufstätigkeit

47 cf. Amtliche Nachrichten Bd. XIII, S. 353 Nr. 583. Eine ausnahmsweise Festsetzung des Endtermins der bewilligten Invalidenrente würde nur dann ohne Bedenken erfolgen können, wenn zur Zeit der Bewilligung die wesentliche Voraussetzung für die Rente — die Erwerbsunfähigkeit — schon wieder beseitigt oder aus einem sonstigen gesetzlichen Grunde die Rente bis dahin wieder in Wegfall gekommen war. In solchen Fällen schließt der zu erteilende, den Rentenlauf zeitlich begrenzende Bescheid zugleich die Gewährung und die Entziehung der Rente in sich.

48 Amtl. Nachr. 1907 S. 503

48bis Ges. v. 23. Dez. 1976 betreffend die Fusion der Pensionsversicherungen der Handwerker, Kaufleute und Industrielle, Mémorial A 1976, S. 1508 u. ff.

weiter ausübt, jedoch unter der Bedingung, daß die Invalidität ununterbrochen während wenigstens sechs Monaten andauert vom Datum der Feststellung derselben durch den Vertrauensarzt. Die Zuwendung wird um den Teil des Berufseinkommens gemindert, der die Hälfte des sozialen Mindestlohnes übersteigt. Besteht die Invalidität nach zwei Jahren seit Gewährung der Zuwendung weiter, wird dieselbe in eine Invalidenpension umgewandelt, die jedoch für den Versicherten die Auflage enthält, daß er sich jedweder Berufstätigkeit enthält, die seinen Kräften und Fähigkeiten entspricht (Gesetz v. 23. Dez. 1976, Art. 8, Abs. 3).

4. Das Unfallrisiko

48. — Bezeichnet der Begriff der Arbeitsunfähigkeit in der Krankenversicherung die Unfähigkeit des Versicherten seine berufliche Tätigkeit auszuüben, so wird er besonders in der Unfallversicherung angewandt, wo er sich mit der Arbeitsunfähigkeit, die im Zivilrecht bei Wegeunfällen entsteht, deckt.

49. — Die Unfallversicherung hat zum Zweck, den Schaden eines Arbeitsunfalles, eines Wegeunfalles oder einer Berufskrankheit zu entschädigen (Art. 97, Abs. 2 S.V.O.).

50. — Die Entschädigung geschieht aufgrund einer pauschalen Wiedergutmachung, die sich durch eine objektive Haftung, d. h. ohne Verschulden, und auf das Betriebsrisiko gründet [49], von der Gesamtheit der Arbeitgeber getragen (Art. 121, Abs. 1 S.V.O.) wird und dessen Umfang von vorneherein durch das Gesetz festgelegt ist [50].

51. — Der Umfang der Haftung der Arbeitgeber beschränkt sich auf die Folgen der Unfälle, die durch oder bei der Arbeit geschehen sind (Art. 92, Abs. 1 S.V.O.). In anderen Worten muß es ein Zusammenhang zwischen dem Unfall und der Ausübung des Berufes geben.

52. — Ein doppelter Kausalzusammenhang muß vorhanden sein:

a) ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der versicherten Tätigkeit und dem Unfallgeschehen (haftungsbegründeter Kausalzusammenhang). Der Unfall muß am Arbeitsplatz, während der Arbeitszeit und durch die Berufstätigkeit verursacht worden sein;
b) ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Unfallgeschehen und der Körperverletzung (haftungsausfüllender Kausalzusammenhang).

53. — Im Sozialrecht gibt es einen besonderen Kausalbegriff, und zwar in der Weise, daß der Unfall die wesentliche Ursache und nicht eine Gelegenheitsursache darstellen muß [51].

49 s. Sachet: Traité de la législation sur les accidents, S. 12—13, Nr. 14 u. 15

50 s. Rouast et Givord: Traité du droit des accidents du travail et des maladies professionnelles, S. 17 u. ff.; Sachet op. cit. S. 11; Kaskel-Sitzler: Sozialversicherungsrecht S. 317

51 Entsch. Bundessozialgericht 31. 1. 1958, s. Medizin im Sozialrecht B 10/4.

Es ist dies eine Anwendung der Relevanztheorie, da von Fall zu Fall aufgrund der Lebenserfahrung geprüft wird, welche Ursache die festgestellten Körperverletzungen haben [52].

54. — Gibt es eine Mehrzahl von Ursachen, eine Ursachenkette, die unabhängig vom Arbeitsunfall zu denselben Folgen führen, so muß man feststellen, welche die überholende, überragende Ursache ist, entweder eine Krankheit oder der Unfall. Alsdann wird die Entschädigung dem Sozialversicherungsträger angelastet, der für das festgestellte Risiko zuständig ist.

55. — Sind die Ursachen aufgrund ihrer Schwere gleichwertig, so wird keine Unterscheidung vorgenommen, und man wird alle zurückbehalten [53]. Die Unfallversicherung wird also die Entschädigung übernehmen, da der Arbeitsunfall eine wesentliche Mitursache oder Teilursache und somit eine Bedingung der Verwirklichung des Risikos darstellt.

56. — Der Begriff der Kausalität bringt ohne Zweifel schwierige Probleme mit sich und wird noch schwieriger, da der Arzt seinen Begriff der Ursächlichkeit nicht von den bestehenden Gesetzestexten und Definitionen, sondern von Angaben, die aus der Anamnese, medizinischen Untersuchungen, Labortesten, Diagnosen, therapeutischen Mitteln, die für einen Einzelfall Gültigkeit haben, herleitet. Der Arzt greift mittels Indizien auf ein mehr oder weniger wahrscheinliches Faktum zurück und stellt so eine Ursachenkette her.

Man sieht in der Anwendung der deduktiven und induktiven Methode einen möglichen Streitherd zwischen Ärzten und Juristen [54]. Ich glaube jedoch, daß, falls der Arzt von einer besonderen induktiven Basis ausgeht um zu einer induktiven Meinung zu gelangen, und diese Meinung nichts weiter enthält als das was in der induktiven Ausgangsbasis enthalten ist, es in reiner Logik keinen Widerspruch geben [55] dürfte, weil im Falle der vollständigen Induktion dieselben schlußendlich eine Form der Deduktion wird. In anderen Worten wird es dem medizinischen Gutachter anheim fallen zu entscheiden, ob er eine induktive Meinung ausspricht oder angesichts der Schwierigkeit und Verwirklichung des Falles denselben der Verwaltung oder dem Gericht zurückreicht, da es ihm unmöglich ist Stellung zu nehmen. Hier liegt der Kern des Problems des Gutachters, der sich nicht erniedrigt, wenn er sein Zögern und seine Zweifel bekannt gibt. Es liegt an der Verwaltung oder gegebenenfalls am Richter zu entscheiden, ob es angebracht ist, weitere Erhebungen anzustellen.

57. — Heikle Fragen der Anlastbarkeit stellen sich oft in der Praxis, wenn es darum geht festzustellen, ob der unzulängliche Gesundheitszu-

52 Entsch. Bundessozialgericht 12. 2. 1970. Breithaupt 1970. S. 810

53 Entsch. Bundessozialgericht 14. 7. 1955, Entsch. BSG, Bd. 1 S. 151 u. ff.; Wagner: Der Arbeitsunfall, Bd. I, 8/4a—8/5;

54 cf. Hennies: Unterschiede zwischen juristischem und medizinischem Denken in « Der Medizinische Sachverständige » 1968 S. 213 u. ff.

55 cf. Induktiver Sillogismus v. Aristoteles (Premières Analytiques II, 23)

stand des Versicherten ursächlich einer Krankheit oder den Folgen eines Arbeitsunfalles zugeschrieben werden kann.

58. — Im Falle eines krankhaften Vorschadens wird bei Arbeitsunfall hiervon in dem Maße Rechnung getragen, ob man entweder eine vorübergehende Verschlimmerung oder eine dauernde Verschlimmerung oder eine richtungsgebende Verschlimmerung annimmt [56]. Im ersten Fall wird eine vorübergehende Rente, in den beiden anderen Fällen eine Dauerrente zuerkannt.

59. — In der land- und forstwirtschaftlichen Unfallversicherung wird in der Berechnung der Rente die vor dem Unfall bereits bestehende Teilarbeitsunfähigkeit berücksichtigt, indem man als Grundlage den Teil des durchschnittlichen Jahresarbeitsverdienstes annimmt, der dem Versicherten geblieben war (Art. 162, Abs. 1 S.V.O.).

60. — Eine einfache ruhende Anlage kann keine Folge auf die Bestimmung des Prozentsatzes der Arbeitsunfähigkeit haben. Hat jedoch der Arbeitsunfall ein ruhendes Leiden ausgelöst, so nimmt man an, daß es durch ihn verursacht wurde [57].

61. — Die Arbeitsunfähigkeit kann teilweise, total, vorübergehend oder dauernd sein.

62. — Die Entschädigung hat von Amts wegen durch die Unfallversicherung zu geschehen (Art. 149, Abs. 1 S.V.O). Derjenige, der eine Entschädigung beansprucht, muß seinen Anspruch binnen drei Jahren seit dem Unfall geltend machen, ansonsten er seinen Rechten verlustig wird (Art. 149, Abs. 2 S.V.O.).

63. — Die Rückfälle stellen ein schwieriges Problem für die Unfallversicherung dar. Theoretisch kann man behaupten, daß, falls es einen Rückfall gibt, die Unfallsache nicht als abgeschlossen anzusehen war. Der Rückfall ist das spontane und unvorhergesehene Aufleben nach der Konsolidierung des Falles und er ist durch die Unfallversicherung zu entschädigen, falls er auf den Arbeitsunfall oder die Berufskrankheit zurückzuführen ist. Dies trifft z. B. bei Fisteln zu, die sich öffnen um sich nach einigen Tagen wieder zu schließen.

In Ermangelung von Gesetzestexten, die sich auf Rückfälle beziehen, gewährt die Unfallversicherung, in der Hypothese eines schon jetzt in Erwägung zu ziehenden zukünftigen Rückfalls, einen Arbeitsunfähigkeitssatz, der etliche Prozentsätze erhöht wird, mit der ausdrücklichen Maßgabe, daß dieser erhöhte Prozentsatz die künftigen Rückfälle entschädigt [58].

56 Entsch. Bundessozialgericht 23. 3. 1961 Medizin im Sozialrecht B 290/25; cf. Gunkel : Der Arbeitsunfall S. 17, Podzun : Der Unfallsachbearbeiter S. 127

57 Entsch. Bundessozialgericht 18/10/1960 Medizin im Sozialrecht B 290/24

58 In diesem Sinn : Schiedsamt der Sozialversicherung Luxbg v. 16. Juni 1960, Torresan c/Gewerbl. Unfallversicherung; Schiedsamt der Sozialversicherung Luxbg v. 3. Februar 1967, Ernster c/Gew. Unfallversicherung (nicht publiziert)

Obwohl dieses Vorgehen juristisch anfechtbar ist, da es sich hier um einen Bescheid handelt, der Zukünftiges vorwegnimmt, weist dieses Vorgehen den Vorteil auf, daß die dauernde Wiederaufnahme verschiedener Akten hinfällig wird. Eine neuere Rechtsprechung hat die Unzuständigkeit der Sozialgerichte für zukünftige Rückfälle festgestellt [59]. Eine andere erstinstanzliche Rechtsprechung hat einfach dem Sozialversicherten alle Rechte vorbehalten, was an sich an der rechtlichen Lage nichts ändert, da der Sozialversicherte jederzeit die Möglichkeit hat eine Änderung des Rentensatzes oder die Anerkennung eines Rückfalles zu beantragen [60].

64. — Die Überprüfung des Rentensatzes kann erfolgen, wenn die Bedingungen, die die Zuerkennung begründet haben, eine wesentliche Änderung erfahren (Art. 20 Allgemeine Ausführungsbestimmungen der Unfallversicherung v. 11. Juni 1926).

65. — Es besteht eine wesentliche Änderung wenn sich herausstellt, daß die Rente aufgrund einer falschen Diagnose gewährt wurde [61].

Hat der Verunfallte seine Arbeitsfähigkeit nach einer beruflichen Umschulung wiedererlangt, so muß der Rentensatz neu geprüft werden.

66. — Die Dauerrente darf nur während drei Jahren, die einem endgültigen Bescheid folgen, einer Änderung unterzogen werden, es sei denn eine Verschlechterung von wenigstens 10% hätte sich eingestellt (Art. 149. Abs. 6 S.V.O.) [62].

67. — Die Sätze werden nach einer Tafel ohne bindenden Wert festgesetzt [63]. Diese Sätze sind auf alle Verunfallten anwendbar ohne Inbetrachtnahme des Berufes. In Anbetracht des Prinzips der pauschalen Entschädigung sind diese Prozentsätze auf dem allgemeinen Ar-

59 Oberstes Schiedsamt der Sozialversicherung Luxbg v. 8. Dez. 1966, Bertemes c/ Gew. Unfallversicherung (nicht veröffentlicht); Oberstes Schiedsamt der Sozialversicherung Luxbg. v. 18. Mai 1972 Pizzitulio c/ Gew. Unfallversicherung (unveröffentlicht)

60 Schiedsamt der Sozialversicherung Luxbg v. 13. Dez. 1977 Huth c/ Gew. Unfallversicherung (unveröffentlicht)

61 In diesem Sinne : Oberstes Schiedsamt der Sozialversicherung Luxbg 16. Dez. 1954, Georges c/Gew. Unfallversicherung; Oberstes Schiedsamt der Sozialversicherung Luxbg 5. Mai 1966 Reuter c/ Alters- und Invalidenversicherung; Schiedsamt der Sozialversicherung Luxbg 10. Juli 1958 Caviggioli c/ Gew. Unfallversicherung (nicht publiziert)

62 Das Bundessozialgericht hat festgestellt, daß eine Besserung oder Verschlimmerung von Unfallfolgen nur dann eine wesentliche Änderung darstellt, wenn sich hierdurch der Grad der Minderung der Erwerbstätigkeit um mehr als 5 v. H. senkt, bzw. erhöht. Eine Änderung von weniger als 5 v. H. liegt in dem Fächer der ärztlichen Fehlbewertungen (Entsch. Bundessozialgericht v. 2. 3. 1971, Breithaupt 1971, S. 829)

63 « Guide-barême des accidents du travail » von Mayet und Rey, neu bearbeitet von Mathieu und Padovani.

beitsmarkt anwendbar. Nur in einzelnen Fällen wird eine Ausnahme gemacht, so z. B. beim Verlust eines Fingers bei einem Klavierspieler.

68. — Im Falle von mehreren dauernden Teilarbeitsunfähigkeiten werden im Prinzip die Formeln von Balthazar und Gabrielli angewandt [64].

69. — Die Beweislast obliegt dem Antragsteller, also im Prinzip dem Sozialversicherten. Falls der Sozialversicherungsträger einen Tatbestand anführt, so z. B. eine wesentliche Änderung, so muß derselbe diesen Tatbestand beweisen. Das Sozialrecht folgt also den allgemeinen Rechtssätzen [65], so wie dies auch in Deutschland der Fall ist (Prinzip der objektiven Beweislast).

Eine gewisse Rechtsprechung hat versucht eine « praesumptio » einzuführen, so wie dies in Frankreich der Fall ist [66].

C. DIE ENTSCHÄDIGUNG

70. — Die Entschädigung der verschiedenen sozialen Risiken geschieht im Rahmen der gesetzlichen Regeln, die auf die verschiedenen Zweige der Sozialversicherung Anwendung finden. Nachstehend ein kurzer Überblick der Leistungen, die den Lohnausfall ersetzen.

1. Die Krankengeldentschädigung

71. — Im Krankheitsfall erhält der Versicherte eine Krankengeldentschädigung, die dem Bruttolohn entspricht, den der Versicherte erhalten hätte, falls er während seines Krankenurlaubs gearbeitet hätte (Art. 7 S.V.O.).

Die Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle wurde also in die Krankenversicherung eingebaut und nicht, wie in Deutschland, in den Rahmen des Arbeitsrechtes [67].

72. — Der Bruttolohn, der bei der Berechnung der Krankengeldentschädigung berücksichtigt wird, kann im Prinzip den sozialen Mindestlohn nicht unterschreiten (Art. 7, Abs. 2 Ges. 2. Mai 1974). Er wird nach den Regelungen des großherzoglichen Reglements vom 20. September 1974 [68], die in den Satzungen des Krankenkassenverbandes vom 30. November 1976 ausgeführt werden (Art. 5—9 der Satzung) festgesetzt [69].

73. — Der Anspruch auf Krankengeldentschädigung (Lohnfortzahlung) beginnt mit dem ersten Arbeitstag wo Arbeitsunfähigkeit vorliegt und dauert während 52 darauffolgenden Wochen, sogar wenn

64 s. Guide-barême Mayet und Rey, Kapitel « Généralités »
65 s. Bonnier : « Traité des preuves », S. 31—33
66 Schiedsamt der Sozialversicherung Luxbg 14. Dez. 1973 Baldelli c/Gew. Unfallversicherung; O. Godard : « Le système de la preuve en matière d'accidents du travail, S. 30 u. ff.
67 Becher : Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle S. 75 u. ff.
68 Memorial A Nr. 68 S. 1538
69 Memorial A Nr. 72 S. 1148—1149

eine neue Krankheit während dieser Periode eintritt (Art. 8 Abs. 2 u. 3 S.V.O., Art. 9 der Krankenkassensatzung).

74. — Die Krankengeldentschädigung ist nicht geschuldet solange der Krankenhausaufenthalt dauert (Art. 9 Abs. 5 S.V.O.; Art. 16 Krankenkassensatzung).

75. — Den Mitversicherten steht während des Krankenhausaufenthaltes des Versicherten eine Haushaltszuwendung zu, die der Krankengeldentschädigung während den 10 ersten Arbeitstagen des Krankenhausaufenthaltes entspricht und 85% dieser Entschädigung darstellt ab elften Arbeitstag bis zu 52 Wochen, die sich vom Anfang der Arbeitsunfähigkeit berechnen (Art. 9, Abs. 6 S.V.O.; Art. 6 der Krankenkassensatzung).

76. — Wenn keine Haushaltszuwendung geschuldet ist, erhält der im Krankenhaus verweilende Versicherte ein Peculium oder Eigenzuwendung, die pro Arbeitstag das Drittel der Krankengeldentschädigung ausmacht (Art. 9, Abs. 6 in fine der S.V.O., Art. 16, Abs. 3 u. 19 der Krankenkassensatzung).

77. — Wenn der Versicherte eine Alimentenrente schuldet, wird die Eigenzuwendung bis zur Höhe dieser Alimentenrente aufgestockt, ohne daß sie jedoch den Betrag der Haushaltszuwendung übersteigen kann (Art. 16, Abs. 4 der Krankenkassensatzung).

78. — Die Krankengeldentschädigung ist nicht geschuldet im Falle der gesetzlichen oder vertraglichen Lohnfortzahlung während der Arbeitsunfähigkeit (Art. 8, Abs. 9 der S.V.O., Art. 3 in fine der Krankenkassensatzung).

2. Das Mutterschaftsgeld

79. — Das Mutterschaftsgeld entspricht der Krankengeldentschädigung (Art. 13, Abs. 4 S.V.O., Art. 25 der Satzung der Krankenkassen).

80. — Es ist geschuldet während des Mutterschaftsurlaubs, der sich auf acht Wochen vor und acht Wochen nach der Geburt erstreckt. Nach der Geburt kann der Urlaub auf zwölf Wochen ausgedehnt werden, im Falle einer Frühgeburt oder einer Mehrgeburt, oder falls die Mutter das Kind stillt (Art. 3, Gesetz vom 3. Juli 1975 betreffend den Schutz der Frau bei der Arbeit, das Art. 13 der S.V.O. und Art. 26 der Satzung der Krankenkassen abändert).

81. — Das Mutterschaftsgeld ist nicht geschuldet wenn der Lohn weitergezahlt wird (Art. 13, Nr. 1 der S.V.O.; Art. 24 in fine der Satzung der Krankenkassen).

3. Die Invalidenpension

82.— Die Invalidenpension begreift :

a) einen gleichbleibenden Teil (part fixe) von 15.000,— Fr. (Index 100) zu Lasten des Staates und der Gemeinde;

b) einen Steigerungsbetrag zu Lasten der Sozialversicherungsanstalt von 1,6% der jährlich angegebenen indexangepaßten Löhne;

c) einen Kinderzuschuß für jedes Kind, das eine Waisenrente beim Tode des Versicherten beanspruchen könnte. Dieser Zuschuß beläuft sich auf 3.200,— Fr. jährlich (Index 100).

83. — Die Pensionen sind an die Entwicklung des Indexes der Lebenshaltungskosten gebunden und werden durch Gesetz dem Lohnniveau angepaßt.

84. — Die Mindestpension beläuft sich auf 27.600,— Fr. (Index 100), Familienzuschüsse ausgeschlossen, falls der Versicherte wenigstens 2700 Versicherungstage und auf 55.500,— Fr. (Index 100) falls der Versicherte wenigstens 9450 Versicherungstage nachweist (Art. 203, Abs. 3 u. 5. S.V.O.). Diese Mindestbeträge werden angepaßt in gleichem Maße und zur selben Zeit wie der soziale Mindestlohn [70].

85. — Bei frühzeitiger Invalidität, d. h. vor dem Alter von 55 Jahren, wird die Pension berechnet als sei die Invalidität bei Erreichung des 55. Lebensjahres eingetreten. Die Pension erhöht sich durch einen besonderen Steigerungsbetrag, der für jeden noch fälligen Kalendermonat von der Gewährung der Pension bis zur Erreichung des 55. Lebensjahres gewährt wird.

Die besondere Steigerung beträgt 1,6% des sozialen Mindestlohnes für die Periode bis zur Erreichung des 35. Lebensjahres und 1,6% desselben Lohnes zuzüglich 20% für die Folgeperiode (Art. 203, Abs. 1 S.V.O.)

86. — Durch Gesetz vom 26. März 1974 wurden Pensionszuschüsse, genannt «compléments différentiels», bei frühzeitiger Invalidität oder Tod den Opfern unrechtmäßigen Handelns der Besatzungsmacht zuerkannt [71].

87. — In den Pensionsregimen die durch Spezialgesetze geregelt sind, werden die Invalidenpensionen nach den gleichen Regeln berechnet [72].

4. Die Geldleistungen der Unfallversicherung

Unterscheiden wir zwischen den eigentlichen Geldleistungen und den Renten.

70 Art. 203 S.V.O.; Ges. vom 14. Mai 1974 Memorial A S. 799; Großh. Regt vom 27. Dez. 1974 Memorial A S. 2387

71 s. Memorial 1974 A Nr. 21 S. 392 u. ff.

72 Pensionsversicherung der Privatbeamten, abgeändertes Gesetz vom 29. August 1951, Art. 37
Pensionsversicherung der Handwerker, abgeändertes Gesetz vom 21. Mai 1951, Art. 15
Pensionsversicherung der Bauern, abgeändertes Gesetz vom 3. September 1956, Art. 15
Pensionsversicherung der Kaufleute, Handwerker und Industriellen, abgeändertes Gesetz vom 22. Januar 1960, Art. 15

a) Die Geldleistungen

88. — Die Tagesentschädigung wird in derselben Weise berechnet wie die Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle. Sie ist geschuldet solange der Verunfallte arbeitsunfähig ist, ohne jedoch die Dauer der dreizehn auf den Unfalltag folgenden Wochen überschreiten zu dürfen (Art. 97, Nr. 2, Abs. 2 S.V.O.).

89. — Bei Krankenhausaufenthalt des Verletzten erhalten die Anspruchsberechtigten während der drei ersten Wochen eine Haushaltszuwendung, die der Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle entspricht.

Ab vierte Woche entspricht die Haushaltszuwendung den Renten, die im Todesfall geschuldet wären (Art. 107, Abs. 1 der S.V.O.) [72bis].

90. — Bei Krankenhausaufenthalt eines Verunfallten, der keine Familienlasten hat, erhält der Versicherte ein Peculium oder Eigenzuwendung, die sich während den drei ersten Wochen auf zwei Drittel der Tagesentschädigung beläuft und auf ein Drittel dieser Entschädigung ab vierte Woche (Art. 107, Abs. 2 der S.V.O.).

b) Die Renten

91. — Die Rente wird berechnet aufgrund des Jahresarbeitsverdienstes, welcher der Verletzte während des Jahres vor dem Unfall im Betriebe, wo der Unfall sich ereignet hat, verdient hat (Art. 98, Abs. 1 S.V.O.).

Die Rente kann auch berechnet werden aufgrund des gewöhnlichen Tagesarbeitslohnes, den der Verletzte bei seinem letzten Arbeitsposten im Betriebe, wo der Unfall sich ereignet hat, erzielte, vervielfacht durch die Anzahl der Arbeitstage, die regelmäßig beschäftigte Arbeiter in einem gleichartigen Betriebe gewöhnlich erreichen. Diese Art der Berechnung wird angewandt, falls sie dem Versicherten günstiger ist als erstere (Art. 98, Abs. 2 S.V.O.).

92. — Im Fall totaler Arbeitsunfähigkeit wird die volle Rente zuerkannt, die 80% des oben angeführten Jahresarbeitslohnes ausmacht (Art. 97, Abs. 5 S.V.O).

93. — Im Falle teilweiser Arbeitsunfähigkeit wird die Rente einen Teil der vollen Rente darstellen. Dieser Teil wird durch den Grad der Arbeitsunfähigkeit bestimmt (Art. 97, Abs. 5 in fine S.V.O.).

94. — Es gibt keine Grenze, unter die eine Gewährung der Rente nicht mehr erfolgen könnte, so daß es rechtlich zulässig ist, Renten von 0,25%—0,50% zuzuerkennen [73].

Diese Renten entschädigen einen immateriellen, oft hypothetischen Schaden. Bei Anerkennung solcher Rentensätze müßte wenigstens ein greifbarer Abbruch der physischen Integrität vorliegen und nicht nur

72bis Art. 107 SVO ist durch Gesetz vom 14. März 1979 abgeändert worden, s. Memorial A S. 429.

73 Entsch. Oberstes Schiedsamt der Sozialversicherung Luxbg 14. 11. 1968 Johanns c/Gewerbl. Unfallvers. Luxbg. (unveröffentlicht)

ein geringfügiger Substanzverlust, der keine Folge auf die Arbeitsfähigkeit hat.

95. — Im Falle von Behinderung des Verletzten, d. h. wenn der Verletzte nicht ohne die Hilfe und die Pflege von anderen Personen auskommen kann, so ist die Rente im Verhältnis zur Behinderung zu erhöhen, ohne jedoch den Jahresarbeitsverdienst übersteigen zu können (Art. 97, Abs. 7 S.V.O.).

96. — Erhält der Versicherte seitens der Unfallversicherung eine oder mehrere Renten, die im ganzen einer Arbeitsunfähigkeit von wenigstens 50% gleichkommt, so wird im Regelfall ein Zuschuß von 10% der Rentenbeträge für jedes ihm zu Lasten gehendes Kind bis zum Alter von 18 Jahren gewährt (Art. 97, Abs. 9 S.V.O.).

97. — Die Renten werden solange gewährt als die teilweise oder vollständige Arbeitsunfähigkeit besteht.

98. — Die Renten werden an den Index angepaßt und wenigstens alle 5 Jahre der allgemeinen Lohnentwicklung angepaßt (Art. 100 S.V.O.).

99. — Bei Zusammentreffen einer Invalidenpension mit einer oder mehreren Unfallrenten, wird die Invalidenrente in vollem Umfange gezahlt, ohne daß die Summe der Pensionen und Renten entweder den Durchschnitt der fünf besten Jahresarbeitsverdienste oder für den Fall wo dieser Berechnungsmodus günstiger für den Versicherten ist, den Jahresverdienst, aufgrund dessen die Unfallrente berechnet wurde, übersteigen darf. Die Minderung der Invalidenpension darf den Betrag der Unfallrente nicht übersteigen. (Art. 234 S.V.O.).

D. DIE ZUSATZVERSICHERUNG

100. — Über die Zusatzversicherung sprechen, heißt das Problem der Zusatzsysteme stellen. Eine zusätzliche Versicherung oder Versorgung hat nur Sinn falls die Leistungen des allgemeinen Systems ungenügend sind um nach dem Eintreffen des Risikos dasselbe Lebensniveau zu sichern als vorher.

101. — In der Altersversorgung besteht das zu erstrebende Ziel darin, die Pensionen zu erhöhen, um den möglichst höchsten Prozentsatz vom letzten im aktiven Berufsleben erreichten Lohn zu erreichen.

102. — Man kann dem Ursprung nach, zwei Arten von Zusatzversicherungen unterscheiden.

Einerseits diejenigen, die sich auf einen sozialrechtlichen Gesetzestext stützen und die, welche einer vertraglichen Abmachung privaten Rechts entspringen.

I. Die Zusatzversicherungen auf dem Gebiete der sozialen Sicherheit

103. — Diese Zusatzversicherungen bleiben im Rahmen der Sozialversicherung. Die Versicherten bleiben dem allgemeinen Versicherungssystem unterworfen, aber aufgrund ihrer Beschäftigung gehören sie des weiteren einem Zusatzsystem an.

104. — Eine solche Zusatzversicherung wurde für drei Berufssparten eingeführt:

1) die Gruben- und Stahlarbeiter [74];
2) die technischen Angestellte der Grubenbetriebe [75];
3) die Berufskraftwagenführer [76].

105. — Das System der Zusatzversicherung zeichnet sich durch eine zusätzliche Finanzierung durch Beiträge und weitergehende Leistungen aus.

106. — Diese Leistungen können unter zwei Stichworten zusammengefaßt werden:

1° Anspruch auf eine frühzeitige Alterspension:

Dieser Anspruch gilt folgendermaßen:

a) der Grubenarbeiter ist berechtigt eine Pension zu beanspruchen:
   — im Alter von 60 Jahren, falls er 20 Jahre Grubenarbeit aufweist;
   — im Alter von 58 Jahren, falls er 30 Jahre Grubenarbeit aufweist;
   — im Alter von 55 Jahren, falls er 35 Jahre Grubenarbeit aufweist.

b) der Stahlarbeiter ist berechtigt eine Pension zu beanspruchen im Alter von 60 Jahren, falls er 35 Jahre im Stahlwerk gearbeitet hat;

c) der Berufskraftfahrer ist berechtigt eine Pension zu beanspruchen im Alter von 60 Jahren, falls er 35 Versicherungsjahre aufweist, die 360 monatliche Zusatzbeiträge beinhalten.

107. — Die vorzeitig Pensionierten müssen jedweder beruflicher Tätigkeit entsagen.

108. — Man muß darauf hinweisen, daß sich die Eisenerzgruben seit mehr als zehn Jahren in einer schweren Notlage befinden, die viele Schließungen zur Folge hatte. Der Verlust des Arbeitspostens, der durch die gänzliche oder teilweise Schließung der Grube für den Grubenarbeiter entstanden ist, hat die Regierung veranlaßt [77], die Bedingungen des Bezuges einer vorzeitigen Pension zu erleichtern, und zwar

— im Alter von 50 Jahren und 30 Grubenjahren,
— im Alter von 55 Jahren und 30 Arbeitsjahren, wovon 25 Grubenjahre,
— im Alter von 58 Jahren und 30 Arbeitsjahren, wovon 20 Grubenjahre [78].

2° Die zusätzlichen Leistungen

109. — Die vorzeitig Pensionierten erhalten Sozialleistungen, die im System der allgemeinen Altersversorgung nicht vorgesehen sind.

---

74 Großh. Regt. v. 2. Februar 1948
75 Großh. Regt. v. 2. Februar 1948
76 Großh. Regt. v. 12. März 1966
77 Großh. Regt. v. 23. Mai 1967
78 s. Beruf im Sozialrecht: Schriftenreihe des deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. 5, S. 140. Beitrag von A. Thill

1') Der Grubenarbeiter erhält eine Spezialzulage von 0,8% der Lohnklassen und der Löhne seit dem 1. Oktober 1940, die für die Beiträge zur Knappschaftskasse oder für die Zusatzversicherung gezahlt wurden.

Der Zuschlag beträgt wenigstens 500,— Fr. pro Monat, falls die Bedingungen des Art. 3, Abs. 2 des großherzoglichen Beschlusses vom 2. Februar 1948 erfüllt sind.

2') Der Stahlarbeiter erhält eine Spezialzulage von 10,— Fr. pro Jahr für jeden Monat, den er in einem Stahlwerk im Lande beschäftigt war ab 1. Januar 1924.

Dieser Steigerungsbetrag beträgt wenigstens 200 Fr. pro Monat, falls die Bedingungen des Art. 2, Abs. 2 des großherzoglichen Beschlusses vom 2. Februar 1948 erfüllt sind.

3') Der technische Angestellte eines Grubenbetriebes erhält eine Zulage, die sich folgendermaßen aufteilt:

a) eine Steigerung von 1,5% der Gesamtlöhne, die für die Beiträge zur Zusatzversicherung gezahlt wurden;

b) eines einheitlichen Betrages von 100,— Fr. für jeden der sechzig ersten Monate, die bei der Zusatzversicherung gedeckt sind (Art. 2 Großherz. Beschl. v. 2. Februar 1948 betreffend die Bestimmungen der Zusatzversicherung der technischen Angestellten der Grubenbetriebe).

4') Der Berufskraftfahrzeugführer erhält eine Aufbesserung von 10,— Fr. pro Jahr für jeden abgeführten Monatsbeitrag (Art. 2 des großherzoglichen Reglements vom 12. März 1966, das Artikel 210 S.V.O. auf gewisse Berufskraftfahrzeugführer anwendet).

II. Die betriebliche Zusatzversicherung

110. — Die Zusatzversicherung hat eine Daseinsberechtigung, wenn die allgemeine Altersversorgung ungenügend ist, um dem Versicherten denselben Lebensstandard zu sichern, den er vor dem Eintreten des Risikos hatte.

111. — Die privatrechtliche Zusatzversicherung wurde vom Arbeitgeber geschaffen, um die Laufbahn im privaten Sektor anziehender zu gestalten im Vergleich zu dem Statut der Beamten und der öffentlichen Angestellten und zu den Leistungen des allgemeinen Systems der sozialen Sicherheit. Außer diesem Beweggrunde war es der Wille des Arbeitgebers, die Treue seiner Angestellten und Arbeiter, die ein gewisses Dienstalter erreicht haben, belohnend anzuerkennen.

112. — Die Sozialversicherung stellt die Grundversorgung dar. In diesem Zusammenhang muß man hervorheben, daß es in Luxemburg kein Zusatzversicherungssystem gibt, das dem französischen System

der « retraites complémentaires » gleichkommt[79]. Das System der Zusatzversicherung kennzeichnet sich in Luxemburg durch ein Fehlen von Koordinierung und ein Hauch der Zweideutigkeit aus.

113. — Zusatzsysteme findet man in Luxemburg in gewissen gut organisierten Berufszweigen, hauptsächlich in der Eisen- und Stahlindustrie, sowie im Banksektor.

Nach den zugänglichen Quellen über Zusatzsysteme, stellen dieselben in der Regel eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers dar, der eine zusätzliche Versicherung bei einer privaten Versicherungsgesellschaft abschließt.

Es ist selbstverständlich, daß die Arbeitnehmerschaft die Einverleibung dieser zusätzlichen Sicherung in den Arbeitsvertrag verlangt.

114. — Auf dem Gebiet der Versicherung gegen Arbeitsunfälle findet man in der Stahl- und Eisenindustrie eine Zusatzversicherung vor, die bei Arbeitsunfällen, die einen Arbeitsunfähigkeitsgrad von wenigstens 10% zur Folge haben, zum Tragen kommt.

Die Leistungen hängen von der Klasse ab, in der der Lohn eingestuft wurde und bestehen in der Auszahlung einer Kapitalsumme, die dem eingetretenen Risiko entspricht. Dieses Risiko erstreckt sich von der Teilarbeitsunfähigkeit bis zur vollen Arbeitsunfähigkeit und dem Todesfalle.

Die Versicherung wird vom Arbeitgeber bei einer privaten Versicherungsgesellschaft abgeschlossen.

Die finanzielle Last übernimmt ausschließlich der Arbeitgeber.

115. — Auf dem Gebiete der Altersversicherung wurde eine Zusatzversicherung ebenfalls erstmals im Berufszweig der Eisen- und Stahlindustrie eingeführt.

A) In der Eisen- und Stahlindustrie

116. — In der Eisen- und Stahlindustrie wird die zusätzliche Altersversorgung vom Arbeitgeber als versprochene Belohnung für Betriebszugehörigkeit während einer gewissen Zeitdauer gewährt.

117. — Die Pensionszuwendung beruht auf freiwilliger Basis und ist widerrufbar.

118. — Die Pensionsaufbesserung berechnet sich nach Dienstrang und -alter, sowie dem Lohn zur Zeit der Pensionierung.

---

79 s. Netter: Les régimes complémentaires de retraites, Droit social 1960, S. 671 u. ff.; Netter: Les problèmes posés par les régimes complémentaires, Rev. éco. März 1967; cf. Juriscl. séc. soc. fascic. 810—814; Révol: Régimes complémentaires, Rép. Dalloz Dr. soc.; Grounin-Birien: Les régimes complémentaires de sécurité sociale en France, in « Les régimes complémentaires de sécurité sociale », 2ter Teil, Jahrbuch E.I.S.S. 1973, S. 55 u. ff.

Das Dienstalter bestimmt sich durch eine ununterbrochene Betriebszugehörigkeit. Ein begonnenes Jahr wird als volles Jahr bis zur Grenze von vierzig Dienstjahren gezählt.

Die Höhe der Leistung berechnet sich nach folgender Tabelle aufgrund des Unterschiedes, der sich aus dem Pensionsbeitrag der gesetzlichen Altersversicherung und dem letzten Lohn ergibt.

	Dienstalter	Umrechnungsfaktor
bis	15 Jahre	0,40
	20 Jahre	0,48
	25 Jahre	0,56
	30 Jahre	0,64
	35 Jahre	0,72
	40 Jahre	0,80
	45 Jahre	0,90
	50 Jahre	1,00

Der in Rechnung zu stellende Lohn (Bezugslohn) ist der letzte Grundlohn einschließlich der Leistungsprämien ohne jedoch die Lohnhöchstgrenze, die vom Arbeitgeber festgesetzt wird, zu übersteigen. Falls die Höchstgrenze überschritten ist, wird eine lineare Kürzung durch den Arbeitgeber vorgenommen.

Die gesetzliche Pension begreift alle nationalen und ausländischen Pensionen. In der Regel werden hier die Kriegsschädenrenten und Unfallrenten außer Betracht gelassen [80].

119. — Die Zusatzpension wird regelmäßig der Lohnentwicklung der schaffenden Arbeitnehmer angepaßt und dies in der Regel einmal im Jahr.

120. — Bei frühzeitiger Invalidität ist die Zusatzpension nach obigen Regeln geschuldet.

121. — Die Zusatzpension geht als Teilpension auf die Witwen und Waisen über.

122. — Sie ist nicht geschuldet bei freiwilligem Ausscheiden aus dem Betrieb vor Erreichen der Altersgrenze von 60 Jahren.

B) Im Banksektor

123. — Aufgrund der bestehenden Regelung bei einer der größten Banken des Landes, sieht das System der Zusatzversicherung folgendermaßen aus :

80 Beispiel : Bezugslohn : 55.000 × 0,64 = 35.200 im Falle eines Dienstalters von 30 Jahren. Beläuft sich die gesetzliche Pension auf 24.150,— Fr., so ist die zusätzliche Pension (35.200 — 24.150) = 11.050,— Fr. Für weitere Einzelheiten s. « De Sidérurgist », Offizielles Organ des Verbandes der Angestellten der Gruben und Hüttenwerke, Nr. 2/77 u. 3/78

Man schafft eine Pensionskasse bei dem Bankbetrieb in der juristischen Form einer Anstalt öffentlichen Nutzens (établissement d'utilité publique). Die Satzung, die die Pensionsregelung umfaßt, wird von der Bank und der Pensionskasse der Bankangestellten gebilligt und angenommen.

Die Zusatzpensionskasse ist berufen, bis zu einem gewissen Prozentsatz die Leistungen der gesetzlichen Privatbeamtenpensionsversicherung aufzustocken.

124. — Die Zusatzpension wird bei Eintritt des Risikos berechnet und steht dem Angestellten oder den Bezugsberechtigten zu mit der Maßgabe, daß die Summe der zusätzlichen Leistung und der gesetzlichen Pension nicht 75% der Höchstgrenze der Klasse übersteigt, der der Angestellte angehört. Falls die Grenze überschritten ist, wird die Zusatzpension gekürzt.

Die Beträge, die ein Angestellter aufgrund persönlicher Versicherungsverträge erhält, werden nicht in Betracht gezogen, um die Zusatzpension festzustellen.

Der Bezugslohn, der für die Berechnung der Zusatzleistung dient, begreift :

1) den Grundlohn, so wie dieser durch den allgemeinen Tarifvertrag der Bankangestellten bestimmt wird.
2) die Zuwendung des sogenannten « dreizehnten Monats ».

125. — Diese Bestandteile werden dem am Tage des Risikoverfalls geltenden Indexwert angepaßt.

126. — Der Bezieher einer Zusatzpension ist verpflichtet, jährlich im Monat Januar den Betrag, den er von der gesetzlichen Altersversorgung erhält, der Zusatzkasse mitzuteilen.

Anspruch auf die Leistungen der zusätzlichen Altersversorgung können alle Angestellten der Bank erheben, sowie bei Erfüllung der Bezugsbedingungen der gesetzlichen Angestelltenpensionsversicherung, die Witwen, Waisen, Mutter und Schwester, sowie andere Berechtigte.

Die Zusatzpension ist den Bankangestellten die 65 Jahre alt sind geschuldet, falls sie fünfzehn Jahre ununterbrochen Dienst bei der Bank aufweisen können.

Die Zusatzpension steht dem Bankangestellten zu, falls er schon mit 60 Jahren in den Ruhestand tritt, aber unter der Bedingung, daß er sich jedweder beruflichen Tätigkeit enthält. In diesem Fall wird die Zusatzpension, die er im Alter von 65 Jahren hätte beanspruchen können, um 5% pro Jahr gekürzt für die Periode vom Beginn der frühzeitigen Pension bis zur Erreichung des 65. Lebensjahres. Diese Kürzung ist auf 2,5% beschränkt, falls der Berechtigte vierzig Jahre Dienst bei der Bank hat am Tage wo er seine vorzeitige Pensionierung beantragt.

127. — Bei frühzeitiger Invalidität erhält der Berechtigte eine weitere Invaliditätszulage, die die Gesamtheit der Pensionsbezüge und

-Entschädigungen auf 75% des Bruttolohnes bringt. Der Bankangestellte muß jedoch die Bedingung eines Dienstalters von 10 Jahren ununterbrochenen Dienstes bei der Bank erfüllen.

128. — Die Zusatzpensionen für Überlebende, die der Witwe, der Mutter und der Schwester, sowie der Waisen der Bankangestellten, die nach zehn Jahren ununterbrochener Dienste sterben, sind bestimmt, die Gesamtheit der Bezüge der Überlebenden auf 60% und für jede Waise auf 20% des Betrages aufzustocken, den der Bankangestellte erhalten hätte bei Invalidität oder den er bei seinem Tod bezogen hat.

129. — Die Summe der Zusatzleistungen für Überlebende darf den Betrag der Zusatzpension nicht übersteigen, den der Verstorbene bei Invalidität oder zur Zeit seines Ablebens erhält [81].

III. DIE ZUSATZVERSICHERUNG DER « MUTUALITÄTEN »

Die Zusatzversicherung der Mutualitäten hat damit begonnen die Leistungen, die nicht von der gesetzlichen Krankenversicherung erstattet wurden, zu erbringen, um sich in der Folge auf das Gebiet der Renten auszudehnen.

A) Auf dem Gebiet der Krankenversicherung

130. — Die « Caisse chirurgicale mutualiste des Großherzogtums Luxemburg » wurde am 15. April 1956 gegründet [82].

Ihre Rolle wurde durch einen gegenseitigen Unterstützungsverein, genannt « Caisse dentaire mutualiste du Grand-Duché de Luxembourg » (Zahnersatzkasse) im Jahre 1963 ergänzt, die der obengenannten chirurgischen Kasse angegliedert wurde [83].

Diese beiden Vereine haben sich zusammengeschlossen. Aus dieser Fusion ist die « Caisse médico-chirurgicale mutualiste des Großherzogtums Luxemburg » entstanden mit Wirkung ab 1. Januar 1976 [84].

131. — Dieses neue Gebilde ist dem Gesetz vom 7. Juli 1961 [85] betreffend die gegenseitigen Unterstützungsvereine und dem großherzoglichen Beschluß vom 31. Juli 1961 [86] betreffend das Funktionieren der Unterstützungsvereine unterworfen.

132. — Um der Caisse médico-chirurgicale anzugehören, muß man Mitglied eines Unterstützungsvereins sein, der vom Staat anerkannt ist

81 Diese Regelung ergibt sich aus dem Pensionsreglement, das am 25. Juni 1970 zwischen der Generalbank und der Pensionskasse der Bankangestellten unterschrieben wurde. Die Bestimmungen traten am 1. Juli 1970 in Kraft.
82 s. Memorial 1956 Nr. 43, S. 959 u. ff.
83 s. Memorial B Nr. 59 vom 29. Nov. 1963, S. 1016 u. ff.
84 s. « De letzeburger Mutualist », Offizielle Zeitschrift der Nationalen Federation der luxemburgischen Mutualitäten 1975 Nr. 2
85 s. Memorial 1961 A Nr. 28, S. 680 u. ff.
86 s. Memorial 1961 Nr. 31, S. 740 u. ff.

und Mitglied der nationalen Federation der luxemburgischen Mutualität ist.

Das wirkliche Mitglied hat Anspruch auf Leistungen seitens der Kasse, sowie folgender Personenkreis :

1° die Ehegatten, die Verwandten oder Verschwägerten in direkter Linie, unter der Bedingung, mit dem Versicherten in häuslicher Gemeinschaft zu leben;

2° die Adoptivkinder und alle anderen Kinder, die der Versicherte dauernd in seinem Haushalt aufgenommen hat und für deren Erziehungs- und Unterhaltskosten er aufkommt;

3° die verwandte oder verschwägerte Frau in seitlicher Linie bis zum dritten Grade einschließlich, die, an Stelle der Ehegattin, dem Versicherten den Haushalt führt.

Die Ausdehnung des Versichertenkreises ist weitgehend auf die einschlägigen Bestimmungen der gesetzlichen Krankenversicherung abgestimmt [87].

133. — Die Versicherten werden in zwei Kategorien eingeteilt :

— Gruppe A begreift die Nichtmitglieder einer luxemburgischen Krankenkasse,

— Gruppe B, C, D begreifen die Mitglieder einer luxemburgischen Krankenkasse und die bei der allgemeinen Krankenversicherung der europäischen Gemeinschaften Versicherten (Art. VIII der Satzung).

134. — Die Mitglieder müssen in der Regel ihren Wohnsitz in Luxemburg oder in den angrenzenden Gebieten haben (Art. IV(1) der Satzung).

135. — Die Mitgliedschaft erlischt von selbst, falls das Mitglied seine Beiträge bis zum 31. Dezember nicht bezahlt hat oder nicht mehr Mitglied eines Unterstützungsvereins ist (Art. VII(1) der Satzung).

136. — Die im Ausland ansässigen Mitglieder haben die Möglichkeit, ihre Mitgliedschaft bei der « Caisse médico-chirurgicale » zu verlängern (Art. IV(2) der Satzung).

137. — Um Anspruch auf Leistungen zu haben, müssen die wirklichen Mitglieder wenigstens dreizehn Monate versichert sein (Art. X(1) der Satzung).

138. — Die Geldmittel des Vereins stammen aus :

1° Beiträgen
2° Eintrittsgebühren
3° Schenkungen und testamentarischen Verfügungen
4° Zuschüssen von Staat und Gemeinden
5° Zinsen aus Guthaben.

87 Vergleiche Art. 2 Ges. v. 2. Mai 1974 das Buch I der SVO abgeändert und Art. III (2) der Satzung der Caisse médico-chirurgicale mutualiste du Grand-Duché de Luxembourg (Memorial B Nr. 76 v. 31. 12. 1977, S. 1432)

139. — Bei Eintritt in die Kasse wird

1° eine feststehende Gebühr erhoben, welche auch immer die Anzahl der Familienmitglieder ist, des weiteren

2° ein Beitrag, der das abgesicherte Risiko deckt, und im voraus auf Anforderung zahlbar ist [88].

Die Beiträge werden im Verhältnis der Gestehungskosten berechnet und können durch Beschluß der Generalversammlung auf Vorschlag des Verwaltungsrates abgeändert werden. Sie sind zahlbar innerhalb dreißig Tagen ab Datum der Zahlungsaufforderung (Art. XIII, Nr. 1, 2, 4 u. 5 der Satzung).

140. — Die Kasse deckt das eigentliche chirurgische Risiko und das medizinisch-chirurgische Risiko [89].

Die Leistungen begreifen :

1° Das chirurgische Risiko, welches bestimmte einzeln angeführte Eingriffe umfaßt [90],

2° das Ärztehonorar,

3° die Aufenthaltskosten im Krankenhaus,

4° die vorchirurgische Behandlung, die Arzneikosten, die Untersuchungen und die Heilmittel während den neunzig dem chirurgischen Eingriff vorausgehenden Tagen.

5° die nachchirurgische Behandlung, die Arzneikosten, die Untersuchungen und die Heilmittel während den neunzig auf den chirurgischen Eingriff folgenden Tagen,

6° die Aufenthaltskosten in der Klinik für die Begleitperson im Falle eines chirurgischen Eingriffes bei einem Kinde von weniger als 14 Jahren oder einer Person, die dauernd schwerbehindert ist,

7° die Kosten für Prothesen,

8° die Transport- und Reisekosten bis zur nächstgelegenen Klinik ab Wohnort des Mitgliedes.

Bei Auslandsbehandlungen wird ein Pauschalbetrag gewährt.

9° die Massagen, die Thermotherapie, die Elektrophysiotherapie und die Kinesitherapie,

10° die Genesungskur unter der Bedingung, daß sie innerhalb der sechs Monate, die auf die Krankenhausentlassung folgen, beginnt,

11° die Aufenthaltskosten und die Behandlungskosten im Krankenhaus, die aus einer anormalen Verweildauer im Krankenhaus entstehen, jedoch nur für eine Höchstdauer von zwanzig Tagen vor und nach dem chirurgischen Eingriff,

88 Der Beitrag ist festgesetzt :
auf 1.290,— Fr. pro Jahr (Index 100) für die Gruppe A,
auf 510,— Fr. pro Jahr (Index 100) für die Gruppen B, C, D

89 Zwecks Bestimmung dieser beiden Risiken, s. Art. XIV der Satzung, Memorial B, Nr. 76 vom 31. Dez. 1977, S. 1435—1428

90 s. Anhang I a) und b) und II zur Satzung

12° die Behandlungskosten bei schweren Verbrennungen (Art. XIV der Satzung).

Die Leistungen werden der Entwicklung der Lebenshaltungskosten angepaßt (Art. XIVter(1) der Satzung).

141. — Die Leistungen der Kasse zuzüglich der Leistungen der gesetzlichen Krankenkassen dürfen in keinem Fall die ungedeckte Selbstbeteiligung des Versicherten überschreiten (Art. XIVbis der Satzung). Hier tritt klar die Zusatzfunktion der Leistungen der Kasse im Krankenversicherungsrecht zutage.

142. — Außer obigen Leistungen wurde ein Fonds für schwere medizinische und besonders kostspielige Behandlungen geschaffen, da diese Kosten nicht voll von den Krankenkassen erstattet werden.

Dieser Fonds ist ausschließlich den Mitgliedern, die sich für die Sicherung des medizinisch-chirurgischen Risikos entschieden haben, vorbehalten. Die Beteiligung des Versicherten ergibt sich aus den medizinischen und konnexen Kosten, die sich auf die Periode vom 1. Januar bis 31. Dezember erstrecken und die bei der Abrechnung eine Selbstbeteiligung des Versicherten von wenigstens 10 000,— Fr. (Index 100) ergeben. Ein Übertrag dieser Kosten von einem Jahr zum andern ist ausgeschlossen, und die Abrechnung wird jährlich nach dem 31. März erstellt (Art. XVIbis der Satzung).

143. — Im Falle von Leistungen, die durch einen Verkehrsunfall oder einen Wegeunfall entstanden sind, ist das Mitglied verpflichtet, die Kasse in seine Rechte gegen den Drittschuldigen einzusetzen. Dies geschieht mittels einer subrogativen Quittung, die das Mitglied bei Auszahlung der Leistungen unterschreiben muß (Art. XVIII(1) u. (2) der Satzung).

B) Auf dem Gebiete der Pensionsversicherung

144. — Eine Gesellschaft gegenseitiger Hilfeleistung, genannt « Mutualität für Zusatzrenten », wurde 1976 gegründet [91].

145. — Diese Gründung hat zum Zweck, den Mitgliedern folgende Leistungsarten zu sichern :

1) Zahlung von Zusatzrenten bei Pensionierung,

2) Zahlung von bestimmten Renten auf Zeit,

3) Zahlung einer Entschädigung im Todesfalle,

4) Befreiung von der Zahlung von Beiträgen im Falle von Invalidität.

146. — Es ist vorgesehen, daß kein Mitglied eine Anzahl von Beteiligungen zeichnen kann, die eine höhere Rente als den gesetzlichen Mindestlohn sicherstellt.

91 s. Memorial B, Nr. 77 vom 22. 12. 1976, S. 1479 u. ff.; s. « De letzeburger Mutualist », Fachzeitschrift der Nationalen Federation der luxemburgischen Mutualität, Nr. 1/1977

147. — Die Geldleistungen sind nach folgendem System aufgebaut.

Jedes Mitglied ist verpflichtet, wenigstens zwei Sicherungen zu zeichnen, die folgende Grundleistungen beinhalten.

1) Die gekoppelte Sicherung begreift

   im Todesfalle des Versicherten vor dem Verfallstage der Sicherung, die sofortige Zahlung einer Todesentschädigung,

   im Überlebensfalle des Versicherten am Verfallstage der Sicherung die Zahlung einer jährlichen Lebensrente;

2) Die einfache Sicherung begreift im Überlebensfalle des versicherten Mitglieds die Zahlung einer jährlichen Lebensrente. Der Tod des versicherten Mitglieds vor dem Verfallstag gibt kein Anrecht auf Rückzahlung.

3) Die Sicherung einer bestimmten Zeitrente gibt dem vertraglich bezeichneten Bezugsberechtigten Anrecht auf Zahlung von 3, 4, 5 oder 6 bestimmten jährlichen Renten, die zum ersten Male zur Auszahlung gelangen an dem Tage, der bei Eintritt des Mitglieds festgesetzt wurde.

Stirbt der Versicherte vor dem Erfallsdatum, so sind keine Beiträge mehr geschuldet und die ungekürzte Rente wird am vorgesehenen Termin zahlbar.

148. — Weitere Geldleistungen werden nur zusätzlich zu den obigen Grundleistungen gewährt. Diese Zusatzleistungen begreifen im Falle von dauernder totaler Invalidität die Befreiung von der Zahlung von den Beiträgen, die nach dem Eintritt der Invalidität erfallen aufgrund der gezeichneten Grundsicherungen.

Unter Invalidität versteht man eine physiologische Invalidität von wenigstens 66⅔%.

149. — Die Beiträge sind für ganze vorgesehene Sicherungen geschuldet und sind jährlich im voraus zahlbar.

150. — Falls das Risiko eines Mitgliedes ein höheres Risiko beinhaltet, kann der Beitrag mit einem Aufschlag belegt werden, der der Risikosteigerung entspricht.

151. — Bei Jahresabschluß ist vorgesehen, daß wenigstens 50% der Gewinnrechnung einem Aufwertungsfonds zugeführt werden.

152. — Eine Anpassung der Geldleistungen an den Index der Lebenshaltungskosten ist möglich. Im Falle einer Steigerung dieses Indexes um 10% in Bezug auf den Stand dieses Indexes bei der Aufnahme des Mitgliedes, steht es dem Versicherten frei, eine oder mehrere neue Sicherungsanteile zu zeichnen. Die neuen finanziellen Sicherungen dürfen jedoch für den Todesfall zehn Prozent der vorherigen getätigten Sicherungen nicht übersteigen.

153. — Die gesicherten Geldleistungen können auf Antrag eines Versicherten durch eine oder mehrere Anteile erhöht werden. Der zusätzlich geschuldete Betrag wird dem Alter des Versicherten und der Laufzeit des Vertrages Rechnung tragen [92].

IV. VERSICHERUNGSVERTRÄGE DER PRIVATEN VERSICHERUNGSGESELLSCHAFTEN

154. — Die privaten Versicherer haben einen Versicherungsvertrag ausgearbeiteten, den sie vermarkten, obwohl fast die gesamte Bevölkerung durch die Sozialversicherung erfaßt wird. Hier tritt das Phänomen der Doppelversicherung in der Personenversicherung in Erscheinung.

155. — Diese Versicherungsverträge stellen die Zahlung einer Erwerbsunfähigkeitsrente sicher, wenn der Versicherte invalide ist aufgrund von Unfall- oder Krankheitsfolgen vor dem Erfallsdatum der Versicherung.

Die Leistungen stehen im Verhältnis zum beruflichen Erwerbsunfähigkeitsgrade und zur Dauer desselben.

Falls der Erwerbsunfähigkeitsgrad 25 vom Hundert nicht erreicht oder die Erwerbsunfähigkeitsdauer die Wartezeit nicht erreicht, ist keine Leistung geschuldet.

156. — Alle Erwerbsunfähigkeitsrisiken sind abgesichert, ob sie während des privaten Lebens oder während des Berufslebens eintreten. Der Versicherer muß jedoch eine ärztliche Kontrolle ausüben können.

Ausgeschlossen sind die Erwerbsunfähigkeiten, die absichtlich hervorgerufen wurden oder sich aus einer Berufskrankheit oder einer Schwangerschaft ergeben.

Gewisse besondere Risiken, die sich auf den Sport, den öffentlichen Verkehr, die Reisen und Aufenthalte, den Flugverkehr beziehen, können mittels Spezialabmachung gedeckt werden.

157. — Die Finanzierung geschieht mittels Zahlung von Versicherungsprämien.

Bei Nichtzahlung der Versicherungsprämie binnen dreißig Tagen ab Erfallsdatum, löst sich in der Regel der Versicherungsvertrag von selbst auf.

158. — Der Versicherungsnehmer kann mittels eines Zusatzvertrages den Bezugsberechtigten durch den Versicherer ändern, falls der vorherige bedachte Empfänger die Zuwendung noch nicht angenommen hat.

Es ergibt sich aus dieser Möglichkeit und der oben angeführten Erscheinung der Doppelversicherung, daß diese Art der Versicherung

92 Die verschiedenen Tabellen der Beiträge bezüglich der vorgesehenen Geldleistungen sind veröffentlicht als Anlage zu der Satzung der Mutualität, s. Memorial B, Nr. 77 v. 22. Dez. 1976, S. 1491 u. ff.

für Begüterte vornehmlich ein Mittel darstellt, das darauf hinausläuft, ein zusätzliches Einkommen bei Erwerbsunfähigkeit zu erzielen.

E. PAUSCHALE ABSTRAKTE ENTSCHÄDIGUNG UND ENTSCHÄDIGUNGSKUMUL

159. — Bei Eintritt eines sozialen Risikos haben die Entschädigungen in Geld zum Zweck, für den Sozialversicherten eine Lohnersatzfunktion zu übernehmen.

160. — Im Falle eines Arbeitsunvermögens wegen Erwerbsunfähigkeit oder Arbeitsunfähigkeit durch Krankheit bedingt, geben die Invaliditätspensionen oder die Krankengeldentschädigung keinen Anlaß zur Diskussion unter diesem Gesichtspunkte. Es ist dem nicht immer so im Falle von Rentenzuerkennung bei einem Arbeitsunfall.

161. — Man muß erneut darauf hinweisen, daß in der Unfallversicherung die Haftung des Arbeitgebers sich auf das Betriebsrisiko stützt [93].

Das Schutzbedürfnis des Verunfallten und im Todesfalle dasjenige der Überlebenden hat dahin geführt, daß der im Zivilrecht geltende Haftungsbegriff durch die objektive Haftung abgelöst wurde. Die Haftung für das gewerbliche betriebliche Risiko wird durch einen Verein (Mutualität), der alle Arbeitgeber des Landes zusammenfaßt, versichert (Art. 121, Abs. 1 S.V.O.).

162. — Nach den Prinzipien des Zivilrechts soll die Entschädigung total geschehen. Wenn das System der sozialen Sicherung schon an Stelle des Systems des Zivilrechts getreten ist, so müßte das System dieselbe entschädigende Wirkung haben als das vorhergehende, und dies umsomehr, als es sich um Unfallschäden handelt.

Es ist dem jedoch nicht so, da die Sozialversicherungsordnung eine pauschale und abstrakte Entschädigungsweise vorgeschrieben hat. Der Vomhundertsatz, der in der Tabelle die Minderung der Arbeitsunfähigkeit festsetzt, und die Höhe des Jahresarbeitsverdienstes sind ausschlaggebend (Art. 97 u. 98 S.V.O.).

Die Entschädigung im Arbeitsunfallrecht ist also schon daher nicht vollständig, da die Gesetzestexte den moralischen immateriellen Schaden nicht erwähnen.

Es ist somit verständlich. daß es eine Lehrmeinung gibt, die eine vollkommene totale Entschädigung anstrebt [94].

163. — Wenn man keine integrale Entschädigung bei schweren Arbeitsunfällen erreicht, so gelangt man jedoch in kleinen Unfallsachen in Anwendung des gesetzlichen pauschalen abstrakten Systems zu einer Entschädigung, die den wirklichen Schaden übersteigt und im Falle eines Regresses sogar zu einem Kumul von Entschädigung.

93 s. A. Sachet: Handbuch der Unfallgesetzgebung, S. 9, Nr. 13; Saleilles: Arbeitsunfall; Josserand: Haftung aufgrund von Sachen (La responsabilité du fait des choses) S. 103

94 s. Ausführungen von Yves Saint-Jours in diesem Heft; von Caemmerer: Reform der Gefährdungshaftung

164. — Bei schweren Arbeitsunfällen wird der Verunfallte durch Zuerkennung einer Rente entschädigt, die in den meisten Fällen den erlittenen materiellen Schaden ersetzt. Bei den Arbeitsunfällen, die jedoch nur eine Arbeitsfähigkeitsminderung von weniger als 20% nach sich ziehen, gibt es überwiegend keine Rückwirkung auf die weiterhin erzielten Löhne und die Erwerbsfähigkeit des Sozialversicherten. Eine deutsche Studie hat dargelegt, daß nur in 5% oder 10% der Fälle die Unfallrente eine Lohnersatzfunktion erfüllt [95].

165. — Dieser Sachverhalt entsteht dadurch, daß man den Schaden nicht «in concreto» entschädigt indem man die erzielten Löhne vor und nach dem Arbeitsunfall vergleicht und anhand dieses Vergleiches den materiellen Schaden, der sich aus dem wirklichen Lohnausfall ergibt, feststellt.

Es ergibt sich aus der Anwendung des Systems der abstrakten Entschädigung, daß die Sozialversicherung verpflichtet ist Renten zu zahlen, selbst wenn keine entsprechende tatsächliche Lohneinbuße vorliegt. Diese Feststellung wird erhärtet durch die Tatsache, daß die Dauerunfallrenten bis zum Tode des Bezugsberechtigten gezahlt werden, d. h. sogar nach Erreichung des 65. Lebensjahres, Zeitpunkt wo die Arbeitnehmer in den Ruhestand treten und keinen Lohn mehr beziehen.

Man muß also feststellen, daß in diesen Fällen die gewerbliche Unfallversicherung einen immateriellen oder moralischen Schaden ersetzt. Einige Autoren bezeichnen diese Erscheinung als funktionelle Umwandlung der Unfallrente.

166. — Diese Sachlage ist kritisch zu betrachten, da sie dahin führt, in gewissen Fällen den Verunfallten in eine bessere Situation zu versetzen als vor dem Unfallereignis.

167. — Das allgemeine Versicherungsrecht wird vom Entschädigungsprinzip beherrscht, das besagt, daß die Leistung des Versicherungsgebers nicht zum Zweck haben kann, den Versicherten in eine vorteilhaftere Lage zu versetzen als hätte sich der Unfall nicht ereignet [96]. So hat die Rechtsprechung entschieden, daß der Versicherungsvertrag nicht Ursache eines Gewinnes für den Versicherungsnehmer sein kann, da derselbe keine höhere Entschädigung als den erlittenen Schaden erhalten kann [97].

Dieses Prinzip ist nicht auf die Individualversicherung gegen Unfälle anwendbar, da diese Versicherungen Personenversicherungen sind, die versicherten Beträge schon im Versicherungsvertrage einbegriffen sind, so wie dies in der Lebensversicherung der Fall ist. Somit ist dieser

95 Nickl: Strukturanlysen der Rehabilitation bei den gewerblichen Berufsgenossenschaften 1970, S. 66

96 s. Picard u. Besson: Traité des Assurances terrestres, t. II, S. 24

97 Civ. 12. Febr. 1913, D. P. 1914, 1, 137 Anmerkung Dupuich

Versicherungsvertrag nicht als ein Schadenausgleichsvertrag anzusehen [98].

Dem ist jedoch nicht so auf dem Gebiete der obligatorischen Unfallversicherung, wo es keinen Versicherungsvertrag gibt, aber eine zwingende Verpflichtung für alle gewerblichen Betriebe zur Mitgliedschaft in der Berufsgenossenschaft. Es handelt sich hier um eine Gefährdungshaftung (Betriebsgefahr), die den erlittenen Schaden zu ersetzen hat und die in den Grenzen des Entschädigungsprinzips verbleibt [99].

168. — Der aktuelle Stand der Dinge ist des weiteren aus sozialpolitischer Sicht unbefriedigend, da der valide, im Einsatz stehende Arbeiter nicht weniger Einkommen haben darf als der Arbeiter, dessen Arbeitsunfähigkeit gemindert ist. Unter diesem Gesichtspunkt könnte man die Abschaffung der « kleinen Renten » ins Auge fassen und die freigewordenen Mittel dazu benutzen um die Leistungen für die schwerversehrten Verunfallten zu erhöhen, sowie eine eindeutige pauschale abstrakte Entschädigung für moralischen Schaden einzuführen um eine integrale Entschädigung zu erreichen.

169. — Ein Kumul von Entschädigungen findet man in zwei Hypothesen. Einerseits bei Doppelversicherung und andererseits im Falle eines Regresses gegen Drittschuldige.

170. — In Anwendung des Entschädigungsprinzipes müßte eine Doppelversicherung für Arbeitsunfälle ausgeschlossen sein [100].

Diese Regel wurde in der Sachschadenversicherung ausdrücklich unterstrichen (Art. 11, Abs. 1, Ges. v. 16. Mai 1891 betreffend den Versicherungsvertrag) und von der Lehrmeinung unterstützt [101].

Artikel 157 der Sozialversicherung geht in dieselbe Richtung, wenn er bestimmt, daß die von Betrieben oder von Personen abgeschlossenen privaten Versicherungsverträge binnen Jahresfrist gekündigt werden können von dem Tage ab, wo die Betriebe oder Personen aufgrund einer Bestimmung dieses Gesetzes (der S.V.O.) oder eines Reglementes unter den obligatorischen Unfallschutz fallen.

171. — Die Wirklichkeit sieht jedoch anders aus (s. Nr. 114, 154—156) und die Rechtsprechung hat eine vertragliche Bestimmung in einem Arbeitsvertrag zu Gunsten der Witwe im Falle ihres Überlebens als eine Personenversicherung angesehen [102].

172. — Im Falle eines Regresses der Unfallversicherung gegen Dritte und deren Haftpflichtversicherung in Anwendung des Artikels 118 der S.V.O., kommt sogar bisweilen eine Doppelentschädigung zustande, da es einen Unterschied gibt zwischen der Schadensberechnung im allgemeinen Recht, die « in concreto » getätigt wird, und derjenigen des Sozialrechts. Artikel 118, Abs. 3 der S.V.O. bestimmt, daß die Rechte des Geschädigten auf die Unfallversicherung übergehen bis zur Höhe der Leistungen und soweit sie dieselben Schäden betreffen, die von der Unfallversicherung abgegolten werden.

98 s. Picard u. Besson : Traité des assurances terrestres, t. II, p. 24

99 H. & L. Mazeaud : Traité de responsabilité civile, t. 2, p. 891, n° 2646; Hémard : Théorie et pratique des assurances terrestres, t. II n°s 448 et 449, 560

100 R. Savatier : Traité de la responsabilité civile, Bd. 2, S. 1507

101 Manes : Grundzüge des Versicherungswesens, S. 46

102 Civ. 30. Apr. 1947, J.C.P. 1947, 2, 3653

173. — Da die Rechtsprechung [103] es bis jetzt ablehnt anzuerkennen, daß die Unfallversicherung immateriellen Schaden ersetzt, obwohl die Berufsgenossenschaft dies in der Tat tut (s. Nr. 94 u. 165), so läuft das jetzige Entschädigungssystem auf den sehr bedenklichen Zustand hinaus, daß der sozialversicherte Verunfallte einerseits von der privaten Versicherungsgesellschaft Leistungen wegen immateriellen Schadens und andererseits von der Unfallversicherung eine Rente bezieht, obschon keine Minderung seines Lohneinkommens besteht [104].

* *

174. — Man wird sicherlich festgestellt haben, daß es eine große Anzahl von Problemen zu lösen gibt, um zu einer Harmonisierung der Entschädigungssysteme und der Wertung des Schadens zu gelangen [105].

Im Hinblick auf die soziale Sicherheit gilt es, mit größter Dringlichkeit dieselben sozialen Risiken in derselben Weise in den verschiedenen Ländern der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft abzuschätzen, um sowohl eine Behandlungsgleichheit der Sozialversicherten als der Arbeitgeber zu erzielen.

Mögen die vorgelegten Studien dazu beitragen, dieses Ziel dadurch zu erreichen, daß man in vergleichender Weise die Konzepte der sozialen Risiken und des medizinischen Gutachtens, das das Ausmaß derselben im Einzelfall bestimmt, vereinheitlicht.

103 Entsch. Oberst. Gerichtshof Luxbg vom 7. Nov. 1973 Sache Gew. Unfallversicherung c/Mond, Le Foyer, Questions sociales, Bd. 2, S. 139

104 s. A. Thill : Le recours des assurances sociales, Questions sociales, Bd. 2, Nr. 12 u. 28

105 s. Roujou de Boubée : Essai sur la notion de la réparation S. 347 u. ff.

INHALTSVERZEICHNIS

Nr.

A. Vorbemerkungen

Rezeption des deutschen Rechts 1
Auslegung und Beziehung zum Herkunftsland . . . 2—3

B. Die einzelnen sozialen Risiken

Allgemeines . . . . . 4—5

1. Das Risiko der Krankheit
   - Definition des Krankheitsbegriffes . . . . . 6—7
   - Altersschwäche, angeborene Mißbildung 8
   - Gebrechen 9
   - Alkoholismus 10
   - Impotenz, Zahnanomalie, Nevrose 11
   - Der Krankheitsbegriff und seine verschiedenen Aspekte . 12—13
   - Der Arbeitsunfähigkeitsbegriff im Krankenversicherungsrecht . . . . . 14—16
   - Krankheitsbeginn und Sachleistungen 17

2. Das Risiko der Mutterschaft . . . . . 18—19

3. Das Risiko der Invalidität
   - Fehlen des Begriffes der Berufsunfähigkeit 20
   - Definition der Invalidität . . . . . 21—22
   - Anwendungsprobleme der Legaldefinition
     - a) auf verwaltungstechnischem Gebiet
       - in betreff Lohn 23
       - in betreff Bewertung 24
       - in betreff Verweisbarkeit 25
       - in betreff Arbeitsleistung 26
     - b) auf medizinischem Gebiet
       - Bewertung des Gesamtzustandes . . . . . 27—29
       - Vorübergehende und dauernde Invalidität . . . . 30—33
       - Monatliche Zuwendung 34
       - Invaliditätsbegriff und Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit
       - Verteilung der finanziellen Last 35
       - Berechnung der monatlichen Zuwendung . . . . 36—38
       - Überprüfung des Anspruchs auf monatliche Zuwendung 39
       - Übergang von der Krankenversicherung zur Invalidenversicherung 42
       - Entzug der Invalidenpension 43
       - Entzug der monatlichen Zuwendung . . . . . 44—45
       - Begriff der Erwerbsunfähigkeit . . . . . 46—47
         - in der Angestelltenversicherung
         - in der Bauernpensionsversicherung
         - in der Pensionsversicherung für Handwerker, Kaufleute und Industrielle

4. Das Unfallrisiko
   - Begriff der Arbeitsunfähigkeit . . . . . 48—49
   - Objektive Haftung 50
   - Umfang der Haftung 51
   - Kausalität im Sozialrecht . . . . . 52—57
   - Wesentliche Ursache
   - Krankhafter Vorschaden . . . . . 58—60
   - Arten der Arbeitsunfähigkeit 61
   - Entschädigung von Amts wegen 62
   - Rückfall 63
   - Wesentliche Änderung . . . . . 64—65
   - Verschlechterung 66
   - Festsetzung des Rentensatzes 67
   - Zusammentreffen von mehreren Teilarbeitsunfähigkeiten — Formeln von Balthazar und Gabrielli 68
   - Beweislast 69

C. Die Entschädigung 70

1. Die Krankengeldentschädigung
   - Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle . . . . . 71—72
   - Anspruch auf Entschädigung . . . . . 73—74
   - Ansprüche der Mitversicherten während Krankenhausaufenthalt des Versicherten . . . . . 75—77
   - Wegfall des Anspruchs bei Lohnfortzahlung 78

2. Das Mutterschaftsgeld
   - Höhe der Leistung 79
   - Anspruch auf Mutterschaftsgeld . . . . . 80—81

3. Die Invalidenpension
   - Bestandteile der Pension 82
   - Anpassung an den Index der Lebenshaltungskosten . . 83
   - Mindestpensionen 84
   - Frühzeitige Invalidität 85
   - Pensionszuschuß für Opfer der Besatzungsmacht . . . 86
   - Andere Pensionsregime 87

4. Die Geldleistungen der Unfallversicherung
   - a) die eigentlichen Geldleistungen
     - Tagesentschädigung 88
   - Entschädigung bei Krankenhausaufenthalt . . . . 89—90
   - b) Die Renten
     - Berechnung 91
     - Totale Arbeitsunfähigkeit 92
     - Teilarbeitsunfähigkeit . . . . . 93—94
     - Schwerbehindertenrente 95
     - Kinderzuschuß 96
     - Dauer der Rente 97
     - Anpassung an den Index der Lebenshaltungskosten und an die allgemeine Lohnentwicklung 98
     - Zusammentreffen einer Invalidenpension mit einer Unfallrente 99

D. Die Zusatzversicherung

Zweck der Zusatzversicherung . . . . . 100—102

I. Zusatzversicherungen der sozialen Sicherheit . . . 103
- Arten 104
- Merkmale 105
- Leistungen
- 1° Anspruch auf frühzeitige Alterspension . . . . 106—108
- 2° Zusätzliche Leistungen 109

II. Betriebliche Zusatzversicherung
- Zweck . . . . . 110—111
- Merkmale der Zusatzversicherung in Luxemburg: . . 112—113
- Auf dem Gebiet der Unfallversicherung 114
- Auf dem Gebiet der Altersversicherung 115
- 1. in der Eisen- und Stahlindustrie . . . . . 116—122
- 2. im Banksektor . . . . . 123—129

III. Zusatzversicherung der Mutualitäten
- A) Auf dem Gebiet der Krankenversicherung
  - Entwicklung 130
  - Gesetzliche Regelung 131
  - Versichertenkreis 132
  - Arten von Versicherten 133
  - Wohnort in Luxemburg 134
  - Verlust der Mitgliedschaft 135
  - Weiterversicherung 136
  - Wartezeit 137
  - Finanzierung . . . . . 138—139
  - Leistungen . . . . . 140—141
  - Fonds für schwere medizinische Behandlungen . . 142
  - Abtretung zu Gunsten der Kasse im Falle eines Drittschuldigen 143
- B) Auf dem Gebiet der Pensionsversicherung
  - Entwicklung 144
  - Leistungsarten 145
  - Zeichnung von Anteilen 146
  - Grundleistungssysteme 147
  - Zusatzleistungen 148
  - Beiträge . . . . . 149—150
  - Aufwertungsfonds 151
  - Anpassung an den Index der Lebenshaltungskosten 152
  - Erhöhung der Geldleistungen 153

IV. Versichertenverträge der privaten Versicherungsgesellschaften
- Zweck der Versicherungsverträge . . . . . 154—155
- Versicherte Risiken 156
- Finanzierung 157
- Verfügung zu Gunsten eines Dritten 158

E. Pauschale abstrakte Entschädigung und Entschädigungskumul

Entschädigung — als Lohnersatz . . . . . 159—160
— bei Krankheit und Invalidität
— bei Unfall
Entschädigung im Zivilrecht und Arbeitsunfallrecht . . 161—162
Überfüllte Entschädigungen bei «kleinen Renten» . . . 163—164
Entschädigung immateriellen Schadens . . . . . 165—166
Entschädigungsprinzip im Unfallrecht 167
Neugestaltung des Entschädigungssystems 168
Entschädigungskumul 169
Doppelversicherung . . . . . 170—171
Regressfall der Unfallversicherung . . . . . 172—173

* *

Abschlußbemerkung 174

ROLE DU CONTROLE MEDICAL DANS L'APPRECIATION DE LA PERTE DE GAIN ET PROBLEMES CONTENTIEUX S'Y RATTACHANT

par

le docteur Pierre TARDIEU

Médecin-conseil, Chef de service de la Caisse Nationale de l'Assurance Maladie des Travailleur Salariés (Paris)

Je dois, au cours de cet exposé, vous parler des problèmes que pose aux médecins du Service Médical National chargés du contrôle médical des prestations l'appréciation de la perte de la capacité de gain par le régime général de la Sécurité Sociale.

Et comme toute appréciation est sujette à erreur, j'aborderai ensuite les voies de recours offertes aux assurés contre les décisions des Caisses prises sur avis du Service Médical.

Mon propos se situera donc à deux niveaux :

— d'une part, l'appréciation de la perte de gain;

— d'autre part, les problèmes contentieux s'y rattachant.

I. ROLE DU CONTROLE MEDICAL DANS L'INDEMNISATION DE LA PERTE DE LA CAPACITE DE GAIN PAR LE REGIME GENERAL DE LA SECURITE SOCIALE

Dans le domaine qui nous intéresse ici, l'indemnisation de la perte de la capacité de gain a pour cause une altération des facultés physiques et mentales de l'assuré social. Que cette altération soit le fait d'une maladie, d'un accident du travail, d'une maternité en cours ou d'un vieillissement prématuré de l'organisme, il s'agit essentiellement d'un état pathologique qui ne peut être apprécié que par un médecin.

Dès lors, le rôle du médecin est prépondérant et l'on doit nécessairement raisonner sur deux plans :

— celui de la médecine de soins,

— celui de la médecine de contrôle.

1° — *Au niveau de la médecine de soins,* c'est évidemment le médecin traitant qui est le premier concerné. C'est lui qui

ouvre la scène parce que c'est lui que le malade, assuré social, ou la victime d'un accident du travail (ou d'une maladie professionnelle) consulte en tout premier lieu.

Il lui appartient, dès lors, d'apprécier l'état du malade, de lui ordonner le traitement qu'il juge nécessaire et de lui fournir le certificat médical avisant sa Caisse de la nécessité d'un repos avec arrêt de travail, attestant ainsi la perte de la capacité de gain de l'assuré.

Puisqu'en France, le service public de la médecine est assuré par deux types de personnes :

— des médecins exerçant à titre libéral dans leurs cabinets ou dans des cliniques privées,

— ou des médecins exerçant dans les hôpitaux publics,

les Caisses Primaires vont être directement en rapport soit avec les uns, soit avec les autres, et le plus souvent avec les uns et les autres.

2° — Au niveau de la médecine de contrôle

Cependant tout organisme réglant des prestations doit pouvoir contrôler et justifier ces prestations. Tout naturellement, les Caisses d'Assurance Maladie font appel au Service Médical de l'Assurance Maladie, dont les médecins conseils ont précisément pour rôle de vérifier si les prestations réclamées sont *médicalement justifiées*. Eux seuls peuvent le faire et donner un avis autorisé avec l'indépendance que leur donnent leur statut réglementaire et leur appartenance à la Caisse Nationale d'Assurance Maladie, seul organisme dont ils relèvent. Ils sont donc, au sens médico-légal du terme, les experts ordinaires de la Sécurité Sociale.

ORGANISATION DU SERVICE MEDICAL DE L'ASSURANCE MALADIE

C'est pourquoi, il me semble nécessaire d'esquisser ici l'organisation précise du Service Médical de l'Assurance Maladie dans le régime général.

Il existe, en effet, un Service National de l'Assurance Maladie dirigé par la Caisse Nationale, établissement public de droit administratif. L'ensemble des praticiens conseils (2000 environ) est placé sous l'autorité du Directeur de la Caisse Nationale assisté, pour la direction du Service Médical, d'un médecin conseil national (actuellement le Professeur SOURNIA) et d'un médecin conseil national adjoint (le Docteur MARTY).

Ces praticiens exercent leur activité auprès des Caisses réparties sur l'ensemble du territoire, jouant ainsi le rôle de véritables experts médico-légaux. Ils ne relèvent pas hiérarchiquement de ces Caisses, mais du seul Directeur de la Caisse Nationale. C'est cette position qui leur donne une indépendance très grande pour les avis qu'ils sont amenés à donner aux Caisses. De plus, leur statut les exclut des plaintes, à la vérité le plus souvent infondées, des assurés sociaux auprès de leurs Ordres Professionnels auxquels peuvent seuls recourir le Ministre de la Santé ou le Procureur de la République.

Au sein de l'assurance maladie, le Service Médical joue un rôle essentiel, je serais tenté de dire déterminant, car au-delà de la connaissance et de la justification des faits générateurs d'une indemnisation d'une perte de la capacité de gain, il y a, pour une saine politique sanitaire à moyen ou à long terme, la nécessaire réflexion sur le « pourquoi » des situations concernées. Or, si l'analyse des faits conduit à discerner sans trop de difficultés le « comment », seule l'observation médicale en profondeur peut en démonter le mécanisme et essayer d'en dégager le « pourquoi ».

Ce préambule va nous permettre de mieux cerner le rôle du Contrôle Médical dans les différents secteurs que nous allons maintenant rencontrer.

Disons d'abord que l'action du Contrôle Médical est tracée par le décret du 30 avril 1968 (modifié en 1975) qui dit :

« *Article 1er* : Sans préjudice des dispositions des articles L. 286-1 et L. 293 du code de la sécurité sociale, le contrôle médical a pour mission notamment de donner des avis d'ordre médical sur l'appréciation faite par le médecin traitant de l'état de la santé et de la capacité de travail des bénéficiaires de la législation de sécurité sociale, sur les moyens thérapeutiques et les appareillages mis en œuvre, sur la prévention de l'invalidité et la possibilité de rééducation professionnelle, et sur la constatation des abus en matière de soins, d'interruption de travail et d'application de la tarification des honoraires. »

1° — En assurance maladie-maternité

En ce qui concerne l'assurance maladie-maternité, le rôle du médecin conseil va donc être de vérifier l'appréciation faite par le médecin traitant de l'état de santé et donc de la capacité de travail des bénéficiaires de la législation de Sécurité Sociale.

Il s'agit ici de l'indemnisation d'une indisponibilité temporaire liée à un état de maladie, de maternité ou à un accident non

couvert par la législation sur les accidents du travail (accident de la route, par exemple, ne constituant pas un accident de trajet). Elle peut être aussi en rapport avec une cure thermale.

Quelle va être la démarche du médecin conseil dans cette éventualité. Essentiellement, s'assurer que l'arrêt de travail est bien médicalement justifié. Il dispose, pour cela, de deux possibilités :

— l'examen sur pièces,
— l'examen clinique du malade.

Si le premier suffit dans un grand nombre de cas, le second est nécessaire et irremplaçable dans toute une série de situations. D'abord parce que c'est le moyen le plus certain de s'assurer d'un diagnostic, ensuite parce que cet examen peut orienter les mesures préventives destinées à éviter une aggravation de l'état du malade, et notamment son passage en invalidité. L'action du médecin conseil est ici un rôle de conseil du médecin traitant, de la Caisse et du malade et non plus du tout un rôle répressif.

Une action immédiate et énergique du Service Médical est souvent à la base d'une réduction considérable de l'indemnisation temporaire.

Cependant, dans certains cas considérés comme plus inquiétants, l'action du Service Médical va prendre une toute autre dimension. Ce sont les cas dits « maladies de longue durée » et ceux où l'arrêt de travail excède un délai de six mois. Il existe d'abord une liste officielle règlementaire de 25 maladies dites de longue durée *; mais il y a aussi nombre d'états pathologiques non prévus dans cette liste, nécessairement limitative, qui peuvent être reconnus ponctuellement par le Service Médical comme nécessitant une thérapeutique longue et coûteuse et qui rentrent ici dans le même cadre.

* Decret n° 72-362 du 2 mai 1974 énumère les affections suivantes : Tuberculose évolutive sous toutes ses formes; Lèpre; Bilharziose. Poliomyélite antérieure aiguë et ses séquelles; Sarcoïdoses; Tumeurs malignes, y compris les tumeurs des tissus lymphatiques et hématopoïétiques; Diabète sucré; Anémie pernicieuse; Hémophilie; Maladies mentales (psychoses, névroses graves, troubles graves de la personnalité, arriérations mentales); Maladies cérébro-vasculaires; Sclérose en plaques; Maladie de Parkinson; Paraplégies; Infarctus du myocarde; Hypertension maligne; Néphrite chronique grave; Néphrose lipoïdique; Spondylite ankylosante; Polyarthrite chronique évolutive; Troubles neuro-musculaires (myopathie, amytrophie congénitale); Fibrose kystique (mucoviscidose); Artériopathies chroniques; Cardiopathies congénitales; Insuffisance respiratoire chronique grave.

Ces états ont pour conséquence d'entraîner, pour un temps parfois long (3 ans), une perte totale de la capacité de gain avec comme avantage compensatoire pour l'assuré, la prise en charge totale des dépenses de soins. Les malades, dans ces cas, bénéficient d'une surveillance accrue du Service Médical sous forme d'examens conjoints périodiques entre le médecin traitant et le médecin conseil du Service Médical de la Sécurité Sociale. Au cours de cet examen, les mesures thérapeutiques sont prises en commun, visant notamment à prévenir l'état d'invalidité définitive.

Les avantages de cette procédure ne sont plus à démontrer dans la mesure où les deux médecins arrivent à concilier leurs activités professionnelles, avec la possibilité de réserver au même moment une tranche d'heure pour permettre cette rencontre. Ce qui, malheureusement, est bien loin d'être toujours le cas.

Il faut noter ici, une fois de plus, la volonté de faire prévaloir la prévention sur l'indemnisation pure et simple.

2° — En assurance invalidité

Mais il peut se faire que la maladie se prolonge malgré tous les moyens mis en œuvre, conjointement par le médecin traitant et le médecin conseil. Au-delà d'un délai de 3 ans, si la capacité de gain du malade reste inférieure au tiers d'une capacité normale, le régime de ses prestations change. Il entre en invalidité, où l'on peut d'ailleurs, mais plus rarement, entrer par d'autres voies, par exemple à la suite d'accidents dits de droit commun non couverts par la législation sur les accidents du travail, ou en cas d'usure prématurée de l'organisme.

Il appartient au médecin conseil, qui a éventuellement suivi le malade tout au long de son traitement, de déterminer si sa capacité de travail est effectivement réduite des ⅔ et, après rédaction d'un rapport particulièrement précis, de proposer à sa Caisse de la classer dans une des trois catégories suivantes :

— 1re catégarie : c'est-à-dire avec possibilité d'un certain travail;
— 2e catégorie : sans possibilité de travail;
— 3e catégorie : aucune possibilité de travail et nécessité de l'assistance d'une tierce personne.

Dans ce dernier cas, l'action du médecin conseil est prédominante puisqu'il lui appartient de rechercher les critères d'attribution de cette troisième catégorie, c'est-à-dire déter-

miner si le malade peut accomplir seul les actes ordinaires de la vie.

Il faut noter que pour le médecin conseil, le passage en invalidité correspond à un échec des moyens mis en œuvre au cours de la maladie ou après l'accident (réadaptation fonctionnelle, rééducation professionnelle, etc.).

3° — En accident du travail-maladie professionnelle

L'action du médecin conseil ici doit être étudiée :

— au cours de l'incapacité temporaire;

— au cours de l'incapacité permanente partielle ou totale quand subsistent des séquelles.

a) au cours de l'incapacité temporaire

Le rôle du médecin conseil est double :

— d'une part, apprécier les lésions et vérifier la réalité du traitement;

— d'autre part, mettre en œuvre le plus rapidement possible un traitement de réadaptation fonctionnelle.

b) après la consolidation

Le médecin conseil retrouve plus particulièrement son rôle médico-légal. Il lui appartient, en effet, de proposer à la Caisse d'Assurance Maladie un taux d'I.P.P. correspondant aux séquelles qu'il apprécie en s'aidant d'un barème d'invalidité, sans d'ailleurs être lié par ce barème. Le taux proposé subira ensuite, de la part de la Caisse, un certain nombre de modifications compte tenu des facteurs socio-professionnels qui échappent en partie au médecin conseil.

Voyons comment le médecin conseil procède pour formuler un avis valable sur un taux proposé d'I.P.P.

L'appréciation du médecin conseil porte exclusivement sur la réduction de la *capacité de travail*. Il appartient à la Caisse d'apprécier la réduction ou la perte de la *capacité de gain*, compte tenu de l'avis formulé par le médecin conseil.

Si l'examen du malade relève essentiellement de la technique médicale et ne présente pas de difficultés particulières, par contre la détermination d'un taux chiffré de réduction d'une capacité de travail est particulièrement difficile et, il faut bien le dire, sujette à des variations d'un opérateur à l'autre.

C'est pourquoi l'existence d'un guide : « le barème d'invalidité » qui est une pièce officielle est souvent d'un grand secours. Cependant, le médecin conseil reste maître de sa proposition. Il n'est jamais lié par le taux indicatif du barème qui ne peut tout prévoir dans un domaine aussi particulier que celui-ci.

Deux problèmes se posent d'une manière plus particulière au médecin conseil :

— celui de l'appréciation d'un état antérieur;

— celui de l'appréciation de la perte de la capacité de travail, compte tenu d'accidents multiples.

1° — Le problème de l'état antérieur

Seules doivent être prises en compte les séquelles consécutives à l'accident considéré. Il n'y a donc pas lieu de retenir les séquelles d'un état antérieur, sauf si cet état, ignoré jusque-là, a été révélé ou aggravé par l'accident.

C'est au médecin conseil de constater cette éventualité pour la signaler dans son rapport, car ce sera en définitive à la Caisse de décider de la réduction ou de la perte de la capacité de gain et de l'indemnisation, par exemple en utilisant la formule de Gabrielli :

$$\frac{C1 - C2}{C1}$$

C1 = étant la capacité ancienne

C2 = étant la capacité nouvelle.

En réalité, la grande difficulté ne consiste pas dans l'appréciation de l'incapacité actuelle, mais bien de l'ancienne, car il s'agit d'apprécier la capacité réelle persistante (et non celle attribuée).

2° Le problème des infirmités multiples

Il s'agit d'infirmités intéressant des membres, des segments de membre ou des organes différents. La démarche du médecin conseil variera selon que le barème indique ou non le taux global résultant de la coexistence de plusieurs lésions.

Dans le premier cas, le problème est simplifié dans la mesure où le médecin conseil est guidé dans son appréciation, mais toujours sans être lié par le barème.

Dans le deuxième cas, on distingue selon que :

— les lésions intéressent des organes différents mais associés à la même fonction, par exemple : les deux yeux.

Aucune méthode simple n'est possible, mais c'est le plus souvent en raisonnant par analogie avec des lésions déjà

appréciées que le médecin conseil pourra déterminer le taux à attribuer.

— les lésions intéressent soit des organes ou des membres différents et des fonctions distinctes, soit différents segments d'un même membre : exemple : bras + jambe.

Le médecin conseil classe les infirmités dans un ordre quelconque et compte la première au taux du barême et les suivantes proportionnellement à la capacité restante. C'est l'addition de ces taux qu'il propose à la Caisse qui reste, répétons-le, maîtresse de sa décision.

Sans surcharger cette intervention, il faut cependant ajouter que la fixation d'une I.P.P. ayant un caractère provisoire, le médecin conseil est amené à revoir la victime périodiquement pour juger de l'état des séquelles qui peuvent être réévaluées à ce moment là. De même, ces séquelles peuvent être réévaluées à l'occasion d'une rechute.

Bien que la législation sur les maladies professionnelles soit sensiblement la même que celle des accidents du travail, il existe cependant des différences assez sensibles pour justifier quelques développements particuliers.

Les 64 maladies professionnelles, actuellement prises en charge, sont déterminées par des tableaux réglementaires qui indiquent clairement pour le médecin conseil la série des états pathologiques correspondant à chaque tableau.

Le mécanisme de prise en charge est donc le même que pour les accidents du travail.

Cependant, pour les pneumoconioses (c'est-à-dire : silicose, asbestose et sidérose), les procédures sont un peu particulières. La caractérisation de ces affections est subordonnée à la consultation d'un médecin agréé en matière de pneumoconioses et si les conditions du tableau correspondant sont insuffisamment remplies, il faut l'avis *d'un collège de trois médecins* particulièrement qualifié.

Il n'y a pas pour ces pneumoconioses d'indemnités journalières, sauf en cas de complications sur lesquelles il est difficile de s'étendre ici.

Le problème de la qualité accident de travail et droit commun

Le problème a déjà largement été évoqué ici lorsqu'un accident du trajet a été provoqué par un tiers. Nous savons que l'assurance maladie prend en charge l'ensemble des prestations, mais récupère auprès de l'auteur de l'accident ou de sa compagnie d'assurances partie ou tout de ce qu'elle a déboursé, dans la mesure où le tiers est reconnu responsable en partie ou en totalité.

Voilà donc une victime d'accident de trajet qui, au terme de sa consolidation, s'est vue reconnaître par sa Caisse un certain taux d'I.P.P. Dans l'action de la victime contre le tiers responsable, un expert judiciaire va être nommé par le juge et, comme le disait le Professeur Saint-Jours, il y a indépendance des décisions de la Caisse et de celles du juge et les taux retenus ne sont pas toujours identiques. Cependant, dans la mesure du possible, les deux médecins confrontés au cours de l'expertise judiciaire (c'est-à-dire le médecin expert nommé par le juge et le médecin conseil de la Sécurité Sociale) vont tout faire pour harmoniser leur avis, compte tenu évidemment des différences des deux régimes concernés. Dans la plupart des cas, les points de vue arrivent à se rencontrer.

La réadaptation fonctionnelle et l'appareillage

Je voudrais dire quelques mots de ces techniques médicales particulières qui entrent plus spécialement dans le domaine des médecins conseils. La réadaptation fonctionnelle vise à amener le malade ou le blessé à une récupération la plus parfaite possible de ses facultés physiques. Il s'agit, d'ailleurs, d'un droit, notamment pour les victimes d'accidents du travail qui peuvent en revendiquer la prise en charge. Le Service Médical est très attentif à ce que les assurés bénéficient des possibilités de ce traitement particulier qui peut être donné, soit dans des Centres spécialement aménagés, soit dans des cabinets particuliers pour les cas les plus légers.

Quant à l'appareillage des handicapés, dans bien des cas, il constitue une prolongation nécessaire de la réadaptation fonctionnelle. Il est pris en charge sur avis de la commission d'appareillage dans laquelle les médecins conseils ont un rôle primordial.

L'inaptitude au travail

Enfin, dernier rôle du médecin conseil en ce qui concerne l'appréciation de la réduction ou de la perte de la capacité de gain, c'est celui de l'inaptitude au travail dans l'éventualité où des assurés qui ont dépassé 60 ans (âge limite pour bénéficier d'un régime invalidité), mais n'ont pas encore l'âge normal de la retraite (c'est-à-dire 65 ans), ne sont cependant plus aptes au travail.

De même entrent dans cette catégorie :

— d'une part avant 65 ans, les mères de famille veuves ou dont le mari a disparu, remplissant certaines conditions;

— d'autre part, les personnes âgées de 60 ans au moins susceptibles de bénéficier de la part des allocations familiales d'une allocation de logement.

Le médecin conseil, après examen et rapport, propose à la Caisse d'Assurance Vieillesse de le considérer comme un retraité par anticipation, compte tenu de son état de santé.

Voilà donc, dans un raccourci analytique, comment intervient le Service Médical dans ce domaine de l'indemnisation par les Caisses de la perte de la capacité de gain des assurés sociaux.

Bien que la mission de service public du Service Médical aille bien au-delà de ce domaine, il est loisible de constater son action nécessaire sans laquelle le mécanisme même de la prise en charge serait bloqué, car je pense qu'il est bon de le répéter : le médecin conseil est le seul qui puisse dire qu'une prestation est bien médicalement justifiée.

II. — LES VOIES DE RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS DES CAISSES PRISES SUR AVIS DU SERVICE MEDICAL

Il faut rappeler que les médecins conseils du Service National ont un rôle essentiellement d'expert. Ils n'ont pas de pouvoir de décision. Cependant, lorsqu'une Caisse a pris elle-même sa décision sur avis du Service Médical, les voies de recours offertes à l'assuré sont différentes de la voie habituelle qui devrait être la commission de première instance de la Sécurité Sociale.

Quelles sont donc ces voies de recours particulières ?

— c'est d'une part, l'expertise médicale qui est une sorte d'arbitrage;

— c'est d'autre part, le contrôle technique.

Nous allons maintenant étudier en détail ces deux voies de recours.

A) L'EXPERTISE MEDICALE TECHNIQUE

Elle est prévue par un décret du 7 janvier 1959 qui dit que « les contestations d'ordre médical relatives à l'état du malade (ou de la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle) et notamment à la date de consolidation en cas d'accident du travail et de maladie professionnelle donnent lieu à une procédure d'expertise médicale ».

Dans ces cas, les contestations sont soumises à un médecin expert qui est désigné d'un commun accord par le médecin traitant et le médecin conseil. Tout médecin inscrit au tableau de son Ordre Professionnel peut ainsi se voir désigné comme expert, s'il accepte bien entendu de remplir ce rôle.

Mais il peut arriver que les deux médecins ne puissent se mettre d'accord sur ce choix. Le texte a prévu, en pareil cas, que c'est le médecin inspecteur départemental de la santé (qui est un fonctionnaire dépendant du Ministère de la Santé) qui désignera ce médecin expert, mais le choix est alors limité puisque le médecin inspecteur départemental de la santé ne peut choisir l'expert que dans une liste établie d'ailleurs par lui, mais après avis des syndicats de médecins et du Conseil d'Administration de la Caisse Régionale d'Assurance Maladie considérée.

Une exclusion frappe fort légitimement le médecin qui a soigné le malade et le médecin conseil de la Caisse qui ne peuvent, en aucun cas, être désignés comme expert.

La demande d'expertise est formulée soit par le malade mécontent de la décision de sa Caisse lui refusant une prestation, soit par la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, mais dans ce dernier régime, la Caisse peut également recourir elle-même à l'expertise. Cependant alors qu'en maladie la demande doit être formulée dans le mois qui suit la décision contestée, aucun délai n'est explicitement cité par les textes en accident du travail.

Le médecin conseil et le médecin traitant établissent un protocole mentionnant leur avis sur le litige en cours. Lorsque c'est le malade (ou la victime) qui demande l'expertise, il doit indiquer très clairement les motifs qu'il invoque à l'appui de sa demande. A la suite de ce protocole, les deux médecins précisent la mission confiée à l'expert et les questions auxquelles il doit répondre.

Dès qu'il est en possession de ce protocole, le médecin expert convoque le malade (ou se rend éventuellement à son domicile, voire à l'hôpital ou en clinique) et les deux médecins concernés. Mais si ces deux médecins doivent être convoqués à peine de nullité, ils ne sont pas tenus de se rendre à l'invitation du médecin expert.

Puis, conformément à son art, le médecin expert procède à l'examen du malade à la suite duquel il formule très rapidement un avis qu'il envoie aux parties, rédige un rapport très complet qu'il adresse au Service Médical.

Ce qui est tout à fait particulier à cette procédure et d'ailleurs tout à fait inhabituel en droit français, c'est que l'avis de l'expert, s'il a été pris dans les conditions fixées par le décret du 7 janvier 1959, s'impose aux parties. Il n'y a donc ni appel, ni contre-expertise d'aucune sorte.

Cependant, j'ai indiqué que cet avis s'impose dans la mesure où il a été pris conformément aux conditions fixées par le décret suscité du 7 janvier 1959. C'est donc qu'a contrario, si ces conditions n'ont pas été respectées, l'avis de l'expert n'a plus ce caractère irréfragable que nous avons noté. Mais seule une juridiction peut vérifier si ces conditions ont bien été remplies, de sorte que l'expertise peut éventuellement être déférée au juge qui peut en prononcer la nullité et ordonner qu'il soit de nouveau procédé à une autre expertise.

En l'occurence, le juge compétent est celui de la commission de première instance de la Sécurité Sociale qui est le tribunal du contentieux général de la Sécurité Sociale. Sans entrer dans des détails, il paraît nécessaire d'indiquer que, parmi les tribunaux judiciaires, le législateur français a spécialisé l'un d'eux, la commission de première instance de la Sécurité Sociale, dans la connaissance des litiges intéressant la législation et la réglementation de la Sécurité Sociale. Or l'expertise médicale est portée par un décret, celui du 7 janvier 1959. Il fait donc partie de la réglementation de la Sécurité Sociale et tout naturellement, c'est la commission de première instance qui va être saisie de tout litige intéressant la régularité de l'expertise médicale. Il est intéressant de noter qu'à partir de ce moment, l'expertise pénètre dans le mécanisme judiciaire.

Telles sont les grandes lignes de l'expertise médicale technique de la Sécurité Sociale. Deux questions peuvent se poser :

— quels sont les rapports avec l'expertise judiciaire;

— quelle est sa vraie nature juridique.

1° Rapports de l'expertise technique avec l'expertise judiciaire

Sous la similitude des termes se cache une ambiguïté. L'expertise technique est, en effet, très différente de ce qu'on entend généralement par expertise en droit judiciaire. Elle a d'abord, pour caractère essentiel, de s'imposer à tous, c'est-

à-dire à l'assuré, à son médecin traitant, à la Caisse et au médecin conseil, et même à une juridiction qui serait amenée à examiner un litige portant sur l'état du malade, assuré social.

C'est d'ailleurs ce caractère irréfragable qu'ont voulu les auteurs du décret du 7 janvier 1959, afin de clore définitivement, sans recours possible, un litige d'ordre médical.

Or, c'est précisément ce caractère qui oppose du tout au tout l'expertise technique et l'expertise judiciaire. Cette dernière est, en effet, un simple moyen d'instruction qui permet au juge d'être éclairé sur un point particulier portant sur la technique médicale. On sait que, dans ce but, le juge désigne un homme de l'art, ici un médecin, qui compte tenu de la mission qui lui est confiée, examine le malade et donne un avis au juge. Il faut ici remarquer que l'avis de l'expert, contrairement à l'avis de l'expert technique, ne s'impose nullement au juge qui demeure absolument libre de sa décision, peut même nommer un autre expert et ne pas tenir compte de leurs avis.

2° Nature juridique de l'expertise technique

Mais si l'expertise technique n'est pas une expertise au sens judiciaire du terme, peut-on admettre qu'elle est une véritable *juridiction,* puisque les avis de l'expert s'imposent à tous ?

En réalité, elle n'est sûrement pas une juridiction car seul en droit français le législateur peut créer une nouvelle juridiction. Or, l'expertise technique est créée par un décret, et un décret ne peut intervenir dans les matières réservées à la loi. Ce n'est donc certainement pas une juridiction.

Mais elle pourrait encore être un contentieux si l'expert était un *arbitre* et l'expertise un arbitrage. En réalité en droit français, la procédure d'arbitrage est minutieusement définie par le Code de Procédure Civile et l'expertise technique s'éloigne très nettement de cette procédure classique par le mode de désignation de l'arbitre, les voies de recours offertes contre la sentence arbitrale, etc.

Alors finalement, l'expertise technique médicale est une simple procédure née d'un décret, à laquelle a été donné un caractère bien particulier, celui de s'imposer à tous et de clore ainsi un litige mais sous le contrôle du juge quant à sa parfaite régularité.

En tout état de cause, il est certain que l'expertise technique n'est pas un contentieux. On pourrait parler de contentieux

de l'expertise technique uniquement lorsque la régularité de celle-ci est soumise au juge, c'est-à-dire après sa réalisation et non avant.

B) LE CONTENTIEUX TECHNIQUE

Avec le contentieux technique nous pénétrons dans un domaine différent de celui de l'expertise, et qui peut prêter à confusion, avec ce qui constituera la troisième partie de cet exposé.

Le contentieux technique ne désigne pas du tout une forme particulière d'expertise médicale, mais bien un véritable contentieux avec un organe juridictionnel, la commission régionale d'invalidité et d'inaptitude et d'incapacité de travail.

De quoi s'agit-il ?

Le domaine du contentieux technique se développe dans trois domaines. Il s'agit essentiellement :

— des litiges portant en accident du travail et maladie professionnelle sur le taux d'I.P.P. accordé par la Caisse;
— des litiges portant sur le classement en invalidité;
— enfin, des litiges portant sur l'inaptitude au travail.

Il s'agit, en somme, de trois types de litiges à l'origine desquels se trouve l'avis médical technique du médecin conseil.

a) Pour les I.P.P. contestées, rappelons qu'à la suite du rapport médical du médecin conseil, c'est la Caisse, par l'intermédiaire de la commission des rentes, qui décide d'accorder éventuellement un taux d'I.P.P. C'est ce droit que la victime peut contester devant la C.R.I. dont je parlais plus haut.
b) Il en est de même lorsqu'il y a litige sur l'état d'invalidité ou sur le classement dans l'une des trois catégories d'invalidité.
c) De même encore, lorsqu'une inaptitude au travail apparaît entre 60 et 65 ans et qu'il y a litige sur la reconnaissance de cette inaptitude.

La juridiction qui va être chargée d'examiner et de trancher de tels litiges prend le nom, selon le cas, de la commission régionale d'invalidité et d'incapacité permanente ou de commission régionale d'inaptitude au travail.

Ces commissions sont présidées par le Directeur Régional de la Sécurité Sociale ou son représentant assisté :

— d'un médecin expert généralement titré, désigné par le Directeur Régional de la Sécurité Sociale;
— de deux médecins désignés l'un par la Caisse, l'autre par le requérant;
— d'un représentant de l'inspection du travail;
— enfin, de deux assesseurs représentant les salariés et les employeurs.

Les décisions de cette commission qui statue en premier ressort peuvent être portées en appel devant la Commission Nationale d'Invalidité. Celle-ci siège à Paris. Elle est présidée par un magistrat. Ce magistrat est assisté par des membres magistrats, fonctionnaires et représentants des salariés et employeurs.

Les décisions prises par cette juridiction peuvent donner lieu à un pourvoi en Cour de Cassation, ce qui authentifie le caractère juridictionnel de ce contentieux.

Ainsi, toute décision de la Caisse portant sur la reconnaissance d'une réduction ou d'une perte de la capacité de gain d'un assuré, appréciée en tout premier lieu par le médecin conseil, clé de voûte du système, peut être contestée soit par la voie de l'expertise médicale, soit par celle du contentieux technique pour les trois séries d'hypothèses que nous avons vues plus haut.

Mais dans toutes ces démarches, nous avons admis la parfaite régularité du comportement de la médecine de soins. Même une expertise médicale qui n'a pas retenu l'avis du médecin traitant n'est pas une condamnation de ce dernier, mais seulement la constatation d'une divergence d'appréciation par le médecin traitant et le médecin conseil d'un état pathologique.

L'art médical est difficile, les décisions du médecin empreintes nécessairement de subjectivité; l'expert doit trancher entre cet avis et celui du médecin conseil. Ce n'est certainement pas une sanction disciplinaire infligée à celui qui a « perdu ». Mais, il est des cas où le comportement du médecin ou des représentants des professions de santé (chirurgiens-dentistes, pharmaciens, auxiliaires médicaux) ne peut bénéficier de cette présomption de rigueur professionnelle. C'est pour eux qu'à été créé le contentieux du contrôle technique.

C) LE CONTENTIEUX DU CONTROLE TECHNIQUE

C'est le contentieux de la fraude, de la faute et des abus relevés à l'encontre des médecins, des chirurgiens-dentistes, des pharmaciens, des sages-femmes et des auxiliaires médicaux à l'occasion de soins dispensés aux assurés sociaux.

Ces praticiens sont alors déférés devant une juridiction qui est la Section des Assurances Sociales du Conseil Régional de Discipline des Ordres Professionnels.

En effet, au niveau des Ordres Professionnels, il existe un Conseil Régional de Discipline qui connaît de toutes les infractions au Code de Déontologie. Au sein de ce Conseil se forme une Section Spéciale qui connaît des fautes des praticiens à l'occasion des soins dispensés aux assurés sociaux. Cette Section est présidée par le Président du tribunal administratif avec comme assesseurs : 2 membres du Conseil de l'Ordre et 2 représentants des Caisses d'assurance maladie dont un praticien conseil.

Les sanctions qui peuvent être prononcées sont uniquement d'ordre professionnel. Il s'agit de :

— l'avertissement,

— le blâme avec ou sans publication,

— l'interdiction temporaire ou permanente de donner des soins à des assurés sociaux ou de leur servir des prestations.

Quand on sait qu'en 1978, la population française tout entière sera assurée, on se rend compte de la rigueur de cette dernière sanction. Mais une voie de recours est offerte au praticien condamné comme d'ailleurs aux Caisses si elles estiment insuffisantes la sanction prononcée.

La décision de première instance peut, en effet, faire l'objet d'un appel devant la Section des Assurances Sociales du Conseil National de l'Ordre Professionnel intéressé. Cette Section présidée par un Conseiller d'Etat comprend en outre 2 médecins de l'Ordre considéré et 2 représentants de la Caisse Nationale de l'Assurance Maladie. Enfin, les décisions de la Section des Assurances Sociales du Conseil National peuvent faire l'objet d'un recours en Cassation devant le Conseil d'Etat.

Ainsi, les membres des professions de santé, s'ils bénéficient normalement d'une présomption de régularité de leurs actes, peuvent-ils être sévèrement sanctionnés en cas de faute, fraude ou abus.

CONCLUSION

Au cours de cette intervention, j'ai voulu montrer quel est en France le rôle éminent du Contrôle Médical dans l'appréciation de la perte de la capacité de gain des assurés sociaux. La simple logique suggère que la reconnaissance d'un tel état, pour cause de maladie, passe nécessairement par le médecin, seul techniquement apte à l'appréhender

Mais au-delà du fait qui devient générateur de la réparation administrative, se situe la recherche des causes du handicap. Cette démarche s'inscrit dans une recherche générale visant à la prévention du handicap.

Car notre action serait bien étroite si nous la limitions à une simple réparation sans porter toute notre attention sur la connaissance des causes et sur leur stérilisation.

AUFGABE DES MEDIZINISCHEN KONTROLLDIENSTES UND DIE SICH ERGEBENDEN STREITSACHEN

von

Dr. med. Pierre TARDIEU
Vertrauensarzt und Abteilungsleiter
bei der Nationalen Krankenkasse (Paris)

Im Laufe dieser Darlegungen muß ich Ihnen von den Problemen sprechen die sich den Ärzten der Nationalen medizinischen Dienste stellen, die damit beauftragt sind die Minderung der Erwerbsfähigkeit im allgemeinen System der sozialen Sicherheit festzustellen.

Da bei jeder Bewertung ein Irrtum unterlaufen kann, werde ich danach die Rekursmöglichkeiten behandeln die den Sozialversicherten offenstehen um die Entscheidungen der Kassen die aufgrund der Stellungnahme des medizinischen Dienstes genommen werden, anzufechten.

Meine Ausführungen werden also zwei Punkte ansprechen : einerseits die Bewertung der Erwerbsminderung — andererseits die Streitsachen die damit verbunden sind.

I. ROLLE DES MEDIZINISCHEN KONTROLLDIENSTES IN DER ENTSCHÄDIGUNG DER MINDERUNG DER ERWERBSFÄHIGKEIT IM ALLGEMEINEN SYSTEM DER SOZIALEN SICHERHEIT

Auf dem Gebiete das uns hier interessiert, hat die Entschädigung des Verlustes der Erwerbsfähigkeit als Ursache eine Änderung der physischen und geistigen Fähigkeiten des Sozialversicherten. Ob diese Veränderung sich aus einer Krankheit, einem Arbeitsunfall, einer Mutterschaft oder einer vorzeitigen Alterung ergibt, es handelt sich immer im Grunde um einen pathologischen Zustand, der nur durch einen Arzt bewertet werden kann.

Somit ist die Rolle des Arztes vorrangig und muß das Problem aus doppelter Sicht angehen :

— aus der Sicht der medizinischen Behandlung und

— aus der Sicht der medizinischen Kontrolle

1° — *Aus der Sicht der medizinischen Behandlung* ist offensichtlich der behandelnde Arzt der an erster Stelle Betroffene. Er ist es, der zuerst mit dem Sozialversicherten, der ihn aufsucht, in Berührung kommt, sei es als Kranker oder Arbeitsverunfallter oder Berufserkrankter.

Es fällt dem behandelnden Arzt zu den Zustand des Kranken zu bewerten, ihm eine Behandlung zu verschreiben und ihm den Krankenschein auszustellen der die Krankenkasse verständigt, daß eine Arbeitseinstellung geboten ist, d. h. eine Erwerbsminderung eingetreten ist.

Da in Frankreich der öffentliche Gesundheitszustand von zwei Arten von Personen gesichert ist, nämlich

— den Ärzten die freie Praxen haben oder in Privatkliniken praktizieren

— und denjenigen die in öffentlichen Krankenhäusern arbeiten,

stehen die Krankenkassen unmittelbar mit den einen oder den anderen, sogar meistens mit beiden Arzttypen in Verbindung.

2° *Aus der Sicht der medizinischen Kontrolle*

Jeder Sozialversicherungsträger der Leistungen erbringt, muß dieselben prüfen und begründen. Die Krankenkassen wenden sich dieserhalb an den ärztlichen Dienst der Krankenversicherung, deren Vertrauensärzte beauftragt sind zu prüfen ob die beantragten Leistungen medizinisch begründet sind. Nur die Ärzte können die Aufgabe übernehmen und einen begründeten und unabhängigen Bericht abgeben aufgrund ihres gesetzlichen Status und ihrer Angehörigkeit zur Nationalen Krankenkasse, ausschließlicher Sozialträger dem sie angehören. Diese Ärzte sind also, im medizinisch-rechtlichen Sinne ordentliche Experten der sozialen Sicherheit.

Die Organisation des medizinischen Dienstes der Krankenversicherung

Es ist deshalb notwendig an dieser Stelle den genauen Aufbau des medizinischen Dienstes der Krankenversicherung im allgemeinen System der sozialen Sicherheit zu entwerfen.

Es besteht ein autonomer Dienst der Krankenversicherung der von der Nationalen Kasse, öffentlichrechtliche Einrichtung die dem Verwaltungsrecht unterliegt, geleitet wird. Alle praktizierenden Vertrauensärzte, ungefähr 2000 an der Zahl, sind dem Direktor der Nationalkasse, der, bezüglich des medizinischen Dienstes von einem nationalen Vertrauensarzt und einem nationalen beigeordneten Vertrauensarzt verbeistandet wird.

Diese Ärzte führen ihre Arbeit bei den Kassen aus die das gesamte Territorium Frankreichs aufteilen und hier als wahre medizinische Gutachter fungieren. Sie unterstehen hierarschich nicht diesen Kassen, aber ausschließlich dem Direktor der nationalen Kasse. Diese Stellung gibt ihnen eine sehr große Unabhängigkeit in den Gutachten die sie den Kassen geben. Ihre Stellung schließt Klagen — die meistens unberechtigt sind — seitens der Sozialversicherten bei den Ärztekammern aus, da hier allein der Gesundheitsminister oder der Staatsanwalt Klage einreichen kann.

In der Krankenversicherung nimmt der ärztliche Dienst eine Schlüsselstellung ein, da über das Niveau und das Vorhandensein der medizinischen Bedingungen eine Entschädigungsleistung für Erwerbsverlust hinaus, eine kurz- oder langfristige richtige Gesundheitspolitik die Notwendigkeit des Überdenkens der Ursachen der Gelegenheiten bedingt. Wenn die Analyse der Tatbestände ohne viel Schwierigkeiten das « Wie » herausstellt, so wird jedoch nur eine gründliche medizinische Beobachtung den Mechanismus darlegen und versuchen das « Warum » hervorzuheben.

Diese Einleitung ermöglicht uns die Rolle der ärztlichen Kontrolle besser zu umreißen in den verschiedenen Sektoren die wir jetzt begegnen.

Heben wir zuerst hervor, daß die Rolle des ärztlichen Kontrolldienstes durch Dekret vom 30. April 1968 (abgeändert im Jahr 1975) wie folgt definiert ist :

« *Artikel 1 :* Unbeschadet der Regelungen der Artikel 286-1 und 293 des Gesetzbuches der Sozialen Sicherheit, hat der ärztliche Kontrolldienst hauptsächlich zur Aufgabe sein ärztliches Gutachten zur Bewertung des behandelnden Arztes über den Gesundheitszustand und die Arbeitsfähigkeit der Sozialversicherten abzugeben, sowie über die therapeutischen Mittel, die Hilfsmittel, die präventiven Maßnahmen zur Verhinderung der Invalidität, die Möglichkeiten der beruflichen Umschulung, die Feststellung der Mißbräuche in der Behandlung, der Arbeitsunterbrechung und in der Anwendung der Honorartarife. »

1° *In der Krankenversicherung und bei Mutterschaft*

In der Krankenversicherung und bei Mutterschaft, wird die Rolle des medizinischen Beraters darin bestehen die Beurteilung des behandelnden Arztes über Gesundheitszustand und Arbeitsfähigkeit der Sozialversicherten zu überprüfen.

Es handelt sich hier um die Entschädigung einer zeitweiligen Arbeitsunfähigkeit die sich aus einer Krankheit, aus Mutterschaft oder einem Unfall der nicht als Arbeitsunfall entschädigt wird (z. B. ein Straßenunfall der kein Wegeunfall ist), ergibt. Die Unverfügbarkeit zur Arbeit kann auch durch einen Kuraufenthalt gegeben sein.

Wie wird der Vertrauensarzt in diesen Gegebenheiten verfahren. Er wird vor allem prüfen ob die Einstellung der Arbeit medizinisch begründet ist. Hierzu hat er zwei Möglichkeiten :

— Prüfung aufgrund der Akten

— klinische Untersuchung des Kranken

Wenn die erste Möglichkeit in vielen Fällen genügt, so ist die zweite Möglichkeit in vielen Gegebenheiten unumgänglich. Einerseits ist die klinische Untersuchung das sicherste Mittel eine Diagnose zu stellen, andrerseits kann die Untersuchung die vorbeugenden Maßnahmen steuern die die Verschlimmerung des Gesundheitszustandes abwendbar und so die Invalidierung verhindern. Die Aufgabe des Vertrauensarztes ist hier die eines ärztlichen Beraters des behandelnden Arztes, der Kasse und des Kranken, also nicht repressiver Natur.

Ein sofortiges und energisches Eingreifen des medizinischen Dienstes, bildet oft die Grundlage einer beträchtlichen Verkürzung der zeitweiligen Entschädigungsdauer.

In verschiedenen beängstigenden Fällen wird die Rolle des ärztlichen Dienstes ein anderes Ausmaß annehmen. Es handelt sich hier um die Fälle genannt der — langen Krankheitsdauer — und derjenigen wo die Einstellung der Arbeit sechs Monate überschreitet. Es gibt eine offizielle Liste von 25 Krankheiten die als lang dauernde anerkannt werden *. Es gibt jedoch auch eine große Anzahl von pathologischen Zuständen die nicht in dieser Liste vorgesehen sind, die notgedrungen limitativ ist, doch im Einzelfall vom medizinischen Dienst als ein langdauernder Fall anerkannt werden können, da sie eine langwierige und kostspielige Behandlung bedingen.

Diese Gesundheitszustände bringen für eine oft längere Zeitdauer (3 Jahre) eine totale Erwerbsunfähigkeit mit sich und der Sozialversicherte erhält als Ausgleich die vollständige Übernahme der Behandlungskosten. Diese Kranken sind Gegenstand einer erhöhten Aufsicht seitens des ärztlichen Dienstes, der mit dem behandelnden Arzt periodische gleichzeitige Untersuchungen vornimmt. Während diesen Untersuchungen werden die therapeutischen Maßnahmen gemeinsam getroffen, besonders um eine dauernde Invalidität vorzubeugen.

Die Vorteile eines solchen Verfahrens brauchen nicht mehr dargetan zu werden in dem Maße wo die beiden Ärzte ihre beruflichen Fähigkeiten so abstimmen können um gleichzeitig eine solche Begegnung zu stande zu bringen. Dies ist leider bei weitem nicht immer der Fall.

Man muß hier einmal mehr den Willen zur Bevorzugung der Vorbeugung gegenüber der einfachen Entschädigung hervorheben.

---

* Dekret Nr. 72-362 vom 2. Mai 1974 zählt folgende Krankheiten auf : Evolutive Tuberkulose in all ihren Formen; Lepra oder Aussatz; Bilharziosis; Spinale Kinderlämung; Sarcoidosen; Bösartige Tumoren (Geschwülste) inbegriffen die der Lympfgefäße und der blutbildenden Organe; Zuckerkrankheit oder Diabetis Mellitus; Hémophilie oder Bluterkrankung; Geisteskrankheiten : (Psychosen, schwere Neurosen, schwere Persönlichkeitsstörungen, geistige Zurückgebliebenheit); Kreislaufkrankheiten des Gehirns oder Gefäßkrankheiten des Gehirns; Multiple Sclerose; Schüttellähmung; Querschnittlähmung (oder (Paraplegie); Herzinfarkt; maligner Bluthochdruck, maligne Hypertonie; schwere chronische Nierenentzündung; lipoide Nephrose; spondilitis ankylosaus; chronische Polyartritis; neurogene Muskelerkrankung (Myopatien, angeborener Muskelschwund [amyotrophie]; Mucovisidose; chronische Arterienerkrankungen; angeborene Herzkrankheiten; schwere chronische Atmungsinsuffiziens.

2° *In der Invalidenversicherung*

Es kann vorkommen, daß die Krankheit weiterdauert, trotz den vom Vertrauensarzt und behandelndem Arzt gemeinsam in die Wege geleiteten Maßnahmen. Wird die Periode von drei Jahren überschritten und bleibt die Erwerbsfähigkeit des Erkrankten unterhalb eines Drittels einer normalen Erwerbsfähigkeit, so ändert das System der Entschädigung. Es tritt ein in das System der Invalidität, von dem man seltener auf andere Art bestimmt wird, so z. B. nach einem Unfall allgemeiner Natur der nicht als Arbeitsunfall gilt oder im Falle frühzeitigen Verschleisses des Organismus.

Es steht dem Vertrauensarzt zu, der den Kranken wo möglich während seiner Behandlung verfolgt hat, festzustellen ob die Erwerbsfähigkeit desselben um ⅔ gemindert ist. Nach Fertigstellung eines ausführlichen Berichtes schlägt er der Krankenkasse vor den Sozialversicherten in eine der drei folgenden Kategorien einzustufen :

— 1. Kategorie : Möglichkeit eine gewisse Arbeit zu verrichten
— 2. Kategorie : ohne Arbeitsmöglichkeit
— 3. Kategorie : ohne Arbeitsmöglichkeit und Notwendigkeit der Inanspruchname einer dritten Person.

In letztem Fall ist die Tätigkeit des Vertrauensarztes vorrangig, da es ihm obliegt die Merkmale der Einstufung in die 3. Kategorie festzustellen, d. h. zu ermitteln ob der Kranke allein die gewöhnlichen Handlungen des täglichen Lebens ausführen kann.

Man muß hervorheben, daß für den Vertrauensarzt der Übergang in die Invalidität einem Mißerfolg der während der Krankheit oder nach dem Unfall in die Wege geleiteten Maßnahmen entspricht (funktionnelle Readaptation, berufliche Umschulung usw).

3° *Bei Arbeitsunfall oder Berufskrankheit*

Die Tätigkeit des Vertrauensarztes muß hier unter folgenden Gesichtspunkten beleuchtet werden :

— während der vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit
— während der dauernden teilweisen oder totalen Arbeitsunfähigkeit falls noch Folgen verbleiben

a) während der vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit

Die Rolle des Vertrauensarztes ist doppelt :

— einerseits bewertet er die Verletzungen und prüft die Durchführung der Behandlung,
— andrerseits leitet er so schnell als möglich eine funktionnelle Readaptation oder Rehabilitation ein.

b) nach der Konsolidierung

Der Vertrauensarzt findet seine medizinisch gerichtsärztliche Rolle wieder, da er der Krankenkasse einen dauernden Arbeitsunfähigkeitssatz vorschlägt der den verbleibenden Folgen entspricht. Er behilft sich

hier einer Tabelle ohne daß jedoch dieselbe bindend sei. Der vorgeschlagene vom Hundertsatz wird in der Folge seitens der Kasse geändert werden, in Anbetracht der beruflichen Faktoren die dem Vertrauensarzt teilweise entgehen.

Der Vertrauensarzt verfährt folgendermaßen um ein begründetes Gutachten zwecks Festsetzung eines Arbeitsunfähigkeitsgrades aufzustellen.

Die Bewertung des Vertrauensarztes betrifft ausschließlich die Minderung der Arbeitsunfähigkeit. Es ist an der Kasse die Minderung oder den Verlust der Erwerbsfähigkeit festzustellen, in Anlehnung an den vertrauensärztlichen Bericht.

Wenn die Untersuchung des Krankheitsfalles fast ausschließlich dem medizinischen Bereich angehört und keine besonderen Schwierigkeiten aufweist, so wird jedoch die Festsetzung des Grades der Arbeitsminderung besonders schwierig und, man muß es schon aussprechen, diese Festsetzung ändert von einem Sachverständigen zum andern.

Aus diesem Grunde gibt es einen Wegweiser « Die Invaliditätstafeln », der als offizielles Schriftstück oft von großem Wert ist. Der Vertrauensarzt bleibt jedoch Herr seiner Entscheidung. Er ist nie an den angegebenen Grad der Tafel gebunden, da dieselbe nicht alles festsetzen kann besonders auf einem so besonderen Gebiet als das der ärztlichen Kunst.

Zwei Probleme stellen sich im besonderen dem Vertrauensarzt :

— dasjenige der Bewertung des Zustandes,
— dasjenige der Bewertung des Verlustes der Arbeitsfähigkeit im Falle von verschiedenen Unfällen.

1° *Das Problem des Vorzustandes*

Es dürfen nur die Folgen in Betracht gezogen werden, die Folgen des zur Prüfung anstehenden Unfalls sind. Es steht daher nicht an die Folgen des Vorzustandes in Betracht zu ziehen, es sei denn dieser Zustand wäre bis dahin unbekannt gewesen und wäre durch den Unfall in Erscheinung getreten oder verschlimmert worden.

Es ist Aufgabe des Vertrauensarztes diese Möglichkeit in seinem Bericht festzustellen da es schlußendlich der Kasse obliegt über die Minderung oder den Verlust der Erwerbsfähigkeit und deren Entschädigung zu entscheiden, z. B. unter Anwendung der Formel von Gabrielli :

$$\frac{C1 - C2}{C1}$$

C1 = frühere Arbeitsfähigkeit
C2 = jetzige Arbeitsfähigkeit

In der Tat besteht die große Schwierigkeit nicht in der Bewertung der jetzigen Arbeitsunfähigkeit, sondern in der Bewertung der frü-

heren, da es sich darum handelt die wirkliche dauernde Arbeitsfähigkeit zu bewerten.

2° *Das Problem der verschiedenen Verletzungen*

Es handelt sich hier um Verletzungen die Glieder, Gliedersegmente oder verschiedene Organe betreffen. Die Haltung des Vertrauensarztes wird davon abhängen ob die Tabelle einen Gesamtminderungssatz, der sich aus dem Zusammentreffen von verschiedenen Verletzungen ergibt, angibt oder nicht.

Im ersten Falle ist das Problem in dem Maße vereinfacht wo sich der Vertrauensarzt in seiner Bewertung durch die Tabelle leiten lassen kann ohne jedoch daran gebunden zu sein.

Im zweiten Falle unterscheidet man :

— die Verletzungen die verschiedene Organe betreffen die dieselbe Funktion ausüben, so z. B. die beiden Augen.
Hier ist keine einfache Methode anwendbar, aber meistens wird man hier durch Analogie mit schon bewerteten Verletzungen den zu gewährenden Vom Hundertsatz bestimmen

— die Verletzungen beziehen sich entweder auf verschiedene Organe oder Glieder die verschiedenen Funktionen dienen, oder verschiedene Segmente eines und desselben Gliedes, z. B. Arm und Bein.

Der Vertrauensarzt ordnet die Verletzungen in irgendeiner Reihenfolge und setzt für die erste Verletzung den Satz der Tabelle ein und die folgenden im Verhältnis zur verbleibenden Arbeitsfähigkeit. Die Summe dieser Grade wird der Kasse vorgeschlagen die jedoch Herr ihrer Entscheidung bleibt.

Ohne hier in weitere Einzelheiten zu gehen, muß man jedoch hinzufügen, daß die Festsetzung einer vorübergehenden teilweisen Arbeitsunfähigkeit den Arzt dazu anhält den Geschädigten periodisch wieder zu untersuchen um alsdann an Hand des Zustandes der Unfallfolgen dieselben neu zu bewerten. So können auch die Folgen neu bewertet werden bei Eintreten eines Rückfalls.

Obwohl die Gesetzgebung der Berufskrankheiten im wesentlichen dieselbe ist wie die der Arbeitsunfälle, so bestehen jedoch merkliche Unterschiede.

Die 64 Berufskrankheiten die derzeit entschädigt werden sind durch gesetzliche Listen festgelegt die dem Vertrauensarzt klar die krankhaften Zustände angeben die jeder Liste entsprechen.

Der Mechanismus der Anerkennung einer Krankheit als Berufskrankheit ist derselbe wie bei Arbeitsunfall. Bei Pneumokoniosen (d. h. Silikosen, Asbestosen und Siderosen) ist das Verfahren jedoch ein wenig verschieden. Die Merkmalbestimmung dieser Beschwerden unterliegt dem Bericht eines zugelassenen Pneumokoniosenarztes. Falls die Bedingungen der Liste ungenügend erfüllt sind, muß zu-

sätzlich ein Bericht eines dreiköpfigen qualifizierten Ärzteausschusses eingeholt werden.

Pneumokoniosen geben kein Anrecht auf Tagesentschädigungen, es sei denn es handle sich um Fälle mit Komplikationen.

Das Problem des Zusammenfallens eines Autounfalles mit einem Straßenunfall

Falls ein Wegunfall durch einen Dritten verschuldet wird, gehen die Leistungen zu Lasten der Krankenkasse, die sich ihrerseits vom Drittschuldigen oder dessen Versicherungsgeber teilweise oder ganz schadlos hält, in dem Maße wo der Drittschuldige teilweise oder ganz haften muß.

Falls einem Sozialversicherten der einen Wegeunfall hatte vom Sozialversicherungsträger im Falle der Konsolidierung ein gewisser Arbeitsunfähigkeitsgrad anerkannt wurde, wird im Verfahren vor dem ordentlichen Gericht ein Gerichtsexperte bestellt werden. Wie Prof. Saint-Jours ausführte, sind die Verfahren vor dem Sozialversicherungsträger und vor dem ordentlichen Gericht unabhängig, so daß die zurückbehaltenen Arbeitsunfähigkeitsgrade nicht immer dieselben sind. Jedoch werden die beiden Ärzte, die sich beim Gerichtsgutachten gegenüberstehen, nämlich der bestellte Gerichtsarzt und der Vertrauensarzt der Sozialen Sicherheit, alles daransetzen um ihre Berichte in Übereinstimmung zu bringen, ohne jedoch die Unterschiede der beiden Entschädigungssysteme außer Acht zu lassen. In den meisten Fällen gelingt es die Ansichten auf einen Nenner zu bringen.

Die funktionelle Rehabilitation und die Hilfsmittel

Einiges möchte ich über diese besonderen medizinischen Gebiete hinzufügen, da sie in das Aufgabengebiet des Vertrauensarztes fallen. Die funktionnelle Rehabilitation zielt dahin dem Kranken oder Verunfallten eine bestmögliche Wiedererlangung seiner physischen Kräfte zu ermöglichen. Es handelt sich übrigens um ein Recht der Arbeitsunfallverletzten, die die Kostenübernahme verlangen können. Der vertrauensärztliche Dienst ist sehr bedacht, damit die Sozialversicherten von den Möglichkeiten dieser speziellen Behandlung Gebrauch machen die entweder in Spezialzentren oder in privaten Einrichtungen bei kleineren Fällen behandelt werden.

Die Hilfsmittel der Behinderten stellen in vielen Fällen die notwendige Verlängerung der funktionellen Rehabilitation dar. Sie werden gewährt nach Befragen der Kommission für Hilfsmittel in der die Vertrauensärzte eine vorrangige Rolle spielen.

Die Arbeitsunfähigkeit

Die letzte Aufgabe des Vertrauensarztes bildet die Bewertung der Minderung oder des Verlustes der Erwerbsfähigkeit. Es handelt sich um die Arbeitsunfähigkeit von Versicherten die das Alter von 60 Jah-

ren (Altersgrenze um unter das Invaliditätsregime zu fallen) überschritten haben, aber noch nicht das gewöhnliche Alter (65 Jahre) der Altersrente erreicht haben, jedoch unfähig sind eine Arbeit zu verrichten.

Desweiteren fallen unter diese Kategorie :

— einerseits vor Erreichung der 65 Jahre, die verwitweten Familienmütter oder deren Ehegatten verschwunden ist unter bestimmten Bedingungen;

— andererseits die Personen die mindestens 60 Jahre erreicht haben und seitens dem Träger der Familienzulagen berechtigt sind eine Wohnungszuwendung zu erhalten.

Der Vertrauensarzt schlägt der Altersversicherung vor den Versicherten als Frührentner anzusehen nachdem er den Gesundheitszustand untersucht und einen entsprechenden Bericht verfaßt hat.

Dies ist eine kurze analytische Darstellung die die Art des Wirkens des medizinischen Dienstes auf diesem Gebiet der Entschädigung des Verlustes der Erwerbsfähigkeit der Sozialversicherten durch die Kassen darstellt.

Obwohl die Aufgabe des öffentlichen Dienstes der medizinischen Dienste weit über dieses Gebiet hinausgeht so kann man schon feststellen, daß sein Wirken notwendig ist insoweit sein Eingreifen die Übernahme durch die Sozialversicherungsträger bedingt. Es ist angebracht erneut zu wiederholen, daß der Vertrauensarzt der einzige ist der aussagen kann ob eine Leistung medizinisch begründet ist.

II. — DIE REKURSFORMEN GEGEN KASSENBESCHEIDE DIE NACH VORHERIGEM GUTACHTEN DES MEDIZINISCHEN DIENSTES GETROFFEN WURDEN

Die Vertrauensärzte haben vor allem eine Gutachterrolle zu erfüllen. Sie haben keine Entscheidungsgewalt. Im Falle wo eine Kasse eine Entscheidung aufgrund des Berichtes des medizinischen Dienstes getroffen hat, sind die Rekursverfahren verschieden von dem gewöhnlichen Verfahren vor der Kommission 1, Instanz der Sozialen Sicherheit.

Welches sind diese Verfahren ?

— einerseits das medizinische Gutachten, das eine Art Schiedsverfahren darstellt;

— andererseits die technische Kontrolle.

A. — DAS TECHNISCHE MEDIZINISCHE GUTACHTEN

Dieses Gutachten ist durch Dekret vom 7. Januar 1959 vorgesehen das besagt, daß « die medizinischen Streitigkeiten bezüglich des Gesundheitszustandes eines Kranken (eines Arbeitsunfallverletzten oder

eines Berufskranken) und des Konsolidierungsdatums im Falle von Arbeitsunfall und Berufskrankheit ein medizinisches Gutachtenverfahren mit sich bringen ».

In diesen Fällen werden die Streitigkeiten einem medizinischen Gutachter der gemeinsam durch den behandelnden Arzt und den Vertrauensarzt, bestimmt wird, unterbreitet. Jeder Arzt der auf der Liste der Berufskammer steht, kann als Gutachter bestellt werden. Er wird dieser Aufgabe aber zustimmen müssen.

Es kommt aber auch vor, daß zwei Ärzte sich nicht über die Wahl der Person des Gutachters einigen können. In diesem Falle wird der Arztinspektor des Gesundheitswesens des Departements (der ein Beamter des Gesundheitsministers ist) den Gutachter bestimmen. Die Wahl ist jedoch dann beschränkt, da der Arztinspektor den Gutachter nur auf einer von ihm und der regionalen Krankenkasse nach Anhören der Ärztekammer aufgestellten Liste aussuchen darf.

Ausgeschlossen sind selbstverständlich der behandelnde Arzt und der Vertrauensarzt der Kasse, die in keinem Falle als Gutachter benannt werden können.

Der Antrag auf Erstellung eines Gutachtens wird entweder durch den unzufriedenen Kranken der seitens der Kasse keine Leistung bekommt oder von einem Unfallverletzten oder Berufskranken gestellt. In letzterem Falle kann die Kasse selbst ein Gutachten einfragen. Im Krankheitsfall muß der Antrag auf Gutachten binnen einem Monat vom ablehnenden Bescheid gerechnet, gestellt werden. In Unfallangelegenheiten ist keine Frist durchs Gesetz vorgesehen.

Der Vertrauensarzt und der behandelnde Arzt stellen ein Protokoll auf, das ihre Auffassung in der Streitsache enthält. Falls der Kranke oder der Verunfallte das Gutachten beantragt, muß er klar und deutlich seine Gründe angeben. Nach Erstellung dieses Protokolls, bestimmen die beiden Ärzte den Auftrag des Gutachters, sowie die Fragen die er beantworten soll.

Sobald der Gutachter im Besitz des Protokolls ist, lädt er den Kranken zu sich oder sucht denselben zu Hause oder im Krankenhause auf. Dies geschieht im Beisein der beiden beteiligten Ärzte. Wenn diese beiden Ärzte auch unter Strafe der Nichtigkeit des Verfahrens geladen werden müssen, so sind sie jedoch nicht verpflichtet der Einladung des Gutachters zu folgen.

Alsdann nimmt der Gutachter eine ärztliche Untersuchung vor und ist verpflichtet binnen 48 Stunden seine Auffassung den Parteien zu senden und innerhalb eines Monates einen ausführlichen Bericht dem vertrauensärztlichen Dienst zu senden.

Das Besondere dieses Verfahrens — und außergewöhnliche im französischen Recht — besteht darin, daß der Gutachterbericht, falls er den gesetzlichen Bedingungen des Dekretes vom 7. Januar 1959 entspricht, für die streitenden Parteien bindend ist. Es gibt also weder Berufung noch Gegengutachten.

Der Gutachterbericht muß jedoch um bindend zu sein, den Bedingungen des Dekretes vom 7. Januar 1959 entsprechen. Falls diese Bedingungen nicht erfüllt sind, so hat der Gutachterbericht nicht mehr den unwiderruflichen oder unwiderlegbaren Charakter. Nur ein Gericht kann bestimmen ob die Bedingungen erfüllt sind. Somit kann das Gutachten gegebenenfalls vor den Richter gebracht werden der die Nichtigkeit des Gutachtens feststellt und ein neues Gutachten anordnen kann.

Das zuständige Gericht ist die Kommission 1. Instanz der sozialen Sicherheit die das Gericht der allgemeinen Streitsachen der sozialen Sicherheit darstellt. Ohne hier auf Einzelheiten einzugehen, scheint es notwendig hervorzuheben, daß unter den Gerichtsinstanzen der französische Gesetzgeber ein Gericht spezialisiert hat in Sachen der Gesetzgebung und Reglementierung der sozialen Sicherheit, nämlich die Kommission 1, Instanz der sozialen Sicherheit.

Da das medizinische Gutachten durch Dekret vom 7. Januar 1959 eingeführt wurde, bildet es ein Bestandteil der Gesetzgebung, daß die Kommission 1. Instanz mit jeder Streitsache befaßt wird, die die Ordnungsmäßigkeit des medizinischen Gutachtens betrifft. Es ist interessant festzustellen, daß von diesem Augenblick an, das Gutachten in den Gerichtsbereich eintritt.

Dies sind die großen Richtlinien des technischen medizinischen Gutachtens in der sozialen Sicherheit. Zwei Fragen können sich stellen :

— Welches sind die Beziehungen mit dem Gerichtsgutachten;

— Welches ist seine wahre juristische Natur.

1° *Beziehungen zwischen technischem Gutachten und gerichtlichem Gutachten*

Unter der Ähnlichkeit der Ausdrücke versteckt sich eine Zweideutigkeit. Das technische Gutachten unterscheidet sich von der gerichtlichen Expertise im allgemeinen Verfahrensrecht. Das technische Gutachten hat als grundlegendes Merkmal, daß es für alle bindend ist, d. h. für den Sozialversicherten, den behandelnden Arzt, die Kasse und den Vertrauensarzt und sogar ein Gericht das über die Streitfrage des Gesundheitszustandes des kranken Sozialversicherten zu befinden hat.

Es ist dies der unwiderlegbare Charakter den die Autoren des Dekrets vom 7. Januar 1959 gewollt haben um endlich die medizinischen Streitfragen ohne Rekurs abzuschließen.

Dieses Merkmal stellt das technische Gutachten dem Gerichtsgutachter in absolute Gegensätzlichkeit. Das gerichtliche Gutachten ist eine einfache Aufklärungsmaßnahme die es dem Richter ermöglicht einen einzelnen Punkt medizinischer Art zu klären. Zu diesem Zweck bestellt der Richter einen Sachverständigen der im Rahmen des ihm zugewiesenen Auftrages den Kranken untersucht und dem Richter seine Meinung unterbreitet. Man muß hervorheben, daß die Meinung dieses Gutachters, im Gegensatz zur Auffassung des technischen Gutachters, den Richter nicht bindet und letzterer gänzlich frei in seiner Entscheidungsbildung bleibt. Der Richter kann einen anderen Gutachter bestellen und sogar den Gutachtern überhaupt keine Rechnung tragen.

2° *Die juristische Natur der technischen Expertise*

Wenn das technische Gutachten kein Gutachten im gerichtsverfahrensrechtlichen Sinn darstellt, kann man annehmen, daß dieses Gutachtenverfahren eine Gerichtsbarkeit darstellt, da das technische Gutachten für alle bindend ist ?

Es ist sicherlich keine Gerichtsbarkeit, da im französischen Recht allein der Gesetzgeber eine neue Gerichtsbarkeit schaffen kann. Da dieses technische Gutachten durch Dekret geschaffen wurde und ein Dekret nur in den Rechtsmaterien genommen werden kann die durch das Gesetz bestimmt sind, ist das technische Gutachten keine Gerichtsbarkeit.

Das technische Gutachten könnte einem Streitverfahren zugerechnet werden, falls der Gutachter ein Schiedsrichter wäre und das Gutachten ein Schiedsverfahren. Das Schiedsverfahren ist jedoch im einzelnen durch die Zivilprozessordnung geregelt und das technische Gutachten ist weit von diesem klassischen Verfahren entfernt durch die Art der Benennung des Schiedsrichters, der Rekursmöglichkeiten gegen die schiedsrichterliche Entscheidung.

Somit ist das medizinische technische Gutachten ein einfaches Verfahren, das seinen Ursprung in einem Dekret findet das ihm ein spezielles Merkmal gegeben hat, nämlich für alle bindend zu sein und somit ein Streitverfahren abzuschließen unter der richterlichen Kontrolle betreffs der formalen Ordnungsmäßigkeit.

In jedem Falle ist es sicher, daß das technische Gutachten kein Streitverfahren darstellt. Man kann bloß von einem Streitverfahren reden wenn die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens dem Richter unterbreitet wird, d. h nach der Erstellung des Gutachtens und nicht vorher.

B. DAS TECHNISCHE STREITVERFAHREN

Hier betreten wir ein Gebiet das vom Gutachten abweicht. Das technische Streitverfahren bezeichnet nicht eine besondere Art des medizinischen Gutachtens, sondern ein wirkliches Streitverfahren dem ein richterliches Organ vorsteht. die regionale Kommission der Invalidität, Arbeitsuntauglichkeit und -unfähigkeit.

Das Gebiet des technischen Streitverfahrens dehnt sich auf drei Gebiete aus. Es handelt sich im wesentlichen um :

— die Streitfrage bezüglich des Arbeitsunfähigkeitsgrades bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten

— die Streitfragen bezüglich der Einstufung in die Invaliditätskolonnen,

— die Streitfragen bezüglich der Arbeitsunfähigkeit

Es handelt sich eigentlich um drei Arten von Streitsachen die sich auf den medezinischen-technischen Bericht des Vertrauensarztes gründen.

a) Erinnern wir daran, daß nach Hinterlegung des medizinischen Berichtes des Vertrauensarztes die Kasse durch den Rentenausschuß den Grad der Minderung der Erwerbsfähigkeit feststellt. Diesen Verwaltungsakt kann der Sozialversicherte vor der regionalen Kommission für Invalidität anfechten.

b) Das Gleiche gilt bei Streitigkeiten betreffs der Invalidität oder der Einstufung in eine der drei Kategorien.

c) Desweiteren bei Arbeitsunfähigkeit zwischen 60 und 65 Jahren und wenn der Streit über die Frage der Anerkennung der Arbeitsunfähigkeit geht.

Die Gerichtsbarkeit die über solche Fälle befindet nennt sich je nach dem gegebenen Streitfall, regionale Kommission der Invalidität und der dauernden Unfähigkeit oder regionale Kommission der Arbeitsunfähigkeit.

Den Vorsitz der Kommissionen übernimmt der regionale Direktor der sozialen Sicherheit oder dessen Stellvertreter, dem beigeordnet sind :

— ein Gerichtsarzt, der vom Direktor der sozialen Sicherheit bestellt wird;

— zwei Ärzte wovon der eine durch die Kasse, der andere durch den Sozialversicherten bezeichnet wird;

— ein Vertreter der Arbeitsinspektion, das ein ministerielles Organ darstellt;

— zwei Beisitzer die Arbeitgeber und Arbeitnehmer vertreten.

Die Entscheidungen dieser Kommission können im Berufsverfahren vor der Nationalen Kommission der Invalidität angefochten werden. Dieselbe tagt in Paris und der Vorsitz wird von einem Richter geführt, dessen Beisitzer Richter, Beamte und Vertreter der Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind.

Die Entscheidungen dieser Instanz können im Revisionsverfahren vor dem Kassationshof angefochten werden, was den Charakter der Gerichtsbarkeit des technischen Streitverfahrens klar bestätigt.

Jede Entscheidung der Kasse die eine Minderung oder den Verlust der Erwerbsunfähigkeit eines Versicherten beinhaltet wird also an erster Stelle durch den Vertrauensarzt bewertet, der eine Schlüsselstellung einnimmt. Sie kann alsdann entweder durch medizinisches Gutachten oder durch das technische Streitverfahren in obigen drei Hypothesen angefochten werden.

In allen Fällen ist die volle Ausführung der kurativen Medizin vorausgesetzt. Ein medizinisches Gutachten das sich nicht mit der Auffassung des behandelnden Arztes deckt, stellt keine Verurteilung desselben dar, sondern nur die Bestätigung einer verschiedenartigen

Beurteilung eines krankhaften Zustandes durch den behandelnden Arzt und den Vertrauensarzt.

Die Medizin ist eine schwierige Kunst und die Entscheidungen der Ärzte sind notgedrungen subjektiv gefärbt. Der Gutachter muß zwischen der Auffassung des behandelnden Arztes und derjenigen des Vertrauensarztes entscheiden. Es stellt dies jedenfalls kein disziplinarisches Verfahren gegenüber dem Arzt dar, der « verloren » hat. Es gibt eben Fälle wo die Haltung des Arztes oder anderer medizinischen Berufe (Zahnärzte, Apotheker, para-medizinische Berufe) eben nicht die Vermutung der beruflichen Strenge und Ordnungsmäßigkeit rechtfertigt. Für diese Angelegenheiten wurde das Streitverfahren der technischen Kontrolle geschaffen.

C. DAS STREITVERFAHREN DER TECHNISCHEN KONTROLLE

Dieses Streitverfahren hat zum Gegenstand die Betrüge, die Fehler und Mißbräuche welche von Ärzten, Zahnärzten, Apothekern, Hebammen und medizinischen Hilfsberufen, welche bei der Behandlung von Sozialversicherten festgestellt wurde, zu beurteilen.

Die betroffenen Praktiker werden alsdann vor eine Gerichtsbarkeit geladen, nämlich die Sektion der Sozialen Versicherungen beim regionalen Disziplinarrat der Berufskammern.

Auf der Ebene der Berufskammern gibt es einen regionalen Disziplinarrat der über alle Verfehlungen gegen die deontologischen Bestimmungen befindet.

Im Rahmen dieses Rates besteht eine Spezialsektion die die Fehler der Praktiker bei der Behandlung der Sozialversicherten urteilt. Der Vorsitz dieser Sektion steht dem Präsidenten des Verwaltungsgerichtes zu, der als Beisitzer zwei Mitglieder der Berufskammer und zwei Vertreter der Krankenkassen wovon ein beratender Praktiker hat.

Die zu verhängenden Strafen sind ausschließlich beruflicher Art.

Es handelt sich um :

— Mahnung

— Tadel mit oder ohne Veröffentlichung

— Zeitweiliges oder dauerndes Verbot Sozialversicherte zu behandeln oder Leistungen zu verabreichen.

Wenn man bedenkt, daß 1978 die gesamte Bevölkerung Frankreichs sozialversichert sein wird, wird man sich über die Tragweite der letzten Strafmaßnahmen Rechenschaft ablegen. Ein Rekursverfahren wird dem Praktiker geboten. Die Kassen können ihrerseits die ergangene Entscheidung anfechten falls sie die getroffene Sanktion als ungenügend ansehen.

Die erstinstanzliche Entscheidung kann nämlich im Berufungsverfahren vor die Sektion der Sozialen Versicherungen beim Nationalen Rat der Berufskammer getragen werden. Diese Sektion besteht aus

einem Staatsrat der den Vorsitz führt und 2 Ärzten der Ärztekammer und zwei Mitgliedern der Nationalen Krankenkasse. Die Entscheidungen dieser Sektion können im Revisionsverfahren vor dem Staatsrat angefochten werden.

Es ergibt sich aus diesen Ausführungen, daß wenn die Mitglieder von Berufen die mit der Gesundheit im Zusammenhang stehen, von einer Vermutung der Ordnungsmäßigkeit ihrer Leistungen begünstigt sind, sie trotzdem im Falle von Fehler, Betrug oder Mißbrauch schwer bestraft werden können.

In Frankreich hat der medizinische Kontrolldienst eine äußerst wichtige Aufgabe zu erfüllen, da er die Minderung der Erwerbsfähigkeit der Sozialversicherten bewertet; In aller Logik muß ein Krankheitszustand von einem Arzt anerkannt werden, der allein technisch in der Lage ist diesen Zustand zu erkennen.

Aber über den Tatbestand hinaus, der eine Verwaltungsleistung nach sich zieht, erwächst die Frage nach der Ursache der Behinderung. Dies gliedert sich in das allgemeine Problem der medizinischen Prävention ein. Die Aufgabe des medizinischen Dienstes wäre nämlich sehr eng gestellt, wollte man dieselbe auf eine einfache Entschädigung begrenzen, ohne das Augenmerk auf die Erfassung der Krankheitsursachen zu stellen um dieselben auszumerzen.

DIE MEDIZINISCHEN DIENSTE IM RAHMEN DER SOZIALEN SICHERHEIT IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

von

Dr. jur. André THILL
Leiter der Rechtsabteilung der Sozialversicherungsanstalt

In der heutigen Zeit ist jeder davon überzeugt, daß die Ausgaben der sozialen Sicherheit in sehr hohem Maße von der Verschreibweise, sei es Krankenschein oder Pharmazeutika und der Behandlungsweise des Arztes abhängen. Schon allein aus diesem Grunde müßen die Sozialversicherungsträger Vertrauensärzte haben, die ihnen zur Seite stehen.

Zwei Systeme sind zu unterscheiden, dasjenige der Kranken- und Rentenversicherung und dasjenige der Unfallversicherung.

I. DER VERTRAUENSÄRZTLICHE DIENST

A) *Rückblick*

Als die Krankenversicherung eingeführt wurde, galt das sogenannte Hausarztverfahren. Dem behandelnden Arzt kam eine mitwirkende Rolle zu.

Die Unzulänglichkeit dieses Verfahrens stellte sich bald heraus und am 12. Mai 1924 sprachen die Richtlinien des Reichsausschusses für Ärzte und Krankenkassen schon von einem Arzt, der vom Versicherten unabhängig und zur Unterstützung der Krankenkasse verpflichtet ist. Es ist dies der Vertrauensarzt.

Zunächst wurden solche Ärzte nur nebenamtlich eingeführt, da die Krankenkontrolleurs den Krankenstand im Griff hatten.

Die Notverordnung vom 26. 7. 1930 zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände hat den vertrauensärztlichen Dienst eingeführt. Man versucht eine Verminderung des zahlenmäßig hohen Krankenstandes durch die Einführung einer Kontrollinstitution zu verringern. Somit war die erste Aufgabe des damaligen Kontrolldienstes die Nach-

untersuchung um die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu prüfen und gegebenfalls den Versicherten wieder gesundzuschreiben.

In dieser Sicht versteht es sich, daß das Verhlätnis Vertrauensarzt-Versicherter bald getrübt wurde, da Vertrauensärzte durch die Kassen in eine reine Kontrolltätigkeit gedrängt wurden.

Die bestehenden Krankenkassen hatten desweiteren die Möglichkeit gemeinsam Vertrauensärzte einzustellen.

Durch die Verordnung vom 5. 7. 1934 zum Aufbau der Sozialversicherung wurde der vertrauensärztliche Dienst eine Gemeinschaftsaufgabe. Die Vertrauensärzte wurden aus den Krankenkassen herausgezogen und der zuständigen Landesversicherungsanstalt zugeteilt um dort in einem medizinischen Dienst Berater der Krankenkasse zu werden. Schon damals war man der Meinung, daß der vertrauensärztliche Dienst im Dienst der Krankenkassen und Landesversicherungsanstalten steht. Er sollte nicht nur im Bereiche der Kontrolle unberechtigt erscheinende Forderungen mittels Vorladungen prüfen, sondern auch eine sozialmedizinische Tätigkeit entfalten, die rechtzeitig gesundheitsschädigende Gefahren erkennen sollte und so Hilfe leisten konnte. Hier erscheint klar die Aufgabe des kontrollärztlichen Dienstes in fürsorgender Sicht, da sie der Erhaltung der Volksgesundheit dient. Die technische und medizinische Ausrüstung der medizinischen Dienste mußte folgen.

Ein Erlaß des Reichsarbeitsministers vom 5. 7. 1940 hat die Gesundheitsaufgabe des vertrauensärzlichen Dienstes auf die Ersatzkassen ausgedehnt.

Trotz vieler Berichte, Entwürfe und Beiträge im einschlägigen Schrifttum, blieb die Hauptaufgabe des kontrollärztlichen Dienstes als Regulierungsinstanz der Krankenstände bestehen. Man glaubte durch möglichst viele Vorladungen viele Gesundmeldungen zu erreichen. Es ist dies der sogenannte Vorlade-Gewinn.

Diesen Mißstand abzuschaffen war ein Hauptziel des Stader Modells das in den sechziger Jahren aktuell war. Die Massenvorladungen sollten durch ein gezieltes Auswahlverfahren ersetzt werden. Die vertrauensärztlichen Gutachten sollten größeren medizinischen Aussagewert erhalten.

Als Gegenstück zu dem Modell eines neuen Vertrauensarztverfahrens wurde von den Ärzten ein sogenanntes Hausarztverfahren entwickelt. Der behandelnde Hausarzt sollte maß-

geblich entscheiden, ob eine Nachprüfung des Falles angebracht ist oder nicht. Die sozial-medizinischen Aufgaben des vertrauensärztlichen Dienstes im Verhältnis zum Versicherten, zum behandelnden Arzt und zur Krankenkasse waren nicht ausreichend in Betracht gezogen worden.

B. *Neuregelung*

Nach Entwürfen des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung vom 25. 11. und 17. 12. 1968 und sogar einer Empfehlung der Sozialpartner kam es durch Gesetz vom 27. 7. 1969 über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle zu einer Neuregelung.

Die Rechtsgrundlage bilden § 369 b der RVO und § 75 der Krankenversicherung der Landwirte.

Aufgaben des Vertrauensarztes

Der Paragraph 369 b RVO verpflichtet die Kassen :

1. die Verordnungen von Versicherungsleistungen in den erforderlichen Fällen durch einen Vertrauensarzt rechtzeitig nachprüfen zu lassen.

Dieses Recht der Nachprüfung dehnt sich auf alle verordneten Leistungen, sowie auf das Vorliegen von Krankheit aus. Früherkennungsmaßnahmen und ärztliche Betreuung bei Mutterschaft fallen nicht unter die Bestimmung.

Die « erforderlichen Fälle » sind die, in denen Umfang und Menge der Verordnungen die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit zu überschreiten scheinen.

2. die Begutachtung der Arbeitsunfähigkeit durch einen Vertrauensarzt zu veranlassen, wenn es zur Sicherung des Heilerfolges, insbesondere zur Einleitung von Maßnahmen der Sozialleistungsträger für die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit oder zur Beseitigung von begründeten Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit erforderlich erscheint.

Die Begutachtung des vertrauensärztlichen Dienstes wird den Verwaltungsorganen nur nützlich sein können, falls die juristischen Begriffe der versicherten Risiken zur Anwendung kommen (so z. B. in der Krankenversicherung — die Unfähigkeit die bisherige Erwerbstätigkeit wegen Krankheit ausüben zu können).

Wann eine vertrauensärztliche Begutachtung erforderlich scheint, steht im Ermessen der Krankenkasse. Die Einladung

oder Aufforderung zu einer vertrauensärztlichen Begutachtung muß als regelrechter Verwaltungsakt betrachtet werden, da bei Nichterscheinen ohne triftigen Grund die Kasse das Krankengeld ganz oder teilweise versagen kann (§ 192 Abs. 2 RVO).

Die Zweifel an der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit müssen begründet sein, d. h. durch vorliegende Tatsachen medizinischer oder tatsächlicher Natur erhärtet werden. Falls dies eintritt, ist die Krankenkasse verpflichtet eine Begutachtung zu veranlassen.

Der Begriff des Heilerfolges erstreckt sich auf alle Maßnahmen die dazu beitragen die Arbeitsfähigkeit wiederherzustellen so z. B. die Frage der Richtigkeit der Diagnose, und der Therapie.

Falls sich die begründeten Zweifel durch Rückfrage beim behandelnden Arzt oder durch eine Unterredung mit dem Versicherten beseitigen lassen, wird man nicht zu einer vertrauensärztlichen Begutachtung schreiten.

Die Krankenkasse wird dem vertrauensärztlichen Dienst die zur Begutachtung veranlassenden Gründe mitteilen.

Im Prinzip kann der Versicherte selbst eine Inanspruchnahme des ärztlichen Dienstes verlangen.

Mitteilungspflicht

Nach Erstellung des Gutachtens ist der Vertrauensarzt verpflichtet dem Versicherten das Ergebnis der Begutachtung mitzuteilen. Der Kassenarzt und die Krankenkasse erhalten desweiteren die erforderlichen Angaben über den Befund. (§ 369 Abs. 2 RVO).

Die Krankenkasse hat, solange ein Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts besteht, dem Arbeitgeber das Ergebnis des Vertrauensarztes mitzuteilen, wenn das Gutachten des Vertrauensarztes mit der Bescheinigung des Kassenarztes im Ergebnis nicht übereinstimmt. Diese Mitteilung darf keine Angaben über die Krankheit des Versicherten enthalten. (§ 369 b Abs. 3 RVO).

Stellung des Vertrauensarztes

Der Vertrauensarzt ist Beamter der Landesversicherungsanstalt. Die Krankenkasse hat also keine Weisungsgewalt über den Vertrauensarzt, doch er ist gehalten, die Krankenkasse

als ärztlicher Sachverständiger zu beraten. Sie muß ihm sämtliche erforderlichen Unterlagen übermitteln.

Der Vertrauensarzt ist befugt sich Unterlagen für sein Gutachten in Krankenhäusern und Genesungsheimen zu beschaffen, doch hat er keine amtliche Aufklärungspflicht. Er handelt im Rahmen der konsiliarischen Aufklärung.

Der Vertrauensarzt ist nicht berechtigt in die Behandlung des Kassenarztes einzugreifen. (§ 369 b Abs. 2 RVO).

Pflichten des Vertrauensarztes

Der Vertrauensarzt muß sein Gutachten mit Sachlichkeit und Unparteilichkeit verfassen.

Er wird die allgemeinen Rechtsbegriffe anwenden und sich in der Abwägung der gegebenen Möglichkeiten derjenigen anschließen, die aufgrund des gesamten Materials den höchsten Wahrscheinlichkeitsgrad hat. Er wird also nicht den für den Betroffenen günstigsten Schluß ziehen, da der Grundsatz « in dubio pro reo » nicht anwendbar ist.

Bedeutung des Gutachtens

Das vertrauensärztliche Gutachten ist in der Regel in medizinischer Hinsicht maßgebend. Die Entscheidung bleibt der Krankenkasse vorbehalten.

Obergutachten

Besteht der Kassenarzt auf seiner abweichenden Stellungnahme und stellt er trotz gegenteiligem vertrauensärztlichem Gutachten eine erneute Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung aus, so wird die Krankenkasse ein Obergutachten einnehmen. (§ 12 Abs. 7 Bundesmantelvertrag der Ärzte).

Im Sozialgerichtsverfahren stellt das vertrauensärztliche Gutachten kein Beweis durch Sachverständige dar, weil das Gericht das Gutachten nicht selbst veranlaßt hat. (§ 118 Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz in Verbund mit § 402 der Zivilprozeßordnung; s. Rohwer-Kahlmann, Sozialgerichtsbarkeit Anm. IV zu § 118; Entsch. Bundessozialgericht 16. 5. 1972).

Ausblick

Die Landesversicherungsanstalten besitzen ihrerseits einen vertrauensärztlichen Dienst. Somit liegt es nahe eine enge Zusammenarbeit anzustreben, damit Doppelbegutachtungen vermieden werden.

Die elektronische Speicherung medizinischer Daten, die Aufstellung einheitlicher programmierbarer Untersuchungsmodelle werden in Zukunft eine schnelle Vorlage und Auswertung der Befundberichte mittels Computer ermöglichen.

Die Zusammenlegung aller medizinischer Dienste in einem sozialärztlichen Dienst wird von verschiedenen Gruppen und Verbänden (z. B. Bundesverband der Vertrauensärzte 1970, DGB 1972) gefordert. Die Landesversicherungsanstalten schlugen 1971 eine Einverleibung des vertrauensärztlichen Dienstes in den ärztlichen Dienst der Landesversicherungsanstalten vor, doch wehrten sich die Krankenkassenverbände gegen dieses Ansinnen.

II. DAS BERUFSGENOSSENSCHAFTLICHE HEILVERFAHREN

Sachgemäße und rasche Behandlung

Die Berufsgenossenschaften sind verpflichtet alle Maßnahmen zu treffen durch die eine möglichst bald nach dem Arbeitsunfall einsetzende, schnelle und sachgemäße Heilbehandlung insbesondere auch, soweit nötig, eine fachärztliche oder besondere unfallmedizinische Versorgung gewährleistet wird. (§ 557 Abs. 2 RVO). Der Gesetzgeber hat desweiteren den Trägern der Unfallversicherung die gesetzliche Verantwortlichkeit zur Durchführung der Heilbehandlung übertragen. (§ 557 Abs. 3 R. V. O).

Der Gesetzgeber hat besonders hervorgehoben, daß die Behandlung des Unfallverletzten sachgemäß und schnell erfolgen soll, damit der bestmögliche Heilerfolg gesichert ist und eine Verschlimmerung der Unfallfolgen verhütet wird.

Somit muß die Berufsgenossenschaft sich an die Stellen wenden, die zunächst vom Unfall erfahren, nämlich der Betrieb und die Krankenkasse. Schon 1936 wurden Bestimmungen über die Unterstützungspflicht der Krankenkassen und Unternehmer gegenüber den Trägern der Unfallversicherung erlassen [1]. Diese Bestimmungen werden in den folgenden Jahren in Abkommen umgesetzt. Am 1. Januar 1956 wurde zwischen dem Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften, der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften, den gemeindlichen Unfallversicherungsträgern und der kassenärztlichen Bundesvereinigung ein Abkommen geschlossen.

1 s. Reichsarbeitsblatt IV, S. 195

Die verschiedenen Verfahren

Aufgrund obiger Bestimmungen von 1936 und des Ärzteabkommens werden folgende Verfahren angewandt:

1. **Das Verletzungsartenverfahren.**

Dieses Verfahren ist für besonders schwierige Verletzungen vorgesehen in denen eine stationäre Behandlung in bestimmten Krankenhäusern erfolgen muß.

Die Berufsgenossenschaft erklärt, daß bei solchen Verletzungsarten stets berufsgenossenschaftliche Behandlung stattfindet und läßt die einzelnen Heilanstalten nach vorheriger sachlicher und personellen Prüfung für die Behandlung zu.

Folgende Verletzungsarten kommen in Frage:

1. ausgedehnte oder tiefgehende Verbrennungen oder Verätzungen
2. ausgedehnte und tiefgehende Weichteilverletzungen
3. Quetschungen mit drohenden Ernährungsstörungen, ausgenommen an Fingern und Zehen
4. Verletzungen mit Eröffnung großer Gelenke
6. Verletzungen der großen Nervenstämme an Arm oder Bein und Verletzungen der Nervengeflechte
7. Quetschungen oder Prellungen des Gehirns (contusio oder compressio cerebri)
8. Quetschungen oder Prellungen der Wirbelsäule mit neurologischen Ausfallerscheinungen
9. Brustkorbverletzungen, wenn sie mit Eröffnung des Brustfells, mit erheblichem Erguß in dem Brustfellraum, mit stärkerem Blutverlust oder mit Beteiligung innerer Organe verbunden sind
10. stumpfe oder bohrende Bauchverletzungen
11. Verletzungen der Nieren- oder Harnwege
12. Verrenkungen der Wirbel, des Schlüsselbeins, im Handwurzelbereich, des Hüftgelenks, des Kniegelenks oder im Fußwurzelbereich
13. Verletzungen der Beugesehnen der Finger, der körperfernen Sehne des Armbizeps und der Achillessehne
14. folgende Knochenbrüche:
    a) offene Brüche des Hirnschädels
    b) geschlossene Brüche des Hirnschädels mit Gehirnbeteiligung, ausgenommen leichter Gehirnerschütterung

c) Brüche im Augenhöhlenbereich
d) Wirbelbrüche, ausgenommen Dorn- und Querfortsatzbrüche
e) Schulterblatthalsbrüche mit Verschiebung
f) offene Brüche des Ober- und Unterarms
g) geschlossene Brüche des Ober- und Unterarms mit starker Verschiebung oder mit Splitterung, ausgenommen Speichenbrüche an typischer Stelle
h) Brüche mehrerer Röhrenknochen oder mehrfache Brüche eines Röhrenknochens
i) Beckenbrüche, ausgenommen Beckenschaufelbrüche und unverschobene Scham- und Sitzbeinbrüche
j) Brüche des Oberschenkels einschließlich des Schenkelhalses
k) klaffende Brüche oder Trümmerbrüche der Kniescheibe
l) offene Brüche des Unterschenkels
m) geschlossene Brüche des Unterschenkels mit starker Verschiebung oder Splitterung
n) Brüche eines Knöchels mit Verschiebung oder Splitterung
o) Brüche des Fersenbeins mit stärkerer Höhenverminderung, oder Verschiebung, Brüche des Sprungbeins, verschobene Brüche des Kahn- oder Würfelbeins oder eines Keilbeins
p) stark verschobene oder angeknickte Brüche eines Mittelfußknochens.

Die Krankenkasse, der Betrieb und jeder Arzt überweist in diesen Fällen im Auftrage der Berufsgenossenschaft unverzüglich den Verletzten in die für dieses Verfahren zugelassene Heilanstalt. Die Krankenkasse macht der Berufsgenossenschaft hiervon sofort Mitteilung. (§ 6 Bestimmungen über die Unterstützungspflicht v. 19. Juni 1936).

Der Arzt der zugelassenen Heilanstalt hält die Berufsgenossenschaft über den Stand und die Entwicklung des Heilverfahrens auf dem laufenden. (§ 7 u. 8 Bestim. v. 19. Juni 1936).

2. Das Durchgangsarztverfahren.

Die oben nicht angeführten Verletzungen unterliegen dem Durchgangsarztverfahren.

Auf Verlangen der Berufsgenossenschaft hält die Krankenkasse die Unfallverletzten der Berufsgenossenschaft dazu an,

sofort nach der Krankmeldung und möglichst noch vor der ersten Inanspruchnahme eines Kassenarztes, einen von der Berufsgenossenschaft wegen seiner chirurgisch-orthopädischen und unfallmedizinischen Kenntnisse bezeichneten Facharzt, genannt Durchgangsarzt, aufzusuchen, der beurteilt, ob die Fürsorge der Krankenkasse ausreicht oder besondere Maßnahmen angezeigt sind. (§ 5 der Bestimmungen über die Unterstützungspflicht der Krankenkasse und Unternehmer).

3. Das Beratungsfacharztverfahren

Die Unfallverletzten die nicht durch einen Durchgangsarzt erfaßt wurden, beziehungsweise in kassenärztlicher Behandlung verblieben sind und diejenigen, die sich nach Abschluß des Heilverfahrens erneut krank melden während desselben Krankheitsfalles oder im Falle der Wiedererkrankung, und bei minderschweren Fällen, sollen sofort nach der Krankmeldung von einem von der Berufsgenossenschaft bezeichneten Facharzt (Beratungsarzt) vorgestellt werden. (§ 5a Bestimmungen über die Unterstützungspflicht der Krankenkassen und Unternehmer).

Falls man dem Verletzten nicht zumuten kann, daß er wegen der Verkehrsverhältnisse den Durchgangsarzt aufsucht, so soll der praktische Arzt den Verletzten dem Beratungsarzt vorstellen. (Leitnummer 38 des Ärzteabkommens).

Bei Wiedererkrankung, Heilungsverzögerung muß der allgemeine praktische Arzt den Verletzten dem Beratungsarzt vorstellen.

Der Beratungsarzt steht dem allgemeinen Arzt mit fachärztlichem Rate bei und kann desweiteren zusätzliche Behandlung selbst oder durch einen anderen Facharzt veranlassen (Leitnummer 43 des Ärzteabkommens).

4. Das Augen- und Ohrenarztverfahren.

Bei Augen-, Hals-, Nasen- oder Ohrenverletzungen hält die Krankenkasse den Verunfallten an, sofort den nächstwohnenden oder am leichtesten erreichbaren Facharzt aufzusuchen. Dieser Facharzt beurteilt ob fachärztliche Behandlung oder sogar Behandlung in einer Heilanstalt angezeigt ist und leitet die erforderlichen Maßnahmen im Auftrage der Berufsgenossenschaft ein. (§ 5 b Bestimmungen über die Unterstützungspflicht).

5. Das sogenannte H-Artzverfahren

An der Durchführung der Heilbehandlung sind die Ärzte zu beteiligen, die dazu fachlich befähigt, entsprechend ausgestat-

tet und zur Übernahme der damit verbundenen Pflichten bereit sind. (§ 557 Abs. 2 RVO).

Diese Ärzte, genannt H-Ärzte, können die Heilbehandlung auf Kosten der Unfallversicherung durchführen, soweit es sich nicht nur um Verletzungen, die unter das Verletzungsartenverfahren fallen, handelt, nämlich :

1. Offene, bis in die Muskulatur hineinreichende Weichteilververletzungen
2. Lokalisierte eitrige Entzündungen
3. Ausgedehnte Verbrennungen zweiten Grades oder Verbrennungen dritten Grades sowie schwere Verätzungen, bei denen schlechte Narbenbildung oder Kontrakturen zu erwarten sind.
4. Offene Sehnenverletzungen oder Sehnennähte (mit Ausnahme an Hand, Fingern und Fuß) sowie offene Gelenk- und gelenknahe Verletzungen
5. Muskelrisse, die eine operative Behandlung erfordern
6. Offene Nervenverletzungen
7. Schwere Prellungen, Quetschungen, Stauchungen und Verzerrungen von Gelenken mit intraartikulärer oder starker periartikulärer Blutung, besonders bei Vorschäden der Gelenke
8. Knochenbrüche mit Gefahr nachfolgender Funktionsstörungen, die eine intensive Nachbehandlung erfordern
9. Luxation von Gelenken, die eine intensive Nachbehandlung erfordern.

Der H-Arzt ist von der Vorstellungspflicht seiner Patienten beim Durchgangsarzt befreit.

DER DURCHGANGSARZT

Sachkenntnis

Der Durchgangsarzt muß Facharzt für Chirurgie oder Orthopädie sein, sowie geeignete Kenntnisse und genügend Erfahrung auf dem Gebiete der Unfallmedizin haben. Er muß zur Behandlung der Verletzten die nötigen klinischen Einrichtungen haben (z. B. Röntgengerät). Falls er unverfügbar ist muß er für eine ausreichende Vertretung Sorge tragen.

Freie Ärztewahl

Im Durchgangsarzt-Bereich hat der Verletzte freie Wahl des Durchgangsarztes (Eingeschränkte Ärztewahl).

Stellung des Durchgangsarztes

Die Stellung des Durchgangsarztes ist unabhängig in dem Maße wo die Berufsgenossenschaft keinen Einfluß auf seine medizinischen Entscheidungen nimmt. Die Unfallversicherung erteilt durch die Bestellung eines Arztes zum Durchgangsarzt demselben die Vollmacht berufsgenossenschaftliches Heilverfahren durchzuführen.

Die Durchgangsärzte sollen mit dem vertrauensärztlichen Dienst zusammenarbeiten und eventuelle Meinungsverschiedenheiten als reine Sachfragen bereinigen.

Aufgaben

Die Aufgaben des Durchgangsarztes sind wie folgt durch den Hauptverband der Berufsgenossenschaften festglegt [2] :

1. Untersuchung des Verletzten und Erstversorgung, falls berufsgenossenschaftliche Weiterbehandlung nicht erforderlich ist.
2. Unfallhergang aufgrund der Angaben des Verletzten in einem « Durchgangsarztbericht » aufzuzeichnen. Dieser Bericht wird die wesentliche Grundlage im Entschädigungsverfahren bilden.
3. Entscheiden ob berufsgenossenschaftliche Heilbehandlung einzuleiten ist.

DER BERATENDE ARZT DER UNFALLVERSICHERUNG

Die Aufgabe des beratenden Arztes eines Unfallversicherungsträgers besteht hauptsächlich darin :

a) zweifelhafte Fälle mit den Sachbearbeitern der Berufsgenossenschaft zu klären.
b) Heilverfahren zu lenken aufgrund des eingesandten Durchgangsberichtes;
c) Angaben auf Richtigkeit zu prüfen z. B. geschilderter Unfallhergang und angegebener Befund;
d) haftungsausfüllende Kausalität im Zweifelsfalle zu prüfen;
e) besondere Untersuchungen zu beantragen und Nachschauberichte einzufragen;
f) Rentengutachten zu überprüfen, Abfindungen zu begutachten, im Klageverfahren der Berufsgenossenschaft in medizinischen Fragen beratend zu helfen.

---

2 s. Rundschreiben des Hauptverbandes der gewerblichen Berufsgenossenschaften VB 78/67

III. DIE REHABILITATION

§ 368 RVO besagt, daß die Bundesverbände der Krankenkassen durch Verträge sicherzustellen haben, daß Behinderte über die Möglichkeit der medizinischen, berufsfördernden und ergänzenden Leistungen zur Rehabilitation beraten werden und die gebotenen Maßnahmen von der Rehabilitation frühzeitig eingeleitet werden.

Der Vertrag über das Unfallheilverfahren wird nicht als Vertrag nach § 368 r RVO angesehen[3], da es keiner Entscheidung der Krankenkasse im Einzelfall bedarf.

Zweck

Das Gesetz über die Angleichung der Leistungen zur Rehabilitation vom 7. August 1974[4] sieht als Aufgabe der Rehabilitation die medizinischen berufsfördernden und die ergänzenden Maßnahmen und Leistungen um körperlich, geistig oder seelisch Behinderte auf Dauer in Arbeit, Beruf und Gesellschaft einzugliedern (§ 1 Rehab G.).

Die gesetzliche Krankenversicherung, die Unfallversicherung die Rentenversicherung, die Altershilfe für Landwirte, die Kriegsopferversorgung, die Bundesanstalt für Arbeit sind Rehabilitationsträger und verpflichtet Leistungen zur Rehabilitation zu erbringen.

Aufklärungspflicht

Die Rehabilitationsträger müssen den Behinderten über die Möglichkeiten zur Durchführung medizinischer berufsfördernder Maßnahmen und Leistungen zur Rehabilitation Auskünfte erteilen (§ 3 RehabG.).

Einleitung der Maßnahmen

Die Rehabilitationsträger müssen auf eine rasche Einleitung der Rehabilitationsmaßnahmen hinwirken. Unzuständige Träger sind verpflichtet dem zuständigen Träger Mitteilung zu machen, wenn medizinisch, berufsfördernde oder ergänzende Maßnahmen angezeigt erscheinen (§ 4 RehabG.).

3 s. Töns : Das Unfalheilverfahren der gesetzlichen Krankenversicherung S. 31

4 s. Bundesgesetzblatt I, S. 1881

Zusammenarbeit der Rehabilitationsträger

Die Träger[5] haben im Interesse einer raschen und dauerhaften Eingliederung der Behinderten eng zusammenzuarbeiten.

Jeder Träger hat im Rahmen seiner Zuständigkeit die erforderlichen Maßnahmen so vollständig und umfassend zu erbringen, daß Leistungen eines anderen Trägers nicht erforderlich werden.

Sind andere Träger an den Rehabilitationsmaßnahmen beteiligt, wird ein Gesamtplan aufgestellt der alle Maßnahmen erfassen soll, damit dieselben nahtlos ineinandergreifen.

Damit das Rehabilitationsverfahren zügig verläuft und die Leistungen einheitlich erbracht werden, können im Einvernehmen aller Träger Gesamtvereinbarungen abgeschlossen werden (§ 5 RehabG.).

Vorrang der Rehabilitationsmaßnahmen vor Rente

Der Gesetzgeber hat ausdrücklich in § 7 des Rehabilitationsgesetzes hervorgehoben, daß Rente wegen Minderung der Erwerbstätigkeit oder wegen Erwerbsunfähigkeit erst dann bewilligt werden soll, wenn zuvor Maßnahmen zur Rehabilitation durchgeführt worden sind oder ein Erfolg wegen der Schwere der Behinderung nicht zu erwarten ist.

Wird eine Rente wegen Minderung der Erwerbsfähigkeit bezogen, soll desweiteren bei Nachuntersuchungen geprüft werden ob Maßnahmen zur Rehabilitation zumutbar und geeignet sind die Erwerbsfähigkeit des Behinderten wiederherzustellen oder zu bessern (§ 6 RehabG.).

5 Es handelt sich um die gesetzliche Krankenversicherung, Unfallversicherung, Altershilfe für Landwirte, Kriegsopferversorgung, Arbeitsförderung (§ 2 RehabG)

LES SERVICES MEDICAUX DANS LE CADRE DE LA SECURITE SOCIALE EN REPUBLIQUE FEDERALE D'ALLEMAGNE

par André THILL
docteur en droit
chef du service juridique de l'Office des assurances sociales

A l'heure actuelle tout le monde se rend compte que les dépenses de la sécurité sociale dépendent dans une très large mesure du comportement du médecin traitant lors de la déclaration d'incapacité de travail, de la médication et du traitement. En raison de ce seul fait les organismes de sécurité sociale doivent avoir des médecins conseils qui les assistent.

Il convient de distinguer entre deux systèmes, celui de l'assurance-maladie-pension et celui de l'assurance-accidents.

I. LE SERVICE MÉDICAL (Vertrauensärztlicher Dienst)

A. Historique

Lors de l'introduction de l'assurance-maladie, le système dit du médecin de famille (Hausarztverfahren) était de rigueur. Le médecin traitant avait un rôle actif à remplir.

Les déficiences de ce système apparurent bientôt et le 12 mai 1924 les directives du comité du « Reich » pour les médecins et caisses de maladie parlaient déjà d'un médecin indépendant par rapport à l'assuré et qui devrait aider la caisse de maladie. C'est le médecin de confiance.

D'abord on n'introduisit ces médecins qu'à titre accessoire, puisque les contrôleurs des malades avaient en mains la situation des cas de maladie.

La disposition d'urgence du 26 juillet 1930 concernant la disparition de l'état de crise en matière financière, économique et sociale, a introduit le service médical de confiance. On a essayé d'arriver à une réduction du taux élevé des cas de maladie par l'introduction d'une institution de contrôle. La première tâche du service de contrôle d'alors était donc l'examen médical de contrôle pour vérifier la déclaration d'incapacité de travail et de déclarer, le cas échéant, l'assuré de nouveau apte au travail.

Il est compréhensible que la relation médecin de confiance - assuré social fut bientôt assombrie, puisque les médecins de confiance se trouvaient confinés par les caisses dans une activité de pure contrôle.

Les caisses de maladie disposaient par ailleurs de la faculté de recruter des médecins de confiance communs.

Par l'ordonnance du 5/7/1934 concernant l'organisation de l'assurance sociale, le service médical des médecins de confiance fut considéré comme une tâche commune. On retira les médecins de confiance des caisses de maladie et on les attribua aux organismes de pensions régionaux compétents pour y devenir dans le cadre d'un service médical conseillers de la caisse de maladie. On était déjà de ce temps d'avis que le service médical de confiance était au service des caisses de maladie et des assurances régionales de pension. Il avait pour mission non seulement d'examiner moyennant convocations personnelles sur le plan du contrôle des prétentions apparaissant comme malfondées, mais encore de déployer une activité de médecine sociale en vue de constater à temps des dangers nuisibles à la santé et d'y apporter remède. Ici apparaît clairement la tâche du service du contrôle médical dans une perspective préventive, puisqu'elle contribue au maintien de la santé des citoyens. L'équipement technique et médical des services médicaux devait suivre.

Une décision du ministre du Travail du « Reich » en date du 5 juillet 1940 a étendu aux caisses complémentaires cette tâche relative à la protection de la santé et incombant au service médical de confiance.

Malgré de nombreux rapports, projets et propositions dans la littérature spécialisée la tâche primordiale du service de contrôle médical restait de régulariser l'évolution des cas de maladie. On estimait qu'on aboutirait moyennant le plus grand nombre possible de convocations à beaucoup de déclarations de reprises de travail. C'est là le soi-disant gain des convocations (Vorlade-Gewinn).

Un but majeur du modèle de Stader fut dans les années soixante l'abolition de cet état de choses déplorable. Les convocations de masse devaient être remplacées par une procédure de sélection précise. Les expertises des médecins de confiance devaient de la sorte gagner du point de vue médical.

A l'encontre de ce modèle, les médecins privés proposaient une nouvelle procédure dite du médecin de confiance de famille. Le médecin traitant de la famille doit pouvoir décider si un contrôle du cas s'impose ou non. Mais il n'a pas été suffisamment tenu compte des tâches médico-sociales du service médical de confiance par rapport à l'assuré, au médecin traitant et à la caisse de maladie.

B. Nouvelle réglementation

Après les projets du Ministère fédéral du Travail et de la Sécurité Sociale des 25-11 et 17-12-1968 et même d'une recommandation des partenaires sociaux, on aboutit à une réglementation nouvelle par la loi du 27/7/1969 concernant la continuation du salaire en cas de maladie.

La base légale constituent les paragraphes 369 b) R.V.O. et 75 de l'assurance-maladie des agriculteurs.

Tâches du médecin-conseil

Le paragraphe 369 b) R.V.O. oblige les caisses de maladie :

1. de faire contrôler dans le délai indiqué les cas appropriés d'ordonnancement de prestations sociales par un médecin de confiance.

Ce droit de contrôle s'étend à toutes les prestations prescrites par le médecin traitant ainsi qu'à l'existence ou non d'un cas de maladie. Les mesures préventives de dépistage et l'assistance médicale en cas de maternité ne sont pas concernées par cette disposition.

Les cas appropriés sont ceux qui dépassent par leur envergure et le nombre des ordonnances médicales la nécessité et l'opportunité.

2. de faire expertiser l'incapacité de travail par un médecin de confiance, s'il apparaît nécessaire d'y procéder en vue de garantir la bonne fin du traitement curatif, plus spécialement de prendre des mesures par les organismes d'assurance sociale en vue de rétablir la capacité de travail ou d'écarter des doutes sérieux sur l'incapacité de travail.

L'expertise du service médical ne pourra être utile aux organes administratifs que si les définitions juridiques des risques assurés sont appliquées (ainsi p. ex. en assurance-maladie — l'incapacité d'exercer sa profession en raison d'une maladie).

La question de savoir quand une expertise est indiquée reste de la compétence de la caisse de maladie.

L'invitation ou la convocation à une expertise par le service médical doit être considérée comme acte administratif, car en cas de non-comparution sans motif valable, la Caisse peut refuser totalement ou partiellement le payement de l'indemnité pécuniaire de maladie (§ 192, al. 2 R.V.O.).

Les doutes relatifs au certificat médical d'incapacité de travail doivent être fondés, c'est-à-dire qu'ils doivent se baser sur des données de nature médicale ou sur des circonstances de fait. Si tel est le cas, la caisse de maladie est tenue de faire faire une expertise.

La notion de bonne fin du traitement curatif s'étend à toutes les mesures qui concourent au rétablissement de la capacité de travail, ainsi p. ex. à la question de l'exactitude du diagnostic et de la thérapeutique.

Si les doutes peuvent être éliminés à la suite d'une demande auprès du médecin traitant ou par un entretien avec l'assuré, alors on n'instituera pas d'expertise par le service médical.

La caisse de maladie communiquera au service médical les motifs qui l'ont amenée à demander une expertise.

L'assuré peut en principe faire lui-même appel aux services du médecin conseil.

Obligation de communiquer

Après avoir établi l'expertise, le médecin conseil est tenu de communiquer à l'assuré le résultat de l'expertise. Le médecin-traitant membre de l'association des médecins des caisses de maladie et la caisse de maladie reçoivent d'autre part les indications nécessaires au diagnostic (par. 369, al. 2 R.V.O.).

La caisse de maladie est obligée, tant que perdure en droit la continuation de l'indemnité pécuniaire, de transmettre à l'employeur la conclusion du médecin-conseil, si l'expertise du médecin-conseil ne concorde pas avec le certificat du médecin traitant. Cette information ne doit point contenir d'indication relative à la maladie de l'assuré (par. 369 b, al. 3 R.V.O.).

Situation du médecin conseil

Le médecin conseil est fonctionnaire de l'organisme régional d'assurance-pension. La caisse de maladie n'a donc pas le droit de donner des directives au médecin conseil qui est cependant tenu de conseiller la caisse de maladie à titre d'expert médical. La Caisse doit lui soumettre toutes les pièces nécessaires.

Le médecin de confiance est habilité à prendre les renseignements nécessaires à son expertise auprès des cliniques et des maisons de convalescence, mais il ne dispose pas d'un droit d'investigation d'office. Il agit dans le cadre de consultations informatives.

Le médecin conseil n'est pas habilité à s'immiscer dans le traitement de l'assuré (Par. 369 b, al. 2 R.V.O.).

Obligations du médecin conseil

Le médecin conseil doit rédiger son expertise avec objectivité et impartialité.

Il devra appliquer les principes juridiques et se rallier aux conclusions qui en présence de possibiltés différentes présentent le degré de probabilité le plus élevé, compte tenu de toutes les pièces qui lui sont soumises. Il ne devra donc pas tirer la conclusion la plus favorable pour l'assuré, car le principe « in dubio pro reo » n'est pas applicable.

Portée de l'expertise

L'expertise du service médical est en général déterminante du point de vue médical. La décision reste cependant du ressort de la caisse de maladie.

Deuxième expertise

Si le médecin traitant maintient sa façon de voir divergente et établit malgré l'expertise contraire du service médical, un certificat d'incapacité de travail, alors la caisse de maladie doit demander une deuxième expertise (par. 12, al. 7 de la convention collective fédérale des médecins).

En matière procédurale devant les tribunaux sociaux, l'avis émis par le service médical ne constitue pas une preuve par expert, parce que ce n'est pas le tribunal lui-même qui a institué l'expertise (par. 118, al. 1 Loi sur l'organisation du trib. soc., ensemble avec par. 402 du code

de procédure civile; v. Rohwer-Kahlmann: Sozialgerichtsbarkeit, note IV, sub par. 118; Déc. Cour Sociale Fédér. du 16/5/1972).

Prospective

Les organismes d'assurance pension disposent de leur côté d'un service médical pour les rentes ou pensions. Il est donc indiqué d'aboutir à une collaboration étroite, afin d'éviter un double emploi dans les expertises.

Le stockage électronique des données médicales, l'établissement de modèles uniformes d'examens médicaux, susceptibles de faire l'objet d'une programmation informatique, permettront à l'avenir d'obtenir rapidement les données nécessaires et de les soumettre à un traitement informatique.

La fusion de tous les services médicaux en un service de médecine sociale est réclamée par divers groupes et associations (p. ex. l'association fédérale de médecins conseils en 1970, le Deutsche Gewerkschaftsbund en 1972). Les organismes sociaux d'assurance-pension ont proposé en 1971 l'incorporation du service médical de confiance (vertrauensärztlicher Dienst) dans le service médical des organismes sociaux d'assuarnce-pension (Landesversicherungsanstalten). Mais les associations des caisses de maladie se sont opposées à ces vues.

II. LE TRAITEMENT CURATIF EN ASSURANCE-ACCIDENTS

Traitement prompt et adéquat

Les organismes d'assurance-accidents sont tenus de prendre toutes les mesures grâce auxquelles un traitement curatif prompt et adéquat commence aussi vite que possible après l'accident de travail, plus particulièrement aussi en vue de garantir des soins médicaux spécialisés, notamment en matière de traumatologie (par. 557, al. 2 R.V.O.). Le législateur a en outre conféré aux organismes assureurs de l'assurance-accidents la responsabilité légale relative à l'exécution du traitement curatif (§ 557 Abs. 3 R.V.O.).

Le législateur a souligné particulièrement que le traitement des accidents du travail doit se faire de façon adéquate et prompte, afin que la meilleure fin possible du traitement curatif soit assurée et qu'une aggravation des séquelles accidentelles soit évitée.

L'assurance-accidents doit donc s'adresser aux autorités qui ont en premier lieu connaissance de l'accident, c'est-à-dire l'entreprise et la caisse de maladie. Déjà en 1936 on a édicté des dispositions concernant l'aide à accorder par les caisses de maladie et les employeurs aux organismes d'assurance-accidents [1]. Ces dispositions furent par la suite reprises dans des conventions. Le 1er janvier 1956 une convention fut conclue entre le groupement des associations d'assurance contre les accidents, les associations d'assurance agricole contre les accidents, les organismes communaux d'assurance contre les accidents et le groupement fédéral des médecins agréés en assurance-maladie.

1 v. Reichsarbeitsblatt IV, p. 195

Les différentes formes de traitement

En application des dispositions de 1936 et de la convention médicale ci-dessus on distingue les sortes de traitements ci-après :

1. Procédé basé sur le genre de la blessure (Verletzungsverfahren)

Ce procédé est prévu pour les blessures particulièrement graves qui requièrent un traitement hospitalier dans certaines cliniques déterminées.

L'association d'assurance contre les accidents déclare que dans les cas de ces genres de blessures, il faut toujours faire un traitement dans des cliniques qui sont agréées après examen préalable du point de vue fonctionnel et personnel.

Les types de blessures ci-après rentrent dans ce genre de traitement :

1. brûlures classiques ou brûlures caustiques étendues ou profondes
2. blessures étendues ou profondes des parties molles
3. contusions comportant des risques de troubles circulatoires, excepté aux doigts et aux orteils
4. blessures ouvertes des grandes articulations
5. inflammations purulentes des grandes articulations
6. blessures des grands troncs nerveux aux membres supérieurs et inférieurs et les blessures des plexus nerveux
7. contusions ou commotions cérébrales (contusio ou compressio cerebri)
8. constitutions ou compressions de la colonne vertébrale avec des déficiences neurologiques
9. blessures du thorax, si elles se compliquent de l'ouverture de la plèvre, d'un épanchement pleural, d'une perte importante de sang ou d'atteintes à des organes internes
10. blessures contuses ou pénétrantes de l'abdomen
11. blessures des voies urinaires
12. luxation des vertèbres, de la clavicule, des poignets, de la hanche, du genou ou du tarse
13. blessures des tendons fléchisseurs des doigts, du tendon distal du biceps et du tendon d'Achille
14. fractures suivantes :
    a) fractures ouvertes du crâne
    b) fractures fermées du crâne avec lésion du cerveau, excepté légère contusion du cerveau
    c) fractures de l'orbite
    d) fractures des vertèbres, excepté la fracture d'une apophyse épineuse ou transverse

e) fractures de l'omoplate avec déplacement
f) fractures ouvertes du bras et de l'avant-bras
g) fractures fermées du bras et avant-bras avec déplacement important ou fractures comminutives excepté les fractures du radius à localisation typique
h) fractures de plusieurs os longs ou fractures multiples d'un os long
i) fractures du bassin excepté fractures de l'os iliaque et fractures sans déplacement du pubis et de l'ischion
j) fractures du fémur y compris celles du col fémoral
k) fractures ouvertes ou fractures multifragmentaires du ménisque
l) fractures ouvertes de l'extrémité inférieure du fémur
m) fractures fermées de l'extrémité inférieure du fémur avec déplacement important ou en cas de fractures multi-esquilleuses
n) fractures malléolaires avec déplacement ou éclatement
o) fractures du calcanéum avec raccourcissement ou déplacement important, fractures de l'astragale, fractures avec déplacement du scaphoïde, torsion du cuboïde ou d'un cunéiforme
p) fractures avec déplacements importants ou angulation d'un métatarsien.

La caisse de maladie, l'entreprise et tout médecin font transférer sans retard dans ces cas pour compte de l'association d'assurance contre les accidents, le blessé dans la clinique agréée pour traiter ce genre de blessures. La caisse de maladie informe immédiatement l'association d'assurance (§ 6 des dispositions concernant l'obligation d'entr'aide du 19 juin 1936).

Le médecin de la clinique agréée tient l'association d'assurance contre les accidents au courant de l'état et de la suite du traitement (par. 7 et 8 des dispositions du 19 juin 1936).

2. Le procédé du médecin de passage (Durchgangsarztverfahren)

Les blessures non énumérées ci-dessus rentrent dans la procédure dite du médecin de passage.

Sur demande de l'association d'assurance, la Caisse de maladie oblige les accidentés du travail d'aller trouver, sans retard, après la déclaration d'incapacité de travail et même avant de consulter un médecin agréé par les caisses de maladie, un médecin spécialiste en raison de ses connaissances en chirurgie, orthopédie et traumatologie. Ce médecin appelé médecin de passage (Durchgangsarzt) jugera si les soins offerts par la caisse de maladie sont suffisants ou s'il convient de prendre des mesures spéciales (par. 5 des dispositions relatives à l'entr'aide des caisses de maladie et des employeurs).

3. La procédure de consultation d'un médecin conseil spécialiste (Beratungsfacharztverfahren)

Les accidentés du travail qui n'ont pas été vus par un médecin dit de passage et ceux qui sont restés en traitement par la caisse de maladie ainsi que ceux qui redeviennent incapables de travailler après la fin du traitement curatif et ceux qui ont fait une rechute et tous les cas moins graves doivent être présentés immédiatement après la déclaration d'incapacité de travail à un médecin conseil (Beratungsarzt) désigné par l'association d'assurance (par. 5a des dispositions concernant l'entr'aide des caisses de maladie et des employeurs).

Si on ne peut pas demander à l'accidenté qu'il consulte le médecin dit de passage en raison des difficultés des moyens de communication, alors que le médecin traitant doit présenter le blessé au médecin spécialiste conseil (n° d'ordre 38 de la convention collective avec les médecins).

En cas de rechute ou de retard dans la guérison, le médecin spécialiste traitant doit présenter le blessé au médecin-conseil spécialiste.

Le médecin conseil spécialiste assiste le médecin généraliste en lui donnant son conseil de médecin spécialiste et il peut en outre entamer un traitement supplémentaire par lui-même ou par un autre médecin spécialiste (n° d'ordre 43 de la convention collective conclue avec les médecins).

4. La procédure ophtalmologique et oto-rinolaryngologique

En cas de blessures des yeux, de la gorge ou des oreilles, la caisse de maladie oblige l'accidenté du travail de consulter sur-le-champ le médecin-spécialiste le plus proche ou le plus facilement à joindre. Ce médecin spécialiste décide s'il y a lieu à traitement par un médecin spécialiste ou si même un traitement dans une clinique est indiqué. Il prend au nom de l'association d'assurance les mesures qui s'imposent (par. 5b des dispositions sur l'entr'aide).

5. La procédure médicale dite H

Il faut faire participer au traitement curatif des médecins qui ont les aptitudes professionnelles requises, qui sont équipés en conséquence et qui sont disposés à assumer les obligations qui en découlent (par. 557 al. 2 R.V.O.).

Ces médecins dits « H-Ärzte », sont habilités à assumer le traitement curatif à charge de l'association d'assurance pour autant qu'il ne s'agisse pas exclusivement de genres de blessures qui tombent sous la procédure péciale, sub. 1, à savoir :

1. Plaies béantes des tissus mous atteignant les muscles
2. Infections purulentes localisées
3. Brûlures étendues du 2e degré ou brûlures du 3e degré ainsi que brûlures caustiques où l'on peut s'attendre à la formation de cicatrices vicieuses ou des rétractions

4. Blessures tendineuses ouvertes ou sutures tendineuses (excepté au niveau de la main, des doigts et du pied) ainsi que blessures articulaires et juxta-articulaires ouvertes
5. Ruptures musculaires requérant une intervention chirurgicale
6. Plaies perforantes impliquant des nerfs
7. Contusions, compressions, entorses ou distorsions graves des articulations avec hémorragie intra- ou périarticulaire importante, surtout en cas de lésion articulaire préexistante
8. Fractures osseuses comportant un danger de troubles fonctionnels ultérieurs nécessitant un traitement intensif
9. Luxations articulaires nécessitant un traitement intensif.

Cette sorte de médecins est dispensé de présenter le patient au médecin dit de passage (Durchgangsarzt).

LE MÉDECIN DE PASSAGE (« Durchgangsarzt »)

Aptitude professionnelle

Le médecin dit de passage doit être médecin spécialiste en chirurgie ou en orthopédie. Il doit avoir des connaissances et une expérience suffisante dans le domaine de la traumatologie. Il doit disposer de l'appareillage clinique nécessaire pour pouvoir traiter l'accidenté (p. ex. appareil radiologique). S'il est indisponible, il est tenu de veiller à ce qu'un service de remplacement suffisant soit garanti.

Libre choix du médecin

Dans le domaine relevant des médecins dits de passage, le blessé a le libre choix du médecin de passage, partant un choix restreint.

Situation du médecin

La situation du médecin dit de passage est indépendante dans la mesure où l'association d'assurance ne peut influencer les décisions prises sur le plan médical. L'association d'assurance en désignant un médecin comme médecin de passage confère à celui-ci le pouvoir de pratiquer un traitement curatif à charge et pour compte de l'assurance-accidents.

Les médecins de passage doivent collaborer avec le service médical de confiance et éclaircir les divergences de vues en toute objectivité.

Tâches du médecin

Les tâches du médecin de passage sont déterminées comme suit par le groupement central des associations d'assurance [2] :

1. Examiner les blessés et donner les soins primaires, si un traitement curatif n'est pas nécessaire.

2 v. circulaire du Groupement Central des associations d'assurance VB 78/67

2. Prendre note du récit de l'accident par le blessé et établir un rapport qui va servir de base à la procédure d'indemnisation.
3. Décider s'il y a lieu d'instituer un traitement curatif à charge de l'association d'assurance contre les accidents.

LE MÉDECIN CONSEIL DE L'ASSURANCE-ACCIDENTS

La tâche du médecin conseil d'un organisme d'assurance-accidents consiste notamment à :

a) éclaircir les cas ensemble avec les agents de l'assurance-accidents ayant la charge de traiter administrativement les cas en question;
b) diriger des traitements curatifs sur base du rapport établi par le médecin dit de passage;
c) vérifier les indications contenues dans les rapports, p. ex. le récit de l'accident, le diagnostic médical;
d) vérifier en cas de doute la relation de cause à effet entre l'accident et les séquelles;
e) demander des examens médicaux spéciaux et des rapports de contrôle;
f) examiner des rapports d'expertise, émettre un avis sur des indemnités forfaitaires, conseiller l'assurance-accidents dans les questions médicales en cas d'action judiciaire.

III. LA RÉADAPTATION

Le paragraphe 368r R.V.O. dit que les groupements fédéraux des Caisses de maladie doivent garantir par des conventions que les handicapés soient conseillés sur les prestations possibles en vue de les réadapter médicalement et professionnellement et sur les prestations complémentaires, afin que les mesures indiquées en vue d'engager une réadaptation précoce soient prises.

La convention relative au traitement curatif en matière d'assurance-accidents n'est pas à considérer comme une convention aux termes du paragraphe 368 r R.V.O. puisqu'une décision de la caisse de maladie n'est pas requise dans le cas d'espèce [3].

But recherché

La loi sur la coordination des prestations de réadaptation du 7 août 1974 [4] indique comme but de la réadaptation la réintégration de façon durable des handicapés physiques. intellectuels ou psychiques dans la profession et la société grâce à des mesures médicales et des mesures tendant à promouvoir la réadaptation professionnelle. L'assurance-maladie, l'assurance-accidents, l'assurance-vieillesse et l'assurance-pension des agriculteurs, l'assistance aux victimes de la guerre et l'Office

3 v. Töns : Das Unfallheilverfahren der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 31
4 v. Bulletin législatif fédéral I, S. 1881

fédéral de l'Emploi sont les organismes chargés de la réhabilitation et tenus de prendre en charge les prestations y relatives.

Obligation d'information

Les organismes chargés de la réadaptation sont tenus d'informer les handicapés sur les possibilités des mesures de nature médicale et professionnelles et autres prestations de nature à promouvoir leur réadaptation (Par. 3 RehabG.).

Initiative des mesures

Les organismes sont tenus d'introduire rapidement des mesures de réadaptation. Des organismes incompétents sont obligés d'informer l'organisme assureur compétent si des mesures de réadaptation apparaissent comme indiquées aux points de vue médical et professionnel (par. 4 loi sur la réhabilitation).

Collaboration des organismes

Les organismes chargés de la réadaptation [5] ont un intérêt d'établir une collaboration étroite en vue d'une réinsertion rapide et durable de l'handicapé.

Chaque organisme doit prendre dans le cadre de ses compétences des mesures indiquées de façon tellement générale et étendue que les prestations d'un autre organisme ne sont pas nécessaires.

Si d'autres organismes sont associés aux mesures de réadaptation, il y a lieu à établissement d'un plan d'ensemble qui englobe toutes les mesures, afin que celles-ci s'enchaînent sans heurt.

Afin de permettre un déroulement ininterrompu des mesures et de garantir des prestations uniformes, il est loisible à tous les organismes sociaux de conclure des conventions les liant tous (§ 5 RehabG.).

Priorité aux mesures de réadaptation

Le législateur a prévu expressément dans le par. 7 de la loi sur la réadaptation que la rente du chef d'incapacité de gain ou du chef de diminution de la capacité de gain ne saurait être allouée que si auparavant on a procédé à des mesures de réadaptation ou si un résultat n'est pas à escompter en raison de la gravité du handicap.

Si un assuré touche une rente par suite d'une diminution de sa capacité de gain, il est indiqué d'examiner lors d'examens de contrôle si des mesures de réadaptation peuvent être demandées à l'assuré et si celles-ci sont de nature à rétablir la capacité de gain de la victime ou d'améliorer celle-ci (par. 6 RehabG.).

5 Il s'agit des régimes légaux de l'assurance-maladie, de l'assurance-accidents, de l'assurance-pension, de l'assurance-vieillesse aux agriculteurs, des victimes de guerre et de l'Office fédéral du travail (§2 Rehab G).

LA DETERMINATION DE L'INCAPACITE DE TRAVAIL EN MATIERE DE SECURITE SOCIALE AU LUXEMBOURG

par

André THILL
docteur en droit
Chef du service juridique
de l'Office des Assurances sociales

1. — Les définitions des risques sociaux étant connues, il importe de les appliquer en pratique. Le premier maillon de la chaîne est le médecin traitant qui délivre un certificat médical tendant à établir la réalisation du risque et à obtenir la prise en charge par l'organisme de sécurité sociale compétent.

2. — Ce certificat médical doit être circonstancié et motivé, c'est-à-dire contenir les renseignements médicaux de nature à motiver à suffisance les prestations sollicitées. L'article 16, al. 4 du règt. d'exécution de l'assurance-accidents obligatoire parle de certificat suffisamment motivé et l'article 11 des statuts de l'Union des Caisses de maladie indique que le certificat médical, en l'occurrence le troisième volet de la déclaration de maladie, doit comporter des renseignements médicaux.

3. — Il ne fait pas de doute que ce n'est qu'à cette condition que l'organisme de sécurité sociale est à même d'apprécier utilement la demande.

Le statut du médecin-conseil

4. — L'appréciation médicale se fait par les médecins conseils dont le statut diffère suivant qu'ils relèvent des organismes d'assurance sociale réunis administrativement en l'Office des assurances sociales (assurance-accidents, assurance-invalidité du régime ouvrier et allocations familiales) ou s'occupent du risque maladie.

A) Le médecin-conseil de l'Office des assurances sociales

5. — Les médecins-conseils de l'Office des assurances sociales sont des médecins engagés par les comités-directeurs des organismes compétents de l'accord du Ministre de la Sécurité

Sociale en sa qualité d'organe de tutelle et se trouvent placés sous l'autorité des comités-directeurs. Ils bénéficient du statut d'employé public et se trouvent insérés dans l'administration de l'Office en y constituant dans chaque branche un service médical, car les propositions des comités-directeurs réunis de constituer un service médical commun n'ont pas abouti à ce jour. Actuellement un projet de loi tendant à réunir tous les services de contrôle des organismes de sécurité sociale en une administration de l'Etat se trouve en discussion auprès des organes compétents [1].

Ce projet de réforme s'inspire de l'idée profonde de vouloir séparer le contrôle médical des établissements d'assurance chargés de la gestion du risque social. Ce but a été réalisé en France par l'article 2 de l'ordonnance n° 67-706 et du décret du 30 avril 1968[1bis], sans cependant aller jusqu'à une étatisation.

Un contentieux technique médical ?

6. — En cas d'adoption de ce système on peut se demander si l'on ne doit pas amender en même temps les règles de la procédure contentieuse sur le modèle français en décidant qu'en cas d'expertise technique médicale l'avis de l'expert désigné a une valeur absolue et s'impose au juge qui se trouve lié (art. 7 Décret 7 janvier 1959) contrairement à ce qui existe en droit commun où le juge reste souverain en sa décision [2]. Si la réglementation française a peut-être le mérite d'instaurer une procédure rapide et d'éviter un contentieux médical trop volumineux, nous avons de forts doutes que ces dispositions aient la chance d'être introduites au Luxembourg pour deux raisons :

1. elles heurtent profondément la conception de la fonction du juge qui est celle de juger et non seulement d'entériner purement et simplement un avis d'un expert médical et ce malgré le fait qu'il y ait au dossier un avis médical contraire, même d'une valeur supérieure;
2. elles enlèveraient aux parties en cause le deuxième degré de juridiction pour les questions médicales. Tout au plus

1 Par la loi du 16 avril 1979 (Mémorial A, 1979 p. 709 et ss) le législateur a créé une administration de l'Etat dénommée « Contrôle médical de la sécurité sociale » placé sous l'autorité du Ministre compétent.

1bis v. J.-J. Dupeyroux : Sécurité sociale, p. 343—344

2 v. Le Balle-Nowina : Manuel du contentieux de la sécurité sociale, p. 203—204, J. J. Dupeyroux : Sécurité sociale, p. 345

pourrait-on envisager la fixation d'un taux de rente en matière d'assurance-accidents qui ne serait plus appelable pour éviter les litiges bagatelles.

B) Les médecins du risque-maladie

7. — Les médecins conseils du contrôle médical du risque-maladie ont la qualité de fonctionnaires de l'Etat et se trouvent sous l'autorité d'un médecin conseil en chef placé à son tour sous celle du Ministre du Travail et de la Sécurité sociale (art. 76, al. 1er et 79 du code des assurances sociales).

La différence de statut personnel — une différence dans l'appréciation

8. — Les médecins conseils de l'organisme d'assurance sociale ne sont-ils pas libres dans leur appréciation, alors que ceux d'un service de contrôle placé sous l'autorité du Ministre sont libres et impartiaux ?

Si les médecins engagés par un établissement d'assurance sociale se trouvent intégrés dans cette administration, il ne faut point oublier qu'il s'agit d'un établissement public devant exécuter une législation d'ordre public avec objectivité et sans discrimination aucune. On voit donc mal pourquoi le service médical ne suivrait pas cette règle. Il est vrai que sa situation est plus difficile en ce sens qu'il se trouve plus facilement exposé aux critiques des assurés si ceux-ci reçoivent de leur médecin traitant des certificats médicaux de complaisance contre lesquels le contrôle médical se doit de réagir. Le phénomène restera cependant le même auprès des médecins fonctionnaires placés sous l'autorité du Ministre, de sorte qu'en définitive les deux contrôles devraient se valoir du point de vue médical. Il faut cependant remarquer qu'il sera plus difficile de combattre l'avis médical d'un service étatique.

Les tâches du médecin-conseil

9. — La tâche du médecin conseil consiste à vérifier l'appréciation faite par le médecin traitant de la réduction de la capacité de travail de l'assuré, de constater des abus en matière de prestations et de proposer des mesures de prévention et de réadaptation [3].

3 art. 78, al. 2 du C.A.S. en matière d'assurance maladie

La prise de contact du médecin-conseil

10. — A cet effet le médecin conseil entrera en contact avec le médecin traitant en respectant le secret médical et en s'abstenant d'une immixtion dans les rapports de l'assuré avec le médecin traitant. Les médecins traitants sont obligés de fournir aux médecins conseils toutes les indications concernant le diagnostic et le traitement (art. 78, al. 2, 3 et 4 du Code des assurance sociales).

Le rôle prépondérant du médecin-conseil dans la procédure administrative

11. — L'avis du médecin-conseil sera soumis à l'organe compétent pour décider de l'attribution ou du refus de la prestation. Cet avis joue en fait un rôle décisif, car l'organisme de sécurité sociale émettra le plus souvent une décision attaquable conforme à l'avis du médecin conseil. Cette décision est attaquable devant les juridictions sociales.

Mais avant de prendre cette décision dite définitive (Bescheid) l'administration adresse à l'assuré une communication (Vorbescheid) l'informant de la mesure quelle se propose de prendre.

La procédure préliminaire

12. — La communication préalable doit intervenir à peine de nullité de la procédure administrative subséquente en cas de rejet, de suspension et de retrait d'une prestation en matière d'assurance pension des employés privés (art. 148 in fine L. 28. 8. 1951),

en cas de rejet d'une demande en matière d'assurance pension ouvrière (art. 268 du Code des assurances sociales) [4]

en matière d'assurance-accidents (art. 16 Arr. g.-d. 11 juin 1926).

Le droit de former opposition

13. — L'assuré a le droit de réclamer devant l'organisme d'assurance sociale dans un délai de 10 jours à partir de la notification de la communication en appuyant sa réclamation d'un certificat médical suffisamment motivé. L'Administration peut alors procéder à un réexamen de l'affaire et réviser son attitude première.

4 v. Cons. arb. Ass. Soc. 30. 5. 1963 Galeotti c/ E.V.I. Questions sociales, t. 2, p. 105
v. Cons. Sup. Ass. Soc. 30. 5. 1963 Hoffelt c/ E.V.I., Questions sociales, t. 1, p. 79

Le pouvoir de décision de l'organe administratif

14. — La décision sera prise par la commission des rentes en assurance-accidents, la sous-commission des pensions en assurance-invalidité et le comité-directeur de la Caisse de maladie, les avis médicaux des médecins de l'administration ne constituant que des informations indispensables mais non contraignantes.

Les avis et les certificats médicaux devant les juridictions sociales

15. — La décision administrative est attaquable devant les juridictions sociales. En cas de recours l'assuré appuie généralement celui-ci d'un certificat médical de son médecin traitant. Si le juge social se croit suffisamment éclairé par les renseignements qui lui sont fournis il ne procédera point à l'institution d'une expertise. Il a un pouvoir souverain d'appréciation de recourir ou non à la mesure d'instruction que constitue l'expertise [5].

La portée des avis médicaux

16. — Devant les juridictions sociales les avis médicaux contenus dans le dossier administratif ont la valeur de pièces d'une partie litigeante au même titre qu'une expertise privée versée par l'assuré.

L'expertise médicale

17. — La juridiction sociale instruit la cause d'office et le président peut, avant le débat oral, rassembler les moyens de preuve et ordonner toute mesure d'instruction qu'il jugera utile (art. 6, Arr. gr.-d. du 13 oct. 1945 portant entre autres règlement de procédure devant les juridictions sociales). Le président des juridictions sociales pourra donc instituer une expertise médicale soit par ordonnance avant les débats, soit d'un commun accord des parties par note au plumitif, soit par jugement préparatoire ou interlocutoire.

La situation de l'expert

18. — La situation de l'expert commis est en principe celle d'un expert judiciaire dispensé de toutes les formalités procédurales dans l'accomplissement de sa mission.

5 Cass. 29 juillet 1891 Sirey 12. 1. 518

La définition de la mission de l'expert

19. — Il est indispensable que la mission de l'expert soit clairement déterminée. L'expert doit s'en tenir à cette mission et ne doit pas la dépasser ou la changer selon son gré [6].

Les conditions que doit remplir l'expert

20. — Dans l'exercice de sa mission l'expert doit remplir deux conditions essentielles, devoir disposer du savoir nécessaire d'une part et procéder avec une stricte impartialité d'autre part.

Les connaissances scientifiques sont nécessaires à l'expert pour pouvoir remplir sa mission de façon correcte et concluante.

Si l'expert estime en son for intérieur ne pas disposer du savoir nécessaire pour répondre à la question qui lui est posée, il doit refuser la mission qui lui est proposée [7].

L'impartialité de l'expert se manifeste par le fait que l'expert doit procéder de façon impersonnelle et sans aucun parti pris. Aussi le rapport d'expertise ne doit-il pas s'inspirer de considérations de sympathie personnelle ou humanitaire [8], mais traiter les parties dont les intérêts sont en cause sur un pied de stricte égalité.

L'objet de l'expertise

21. — La mesure d'instruction de l'expertise a pour objet de faire constater les faits par un expert neutre et de faire apprécier par celui-ci les points litigieux. Le dossier médical administratif et les pièces médicales appartenant à l'assuré sont à remettre à l'expert.

La tâche de l'expert

22. — Aussi l'expert doit-il commencer par rassembler consciencieusement les faits en procédant aux investigations nécessaires, examens médicaux et le cas échéant analyses de laboratoire.

La défense de déléguer les fonctions d'expert

23. — L'expert commis doit procéder personnellement aux constatations à moins que dans la formulation de sa mission

6 v. Würth : « L'expertise en droit luxembourgeois », n° 12, p. 26—27
7 v. Mallard : Traité de l'expertise judiciaire, p. 3
8 en ce sens Cons. Arb. Ass. Soc. 21 avr. 1964 Schroeder c/ Ass. acc. agr. et forest. (non publié)

on ne lui ait donné la faculté de recourir à d'autres spécialistes médicaux. En principe le médecin commis ne peut pas déléguer sa mission à un autre collègue de son choix.

Si l'expert n'a pas procédé lui-même aux constatations médicales qu'il pouvait parfaitement faire, la valeur de l'expertise devient critiquable. Le rapport ne pourra pas valoir comme rapport d'expertise judiciaire, mais n'aura que la valeur d'un simple renseignement provenant d'un expert privé [9].

L'étendue des mesures d'investigation

24. — L'étendue des investigations à faire par l'expert dépend évidemment du cas d'espèce.

L'expert doit, en vue de couvrir sa responsabilité civile, se demander si la mesure d'investigation envisagée n'est pas dangereuse vu l'état de l'assuré. Cette question peut être de mise en cas d'arthériographie, de ponction du foie et d'injection de substances à réaction comme le iode.

Mais l'expert devra procéder à des examens minima pour fonder son rapport de façon objective, savoir examens des urines et du sang, de la tension artérielle, de la vitesse de sédimentation, du coeur par un électrocardiogramme et le cas échéant par des scopies du coeur et des poumons [10].

Lorsqu'il s'agit d'apprécier s'il s'agit d'un cas de maladie ou d'invalidité, l'expert devra tenir compte du bilan de santé global de l'assuré, de sa capacité physique, intellectuelle et psychique.

Pour parvenir à une vue complète, l'expert devra avoir des connaissances de médecine du travail, afin d'apprécier à sa juste valeur l'influence du travail sur l'état de santé du malade, notamment en raison du facteur «stress» qui comporte un effort démesuré pouvant se répercuter sur les nerfs et le cœur et entraîner des lésions du cœur, des troubles circulatoires et la dystonie végétative.

Les investigations faites par le médecin doivent être contrôlables.

9 v. en ce sens Arrêt Cour sociale Fédérale 1. 12. 1964, Breithaupt 1965, p. 263
10 v. Seiler : Über die Einordnung technischer Untersuchungsmethoden in der ärztlichen Begutachtung, Medizinische Sachverständige 1970 S. 153

Les conclusions de l'expert
le degré de probabilité requis

25. — Sur la base de ces données et de celles qui lui ont été soumises par les parties, le médecin expert doit arriver à une conclusion répondant à la question qui lui a été posée par le juge. Il doit pour ce faire s'inspirer des connaissances scientifiques actuellement acquises sans discussion.

26. — La réponse de l'expert doit être concluante pour convaincre le juge. A cet effet, elle doit être claire et précise et non point se contenter de probabilités. Si l'expert n'arrive pas à se former une conviction, il doit avoir le courage et l'honnêteté intellectuelle de restituer sa mission au juge en lui indiquant que l'affaire n'est pas claire.

Au juge de décider de la suite à réserver au cas.

27. — Il ne faudrait cependant pas conclure de ce qui vient d'être dit que l'expert doit être convaincu cent pour cent avant d'émettre son avis. En matière médicale la certitude est chose rare. Aussi la jurisprudence a-t-elle estimé qu'en ce qui concerne le diagnostic posé, il n'est pas nécessaire que celui-ci soit émis avec un degré de probabilité frisant la certitude, mais qu'il suffit d'une probabilité prépondérante (überwiegende Wahrscheinlichkeit) [11].

28. — Il faut que l'expert se décide pour admettre certains faits ou pour les refuser. Il ne convient pas de paraphraser l'imprécision et le doute en parlant d'une certaine probabilité ou d'une possibilité raisonnable, la notion de la probabilité prédominante devant être appliquée [12].

L'inapplicabilité de la maxime « in dubio pro reo » —

29. — Si le degré de probabilité requis est moindre en matière médicale pour entraîner la conviction du juge, il faut noter qu'en droit social la maxime « in dubio pro reo » ne s'applique pas [13]. Si certains faits ne peuvent donc être établis par l'expert, il faut refuser les prestations à l'assuré. Ce même principe joue en défaveur de l'assurance sociale, par exemple si l'organisme de sécurité sociale ne parvient pas à établir une amélioration dans l'état de l'assuré.

11 v. Arrêt Cour sociale fédérale 2. 6. 1959 Sozialgerichtsbarkeit 1959. p. 231

12 v. Bischoff : Medizinisches Sachverständigengutachten und rechtliche Fragen; Medizinische Sachverständige 1968, p. 224

13 en ce sens Cons. sup. Ass. Soc. 27. 11. 1958 Venanzi c/ A.A.I. (non publié)
Cons. arb. Ass. Soc. 2. 4. 1968 Reuter c/ A.A.I. (non publié)
v. Cons. arb. Ass. Soc. 9. Mai 1974 Aff. Phelix c/ A.A.I. (Questions sociales, t. 3, 2e partie, p. 88—91

La motivation des conclusions

30. — L'expert doit indiquer les motifs pour lesquels il est arrivé à telle ou telle conclusion. La seule reproduction des résultats d'analyses et d'examens médicaux avec indication d'un pourcentage sans commentaire n'est pas concluant. Il en a été décidé ainsi en matière d'assurance invalidité [14].

Les formes de l'expertise

31. — Le rapport d'expertise peut se concevoir soit sous forme d'un formulaire, soit sous forme d'un rapport autonome.

Les établissements d'assurance sociale envoient des formules aux experts qu'ils consultent et sur lesquels sont imprimés les questions auxquelles une réponse est demandée. Il ne m'appartient pas d'établir ici le schéma idéal d'une expertise puisque c'est là une question à débattre en premier lieu entre médecins [15].

Autorité du rapport d'expertise

32. — Après le dépôt du rapport d'expertise l'administration ou le juge restent libres de l'adopter ou non. C'est là une question qui rentre dans leur pouvoir d'appréciation.

Si l'expert apparaît comme l'aide du juge, il convient de constater en fait que l'avis médical de l'expert pèse d'un poids décisif dans la plupart des décisions judiciaires. Dans toutes les affaires purement médicales, le juge suit le plus souvent les conclusions de l'expert qu'il a commis. On peut donc dire que l'expert a une position dominante.

Il n'en reste pas moins que les fonctions du juge présupposent un savoir médical minimum nécessaire pour comprendre la portée des problèmes médicaux que comporte le cas à trancher. Il en va de même des juristes des organismes de sécurité sociale.

14 Tribunal régional social LSG Nordrhein-Westfalen 26. 4. 61 Medizin im Sozialrecht B 20a/40

15 cf. p. ex. Günther und Hymnen : Unfallbegutachtung; v. schéma d'expertise générale, p. 44; v. schéma d'expertise sur le rapport de causalité ibid. p. 49; Tichy u. andere : Renten und Invaliditätsbegutachtung p. 96, (schéma d'un examen neurologique).

D'un autre côté les médecins doivent connaître les notions juridiques pour pouvoir répondre correctement aux questions qui leur sont posées en saisissant leur pertinence dans le cas d'espèce. C'est pourquoi un échange de vues régulier entre les deux disciplines juridique et médicale est préconisé par certains [16].

L'unification des méthodes d'appréciation médicale

33. — Dans un même ordre d'idées on peut se demander si l'on ne doit pas tendre au delà des frontières nationales à une unification sinon du moins à une harmonisation des méthodes d'investigation médicale et d'évaluation y compris les barèmes d'incapacité de travail.

L'introduction de nouveaux critères

34. — On peut enfin se demander dans une vue prospective s'il n'échet pas d'envisager l'introduction de nouveaux critères basés sur la théorie du rendement (Leistung) [17].

C'est dire qu'il conviendrait de rapprocher l'appréciation médicale des exigences du groupe socio-professionnel dans lequel évolue l'assuré, en d'autres termes du poste de travail. On examinerait sur la base des capacités physiques et intellectuelles restantes, le degré de concentration de l'assuré, la capacité de ses réactions, la qualité du travail et l'endurance à effectuer un travail déterminé dans des situations de tension, telles quelles existent p. ex. dans les grandes entreprises de production industrielle.

Autant de critères nouveaux dont on ne tient pas suffisamment compte dans un monde où la mobilité du travail est une exigence du temps. En définitive pareille approche du problème aboutirait à l'analyse du comportement humain individuel sous un aspect médico-sociologique.

16 v. Friedrichs : Zwanzig Jahre Sachverständigenbeweis im Verfahren vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit — Rückschau und Ausblick, Medizinische Sachverständige 1974 p. 2

17 v. Schäfer und Blohmke : Sozialmedizin, p. 396 et ss.; Eggenweiler : Einige Aspekte zum Leistungsurteil in der sozialärtzlichen Begutachtung in « Die Sozialversicherung » n° 5/1975 p. 118 et ss.

SOMMAIRE

	n°
Introduction	1
Le certificat médical	2—3
Le statut du médecin-conseil	4
Le médecin-conseil de l'Office des assurances sociales	5
Un contentieux technique médical ?	6
Les médecins du risque de maladie	7
La différence de statut — différence dans l'appréciation	8
Les tâches du médecin-conseil	9
La prise de contact du médecin-conseil	10
Le rôle prépondérant du médecin-conseil dans la procédure administrative	11
La procédure préliminaire	12
Le droit de former opposition	13
Le pouvoir de décision de l'organe administratif	14
Les avis et les certificats médicaux devant les juridictions sociales	15
La portée des avis médicaux	16
L'expertise médicale	17
La situation de l'expert	18
La définition de la mission de l'expert	19
Les conditions que doit remplir l'expert	20
L'objet de l'expertise	21
La tâche de l'expert	22
La défense de déléguer les fonctions d'expert	23
L'étendue des mesures d'investigation	24
Les conclusions de l'expert — le degré de probabilité requis	25—28
L'inapplicabilité de la maxime « in dubio pro reo »	29
La motivation des conclusions	30
Les formes de l'expertise	31
L'autorité du rapport d'expertise	32
L'unification des méthodes d'appréciation médicale	33
L'introduction de nouveaux critères	34

DIE FESTSTELLUNG DER ARBEITSUNFÄHIGKEIT IM BEREICHE DER SOZIALEN SICHERHEIT IN LUXEMBURG

von Dr. iur. André THILL
Leiter der Rechtsabteilung der Sozialversicherungsanstalt

1. — Sind die Begriffsbestimmungen der sozialen Risiken einmal klar umrissen, handelt es sich darum sie in der Praxis anzuwenden. Das erste Glied in der Kette ist der behandelnde Arzt, welcher eine ärztliche Bescheinigung ausstellt, die bezweckt, die Verwirklichung des Risikos festzustellen und die Übernahme desselben durch den zuständigen Sozialversicherungsträger zu erwirken.

Die ärztliche Bescheinigung

2. — Die ärztliche Bescheinigung muß eingehend und begründet sein, d. h. sie muß die Auskünfte beinhalten, die dazu ausreichen, die beantragten Leistungen zu begründen. Artikel 16, Abs. 4 der Ausführungsbestimmungen der Unfallversicherung spricht von einer ausreichend motivierten Bescheinigung und Artikel 11 der Krankenkassensatzung besagt, daß das ärztliche Attest, in der Praxis das dritte Blatt des Krankmeldungsformulars medizinische Angaben beinhalte.

3. — Es besteht kein Zweifel, daß diese Angaben notwendig sind, da nur unter dieser Bedingung der Sozialversicherungsträger imstande ist den Antrag dienlich zu bearbeiten.

Der Status des Vertrauensarztes

4. — Die ärztliche Begutachtung geschieht durch die Vertrauensärzte, deren Statut verschieden ist, je nachdem es sich um Ärzte handelt, die verwaltungsmäßig der Sozialversicherungsanstalt angehören (Unfallversicherung, Alters- und Invalidenversicherung der Arbeiter, Familienzulagen) oder denen das Krankheitsrisiko obliegt.

A) Der Vertrauensarzt der Sozialversicherungsanstalt

5. — Die Vertrauensärzte der Sozialversicherungsanstalt sind Ärzte, die von den zuständigen Ausschüssen der zuständigen Sozialversicherungsträger im Einvernehmen des Ministers für soziale Sicherheit, in seiner Eigenschaft als Kontrollorgan, eingestellt werden und die unter der Obrigkeit dieser Ausschüsse stehen.

Sie haben den Status eines Beamten öffentlichen Rechts und sind im Verwaltungsrahmen der Sozialversicherungsanstalt eingebaut, wo sie in jedem Zweig einen medizinischen Dienst darstellen, da die Vorschläge der vereinigten Ausschüsse der Sozialversicherungsanstalt einen gemeinsamen medizinischen Dienst zu errichten bis heute sich

noch nicht verwirklicht haben. Zur Zeit steht ein Gesetzentwurf, der alle kontrollärztlichen Dienste der sozialen Sicherheit in eine staatliche Verwaltung zusammenfassen will, bei den zuständigen Stellen zur Sprache [1].

Dieser Reformvorschlag gründet sich auf die Idee, den kontrollärztlichen Dienst von den Sozialversicherungsträgern, denen das soziale Risiko obliegt, zu trennen. Dieses Ziel ist in Frankreich durch Artikel 2 der Ordonnanz Nr. 67-706 und des Dekrets vom 30. April 1968 verwirklicht worden[1 bis].

Werden medizinische Streitfragen technische Streitsachen ?

6. — Im Falle der Annahme des vorgeschlagenen Systems stellt sich die Frage, ob es nicht angebracht ist, zu gleicher Zeit das Streitsachenverfahren dem französischen Modell anzupassen und vorzusehen, daß im Falle eines ärztlichen technischen Gutachtens, das Gutachten des bestellten ärztlichen Gutachters eine absolute Geltung hat und sich dem Richter aufdrängt, der daran gebunden ist (Art. 7 Dekret 7. Januar 1959). Im allgemeinen Recht bleibt dagegen der Richter in seiner Entscheidung frei [2].

Hat die französische Regelung vielleicht den Vorteil, ein promptes Verfahren zu verwirklichen und so einem zu großen medizinischen Streitsachenverfahren zu entgehen, so bezweifeln wir, daß diese Regelung in Luxemburg eingeführt werden wird, und zwar aus zwei Gründen :

1) sie widerspricht dem Grunde nach der gängigen Auffassung des Richteramts, dessen Bestimmung es ist zu urteilen und nicht nur einfach ein medizinisches Gutachten gerichtlich zu bestätigen, und dies sogar falls sich in den Akten ein gegenteiliger Bericht von größerem Wert befindet;

2) sie nimmt den Parteien den zweiten Instanzenzug bezüglich medizinischer Fragen. Man könnte vielleicht erwägen, einen Fächer von Arbeitsunfähigkeit in der Unfallversicherung einzuführen, der keine Berufung mehr erlaubt, um Bagatellfälle auszuschließen.

B. Die Ärzte des Krankheitsrisikos

7. — Die Vertrauensärzte der medizinischen Kontrolle der Krankheitsfälle sind Staatsbeamte und unterstehen einem Chef-Vertrauensarzt, der dem Minister für soziale Sicherheit untersteht (Art. 76 Abs. 1 und Art. 79 S.V.O.).

---

1 Durch Gesetz vom 16. April 1979 (Memorial A, 1979, S. 709 u. ff.) hat der Gesetzgeber eine staatliche Verwaltung geschaffen, die den Namen « Medizinische Kontrolle der sozialen Sicherheit » trägt und dem zuständigen Minister unterstellt ist.

1bis J.-J. Dupeyroux : Sécurité sociale, S. 343—344

2 s. La Balle-Nowina : Manuel du contentieux de la sécurité sociale, S. 203—204; J. J. Dupeyroux : Sécurité sociale, S. 345

Der Statusunterschied — ein Unterschied in der Bewertung

8. — Wenn die Ärzte, die durch einen Sozialversicherungsträger eingestellt wurden, in diese Verwaltung einbezogen sind, so muß man nicht vergessen, daß es ein öffentlich rechtlicher Verwaltungsträger ist, der eine öffentlich rechtliche Gesetzgebung mit Sachlichkeit ohne Voreingenommenheit ausführen muß. Man sieht nicht ein, weshalb der medizinische Dienst diese Regel nicht befolgen sollte. Es ist einleuchtend, daß seine Lage schwieriger ist in dem Maße, wo er sich leichter den Beschwerden der Versicherten ausgesetzt sieht, wenn dieselben Gefälligkeitsbescheinigungen von den behandelnden Ärzten erhalten, gegen die sich der ärztliche Kontrolldienst wehren muß. Dieses Phänomen wird aber das gleiche bleiben bei den beamteten Ärzten, die dem Minister unterstehen. Im Endergebnis werden beide Kontrollen in ärztlicher Sicht gleichen Wert haben, mit der Maßgabe, daß es schwieriger sein wird, gegen den, von einer staatlichen Stelle verfaßten Bericht, Gegengutachten einzubringen.

Die Aufgaben des Vertrauensarztes

9. — Die Aufgabe des Vertrauensarztes besteht darin, die vom behandelnden Arzt angeführte Beurteilung der Minderung der Arbeitsunfähigkeit des Versicherten zu überprüfen, den Mißbrauch der Leistungen festzustellen und Vorsorge- und Rehabilitationsmaßnahmen vorzuschlagen [3].

Die Kontaktnahme des Vertrauensarztes

10. — Zu den oben genannten Zwecken wird der Vertrauensarzt mit dem behandelnden Arzt in Verbindung treten. Er wird das Ärztegeheimnis wahren und sich jeder Einmischung in das Verhältnis des Versicherten mit seinem behandelnden Arzt enthalten. Die behandelnden Ärzte sind verpflichtet, den Vertrauensärzten alle Angaben bezüglich der Diagnose und der Behandlung zu geben (Art. 78 Abs. 2, 3 u. 4 S.V.O.).

Die vorherrschende Rolle des Vertrauensarztes in dem Verwaltungsverfahren

11. — Das Gutachten des Vertrauensarztes wird dem zuständigen Verwaltungsorgan, das über Gewährung und Ablehnung der Leistung befindet, unterbreitet. Das Gutachten spielt eine entscheidende Rolle, da der Verwaltungsträger meistens einen anfechtbaren Bescheid erläßt, der sich der Meinung des Vertrauensarztes anschließt. Gegen diesen Bescheid kann vor den Sozialgerichten (Schiedsämtern) geklagt werden.

Bevor jedoch die Verwaltung eine endgültige Entscheidung trifft, gibt sie dem Versicherten einen Vorbescheid, der denselben von den vorgeschlagenen Maßnahmen in Kenntnis setzt.

3 Art. 78 Abs. 2 SVO im Bereiche der Krankenversicherung.

Das Vorverfahren

12. — Der Vorbescheid ist wesentlich

im Falle einer Ablehnung, einer Aufhebung und eines Entzuges einer Leistung in der Angestelltenpensionsversicherung (Art. 148 in fine Gesetz v. 28. 8. 1951),

einer Ablehnung in der Arbeiterpensionsversicherung (Art. 268 S.V.O.) [4].,

in der Unfallversicherung (Art. 16 Großh. Regt. v. 11. Juni 1926).

Der Widerspruch

13. — Der Versicherte hat das Recht, beim Sozialversicherungsträger binnen einer Frist von 10 Tagen ab Zustellung des Vorbescheides Widerspruch zu erheben. Er muß sein Begehr mit einer begründeten ärztlichen Bescheinigung belegen. Die Verwaltung kann alsdann eine Wiederprüfung des Falles vornehmen und ihre vorherige Einstellung ändern.

Das Entscheidungsrecht der Verwaltungsorgane

14. — Die Entscheidung wird durch den verwaltungsrechtlichen Ausschuß getroffen, nämlich die Rentenkommission in der Unfallversicherung, der Unterausschuß für Pensionsangelegenheiten in der Alters- u. Invalidenversichrung und den Ausschuß der zuständigen Krankenkasse. Die ärztlichen Gutachten der Verwaltungsärzte stellen nur unumgängliche Informationen dar, doch haben dieselben keinen bindenden Wert.

Die Gutachten und ärztlichen Bescheinigungen bei den Schiedsämtern

15. — Der Verwaltungsentscheid ist vor den Schiedsämtern anfechtbar. Macht der Versicherte von seinem Rekursrecht Gebrauch, so legt er meistens eine Bescheinigung seines behandelnden Arztes bei. Wenn der Sozialrichter glaubt, er verfüge über genügend Angaben, wird er kein Gutachten anfordern. Er hat höchste Entscheidungsgewalt, weitere Maßnahmen zur Aufklärung des Falles anzuordnen, worunter das Gutachten fällt [5].

Der Wert des medizinischen Berichtes

16. — Im Sozialgerichtsverfahren haben die ärztlichen Berichte, die sich in den Verwaltungsakten befinden, den Wert von Unterlagen einer

4 s. Oberstes Schiedsamt der Sozialversicherung, Luxbg. Galeotti c/ Alters- u. Invalidenversicherung v. 30. 5. 1963, s. QUESTIONS SOCIALES, Bd. 2, S. 105
s. Oberstes Schiedsamt der Sozialversicherung, Luxbg. Hoffelt c/ Alters- u. Invalidenversicherung v. 30. 5. 1963, s. QUESTIONS SOCIALES, Bd. 1, S. 79

5 Cass. 29. Juli 1891, Sirey 12. 1. 518.

Prozeßpartei, und zwar in demselben Maße wie ein privates Gutachten das durch den Versicherten eingereicht wurde.

Das medizinische Gutachten

17. — Das Schiedsamt ermittelt von Amts wegen (ex officio) und es liegt im Ermessen des Vorsitzenden, vor der öffentlichen Verhandlung das Beweismaterial zu sammeln und jede Ermittlung die er für angebracht hält anzuordnen (Art. 6 des Großherz. Regt. vom 13. Oktober 1945, das das Verfahren vor den Schiedsämtern regelt).

Der Vorsitzende kann also ein medizinisches Gutachten einfordern, entweder durch Beschluß vor der Verhandlung oder im Einverständnis der beiden Parteien mit dem Vermerk im Gerichtsregister oder durch Gerichtsbeschluß, der vorbereitender oder vorabentscheidender Natur sein kann.

Die Rechtsstellung des Gutachters

18. — Die Rechtsstellung des beauftragten Gutachters ist die des Gerichtsgutachters, der von allen verfahrensrechtlichen Formalitäten in der Ausübung seines Auftrages befreit wurde.

Die Auftragsbestimmung des Gutachters

19. — Es ist unerläßlich, den Auftrag des Gutachters klar zu formulieren. Der Gutachter muß sich an diesen Auftrag halten und darf ihn nicht überschreiten oder nach seinem Gutdünken ändern [6].

Die Bedingungen die der Gutachter erfüllen muß

20. — In Ausführung seines Auftrages muß der Gutachter zwei wesentliche Bedingungen erfüllen, nämlich einerseits die nötigen Kenntnisse besitzen und andererseits mit einer strengen Unparteilichkeit verfahren.

Der Gutachter muß die nötige Sachkunde haben um seinen Auftrag fehlerfrei und schlüssig zu erfüllen.

Falls der Gutachter in seinem Gewissen der Meinung ist, nicht über die nötige Sachkenntnis zu verfügen um die ihm gestellten Fragen zu beantworten, muß er den Auftrag ablehnen, den man ihm anbietet [7].

Die Unparteilichkeit des Gutachters ergibt sich daraus, daß der Gutachter auf eine unpersönliche Art und ohne Voreingenommenheit vorgehen muß. Der Gutachterbericht darf nicht von persönlicher Sympathie oder humanitären Erwägungen [8] beeinflußt werden, sondern muß die Parteien, deren Interesse auf dem Spiele stehen, auf dem Fuße der Gleichheit behandeln (Gleichheitsgrundsatz).

6 s. Würth : « L'expertise en droit luxembourgeois », Nr. 12, S. 26—27
7 s. Mallard : Traité de l'expertise judiciaire, S. 3
8 in diesem Sinne : Schiedsamt der Sozialversicherung Luxemburg vom 21. April 1964, Schroeder c/ Land- und forstwirtschaftliche Unfallversicherung (unveröffentlicht).

Gegenstand des Gutachtens

21. — Die Gutachtertätigkeit soll die Tatbestände durch einen neutralen Gutachter feststellen und die strittigen Punkte bewerten. Die medizinischen Akten der Verwaltung und die des Versicherten sind dem Gutachter zu übermitteln.

Die Aufgabe des Gutachters

22. — Der Gutachter muß damit anfangen den Sachverhalt gewissenhaft zusammenzustellen, indem er die nötigen Ermittlungen anstellt und gegebenenfalls Laboranalysen durchführt.

Das Verbot der Übertragung der Gutachteraufgabe

23. — Der beauftragte Gutachter muß persönlich die Erhebungen machen, es sei denn man habe in dem ihm zugeteilten Auftrag ihm die Möglichkeit belassen, auf andere Fachärzte zurückzugreifen.

In der Regel darf der beauftragte Arzt seinen Auftrag nicht einem anderen Kollegen seiner Wahl übertragen.

Hat der Gutachter nicht selber die medizinischen Erhebungen vollzogen, die er selbst hätte machen können, so wird der Wert des Gutachtens anfechtbar. Das Gutachten kann nicht mehr als Gerichtsgutachten gelten, sondern hat nur den Wert einer einfachen Auskunft eines privaten Sachverständigen [9].

Das Ausmaß der Ermittlungen

24. — Das Ausmaß der vom Gutachter anzustellenden Ermittlungen hängt vom Einzelfall ab.

Der Gutachter muß seine zivilrechtliche Haftung decken und sich somit fragen, ob die ins Auge gefaßte Ermittlungsmaßnahme nicht schädlich ist in Anbetracht des Zustandes des Versicherten. Diese Frage könnte sich bei Arteriographien, Leberpunktionen und Injektionen von Reagensstoffen wie Jod stellen.

Der Gutachter muß jedoch Mindestuntersuchungen unternehmen um seinen Bericht sachlich zu begründen, nämlich Urin- und Blutuntersuchungen, Blutsenkung, EKG und gegebenenfalls Herz- und Lungendurchleuchtungen [10].

Handelt es sich darum festzustellen, ob es sich um einen Krankheitsfall oder eine Invalidität handelt, so muß der Gutachter dem Gesamtgesundheitsbefund des Versicherten, seinen physischen, intellektuellen und psychischen Fähigkeiten Rechnung tragen.

Um einen Gesamtüberblick zu bekommen, muß der Gutachter Kenntnisse in der Arbeitsmedizin haben, um die Wirkung der Arbeit auf den

9 s. in diesem Sinne Entsch. Bundessozialgericht 1. 12. 1964, Breithaupt 1965, S. 263
10 s. Seiler : Über die Einordnung technischer Untersuchungsmethoden in der ärztlichen Begutachtung, Medizinischer Sachverständiger 1970 S. 153

Gesundheitszustand des Kranken zu bewerten, hauptsächlich bezüglich des Stressfaktors, der einen übermäßigen Kräfteaufwand mit sich bringt und der sich auf das Nervensystem und das Herz auswirken kann um möglicherweise Herzveränderungen, Kreislaufstörungen und eine vegetative Dystonie im Gefolge zu haben.

Die Ermittlungen die durch den Arzt gemacht werden, müssen überprüfbar sein.

Die Schlußfolgerungen des Gutachtens
— der erforderliche Wahrscheinlichkeitsgrad

25. — Aufgrund dieser Angaben und derjenigen, die ihm die Parteien unterbreitet haben, muß der ärztliche Sachverständige zu einer Schlußfolgerung kommen, die Antwort auf die vom Richter gestellten Fragen gibt. Hierbei muß er sich auf wissenschaftliche Kenntnisse stützen, die heute ohne Diskussion angenommen werden.

26. — Die Antwort des Sachverständigen muß schlüssig sein um den Richter zu überzeugen. Zu diesem Zweck muß sie klar und unzweideutig sein, sich nicht mit Wahrscheinlichkeiten begnügen. Wenn der Gutachter sich nicht zu einer Überzeugung durchringen kann, so muß er den Mut und die intellektuelle Ehrlichkeit haben, seinen Auftrag dem Richter zurückzugeben und ihm mitteilen, daß die Sache unklar bleibt. Dem Richter obliegt es zu entscheiden, welche weitere Folge der Sache zu geben ist.

27. — Man sollte nicht hieraus schließen, der Sachverständige müsse hundertprozentig überzeugt sein, ehe er seine Meinung preisgibt. Auf dem Gebiete der Medizin ist die Gewißheit eine Seltenheit.

So hat die Rechtssprechung angenommen, daß bezüglich der gestellten Diagnose es nicht erfordert ist, dieselbe mit einem Grade der Wahrscheinlichkeit zu stellen die an die Gewißheit grenzt, sondern daß eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt [11].

29. — Der Gutachter muß entscheiden ob er gewisse Fakten annimmt oder dieselben ablehnt. Es genügt nicht, von einer gewissen Wahrscheinlichkeit oder einer denkbaren Möglichkeit auszugehen um das Ungenaue und die Zweifel zu umschreiben. Der Begriff der überwiegender Wahrscheinlichkeit muß Anwendung finden [12].

Die Unanwendbarkeit der Regel « in dubio pro reo »

29. Wenn der erforderliche Wahrscheinlichkeitsgrad schon in medizinischer Hinsicht minder ist um beim Richter als überzeugender Beweis zu dienen, so muß man feststellen, daß im Sozialrecht die Regel

11 s. Entsch. Bundessozialgericht 2. 6. 1959 Sozialgerichtsbarkeit 1959, S. 231

12 s. Bischoff : Medizinisches Sachverständigengutachten und rechtliche Fragen in « Der Medizinische Sachverständige », 1968, S. 224

« in dubio pro reo » nicht anwendbar ist [13]. Falls gewisse Fakten nicht vom Gutachter festgestellt werden können, müssen die Leistungen dem Versicherten verweigert werden. Dasselbe Prinzip wirkt sich zu Ungunsten der Sozialversicherung aus, z. B. wenn der Sozialversicherungsträger keine Besserung im Zustand des Versicherten nachweisen kann.

Die Begründung der Schlußfolgerung

30. — Der Gutachter muß die Gründe angeben, die ihn zu dieser oder jener Schlußfolgerung gebracht haben. Die einfache Wiedergabe der Analysenbefunde und der medizinischen Untersuchungen mit Angabe der festgestellten Prozentsätze ohne Kommentar kann nicht als schlüssig angesehen werden. Dieses Prinzip wurde in Sachen Invalidenversicherung bestätigt [14].

Der formale Rahmen des Gutachtens

31. — Der Gutachterbericht kann entweder als ausfüllbares Formular oder als unabhängiger Bericht konzipiert werden.

Die Sozialversicherungsträger senden an die Gutachter Formulare, auf denen die Fragen stehen, die beantwortet werden sollen. Es steht mir nicht zu ein ideales Schema für ein medizinisches Gutachten zu entwerfen, da es sich hier um eine Frage handelt, die in erster Linie die Mediziner zu entscheiden haben [15].

Die Einflußnahme des Gutachtens

32. — Nachdem der Gutachterbericht der Verwaltung oder dem Richter übergeben wurde, bleiben dieselben frei, ihn anzunehmen oder nicht. Diese Frage gehört in den Ermessungsspielraum der Verwaltung oder des Richters.

Wenn der Gutachter als Hilfe des Richters erscheint, so muß man jedoch feststellen, daß das ärztliche Gutachten entscheidend für die meisten Gerichtsentscheidungen ist. In allen ausschließlich medizinischen Sachen folgt der Richter meistens der Schlußfolgerung des Gutachters, den er bestellt hat. Man kann also feststellen, daß der Gutachter eine beherrschende Stellung einnimmt.

13 Oberstes Schiedsamt der Sozialversicherung Luxbg vom 27. 11. 1958 Venanzi c/ Gewerbliche Unfallversicherung (nicht veröffentlicht) Schiedsamt der Sozialversicherung Luxbg vom 2. 4. 1968 Reuter c/ Gewerbliche Unfallversicherung (nicht veröffentlicht) s. Schiedsamt der Sozialversicherung Luxbg v. 9. Mai 1974, Phelix c/Gewerbliche Unfallversicherung, s. Questions Sociales, Bd. 3, 2. Teil, S. 88—91.

14 Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen 26. 4. 61 — Medizin im Sozialrecht B 20a/40

15 cf. z. B. Günther und Hymnen : Unfallbegutachtung, Schema eines allgemeinen Gutachtens S. 44, Schema eines Gutachtens zur Frage eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen Unfall und Körperschäden, S. 49; Tichy und andere : Renten und Invaliditätsbegutachtung, S. 96, (Schema einer neurologischen Untersuchung).

Es bleibt jedoch nichtsdestoweniger eine Bedingung für den Richter, ein Mindestmaß an medizinischen Kenntnissen zu haben um die Bedeutung der medizinischen Probleme des zu entscheidenden Falles zu verstehen. Dasselbe gilt für die Juristen der Sozialversicherungsträger.

Andererseits müssen die Ärzte die rechtlichen Begriffsbestimmungen kennen um richtig auf die gestellten Fragen antworten zu können und die zur Sache gehörende Tragweite derselben zu erkennen. Deshalb wird ein regelmäßiger Meinungsaustausch zwischen den Juristen und Medizinern vorgeschlagen[16].

Die Vereinheitlichung der ärztlichen Bewertungsmethoden

33. In demselben Gedankengang kann man sich fragen, ob es nicht angebracht ist, zu einer übernationalen Vereinheitlichung, wenn nicht, so doch wenigstens zu einer Harmonisierung, einschließlich der Arbeitsunfähigkeitstabellen, zu gelangen.

Einführung neuer Kriterien

34. Man kann sich endlich in einer zukunftsorientierten Sicht fragen, ob es nicht an der Zeit wäre neue Kriterien, die auf der Leistung beruhen, einzuführen[17].

Das hieße, die ärztliche Bewertung den Erfordernissen der sozialberuflichen Gruppe näher zu bringen, in denen der Versicherte lebt, in anderen Worten, den Arbeitsplatz berücksichtigen. Man würde untersuchen, aufgrund der vorhandenen physischen und intellektuellen Fähigkeiten, den Grad an Konzentrationsfähigkeit, an Reaktionsfähigkeit, an Güte der geleisteten Arbeit und die Ausdauer eine bestimmte Arbeit unter gewissen Streßsituationen zu erledigen, so wie diese z. B. in den großen Industrieunternehmen vorkommen.

Alles neue Aspekte, denen nicht genügend Rechnung getragen wird in einer Zeit, wo die Mobilität der Arbeit ein Gebot der Stunde ist. Im Grunde würde eine solche Methode dem Problem näher zu kommen, auf eine Analyse des Verhaltens des Einzelnen unter einem medizinisch-soziologischen Gesichtspunkt, hinauslaufen.

16 s. Friedrichs: Zwanzig Jahre Sachverständigenbeweis im Verfahren vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit — Rückschau und Ausblick, in « Der Medizinische Sachverständige », 1974, S. 2.

17 s. Schäfer und Blohmke: Sozialmedizin, S. 396 u. ff.; Eggenweiler: Einige Aspekte zum Leistungsurteil in der sozialärztlichen Begutachtung in « Die Sozialversicherung », Nr. 5/1975 S. 118 u. ff.

INHALTSÜBERSICHT

	Nr.
Einführung	1
Die ärztliche Bescheinigung	2—3
Der Status des Vertrauensarztes	4
Der Vertrauensarzt der Sozialversicherungsanstalt	5
Werden medizinische Streitfragen technische Streitsachen?	6
Die Ärzte des Krankheitsrisikos	7—8
Die Aufgaben des Vertrauensarztes	9
Die Kontaktnahme des Vertrauensarztes	10—11
Das Vorverfahren	12
Der Widerspruch	13
Das Entscheidungsrecht der Verwaltungsorgane	14
Die Gutachten und ärztlichen Bescheinigungen bei den Schiedsämtern	15
Der Wert des medizinischen Berichtes	16
Das medizinische Gutachten	17
Die Rechtsstellung des Gutachters	18
Die Auftragsbestimmung des Gutachters	19
Die Bedingungen die der Gutachter erfüllen muß	20
Gegenstand des Gutachters	21
Die Aufgabe des Gutachters	22
Das Verbot der Übertragung der Gutachteraufgabe	23
Das Ausmaß der Ermittlungen	24
Die Schlußfolgerungen des Gutachtens — Der erforderliche Wahrscheinlichkeitsgrad	25—28
Die Unabwendbarkeit der Regel « in dubio pro reo »	29
Die Begründung der Schlußfolgerung	30
Der formale Rahmen des Gutachtens	31
Die Einflußnahme des Gutachtens	32
Die Vereinheitlichung der ärztlichen Bewertungsmethoden	33
Einführung neuer Kriterien	34

HEILBEHANDLUNG DURCH DIE RENTENVERSICHERUNG

von Walter Lohmar
Verwaltungsdirektor bei der Bauberufsgenossenschaft
Wuppertal/Köln

Wenn die Erwerbsfähigkeit eines Versicherten infolge von Krankheit oder anderen Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte gefährdet oder gemindert ist, gewähren die Träger der gesetzlichen Rentenversicherung die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen der Heilbehandlung. Voraussetzung ist, daß die Erwerbsfähigkeit des Versicherten durch die zu ergreifenden Maßnahmen voraussichtlich erhalten oder wesentlich gebessert oder wiederhergestellt werden kann. (§§1236 Abs. 1 RVO). Dies gilt entsprechend auch für Empfänger von Renten wegen Berufs- und Erwerbsunfähigkeit. (§ 1236 Abs. 2 RVO).

Diese Maßnahmen zur Erhaltung, Besserung und Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit beruhen auf dem Grundgedanken, daß eine rechtzeitige umfassende Rehabilitation für den Einzelnen wie auch für die gesamte Wirtschaft sinnvoller ist, als eine dauernde Rentenleistung (vergl. auch § 7 RehabG).

Zur Heilbehandlung gehören alle erforderlichen medizinischen Maßnahmen, insbesondere Behandlung in Kur- und Badeorten, in ärztlich geleiteten Kurheimen, Sanatorien und Spezialkliniken (§ 1237 RVO).

In mehr als 200 eigenen Sanatorien mit über 30 000 Betten stellen die Rentenversicherungsträger den von ihnen Betreuten vorzügliche Heilstätten zur Verfügung. In allen Kur- und Badeorten sind darüber hinaus weitere Betten in Vertragshäusern zur Durchführung von Heilkuren bereit gestellt. Schwerpunktmäßig sind daneben weitere Spezialkliniken errichtet sowie Behandlungsstätten zum Training der verbliebenen Kräfte und Fertigkeiten.

Die gesundheitlichen Maßnahmen werden in erster Linie wegen folgender Leiden durchgeführt :

Erkrankungen der Atmungsorgane, Erschöpfungskrankheiten, Frauenleiden, Herz- und Kreislauferkrankungen, Erkrankungen der oberen Luftwege, Nervenerkrankungen, rheumati-

sche Erkrankungen, Stoffwechselkrankheiten und tuberkulöse Leiden.

Alle zu ergreifenden Maßnahmen sind natürlich nur mit der Zustimmung des Betreuten möglich (§ 4 Abs. 1 RehabG). Kommt der Erkrankte seiner Mitwirkungspflicht nicht nach, können Leistungen versagt werden (§§ 62 ff SGB I — Allgemeiner Teil —).

Die Bekämpfung der Tuberkulose ist, auch ohne daß die speziellen Voraussetzungen der Heilbehandlung (die zu erwartende Heilung so wie der Status als Versicherter) vorliegen, Aufgabe der Träger der gesetzlichen Rentenversicherung. Rechtsanspruch auf Heilbehandlung haben Versicherte, Rentner, deren Ehegatten und Kinder, wenn sie an aktiver behandlungsbedürftiger Tuberkulose erkrankt sind (§ 1244a RVO).

Alle Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung, so auch die Leistungen der Heilbehandlung, werden nur auf Antrag gewährt. (§ 1545 Abs. 1 Nr. 2 RVO). Anträge nehmen auch die bei den kommunalen Dienststellen errichteten Versicherungsämter entgegen (§§ 1613 ff. RVO).

Damit alle leistungsberechtigten Personen in den Genuß der ihnen zustehenden Heilbehandlungsmaßnahmen kommen, werden durch Verträge und Vereinbarungen zwischen den Trägern der Sozialversicherung (Krankenversicherung, Unfallversicherung, Rentenversicherung, Bundesanstalt für Arbeit) und den Verbänden der Ärzte die Voraussetzungen geschaffen, daß die Versicherten umfassend über ihre Rechte informiert werden und, falls sie Anträge stellen, dies beim zuständigen Träger zu tun, oder die Anträge an den Sozialleistungsträger unverzüglich weiterzuleiten.

So sind z. B. die Ärzte verpflichtet, in geeigneten Fällen der Krankenkasse Mitteilung zu machen, wenn Patienten an Erkrankungen leiden, bei denen Maßnahmen der Rehabilitation erforderlich sind. Die Krankenkassen oder andere Träger, wenn ihnen im Verlaufe ihrer Maßnahmen entsprechende Tatsachen bekannt werden, unterrichten den Rentenversicherungsträger und beraten den Versicherten. (§§ 4 ff RehabG.; vergl. auch Abschnitt III der Abhandlung von Herrn Thill).

Die Rentenversicherungsträger übernehmen naturgemäß nicht ohne sachliche Prüfung die Vorschläge und Anregungen des behandelnden Arztes. Bei den Trägern der gesetzlichen Rentenversicherung sind Gesundheitsabteilungen errichtet, die alle

mit Heilbehandlungsmaßnahmen zusammenhängende Probleme überprüfen und der Verwaltung Vorschläge machen.

So wird in der Regel nach einem Antrag auf Heilbehandlung zunächst eine Begutachtung des Versicherten durch einen vom Versicherungsträger angestellten oder besonders beauftragten Arzt erfolgen. Dieses Gutachten soll nicht nur die Frage klären, ob ein Kurheilverfahren überhaupt angezeigt ist, sondern auch welche speziellen Maßnahmen in welchem Kurort durchgeführt werden sollen. Hinzu kommt die Beurteilung, ob der Versicherte aus gesundheitlichen Gründen überhaupt an einem Heilverfahren teilnehmen kann. Die nach Auswertung der Antragsunterlagen und der ärztlichen Untersuchung ergehenden Entscheidungen des Versicherungsträgers sind selbstverständlich gegenüber dem Antragsteller ein Verwaltungsakt und können im Gerichtsverfahren nachgeprüft werden (vergl. auch S. 309 des Beitrages von Herrn Thill).

Nimmt der Erkrankte an einem Kurverfahren teil, so muß vor Einleitung der Maßnahmen am Kurort nochmals eine ärztliche Untersuchung erfolgen. Dies geschieht in Kliniken durch angestellte Ärzte, ansonsten durch frei praktizierende Ärzte, die speziell in Therapie und Auswirkungen der speziellen Heilmaßnahmen des Kurortes geschult sind. Der Kur- oder Badearzt entscheidet auch, da er über die speziellen Kenntnisse verfügt, über Art und Umfang und die anzuwendenden Heilmittel. Auch nach der ersten Verordnung wird durch Zwischenuntersuchungen und eine Abschlußuntersuchung der Erfolg des Heilverfahrens überwacht. Über die Untersuchungsergebnisse muß der Arzt den Versicherungsträger unterrichten. Auch der Hausarzt des Erkrankten erhält von dem Kurabschlußbericht ein Duplikat, damit bei der weiteren ärztlichen Betreuung die dortigen Feststellungen berücksichtigt werden können.

LE TRAITEMENT CURATIF EN ASSURANCE-PENSION-INVALIDITE

par Walter LOHMAR
docteur en droit
Directeur administratif près l'Association d'assurance contre les accidents dans le Bâtiment, Wuppertal/Cologne

Lorsque la capacité de gain d'un assuré est menacée ou réduite en raison de maladie, d'autres déficiences ou de faiblesse de ses forces corporelles ou intellectuelles, les organismes de l'assurance pension et invalidité accordent les mesures nécessaires dans les cas d'espèce en vue du traitement curatif. La condition en est que la capacité de gain de l'assuré pourra par les mesures à prendre être probablement améliorée de façon fondamentale ou rétablie (§§ 1236 al. 1 R.V.O.). Cela vaut de façon analogue pour les bénéficiaires de pensions du chef d'incapacité professionnelle ou d'incapacité de gain (§ 1236, al. 2 R.V.O.).

Ces mesures tendant au maintien, à l'amélioration et au rétablissement de la capacité de gain se fondent sur l'idée qu'une réadaptation globale intervenant à temps est plus indiquée tant pour l'assuré que pour toute l'économie, que d'octroyer une rente permanente (comparez également § 7 du RehabG.).

Le traitement curatif comprend toutes les mesures médicales nécessaires ,en particulier le traitement dans des lieux de cures et de thermes, dans des maisons de cures dirigées par des médecins, dans des sanas et des cliniques spécialisées (§ 1237 R.V.O.).

Dans plus de 200 sanas appartenant aux organismes d'assurance et disposant de plus de 30 000 lits, les organismes d'assurance pension mettent à la disposition de leurs assurés des maisons de soins remarquables. Dans toutes les localités de cures et de bains thermaux on met au surplus à la disposition des curistes des lits dans des maisons avec lesquelles on a conclu des conventions.

On a érigé à côté de ces maisons, des cliniques spécialisées ainsi que des lieux de traitement destinés à l'entraînement des forces et aptitudes restantes.

Les mesures sanitaires sont prises en premier lieu en raison des maladies suivantes :

Affections des voies respiratoires, maladies d'épuisement, maladies de femmes, maladies du cœur et des voies circulatoires, maladies des voies respiratoires supérieures, maladies nerveuses, maladies rhumatologiques, maladies de la nutrition, tuberculose.

Les mesures à prendre ne peuvent être prises que de l'assentiment des intéressés (§ 4 al. 1er RehabG.). Si le malade ne concourt pas aux

mesures comme il en a le devoir, alors les prestations peuvent être refusées (§§ 62 et ss. Code séc. soc. I Dispositions communes).

La lutte contre la tuberculose incombe à l'assurance pension, même si les conditions du traitement curatif (guérison escomptée et statut d'assuré) ne sont pas données. Les assurés, les pensionnés, leurs conjoints et enfants ont un droit au traitement curatif s'ils sont atteints d'une tuberculose nécessitant un traitement curatif actif (§ 1244a RVO).

Toutes les prestations de l'assurance pension légale y compris les prestations du traitement curatif ne sont allouées qu'après demande préalable (§ 1545 al. 1er n° 2 RuO). Les demandes sont également reçues par les bureaux d'assurances institués auprès des autorités communales (§§ 1613 et ss. RVO).

Afin de permettre aux personnes pouvant prétendre aux mesures curatives de bénéficier de celles-ci, les organismes de la sécurité sociale (assurance-maladie, assurance-accidents, assurance-pension, Office Fédéral du Travail) et les groupements de médecins établissent des conventions qui conditionnent une information complète des assurés en ce qui concerne leurs droits et en cas de présentation de demandes de le faire auprès de l'organisme compétent ou de transmettre sans retard les demandes à l'organisme d'assurance sociale compétent.

C'est ainsi p. ex. que les médecins sont obligés, d'informer la caisse de la maladie dans des cas de l'espèce, si des patients souffrent de maladies nécessitant des mesures de réadaptation. Les caisses de maladie ou autres organismes informent les organismes d'assurance pension et conseillent les assurés s'il apparaît au cours du traitement l'opportunité de prendre les mesures de réadaptation (§§ 4 et ss. RehabG., voir également chapitre III de la contribution de M. Thill).

Les organismes de pension ne suivent pas sans examen objectif les propositions et suggestions du médecin traitant. Auprès des organismes de l'assurance-pension légale il existe des sections sanitaires qui examinent tous les problèmes connexes avec les mesures du traitement curatif et qui font des propositions à l'Administration.

C'est ainsi qu'il est procédé en principe après la demande en traitement curatif d'abord à une expertise de l'assuré par un médecin désigné à cet effet par l'organisme d'assurance. Cette expertise ne doit pas seulement répondre à la question si une cure est indiquée, mais aussi quelles sont les mesures spéciales qui doivent être prises. Il s'y ajoute la question qui est de savoir si l'assuré est à même se supporter un traitement en raison de son état de santé. Les décisions de l'organisme d'assurance sociale sur base des pièces et des examens médicaux sont à l'égard de l'assuré des décisions administratives qui sont susceptibles de faire l'objet d'un recours devant les juridictions sociales (voir p. 309 de l'étude de M. Thill).

Si l'assuré participe à un traitement curatif en milieu de cure, alors il faut procéder encore une fois avant le début à un examen médical. Cela est fait dans des cliniques par des médecins qui y

sont employés, sinon par des médecins praticiens libres qui sont formés dans la thérapeutique et les effets des moyens de la cure de l'endroit thermal. Le médecin de cure ou médecin thermaliste décide du genre et du volume des moyens à employer puisqu'il dispose de connaissances spéciales. Après la première ordonnance l'effet du traitement est surveillé par des examens intermédiaires et un examen terminal déterminera le résultat du traitement. Le médecin doit informer l'établissement d'assurance du résultat des examens. Le médecin traitant reçoit copie du rapport de fin de cure, afin qu'il puisse prendre en considération lors des soins médicaux, les constatations qui ont été faites en milieu de cure.

MINDERUNG DER ERWERBSFÄHIGKEIT BEI BERUFLICHEN LÄRMSCHÄDEN IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

von

Dr. Elmar Hamacher

Leiter des Referates für medizinische Rehabilitation beim Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften, Bonn

EINLEITUNG

In Deutschland war die « durch Lärm verursachte Taubheit oder an Taubheit grenzende Schwerhörigkeit » seit 1929 als Berufskrankheit anerkannt, wenn sie in Betrieben der Metallindustrie erworben war. Unter diesen medizinisch und rechtlich eng begrenzten Voraussetzungen war diese Berufskrankheit ohne besondere Bedeutung. Nach den letzten Änderungen der Berufskrankheitenverordnung, besonders seit 1968, ist darin eine erhebliche Wandlung eingetreten. Die Bezeichnung der Berufskrankheit wurde in « Lärmschwerhörigkeit und Lärmtaubheit » [1] geändert. Außerdem wurde die Entschädigungspflicht rückwirkend begründet, wenn der Versicherungsfall nach dem 31. Dezember 1951 eingetreten war. In diesem Zusammenhang muß hervorgehoben werden, daß nach dem Recht der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung eine Entschädigung durch Rente im allgemeinen nur dann gewährt werden kann, wenn die Minderung der Erwerbsfähigkeit wenigstens 20% beträgt [2]. Die erwähnte Ausweitung des Tatbestandes hatte ein erhebliches Ansteigen der gemeldeten Fälle von Lärmschwerhörigkeit zur Folge. Dazu seien hier folgende Zahlen genannt [3].

	1970	1972	1975	1976	1977
erstmals durch Rente entschädigte Fälle	567	911	1949	2400	3448
angezeigte Fälle	2006	5548	14 869	16 025	20 051

1 Nach der 7. Berufskrankheitenverordnung v. 20. Juni 1968, Nr. 26 der Liste, ab 1. 1. 1977 Nr. 2301; Lärmschwerhörigkeit

2 § 581 Abs. 1 Nr. 2 RVO

3 Übersicht über die Geschäfts- und Rechnungsergebnisse der gewerblichen Berufsgenossenschaften im Jahre 1975, hrg. v. Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften, Tabellen 18—21

Ein weiteres Ansteigen der Meldungen steht zu befürchten. Man könnte sich die Frage stellen, ob die ständig zumindest teilweise expandierende Industrie ein Heer von Berufskranken produzieren würde.

Dieses Ergebnis wäre sicher nicht das Ziel einer vernünftigen Sozialpolitik. Diese müßte sich im Bereich der beruflichen Lärmschwerhörigkeit auf zwei Ziele richten:

1. Die Verhinderung von Lärmschäden [4].
2. Eine einheitliche und gerechte Begutachtung von Lärmgeschädigten.

Die Verhinderung von Lärmschäden ist durch die Konstruktion von weniger lärmintensiven Maschinen und Transportmitteln und durch das Tragen von Gehörschutz teilweise zu verwirklichen. Dieser Problemkreis soll hier nicht vertieft werden. Das zweite Problem hat erhebliche verwaltungsmäßige Schwierigkeiten verursacht. Diese beruhten auf einer weitgehenden Unsicherheit der betroffenen Fachärzte und Verwaltungen. Dabei spielte sowohl die mengenmäßige Bewältigung als auch die richtige MdE-Einschätzung eine große Rolle.

Nur der letzte Punkt soll uns hier interessieren. Bei der Behandlung dieser Frage sind folgende Punkte in Betracht zu ziehen:

1. Das Gefühl der Behinderung durch den Betroffenen,
2. der ursächliche Zusammenhang der Schwerhörigkeit mit der Arbeitstätigkeit,
3. die richtige Einschätzung der Minderung der Erwerbsfähigkeit,
4. die Verbreitung von allgemeinen Empfehlungen zur Minderung der Erwerbsfähigkeit.

Diese Punkte sollen im folgenden zur Diskussion gestellt werden. Am Ende werden einige Schlußgedanken noch bestehende Probleme andeuten.

1. Das Gefühl der Behinderung bei dem Betroffenen

Die berufliche Lärmschwerhörigkeit gehört zu den Leiden, die beim Erkrankten, wenn überhaupt, nur spät ein bewußtes Krankheitsgefühl hervorrufen. Das Fehlen des Bewußtseins, krank zu sein, zeigt uns, daß es sich um eine «heimtückische»

4 vgl. dazu die Unfallverhütungsvorschriften «Lärm» (VBG 121) v. 1. 12. 1974 des Hauptverbandes der gewerblichen Berufsgenossenschaften

Krankheit handelt. Der Kranke spricht lauter, um seine eigene Stimme zu hören, aber er merkt es nicht. Er bittet seine Gesprächspartner häufiger um Wiederholung des Gesagten, weil er meint, sie sprächen zu leise. Sein Wohlbefinden ist im allgemeinen erst beeinträchtigt, wenn Umweltkontakte durch Sprache und Gehör erst echt gestört sind. Es lassen sich hier Beispiele durch Streit mit Nachbarn wegen lauten Fernsehens usw. angeben. Da der an Lärmschwerhörigkeit Erkrankte das Maß seiner Behinderung selbst nur ungenau ausdrücken kann, kommt der ärztlichen Begutachtung dieses Leidens eine außerordentliche Bedeutung zu.

2. Der ursächliche Zusammenhang zwischen Lärmschwerhörigkeit und Arbeitstätigkeit

Eine entschädigungspflichtige Berufskrankheit liegt unter anderem nur dann vor, wenn zwischen Schwerhörigkeit und Arbeitstätigkeit ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Dieser ist nur dann gegeben, wenn die Arbeitstätigkeit mit Wahrscheinlichkeit die Schwerhörigkeit verursacht hat. Eine objektive Sicherheit ist nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland nicht erforderlich. Die Arbeitstätigkeit muß die wesentliche Ursache für die Gesundheitsschädigung sein [5]. Die Feststellung dieses ursächlichen Zusammenhanges ist für den begutachtenden Arzt oft eine undankbare Aufgabe. Er kann sich nicht immer auf die Angaben des Erkrankten verlassen. Diesem ist aus den eben erwähnten Gründen der Verlauf der Erkrankung im einzelnen oft nicht bewußt. Außerdem können leicht Wunschvorstellungen nach Rente in seine Darstellung einfließen, was nur zu menschlich ist. Die technischen Dienste der Träger der gesetzlichen Unfallversicherung sind deshalb im Verwaltungsverfahren von Amts wegen verpflichtet, eine genaue Arbeitsplatzanalyse vorzunehmen. Das ist sicher schwierig, wenn eine erhebliche Lärmeinwirkung auf Jahre oder Jahrzehnte hinaus angeschuldigt wird. Hier ist minutiöse Arbeit mit exakten Lärmmessungen nach Frequenzen und Dezibel erforderlich. Nur wenn dem ärztlichen Gutachter exakte Angaben über die Lärmintensität im Lauf des Arbeitslebens des Versicherten, zumindest für die letzten Jahre, vorliegen, kann er anhand der von ihm erhobenen Befunde sein Gutachten überzeugend erstatten.

5 vgl. hierzu Lauterbach, Unfallversicherung, 3. Auflage, § 548, Anm. 8 u. 16 m. w. N.

Allerdings reicht die Arbeitsanalyse allein nicht für die Begutachtung aus. Dem Gutachter muß auch bekannt sein, ob nicht andere Leiden, die nicht mit der Arbeitstätigkeit zusammenhängen, für die Schwerhörigkeit oder Taubheit ganz oder teilweise verantwortlich sind. Diese Überlegung beruht auf dem allgemeinen Kausalitätsgedanken der gesetzlichen Unfallversicherung. Dabei kommen etwa in Betracht: Explosionen, Detonationen bei Kriegsteilnahme oder Wehrdienst, regelmäßige Schießübungen; aber auch Leiden wie Mittelohrentzündung, Zuckerkrankheit, Kreislaufstörungen und eventuell erbliche Dispositionen. Der Gutachter kann diese Angaben im allgemeinen nicht alle vom Erkrankten erfahren. Hier muß die Verwaltung des Versicherungsträgers erheblich die Unterlagen für den Gutachter vorbereiten. Sie muß eventuell vom Träger der gesetzlichen Krankenversicherung Unterlagen über mögliche Erkrankungen anfordern. Es liegt auf der Hand, daß dadurch die Arbeit des Gutachters erleichtert wird.

Wenn so die Vorgeschichte des Erkrankten bekannt ist, kann der Gutachter daran gehen, die Befunde zu erheben. Dabei muß er beachten, daß nach dem Recht der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung, wie erwähnt, eine Minderung der Erwerbsfähigkeit erst dann zur Entschädigung durch Rente führt, wenn sie wenigstens 20% erreicht. Wenn aufgrund eines anderen Unfalles oder einer anderen Berufskrankheit bereits eine Minderung der Erwerbsfähigkeit von 10% vorliegt, reicht auch eine weitere Minderung der Erwerbsfähigkeit von 10% für die Gewährung einer Entschädigung aus [6]. Das sind jedoch Ausnahmefälle.

Hinzu kommt, daß im System der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung, im Gegensatz zu vielen anderen Ländern, eine Minderung der Erwerbstätigkeit von unter 10 von Hundert im allgemeinen nicht als meßbar gilt, so daß sie außer Betracht bleiben muß. Und schließlich muß beachtet werden, daß sich im Bereich der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung die Minderung der Erwerbsfähigkeit nicht auf den konkreten ausgeübten Beruf des Behinderten bezieht, sondern auf die individuelle Erwerbsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt [7]. Es gibt also keine festgelegten Sätze für bestimmte Verletzungsfolgen oder Erkrankungen [8].

6 § 581 Abs. 3 RVO
7 s. dazu Lauterbach, Unfallversicherung, § 581 Anm. 5a)
8 Lauterbach, a.a.O. Anm. 5 d. m. w. N.

Ohne diese Kenntnis wird jedem Interessierten das System der Rentenleistungen der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung nicht verständlich werden.

Daraus folgt, daß die « kritische Schwelle » bei einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von 20% liegt. Die Fälle der Taubheit oder hochgradigen gleichseitigen Schwerhörigkeit sind sehr selten. Oft liegen dabei auch angeborene Leiden bzw. traumatische Ereignisse vor. Die Frage nach der Minderung der Erwerbsfähigkeit wird nicht dadurch vereinfacht, daß es, wie erwähnt, keine allgemeinen verbindlichen Prozentsätze für bestimmte Verletzungen gibt, weil es immer auf die individuelle Minderung der Erwerbsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt ankommt. Es können also bestenfalls nur allgemeine Anhaltspunkte angegeben werden. Im einzelnen Fall ist der Gesundheitszustand des Betroffenen, unabhängig von dem Lärmschaden, zu berücksichtigen. Dabei kann auch nicht außer Betracht bleiben, welche Minderung der Erwerbsfähigkeit bei bestimmten anderen Verletzungen, zum Beispiel Amputationen und sonstigen schweren Funktionsstörungen, angenommen wird [9].

3. *Die Einschätzung der Minderung der Erwerbsfähigkeit*

Bei dieser Sachlage hat es der Gutachter schwer, eine Minderung der Erwerbsfähigkeit eines an Lärmschwerhörigkeit Erkrankten richtig zu bewerten. Im Bereich der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung gelten folgende Untersuchungen als angezeigt. Dabei will ich mich im wesentlichen auf die Aufzählung der wichtigsten Unterscuhungen beschränken. Einzelheiten übersteigen meine juristische und verwaltungsmäßige Kenntnis dieses Bereichs. Der Gutachter bedient sich im allgemeinen folgender Methoden bei der Untersuchung: [10]

a) Die Erhebung der Anamnese des Betroffenen, seiner Familie und seiner Arbeitswelt.

   Da die audiologischen Befunde allein nicht ausreichen, um eine Lärmschwerhörigkeit nachzuweisen, ist die exakte Erhebung dieser Anamnese von erheblicher Bedeutung. Hierbei soll der Gutachter die erwähnten Feststellungen des Technischen Aufsichtsdienstes auch mitberücksichtigen.

9 gvl. Podzun, Unfallsachbearbeiter, Nr. 222, S. 12
10 vgl. Empfehlungen des Hauptverbandes der gewerblichen Berufsgenossenschaften (Königsteiner Merkblatt) Ausgabe 1977

b) Durchführung eingehender *Spiegeluntersuchung* mit Prüfung der Beweglichkeit der Trommelfelle und der *Tubendurchgängigkeit.*

c) Prüfung des Gehörs mit der Stimmgabel

d) Audiometrie nach Frequenzen und Lautstärke.

Das *Tonaudiogramm* ist differentialdiagnostisch von erheblicher Bedeutung, weil es bei der Erkennung der Ursache einer Schwerhörigkeit hilft. Es dient auch der Abgrenzung von *Normalhörigkeit* und geringgradiger Schwerhörigkeit.

Ohne auf weitere Einzelheiten einzugehen, ist eine geringgradige Schwerhörigkeit dann anzunehmen, wenn der *Hörverlust für 3 kHz über 40 Dezibel und bei 2 kHz über 30 Dezibel und bei einem kHz über 15 Dezibel liegt.* Diese Werte gelten für eine MdE von 10 von Hundert. Eine Rente in der gesetzlichen Unfallversicherung wird aber erst ab einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von 20 von Hundert gewährt. Sie erfordert also entsprechend höhere Werte und weitere Untersuchungen.

e) Darunter fallen zusätzliche diffentialdiagnostische Untersuchungen, die verhältnismäßig zahlreich sind. Einzelheiten würden den Rahmen dieses Vortrags sprengen.

f) Der *sprachaudiometrische* Befund bildet die wichtigste Grundlage für die Bewertung der Minderung der Erwerbsfähigkeit. Bei Ausländern bietet diese Methode naturgemäß Schwierigkeiten. Der *Sprachtest* wird monoaural für Zahlwörter und für Einsilber durchgeführt. Dazu bedient man sich des Tonbandes oder der Schallplatte und Kopfhörern.

g) Die Hörweitenprüfung
Diese ergänzt die sprachaudiometrische Untersuchung. Sie erfolgt monoaural mit vielsilbigen Zahlwörtern der Umgangs- und Flüstersprache.

h) Prüfung auf *Spontan-* und *Provokations-Nystagmus.* Zu diesem Punkt kann ich Ihnen die Einzelheiten nicht schildern.

Wenn nach diesen Untersuchungen eine abschließende Beurteilung der Berufskrankheit nicht möglich ist, sind weitere Untersuchungen angezeigt, zum Beispiel Röntgenuntersuchungen und Simulationstests.

Aus den Ergebnissen der vorstehenden Untersuchungen ist der Vorschlag zur Minderung der Erwerbsfähigkeit abzuleiten.

Dieses Verfahren ist verhäaltnismäßig kompliziert und entzieht sich in Einzelheiten dem Rahmen dieses Vortrags. *Führende Audiologen* haben dafür Tabellen erarbeitet, die als Anhaltspunkte dienen können [11]. Danach leitet sich die MdE aus dem prozentualen Hörverlust auf beiden Ohren ab. Als Beispiel kann angegeben werden, daß ein beidseitiger Hörverlust von 40% eine MdE von 20% ergeben kann. Ein beidseitiger Hörverlust von 20% eine solche von 10%. Im allgemeinen erfolgt eine Alterskorrektur nicht bei Personen, die noch im Lärm tätig sind. Wenn der festgestellte momentane Hörverlust den Altershörverlust nicht übersteigt, kann eine Lärmschwerhörigkeit nicht angenommen werden. Ohrgeräusche können nur in seltenen Fällen einen MdE-Zuschlag von 5% begünden. Im schlimmsten Falle, bei Taubheit oder quasi-Taubheit, kann eine MdE von 60 bis 70% vorgeschlagen werden, was allerdings schwersten Folgen von Verletzungen auf chirurgischem, orthopädischem und neurologischem Gebiet entspricht [12].

Wenn der Gutachter so seinen Vorschlag zur MdE erarbeitet hat, ist der Träger der gesetzlichen Unfallversicherung zur Entscheidung aufgerufen. Er entscheidet durch förmlichen Verwaltungsakt über die Höhe der MdE. Er ist dabei nicht an den Vorschlag des Gutachters gebunden, wenn er ihm in der Vielzahl der Fälle auch folgen wird.

4. *Die Verbreitung von allgemeinen Empfehlungen zur Einschätzung der Minderung der Erwerbsfähigkeit bei der beruflichen Lärmschwerhörigkeit*

Bei der eingangs erwähnten Menge der gemeldeten Fälle von Lärmschwerhörigkeit und den bestehenden verwaltungsmäßigen und ärztlichen Unsicherheiten ging es darum,

a) für die infrage kommenden Hals-Nasen-Ohren-ärztlichen Gutachter gewisse einheitliche Beurteilungskriterien zu erarbeiten,

b) diese Beurteilungskriterien in Beziehung zu setzen zu den geltenden Maßstäben bei anderen Erkrankungen und Verletzungen,

c) das Ergebnis dieser Arbeiten in geeigneter Weise bekanntzumachen.

---

11 vgl. etwa Feldmann, Das Gutachten des Hals-Nasen-Ohren-Arztes, 1976 S. 80

12 s. etwa Günther-Hymnen, Unfallbegutachtung, 6. Aufl., S. 66 ff.

Das erste und zweite Problem ist in Zusammenarbeit zwischen führenden Audiologen der Bundesrepublik und Fachleuten aus den Verwaltungen der Träger der gesetzlichen Unfallversicherung in der Weise gelöst worden, daß man Empfehlungen für die Begutachtung der beruflichen Lärmschwerhörigkeit erarbeitet hat.

Diese Empfehlungen, und damit wenden wir uns der Lösung des dritten Problems zu, werden jetzt in einer zweiten Auflage erscheinen[13]. In den letzten Jahren hat sich nämlich gezeigt, daß die MdE-Empfehlungen zu schematisch angewendet wurden. Audiologen und Verwaltungsfachleute haben sich deshalb erneut zusammengesetzt, um klarzustellen, daß es sich nur um allgemeine Anhaltspunkte handelt, bei deren Anwendung immer die individuelle Situation des Betroffenen — auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt — zu berücksichtigen ist. So ist auch zu beachten, daß es in vielen Berufen auf ein völlig intaktes Hörvermögen gar nicht ankommt. Der Gutachter — aber auch die Verwaltung, der Richter, die letztlich die rechtliche Entscheidung über die Höhe der Minderung der Erwerbsfähigkeit treffen — muß auch abwägen, in welchem Maße die festgestellte Lärmschwerhörigkeit den Folgen einer anderen beruflichen Erkrankung oder eines Arbeitsunfalles vergleichbar ist.

Diese Überlegungen sind der zweiten Auflage der Empfehlungen zur Begutachtung der beruflichen Lärmschwerhörigkeit in einer neuen Präambel in Kurzform vorangestellt worden. Diese Empfehlungen werden in Kürze in insgesamt über 20 000 Exemplaren an alle Hals-Nasen-Ohren-Ärzte, Fachkliniken und allen betroffenen Versicherungsträger versandt werden. Damit hofft man, in der Masse der Fälle eine sowohl einheitliche wie angemessene Beurteilung zu erreichen.

Ferner ist ein Vordruck für die Begutachtung entwickelt worden, den die Gutachter bei der Bewältigung des Massenproblems benutzen sollen. Dieser Vordruck ist auf die Angaben in den Empfehlungen abgestellt. Damit sind in der Bundesrepublik Deutschland allerdings die mit der beruflichen Lärmschwerhörigkeit zusammenhängende Probleme noch nicht alle gelöst.

Zum einen sind immer noch Lärmschutzmaßnahmen in weiterem Umfang vorzunehmen. Dazu ist auch erforderlich, daß

13 Empfehlungen des Hauptverbandes der gewerbl. Berufsgenossenschaften (Königsteiner Merkblatt) Ausgabe 1977

das Bewußtsein in den Betrieben in dieser Richtung weitergebildet werden muß.

Zum anderen stehen auch Fragen bei der Untersuchung, der Behandlung und der Begutachtung offen.

a) Die Frage, in welchem Umfange *Sprachaudiogramme* von Ausländern verwertbar sind.

b) Die Frage, in welchem Umfange *Simulationstests* verwertbar sind.

c) Die Frage der Verordnung von Hörgeräten als Entschädigungsleistung bei beruflicher Lärmschwerhörigkeit.

d) Die Frage nach der Verschlimmerung und der Besserung einer beruflichen Lärmschwerhörigkeit nach Ausscheiden aus der Tätigkeit im Lärm.

Gerade das letzte Problem ist in der Bundesrepublik Deutschland immer noch außerordentlich kontrovers. Es wird mit den anderen erwähnten Fragen sicher noch Gegenstand weiterer Erörterungen zwischen Audiologen und Fachleuten der Verwaltungen der Versicherungsträger sein. Dabei werden allerdings auch, und das wird, wenn möglich, ein Teil meines persönlichen Beitrags in diesen Gesprächen sein, Erkenntnisse aus dem Raum außerhalb der Bundesrepublik Deutschland in die Erörterungen einfließen.

In dieser Frage wird, um eine Harmonisierung anzustreben, eine Zusammenarbeit mit den Versicherungsträgern anderer Länder erforderlich sein. Ich würde mich freuen, wenn meine Ausführungen einen Impuls in dieser Richtung geben würden.

LA REDUCTION DE LA CAPACITE DE TRAVAIL EN CAS D'HYPOACOUSIE PROFESSIONNELLE EN REPUPLIQUE FEDERALE D'ALLEMAGNE

par le docteur Elmar HAMACHER

Chef de service de la rééducation et de la réadaptation fonctionnelle près l'Union des associations d'assurance contre les accident du travail d'Allemagne Fédérale à Bonn

INTRODUCTION

En Allemagne on avait reconnu depuis 1929 la surdité causée par le bruit ou l'hypoacousie frisant la surdité comme maladie professionnelle à condition qu'elle ait été acquise dans les entreprises métallurgiques. Sous ces conditions médicales et juridiques très restrictives cette maladie professionnelle était sans importance spéciale. Après les dernières modifications des dispositions relatives aux maladies professionnelles, plus spécialement depuis 1968, un changement profond s'est opéré. La désignation de cette maladie professionnelle fut changée en « hypoacousie et surdité par bruits » [1]. L'obligation d'indemnisation a été introduite avec effet rétroactif, si le cas d'assurance s'est produit après le 31 décembre 1951. Il faut souligner sous ce rapport que d'après le droit en matière d'assurance-accidents légale on ne peut allouer une rente que si la réduction de la capacité de travail atteint au moins 20% [2]. L'extension indiquée ci-dessus a entraîné une augmentation des cas d'hypoacousie. Citons les chiffres suivants [3];

	1970	1972	1975	1976	1977
Cas déclarés	2006	5548	14 869	16 025	20 051
Cas indemnisés pour la 1re fois par une rente	567	911	1 949	2 400	3 448

Une nouvelle augmentation des cas est à redouter. On pourrait se poser la question si l'extension constante de l'industrie entraînera une foule de malades professionnelles.

Ce résultat ne serait certainement pas le but d'une politique sociale raisonnable. Celle-ci devait s'occuper dans le domaine de l'hypoacousie professionnelle surtout de deux problèmes: 1. La prévention de l'hypoacousie [4] et 2. une appréciation uniforme et équitable des cas d'hypoacousie.

La prévention de l'hypoacousie est à réaliser par la construction de machines et moyens de transport faisant moins de bruit et en outre par le port de moyens de protection de l'ouïe contre le bruit. Ces problèmes ne sont pas appelés à être étudiés ici. Le deuxième problème nommé ci-dessus a causé de graves difficultés administratives. Celles-ci se fondèrent sur une incertitude étendue des médecins-spécialistes et des administrations. A cet égard un rôle décisif fut joué tant par la multitude des cas que par l'appréciation exacte de la réduction de la capacité de travail.

C'est uniquement cette appréciation qui doit nous intéresser ici. Il convient de retenir dans cet ordre d'idées les points suivants :

1. le sentiment de l'handicap chez l'assuré;
2. la relation causale entre l'hypoacousie et le travail;
3. l'appréciation exacte de la diminution de la capacité de travail;
4. la diffusion des recommandations générales concernant l'appréciation de la réduction de la capacité de travail.

Ces points sont à discuter par la suite. A la fin certaines considérations indiqueront d'autres problèmes.

1. Le sentiment de l'handicap chez l'assuré

L'hypoacousie professionnelle appartient à ces affections qui ne provoquent que sur le tard le sentiment d'être malade, si jamais ce sentiment prend naissance. L'absence de la conscience d'être malade nous montre qu'il s'agit d'une maladie que l'on peut appeler surnoise. Le malade parle plus haut pour entendre sa propre voix, mais il ne le remarque pas. Il prie ses interlocuteurs plus souvent de répéter ce qu'ils ont dit, parce qu'il croit qu'ils parlent trop bas. Son bien-être n'est généralement atteint que si ses contacts avec le monde extérieur sont réellement affectés par suite de ses difficultés d'audition. On peut citer à cet égard des exemples de disputes entre voisins au sujet d'une télé marchant trop fort etc.... Du fait que celui qui est atteint d'hypoacousie ne peut exprimer qu'imparfaitement le degré de son hypoacousie, l'expertise médicale tient dans cette maladie une place importante.

2. La causalité entre l'hypoacousie et le travail

Pour qu'il y ait maladie professionnelle indemnisable, il faut une relation causale entre l'hypoacousie et le travail. Cette causalité n'est

1 D'après le 7e Décret sur les maladies professionnelles du 20 juin 1968, n° 26, à partir du 1er janvier 1977, n° 2301 : « L'hypoacousie par bruits »

2 § 581, al. 1er, n° 2 Code social allemand

3 Übersicht über die Geschäfts- und Rechnungsergebnisse der gewerblichen Berufsgenossenschaften 1977, Ed. Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften, tableaux 18—21

4 cf. à ce propos le règlement préventif concernant les bruits (VGB 121) du 1er décembre 1974 du Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften

donnée que si l'occupation professionnelle prépondérante a causé avec probabilité prédominante l'hypoacousie. Une certitude objective n'est pas nécessaire d'après le droit allemand. L'activité professionnelle doit avoir été la cause essentielle (wesentliche Ursache) pour la lésion de la santé [5]. La détermination de cette relation causale est pour le médecin expert parfois une tâche ingrate. Il ne peut pas se fier toujours aux indications fournies par le malade. Celui-ci ne se rend pas compte par le détail pour les raisons ci-dessus indiquées de l'évolution lente de la maladie. Le désir d'obtenir une rente peut influencer facilement son récit, ce qui est humainement compréhensible.

Les services techniques de l'assurance-accidents sont donc obligés dans la procédure administrative, de procéder d'office à une analyse du poste de travail. Cela est certainement difficile si l'assuré allègue une influence du bruit pendant des années. Il faut procéder dans ce cas à un travail minutieux en mesurant le bruit suivant ses fréquences et décibels. Ce n'est que si l'expert médical dispose d'indications exactes sur l'intensité du bruit au cours d'une vie de travail, ou du moins au cours des dernières années, qu'il peut, sur la base de ces constatations, fournir une expertise convaincante.

Cependant l'analyse du travail ne suffit pas à elle seule pour l'expertise. Il faut que l'expert sache aussi si d'autres maladies non en rapport avec l'activité professionnelle n'ont pas causé totalement ou partiellement l'hypoacousie ou la surdité. Cette considération repose sur l'idée générale de la causalité en matière d'assurance accidents légale. Il faut considérer sous ce rapport : des explosions, des détonations en cas de guerre ou de manœuvres, des exercices réguliers de tir, mais en outre des otites, des diabètes, des troubles ciculatoires et, le cas échéant, des dispositions héréditaires. L'expert ne peut en général pas recueillir tous ces renseignements du malade. Ici l'administration doit rechercher en majeure partie les indications à soumettre à l'expert. Elle doit, le cas échéant, demander auprès de l'assurance-maladie des renseignements sur les maladies dont souffrait l'assuré. Il est certain que de la sorte le travail de l'expert est beaucoup facilité.

Si on connaît ainsi l'anamnèse, l'expert peut commencer à faire son appréciation personnelle. On doit considérer sous ce rapport qu'en droit allemand en matière d'assurance-accidents obligatoire, une réduction de la capacité de travail ne peut donner lieu à une indemnisation par une rente que si elle atteint un taux de 20%. Si une incapacité de gain de 10% provenant d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle préexiste, une réduction supplémentaire de 10% de la capacité de gain suffit pour l'obtention d'une indemnisation [6]. Mais ce n'est là que l'exception. Il faut ajouter que dans le système allemand de l'assurance-accidents contrairement à ce qui existe dans beaucoup d'autres pays, on considère qu'une diminution de la capacité de travail de moins de 10% n'est pas mesurable, de sorte qu'il ne doit pas en être tenu compte.

5 cf. Lauterbach, Unfallversicherung, 3e éd., § 548, Anm. 8 et 16 donnant d'autres réf.

6 § 581 al. 3 Code social

Il faut enfin remarquer que dans le domaine de l'assurance-accidents allemand la réduction de la capacité de gain ne s'apprécie pas par rapport à la profession concrète exercée par l'assuré, mais par rapport à la capacité individuelle de gain sur le marché général du travail [7]. Il n'y a donc pas de taux déterminés pour certaines suites accidentelles ou maladies [8].

Sans connaître ces principes, le système allemand des rentes-accidents reste incompréhensible.

Il en résulte que le seuil critique d'une réduction de la capacité de travail se situe à 20%. Les cas d'une surdité ou d'une hypoacousie élevée binaurale sont très rares. Il se présente souvent aussi des interférences de maladies constitutives ou d'événements traumatiques. La question de la réduction de la capacité de gain n'est pas simplifiée par le fait qu'il n'y a pas de taux déterminés et applicables pour certaines lésions, parce que la réduction individuelle de la capacité de gain par rapport au marché général du travail est déterminante. On peut donc fournir tout au plus que des points de repère généraux. Dans le cas concret il faut tenir compte de l'état de santé de l'assuré, indépendamment de l'hypoacousie. On ne peut pas négliger non plus quel est le taux admis de la réduction de la capacité de travail comparativement à certaines lésions, par exemple des amputations ou d'autres lésions fonctionnelles graves [9].

3. L'appréciation de la réduction de la capacité de gain

Dans ces conditions la tache de l'expert est difficile, lorsqu'il s'agit d'apprécier la réduction de la capacité de gain d'un assuré souffrant de l'hypoacousie. L'expert applique en général les méthodes sous-indiquées lors de l'examen [10] :

a) Anamnèse de l'assuré, de sa famille et de son poste de travail. Comme les constatations audiologiques elles-mêmes sont insuffisantes pour établir une hypoacousie, l'établissement de cette anamnèse est d'une importance considérable. Sous ce rapport l'expert doit prendre en considération les constatations faites par le service du contrôle technique.

b) Examen approfondi otoscopique avec examen de la mobilité des tympans et de la perméabilité des trompes d'Eustache.

c) Examen de l'audition avec diapason.

7 cf. Lauterbach, Unfallversicherung, § 581 Anm. 5a)

8 cf. Lauterbach, L. c. Anm. 5 donnant d'autres références

9 cf. Podzun, Unfallsachbearbeiter, Nr. 222, p. 12

10 cf. « Empfehlungen des Hauptverbandes der gewerblichen Berufsgenossenschaften » (Königsteiner Merkblatt) Ed. 1977

d) Examen audiométrique d'après fréquences et intensité. L'audiogramme du son est d'une importance considérable du point de vue du diagnostic différentiel, puisqu'il aide à déterminer les causes d'une hypoacousie. Il sert aussi à délimiter la perception auditive normale de l'hypoacousie peu prononcée.

Sans vouloir entrer dans de plus amples détails, il convient d'admettre une faible hypoacousie lorsque la diminution auditive est pour 3 KHz au-dessus de 40 décibels et pour 2 kHz au-dessus de 30 décibels et pour 1 kHz au-dessus de 15 décibels. Ces indications valent pour une diminution de la capacité de travail de 10%. Une rente n'est cependant allouée qu'à partir de 20% d'incapacité de gain, de sorte qu'il faut des taux plus élevés et d'autres investigations. Tout ce qui est au-dessous de 10% n'est pas considéré comme mesurable.

e) Ces investigations supplémentaires concernent des diagnostics différentiels qui sont relativement nombreux. Des détails les concernant dépasseraient le cadre de ma contribution.

f) L'examen audiométrique vocal constitue la base essentielle pour l'évaluation de la diminution de la capacité de travail. Auprès des ressortissants étrangers cette méthode présente des difficultés. Le test vocal est fait de façon monoaurale pour les nombres et pour les monosyllabes. On se sert d'un enregistreur ou d'un disque et d'écouteurs.

g) La perception auditive dans l'espace.

Cet examen complète l'examen audiométrique oral. Il se fait de façon monoaurale avec des nombres quadrisyllabiques dans l'élocution courante et à voix chuchotée.

h) Examen du nystagme spontané et provoqué.

Si une appréciation définitive de la maladie professionnelle n'est pas possible après ces examens, alors il est indiqué de procéder à d'autres examens, p. ex. une radio ou un test de simulation.

C'est sur la base du résultat des examens précités qu'une proposition relative à la diminution de la capacité de gain est faite. La procédure est complexe et dépasse le cadre de cet exposé. Des audiologues éminents ont développé à cet effet des tableaux qui ne peuvent servir d'indication [11]. La diminution de la capacité de gain résulte du pourcentage de la diminution de l'ouïe des deux oreilles. On peut citer à titre l'exemple qu'une diminution bilatérale de l'ouïe de 40% peut entraîner une diminution de la capacité de gain de 20%. Une diminution bilatérale de l'ouïe de 20% peut entraîner une diminution de la capacité de gain de 10%. En général on ne fait pas de correction en rapport avec l'âge pour les personnes qui travaillent encore dans le bruit. Si la perte momentanée de l'ouïe ne dépasse pas la perte de l'ouïe due à

11 cf. p. ex. Feldmann, Das Gutachten des Hals-, Nasen-, Ohren-Arztes, 1976, S. 80

l'âge, on ne peut pas admettre une hypoacousie. Des acouphènes ne peuvent justifier que dans des cas exceptionnels une augmenation de 5% du taux de la réduction de la capacité de gain. Le cas le plus grave, la surdité ou la quasi-surdité, peut entraîner une réduction de 60 à 70%, ce qui correspond aux séquelles les plus graves de suites accidentelles sur le plan chirurgical, orthopédique et neurologique [12].

Si l'expert a de la sorte établi sa proposition concernant la réduction de la capacité de gain, l'organisme d'assurance est appelé à prendre sa décision. Il décide sous la forme d'une décision administrative du taux de la réduction de la capacité de travail. Il n'est pas lié par la proposition faite par l'expert. Mais en pratique l'organisme assureur suit tout de même la proposition de l'expert dans la plupart des cas.

4. La diffusion de recommandations générales relatives à l'évaluation de la réduction de la capacité de travail en cas d'hypocausie professionnelle

En présence du nombre de cas d'hypoacousie et des incertitudes administratives et médicales, il importait aux experts médicaux de l'oto-rhino-laryngologie

a) d'établir certains critères uniformes d'appréciation;

b) de mettre ces critères en relation avec les barèmes indicatifs appliqués dans d'autres maladies professionnelles et en cas de blessures;

c) de rendre public le résultat de ces travaux dans une forme appropriée.

Le premier et le deuxième problème ont été résolus en collaboration avec des audiologues éminents de la République Fédérale et des spécialistes des différentes administrations qui gèrent le risque de l'assurance-accidents du travail et en ce sens on a élaboré des recommandations pour l'expertise de l'hypoacousie professionnelle.

Ces recommandations — et par là nous nous tournons vers la solution du troisième problème — paraîtront maintenant en 2e édition [13]. Il est apparu ces dernières années que les recommandations on été appliquées d'une façon trop schématique. Audiologues et spécialistes administratifs se sont réunis à nouveau pour constater qu'il ne s'agit dans les recommandations que de points de repères généraux, et qu'on doit toujours considérer la situation personnelle de l'assuré par rapport au marché général du travail. C'est ainsi qu'il faut aussi remarquer que dans bon nombre de professions il importe peu qu'il y ait une audition intacte ou non. L'expert, mais aussi l'administration, le juge, qui prennent en dernier lieu la décision juridique sur le degré de la diminution de la capacité de travail, doit considérer aussi dans quelle

12 cf. Günther-Hymmen, Unfallbegutachtung, 6e éd. p. 66 s.

13 Empfehlungen des Hauptverbandes der gewerbl. Berufsgenossenschaften (Königsteiner Merkblatt) Ed. 1977

mesure l'hypoacousie est comparable aux séquelles laissées par une autre maladie ou un accident de travail.

Ces considérations sont exposées sommairement dans l'introduction de la 2e édition des recommandations en matière d'expertise médicale en cas d'hypoacousie professionnelle. Ces recommandations seront distribuées bientôt en plus de 20 000 exemplaires à tous les médecins en oto-rhino-laryngologie, aux cliniques spécialisées et à tous les organismes d'assurances intéressés. On espère réaliser de la sorte dans la plupart des cas une appréciation tant uniforme qu'équitable.

On a en outre préparé un formulaire relatif à l'expertise que les experts devraient utiliser en présence du phénomène de masse signalé. Ce formulaire tient compte des indications contenues dans les recommandations.

Par toutes ces initiatives, malheureusement, tous les problèmes de l'hypoacousie ne sont pas encore résolus en République Fédérale d'Allemagne.

Il faut d'une part continuer à entreprendre des mesures préventives contre le bruit et les étendre. A cet effet il est nécessaire de développer dans ce sens dans les entreprises une prise de conscience plus approfondie.

Il reste d'autre part des questions non encore résolues en matière d'examen, de traitement et d'expertise.

Il s'agit sous ce rapport par exemple :

a) de la question de savoir sous quelle mesure les audiogrammes parlés sont utilisables pour les étrangers;

b) de la question de savoir dans quelle mesure les tests de simulation sont concluants;

c) de la question de la prescription d'appareils auditifs comme prestation réparatrice d'une hypoacousie professionnelle;

d) de la question d'une aggravation et d'une amélioration d'une hypoacousie professionnelle après la cessation d'une activité professionnelle se déroulant dans le bruit.

C'est précisément le dernier problème qui est toujours très controversé en République Fédérale d'Allemagne. Il fera certainement encore l'objet, ensemble avec les autres questions, de discussions supplémentaires entre audiologues et spécialistes des organismes d'assurance. A cet égard il sera fait état par moi, dans la mesure du possible, de l'état de connaissances en dehors des frontières de la République Fédérale d'Allemagne.

Sous ce rapport il sera nécessaire d'aboutir à une harmonisation et à cet effet d'obtenir une collaboration avec les organismes d'assurance sociale des autres pays. Je serais content si mon exposé pouvait donner une impulsion en ce sens.

2e partie :

Jurisprudence

Cour de Justice des Communautés Européennes

25 novembre 1975

Caisse de pension des employés privés c/ Helga MASSONET

Travailleurs migrants — prestations sociales — application de plusieurs législations — droit ouvert en vertu de la législation d'un seul Etat membre — réduction par voie de totalisation et proratisation (non).

Les articles 48 et 51 du Traité interdisent à un organisme national de sécurité sociale de réduire les prestations qu'il est tenu de servir par application de sa propre législation nationale et sans recours au procédé de totalisation.

Il en serait autrement lorsque les règlements communautaires feraient bénéficier un assuré d'avantages qui ne lui seraient pas dus par application du droit interne ou des conventions particulières conclues entre Etats membres (articles 12, 27 et 28 du règlement n° 3).

LA COUR :

Arrêt

EN FAIT

Attendu que l'arrêt de renvoi et les observations écrites présentées en vertu de l'article 20 du statut de la Cour de Justice de la CEE peuvent être résumés comme suit :

I. *Faits et procédure*

1. — Monsieur W., de nationalité l., né le 25 juillet 1930, est décédé le 14 septembre 1967, laissant une veuve, Madame M., et deux enfants, nés en 1963 et 1965. Il avait travaillé de 1954 à 1962 au Grand-Duché de Luxembourg où il avait cotisé pendant 67 mois; du mois d'octobre 1965 au 1er septembre 1967 il avait été affilié à la « Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, Berlin », du chef d'une activité exercée en Allemagne durant 13 mois.

La Bundesversicherungsanstalt a alloué à la veuve une rente avec effet au 1er septembre 1967. Pour le calcul de cette rente, elle s'est basée sur la loi dite « Angestelltenversicherungsgesetz » ainsi que sur les règlements 3 et 4 (CEE) concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants. Elle a décidé en premier lieu que, suivant le paragraphe 45, alinéa 2 de cette loi, la veuve avait droit à une rente majorée, dite « Erhöhte Hinterbliebenenrente » du fait que la veuve avait au moins à sa charge un enfant ayant droit à une rente d'orphelin. C'est pour cette raison qu'elle a pris en compte non seulement les

mois d'assurance effectivement accomplis par M. W., mais aussi le nombre de mois restant à courir entre la date de son décès et la date à laquelle il aurait atteint l'âge de 55 ans — période dite «Zurechnungszeit» — en l'espèce 215 mois.

La Bundesversicherungsanstalt a d'abord déterminé le montant de la prestation auquel M^me^ W. aurait eu droit, si toutes les périodes préalables avaient été accomplies sous sa propre législation et a ensuite fixé le montant lui incombant au prorata de la durée des périodes effectivement accomplies sous la législation allemande par rapport à la durée totale des périodes accomplies sous la législation des deux Etats membres intéressés.

La Caisse de Pension des Employés Privés, à Luxembourg, a, de son côté, alloué à M^me^ W. une rente à partir de la même date. Lors du calcul des avances de cette rente, elle avait pris en compte les majorations spéciales prévues en cas de décès précoce, conformément à l'article 4 de la loi du 25 octobre 1968 ayant pour objet la réforme de l'assurance invalidité et décès dans les régimes de pension contributifs. Par la suite, la Caisse s'est ravisée et a refusé de comprendre dans le calcul de la rente luxembourgeoise les majorations spéciales en question. Celles-ci sont dues à une veuve qui élève un enfant et dont le mari est décédé avant l'âge de 55 ans accomplis. Elles sont allouées pour tous les mois entiers de calendrier restant à courir à partir du début du droit à la pension jusqu'à l'accomplissement de la cinquante-cinquième année d'âge. Elles sont fixées à 1,6 pour cent du salaire social minimum normal mensuel pendant les périodes précédant l'accomplissement de la trente-cinquième année d'âge et à 1,6 pour cent du salaire social minimum mensuel augmenté de vingt pour cent pour la période subséquente sous réserve de certaines dispositions spéciales.

M^me^ W. a alors introduit un recours contre la Caisse devant le Conseil arbitral des assurances sociales, qui, par jugement du 20 décembre 1972, a décidé qu'elle avait droit aux majorations spéciales. Par arrêt du 4 juillet 1974, le Conseil supérieur des assurances sociales a confirmé le jugement du Conseil arbitral.

Contre cet arrêt, la Caisse de Pension a intenté un pourvoi en cassation devant la Cour Supérieure de Justice, qui a décidé, par arrêt du 15 mai 1975, de surseoir à statuer et, conformément à l'article 177 du traité CEE, de demander à la Cour de Justice de se prononcer sur les questions préjudicielles suivantes :

«1) a) Le règlement n° 3 de la CEE concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants, et plus particulièrement l'article 12 selon lequel les travailleurs salariés occupés sur le territoire d'un Etat membre sont soumis à la législation de cet Etat, peut-il affecter, et éventuellement sous quelles conditions et dans quelle mesure, une

disposition de la législation successive, alternative ou cumulative à des régimes de pension contributifs des majorations spéciales de rente pour cause de décès prématuré d'un affilié doivent être prises en charge par l'organisme de pension auquel l'assuré était affilié en dernier lieu, et avoir le cas échéant pour effet de décharger en tout ou en partie l'organisme ainsi désigné sur le plan interne par la législation nationale de son obligation de supporter les majorations spéciales afférentes ?

b) Quelle est plus spécialement la réponse à donner lorsque dans un premier Etat le droit à la majoration est acquis en vertu de la seule législation nationale, et sans qu'il soit besoin de recourir au procédé de totalisation, tandis que dans un second Etat, dans lequel il y a eu affiliation postérieure, le droit n'est ouvert que par recours à la totalisation, étant par ailleurs constant que le montant de la majoration à prester par l'organisme social du premier Etat n'est pas fonction de la durée d'affiliation, mais est constitué par une somme d'argent fixe payable pour chaque mois restant à courir jusqu'au moment où le décédé aurait eu 55 ans d'âge accomplis ?

2) L'article 51 du traité de Rome et les articles 27 et 28 du règlement n° 3 de la CEE concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants interdisent-ils qu'une veuve bénéficie simultanément de la majoration spéciale ci-avant précisée sous la lettre b) de la première question, servie dans le premier Etat, et d'une autre prestation, allouée dans le second Etat, les deux indemnités étant payables pendant une même période, à savoir jusqu'au moment où le défunt mari aurait atteint l'âge de 55 ans accomplis ?

3) L'article 51 du traité de Rome et les articles 27 et 28 du règlement n° 3 de la CEE concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants interdisent-ils que la veuve qui touche dans le second Etat une rente majorée calculée par totalisation et proratisation, puisse bénéficier simultanément dans le premier Etat d'une majoration spéciale de rente telle que celle ci-avant spécifiée sous la lettre b) de la première question sans que cette dernière majoration soit proratisée ? »

2. — Dans l'arrêt de renvoi, la Cour Supérieure de Justice a résumé les trois moyens de cassation de la Caisse de Pension de la manière suivante :

« Attendu que le premier moyen de cassation fait grief aux juges du fond d'avoir violé les articles 4 et 6 de la loi du 25 octobre 1968, alors que compte tenu de la situation de feu W. et de son ayant droit M. ces articles n'imposeraient pas la charge de majorations spéciales à la Caisse de pension luxembourgeoise;
que W. ayant en effet été affilié auprès d'un organisme de sécurité sociale allemande au moment de son décès — l'article 12 du règle-

ment n° 3 disposant d'une façon générale que les travailleurs salariés ou assimilés occupés sur le territoire d'un Etat sont soumis à la législation de cet Etat même s'ils résident sur le territoire d'un autre Etat — il en résulterait qu'il n'était pas assuré auprès de la Caisse de pension luxembourgeoise, de sorte que ses ayants droit ne sauraient prétendre à l'encontre de la Caisse au bénéfice de la majoration spéciale introduite par les dispositions combinées des articles 6 de la loi du 25 octobre 1968 et 8 de la loi du 16 décembre 1963 ayant pour objet la coordination des régimes de pension, selon lesquelles, en cas d'affiliation successive, alternative ou cumulative à des régimes de pension contributifs, la majoration spéciale allouée en cas d'invalidité ou de décès de l'assuré avant l'âge de 55 ans accomplis est à charge de l'organisme débiteur de pension auquel l'assuré était affilié en dernier lieu, à condition que l'affiliation soit de 12 mois, le cas d'accident excepté; »

. . . .

« Attendu que le second moyen de cassation fait grief aux juges du fond d'avoir violé l'article 51 du Traité de Rome et les articles 27 et 28 du règlement CEE n° 3, en ce que la solution admise par l'arrêt attaqué aboutirait à un cumul de la rente dite « erhöhte Hinterbliebenenrente » avec la majoration spéciale luxembourgeoise, la veuve bénéficiant simultanément des deux prestations pour une seule et même période, à savoir jusqu'au moment où son défunt mari aurait atteint l'âge de 55 ans accomplis;
que selon la demanderesse en cassation un tel cumul de prestations serait interdit par les prédits textes communautaires puisqu'au lieu de se compléter, les prestations se superposeraient; »

. . . .

« Attendu que la demanderesse en cassation propose encore un troisième moyen tiré de la violation de l'article 51 du Traité de Rome et des articles 27 et 28 du règlement CEE n° 3, en ce que les juges du fond auraient à tort refusé d'ordonner la proratisation de la majoration spéciale luxembourgeoise en proportion des périodes d'assurances couvertes au Grand-Duché de Luxembourg et en République Fédérale d'Allemagne, alors que „ tant l'équité que même l'interprétation large du terme ‚prestations' inscrit dans les articles 51 du Traité de Rome et 27 du règlement n° 3, et l'interdiction de superposition de périodes d'assurance exigeraient que la majoration spéciale soit proratisée sur la base des périodes couvertes par W. en Allemagne et au Grand-Duché de Luxembourg "; »

3. — L'arrêt de renvoi a été enregistré au greffe de la Cour le 5 juin 1975.

La Commission des Communautés européennes, représentée par son conseiller juridique, M^lle^ J., a déposé des observations écrites en vertu de l'article 20 du statut de la Cour de Justice.

La Cour, sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, a décidé d'ouvrir la procédure orale sans procéder à des mesures d'instruction préalable.

II. *Observations écrites déposées devant la Cour*

D'après la Commission des Communautés européennes, la première question se ramène à celle de savoir si, lorsqu'il y a eu affiliation

successive à un régime de pension dans un Etat membre A puis à un régime de pension dans un Etat membre B, l'Etat membre A peut, en vertu de l'article 12 du règlement n° 3, appliquer les dispositions de sa propre législation au régime de l'Etat membre B.

Rappelant que l'article 12 est une règle de conflit de lois et renvoyant aux attendus 7 et 8 de l'arrêt de la Cour du 5 décembre 1967 (affaire 19/67, Van der Vecht, Rec. 1967, p. 446), la Commission fait valoir que la législation luxembourgeoise est applicable à Monsieur W. pour la période de travail qu'il a effectuée au Luxembourg, et que, dès lors qu'il travaille en Allemagne, c'est la législation allemande qui lui est applicable. L'article 12 aurait donc l'effet contraire de celui qu'invoque la Caisse luxembourgeoise.

Par ailleurs, il serait indiscutable que l'article 6 de la loi luxembourgeoise du 25 octobre 1968 est une règle de coordination purement interne. Pour la transposer au niveau communautaire, il faudrait qu'il existe dans le règlement n° 3, qui pose, quant à lui, les règles de coordination des législations nationales au niveau communautaire, soit une disposition semblable, soit une disposition de renvoi aux législations nationales. Or, il conviendrait de constater que de telles dispositions n'existent pas dans le règlement n° 3.

La Commission propose dès lors à la Cour de répondre à la première question de la façon suivante :

« L'article 12 du règlement n° 3, pas plus qu'aucune disposition de ce règlement, ne peuvent avoir pour effet de décharger en tout ou partie l'organisme désigné sur un plan interne par la législation nationale, de son obligation de supporter le paiement de prestations dues en vertu de ladite législation nationale.
Le fait que dans un premier Etat membre le droit à prestation est acquis en vertu de la seule législation nationale et que dans un second Etat, dans lequel il y a eu affiliation postérieure, le droit n'est ouvert que par totalisation et proratisation, ne modifie en rien la réponse qui a été donnée sous I.a) ci-dessus. »

La Commission illustre sa réponse aux deuxième et troisième questions par un aperçu des législations luxembourgeoise et allemande relatives au calcul de la pension de survivant, rappelant entre autres que dans les deux pays la pension est calculée sur la base de la pension d'invalidité à laquelle aurait eu droit le défunt mari, si, au lieu de décéder, il était devenu invalide.

Comme il y a, en l'espèce, à son avis, superposition partielle de périodes — une partie de la rente allemande étant calculée sur la base d'une période d'assurance fictive, qui est la même que celle qui sert de base au calcul de la majoration spéciale prévue par la législation luxembourgeoise — la Commission estime que les deux questions visent le problème de savoir jusqu'à quel point des majorations de pension pré-

vues par la législation des deux Etats membres et qui se rapportent à la même période d'assurance fictive, peuvent être cumulées, et notamment dans le cas où l'une des pensions est calculée par totalisation et proratisation et l'autre est une pension autonome.

Rappelant que l'article 27 du règlement n° 3 ne prévoit la totalisation que dans la mesure où les périodes en cause « ne se superposent pas », elle estime que l'on pourrait répondre à la seconde question que l'article 51 du traité CEE et les articles 27 et 28 du règlement n° 3 interdisent qu'une veuve puisse bénéficier simultanément de la majoration spéciale servie dans un premier Etat et d'une autre prestation dans un second Etat, ces deux indemnités se rapportant à une seule et même période d'assurance.

Toutefois, le problème demeurerait lorsqu'il s'agit, comme dans le cas d'espèce, d'une pension acquise en vertu de la seule législation nationale, parce que la Cour a interdit la proratisation généralisée et qu'il en résulte que, même si dans un Etat la totalisation a été nécessaire pour ouvrir le droit à pension, cela ne justifie pas la proratisation dans un autre Etat où le droit est ouvert sans totalisation.

Pour répondre à la troisième question, il suffit dès lors, de l'avis de la Commission, de citer la Cour, qui estime que « ne constitue pas un avantage contraire à la règle communautaire, le cumul d'une prestation ouverte en vertu du seul droit interne sur la base de cotisations nationales, avec une autre prestation ouverte dans un autre Etat membre, par voie de totalisation, dès lors que, comme l'exige l'article 27, les périodes ne se superposent pas ». (Arrêts du 5 juillet 1967 dans les affaires 1/67, Ciechelski, et 2/67, de Moor, Rec. 1967, p. 235 et 255.)

Or, il faudrait constater que dans le cas d'espèce il y a superposition de périodes et qu'il n'y a, dans la réglementation communautaire, aucune disposition qui apporte une réponse à ce problème, l'article 11 du règlement n° 3 prévoyant expressément qu'il ne s'applique pas à l'assurance vieillesse et décès.

La Commission renvoie, cependant, à la jurisprudence de la Cour (arrêt du 6 décembre 1973 dans l'affaire 140/73, Mancuso, Rec. 1973, p. 1449, et arrêt du 13 décembre 1967 dans l'affaire 12/67, Cuissart, Rec. 1967, p. 552) d'où il résulte, entre autres, que l'article 11 pourrait être interprété de telle sorte qu'il permettrait d'appliquer les dispositions nationales en matière de superposition de périodes. Si l'on retenait que dans le cas présent il y aurait un cumul constitutif d'abus et que l'article 11 devait s'appliquer, cela signifierait que le Luxembourg pourrait invoquer sa législation nationale anti-cumul lorsqu'il y a superposition de périodes. Encore faudrait-il qu'il existât une telle législation au Luxembourg, ce qui ne semble pas être le cas.

Or, d'une manière plus générale, la Commission se demande s'il

serait équitable d'appliquer l'article 11 dans de tels cas. Elle fait valoir qu'avec une telle solution, il n'y aurait aucune sécurité juridique; il serait difficile d'établir quel est le montant exact de pension à déduire, et il en résulterait une grande incertitude puisque cela dépendrait de l'état de la législation des Etats membres concernés. L'inéquité d'un tel résultat n'aurait d'égale que son incohérence. Une telle situation serait exactement à l'opposé de ce qui est recherché tant par l'article 51 du traité que par les règlements pris en application de celui-ci.

Aussi s'il apparaît certain qu'en cas de superposition des périodes, il y a lieu à réduction de la prestation, et s'il est vrai que la Cour a estimé que c'était à l'autorité nationale de décider comment opérer cette réduction d'après sa propre législation, il conviendrait toutefois de nuancer cette assertation. Il faudrait comprendre cette affirmation de la Cour comme laissant aux institutions nationales la possibilité d'appliquer le principe de la non-superposition des périodes selon les modalités fixées par leur législation nationale à défaut de modalités fixées par des règles communautaires qui effectivement n'existent pas.

En conséquence, la Commission propose à la Cour de répondre à la deuxième et troisième questions de la manière suivante :

« L'article 51 du traité et les articles 27 et 28 du règlement n° 3 interdisent à ce qu'un assuré puisse prétendre vis-à-vis des institutions de plusieurs Etats membres, à des prestations se rapportant respectivement à une seule et même période d'assurance.
L'article 51 du traité et le articles 27 et 28 du règlement n° 3 n'interdisent pas le cumul d'une prestation acquise dans un Etat membre par totalisation et proratisation avec une prestation acquise dans un autre Etat membre en vertu de la seule législation nationale, sans avoir recours à la totalisation et à la proratisation, dès lors que les périodes qui ont servi de base pour le calcul des prestations ne se superposent pas. »

* *

Attendu qu'à l'audience publique du 21 octobre 1975, la Caisse de Pension des Employés Privés, représentée par M^e^ B. du barreau de Luxembourg, M^me^ W., représentée par M^e^ L. du barreau de Luxembourg, et la Commission, représentée par son conseiller juridique, M^lle^ J., ont été entendues en leurs observations orales, le représentant de la Caisse ayant exposé et approfondi ses moyens de cassation et celui de M^me^ W. ayant renvoyé à ses mémoires devant la Cour de Cassation.

Attendu que l'avocat général a présenté ses conclusions à l'audience du 13 novembre 1975.

EN DROIT

1. Attendu que, par arrêt du 15 mai 1975, parvenu à la Cour le 5 juin suivant, la Cour Supérieure de Justice du Luxembourg, siégeant

en cassation, a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, trois questions relatives à l'interprétation de l'article 51 du traité et des articles 12, 27 et 28 du règlement n° 3 du Conseil du 25 septembre 1958 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants (J. O. n° 30 du 16 décembre 1958, p. 561);

2. que ces questions sont posées dans le cadre d'un litige relatif au calcul des droits, en matière de pensions de survie, de la veuve d'un citoyen luxembourgeois, qui, ayant travaillé d'abord au Luxembourg et ensuite, jusqu'au moment de son décès, dans la République fédérale d'Allemagne, a accompli 67 mois d'assurance dans le premier Etat et 13 dans le second;

3. que l'organisme assureur allemand, du fait que la veuve avait à sa charge des enfants, lui a alloué une rente majorée calculée sur la base, non seulement des mois d'assurance effectivement accomplis par le défunt, mais aussi du nombre de mois restant à courir jusqu'au moment où il aurait eu 55 ans accomplis;

4. que le montant incombant à l'organisme allemand a ensuite été fixé au prorata de la durée effectivement accomplie sous la législation allemande par rapport à la durée totale des périodes accomplies sous la législation des deux Etats en question;

5. que l'organisme luxembourgeois, tout en allouant à la veuve la pension de survie, a refusé de l'assortir de la majoration spéciale que la loi prévoit en faveur d'une veuve élevant un enfant dans le cas où le mari est décédé avant l'âge de 55 ans et qui est constituée par une somme d'argent fixe payable pour chaque mois restant à courir jusqu'au moment où le défunt aurait eu 55 ans accomplis;

6. que, pour justifier ce refus, l'organisme luxembourgeois a invoqué en cassation trois moyens basés, d'une part, sur l'article 12 du règlement n° 3 et, d'autre part, sur l'article 51 du traité et les articles 27 et 28 du même règlement;

7. Attendu que les trois questions posées par la Cour Supérieure de Justice tendent à obtenir une interprétation de ces dispositions afin de pouvoir apprécier les trois moyens invoqués par l'organisme luxembourgeois;

8. Attendu qu'il convient, avant d'aborder l'examen de chacune des questions posées, de faire certaines observations d'ordre général;

9. que, pour définir le sens et la portée du règlement n° 3, il convient de l'interpréter à la lumière des articles 48 et 51 du traité qui constituent le fondement, le cadre et les limites des règlements de sécurité sociale;

10. que, ces articles ayant pour but d'assurer la libre circulation des travailleurs en leur conférant certains droits, ce serait se placer en dehors de la finalité et du cadre desdites dispositions que d'imposer aux travailleurs une réduction de leurs droits sans la contrepartie d'avantages prévus aux règlements;

11. que, dans le cas où les règlements accordent aux travailleurs des avantages de sécurité sociale qu'ils ne pourraient obtenir en dehors de leur application, des limitations peuvent leur être imposées en contrepartie des avantages qu'ils en tirent;

12. qu'en dehors d'une telle contrepartie, pareilles limitations ne sauraient se justifier, puisqu'elles auraient pour effet de placer le travailleur dans une situation moins favorable que celle qui, en l'absence des règlements, découlerait de l'application du droit interne;

Sur la première question

13. Attendu que, par la première question, il est demandé si le règlement n° 3, et plus particulièrement l'article 12 selon lequel les travailleurs salariés occupés sur le territoire d'un Etat membre sont soumis à la législation de cet Etat, peut affecter une disposition de la législation interne d'un Etat membre prévoyant qu'en cas d'affiliation successive, alternative ou cumulative à des régimes de pension contributifs, des majorations spéciales de rente pour cause de décès prématuré d'un affilié doivent être prises en charge par l'organisme de pension auquel l'assuré était affilié en dernier lieu, et avoir le cas échéant pour effet de décharger l'organisme ainsi désigné sur le plan interne par la législation nationale de son obligation de supporter les majorations spéciales afférentes;

14. qu'il est demandé plus spécialement quelle est la réponse à donner lorsque dans un premier Etat le droit à la majoration est acquis en vertu de la seule législation nationale, et sans qu'il soit besoin de recourir au procédé dit de totalisation, tandis que dans un second Etat, dans lequel il y a eu affiliation postérieure, le droit n'est ouvert que par recours à la totalisation.

15. Attendu que l'article 12 du règlement n° 3, aux termes duquel le travailleur est soumis à la législation de l'Etat où il est occupé, vise d'une part, à éviter tout cumul ou enchevêtrement inutile des charges et des responsabilités qui résulterait d'une application, simultanée ou alternative, de plusieurs législations et, d'autre part, à empêcher que les intéressés, faute de législation qui leur serait applicable, restent sans protection en matière de sécurité sociale;

16. que cette disposition, dont le but est ainsi de régler les conflits de lois, tant positifs que négatifs, qui peuvent surgir dans le champ d'application du règlement, n'autorise, ni expressément, ni implicitement, un organisme national d'assurance à réduire les prestations qui sont dues à un travailleur ou à ses ayants droit en vertu de la seule législation nationale;

17. qu'une disposition de la législation d'un Etat membre prévoyant qu'en cas d'affiliation successive, alternative ou cumulative à des régimes de pensions contributifs de ce même Etat, une majoration spéciale pour cause de décès prématuré d'un affilié doit être prise en charge par l'organisme de pension auquel l'assuré était affilié en dernier lieu, ne peut donc régler que les rapports entre les organismes d'assurance de cet Etat;

Sur la deuxième et la troisième question

18. Attendu que, par la deuxième question, il est demandé si l'article 51 du traité CEE et les articles 27 et 28 du règlement n° 3 interdisent qu'une veuve bénéficie simultanément de la majoration spéciale, servie dans un premier Etat sans totalisation de périodes d'assurance, et d'une autre prestation, allouée dans un second Etat après totalisation, les deux indemnités étant payables pendant une même période;

19. que, par la troisième question, il est demandé si ces dispositions communautaires interdisent que la veuve qui touche dans le second Etat une rente majorée calculée par totalisation et proratisation, puisse bénéficier simultanément dans le premier Etat d'une majoration spéciale telle que celle spécifiée ci-dessus, sans que cette dernière majoration soit proratisée;

20. Attendu que l'article 51 du traité et l'article 27 du règlement n° 3 visent essentiellement le cas où la législation d'un Etat membre n'ouvrirait pas, à elle seule, à l'intéressé un droit à prestation, en raison du nombre insuffisant de périodes accomplies sous cette législation;

21. que, pour remédier à cette situation, ces dispositions prévoient au bénéfice du travailleur qui a été soumis successivement ou alternativement à la législation de deux ou plusieurs Etats membres, la totalisation des périodes d'assurance accomplies en vertu de la législation de chacun de ces Etats;

22. qu'en matière de pensions de vieillesse et de décès, les articles 27 et 28 du règlement n° 3 s'appliquent à cette hypothèse, mais non lorsque dans un Etat l'effet recherché à l'article 51 est atteint en vertu de la seule législation nationale;

23. que les dispositions citées ne peuvent donc avoir l'effet de priver les ayants droit d'un assuré décédé d'une prestation à laquelle ils ont droit en vertu des seules dispositions de la législation nationale applicable;

24. Attendu que l'on a fait valoir au cours de la procédure que l'organisme d'assurance luxembourgeois pouvait se décharger de la majoration spéciale du fait qu'il s'agirait d'un cas de superposition de périodes d'assurance;

25. Attendu cependant que, s'il résulte de l'article 27 que les périodes d'assurance accomplies en vertu de la législation de deux ou plusieurs Etats membres ne sont pas totalisées pour autant que les périodes se superposent, il n'y a pas superposition de périodes au sens de cet article si une majoration spéciale prévue par la loi de l'un des Etats en faveur des survivants d'un assuré est allouée ou calculée, non en fonction d'une période d'assurance, effective ou fictive, mais pour la durée d'une certaine période sans rapport direct avec la période d'assurance accomplie par le défunt;

26. qu'il en est de même au regard du droit communautaire dans l'hypothèse où un Etat membre, comme il lui est loisible même si le droit à une prestation est ouvert sans recours au procédé de totalisation, prend des mesures en vertu de sa propre législation pour éviter les cumuls injustifiés résultant de la superposition de périodes d'assurance;

27. Attendu que si cette interprétation est susceptible de conduire, dans certaines hypothèses autres que la superposition de périodes d'assurance, à des cumuls de pensions, cette conséquence découlerait, non de l'interprétation du droit communautaire mais du système actuellement en vigueur, qui, faute d'un régime commun de sécurité sociale, repose sur une simple coordination de législation nationales non encore harmonisées;

28. qu'il résulte, d'ailleurs, de l'article 11 du règlement n° 3 que les législations nationales pourraient régler un tel problème s'il s'agit de prestations acquises en dehors de l'application des articles 27 et 28 de ce règlement;

29. Attendu qu'il y a donc lieu de répondre aux trois questions posées que l'article 51 du traité CEE et le règlement n° 3 du Conseil du 25 septembre 1958 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants, notamment ses articles 12, 27 et 28, doivent être interprétés en ce sens qu'ils n'autorisent pas un organisme national d'assurance à réduire les prestations qui sont dues à un travailleur ou à ses ayants droit en vertu de la seule législation nationale et sans recours au procédé de totalisation;

Sur les dépens

30. Attendu que les frais exposés par la Commission des Communautés européennes, qui a soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet de remboursement;

31. que la procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens;

Par ces motifs,

la Cour, statuant sur les questions à elles soumises par la Cour Supérieure de Justice du Luxembourg, siégeant en cassation, par arrêt du 15 mai 1975, dit pour droit :

L'article 51 du traité CEE et le règlement n° 3 du Conseil du 25 septembre 1958 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants, notamment ses articles 12, 27 et 28, doivent être interprétés en ce sens qu'ils n'autorisent pas un organisme national d'assurance à réduire les prestations qui sont dues à un travailleur ou à ses ayants droit en vertu de la seule législation nationale et sans recours au procédé de totalisation.

(Prés. M. Lecourt, Pl. : M[es] Beghin, J. Lucius, Jonczy)

Conseil Supérieur des Assurances Sociales

31 janvier 1974

1) **Assurance-accidents — affiliation — classification d'une entreprise dans le tarif des risques — réclamation contre tarif même — incompétence des juridictions sociales.**

2) **Classement des membres d'une entreprise — question de cotisations — compétence des juridictions sociales.**

Les litiges ayant pour objet le classement d'une entreprise dans une catégorie du tarif des risques sont de la compétence du ministre du travail et de la sécurité sociale.

Par contre ceux relatifs au classement de certains membres du personnel sous une position déterminée sont à trancher par les juridictions sociales (articles 293, 147, 148, 319 du C.A.S.).

HONEYWELL S. A. c/ Association d'assurance contre les accidents, section industrielle

Arrêt

LE CONSEIL SUPÉRIEUR DES ASSURANCES SOCIALES :

Attendu que les appels dirigés tant par H. que par l'Association d'assurance contre les accidents, section industrielle, contre le jugement rendu par le Conseil Arbitral des Assurances Sociales, le 12 janvier 1973, sont réguliers en la forme, partant recevables;

que les deux parties appelantes entreprennent le jugement de première instance en ce qu'il s'est déclaré à tort incompétent ratione materiae;

que quant au fond la partie de Maître Schiltz demande à ce que l'extrait du rôle du 16 août 1972 soit annulé et qu'elle soit déchargée du paiement des cotisations supplémentaires réclamées pour l'exercice 1971, tandis que de son côté l'Association d'assurance contre les accidents, section industrielle, soutient que H. devrait être condamnée à payer les cotisations restées impayées pour le même exercice;

Attendu que le premier juge s'est déclaré incompétent en se basant sur l'article 293 du Code des assurances sociales alors que le litige pendant entre parties aurait pour objet le classement dans le tarif des risques pour l'année 1971, litige qui aux termes de l'article 293 susvisé serait excepté de la compétence du Conseil Arbitral comme rentrant dans les articles 147 et 148 du Code des assurances sociales;

que H. fait valoir de son côté qu'il s'agit en l'occurence non pas d'une question de classement de son entreprise dans telle ou telle catégorie de tarif de risques — alors que la société appelante n'a jamais critiqué la classification de son entreprise rangée par décision de l'Association d'assurance contre les accidents, section industrielle, du 19 juin 1962 sub N° du Tarif 72 respectivement 78 — mais d'une question de simples cotisations; qu'elle estime en effet que certains membres de son personnel, n'ayant aucune activité en rapport avec les installations électriques, ne devraient cotiser non pas au titre : installations électriques (N° Tarif 72), mais au titre : activités de bureau (N° 78); qu'elle offre ce fait en preuve s'il devait être contesté;

Attendu qu'il résulte de ce qui précède que le litige porte sur une question de pur fait et non sur une réclamation contre le tarif même; que c'est donc à tort que le premier juge s'est déclaré incompétent et que sa décision doit être réformée;

Attendu que le Conseil Supérieur n'est pas en mesure de statuer

d'ores et déjà sur le mérite des conclusions des parties appelantes; qu'il échet de renvoyer à ces fins l'affaire devant le Conseil Arbitral;

Par ces motifs,

Le Conseil Supérieur des Assurances Sociales, statuant contradictoirement,
ouï Monsieur le rapporteur en son rapport,
reçoit les appels en la forme,
dit que le premier juge était compétent ratione materiae,
renvoie l'affaire en prosécution de cause devant le Conseil Arbitral des Assurances Sociales autrement composé.

(Prés. M. Lehnertz, Pl. Me Schiltz et M. Thill)

Conseil Supérieur des Assurances Sociales

15 juillet 1976

Accident de trajet — notion — parcours pour se rendre au travail — chemin de retour — deux fins de non recevoir prévues par le législateur — interruption volontaire anormale et faute lourde.

En principe les accidents survenus sur le chemin du travail sont couverts par l'assurance accidents sauf interruption volontaire anormale et faute lourde de l'assuré (article 92 CAS, arrêté grand-ducal du 22 août 1936).

Association d'assurance contre les accidents, section industrielle c/ WOHLFART Guillaume

Arrêt

LE CONSEIL SUPÉRIEUR DES ASSURANCES SOCIALES :

Attendu qu'une décision de la commission des rentes du 20 novembre 1975 rejetait la demande en indemnisation de W. des suites d'un accident de circulation au motif qu'il se serait endormi au volant de sa voiture et que « l'événement incriminé n'avait donc pas comme origine une cause extérieure violente et soudaine inhérente au trajet à parcourir, mais une défaillance momentanée de l'organisme de l'assuré »;

Attendu que le Conseil Arbitral des Assurances Sociales, par jugement rendu le 19 mars 1976, réforma cette décision et dit que l'accident dont W. avait été victime le 2 juillet 1975 ouvrirait droit à indemnisation au titre d'accident de trajet et renvoya l'affaire devant la commission des rentes pour fixation des prestations;

Attendu que le 16 avril 1976 l'Association d'assurance contre les accidents releva appel contre le jugement du Conseil Arbitral et demanda le rétablissement de la décision de la commission des rentes du 20 novembre 1975; que cet appel, interjeté dans les forme et délai de la loi, est recevable;

Attendu qu'il est constant que W., employé auprès des ARBED à Dudelange, et demeurant à W., partit le 2 juillet 1975 vers 5 heures de son domicile en voiture pour se rendre à son lieu de travail; que sur son trajet normal à K., et sur la route rectiligne, sa voiture dérapa, heurta 2 arbres et fut rejetée dans la chaussée complètement détruite tandis que lui-même fut sérieusement blessé;

Attendu que W., interrogé le 19 août 1975 par la gendarmerie au sujet du déroulement de l'accident, déclara ne pas pouvoir s'expliquer comment celui-ci avait pu se produire et qu'à son avis il s'était assoupi un bref moment; que le 9 octobre 1975 il s'adressa à l'Association d'assurance contre les accidents et déclara que « la cause de l'accident n'est pas imputable à une défaillance de mon organisme puisque j'étais bien reposé avant de prendre le volant ce matin-là »;

Attendu qu'à la suite de l'accident du 2 juillet 1975 la gendarmerie de B. a dressé procès-verbal à charge de W. et l'a inculpé de contravention aux articles 139 et 140, alinéas 1, 2 et 3 du Code de la route;

Attendu que l'article 92, alinéa 2, du Code des assurances sociales énonce « qu'est considéré comme un fait du travail le parcours effectué pour se rendre au travail et en revenir, se rapportant à l'emploi assuré »; que l'alinéa 3 de l'article 92 stipule « qu'un règlement d'administration publique précisera les conditions auxquelles devra répondre, pour être considéré comme un fait du travail, l'accident survenu sur le parcours effectué pour se rendre au travail et en revenir »;

Attendu que suivant l'article 1er de l'arrêté grand-ducal du 22 août 1936, portant exécution de l'article 92, alinéa final, du Code des assurances sociales (article unique N° 17 de la loi du 6 septembre 1933), concernant les accidents de trajet :

L'assurance contre les accidents est étendue :

a) au trajet effectué par l'assuré pour se rendre de sa demeure ou de sa maison de pension habituelle au lieu de son travail et pour en revenir;

Attendu qu'il suit de la combinaison des textes de loi précités que l'accident de trajet dont fut victime W. le 2 juillet 1975 est en principe indemnisable par l'Association d'assurance contre les accidents; qu'il y a cependant deux faits limitativement énumérés dans les ar-

ticles 3 et 4 respectivement de l'arrêté grand-ducal du 22 août 1936 et du 27 octobre 1952 qui excluent, dans le chef de l'assuré, toute réparation, à savoir :

1) lorsque l'accident est survenu au cours ou à la suite d'une interruption volontaire anormale et 2) lorsqu'il s'agit d'un accident de trajet que l'assuré a causé ou auquel il a contribué par sa faute lourde (arrêté grand-ducal du 27 octobre 1952, article 2);

Attendu que la notion de « faute lourde » apparue dans l'arrêté grand-ducal du 27 octobre 1952, a remplacé l'article 4 de l'arrêté grand-ducal du 22 août 1936 lequel excluait de réparation « l'accident survenu à l'assuré qui a contrevenu aux dispositions légales ou réglementaires concernant la circulation en général ou l'utilisation des moyens de transport »; que le législateur a donc encore réduit les fins de non-recevoir que la Sécurité Sociale peut opposer à une demande en réparation de l'assuré;

Attendu qu'en l'espèce aucune des deux exceptions limitatives prévue par la loi et excluant toute réparation au profit de W. n'est donnée; que spécialement les contraventions aux articles 139 et 140 du Code de la route mises à sa charge par la maréchaussée ne présentent à elles seules, aucun caractère de gravité exceptionnelle ou de faute lourde, tel que par exemple l'ivresse au volant, ou le non respect du signal d'arrêt constitué par le feu rouge;

Attendu que dans ces conditions c'est à bon droit que les premiers juges ont dit que l'accident de W. ouvre droit à indemnisation au titre d'accident de trajet;

que leur décision est à confirmer, mais pour d'autres motifs, il est vrai; que l'appel de l'Association d'assurance contre les accidents n'est donc pas fondé;

Par ces motifs,

Le Conseil Supérieur des Assurances Sociales, statuant contradictoirement,

Monsieur le Conseiller désigné entendu en son rapport,

reçoit l'appel en la forme, le déclare non fondé et confirme la décision entreprise.

(Prés. M. Lehnertz, Pl. M. Thill et M[e] Lentz)

Conseil Supérieur des Assurances Sociales

11 novembre 1976

Accident du trajet — chemin de retour — origine — fatigue professionnelle — bref assoupissement au volant — protection légale — oui.

L'accident de trajet dû à l'état de fatigue d'un assuré qui a accompli sa journée de travail est indemnisable par l'assurance-accidents. En effet dans cette hypothèse l'assoupissement de l'ouvrier au volant de sa voiture sur le chemin de retour est en relation avec son occupation professionnelle proprement dite (Art. 92 CAS; arrêté grand-ducal du 22 août 1936).

Association d'assurance contre les accidents, section industrielle c/ PERREL Lucien

Arrêt

LE CONSEIL SUPÉRIEUR DES ASSURANCES SOCIALES :

Attendu qu'il résulte des pièces produites que P. fut victime, le 28 avril 1975, d'un accident de circulation alors qu'il rentrait de son lieu de travail à son domicile;

Attendu que l'Association d'assurance contre les accidents, section industrielle, déclina sa responsabilité dudit accident en soutenant « qu'il n'est pas établi en fait qu'il s'agit d'un accident de trajet assuré en conformité des dispositions légales et réglementaires dès lors qu'il n'est pas prouvé que la prétendue défaillance momentanée de l'assuré, lors de la conduite de la voiture automobile, est imputable directement ou indirectement à l'occupation professionnelle proprement dite »;

Vu le recours formé par P. contre cette décision;

Vu le jugement du Conseil Arbitral des Assurances Sociales du 17 mars 1976 réformant la décision définitive de la commission des rentes du 17 octobre 1975 et déclarant indemnisable l'accident de trajet dont Perrel fut victime le 28 avril 1975;

Attendu que l'appel introduit par l'Association d'assurance contre les accidents, section industrielle, a été interjeté dans les forme et délai de la loi; qu'il est partant recevable;

Attendu qu'il est constant en cause que l'accident de trajet considéré s'est produit le 28 avril 1975 vers 22.30 heures, c'est-à-dire une demi-heure après la fin d'une journée de travail normale;

Attendu que le motif de rejet invoqué par l'Assurance-Accidents-Industrielle : « il n'est pas prouvé que la prétendue défaillance momentanée de l'assuré est imputable directement ou indirectement à

l'occupation professionnelle proprement dite », écarte d'emblée la cause la plus probable — à savoir l'état de fatigue — des événements ayant pu intervenir dans la genèse dudit accident;

Attendu que l'article 92, alinéa 2, du Code des assurances sociales énonce « qu'est considéré comme un fait du travail le parcours effectué pour se rendre au travail et en revenir, se rapportant à l'emploi assuré »;

Attendu que si pour le trajet « aller », c'est-à-dire de la demeure au lieu de travail l'état de fatigue dans lequel se trouve — le cas échéant — un assuré social, peut avoir d'autres causes que le travail, il en est cependant autrement lorsque — après une dure journée de labeur — l'ouvrier est pris d'une défaillance momentanée : lisez d'un bref assoupissement sur le chemin de retour;

Attendu que le motif invoqué par l'Assurance-Accidents-Industrielle pour décliner sa responsabilité en l'espèce n'est pas pertinent dès lors que la partie appelante reste en défaut d'établir que ce sont des facteurs indépendants de l'emploi assuré qui prédominent dans la genèse de la défaillance momentanée de l'assuré;

qu'au contraire il semble logique d'accorder au facteur fatigue professionnelle une importance primordiale;

Attendu qu'il suit de cette constatation que c'est à bon droit que les premiers juges ont dit que l'accident de P. ouvre droit à indemnisation au titre d'accident de trajet;

que leur décision est à confirmer, mais pour d'autres motifs, il est vrai;

que l'appel de l'Association d'assurance contre les accidents, section industrielle, n'est donc pas fondé;

Par ces motifs,

Le Conseil Supérieur des Assurances Sociales, statuant contradictoirement,

Monsieur le rapporteur entendu en son rapport,
reçoit l'appel en la forme,
le déclare non fondé et confirme la décision entreprise.

(Prés. ff. M. Kill, Pl. MM. Mores et Theis)

Conseil Supérieur des Assurances Sociales

6 mai 1976

1) **accident de trajet — explosion — terrain privé — condition de lieu remplie — non.**
2) **accident de trajet — approvisionnement en carburant — interruption anormale — oui.**

Les dommages causés par une explosion se produisant sur le terrain privé d'une personne ne sont pas indemnisables par l'assurance-accidents alors que l'accident a eu lieu en dehors de la voie publique.
Par ailleurs ne donnent pas lieu à indemnisation de la part de l'assurance-accidents les interruptions volontaires anormales qui ne sont pas en connexité avec le trajet assuré. Constitue une telle rupture du lien de la connexité le comportement de l'assuré tendant à la satisfaction d'un besoin personnel (art. 92 CAS, arrêté grand-ducal du 22 août 1936).

THOMAS Freddy c/ Association d'assurance contre les accidents, section industrielle

Arrêt

LE CONSEIL SUPÉRIEUR DES ASSURANCES SOCIALES :

Attendu que T. a régulièrement relevé appel d'un jugement du Conseil Arbitral des Assurances Sociales rendu le 15 octobre 1975;

Attendu que les faits gisant à la base de la présente affaire sont en résumé les suivants :

T., employé auprès de la Banque L. à L., s'est rendu le 30 août 1974 avec sa voiture dans laquelle avaient pris place son épouse M., G. et S., à B. pour y remplir le réservoir de l'automobile à la station I. Par suite d'un geste imprudent de l'un des occupants de la voiture une explosion se produisit causant des blessures aux passagers et des dégâts à la voiture;

Attendu que l'Association d'assurance contre les accidents, section industrielle, a décliné sa responsabilité dans cette affaire au motif qu'il ne s'est pas agi en l'occurence d'un accident de trajet susceptible de dédommagement alors qu'il ne s'est pas produit sur le chemin direct du lieu de travail (L.) à la demeure du conducteur (V.);

Attendu que sur appel de T., le Conseil Arbitral des Assurances Sociales a déclaré à son tour le recours comme non fondé, l'accident ayant en effet eu lieu en dehors de la voie publique;

Attendu qu'il y a lieu de retenir tout d'abord que l'accident dont le Conseil Supérieur des Assurances Sociales a à connaître s'est produit au cours d'une interruption anormale du trajet de retour de l'assuré social et que l'explosion s'est produite sur un terrain privé de l'entreprise T. à B.;

Mais attendu au surplus que le texte de loi qui nous occupe décline toute responsabilité de l'organisme social dès qu'il s'agit d'une interruption volontaire anormale non autorisée expressément ou tacitement par le patron;

que le législateur vise par cela toutes les interruptions de trajet qui ne sont pas en connexité avec le trajet assuré; qu'une telle rupture de connexité constitue p. ex. le fait par l'assuré de se procurer auprès de tiers des produits ou marchandises en vue de la satisfaction d'un besoin personnel; que tant la jurisprudence allemande qui parle dans ce cas de « Verfolgung eigenwirtschaftlicher Zwecke » que les tribunaux sociaux luxembourgeois ont décliné la responsabilité des organismes d'assurance à ce sujet;

Attendu qu'en l'occurrence il n'a pas été prouvé, ni même allégué, que le tank de la voiture était vide au point que le retour à A. était devenu impossible; qu'en examinant la date où le plein de gaz était effectué, on constate que le 30 août 1974 était un vendredi et que les trois jours suivants étaient des jours fériés légaux, le lundi 29 étant en effet lundi de la foire de Luxembourg, de sorte qu'on doit admettre que le fait de faire le plein en gaz est dicté par un intérêt personnel de l'assuré qui est sans relation avec le trajet assuré; que cet intérêt est d'autant plus manifeste que le prix du gaz au Grand-Duché est nettement inférieur aux prix pratiqués en Belgique;

Par ces motifs,

et ceux du premier juge,

le Conseil Supérieur des Assurances Sociales, statuant contradictoirement,

ouï Monsieur le Président en son rapport,

reçoit l'appel en la forme,
le déclare mal fondé,
en conséquence confirme le jugement entrepris.

(Prés. M. Lehnertz, Pl. Me Lentz, M. Mores)

Conseil Supérieur des Assurances Sociales

18 novembre 1976

Assurance-accidents — travail agricole accessoire — soins à donner à un malade — responsabilité — oui.

Les soins à donner à un malade sont à assimiler au travail exécuté dans le ménage du chef d'entreprise agricole exerçant cette profession à titre principal (Art. 159, alinéa 4 du CAS).

Association d'assurance contre les accidents, section agricole c/ GIRST Elise

Arrêt

LE CONSEIL SUPÉRIEUR DES ASSURANCES SOCIALES :

Attendu que l'appel interjeté par l'Association d'assurance contre les accidents, section agricole et forestière, contre le jugement du Conseil Arbitral des Assurances Sociales du 25 novembre 1975 l'a été dans les forme et délai de la loi; qu'il est partant recevable;

Attendu que le Conseil Supérieur se réfère pour l'exposé des faits de la cause aux développements du jugement entrepris;

Attendu que la question qui oppose les parties est de savoir si les soins à donner à un malade tombent sous le coup de la protection légale au même titre que les travaux agricoles proprement dits et respectivement le travail dans le ménage du chef d'une entreprise agricole, à condition que la profession agricole soit exercée à titre principal;

Attendu qu'en répondant affirmativement à cette question le Conseil Arbitral des Assurances Sociales a adopté un point de vue auquel le Conseil Supérieur des Assurances Sociales se rallie entièrement, à savoir qu'un membre malade d'une entreprise agricole doit jouir de la protection légale au même titre qu'un membre valide;

Attendu, en effet, que les soins à donner aux membres valides et aux membres passagèrement malades visent au même but, à savoir le maintien ou la récupération des forces requises à l'exploitation d'une entreprise agricole ou autre;

Attendu que dans ces circonstances le Conseil Supérieur est amené à la conviction que le jugement déféré n'encourt aucune critique et qu'il y a partant lieu d'abjuger la demande de l'appelante faute de justification;

Par ces motifs,

le Conseil Supérieur des Assurances Sociales, statuant contradictoirement,

Monsieur le rapporteur entendu en son rapport,

reçoit l'appel en la forme,

le déclare cependant non justifié et en déboute l'Association d'assurance contre les accidents, section agricole et forestière,

en conséquence, confirme le jugement du Conseil Arbitral des Assurances Sociales du 25 novembre 1975 dans toute sa forme et teneur.

(Prés. ff. M. Kill, Pl. MM. Mores et Schiltz)

Conseil Supérieur des Assurances Sociales

13 mai 1976

Assurance-accidents — lieu de travail — voies de fait — origine de l'incident — sphère privée des antagonistes — accident professionnel (non).

La législation sur les accidents au travail n'est pas applicable lorsqu'un assuré est devenu victime, sur le lieu de son travail, d'une attaque à main armée qui trouve son origine dans les activités privées et familiales des assurés (Art. 92 du CAS).

CARNEIRO-MARTINS Joaquim c/ Association d'assurance contre les accidents, section industrielle

Arrêt

LE CONSEIL SUPÉRIEUR DES ASSURANCES SOCIALES :

Attendu que l'appel interjeté par Maître E. W. au nom de M. J. contre le jugement du Conseil Arbitral des Assurances Sociales du 8 octobre 1975 l'a été dans les forme et délai de la loi; qu'il est partant recevable;

Attendu que le litige qui oppose les parties est de savoir si l'attaque brutale dont M. fut victime le 8 juin 1972 — sur son lieu de travail — doit être prise en charge par l'Association d'assurance contre les accidents, section industrielle, au titre de la législation sur les accidents du travail;

Attendu qu'il se dégage des pièces soumises à l'appréciation du Conseil Supérieur que l'attaque à main armée pratiquée par B. sur la personne de son compatriote M. trouve sa cause primaire dans un sentiment de jalousie extrême, qui déjà dans les quarante-huit heures ayant précédé le drame, avait fait entreprendre à B. des démarches

plutôt insolites tant auprès de la firme G. qu'auprès de la police d'E. (pièce 16 du dossier / déclarations de B.);

que l'état d'excitation de B. ne faisant que croître au fil des heures, il décida de ne pas se rendre à son travail mais d'attendre M. dont il savait qu'il devait se présenter au cours de la matinée dans la Résidence R. pour y terminer des travaux de menuiserie;

Attendu qu'il suit du comportement de B. que l'origine du drame qui finalement a abouti à des voies de fait sur la personne de M. à la date du 8 juin 1972, relève exclusivement de la sphère privée des deux antagonistes et ne peut être rattachée par aucun lien causal à l'occupation professionnelle des intéressés, lesquels travaillaient d'ailleurs pour deux employeurs différents;

Attendu, en effet, qu'une saine appréciation de l'article 92 du Code des assurances sociales ne permet pas d'englober dans le cadre de la protection légale les incidents qui ont leur source unique et exclusive dans les activités privées et familiales des assurés; qu'il serait en effet exorbitant d'imposer à l'employeur la responsabilité de faits et gestes qui sont étrangers aux risques normaux de l'entreprise;

Attendu qu'il se dégage de ces considérations que les conditions légalement requises pour engager la responsabilité de l'Association d'assurance intimée ne sont pas remplies en l'espèce et que, par conséquent, la demande de la partie appelante est à abjuger faute de justifications;

Par ces motifs,

Le Conseil Supérieur des Assurances Sociales, statuant contradictoirement,

Monsieur le rapporteur entendu en son rapport,

reçoit l'appel en la forme,

le déclare cependant non justifié et le rejette,

en conséquence confirme le jugement du Conseil Arbitral des Assurances Sociales du 8 octobre 1975.

Prés. M. Lehnertz, Pl. Me Wirion et M. Mores)

Conseil Arbitral des Assurances Sociales

2 juillet 1976

Assurance-pension — assurance migratoire — ouverture du droit à pension — début de pension — législation du dernier régime d'affiliation applicable — mode de calcul des pensions partielles — compétence des régimes respectifs.

En cas d'assurance migratoire la question de l'ouverture d'un droit à pension comme tel et celle de la prise de cours des prestations sont à trancher par le dernier régime d'affiliation. Par contre, chaque régime doit procéder à la détermination des droits et à la liquidation des prestations d'après les dispositions qui lui sont propres (Articles 12, 30 et 34 de la loi du 16 décembre 1963) *.

ADAM-PETRY Conrad c/Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité

Jugement

LE CONSEIL ARBITRAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Vu le recours formé par A. contre une décision de sous-commission des pensions du 19 mars 1976 lui accordant une pension d'invalidité avec effet du 1er février 1975;

Attendu qu'il est fait grief à la décision attaquée d'avoir omis de liquider des majorations du chef des salaires valablement déclarés pour les années 1934 à 1940 et pour l'année 1945;

Attendu que le requérant était successivement affilié au régime de pension des ouvriers et à celui des commerçants et industriels;

que l'organisme compétent, conformément à l'article 34 alinéa 1er de la loi du 16 décembre 1963 pour le paiement des pensions partielles est la Caisse de pension des commerçants et industriels et que l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité a, pour ce motif, procédé à la liquidation des prestations à sa charge en appliquant les dispositions de l'article 6 alinéa 3 phrase 2 de la loi du 22 janvier 1960 ayant pour objet la création d'une caisse de pension des commerçants et industriels;

Attendu cependant que la loi du 22 janvier 1960 n'est, par dérogation aux dispositions du Code des assurances sociales, applicable en l'espèce que dans la mesure où il s'agit d'apprécier la question de l'ouverture d'un droit à pension comme tel ainsi que celle de la prise de cours des prestations;

qu'en ce qui concerne, par contre, le mode du calcul de la pension partielle à sa charge, chaque régime doit procéder, conformément à l'article 30 alinéa 2 de la loi du 16 décembre 1963, non modifié, à la détermination des droits et à la liquidation des prestations d'après les dispositions qui lui sont propres;

---

* Cette jurisprudence a été réformée par le Conseil Supérieur des Assurances Sociales suivant décision publiée ci-après.

Attendu qu'au regard du régime de pension des ouvriers les droits en cours de formation se rapportant aux périodes de cotisation dont litige ont revécu, conformément à l'article 199 du Code des assurances sociales par l'effet de l'accomplissement d'une nouvelle période d'assurance de 1080 journées sous le régime des commerçants et industriels à porter en compte par application de l'article 4 alinéa 2 de la loi du 16 décembre 1963;

que, dans ces conditions, des majorations au titre de l'article 202 du Code des assurances sociales étaient à liquider également pour les périodes autres que les années 1941 à 1944;

Par ces motifs,

le Conseil arbitral, statuant contradictoirement et en premier ressort, réformant, dit que le requérant a droit à la liquidation de majorations du chef de toutes les périodes de cotisation couvertes sous le régime de pension des ouvriers.

(Prés. M. Kaudy, Pl. MM. Molling et Wagner)

Conseil Supérieur des Assurances Sociales

6 janvier 1977

Assurance-pension — assurance migratoire — conditions d'attribution — début de pension — législation du dernier régime d'affiliation applicable.

En cas de périodes d'affiliation accomplies successivement sous deux régimes différents les conditions d'ouverture du droit à pension et la détermination des périodes à rémunérer sont appréciées selon la dernière législation applicable (article 12 de la loi du 16 décembre 1963, alinéa 30 et 34 ayant pour objet la coordination des régimes de pension).

Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité c/ ADAM Conrad

Arrêt

LE CONSEIL SUPÉRIEUR DES ASSURANCES SOCIALES :

Attendu que A., demeurant à B., était affilié à l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité pendant les années 1934 à

1945 et à la Caisse de pension des commerçants et industriels pendant les années 1960 à 1975;

Attendu que le 19 mars 1976 la sous-commission des pensions a notifié à A. une décision aux termes de laquelle, pour l'obtention de la pension sollicitée, les conditions d'attribution sont appréciées et le début de la pension est fixé suivant les dispositions prévues par l'article 6 de la loi du 22 janvier 1960, ayant pour objet la création d'une Caisse de pension des commerçants et industriels, organisme auquel A. était affilié en dernier lieu; que par application de l'alinéa 2 de l'article 6 précité, elle considère comme éteintes les périodes d'assurance où A. était affilié à l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité (1934—1945) alors que l'assurance n'est pas couverte en moyenne pour chaque année depuis le début de l'assurance de 8 mois de cotisations au moins, condition requise pour maintenir les droits en formation; que la sous-commission des pensions, par application de l'alinéa 3 de l'article 6 visé, excepte cependant de cette extinction les journées d'assurance relatives aux années 1941—1944, pour lesquelles la moyenne de 8 mois est atteinte et a calculé la pension d'invalidité de A. en faisant abstraction des cotisations versées de 1934 à 1940 et en 1945;

Attendu que le Conseil Arbitral des Assurances Sociales, statuant sur le recours formé par A. contre la décision de la sous-commission des pensions, par jugement rendu le 2 juillet 1976, en réformant la décision attaquée, a dit que A. a droit à la liquidation de majoration du chef de toutes les périodes de cotisation couvertes sous le régime de pension des ouvriers;

Attendu que le Conseil Arbitral, pour liquider également, au profit de A., les périodes d'assurance autres que celles des années 1941 à 1944, a limité l'applicabilité de la loi du 22 janvier 1960 ayant pour objet la création d'une Caisse de pension des commerçants et industriels, à l'appréciation de la question de l'ouverture d'un droit à pension comme tel ainsi que celle de la prise en cours des prestations; que, par contre, en ce qui concerne le mode de calcul de la pension partielle, il se prévaut de l'article 30, alinéa 2, de la loi du 16 décembre 1963 aux termes duquel « chacun des organismes en cause procède à la détermination des droits et à la liquidation des prestations de son propre régime, conformément aux dispositions de la présente loi, sur la base des éléments qui le concernent et des éléments concernant les autres qui lui auront été certifiés par ces derniers »; que de plus, pour déclarer non éteintes les périodes d'assurance litigieuses, il s'empare de l'article 199 du Code des assurances sociales tiré de l'assu-

rance-pension des ouvriers aux termes duquel « les droits en cours de formation... revivront dès que l'assuré aura accompli, postérieurement à l'interruption, une nouvelle période d'assurance de 1080 journées... »;

Attendu que le 12 août 1976 l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité a interjeté appel de la décision rendue par le Conseil Arbitral le 2 juillet 1976; que cet appel, fait dans les forme et délai de la loi, est recevable;

Attendu que l'appel est également fondé; qu'en effet, sous peine d'aboutir à un résultat inéquitable, comme le démontrent les 2 exemples reproduits à l'annexe de la requête d'appel, il échet de suivre le raisonnement de l'appelant Assurance-Vieillesse-Invalidité qui écarte l'application cumulative de deux législations différentes — celle du dernier régime d'affiliation et celle d'un autre régime sous lequel des périodes ont été accomplies — pour n'appliquer qu'une seule législation — celle du dernier régime d'affiliation — pour apprécier la question de l'ouverture du droit à pension et pour déterminer les périodes pouvant être rémunérées;

Attendu qu'il résulte du principe établi dans les considérations qui précèdent qu'en vertu de l'article 12 de la loi du 16 décembre 1963 tel qu'il a été modifié par la loi du 14 mai 1974 ayant pour objet la modification et l'harmonisation de différentes législations des régimes de pension contributifs, l'article 6 de la loi du 22 janvier 1960 est seul applicable en l'espèce et que c'est à bon droit que la sous-commission des pensions, se basant sur les alinéas 2 et 3 de cet article, a décidé que la période d'assurance 1934—1945 est éteinte sauf en ce qui concerne les années 1941—1944 maintenues, parce que les moyennes de 8 mois de cotisation pour chaque année sont réalisées;

Attendu qu'il s'en suit que la décision du Conseil Arbitral entreprise, laquelle ordonne la liquidation de majorations du chef de toutes les périodes de cotisation couvertes sous le régime de pension des ouvriers, est à réformer;

Par ces motifs,

Le Conseil Supérieur des Assurances Sociales, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel de l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité en la forme,

au fond, le déclare également fondé,

réformant le jugement du Conseil Arbitral des Assurances Sociales en date du 2 juillet 1976,

rétablit la décision de la sous-commission des pensions du 19 mars 1976.

(Prés. M. Lehnertz, Pl. MM. Mores et Wagner)

Conseil Supérieur des Assurances Sociales

19 février 1976

Assurance pension ouvrière — rente de survivant — ayant droit autre que conjoint — appréciation de la condition de participation prépondérante à l'entretien — finalité de cette disposition.

Lorsqu'un assuré décède sans laisser de veuve une pension de survivant est allouée à certains des ayants droit à condition qu'ils aient vécu en communauté domestique pendant les cinq dernières années avec l'assuré, que pendant la même période ils aient fait son ménage et enfin que l'assuré ait contribué pour une part prépondérante à leur entretien. Afin de se prononcer sur cette dernière condition, le juge apprécie in concreto la situation matérielle du requérant compte tenu notamment de ses économies éventuelles. En effet le législateur a limité la protection aux personnes négligeant leurs chances de revenu propre pour pouvoir venir en aide à leurs ascendants (Article 196, alinéa 1er du CAS).

SCHNEIDER-MOUTSCHEN Jeanne c/ Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité

Arrêt

LE CONSEIL SUPÉRIEUR DES ASSURANCES SOCIALES :

Attendu que l'appel relevé par la dame S. d'un jugement rendu par le Conseil Arbitral des Assurances Sociales le 19 novembre 1970 et qui a refusé d'admettre la requérante au bénéfice de la pension de survie du chef de l'assurance de son père M., bénéfice prévu à l'article 196 du Code des assurances sociales, est régulier en la forme, partant recevable;

Attendu qu'il ressort du dossier que deux des trois conditions prévues à l'article 196 pour l'obtention de la pension sont remplies, à savoir : la vie en communauté domestique pendant les 5 ans ayant précédé le décès du père, et le fait qu'elle a fait pendant la même époque le ménage de celui-ci;

que le premier juge, pour déclarer le recours de S. contre la décision de la sous-commission des pensions de l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité du 8 juin 1970 comme non fondé, a admis que la situation matérielle de la requérante n'était pas telle que le père ait été obligé de pourvoir d'une façon prépondérante à son entretien, condition également exigée par l'article 196 du Code des assurances sociales pour l'allocation de la pension;

Attendu qu'il résulte des pièces et éléments du dossier, notamment des calculs faits tant par le service administratif que par le mandataire de la requérante, que celle-ci est titulaire d'une pension de veuve de la part de la Caisse de pension des employés privés qui lui est servie du chef de la mort de son mari; qu'elle est en outre propriétaire d'une maison sise à Pétange, louée en partie et dont elle et son fils touchent le loyer; qu'enfin en 1967 elle a acquis un studio sis à L. et qui en 1968 rapportait 4500,— francs comme loyer.

qu'il ne saurat donc être contesté que l'appelante disposait de moyens personnels lui permettant de vivre;

Attendu que S. voudrait recontrer l'argumentation du premier juge en soutenant qu'elle a dû emprunter 304 000,— francs auprès de la Caisse d'Epargne pour l'achat du studio et que le loyer serait tout juste suffisant pour rembourser la dette;

que d'un autre côté il n'est cependant pas contesté qu'elle a pu disposer de moyens propres, à savoir 308 000,— francs provenant d'économies et qui ont servi également au financement de cet achat;

que c'est en se basant sur le fait qu'il a été possible à la dame S. de faire des économies que le premier juge a estimé à juste titre que la situation matérielle de la requérante n'était pas telle que le père a dû pourvoir d'une façon prépondérante à son entretien;

Attendu en effet que la finalité de l'article 196 du Code des assurances sociales dans l'intention du législateur a été de garantir à une personne, négligeant ses chances de revenu propre pour pouvoir venir en aide à des ascendants, des moyens de vivre ce qui en l'occurence n'a certainement pas été le cas;

Attendu que c'est partant à bon droit que le premier juge a déclaré la dame S. non fondée en son recours et l'a déboutée;

Par ces motifs,

et ceux du premier juge,

le Conseil Supérieur des Assurances Sociales, statuant contradictoirement,

Monsieur le président entendu en son rapport,

reçoit l'appel en la forme,

au fond, le déclare non fondé,

partant en déboute la partie appelante, confirme le jugement du Conseil Arbitral des Assurances Sociales du 19 novembre 1970.

(Prés. M. Lehnertz, Pl. MM. Pizzaferri et Lugen)

Conseil Arbitral des Assurances Sociales

21 octobre 1975

Réduction du taux de rente à 0% — décision administrative n'ayant pas statué sur une rente permanente — caractère provisoire — compétence limitée de la juridiction sociale — objet du litige — rente transitoire (oui).

SCHMIT Jules c/ Association d'assurance contre les accidents, section industrielle

Jugement

LE CONSEIL ARBITRAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Attendu que le requérant fait grief à une décision de la commission des rentes du 19 février 1975 d'avoir limité à la période du 23 mai 1972 au 31 janvier 1975 les prestations accordées du chef d'un accident professionnel dont il fut victime le 22 mai 1972;

qu'il conclut à l'attribution d'une rente viagère de 5% avec effet du 1er mars 1974;

Attendu que le médecin-conseil du Conseil arbitral est, sur base de l'étude des pièces du dosier et des constatations faites lors de son examen clinique de ce jour, arrivé à la conclusion que l'accident incriminé a laissé des séquelles définitives;

qu'il évalue à 2% la diminution permanente de la capacité ouvrière en résultant;

Attendu que le Conseil arbitral se rallie aux conclusions de son médecin-conseil quant au taux des séquelles admis par lui;

Attendu cependant qu'il est de jurisprudence (Conseil Supérieur des Assurances Sociales — 10 juillet 1975, aff. ass. d'assurance contre les accidents, section industrielle c/ Cruchten Fernand) que si, comme en l'espèce, l'organisme d'assurance décide la suppression de toute prestation à partir d'un certain moment, cette décision n'équivaut nullement à la fixation d'une rente permanente de 0%, mais à un caractère essentiellement provisoire;

Attendu enfin que, par application des principes généraux admis en la matière, lorsque l'organe compétent de l'Association d'assurance s'est prononcé sur une situation essentiellement transitoire, les juridictions contentieuses de la sécurité sociale, saisies de l'action judiciaire engagée à la suite de cette décision, ne peuvent connaître que d'un taux d'indemnisation provisoire et ne sont pas compétentes pour

statuer sur l'indemnité définitive tant que l'organe compétent de l'Association d'assurance ne s'est pas encore prononcé;

Attendu qu'il se dégage de ce qui précède que la rente de 2% dont le requérant continuera à bénéficier au-delà du 31 janvier 1975 aura un caractère essentiellement transitoire;

Par ces motifs,

le Conseil arbitral, statuant contradictoirement et en premier ressort, réformant, dit que le requérant continuera à bénéficier de la rente provisoire de 2% au-delà du 31 janvier 1975.

(Prés. M. Ries, Pl. Me Lucas et M. Mores)

Conseil Arbitral des Assurances Sociales

3 juin 1976

Accident de trajet — excès de vitesse à l'intérieur d'une localité — apparition d'un obstacle — pas de freinage — changements de direction incontrôlés — renversement du véhicule — faute lourde — oui.

Le fait par un assuré de circuler à l'intérieur d'une localité à une vitesse approchant les 100 km/h et de maintenir cette vitesse alors qu'apparaît un obstacle virtuel et de causer ainsi un accident sur le chemin du travail constitue une faute lourde excluant l'application de la législation sur les accidents professionnels (article 92 CAS, arrêté grand-ducal du 22 août 1936).

FISCHER Nico c/ Association d'assurance contre les accidents, section industrielle

Jugement

LE CONSEIL ARBITRAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Attendu que le requérant fait grief à une décision de la commission des rentes du 19 mars 1976 d'avoir rejeté sa demande en indemnisation des suites d'un accident de circulation dont il fut victime le 29 juillet 1975 au cours du trajet effectué pour se rendre à son travail;

qu'il conclut à ce que le dit accident soit reconnu indemnisable au titre de l'article 92 alinéa 2 du Code des assurances sociales;

Attendu que la demande a été rejetée au motif que l'assuré aurait causé ou contribué à causer par sa faute lourde l'accident en question;

Attendu que la faute lourde au sens des dispositions de l'article 2

de l'arrêté grand-ducal du 27 octobre 1952 ayant pour objet de modifier l'arrêté grand-ducal du 22 août 1936 portant exécution de l'article 92 alinéa final du Code des assurances sociales suppose une attitude plus grave qu'un simple défaut de prévoyance;

que l'agent doit avoir conscience du danger grave auquel il s'expose et l'accepter délibérément;

Attendu que tel a été en l'espèce le comportement du conducteur F.;

que celui-ci n'a pas seulement roulé à l'intérieur d'une localité à une vitesse approchant les 100 km/heure, mais au lieu de freiner, a encore maintenu cette vitesse au moment où la voiture C., qui approchait de la direction opposée et pouvait constituer un obstacle virtuel alors que sa conductrice avait, par l'actionnement du clignoteur gauche, indiqué son intention d'opérer un changement de direction; qu'arrivé au niveau de la voiture C. il n'a toujours pas ralenti, mais a fait un mouvement brusque vers la droite, suivi d'un changement de direction incontrôlé vers la gauche et a finalement terminé sa course folle à une centaine de mètres de la voiture C., après que son véhicule se fût renversé;

Attendu que l'hypothèse de la faute lourde, telle qu'elle est prévue par les dispositions réglementaires précitées, se trouve ainsi amplement constitué;

Par ces motifs,

le Conseil arbitral, statuant contradictoirement et en premier ressort, déclare le requérant non fondé en son recours; l'en déboute.

(Prés. M. Ries, Pl. MM. Theis et Bernard)

Cour Supérieure de Justice

30 juin 1976

Congédiement d'un employé — motif — réorganisation de l'entreprise — suppression de poste — usage abusif du droit de résiliation — non.

Le chef d'entreprise est en principe maître de l'organisation et de la réorganisation de son entreprise. A cette fin il bénéficie du pouvoir discrétionnaire de congédier un employé et il est libre de ne pas affecter cet employé à un autre service. Seul est sanctionné le congédiement intervenu pour des motifs illégitimes ou celui constituant un acte économiquement ou socialement anormal. La réorganisation ne doit pas constituer qu'un simple prétexte ou être exercée avec une légèreté blâmable, éléments tombant sous le pouvoir d'appréciation du juge (article 22 du texte coordonné du 12 novembre 1971 comprenant les lois portant règlement légal du louage de service des employés privés).

René MERSCH c/ S. A. Quincaillerie d'Esch (Sichel)

LA COUR :

Attendu que par lettre recommandée du 30 octobre 1974, la S. A. Q. E. a résilié, avec effet au 30 avril 1975, le contrat d'emploi la liant à M., représentant au département en gros du rayon Q. depuis le 15 février 1965, en offrant à ce dernier de payer l'indemnité de congédiement supplémentaire, prévue à l'article 22, alinéa 2 du texte coordonné du 12 novembre 1971 comprenant les lois portant règlement légal du louage de service des employés privés;

Attendu qu'en date du 2 novembre 1974, M. a demandé à son employeur de lui communiquer les motifs du congédiement, conformément à l'article 22 du texte coordonné précité; que par lettre recommandée du 8 novembre 1974, la Q. E. a informé M. que le motif de son congédiement était à rechercher dans la réorganisation du département en gros de la quincaillerie dans un but de rationalisation et de rentabilité économique, mesure ayant entraîné la réduction du nombre des employés et ouvriers affectés audit département et plus spécialement la suppression du deuxième poste de représentant;

Attendu que par requête du 6 janvier 1975, M. a fait citer la Q. E. devant le tribunal arbitral pour les contestations entre patrons et employés privés d'E. pour voir dire que la résiliation est à considérer comme abusive et partant condamner la défenderesse à lui payer à titre de dommages-intérêts la somme de 600 000,— francs, ou toute autre somme supérieure à arbitrer par le tribunal ou à dire d'experts, avec les intérêts légaux tels que de droit;

Attendu que par jugement rendu contradictoirement le 8 avril 1975, le tribunal arbitral a débouté M. de sa demande au motif qu'il n'y a pas usage abusif du droit de résiliation dans le chef de l'employeur, le congédiement n'étant pas intervenu pour des motifs illégitimes et ne constituant pas un acte économiquement ou socialement anormal;

Attendu que par exploit d'huissier du 5 mai 1975 M. a relevé appel de ce jugement; que cet appel a été interjeté dans les forme et délai de la loi; qu'il est partant recevable;

Attendu que l'appelant M. soutient que le congédiement serait intervenu d'une manière abusive, la prétendue réorganisation de l'entreprise invoquée comme motif de la résiliation du contrat d'emploi n'ayant été qu'un prétexte pour l'employeur de congédier un employé sujet à des périodes de maladie; qu'il reproche en outre à l'intimé d'avoir agi

avec brusquerie et un manque d'égard flagrant envers un employé contre lequel il n'a formulé aucun reproche d'ordre professionnel;

Attendu que l'employeur reste en principe libre de résilier le contrat de travail tant à durée déterminée qu'à durée indéterminée moyennant l'observation des délais de préavis légaux, sans qu'il soit tenu de spécifier le ou les motifs du congédiement; que, toutefois, la résiliation est à considérer comme abusive et entraine l'allocation de dommages-intérêts, lorsque le congédiement est intervenu pour des motifs illégitimes ou qu'il constitue un acte économiquement ou socialement anormal;

qu'en vue de mettre l'employé en mesure de rapporter la preuve de la résiliation injustifiée, celui-ci a le droit de demander à l'employeur les motifs du congédiement et ce dernier est tenu de les lui faire connaître dans le délai de huitaine;

qu'il appartient à la partie qui se prévaut de la résiliation abusive de rapporter la preuve tant de la faute commise par l'autre partie que du préjudice subi;

Attendu qu'il a été relevé à bon droit par les premiers juges que le chef d'entreprise est, en principe, maître de l'organisation ou de la réorganisation de son entreprise, qu'il bénéficie du pouvoir discrétionnaire de congédier à cette fin, peu importe l'âge du salarié ou son ancienneté dans l'entreprise, et qu'il est libre de ne pas affecter à un autre service un employé qu'il entend congédier pour suppression d'emploi;

que c'est encore à juste titre que les premiers juges ont dit que les pouvoirs de décision de l'employeur quant à l'organisation ou la réorganisation de l'entreprise et quant au choix discrétionnaire dans le licenciement, ne souffrent exception que lorsque le congédiement est sans lien avec la réorganisation qui ne constitue qu'un prétexte ou est exercée avec une légèreté blâmable;

Attendu qu'en l'espèce il est constant en cause qu'en raison de circonstances économiques, l'intimée a procédé à une réorganisation de son entreprise et que par cette mesure l'appelant M. a été licencié;

Attendu que l'appelant offre de prouver par témoins que, contrairement à l'affirmation de l'intimée, le poste occupé par lui n'a pas été supprimé après son licenciement;

Attendu que cette offre de preuve est à écarter comme superflue en présence des éléments d'ores et déjà acquis aux débats; qu'en effet, ainsi qu'il a été constaté à bon droit par les premiers juges, M. et C. n'ont pas remplacé l'appelant dans sa fonction en collectant des commandes auprès des clients visités par lui, mais ont, en leur qualité de directeur, effectué une tournée de contrôle et de prospection;

Attendu que l'appelant offre encore de prouver par la voie testimoniale qu'il avait les aptitudes nécessaires pour reprendre la tournée de T., représentant du secteur sanitaire;

Attendu cependant qu'il est acquis en cause que la mise à la retraite de T. remonte à 2 ans et quelques mois et qu'à ce moment la question du licenciement de l'appelant ne se posait pas encore, de sorte que l'offre de preuve est à rejeter comme dénuée de pertinence;

Attendu que l'appelant soutient en dernier lieu que des postes équivalents auraient pu lui être offerts au sein du groupe Q. E., fait offert en preuve par voie d'expertise;

Attendu que cette offre de preuve est à rejeter comme n'étant ni pertinente, ni concluante, alors que, ainsi qu'il a été précisé ci-avant, l'intimée n'était pas tenue d'affecter l'appelant à un autre poste;

Attendu que la manière d'agir de l'intimée n'est pas non plus à qualifier d'anormale, alors que le délai de préavis de 6 mois a été observé lors du congédiement;

Attendu qu'il résulte des considérations qui précèdent que le congédiement de M. n'est pas intervenu pour des motifs illégitimes et ne constitue pas un acte socialement ou économiquement anormal, mais repose sur des motifs légitimes consistant dans la réorganisation de l'entreprise de l'intimée et la suppression subséquente du poste occupé par l'appelant;

Attendu qu'il s'ensuit que l'appel n'est pas fondé et qu'il y a partant lieu de confirmer la décision entreprise;

Par ces motifs,

la Cour, statuant contradictoirement, le Ministère Public entendu en ses conclusions,

reçoit l'appel en la forme;

déclare irrecevables les offres de preuve formulées par l'appelant;

dit l'appel non fondé;

partant confirme la décision entreprise,

(Prés. M. Biever, Pl. M^{es} Lentz et Elvinger)

Cour Supérieure de Justice

7 décembre 1976

Matière arbitrale — employée-vendeuse — contrat à l'essai — tâche imposée non prévue au contrat — refus de travail justifié — inexécution de la convention — responsabilité de l'employeur.

La dame M. E. avait été engagée à l'essai comme vendeuse, mais en fait l'employeur lui imposait la tâche de ranger les marchandises dans les rayonnages. Dans ces conditions il y a inexécution du contrat imputable au patron qui en assume la responsabilité, l'employeur étant obligé de mettre le salarié au travail à l'endroit, au temps et aux conditions fixés par le contrat.

S. à r. l. LUXCOLOR c/ EWERT Margot

LA COUR :

Attendu que dans une requête déposée au greffe de la Justice de paix de Luxembourg le 24 octobre 1973 E. a fait exposer que le 25 janvier 1973 elle a été engagée à l'essai comme vendeuse par la société à responsabilité limitée L.; que le contrat devait entrer en vigueur le 1er mars 1973; que cependant l'employeur a empêché l'entrée en fonctions de son employée; que celle-ci a droit de ce fait à une indemnité de 30 000,— francs;

Attendu que par jugement du 18 octobre 1974 le Tribunal arbitral pour les contestations entre patrons et employés privés de Luxembourg, après avoir dit que c'est effectivement par le fait de L. que le contrat conclu entre parties n'a pas pu être exécuté et que E. a subi un préjudice certain, a condamné L. à payer à E. la somme de 30 000,— francs, avec les intérêts à 4% l'an à partir du 24 octobre 1973 jusqu'au 25 décembre 1973 et à 6% l'an à partir du 25 décembre 1973 jusqu'à solde;

Attendu que de ce jugement L. a régulièrement relevé appel par exploit du 14 novembre 1974; que l'appelante conteste tout manquement à ses obligations contractuelles;

Attendu que l'employeur est obligé de mettre le salarié au travail à l'endroit, au temps et aux conditions fixées par le contrat;

Attendu que cette obligation de faire donne lieu, en cas d'inobservation, à l'octroi de dommages-intérêts;

Attendu qu'à l'effet de justifier que l'inexécution de son obligation de faire travailler provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, L. offre de prouver par témoins :

1) que vers la fin du mois de février 1973 S. informa la dame E. de l'impossibilité d'ouvrir le magasin à L. pour le premier mars;

que S. offrit en même temps à E. de commencer le contrat à l'essai à la date convenue à E., où d'ailleurs une vendeuse manquait au magasin;

que le gérant de L. a même offert de payer à E. le frais de déplacement de L. à E. en lui remboursant le prix d'un billet de train mensuel ou hebdomadaire;

2) que E. avait accepté cette proposition et promis de venir travailler à E.;

lorsque S. lui demanda à quelle date elle commencerait, elle répondit qu'elle ne viendrait pas à E. en disant que son père était malade et qu'elle attendrait l'ouverture effective du magasin à L. : « Da wâarden ech le'wer bis dât an der Stâat opgéet »;

3) que les parties étaient ainsi d'accord, fin février 1973, à reculer à plus tard le commencement du travail à l'essai de E.;

4) a) que E. a attendu de son propre gré l'ouverture du magasin à L.; qu'elle a plusieurs fois téléphoné pour connaître la date d'ouverture;

b) qu'au début du mois de juin 1973 E. devait se présenter au magasin pour aider à ranger les marchandises dans les rayonnages, avant l'ouverture effective;

c) que E. n'est venue qu'à la porte du magasin, encore fermée, alors que S. était en train de décharger des marchandises dans la cour derrière le magasin, où il y a un dépôt;

d) que E. s'est plainte au téléphone qu'elle n'aurait pas été accueillie; que M. S. lui répondit qu'elle n'avait qu'à entrer par la porte arrière, dans la cour;

e) que E. s'enquit alors du genre de travail à effectuer en ce moment et, l'ayant appris, elle refusa de se présenter suspectant à tort l'employeur de vouloir lui confier un travail de femme de charge, et disant : « E Botzméedchen hun ech dohéem selwer. Ech si ké Botzméedchen »;

5) que c'est par suite du refus de E. de se présenter pour son travail à l'essai, au mois de juin 1973, que le contrat d'emploi n'a pas été exécuté;

Attendu qu'il appert des débats que peu avant le premier mars 1973 l'intimée a accepté la suspension de son contrat à l'essai;

que la preuve des faits libellés sous 1), 2), 3) et 4a) de l'offre de preuve de l'apellante est donc inutile, partant irrecevable;

Attendu que pour le surplus l'offre de preuve est encore irrecevable comme non concluante;

que les autres faits de l'offre de preuve, à les supposer établis, prouveraient en effet qu'après avoir convoqué E. à son magasin à L., au début du mois de juin 1973, l'employeur a manifesté l'intention d'imposer à l'intimée la tâche de ranger les marchandises dans les rayonnages;

Attendu que l'employeur ne pouvant contraindre le salarié à exécuter une prestation autre que l'activité prévue par la convention, le refus de travailler de l'intimée était justifiée;

Attendu que c'est dès lors à bon droit que les premiers juges ont déclaré la société appelante responsable de l'inexécution du contrat à l'essai conclu avec E.; que c'est encore à bon droit, et pour des motifs que la Cour adopte, qu'ils ont fixé à 30 000,— francs le préjudice subi par l'intimée;

que le jugement entrepris est partant à confirmer;

Par ces motifs,

et ceux contraires des premiers juges,

la Cour, statuant contradictoirement et sur les conclusions du Ministère public,

reçoit l'appel en la forme;

déclare l'offre de preuve par témoins de l'appelante irrecevable;

dit l'appel non fondé;

confirme la décision entreprise . . .

(Prés. M. Biever, Pl. M[es] Bermes et Lentz)

Cour Supérieure de Justice

30 juin 1976

1) **Matière arbitrale — contrat de travail — congédiement avec préavis — obligations des parties maintenues — faute grave pendant délai — congé — rupture possible.**

2) **Résiliation immédiate — motifs graves — lacunes dans lettre de congédiement — offre de preuve — irrecevabilité pour tardivité — principe d'ordre public.**

En cas de congédiement avec préavis les obligations des parties au contrat de travail ne sont pas modifiées pendant la durée du délai-congé et par conséquent les fautes commises par l'une des parties pendant cette période doivent pouvoir être sanctionnées de la même manière que celles commises au cours de l'exécution du contrat de travail.

En cas de résiliation immédiate pour faute grave les motifs doivent impérieusement être énoncés dans la lettre portant notification de la résiliation. Les lacunes éventuelles contenues dans cette lettre ne peuvent être comblées par une nouvelle mesure d'instruction (article 12 de la loi du 24 juin 1970 portant règlement du contrat de louage de services).

Lucien THORN c/ Thomas LUX

LA COUR :

Attendu que L., engagé au service de T. en qualité d'ouvrier-peintre, a été congédié le 17 novembre 1975 avec préavis de quinze jours; qu'au cours de l'exécution du délai-congé, le 19 novembre 1975, T. a adressé à L. une lettre de la teneur suivante :

« En m'excusant de l'erreur du préavis qui est de 30 jours suivant les dispositions légales, je vous fais savoir par la présente que votre état de travail est résilié avec effet immédiat. Dernier jour de travail vendredi le 21. 11. 1975. Motif : refus de travail et travail noir. »

Attendu que l'ouvrier, estimant que T. n'avait pas de raisons de le congédier sans préavis, a par requête du 13 janvier 1976 fait citer son ancien employeur devant le Conseil de prud'hommes de E. pour s'entendre condamner à lui payer une indemnité égale au salaire correspondant au délai de préavis non observé de quatre semaines et s'élevant à 18 400,— francs;

Attendu que le conseil de prud'hommes, par son jugement contradictoire du 16 mars 1976, après avoir dit que les faits allégués contre L. n'autorisaient pas un congédiement immédiat, a intégralement fait droit aux conclusions de l'ouvrier;

Attendu que T., en date du 3 avril 1976, a régulièrement relevé appel de ce jugement;

Attendu qu'en cas de congédiement avec préavis, les obligations des parties au contrat de travail ne sont pas en principe modifiées pendant la durée du délai-congé; que le salarié a l'obligation, comme l'employeur, d'exécuter normalement le contrat, même s'il juge la durée du préavis insuffisante;

qu'il en résulte nécessairement que les fautes commises par l'une des parties pendant cette période doivent pouvoir être sanctionnées de la même manière que celles commises au cours de l'exécution du contrat de travail; que la rupture immédiate du contrat à raison d'une faute grave commise par l'autre partie doit donc demeurer possible pendant la durée du délai-congé;

Mais attendu qu'en cas de résiliation immédiate du contrat de travail pour motifs graves, la lettre recommandée portant notification de la résiliation doit, d'après l'article 12 de la loi du 24 juin 1970 portant règlement du contrat de louage de services des ouvriers, indiquer le ou les motifs invoqués; que ce ou ces motifs doivent être énoncés avec précision, de manière à permettre aux tribunaux d'apprécier la gravité de la faute commise et d'examiner si les griefs invoqués s'identifient avec les motifs notifiés;

Attendu qu'en se limitant dans son écrit du 19 novembre 1975 à informer L. que son contrat de travail était résilié avec effet immédiat pour cause de « refus de travail et travail noir », sans spécifier les faits précis qui lui étaient reprochés, l'appelant n'a pas précisé les motifs invoqués à l'appui du congédiement de manière à permettre le contrôle du juge;

Attendu que l'appelant offre de prouver par témoins que :

1) « par lettre du 17. 11. 1975 l'employeur T. a dénoncé le contrat de louage d'ouvrage (sic) à L. avec un préavis de 2 semaines;

2) suite à l'intervention de l'Inspection du Travail, T. fut informé que le préavis était pour le présent litige de 4 semaines;

3) le 19. 11. 1975, T. se déplace au chantier où travaillait L. pour l'informer du changement intervenu et lui accorder 2 semaines supplémentaires de préavis;

4) T. a dû se rendre compte que L. avait refusé de travailler depuis que le congé lui avait été notifié et qu'il avait posé en 2 jours de travail pour tout et en tout 16 mètres de contre-plinthes;
suite à l'interpellation du patron, L. a fait savoir qu'il n'avait plus intérêt à travailler dans la situation actuelle, ce qui a déterminé T. au licenciement sans préavis »;

Attendu que cette offre de preuve est à déclarer irrecevable pour tardivité, l'appelant ne pouvant plus à l'heure actuelle, en vertu du principe d'ordre public énoncé à l'alinéa 2 de l'article 12 précité, suppléer par une mesure d'instruction à la lacune contenue dans sa lettre de congédiement du 19 novembre 1975;

Attendu qu'il se dégage des développements qui précèdent que le renvoi immédiat de L. demeure irrégulier et que l'intimé a droit, conformément à l'article 11 de la loi du 24 juin 1970, à une indemnité égale au salaire correspondant au délai de congé non respecté;

Attendu qu'en vertu de l'article 9 - 1) de la même loi ce délai est en l'occurence de quatre semaines;

Attendu que la somme réclamée par l'intimé n'est pas contestée quant à son montant,

que l'appel n'est partant pas fondé;

Par ces motifs,

et ceux non contraires des premiers juges,

la Cour, statuant contradictoirement et sur les conclusions du Ministère Public,

reçoit T. en son appel;

déclare l'offre de preuve de l'appelant irrecevable;
dit l'appel non fondé;
confirme la décision entreprise . . .

(Prés. M. Biever, Pl. M[es] Huart, Konsbruck et Klein)

Cour Supérieure de Justice

10 février 1976

Contrat de travail non écrit — existence — application de la législation sociale et fiscale — simple indice — intention des parties — pas de lien de subordination — preuve rapportée — non — incompétence du Conseil des prud'hommes.

La compétence du Conseil des prud'hommes présuppose l'existence d'un contrat de travail et partant la preuve d'un lien de subordination. Le juge doit considérer non seulement les termes de la convention mais il doit se référer encore à la situation particulière existant entre parties. En l'absence d'un contrat écrit la preuve du lien de subordination doit être recherchée dans la commune intention des parties étayée par un faisceau d'indices cohérent.

Antoine MANCINI c/ Gisèle RAPIN

LA COUR :

Attendu que R., dans une enquête déposée le 24 avril 1974, a exposé qu'elle a été engagée le 11 novembre 1967 par M. en qualité de buffetière moyennant un salaire mensuel correspondant au salaire social minimum; que depuis cette date elle a été au service de M., sans que celui-ci lui ait payé le salaire convenu; que par lettre du 24 mars 1974 M. lui a donné congé avec effet au 15 mai 1974, contrevenant ainsi à l'article 8 de la loi du 24 juin 1970 portant réglementation du contrat de louage de service des ouvriers alors qu'à la date du 24 mars 1974 elle se trouvait en congé de maladie, étant hospitalisée à la clinique S. à L.;
que dans cette requête R. a demandé la condamnation de M. au payement des montants suivants :

1) du chef de salaire non payé pendant les années 1967 à 1974 :	658 601,— F
2) sur base de l'article 8 de la loi du 24 juin 1970 :	65 000,— F

3) sur base de l'article 9-2° de la même loi (indemnité de préavis) 20 000,— F

4) pour rupture abusive du contrat : 10 000,— F

soit au total : 753 601,— F

Attendu que par jugement du 25 octobre 1974 le conseil de prud'hommes de la circonscription de L. a déclaré fondée en principe la demande de R. en ce qui concerne les arriérés de salaire pour la période du 12 novembre 1967 au 9 août 1971, ainsi que quant à l'indemnité de préavis et a institué une expertise; que la même décision a, en ce qui concerne les salaires réclamés pour la période du 9 août 1971 au 11 février 1974, refixé l'affaire à l'audience pour instruction supplémentaire et a débouté R. du surplus de sa demande;

Attendu que de cette décision M. a régulièrement relevé appel le 21 novembre 1974; qu'à l'appui de son recours il soutient en ordre principal que le conseil de prud'hommes aurait dû se déclarer incompétent ratione materiae pour connaître de l'affaire, alors que tout lien de subordination caractéristique d'un contrat de travail aurait fait défaut dans les rapports de R. avec lui;

Attendu que la compétence du conseil des prud'hommes présuppose l'existence d'un contrat d'emploi; que la caractéristique de tout contrat d'emploi réside dans le fait que celui qui met son activité au service d'un autre se trouve à l'égard de ce dernier dans un rapport de subordination;

Attendu que pour apprécier s'il y a existence ou absence d'un lien de subordination le juge doit prendre en considération non seulement les termes de la convention intervenue entre parties et les obligations qui en découlent pour chacune d'elles, mais encore tous les indices fournis par la situation particulière des parties dans laquelle doit s'intégrer le lien de subordination allégué et desquels peut se dégager la véritable intention des parties;

Attendu qu'en l'espèce il n'existe pas de contrat écrit;

Attendu qu'il résulte des pièces et des explications fournies lors des débats et à la comparution des parties devant la Cour que M. et R. ont fait connaissance en 1962/63, R. exerçant à cette époque le métier d'artiste de cabaret en F.; que des relations intimes se sont nouées entre eux, desquelles est née une fille en juillet 1967; qu'à partir de l'ouverture du café-bar « L. G. » (11 novembre 1967) exploité par M., les parties ont vécu en ménage commun jusqu'en mars 1974, date à laquelle elles se sont séparées à la suite d'une désunion profonde et définitive; que R. à qui M. avait promis le mariage et qui avait abandonné sa carrière d'artiste en 1967, outre qu'elle faisait le ménage commun, dans lequel vivait également l'enfant né en 1967, s'occupait

également du café-bar exploité par M., selon ses dires en qualité de buffetière salariée et comme telle soumise aux ordres de celui-ci, d'après les affirmations de M. comme patronne en raison des relations existant entre parties sur le plan privé; que pendant le temps de vie commune R. a vécu des revenus de M.; qu'en 1968 elle avait avancé 80 000,— francs à M. pour les besoins de son commerce, somme qui lui a été remboursée dans la suite;

Attendu qu'à l'appui de son soutènement R. fait valoir le fait non contesté que M., en qualité de patron, l'avait affiliée de 1967 à 1974 auprès de l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité et payait régulièrement les cotisations sociales redues sur le salaire déclaré qui était le salaire légal minimum, et qu'il l'avait en outre déclarée auprès de l'Administration des contributions comme étant à son service en qualité de buffetière;

Attendu que ce comportement de M. ne constitue pas en lui-même la preuve de l'existence d'un contrat de travail; que s'il est vrai que pour rechercher et interpréter la volonté des parties, en cas de doute, le fait que les législations sociale et fiscale ont été appliquées peut constituer un élément d'appréciation, en l'espèce les affiliations et déclarations faites par M. ne sauraient valoir indice en faveur de l'existence d'un contrat de travail, en présence de la situation particulière existant entre parties telle qu'elle a été relevée ci-dessus; que cela peut d'autant moins être le cas que M. a, lors de la comparution des parties, déclaré, sans être contredit par R., que l'affiliation de celle-ci avait été faite sur le conseil de connaissances qu'il qualifie de haut placées, qui lui avaient suggéré d'accomplir cette formalité pour donner à la situation de R. une apparence de régularité et parer de cette façon au risque que courait R., en sa qualité d'étrangère, d'être refoulée, lui-même étant toujours dans les liens d'un mariage que son épouse refusait de faire dissoudre;

Attendu d'autre part qu'il paraît hautement improbable que R., qui dit avoir fait des économies de l'ordre de 800 000,— à 900 000,— francs luxembourgeois au cours de sa carrière d'artiste de cabaret, ait, à l'âge de trente ans, accepté de s'engager comme buffetière avec une rémunération ne dépassant pas le salaire minimum;

Attendu que paraît encore incompatible avec l'existence d'un contrat de travail véritable la circonstance que R. n'a jamais sérieusement tenté, avant la rupture sur le plan privé, d'obtenir le payement du salaire prétendûment redû; que s'il est vrai qu'elle a soutenu avoir quelquefois réclamé auprès de M. dans ce sens, ce ne fut, selon ses propres dires, qu'à l'occasion de disputes d'ordre privé et sans insister autrement;

Attendu que R. fait encore état d'une lettre adressée le 9 août 1971 par M. à son avocat d'alors, à un moment où il s'apprêtait à subir une intervention chirurgicale dangereuse, lettre de laquelle résulterait la reconnaissance de la part de M. qu'il s'était obligé de payer un salaire à R.;

Attendu que cette lettre dans laquelle M. exprime ses vœux quant à la distribution de ses biens pour le cas où il ne devrait pas survivre à l'opération à laquelle il allait se soumettre, contient le passage suivant : « Le Café „L. G." que j'exploite avec mon amie R. où elle m'a aidé du côté Finances et Manuelle sans jamais avoir touché un petit salaire doit lui revenir »;

Attendu que, placés dans leur contexte, les termes « sans avoir touché un petit salaire » ne sont pas à interpréter dans le sens de la reconnaissance d'une dette du chef de salaires redus mais non payés, mais doivent l'être dans le sens d'une recommandation tendant à indemniser R. pour une aide fournie gratuitement;

Attendu que la Cour déduit de l'ensemble des constatations et considérations ci-dessus qui contredisent d'ores et déjà le fait offert en preuve par R., de sorte que cette offre de preuve par voie testimoniale est à écarter, qu'il n'a pas existé de contrat de travail entre parties, celles-ci n'ayant pas eu l'intention de créer un lien de subordination de R. à l'égard de M.;

Attendu que l'action suivie par R. échappait partant à la compétence du conseil des prud'hommes; que les règles de compétence ratione materiae étant d'ordre public, il appartenait à cette juridiction de se déclarer d'office incompétente pour en connaître;

Par ces motifs,

la Cour, siégeant comme juridiction d'appel en matière prud'homale, statuant contradictoirement, le Ministère public entendu, déboutant de toutes conclusions plus amples ou contraires comme mal fondées,

reçoit l'appel de M. en la forme;

le déclare justifié;

déboute R. de son offre de preuve par voie testimoniale;

dit que le conseil de prud'hommes était incompétent ratione materiae pour connaître du litige qui lui était soumis par R.;

condamne R. ...

(Prés. M. Biever, Pl. M[es] Vogel et Rippinger)

A détacher suivant cette ligne en cas de reliure

Conseil Supérieur des Assurances Sociales

13 juin 1977

Pension d'invalidité attribuée rétroactivement — refus de liquider majorations relatives à la période durant laquelle l'intéressé touche des indemnités pécuniaires de maladie (oui).

Les journées indemnisées pour cause de maladie ne peuvent être mises en compte pour le calcul des journées d'assurance-pension qu'en contrepartie de prestations en espèces accordées dans le cadre d'une carrière d'assurance en cours de formation. Les prestations en espèces ne sont dues qu'aux cas où aux termes de l'article 8, alinéas 1 et 2 du C. A. S., l'assuré a droit à des indemnités pécuniaires en cas de maladie, qui sont expressément refusées par l'article 24 C. A. S. aux personnes bénéficiaires de pensions et qui sont affiliées à une Caisse de maladie que dans le seul but de leur garantir en fourniture des médicaments et de leur assurer le traitement médical en cas de maladie (art. 8 al. 1er n° 2 et art. 24 et 197 C. A.S.)

Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité
c/ CASTENI Ugo

Arrêt

LE CONSEIL SUPÉRIEUR DES ASSURANCES SOCIALES :

Attendu que Casteni Ugo a relevé le 29 avril 1977 appel d'un jugement rendu le 23 mars 1977 par le Conseil Arbitral des Assurances Sociales;

Attendu que l'appel est régulier et recevable;

Attendu que le jugement entrepris a confirmé une décision de la sous-commission des pensions attribuant à l'appelant une pension d'invalidité à partir du 30 septembre 1975 et a refusé de liquider à son profit des majorations relatives à la période du 30 septembre 1975 au 27 septembre 1976, durant laquelle il avait touché des indemnités pécuniaires de la part de sa caisse de maladie.

Attendu que si aux termes de l'article 197 du Code des assurances sociales les journées indemnisées pour cause de maladie sont comptées comme journées d'assurance, il n'en est cependant pas ainsi, lorsque, comme en l'espèce, les majorations sont réclamées par le bénéficiaire d'une pension;

qu'en effet, les journées indemnisées pour cause de maladie ne peuvent être mises en compte pour le calcul des journées d'assurance-pension qu'en contrepartie de prestations en espèces accordées dans

le cadre d'une carrière d'assurance en cours de formation; que les prestations en espèces ne sont dues qu'au cas où aux termes de l'article 8, alénia 1er, chiffre 2, du Code des assurances sociales l'assuré a droit à des indemnités pécuniaires en cas de maladie, et sont expressément refusées par l'article 24 du même Code aux personnes bénéficiaires de pensions, qui ne sont affiliées à une Caisse de maladie que dans le seul but de leur garantir la fourniture de médicaments et de leur assurer le traitement médical en cas de maladie;

Attendu qu'il en suit que l'appel n'est pas fondé et que le jugement entrepris est à confirmer;

Par ces motifs,

et ceux des premiers juges,

Le Conseil Supérieur des Assurances Sociales, statuant contradictoirement,

Monsieur le rapporteur entendu en son rapport,

reçoit l'appel en la forme,

au fond, le dit non justifié et le rejette,

en conséquence confirme le jugement du Conseil Arbitral des Assurances Sociales du 23 mars 1977.

(Prés. M. Lehnertz, Pl. Me Lucius et M. Nicolas)

Conseil Arbitral des Assurances Sociales

7 octobre 1977

Pension d'invalidité — début — date de la cessation du travail (oui) — date de la demande en obtention — disposition subsidiaire.

Répartition des charges entre organismes d'assurance sociale-dispositions d'ordre pumlic.

La pension d'invalidité prend cours à partir de la date de l'invalidité constatée et non à partir de la date de la demande en obtention.

Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité
c/ KLEIN Jean

Jugement

Vu le recours formé par K contre une décision de la sous-commission des pensions du 18 mars 1977 lui accordant une pension d'invalidité avec effet du 16 septembre 1975, début de la cessation définitive de tout travail;

Attendu que le requérant conclut à ce que la prise de cours de sa pension soit, par application de l'alinéa 4 de l'article 209 du Code des assurances sociales, fixée au 22 mars 1976, date à laquelle sa demande en obtention de la pension était parvenue à l'Etablissement d'assurance;

Attendu que l'alinéa 4 de l'article 209 est une disposition à caractère subsidiaire, n'opérant qu'en cas d'impossibilité d'application de l'alinéa 1er;

Attendu qu'il résulte à suffisance des pièces du dossier déposé que la date de l'invalidité avait, en l'espèce, effectivement pu être constatée et qu'elle était, en fait, le 16 septembre 1975 (cessation de travail);

que vu l'article 24 du Code des assurances sociales, l'alinéa 1er de l'article 209 est d'ordre public, alors qu'il comporte répartition de charges entre deux organismes de sécurité sociale;

que la partie défenderesse ne pouvait donc renoncer à l'appliquer;

Par ces motifs,

le Conseil arbitral, statuant contradictoirement et en premier ressort, déclare le requérant non fondé en son recours; l'en déboute.

Ainsi fait, jugé et prononcé à l'audience publique du 7 octobre 1977 en la salle d'audience du Conseil arbitral à Luxembourg.

(Prés. : M. Kaudy, Pl. M. Payal)

(Cette décision a été confirmée par arrêt du Conseil Supérieur du 30. mars 1978).

Conseil Supérieur des Assurances Sociales

13 octobre 1977

1. **Pension d'invalidité — condition d'octroi — réduction de la capacité de gain de plus de deux tiers (oui)**
2. **Allocation mensuelle — condition d'octroi — bénéficiaire de l'indemnité pécuniaire (oui).**

1. *Le droit à la pension d'invalidité n'est acquis que si la capacité de gain de l'assuré se trouve définitivement réduite de plus de deux tiers (art. 186 C. A. S.)*
2. *Le droit à l'allocation mensuelle n'est ouvert que si l'assuré est encore incapable de travailler après avoir obtenu une indemnité pécuniaire de maladie pour une durée totale de vingt-six semaines (art. 189 C. A. S.)*

Etablissement d'assurance contre la Vieillesse et l'Invalidité
c/ STEIOFF Charles

Arrêt

LE CONSEIL SUPÉRIEUR DES ASSURANCES SOCIALES :

Vu le jugement du Conseil Arbitral des Assurances Sociales du 17 novembre 1976 confirmant la décision de rejet de la sous-commission des pensions de l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidite du 18 février 1976;

Vu l'appel relevé par St. le 26 novembre 1976;

Attendu que l'appel a été introduit dans les forme et délai de la loi; qu'il est partant recevable;

Attendu qu'il appert de la requête d'appel que les prétentions de Steioff tendent à la réformation du jugement entrepris et à l'attribution de la pension d'invalidité avec effet à partir du 24 juillet 1973 et pour une durée illimitée;

Attendu que la question litigieuse est des avoir si Steioff répond à l'état d'invalidité tel qu'il est défini par les articles 186 et respectivement 189 du Code des assurances sociales;

Attendu que l'appelant reste en défaut d'établir que sa capacité de gain se trouve réduite de plus des deux tiers depuis le 24 juillet 1973;

que, d'autre part, St. n'ayant bénéficié d'une indemnité pécuniaire de la part d'une caisse de maladie les prémisses mises à l'octroi d'une prestation au titre de l'article 189 du Code des assurances sociales ne se trouvent pas réalisées;

Attendu qu'il suit de ces constatations que les prétentions de l'appelant ne sont pas justifiées;

Par ces motifs,

Le Conseil Supérieur des Assurances Sociales, statuant contradictoirement,

Monsieur le rapporteur entendu en son rapport,

reçoit l'appel en la forme, au fond, le dit non justifié et le rejette, en conséquence confirme le jugement entrepris.

(Prés. ff. M. Kill, Pl. M. Thill)

Conseil Supérieur des Assurances Sociales

13 octobre 1977

1. **Appréciation médical — Divergence entre médecins conseils (de la Caisse de maladie et du médecin conseil de l'Assurance Vieillesse Invalidité) — Collège d'arbitres médicaux — Compétence limitée à période où les deux organismes pouvaient être appelés à intervenir simultanément (oui).**
2. **Retrait allocation mensuelle — assimilation à pension d'invalidité (oui) — conditions de retrait identiques à celles de la pension d'invalidité (oui).**

1. *En cas de divergence de vues entre les services médicaux de la Caisse de maladie et ceux de l'Assurance-Vieillesse-Invalidité sur l'état de l'assuré, le tiers arbitre n'est compétent que pour la période où les deux organismes peuvent être tenus d'intervenir simultanément.*
2. *Les modalités de retrait de la pension d'invalidité et de l'allocation mensuelle sont les mêmes, la loi ne prévoyant pas de réglementation différente et l'allocation mensuelle tenant lieu de pension (art. 224, al. 1er et 2 du C. A. S.)*

Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité
c/ DEHOUX Honoré

Arrêt

LE CONSEIL SUPÉRIEUR DES ASSURANCES SOCIALES :

Attendu que D., ouvrier d'usine, né le 23 décembre 1927 démeurant à M., a présenté le 18 août 1975 une demande en obtention d'une pension d'invalidité et s'est vu accorder suivant décision de la sous-commission des pensions du 19 août 1976, remise à la poste à fin de notification le 23 août 1976, l'allocation mensuelle prévue par l'article 189 du Code des assurances sociales pour la période du 5 août 1975 au 2 février 1976;

Attendu que cette décision spécifie que la dite allocation qui était versée à titre de compensation à la Caisse de Maladie des Ouvriers d'Arbed, agence de Differdange, n'était pas due au-delà du 2 février 1976 pour le motif que l'incapacité de travail de l'intéressé aurait cessé à cette date;

Attendu que le Conseil Arbitral des Aussurances Sociales a, par jugement contradictoire du 21 janvier 1977, accueilli le recours formé le 7 septembre 1976 par D. contre la prédite décision et maintenu l'in-

téressé, par application de l'article 224, alinéa 2, du Code des assurances sociales, dans la jouissances de l'allocation mensuelle postérieurement à la date du 2 février 1976;

Attendu que l'appel interjeté contre ce jugement le 4 mars 1977 par l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité doit être déclaré recevable pour avoir été relevé dans les forme et délai de la loi;

Attendu que le litige est né particulièrement à la suite de la divergence de vues sur l'état de l'intéressé D., adoptées d'un côté par le médecin-conseil de l'assurance-maladie et d'autre part par le médecin-inspecteur de l'assurance-pension;

Attendu que cette circonstance a amené l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité à proposer le 23 décembre 1975 à la Caisse de Maladie des Ouvriers d'Arbed, agence de Differdange, de saisir le Service de Contrôle médical auprès du Ministère du Travail et de la Sécurité sociale, institué suivant compromis intervenu le 7 mars 1975, pour arbitrer, dans le cadre de l'article 317 du Code des assurances sociales, les contestations nées entre les Caisses de maladie et les autres organismes de la sécurité sociale.

Attendu que la contestation ne pouvait exister en l'occurrence que durant la période où les deux organismes pouvaient être astreints à à intervenir simultanément dans l'indemnisation de l'incapacité de gain selon la législation en vigueur, soit entre le début de la 27e semaine à la fin de la 52e semaine, soit du 5 août 1975 au 2 février 1976;

Attendu que le litige actuel n'a pas trait à cette époque, mais uniquement à la période postérieure, prenant son début le 3 février 1976, pour laquelle l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité était seul appelé à décider de l'incapacité de gain et de l'allocation à fournir, sur base de l'avis de son médecin-inspecteur;

Attendu que l'avis médical émis le 21 janvier 1976 par les médecins de la conférence des médecins-conseils et proposant la mise à la retraite définitive de D. ne pouvait donc lier l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité au-delà de la 52e semaine;

que cet organisme a donc pu statuer, en toute légalité, sur l'invalidité de D., postérieure au 2 février 1976;

Attendu que l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité conclut à voir déclarer inapplicable en l'occurrence la disposition de l'article 224, alinéa 2, du Code des Assurances Sociales, admise par les premiers juges pour continuer l'allocation mensuelle au-delà du 2 février 1976, en prétendant que cette allocation prévue par l'article 189 du Code des assurances sociales n'est destinée à couvrir à l'opposé de la pension accordée en cas d'invalidité définitive, qu'une incapacité de travail temporaire de courte durée et qu'il serait inique

de permettre le cumul, qui ne saurait se justifier, du salaire et de l'allocation mensuelle pendant la période située entre le moment où l'incapacité de travail serait devenue inférieure à 50% et le premier du mois qui suit la notification de la décision de retrait de l'allocation mensuelle;

Attendu que ce raisonnement ne saurait être admis d'abord pour des considérations tirées de l'évolution dans le temps de la législation afférente;

Attendu que le législateur a introduit la prestation qui est actuellement litigieuse quant à sa durée uniquement, par l'article 20 de la loi du 6 mai 1911 sur l'assurance obligatoire contre la vieillesse et l'invalidité et l'a qualifiée de pension d'invalidité;

Attendu que cette institution a été reprise et maintenue, avec une terminologie identique par la loi du 17 décembre 1925 concernant le Code des Assurances Sociales en son article 189 et par celle du 21 juin 1946;

que c'est seulement la loi du 14 mai 1974 que lui a substitué l'appellation d'allocation mensuelle;

Attendu que les articles 46 de la loi du 6 mai 1911 et 224 de celle du 17 décembre 1925 disposaient en leur alinéa 1er que la pension d'invalidité serait retirée à la fin de l'invalidité; telle qu'elle était définie à l'époque, c'est-à-dire dès que la capacité de gain dépassait 33⅓%, taux qui a été élevé à 50% par la loi du 26 juillet 1966;

que les dispositions légales précitées de 1911 et de 1925 prévoyaient en leur alinéa 2 que le retrait de la pension ne deviendrait effectif qu'à la fin du mois dans lequel la notification de la décision afférente aura été faite;

Attendu que ce dernier texte alinéa 2, de l'article 224 du Code des assurances sociales, n'a pas subi de modification, même si l'article 189 du même Code, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, a vu la prestation y prévue changer de dénomination par la loi du 14 mai 1974 et si l'alinéa 1er de l'article 224 du Code des assurances sociales a été modifié par l'article 7 de la loi du 26 décembre 1975 en ce sens qu'il y est spécifié que l'amélioration de l'état de l'intéressé entraînant une capacité de gain de plus de 50% entraîne non seulement le retrait de la pension d'invalidité, mais encore celui de l'allocation en tenant lieu, cette ajoute visant de toute évidence l'allocation mensuelle prévue par l'article 189 du Code des assurances sociales;

Attendu au surplus que l'article 224 prémentionné se trouve inclus dans le chapitre du Code des assurances sociales, intitulé : « Retrait et suspension de la pension »;

que cet emplacement dans le texte de la législation sur la sécurité sociale montre suffisamment que l'alinéa 2 du dit article doit s'appliquer à toutes les situations prévues, et notamment à celles spécialement visées dans l'alinéa précédant qui énumère expressis verbis l'allocation mensuelle tenant lieu de rente parmi les prestations susceptibles d'une décision de retrait;

Attendu que si les conditions d'un retrait sont identiques pour la rente d'invalidité et l'allocation mensuelle, les modalités de l'exercice de ce retrait doivent l'être également, sauf si la loi prévoit une réglementation différente, laquelle fait défaut en l'occurrence;

qu'il en résulte que l'équivalence, établie dans l'alinéa 1er du dit article 224 entre les deux prestations, doit être admise également pour les modalités du retrait, telles qu'elles ressortent du 2e alinéa du même article;

Attendu que l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité fait encore valoir que l'attribution d'une prestation limitée dans le temps et plus particulièrement pour une période écoulée, serait légalement admissible;

que ce raisonnement se heurte à son tour à la disposition formelle de l'article 224, alinéa 2, analysée ci-avant;

qu'en effet ce texte ne subit pas d'exception au cas où, comme en l'occurrence, la décision attaquée a statué, toujours pour une époque révolue, simultanément sur le début et la fin d'une prestation ou en d'autres termes sur l'allocation et le retrait de la prestation;

qu'il en suit que l'appel relevé par l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité contre le jugement du Conseil Arbitral des Assurances Sociales du 21 janvier 1977 n'est pas fondé et que ce jugement est à confirmer purement et simplement;

Par ces motifs,

Le Conseil Supérieur des Assurances Sociales, statuant contradictoirement,

après avoir entendu Monsieur le Conseiller désigné en son rapport oral,

reçoit l'appel en la forme,

le déclare non justifié au fond,

en conséquence confirme le jugement du Conseil Arbitral des Assurances Sociales du 21 janvier 1977 dans toutes ses formes et teneur.

(Prés. ff. M. Kill, Pl. MM. Theis et Thill)

Conseil Supérieur des Assurances Sociales

13 octobre 1977

Retrait allocation mensuelle — assimilation à pension d'invalidité (oui) — conditions de retrait identiques à celles de la pension d'invalidité (oui).

Les modalités de retrait de la pension d'invalidité et de l'allocation mensuelle sont les mêmes, la loi ne prévoyant pas de réglementation différente et l'allocation mensuelle tenant lieu de pension (art. 224, al. 1er et 2 du C. A. S.)

Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité

c/ Dofin Lucien

Arrêt

Attendu que D. L., accrocheur, né le 9 octobre 1926, demeurant à K, a présenté le 18 novembre 1975 une demande en obtention d'une pension d'invalidité et s'est vu accorder, suivant décision de la sous-commission des pensions prise le 22 juin 1976 et remise à la poste à fin de notification le 29 juin 1976, l'allocation mensuelle prévue par l'article 189 du Code des assurances sociales pour la période du 17 novembre 1975 au 16 mai 1976;

Attendu que cette décision spécifie que la dite allocation, qui était versée à titre de compensation à la Caisse de Maladie des ouvriers d'Arbed, agence de Schifflange n'était plus due au-delà du 16 mai 1976, pour le motif que l'incapacité de travail de l'intéressé aurait cessé à la dite date; qu'elle se base ostensiblement sur une information de la prédite Caisse de Maladie, suivant laquelle l'intéressé aurait repris le travail le 17 mai 1976;

Attendu que le Conseil arbitral des Assurances sociales a, par jugement contradictoire du 4 mai 1977, accueilli le recours formé le 22 juillet 1976 par Dofin contre la prédite décision et maintenu l'intéressé, par application de l'article 224, alinéa 2 du Code des assurances sociales dans la jouissance de l'allocation mensuelle jusqu'au 30 juin 1976;

Attendu que l'appel interjeté contre ce jugement le 13 juin 1977 par l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité doit être déclaré recevable pour avoir été relevé dans les forme et délai de la loi;

Attendu que l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité conclut principalement à voir déclarer inapplicable en l'occurrence la disposition de l'article 224, alinéa 2 du Code des assurances sociales, admise par les premiers juges, pour le motif que l'allocation

mensuelle prévue par l'article 189 du Code des assurances sociales n'est destinée à couvrir, à l'opposé de la pension accordée en cas d'invalidité définitive, qu'une incapacité de travail temporaire de courte durée et qu'il serait inique de permettre le cumul, qui ne saurait se justifier, du salaire et de l'allocation mensuelle pendant la période située entre le moment de la reprise effective du travail et le premier du mois qui suit la notification de la décision de retrait de l'allocation mensuelle;

Attendu que ce raisonnement ne saurait être admis d'abord pour des considérations tirées de l'évolution dans le temps de la législation afférente;

Attendu que le législateur a introduit la prestation, qui est actuellement litigieuse quant à sa durée uniquement, par l'article 20 de la loi du 6 mai 1911 sur l'assurance obligatoire contre la vieillesse et l'invalidité et l'a qualifiée de pension d'invalidité;

Attendu que cette institution a été reprise et maintenue, avec une terminologie identique par la loi du 17 décembre 1925 concernant le Code des assurances sociales en son article 189 et par celle du 21 juin 1946;

que c'est seulement la loi du 14 mai 1974 qui lui a substitué l'appellation d'allocation mensuelle;

Attendu que les articles 46 de la loi du 6 mai 1911 et 224 de celle du 17 décembre 1925 disposaient en leur alinéa premier que la pension d'invalidité serait retirée à la fin de l'invalidité, telle qu'elle était définie à l'époque, c'est-à-dire dès que la capacité de gain dépassait 33⅓%, taux qui a été élevé à 50% par la loi du 26 juillet 1966;

que les dispositions légales précitées de 1911 et de 1925 prévoyaient en leur alinéa 2 que le retrait de la pension ne deviendrait effectif qu'à la fin du mois dans lequel la notification de la décision afférente aura été faite;

Attendu que ce dernier texte, alinéa 2 de l'article 224 du Code des assurances sociales, n'a pas subi de modification, même si l'article 189 du même code, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, a vu la prestation y prévue changer de dénomination par la loi du 14 mai 1974 et si l'alinéa 1er de l'article 224 du Code des assurances sociales a été modifié par l'article 7 de la loi du 26 décembre 1975 en ce sens qu'il y est spécifié que l'amélioration de l'état de l'intéressé entraînant une capacité de gain de plus de 50% entraîne non seulement le retrait de la pension d'invalidité, mais encore celui de l'allocation en tenant lieu, cette ajoute visant de toute évidence l'allocation mensuelle prévue par l'article 189 du Code des assurances sociales;

Attendu au surplus que l'article 224 prémentionné se trouve inclus dans le chapitre du Code des assurances sociales, intitulé : « Retrait et suspension de la pension »;

que cet emplacement dans le texte de la législation sur la sécurité sociale montre suffisamment que l'alinéa 2 du dit article doit s'appliquer à toutes les situations prévues, et notamment à celles spécialement visées dans l'alinéa précédant que énumère expressis verbis l'allocation mensuelle tenant lieu de rente parmi les prestations susceptibles d'une décision de retrait;

Attendu que si les conditions d'un retrait sont identiques pour la rente d'invalidité et l'allocation mensuelle, les modalités de l'exercice de ce retrait doivent l'être également, sauf si la loi prévoit une réglementation différente, laquelle fait défaut en l'occurrence;

qu'il en résulte que l'équivalence, établie dans l'alinéa premier du dit article 224 entre les deux prestations, doit être admise également pour les modalités du retrait, telles qu'elles ressortent du deuxième alinéa du même article;

Attendu que l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité se prévaut encore de la considération que la décision des premiers juges aboutirait au cumul non justifié du salaire et de l'allocation mensuelle, allant de la reprise effective du travail à la fin du mois durant lequel la décision de retrait de l'allocation aura été notifiée, en l'occurrence du 17 mai 1976 au 30 juin 1976;

Attendu que cette situation, curieuse il est vrai, ne sera due qu'aux lenteurs administratives, et ne saurait dans de telles circonstances têre évitée en présence du texte formel de la disposition de l'alinéa 2 du dit article 224;

Attendu que l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité fait encore valoir que l'attribution d'une prestation limitée dans le temps et plus particulièrement pour une période écoulée, serait légalement admissible;

que ce raisonnement se heurte, à son tour, à la disposition formelle de l'article 224 alinéa 2 du Code des assurances sociales analysée ci-avant;

qu'il s'en suit que l'appel relevé par l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité contre le jugement du Conseil arbitral des Assurances sociales du 4 mai 1977 n'est pas fondé et que ce jugement est à confirmer purement et simplement;

Par ces motifs,

le Conseil Supérieur des Assurances Sociales, statuant contradictoirement,

après avoir entendu Monsieur le Conseiller désigné en son rapport oral,

reçoit l'appel en la forme;

le déclare non justifié au fond;

en conséquence confirme le jugement du Conseil arbitral des Assurances sociales du 4 mai 1977 dans toutes ses forme et teneur.

(Prés. ff. M. Kill, Pl. MM. Theis et Thill)

Note

Si l'on peut, en adoptant un point de vue purement formel, suivre les deux arguments du Conseil Supérieur des Assurances Sociales, quant au retrait de l'allocation mensuelle repris dans les sommaires de décisions Dehoux et Dofin, il est cependant impossible de se rallier à l'argument historique avancé dans les dits arrêts. L'allocation mensuelle constitue en effet une prestation nouvelle qui n'était pas encore prévue par la législation antérieure. Les lois des 6 mai 1911 et 17 décembre 1925 parlent exclusivement de pension d'invalidité et distinguent entre l'invalidité permanente et l'invalidité transitoire. L'obtention de pareille pension supposait toujours remplies entre autres les conditions mises par l'article 186 du C. A. S. à l'octroi d'une pension d'invalidité, savoir la réduction de la capacité de gain de plus de deux tiers. Or l'allocation mensuelle s'attribue suivant d'autres conditions et on ne saurait pour ce motif assimiler l'allocation mensuelle purement et simplement à une pension d'invalidité telle qu'elle a été conçue par le législateur en 1911 et 1925.

A. T.

Cour Supérieure de Justice

11 avril 1978

Allocation d'une pension d'invalidité — effet rétroactif au début de maladie — cessation de plein droit du contrat d'emploi avec même effet — congés payés dus pour période intermédiaire (non) — indemnité compensatoire due pour congé non pris (non).

Le contrat de travail cesse de plein droit lorsque l'ouvrier est atteint par une invalidité se traduisant par l'octroi d'une pension légale. Comme cette prestation rétroagit au début de la maladie constatée la période postérieure à la prise d'effet ne saurait être comptée pour le calcul des jours de congé payé. Il en découle qu'une indemnité ne saurait être versée au moment du départ de l'ouvrier pour congé non pris après la cessation du contrat de travail (article 209 du code des assurances sociales; articles 6 al. 2 de la loi du 24 juin 1970 portant réglementation du contrat de louage de service des ouvriers; article 12, al. 3 de la loi du 22 avril 1966 portant réglementation uniforme du congé annuel payé des salariés du secteur privé).

CENTRONE c/DIEDERICH-COLAS

LA COUR :

Attendu que T. C. ayant réclamé à son ancien employeur une indemnité correspondant à du congé non pris pendant une période allant du 25 octobre 1975 au 22 octobre 1976, le Conseil de prud'homme de la circonscription de Luxembourg l'a débouté de sa demande par jugement du 7 juillet 1977; que de cette décision C. a régulièrement relevé appel;

Attendu qu'il résulte des pièces versées aux débats que C. déclaré malade à partir du 25 octobre 1975, s'est vu fixer dans la suite le début de sa pension d'invalidité au même 25 octobre 1975;

que sur base de l'alinéa 1er de l'article 209 modifié du Code des assurances sociales, l'invalidité constatée de C. est à considérer comme remontant à cette même date;

Attendu qu'en vertu de l'article 6, alinéa 2 de la loi du 24 juin 1970 portant réglementation du contrat de louage de services des ouvriers, le contrat de travail tant à durée déterminée qu'à durée indéterminée cesse de plein droit lorsque l'ouvrier est atteint par une invalidité lui donnant droit à l'octroi d'une pension légale;

qu'il s'ensuit que le contrat de travail de C. ayant pris fin le 25 octobre 1975, date du début de son invalidité donnant droit à une pension, la période postérieure ne saurait être comptée pour le calcul des jours de congé payé;

Attendu d'autre part que l'article 12, alinéa 3 de la loi du 22 avril 1966 portant réglementation uniforme du congé annuel payé des salariés du secteur privé, qui établit le principe d'une indemnité correspondant au congé non encore pris, à verser au moment du départ de l'ouvrier, ne prévoit que le cas d'une résiliation du contrat de travail de la part soit de l'employeur, soit du salarié, mais non pas celui où, comme en l'occurrence, le contrat a cessé de plein droit en vertu de la loi par l'invalidité de l'ouvrier;

Attendu que c'est partant à bon droit que les premiers juges ont déclaré la demande de C. mal fondée;

Par ces motifs :

et ceux des premiers juges,

la Cour, siégeant comme juridiction d'appel en matière prud'homale, statuant contradictoirement, le Ministère public entendu,

reçoit l'appel de C. en la forme;

le déclare mal fondé et confirme le jugement entrepris;

(Prés. M. Biewer, Pl. Mes. Thomas et J. Dupong)

Cour Supérieure de Justice

9 novembre 1977

— **Absences pour cause de maladie — computation du congé — assimilation à des journées de travail effectif (oui).**

— **Nombre infime de journées de travail effectif — congé de maladie assimilé à période de travail — demande de l'indemnité pour congé non pris — abus de droit (non).**

Dahm c/ S. A. ALCUILUX

1. *Les absences pour cause de maladie ne constituent pas des absences injustifiées en ce qui concerne le droit au congé et sont assimilées à des journées de travail effectif. (Article 6 de la loi du 22 avril 1966 portant réglementation uniforme du congé annuel payé des salariés du secteur privé).*
2. *Ne commet pas d'abus de droit le salarié qui fait valoir son droit au congé alors même qu'il était absent de son poste de travail pendant la majeure partie de l'année en raison de son état de santé. Il ne méconnaît en effet nullement la finalité sociale de l'institution du congé, car il entrait expressément dans les prévisions du législateur d'assimiler les journées de maladie à des journées de travail effectif pour l'évaluation de la durée du congé ou de l'indemnité correspondant ou congé non pris.*

LA COUR :

Attendu que par requête déposée au greffe de la justice de paix de Diekirch le 22 février 1977. N. D. a saisi le conseil de prud'hommes de la circonscription de Diekirch d'une demande tendant à voir condamner son ancien employeur la société anonyme A. au payement de la somme de 27 495 francs du chef d'indemnité de congé redue pour l'année 1976;

Attendu que par jugement rendu contradictoirement le 10 mai 1977, le conseil de prud'hommes a déclaré justifiée la demande seulement en proportion des journées pendant lesquelles D. a effectivement travaillé et a par conséquent condamné la société A. à payer à D. le montant de 607 francs avec les intérêts à 6% l'an à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde en imposant les frais pour ¾ à D. et pour ¼ à la société A.;

Attendu que de ce jugement, qui a été notifié aux parties le 13 mai 1977, D. a relevé appel le 16 juin 1977; que la société A a interjeté appel incident dans ses conclusions signifiées le 16 septembre 1977;

Attendu que ces appels, interjetés dans les forme et délai de la loi, sont recevables;

Attendu que la société A. conclut en premier lieu au rejet des débats de la farde de pièces N° 2 comme n'ayant pas trait au fond du litige;

Attendu qu'aucun texte de loi n'autorise le juge à rejeter des débats des pièces au seul motif qu'elles n'auraient pas trait au fond du litige;

qu'il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé;

Attendu qu'à l'appui de son appel D. fait plaider que les absences pour cause de maladie seraient à assimiler à des journées de travail effectif pour le calcul de la durée du congé, de sorte que, nonobstant le fait de son incapacité au travail pour cause de maladie pendant presque toute l'année 1976, il aurait droit à l'indemnité correspondant au congé non pris pour la période du premier janvier 1976 au 10 décembre 1976, date à laquelle la société A. a mis fin au contrat de travail existant entre parties;

Attendu qu'aux termes de l'article 6 de la loi du 22 avril 1966 portant réglementation uniforme du congé annuel payé des salariés du secteur privé, telle qu'elle a été modifiée par la loi du 26 juillet 1975, les absences pour cause de maladie ne constituent pas des absences injustifiées en ce qui concerne le droit au congé et sont assimilées à des journées de travail effectif;

Attendu qu'il se dégage de ce texte tout à fait clair que le législateur a fait entrer fictivement dans le travail effectif les absences pour cause de maladie en ce qui concerne le calcul de la durée du congé revenant aux salariés du secteur privé;

Attendu que cette solution se dégage également de façon certaine de l'étude des travaux parlementaires ayant abouti au vote de la loi du 22 avril 1966; qu'en effet, le Conseil d'Etat avait proposé d'apporter une restriction au principe de l'assimilation des absences justifiées à des journées de travail effectif en ce sens que seuls des absences ne dépassant pas dans leur ensemble une durée de six mois seraient à considérer comme des absences justifiées; que la restriction ainsi proposée a cependant été rejetée par la Commission des Affaires sociales et que finalement la Chambre des Députés a voté le texte gouvernemen-

tal ne prévoyant aucune limitation au principe de l'assimilation (C. R. Chambre des Députés 1965—1966, volume II, Avis Conseil d'Etat, commentaire de l'article 6, page 336, et Avis Commission des Affaires sociales commentaire de l'article 6, page 347);

Attendu que la société A. fait plaider que la demande de D. constituerait dans les circonstances données un abus de droit; qu'à l'appui de son raisonnement elle soutient que D., en faisant valoir son droit au congé malgré un nombre infime de journées de travail effectif, aurait méconnu manifestement la finalité sociale de l'institution du congé, c'est-à-dire la possibilité de récréation comme récompense d'une prestation matérielle d'un travail effectif;

Attendu que les droits sont des fonctions qu'il n'est pas permis de détourner de leur destination sociale et qu'il y a abus de droit lorsqu'une personne pose un acte qui, tout en étant conforme aux termes de la loi, est cependant contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité;

Attendu qu'en faisant valoir son droit au congé D. ne méconnaît nullement la finalité sociale de l'institution du congé, alors que, ainsi qu'il a été relevé ci-avant, il entrait expressément dans les prévisions du législateur d'assimiler des absences justifiées pour cause de maladie à des journées de travail effectif pour l'évaluation de la durée du congé ou de l'indemnité correspondant au congé non pris;

Attendu qu'il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'appel interjeté par D. est fondé et qu'il y a lieu d'abjuger l'appel incident de la société A. tendant à voir dire que D. n'a aucun droit au congé en raison du fait qu'il n'a travaillé que pendant 5 jours au cours de l'année 1976;

Attendu qu'il est constant en cause que D. a été au service de la société A. du 13 juillet 1964 au 9 décembre 1976 et que conformément aux développements qui précèdent il a droit à l'indemnité pour congé non pris pour la période allant du premier janvier 1976 au 10 décembre 1976;

Attendu que le salaire journalier moyen des trois derniers mois touché par D. a été de 1213 francs, de sorte que, par réformation du jugement entrepris, l'indemnité pour congé non pris pendant l'année 1976 s'élève à 34/36 × 24 × 1213 = 27 495 francs;

Par ces motifs,

la Cour, statuant contradictoirement, le Ministère Public entendu en ses conclusions,

reçoit les appels principal et incident en la forme;

dit qu'il n'y a pas lieu au rejet des pièces réclamé par la société A.;

déclare l'appel principal fondé;

réformant, condamne la société A. à payer à D. du chef d'indemnité de congé redue pour l'année 1976 la somme de VINGT-SEPT MILLE QUATRE CENT QUATRE-VINGT-QUINZE (27 495,—) francs, avec les intérêts à 6% l'an à partir du jour de la demande en justice — 22 février 1977 — jusqu'à solde;

déclare l'appel incident non fondé;

(Prés. M. Biever; Pl. : Mes Bermes, Penning, Lecuit)

Cour Supérieure de Justice

22 novembre 1978

— Personnel domestique — statut — ouvrier (oui)

— Engagement à l'essai — preuve écrite (oui) .

1. *La loi du 24 juin 1970 accorde la même protection à tous les ouvriers et s'applique partant également au personnel domestique.*
2. *A défaut de convention collective l'engagement à l'essai doit être constaté par écrit sous peine d'être considéré comme contrat définitif à durée indéterminée. La preuve contraire n'est pas admissible (article 3 de la loi du 24 juin 1970 portant réglementation du louage de services des ouvriers).*

Weyer c/ Hensgens

LA COUR :

Attendu que, saisi par H. d'une demande tendant à faire condamner son ancienne patronne W. à payer :

1. la somme de 16 263,— francs à titre d'indemnité de préavis;
2. la même somme à titre de dommages-intérêts pour licenciement abusif;

le conseil de prud'hommes de la circonscription de Diekirch, par jugement contradictoire du 20 décembre 1977, a condamné W. à payer à H. le montant réclamé à titre d'indemnité de préavis; que par le même jugement H. a été débouté du second chef de sa demande.

Attendu que tant W. que H. ont attaqué cette décision, la première ayant relevé appel par exploit du 26 janvier 1978 et la seconde ayant interjeté appel incident par ses conclusions signifiées en cause le 21 juin suivant; que ces recours sont réguliers en la forme et non autrement critiqués; qu'ils sont partant recevables;

a) *Quant à l'appel principal :*

Attendu que W. estime :

« que c'est à tort que dans le jugement dont appel on a décidé que « le contrat à l'essai doit être prouvé par écrit en se basant sur « l'article 3 de la loi du 24 juin 1970, alors que cette loi se rapporte « uniquement au contrat de louage de services des ouvriers et non pas « au personnel de maison; »

« que c'est dès lors à tort que l'on a écarté l'offre de preuve faite « en vue de prouver qu'il y avait entre parties contrat à l'essai, fait « qui avait été offert en preuve en première instance par tous moyens « droit» ;

Attendu que le texte de la loi du 24 juin 1970 portant réglementation du louage de services des ouvriers ne reproduit plus la disposition du projet de loi initial qui prévoyait une réglementation spéciale pour certaines catégories d'ouvriers; que le législateur voulait en effet accorder la même protection à tous les ouvriers; que la loi du 24 juin 1970 s'applique donc également au personnel domestique (Compte-Rendu Chambre 1969-70, volume I p. 2531, volume II pp. 1 et 2);

Attendu que l'article 3 de la loi précitée dispose qu'à défaut de convention collective l'engagement à l'essai doit être constaté par écrit sous peine d'être considéré comme contrat définitif à durée indéterminée et que la preuve contraire n'est pas admissible;

Attendu que c'est donc à bon droit que les juges de première instance ont dit qu'on l'absence d'un contrat écrit constatant un engagement à l'essai, W. n'est pas en droit de suppléer à l'absence de pareil contrat par un autre mode de preuve;

Attendu que l'appelante soutient en ordre subsidiaire que l'engagement à durée indéterminée a été résilié d'un commun accord;

Attendu que cette assertion se trouve cependant contredite par les éléments résultant de l'instruction devant les premiers juges; que le jugement entrepris indique en effet qu'en première instance W. avait reconnu qu'elle avait congédié H. sans observation du délai de préavis; que la même décision mentionne que l'avocat de W. avait même formulé une offre de preuve pour établir les faits justifant selon lui le revoi immédiat de H.

Attendu que le congédiement de l'intimée ayant été irrégulier, c'est à bon droit que les premiers juges ont alloué à celle-ci une indemnité de préavis de 16 263,— francs, montant fixé par rapport au salaire social mensuel minimum et dont le chiffre n'est pas contesté;

que l'appel principal n'est donc pas fondé;

Attendu que H. reproche aux juges de première instance de l'avoir débouté à tort de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour résiliation abusive du contrat de travail;

que ce grief n'est cependant pas justifié, H. n'ayant pas établi l'existente du dommage matériel qu'elle allègue; que son appel incident n'est donc pas fondé;

Par ces motifs,

la Cour, statuant contradictoirement, le Ministère public entendu, reçoit W. en son appel principal et H. en son appel incident;

y statuant,

déclare ces appels non fondés;

confirme la décision entreprise;

(Prés. : M. Dornseiffer, Pl. Mes Biewer et Thomas)

Cour Supérieure de Justice

22 novembre 1978

— Gratification — supplément de traitement — caractères requis — continuité et fixité.

La gratification ne constitue pas une simple libéralité ou faculté, mais un supplément de traitement, du moment qu'elle est servie à l'employé pendant toute la durée du contrat d'emploi, à une époque déterminée et d'un montant déterminé. La gratification correspond à un droit acquis lorsque l'employé arrive à prouver que durant tout son engagement il s'est régulièrement vu payer ou promettre des gratifications stables ou presque stables. Le paiement d'une gratification à tous les employés d'une même entreprise n'est pas requis.

DEMANY c/ COMPTOIR INDUSTRIEL ET AUTOMOBILE

LA COUR :

Attendu que par exploit du 21 avril 1978 D. a régulièrement interjeté appel d'un jugement rendu contradictoirement le 24 mars 1978 par le tribunal arbitral de Luxembourg pour les contestations entre patrons et employés privés lequel jugement, avant tout autre progrès en cause, a admis D. à prouver par témoins :

1. que le sieur W., gérant de la s. à r. l. Comptoir Industriel et Automobile, ayant reçu la lettre de résiliation du contrat d'engagement du sieur D. a dispensé ce dernier de travailler pendant le délai de préavis;

2. qu'il est d'usage dans la s. à r. l. Comptoir Industriel et Automobile qu'une gratification soit payée au personnel à une date déterminée de l'exercice social; que cette gratification revêt un caractère de fixité pour chaque catégorie du personnel;

Attendu que D. limite son appel à la disposition sub 2) du jugement par lequelle les premiers juges ont modifié son offre de preuve pour lui substituer celle libellée dans les termes prémentionnés; qu'il demande, par réformation partielle du jugement entrepris, de l'admettre à prouver par témoins :

« qu'au début de l'année 1974, il a touché une gratification correspondant à 2,5/12 des rémunérations totales touchées pendant l'année 1973;

qu'au début de l'année 1975, il a touché une gratification correspondant à un treizième mois de rémunération; que W., gérant du Comptoir Industriel et Automobile, a promis en août 1976, sans préjudice de la date exacte, de payer au sieur D. la gratification pour 1975, correspondant à un treizième mois de rénumération, ainsi que la gratification pour 1976, correspondant à 8/12 de la rémunération touchée pendant l'année 1976 »;

Attendu que les premiers juges, pour modifier l'offre de preuve formulée par D., après avoir admis le principe que dans l'intention des parties, la gratification ne constitue pas une simple libéralité ou faculté, mais un supplément de traitement, du moment qu'elle est servie à l'employé pendant toute la durée du contrat d'emploi, à une époque déterminée et d'un montant déterminé, c'est-à-dire du moment que les éléments de continuité et de fixité de la gratification restent stables ou presque stables, ont dit que l'offre de preuve telle qu'elle est formulée par le demandeur n'est pas pleinement concluante alors que la circonstance d'avoir touché par deux fois une gratification d'un montant déterminé ne confère pas à elle seule le caractère de continuité et de fixité à cette gratification;

Mais attendu qu'en modifiant l'offre de preuve formulée par D. dans les termes énoncés dans le dispositif sub 2) du jugement, les premiers juges, malgré qu'ils aient correctement relevé dans leur motivation que le caractère de généralité de la gratification, c'est-à-dire le paiement d'une gratification à tous les employés d'une même entreprise n'est pas requis par la loi, ont implicitement admis que, pour créer un droit acquis en faveur de l'employé, la gratification, en dehors des éléments de continuité et de fixité, devrait revêtir en outre le caractère de généralité;

Attendu que contrairement à l'opinion des premiers juges, l'offre de preuve de D. est pleinement concluante alors qu'il entend établir

que durant tout son engagement il s'est régulièrement vu payer ou promettre des gratifications stables ou presque stables;

Attendu qu'il s'ensuit qu'il y a lieu, par réformation partielle du jugement entrepris d'admettre D. à son offre de preuve par témoins libellée dans le dispositif de ses conclusions sub 2);

Attendu que Maître Marc Modert, avoué constitué pour l'intimée, ne s'est pas présenté pour conclure; qu'il échet donc de statuer par défaut;

Par ces motifs,

la Cour, statuant par défaut faute de conclure, le Ministère public entendu,

reçoit l'appel de D. en la forme,

le déclare fondé;

réformant :

admet D. à prouver par témoins :

« 2) qu'au début de l'année 1974, il a touché une gratification correspondant à 2,5/12 des rémunérations totales touchées pendant l'année 1973;

qu'au début de l'année 1975, il a touché une gratification correspondant à un treizième mois de rémunération; que W., gérant du Comptoir Industriel et Automobile, a promis en août 1976, sans préjudice de la date exacte, de payer au sieur D. la gratification pour 1975, correspondant à un treizième mois de rémunération, ainsi que la gratification pour 1976, correspondant à 8/12 de la rémunération touchée pendant l'année 1976 »;

renvoie l'affaire en prosécution de cause devant le tribunal arbitral pour les contestations entre patrons et employés privés de Luxembourg, autrement composé;

(Prés. : M. Dornseiffer, Pl. Mes Winandy et Modert)

Cour Supérieure de Justice

27 novembre 1978

— Contrat à durée indéterminée — résiliation unilatérale par l'employeur — communication des motifs demandée hors délai — refus du patron de répondre — congédiement abusif prouvé (non) — application du droit commun — nécessité de réunir deux éléments de preuve — faute du patron et préjudice.

— **Gratification dite « 13e mois » — secteur des assurances privées — base de détermination — traitement mensuel fixe par opposition aux commissions variables.**

— **Congés non pris — report autorisé dans les limites légales — indemnité compensatoire illicite.**

— **Attestation de travail — indication de la remarque « Per Einschreiben » sur certificat — mention défavorable (non).**

1. *L'employé qui a négligé de demander à son patron dans le délai utile les motifs du congédiement, ne peut tirer avantage du seul silence ou du seul refus du patron pour obtenir des dommages-intérêts pour résiliation abusive, mais doit rapporter la preuve de la faute du patron lui ayant causé préjudice. (articles 20 et 22 du texte coordonné du 12 novembre 1971 portant règlement légal du louage de service des employés privés).*
2. *La gratification revenant aux employés du secteur des assurances privées est fonction du traitement mensuel fixe des intéressés par opposition aux commissions variables (Articles 13 et 16 convention collective du 14 janvier 1975 entre les compagnies d'assurances agréées et la Fédération des Employés Privés).*
3. *Le congé non pris au cours de l'année de calendrier ou exceptionnellement reporté à l'année suivante ne peut être converti en indemnité compensatoire sauf le congé dû pour l'année en cours au moment de la résiliation du contrat de travail (articles 10 et 18 de la loi du 22 avril 1966 portant réglementation uniforme du congé annuel payé des salariés du secteur privé).*
4. *L'indication « Per Einschreiben » sur le certificat de travail ne constitue pas pour l'employé une mention défavorable au sens de la loi (article 23 de la loi du 12 novembre 1971).*

BARTHELMEY c/ S. A. D. A. S.

LA COUR :

Attendu que l'appel interjeté le 22 novembre 1977 par B. contre une décision rendue le 27 octobre 1977 par le tribunal arbitral pour les contestations entre patrons et employés privés de Luxembourg a été relevé dans les forme et délai de la loi;

qu'il est partant recevable;

Attendu que l'appelant reproche à la juridiction du premier degré de l'avoir débouté de sa demande en payement de 300 000,— francs à titre de dommages intérêts pour congédiement abusif, de sa demande en payement de 49 657,— francs pour solde de gratifications annuelles,

dites 13e mois, de sa demande en payement d'une indemnité de congé pour les années 1972, 1973 et 1975 d'un total de 45 325,— francs et de sa demande en délivrance d'une attestation de travail, déclarant expressément accepter le jugement a quo en ce qu'il a statué sur le remboursement du montant de 500,— francs du chef de commission avancée et en ce qu'il a désigné l'expert Armand Haas avec la mission plus amplement précisée au dispositif;

1. quant au congédiement abusif :

Attendu que l'appelant fait grief au premier juge de l'avoir débouté de ce chef au motif que la preuve d'une résiliation abusive n'était pas rapportée, le refus par le patron de préciser les motifs du congédiement suite à une demande afférente de l'employé présentée plus de 15 jours après la notification du congédiement ne constituant pas à lui seul une présomption suffisante d'un abus commis par le patron dans l'exercice de son droit de licenciement, alors cependant que le refus par l'employeur de communiquer le motif du renvoi serait présumé abusif, indépendamment du moment ou l'employé licencié a formulé sa demande;

que l'intimée conclut à la confirmation de la décision entreprise pour les motifs indiqués au jugement attaquée;

Attendu qu'il est acquis en cause que l'appelant était engagé comme inspecteur par la société intimée d'abord en vertu d'un contrat d'emploi à durée indéterminée du 28 juin 1972 et depuis le 21 avril 1975 en vertu d'un contrat du 12 mai 1975, que par lettre du 21 mai 1976 l'employeur a mis fin au contrat d'emploi avec effet au 31 juillet 1976 en exprimant le regret de ne pas pouvoir poursuivre la collaboration en raison des différends qui ont surgi entre parties; que le 2 juillet 1976 l'appelant a demandé à son ancien patron les motifs de ce congédiement, demande qui a été réitérée par lettre de Me Baden du 21 juillet suivant; que ces deux lettres sont restées sans réponse;

Attendu que d'après l'article 20 du texte coordonné du 6 mai 1974 comprenant les lois portant règlement légal du louage de service des employés privés, chacune des parties est libre, en dehors de l'hypothèse prévue à l'article 16, de mettre fin unilatéralement au contrat d'emploi à durée indéterminée, à condition d'observer les délais de préavis, prévus par l'article 21, sous réserve du droit pour l'employé de demander à l'employeur, conformément à l'article 22 de la même loi, des dommages-intérêts en cas de congédiement abusif;

que la loi considère comme usage abusif du droit de résilier le contrat d'emploi le fait que le congédiement est intervenu pour des motifs illégitimes ou qu'il constitue un acte économiquement et socialement anormal;

Attendu qu'en vertu des principes généraux du droit le demandeur qui se prétend lésé par le fait d'un tiers, est obligé de rapporter à la fois la preuve de la faute et celle de son préjudice, la réunion des éléments de preuve étant laissée à l'initiative du demandeur;

que toutefois, en matière de contrat de louage de service le législateur a facilité à l'employé l'administration de cette preuve en imposant à l'employeur l'obligation de faire connaître par écrit et dans la huitaine, les motifs du renvoi à l'employé qui en a fait la demande dans les quinze jours à partir de la notification de la résiliation;

Attendu que si dès lors dans cette hypothèse le silence de l'employeur ou son refus d'indiquer les motifs du licenciement met en faute l'employeur qui n'a pas antérieurement déjà communiqué les motifs du renvoi et que ce refus doit être considéré comme équivalant à une absence de motifs légitimes susceptibles de causer préjudice à l'employé, il en est autrement lorsque, comme en l'espèce, l'employé a laissé écouler sans réagir le délai de protection que lui a réservé la loi, le régime de faveur en matière de preuve, exorbitant du droit commun, ne pouvant être entendu à une situation non prévue par la loi;

que partant l'employé qui a négligé de demander à son patron dans le délai utile les motifs du congédiement, s'il allègue une résiliation abusive, doit rapporter la preuve de la faute du patron, sans pouvoir tirer avantage du seul silence ou du seul refus du patron :

Attendu qu'une faute de l'employeur n'a pas été rapportée en l'occurrence, ni même offerte en preuve, de sorte que c'est à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte, que les premiers juges ont débouté B. de ce chef de sa demande;

2. quant à la gratification dite 13e mois :

Attendu que l'appelant critique encore le jugement entrepris qui l'a débouté de sa demande en payement du solde de gratifications annuelles; qu'il soutient que le traitement de base visé par l'article 16 de la convention collective pour la branche-assurances comprendrait le traitement mensuel effectivement touché majoré conformément à l'article 13 de la même convention, et que de la combinaison des articles 13 et 16 il résulterait que pour les employés partiellement rémunérés sous forme de commissions, le traitement de base du 13e mois serait le traitement fixe augmenté de la moyenne annuelle de la partie du traitement touché sous forme de commissions et qu'il voudrait voir appliquer en l'espèce et par analogie l'article 8 du texte coordonné du 6 mai 1974 en matière de louage de service des employés privés pour la fixation de la rémunération des voyageurs de commerce en cas de maladie et l'article 14 de la loi du 22 avril 1966

complétée par la loi du 26 juillet 1975 sur le congé de récréation, en ce qui concerne la rémunération du congé payé pour les salariés dont la rémunération est fixée en pourcentage;

que l'intimée de son côté conclut à la confirmation de la décision entreprise;

Attendu que tant le contrat d'emploi du 28 juin 1972 que celui du 12 mai 1975 renvoient pour les questions non réglées par le contrat individuel à la convention collective de travail des employés d'assurances;

Attendu qu'aux termes de l'article 16 de la convention collective conclue entre les compagnies d'assurances agréées au Grand-Duché de Luxembourg et de la Fédération des Employés Privés le 25 juillet 1969, renouvelée les 20 mars 1972, 9 janvier 1973 et 14 janvier 1975 et déclarée d'obligation générale « l'employé aura droit en fin d'année à une allocation dite du treizième mois, dont le montant est égal au traitement de base augmenté de la prime de ménage que l'employeur doit à l'employé pour le mois de décembre »;

que l'article 13 de la même convention collective fixe par rapport aux différents groupes d'employés « les traitements mensuels de base effectivement touchés » y non compris l'indemnité de ménage et renvoie aux barèmes des traitements mensuels annexés à la convention;

Attendu qu'il en résulte que le traitement de base visé par l'article 16 n'est autre que le traitement mensuel de l'article 13, traitement essentiellement fixe, sous réserve des adaptations indiciaires par opposition aux commissions variables par nature suivant les modalités du contrat individuel d'emploi, et correspond au traitement mensuel fixe indiqué à l'article 6 des conventions individuelles sous la désignation « Gehalt » à l'exclusion des commissions dont l'importance varie avec les résultats du « Rechtschutz-Neugeschäft » et des « Erneuerungs- und Bestandspflege-Erfolge »;

qu'en présence de ces dispositions il est aberrant de vouloir appliquer en l'espèce par analogie des textes étrangers à la matière tant en ce qui concerne les catégories de personnes y visées que les situations particulières y renseignées;

que par ailleurs il n'est pas contesté que B. a régulièrement touché depuis 1972 des gratifications annuelles calculées exclusivement sur la base de son traitement mensuel fixe et que des contestations sur le mode de calcul du treizième mois ont surgi seulement après son licenciement;

que partant le recours de B. sur ce point n'est pas fondé et que le jugement dont appel est à confirmer à cet égard;

3. quant à l'indemnité compensatrice de congé :

Attendu que l'appelant réclame en instance d'appel, comme il l'a déjà fait en première instance, une indemnité compensatrice pour des journées de congé qui lui étaient dues en 1972, 1973 et 1975 et qu'il n'a pas prises sans toutefois avoir eu l'intention d'y renoncer;

que l'intimée conclut au rejet de la demande pour cause de forclusion;

Attendu que d'après l'article 10 de la loi du 22 avril 1966 portant réglementation uniforme du Congé annuel payé des salariés du secteur privé, le congé doit être pris dans l'année de calendrier et ne peut être réporté à l'année suivante que dans les hypothèses exceptionnelles indiquées par la loi;

que d'autre part l'article 18 de la même loi s'oppose à ce que le congé non pris au cours de l'année de calendrier ou exceptionnellement reporté à l'année suivante, à l'exception du congé dû au moment de la résiliation du contrat de travail pour l'année en cours, soit remplacé par une indemnité compensatrice;

Attendu que le premier juge a donc à bon droit refusé d'allouer à B. les indemnités de compensation pour les congés non pris en 1972, 1973 et 1975 et que sa décision sur ce chef de la demande est à confirmer;

4. quant à l'attestation de travail :

Attendu que l'appelant critique encore, comme il l'a fait devant le tribunal arbitral la mention « Per Einschreiben » sur le certificat que l'employeur lui a fait parvenir; que l'intimée de son côté conclut à la confirmation du premier jugement;

Attendu que c'est à bon droit et pour des motifs que la Cour fait siens que le juge du premier degré a débouté B. du chef de cette demande, l'indication « Per Einschreiben » sur le certificat de travail ne constituant pas pour l'employé une mention défavorable au sens de l'article 23 de la loi du 12 novembre 1971;

Par ces motifs

la Cour, deuxième section, statuant contradictoirement, le Ministère Public entendu,

rejetant toutes conclusions plus amples ou contraires comme mal fondées,

reçoit l'appel B. en la forme,

le déclare cependant non fondé,

partant

confirme la décision du 27 octobre 1977 pour autant qu'elle a été entreprise.

(Vice-prés. M. Klein, Pl. Mes M. Baden et Weitzel)

Cour Supérieure de Justice

12 juillet 1977

— Congé de maladie — licenciement intervenu pendant cette période — droit de résiliation suspendu par simple fait de maladie — indemnité de préavis (oui).

— Dommages-intérêts pour congédiement abusif — nécessité de prouver faute du patron (oui).

1. Le droit de résilier le contrat de travail est suspendu par le simple fait de la maladie, peu importe que l'employeur ait été ou non au courant de la maladie de l'ouvrier (art. 8 et 11 de la loi du 24 juin 1970 portant réglementation du contrat de louage de service des ouvriers).

2. Des dommages-intérêts pour congédiement abusif ne peuvent être alloués que s'il est établi qu'au moment de la résiliation l'employeur était au courant de la maladie de son ouvrier. En effet, seul un congédiement intervenu dans ces circonstances constituerait un acte socialement anormal.

S. A. Aloyse Poeckes c/ Henriques

LA COUR :

Attendu que, saisi par une requête de H., chauffeur professionnel, tendant à la condamnation de la société P. au paiement de la somme de 250 000,— francs du chef de congédiement illégal, le conseil de prud' hommes de la circonscription d'Esch-Alzette, par jugement du 8 mars 1977, a condamné la société P. à payer au requérant la somme de 153 700,— francs à titre d'indemnité de préavis non observé, d'indemnité de départ et de dommages-intérêts pour rupture abusive;

Attendu que de ce jugement la société P. a régulièrement relevé appel; qu'elle conclut au débouté de la demande en soutenant que H. a été congédié à bon droit par elle le 8 décembre 1976 avec effet immédiat pour avoir été absent de son lieu de travail plusieurs jours de suite sans explications ni excuse;

que H. conclut au débouté de cet appel; que par voie d'un appel incident régulier en la forme il demande à la Cour d'augmenter à 100 000,— francs le montant de 25 000,— francs alloué par les premiers juges à titres de dommages-intérêts pour congédiement abusif;

Attendu que H. a exposé dans sa requête qu'il a été en congé de maladie du 6 au 12 décembre 1976 et que le 8 décembre 1976 son patron était au courant de la maladie et se trouvait en possession d'un certificat médical; qu'il déduit de ces circonstances que le congédiement intervenu ne saurait être considéré comme légal et devrait en outre être taxé d'abusif;

Attendu qu'il résulte d'un certificat médical et d'une pièce délivrée par la Caisse nationale d'assurance maladie des ouvriers que H. était malade du 5 au 12 décembre 1976; que la réalité de cette maladie n'est pas contestée par la société P.;

Attendu que l'article 8 de la loi du 24 juin 1970 portant réglementation du contrat de louage de services des ouvriers dispose que le contrat de travail tant à durée déterminée qu'à durée indéterminée ne peut être résilié par l'employeur pendant la maladie de l'ouvrier;

Attendu que cet article qui prévoit une mesure de protection spéciale en faveur de l'ouvrier qui tombe malade, ne subordonne pas l'interdiction de résilier à la condition que l'employeur ait été, au moment de la résiliation, informé de la maladie de l'ouvrier; que le droit de résilier le contrat de travail est partant suspendu par le simple fait de la maladie;

qu'il devient dès lors superflu d'examiner dans ce contexte si la société P., au moment de congédier H., a ou n'a pas été au courant de la maladie de celui-ci;

Attendu qu'il s'ensuit que le société P. qui a congédié H. avec effet immédiat le 8 décembre 1976, donc pendant la maladie de celui-ci, a mis fin au contrat en violation des dispositions de l'article 8 précité, partant sans y être autorisée par la loi du 24 juin 1970; qu'en vertu de l'article 11 de la même loi elle est donc tenue de payer à H. l'indemnité y prévue;

Attendu que les montants alloués de ce chef par les premiers juges, savoir 75 800,— francs à titre d'indemnité compensatrice de préavis et 42 900,— francs pour indemnité de départ, n'ayant pas été contestés par la société P., le jugement a quo est à confirmer dans sa partie afférente;

Attendu que des dommages-intérêts pour congédiement abusif ne peuvent être alloués que si l'ouvrier rapporte la preuve que l'employeur a commis une faute dans la résiliation du contrat de travail;

qu'en cas de congédiement pendant la maladie de l'ouvrier l'employeur n'est à considérer comme ayant agi fautivement que s'il est établi qu'au moment de la résiliation il était au courant de la maladie, seul un congédiement intervenu dans ces circonstances constituant en effet un acte socialement anormal;

Attendu que la société P. soutient que la lettre de congédiement a été par elle postée le 8 décembre 1976 vers 15.00 heures, alors que les formulaires de la Caisse de maladie ne lui seraient parvenus qu'à 16.00 heures;

que H. de son côté prétend et offre de prouver que les pièces attestant sa maladie ont été remises à la société P. le 8 décembre 1976 à 14.00 heures;

Attendu qu'en présence des déclarations de la société P. en ce qui concerne l'heure de l'envoi de la lettre de congédiement, le fait offert en preuve, à le supposer établi, prouverait qu'au moment du congédiement la société P. était informée de la maladie de son ouvrier; que l'offre de preuve est partant pertinente et concluante et est à admettre dans les termes repris au dispositif du présent arrêt;

Par ces motifs :

la Cour, siégeant comme juridiction d'appel en matière prud'homale, statuant contradictoirement, le Ministère public entendu,

reçoit les appels principal et incident en la forme;

confirme la décision entreprise en tant qu'elle a condamné la société P. à payer à H. à titre d'indemnité compensatrice de préavis et d'indemnité de départ les montants de respectivement 85 800,— francs et 42 900,— francs, avec les intérêts à 6% l'an à partir du jour de la demande en justice (22 décembre 1976) jusqu'à solde;

avant de statuer sur la demande en dommages-intérêts pour congédiement abusif admet H. a prouver par témoins :

« que les pièces documentant la maladie de H. ont été remises à la société P. le 8 décembre 1976 à 14.00 heures. »

contre-preuve réservée;

commet de ces devoirs d'instruction Monsieur le conseiller Prosper Jacques;

(Prés. M. Biever, Pl. Mes Vogel et Lutgen)

Cour Supérieure de Justice

13 décembre 1978

— **Détournement de fonds — reconnaissance des faits par l'employée — citation devant le tribunal correctionnel — vol domestique — acquittement par jugement définitif — résiliation immédiate du contrat d'emploi — congédiement abusif (oui) — indemnité pour délai-congé due (oui).**

— **Demande de dommages intérêts — recevabilité — notification de la résiliation — refus de la lettre — début de délai de forclusion de trois mois — réception de la notification (non) — expédition de la lettre (oui).**

1. *Le patron reste en défaut de justifier la résiliation immédiate du contrat d'emploi pour motif grave lorsque son employée citée devant le tribunal correctionnel du chef de vol domestique est acquittée par le juge pénal alors même que l'intéressée ait reconnu par écrit le détournement de fonds commis. Il doit donc être réputé avoir mis fin au contrat sans y être autorisé par la loi et il est partant tenu à payer à l'ancienne employée l'indemnité égale au délai-congé non observé (article 16 du texte coordonné du 6 mai 1974 concernant les lois portant règlement du louage de services des employés privés).*

2. *La demande de dommages-intérêts est irrecevable lorsqu'elle a été déposée plus de trois mois après la notification du congédiement. En effet la connaissance des motifs dans le chef du destinataire est présumée de façon irréfragable dès lors que la lettre recommandée est expédiée dans les trois jours de congé. Il ne pourra donc résister utilement au moyen de forclusion lui opposé en soutenant que le délai de trois mois n'aurait pas commencé à courir faute d'avoir accepté la notification écrite de son congédiement (articles 16 et 22 du texte coordonnée du 6 mai 1974).*

KREMER c/ S. A. LUVIA

LA COUR :

Attendu que par requête déposée le 18 mai 1977 au greffe de la justice de paix d'Esch/Alzette, K. a saisi le tribunal arbitral pour les contestations entre patrons et employés privés d'une demande tendant à faire condamner son ancien employeur, la société anonyme L. à lui payer du chef d'indemnité de préavis et d'indemnité de rupture abusive les montants de respectivement 32 476,— et 100 000,— francs soit au total 132 476,— francs;

Attendu que par jugement rendu contradictoirement le 17 octobre 1977 le tribunal arbitral a dit la demande recevable en la forme mais non justifiée au fond et en a débouté K.;

Attendu que le 11 novembre 1977 K. a régulièrement relevé appel de cette décision;

Attendu que l'appelante soutient que la société anonyme L. a abusivement pris l'initiative de la rupture avec effet immédiat du contrat d'emploi et offre de prouver par la comparution personnelle des parties « qu'en date du 6 septembre 1974 K. L. administrateur de la société anonyme L., a congédié K. après avoir obligé cette dernière de signer un billet contenant reconnaissance par K. du détournement au préjudice de L. de la somme de 7 710,— francs »;

Attendu que la société anonyme L. demande de confirmer le premier jugement; que subsidiairement elle demande à la Cour de dire que K. est forclose dans son action en paiement de dommages-intérêts pour résiliation abusive pour n'avoir pas respecté le délai d'introduction de trois mois francs de l'article 22 du texte coordonné du 12 novembre 1971; qu'elle conteste encore les montants réclamés;

Attendu que le 19 juillet 1978 Maître Fernand Entringer, agissant en sa qualité de curateur de la faillite société anonyme L. a régulièrement repris l'instance d'appel; que par conclusions du 29 novembre 1978 il a prétendu que le contrat entre parties avait pris fin par mutuus dissensus au moment de la signature par K. de la reconnaissance de responsabilité;

Attendu qu'il résulte des renseignements fournis en cause ensemble le résultat de la comparution personnelle des parties du 24 novembre 1978 que K. a été engagée le 7 mai 1973 par la société L. en qualité de vendeuse-caissière; que les 31 août et 3 septembre 1974 des sommes d'argent de respectivement 7 710,— francs et 2975,— francs manquaient dans la caisse du magasin et que K. fut soupçonnée par le gérant de les avoir détournées; que le 6 septembre 1974, K. demandant des explications à K. une vive altercation eut lieu à la suite de laquelle K. signait la reconnaissance versée en cause suivant laquelle elle aurait détourné le 31 août 1974 le montant de 7710,— francs appartenant à L., qu'avant de signer, elle déclarait à L. K. qu'elle s'en irait; que L. K. administrateur, dès qu'il était en possession de la reconnaissance écrite du prétendu détournement, congédia K. et notifia à son employée le licenciement par lettre recommandée du 9 septembre 1974 en indiquant comme motif grave justifiant la résiliation le détournement de fonds; que K. a refusé cette lettre le 10 septembre 1974;

Attendu que le 13 septembre 1974 L. K. porta plainte contre K. auprès de la gendarmerie d'Esch-sur-Alzette du chef d'abus de confiance et,

après enquêtes faites par la maréchaussée et la sûreté publique, l'employée fut citée devant le tribunal correctionnel de Luxembourg du chef de vol domestique; qu'elle fut acquittée par cette juridiction par jugement contradictoire du 27 janvier 1977, coulé en force de chose jugée;

Attendu que le patron restant en défaut de justifier la résiliation immédiate du contrat d'emploi pour le motif grave allégué, doit donc être réputé avoir mis fin au contrat sans y être autorisé par l'article 16 du texte coordonné du 6 mai 1974 comprenant les lois portant règlement du louage de service des employés privés; qu'il est partant tenu de payer à l'ancienne employée l'indemnité égale au salaire correspondant au délai-congé non observé, soit deux mois, l'employée se trouvant en service depuis moins de cinq ans;

Attendu que c'est donc à bon droit que K. réclame à L. une indemnité non contestée quant à son montant de 32 476,— francs;

Quant à l'indemnité réclamée du chef de congédiement abusif :

Attendu que l'article 22, dernier alinéa, du texte coordonné du 12 novembre 1971 comprenant les lois portant règlement légal du louage de service des employés privés dispose que: «La demande en dommages-intérêts pour congédiement abusif doit être introduite sous peine de forclusion dans un délai de trois mois francs à partir de la notification ou de sa motivation. Le délai est valablement interrompu en cas de réclamation écrite émanant de l'employé, de son mandataire ou de son organisation syndicale »;

Attendu qu'il est constant que le gérant de la L. a résilié le contrat de K. le 6 septembre 1974 en lui indiquant comme motif le détournement de fonds; que le 9 septembre suivant, la société, se conformant à la prescription de l'article 16 alinéa 2 de la loi du 20 avril 1962, a notifié à K. la résiliation immédiate du contrat d'emploi par lettre recommandée avec indication du même motif; que cette lettre a été refusée par K. le 10 septembre 1974;

Attendu que la requête de K. par laquelle elle demande des dommages-intérêts a été déposée le 18 mai 1977, donc plus de trois mois francs après la notification du congédiement;

Attendu que K. résiste au moyen de forclusion à elle opposé par la société L. en soutenant que le délai de trois mois n'a pas commencé à courir faute de réception par elle de la notification écrite de son congédiement;

Mais attendu que la connaissance des motifs dans le chef du destinataire est présumée de façon irréfragable, dès lors que la lettre recommandée est expédiée dans les trois jours du congé; que le législateur écarte toute exigence quant à la réception même de la lettre et n'exige

pas que la lettre soit non seulement expédiée, mais encore reçue; qu'autrement il suffirait à tout employé congédié de refuser le pli recommandé pour mettre l'employeur dans l'impossibilité de notifier la résiliation et de faire ainsi courir le délai de trois mois prévu par l'article 22 précité;

Attendu qu'à défaut d'interruption valable dans le délai légal, la demande introduite par l'appelante le 18 mai 1977 était irrecevable;

Par ces motifs :

la Cour, statuant contradictoirement et sur les conclusions du Ministère public,

reçoit l'appel en la forme;

donne acte de la reprise d'instance par Maître Fernand Entringer, agissant en sa qualité de curateur de la faillite L. société anonyme;

déclare l'appel partiellement fondé;

condamne Maître Fernand Entringer ès-qualités à payer à K., à titre d'indemnité de préavis, le montant de trente-deux mille quatre cent soixante-seize francs (32 476,— francs) avec les intérêts à 6% l'an à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde;

déclare irrecevable la demande de K. en dommages-intérêts pour congédiement abusif;

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose par moitié à chacune des parties litigantes;

(Prés. M. Dornseiffer, Mes Frank et Entringer)

Cour Supérieure de Justice

13 décembre 1978

— **Congédiement avec effet immédiat — récépissé signé en bas de la lettre de licenciement — absence de notification par envoi recommandé — forme régulière (oui).**

— **Motifs énoncés dans lettre de congédiement — absences répétées sans autorisation et sans motifs valables — manière de travailler préjudiciable à l'employeur — nécessité de préciser les griefs avancés — impossibilité de suppléer par une mesure d'instruction aux lacunes contenues dans la lettre de licenciement.**

— **Dommages-intérêts demandés pour congédiement abusif — réclamation présentée hors délai — demande irrecevable.**

1. *La notification par lettre recommandée ne constitue pas une formalité substantielle ou prescrite à peine de nullité et la signature opposée par l'ouvrier au bas de la lettre de congédiement documente à suffisance qu'il l'a reçue et tient lieu des formalités légales prescrites (article 12 de la loi du 24 juin 1970 portant réglementation du contrat de louage de service des ouvriers).*
2. *Les motifs de congédiement doivent être énoncés avec une prévision suffisante dans la lettre de licenciement de façon à permettre au juge de se prononcer sur la gravité des griefs et de vérifier si les faits invoquées devant lui s'identifient avec ceux évoqués dans la lettre (article 12 de la loi du 24 juin 1970).*
3. *La demande en dommages-intérêts pour congédiement abusif doit être produite, sous peine de forclusion, dans le délai de trois mois francs à partir de la notification du congé ou de sa motivation (article 17 de la loi du 24 juin 1970).*

GENTILE c/ S. A. MORGANITE

LA COUR :

Attendu que par lettre du 13 juillet 1977 la société anonyme M. Luxembourg congédie son ouvrier G. dans les termes suivants :

« Malgré les nombreuses mises en garde contre vos absences imprévisibles, vous continuez à vous absenter pour des raisons certes prévisibles.

« Depuis que vous vous êtes en service chez nous, aucune commande n'est sortie d'entre vos mains, conforme aux plans et tolérances.

« De plus vous venez de « rater » trois commandes urgentes, dont pour l'une d'elles, une partie des pièces mauvaises, a complètement disparu de l'atelier.

« Nous référant à votre manière de travailler au sein de notre entreprise, vous nous mettez dans l'obligation de mettre fin à vos services.

« Veuillez vous présenter en nos bureaux pour votre solde de compte. »

Attendu que G., considérant ce licenciement avec effet immédiat comme irrégulier et abusif, a, par requête déposée le 24 janvier 1978, réclamé à son ancien employeur à titre d'indemnité compensatrice de préavis la somme de 28 704,— francs et à titre de dommages-intérêts pour rupture abusive du contrat de travail la somme de 200 000,— francs;

Attendu que par jugement du 20 avril 1978 le conseil de prud'hommes de la circonscription d'Esch/Alzette, après avoir déclaré d'ores

et déjà irrecevable la demande en dommages-intérêts pour licenciement abusif, a reçu la demande en paiement de l'indemnité de préavis et, avant de statuer sur le fond, a admis la société anonyme M. Luxembourg à prouver par toutes les voies de droit et notamment par témoins les faits plus amplement spécifiés dans son offre de preuve;

Attendu que G., ayant régulièrement relevé appel de ce jugement le 22 mai 1978, soutient que ce serait à tort que les premiers juges ont décidé que le licenciement de G. est intervenu régulièrement et demande à la Cour de dire si la société anonyme M. de Luxembourg l'a irrégulièrement et abusivement licencié, de dire irrecevable l'offre de preuve admise à tort par les premiers juges et de lui adjuger les deux montants réclamés à titre d'indemnité de préavis et de dommages-intérêts pour licenciement abusif;

Attendu que la société anonyme M. Luxembourg par contre conclut à la confirmation du jugement entrepris;

Attendu que, tout comme devant les premiers juges, G. soutient en instance d'appel que le congédiement du 13 juillet 1977 serait intervenu d'une façon irrégulière pour ne pas lui avoir été notifié par lettre recommandée à la poste;

Attendu qu'il est constant que la lettre de licenciement a été remise de la main à la main à Gentile lequel a signé un récépissé au bas de la lettre;

Attendu que l'article 12 de la loi du 24 juin 1970 portant réglementation du contrat de louage de service des ouvriers dispose que la notification de la résiliation immédiate du contrat de travail doit se faire par lettre recommandée endéans les trois jours avec indication du ou des motifs indiqués;

que le but de cette disposition est d'éviter des difficultés de preuve qui pourraient se présenter en cas de contestation au sujet de cette résiliation; que la notification par lettre recommandée ne constitue pas une formalité substantielle ou prescrite à peine de nullité et n'exclût pas les autres modes de preuve;

que la lettre recommandée peut être remplacée par un autre acte équivalent à condition que cet acte de remplacement remplisse, avec les mêmes garanties, la fonction de la lettre recommandée, c'est-à-dire qu'il provoque dans le délai légal, avec la certitude et la précision requises, la connaissance, par la partie ayant reçu un congé, du licenciement et de ses motifs;

Attendu que c'est dès lors à bon droit que les premiers juges ont admis que la signature opposée par G. au bas de la lettre de congédiement et documentant à l'exclusion de tout doute qu'il a reçu cette

lettre tient lieu des formalités prescrites ad probationem par l'article 12 précité comme répondant au fondement de son exigence légale et atteignant de la même manière les objectifs de protection;

que partant le congédiement du 13 juillet 1977 est régulier quant à la forme;

Attendu que G. fait encore valoir que la lettre de congédiement du 13 juillet 1977 serait irrégulière quant au fond, alors que les motifs de congédiement n'y seraient pas énoncés avec une précision suffisante;

Attendu que la lettre de congédiement du 13 juillet 1977 contient deux catégories de motifs dont l'une se réfère à des absences répétées de G. de son lieu de travail et l'autre à sa manière de travailler, préjudiciable aux intérêts de son employeur;

Attendu que la lettre de congédiement, dans la mesure où elle fait grief a G. de s'être absenté itérativement sans autorisation et sans motifs valables de son lieu de travail, ne saurait être prise en considération alors qu'elle ne spécifie pas avec la précision voulue les périodes d'absence et leurs durées de façon à permettre au juge de se prononcer sur la gravité de ce motif et de vérifier, le cas échéant, si les griefs invoqués devant lui s'identifient avec le motif indiqué dans la lettre de congédiement;

Attendu que dans le premier point de son offre de preuve, la société anonyme K. Luxembourg offre de prouver que G., malgré différents avertissements oraux, s'absentait itérativement sans motif valable;

que ce point de l'offre de preuve est à déclarer irrecevable, l'employeur ne pouvant plus, en cours d'instance, en vertu du principe d'ordre public énoncé à l'alinéa 2 de l'article 12 prémentionné, suppléer par une mesure d'instruction à la lacune contenue dans la lettre de congédiement;

Attendu que la lettre de congédiement du 13 juillet 1977 pour autant qu'elle comporte le reproche à l'adresse de G. d'avoir effectué son travail d'une façon préjudiciable pour son employeur, répond aux vœux de l'article 12 précité, alors que ce motif est énoncé d'une façon suffisamment précise pour permettre le contrôle du juge;

que les faits invoquées, à les supposer établis, sont suffisamment graves pour justifier le renvoi immédiat de G. alors que sa façon de travailler serait préjudiciable pour son employeur au point de rendre impossible toute continuation des relations contractuelles;

Attendu qu'en présence des contestations soulevées par G. quant à la réalité de ce motif, la société anonyme M. Luxembourg offre

encore de prouver par toutes les voies de droit et notamment par témoins :

« qu'engagé en qualité de tourneur, chargé de fabriquer des bagues de précision en carbone et graphite, destinées aux industries aéronautique et chimique, G. était incapable d'exécuter correctement son travail; que de très nombreuses pièces sortant de sa tour ne correspondaient ni aux plans ni aux tolérances admises en la matière;

que plus particulièrement début juillet 1977, trois commandes urgentes lui avaient été confiées pour lesquelles il « ratait » huit pièces sur onze, cinq pièces sur dix-neuf et treize sur trente; au surplus il fit disparaître partie des pièces mal exécutées augmentant ainsi le préjudice de l'employeur; »

Attendu que l'offre de preuve ainsi circonscrite est recevable;

qu'elle est en effet pertinente et concluante, que les faits offerts en preuve s'identifient à suffisance de droit avec le motif notifié et retenu et que les précisions y apportées restent dans le cadre du motif invoqué et ne constituent pas l'évocation d'un motif nouveau étranger à celui qui a été invoqué;

Attendu qu'il échet cependant de spécifier que la preuve est à rapporter par témoins;

Attendu que, tout comme en première instance, la société anonyme M. Luxembourg conclut à l'irrecevabilité de la demande en dommages-intérêts d'un montant de 200 000,— francs présentée par G., cette demande n'ayant pas été introduite dans le délai de trois mois francs à partir de la notification du congé ou de sa motivation, prévu sous peine de forclusion par l'article 17 de la loi du 24 juin 1970;

Attendu que le licenciement ayant été régulièrement notifié le 13 juillet 1977 et n'ayant fait l'objet d'aucune réclamation écrite émanant de G., de son mandataire ou de son organisme syndical susceptible d'interrompre le délai de trois mois francs, c'est à bon droit que les premiers juges ont déclaré G., qui n'a déposé sa requête introductive d'instance que le 24 janvier 1978, forclos pour réclamer encore à son employeur des dommages et intérêts pour congédiement abusif;

Par ces motifs :

la Cour, siégeant comme juridiction d'appel en matière prud'homale, statuant contradictoirement et sur les conclusions du Ministère public,

reçoit l'appel en la forme;

le dit partiellement fondé;

réformant :

écarte comme dénué de précision le grief tiré de l'absence répétée de G. de son lieu de travail et déclare irrecevable le point de l'offre de preuve y afférent;

confirme pour le surplus le jugement entrepris;

dit cependant que la preuve des faits admis se fera exclusivement par voie testimoniale;

renvoie l'affaire en présécution de cause devant les premiers juges.

(Prés. M. Dornseiffer, Pl. Mes. Grissius et Medernach)

3e partie :

Législation

INDEX DE LEGISLATION SOCIALE

I.

Travail, Emploi, Enseignement

(1976)

Nature et date du texte	Numéro, date et page du Mémorial	Objet
	Emploi	
Loi du 21 février 1976	A n° 7 26. 2. 1976 p. 74	Organisation et fonctionnement de l'Administration de l'Emploi et création d'une Commission nationale de l'Emploi
Règlement grand-ducal du 26 mars 1976	A n° 15 3. 4. 1976 p. 174	Composition et fonctionnement de la Commission nationale de l'Emploi
Règlement grand-ducal du 30 septembre 1976	A n° 60 30. 9. 1976 p. 1030	Règlement autorisant le Gouvernement à mettre en œuvre des travaux extraordinaires d'intérêt général
Règlement grand-ducal du 8 octobre 1976	A n° 61 9. 10. 1976 p. 1047	Règlement concernant la rémunération du travail des jours fériés légaux dans les entreprises à caractère saisonnier.
	Congé	
Règlement grand-ducal du 28 janvier 1976	A n° 4 31. 1. 1976 p. 34	Règlement concernant les congés payés du personnel occupé dans l'agriculture et la viticulture.
Règlement grand-ducal du 16 juin 1976	A n° 35 1. 7. 1976 p. 604	Règlement concernant les congés payés du personnel occupé dans les entreprises à caractère saisonnier.

Chômage

Loi du 30 juin 1976	A n° 34 30. 6. 1976 p. 592 et A n° 42 26. 7. 1976 p. 738	1. Création d'un fonds de chômage 2. Réglementation de l'octroi des indemnités de chômages complet
Règlement grand-ducal du 8 octobre 1976	A n° 63 15. 10. 1976 p. 1069	Relèvement de la limite d'âge prévue pour l'indemnisation des jeunes chômeurs
Règlement grand-ducal du 12 novembre 1976	A n° 69 24. 11. 1976 p. 1123	Règlement relatif aux dotations fiscales du fonds de chômage et portant adaptation de la limite d'assiette spéciale et des taux de retenue sur rémunérations supplémentaires.

Logement

Règlement ministériel du 8 mars 1976	A n° 12 23. 12. 1976 p. 129	Réglementation relative aux primes accordées en faveur de l'amélioration hygiénique de l'habitat.
Règlement grand-ducal du 10 avril 1976	A n° 24 13. 5. 1976 p. 393	Modif. règt gr.-d. du 22. 1. 1973 fixant les modalités et critères d'intervention du Fonds du logement social créé par la loi budgétaire de 1973.
Règlement ministériel du 21 septembre 1976	A n° 60 30. 9. 1976 p. 1030	Abrogation du règlement ministériel modifié du 1er juillet 1963 relatif aux subventions en vue de l'amélioration du logement des ouvriers étrangers.
Loi du 28 décembre 1976	A n° 82 29. 12. 1976 p. 1492	Loi concernant la vente d'immeubles à construire et l'obligation de garantie en raison de vices de construction.

Conventions internationales

Emploi

Loi du 17 juin 1976	A n° 33 29. 6. 1976 p. 584	Approbation de la Convention n° 138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi, adoptée à Genève, le 26 juin 1973 par la Conférence générale de l'Organisation Internationale du Travail à sa 58e session.

Étrangers

Règlement grand-ducal du 29 août 1976	A n° 56 17. 9. 1976 p. 956	Modification du règlement grand-ducal du 28 mars 1972 relatif aux conditions d'entrée et de séjour de certaines catégories d'étrangers faisant l'objet de conventions internationales.

Cessions et saisies des salaires

Règlement grand-ducal du 20 décembre 1976	A n° 81 28. 12. 1976 p. 1482	Fixation des taux de cessibilité et des aisissabilité des rémunérations, pensions et rentes.

Contrat de louage de service

Règlement grand-ducal du 29 décembre 1976	A n° 83 30. 12. 1976 p. 1522	Relèvement du plafond du privilège du salarié prévu à l'article 23, al. 2 de la loi du 24 juin 1970 portant réglementation du contrat de louage de services des ouvriers.

Jours fériés légaux

Loi du 10 avril 1976	A n° 16 13. 4. 1976 p. 184	Réforme de la réglementation des jours fériés légaux.
Règlement grand-ducal du 8 octobre 1976	A n° 61 9. 10. 1976 p. 1047	Rémunération du travail des jours fériés légaux dans les entreprises à caractère saisonnier.

Salaires

Règlement ministériel du 27 janvier 1976	A n° 5 16. 2. 1977 p. 46	Fixation du salaire annuel de l'ouvrier et de l'ouvrière viticole logé et nourri.

Règlement grand-ducal du 8 octobre 1976	A n° 61 9. 10. 1976 p. 1047	Règlement concernant la rémunération du travail des jours fériés légaux dans les entreprises à caractère saisonnier.
Loi du 23 décembre 1976	A n° 81 28. 12. 1976 p. 1485	Modification de la loi modifiée du 12 mars 1973 portant réforme du salaire social minimum.
Règlement grand-ducal du 29 décembre 1976	A n° 83 30. 12. 1976 p. 1522	Relèvement du plafond du privilège du salarié prévu à l'article 23 al. 2 de la loi du 24 juin 1970 portant réglementation du contrat de louage de service des ouvriers.

Droit professionnel — Statut du personnel

Loi du 14 août 1976 et règlement grand-ducal du 27 août 1976	A n° 48 19. 8. 1976 p. 836 et A n° 51 27. 8. 1976 p. 872	Fixation du cadre définitif du personnel de l'Inspection générale de la sécurité sociale Exécution des articles 4 et 9 de la loi du 14. 8. 1976
Règlement grand-ducal du 21 juillet 1976	A n° 51 27. 8. 1976 p. 868	Détermination des conditions d'admission, de nomination et de promotion aux différentes fonctions des services administratifs des établissements pénitentiaires et des maisons d'éducation (Modif. règt. gr.-d. 26. 11. 1964).
Loi du 18 novembre 1976	A n° 69 24. 11. 1976 p. 1125	Organisation de la protection civile.
Loi du 23 décembre 1976	A n° 81 28. 12. 1976 p. 1485	Modification de l'article 1er modifié de la loi du 22 juin 1963 portant fixation de la valeur numérique des traitements des fonctionnaires de l'Etat ainsi que des modalités de mise en vigueur de la loi du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat.

Enseignement

Règlement grand-ducal du 21 février 1976	A n° 11 16. 3. 1976 p. 120	Fixation des critères d'homologation des titres et grades étrangers en lettres en vue de l'admission au stage pour le professorat de l'enseignement secondaire
Règlement grand-ducal du 2 avril 1976	A n° 24 13. 5. 1976 p. 392	Modification de l'organisation de l'examen pour l'obtention du brevet d'aptitude pédagogique.
Règlement ministériel du 28 juin 1976	A n° 38 12. 7. 1976 p. 674	Création d'un Centre de recherches pédagogiques au Ministère de l'Education Nationale
Loi du 14 août 1976	A n° 53 3. 9. 1976 p. 911	Détermination des conditions de création d'établissements privés d'enseignement supérieur
Règlement ministériel du 6 mai 1976	A n° 54 7. 9. 1976 p. 916	Organisation de l'examen pour l'obtention du diplôme de moniteur d'éducation différencié
Règlement grand-ducal du 22 octobre 1976	A n° 69 24. 11. 1976 p. 1122	Modif. du règt. gr.-d. du 23. 9. 1964 concernant la création obligatoire de jardins d'enfants.
Règlement grand-ducal du 28 octobre 1976	A n° 70 27. 11. 1976 p. 1130	Modification de l'examen d'admission aux établissements d'enseignement secondaire et des conditions d'admission aux collèges d'enseignement moyen.

II.

Sécurité Sociale

(1976)

Nature et date du texte	Numéro, date et page du Mémorial	Objet
	Prestations familiales et allocations de naissance	
Règlement grand-ducal du 20 décembre 1976	A n° 81 28. 12. 1976 p. 1482	Constitution des groupes d'employeurs et fixation de l'assiette et des taux de cotisation en matière d'allocations familiales pour les salariés.
Loi du 23 décembre 1976	A n° 81 28. 12. 1976 p. 1484	Modification de la loi modifiée du 29 avril 1964 concernant les prestations familiales.
	Assurance-accidents	
Loi du 7 avril 1976	A n° 19 27. 4. 1976 p. 278	Assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs.
Loi du 7 avril 1976	A n° 19 27. 4. 1976 p. 284	Modification de la loi du 6 septembre 1968 concernant le contrôle des entreprises d'assurances
Règlement grand-ducal du 21 juillet 1976	A n° 44 29. 7. 1976 p. 764	Règlement pris en exécution de la loi du 7 avril 1976 portant modification de la loi du 6 septembre 1968 concernant le contrôle des entreprises d'assurances
Règlement grand-ducal du 28 juillet 1976	A n° 44 29. 7. 1976 p. 772	Règlement pris en exécution de la loi du 7 avril 1976 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs.
Arrêté grand-ducal du 21 juillet 1976	A n° 47 11. 8. 1976 p. 824	Approbation de la modification du 28 juin 1976 concernant l'article 28 des statuts de l'association d'assurance contre les accidents, section agricole et forestière.

Arrêté grand-ducal du 21 juillet 1976	A n° 47 11. 8. 1976 p. 825	Approbation de la modification du 9 juin 1976 concernant l'art. 38 des statuts de l'association d'assurance contre les accidents, section industrielle.
Règlement grand-ducal du 8 septembre 1976	A n° 57 24. 9. 1976 p. 968	Modification : 1° du règlement grand-ducal du 24 juillet 1973 portant extension de l'assurance obligatoire contre les accidents en application des articles 85, alinéa 5, 1° et 90 du code des assurances sociales; 2° du règlement grand-ducal du 30 mai 1974 portant extension de l'assurance obligatoire contre les accidents aux activités préscolaires, péri-préscolaires, scolaires, périscolaires, universitaires et périuniversitaires.
	A n° 62 14. 10 1976 p. 1054	Assurance de la responsabilité civile véhicules terrestres automoteurs — conditions générales —
Règlement ministériel du 23. novembre 1976	A n° 71 30. 11. 1976 p. 1140	Fixation de la rémunération annuelle moyenne servant de base au calcul des rentes-accidents agricoles et forestières.
Arrêté ministériel du 1er décembre 1976	A n° 74 8. 12. 1976 p. 1204	Approbation des modifications apportées au tarif des risques en matière d'assurance accidents agricole et forestière
	A n° 83 30. 12. 1976 p. 1537	Modification des conditions générales de l'assurance de la responsabilité civile des véhicules terrestres automobiles.
Règlement ministériel du 30 novembre 1976	A n° 77 16. 12. 1976 p. 1247	Nouvelle fixation d'une cotisation forfaitaire pour les entreprises d'une moindre importance en matière d'assurance accidents agricole et forestière.

Assurance-maladie

Arrêté ministériel du 23 janvier 1976	B n° 10 11. 2. 1976 p. 301	Indemnisation des membres du comité central de l'union des caisses de maladie et des exports par lui commis.
Règlement grand-ducal du 7 avril 1976	A n° 22 5. 5. 1976 p. 328	Approbation du règlement d'ordre intérieur du comité central de l'union des caisses de maladie
Loi du 6 juillet 1976	A n° 39 15. 7. 1976 p. 683	Modification de différentes dispositions du Livre I[er] du code des assurances sociales et de la loi modifiée du 29 août 1951 concernant l'assurance maladie des fonctionnaires et employés.
Règlement grand-ducal du 29 novembre 1976	A n° 71 30. 11. 1976 p. 1144	Modification du règlement grand-ducal du 20 septembre 1974 portant exécution de l'article 8, alinéas 7 et 8 du code des assurances sociales.
Règlement grand-ducal du 30 novembre 1976	A n° 72 1. 12. 1976 p. 1146	Statuts du comité central de l'union des caisses de maladie
Règlement grand-ducal du 23 décembre 1976	A n° 81 28. 12. 1976 p. 1487	Modification de l'article 12 du règlement grand-ducal du 31 décembre 1974 ayant pour objet de déterminer en exécution des articles 6 et 13 du code des assurances sociales les prestations en nature en cas de maladie et de maternité.

Assurance-pension

Règlement grand-ducal du 21 février 1976	A n° 8 28. 2. 1976 p. 86	Modification du règlement sur les pensions des agents de la Société Nationale des Chemins de Fer Luxembourgeois.
Règlement grand-ducal du 7 avril 1976	A n° 16 13. 4. 1976 p. 183	Introduction d'un système de compensation entre les régimes de pension contributifs pour les charges de l'ajustement des pensions au niveau des salaires.

Arrêté grand-ducal du 15 mai 1976	A n° 30 22. 6. 1976 p. 514	Homologation des modifications aux alinéas 1[er] et 2[e] de l'article 48 des statuts de la caisse de pension des commerçants et industriels.
Arrêté grand-ducal du 21 juillet 1976	A n° 47 11. 8. 1976 p. 823	Approbation de la modification du 9 juin 1976 apportée à l'article 20 des statuts de l'établissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité.
	B n° 77 22. 12. 1976 p. 1480	Statuts de la société de secours mutuels « Mutuelle de rentes complémentaires »
Règlement grand-ducal du 17 décembre 1976	A n° 80 24. 12. 1976 p. 1459	Prorogation de l'article 4 du règlement grand-ducal du 7 avril 1976 portant fixation des modalités d'application relatives à l'article 3 de la loi du 27. 12. 1975 portant introduction d'un système de compensation entre les régimes de pension contributifs pour les charges de l'ajustement des pensions au niveau des salaires.
Règlement grand-ducal du 23 décembre 1976	A n° 81 28. 12. 1976 p. 1487	Adaptation des pensions minima prévues par les législations des différents régimes de pension contributifs.
Loi du 23 décembre 1976	A n° 83 30. 12. 1976 p. 1508	Fusion des régimes de pension des artisans et des commerçants et industriels.

Conventions internationales

Convention et Protocole Benelux	A n° 26 24. 5. 1976 p. 477	Assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs.
Loi du 28 juin 1976	A n° 36 6. 7. 1976 p. 613	Approbation de l'Avenant fait à Luxembourg le 27 juin 1975, à la Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et l'Espagne sur la sécurité sociale signée le 8 mai 1969

	A n° 64 19. 10. 1976 p. 1079	Accord entre le Gouvernement de la République Fédérale d'Allemagne au sujet de la perception et du recouvrement de cotisations de sécurité sociale signé à Bonn le 14 octobre 1975 — Entrée en vigueur —
Loi du 15 décembre 1976	A n° 81 28. 12. 1976 p. 1477	Approbation de la Convention européenne relative à la protection sociale des agriculteurs signée à Strasbourg le 6 mai 1974.

Matières connexes

Dommage de guerre

Règlement grand-ducal du 14 décembre 1976	A n° 81 28. 12. 1976 p. 1476	Fixation des coefficients adaptant le salaire, traitement au revenu moyen des années 1937, 1938 et 1939 devant servir de base au calcul des indemnités pour dommages corporels, aux rémunérations payées depuis le 1. 10 1944.

Fonds National de Solidarité

Règlement grand-ducal du 14 décembre 1976	A n° 80 24. 12. 1976 p. 1457	Nouvelle fixation de l'allocation compensatoire en faveur de certaines catégories de bénéficiaires de rentes et de pensions.

Etablissements pénitentiaires et maisons d'éducation

Règlement grand-ducal du 28 avril 1976	A n° 27 4. 6. 1976 p. 480	Modification du règlement grand-ducale du 3. 9. 1974 relatif à la composition et au fonctionnement du service de défense sociale dans le cadre des établissements pénitentiaires et des maisons d'éducation.

Rémunérations en nature

Règlement grand-ducal du 25 novembre 1976	A n° 80 24. 12. 1976 p. 1454	Fixation de la valeur moyenne des rémunérations en nature en matière de sécurité sociale.

Droit fiscal

Arrêté ministériel du 5 janvier 1976	A n° 1 21. 1. 1976 p. 3	Publication des barèmes de la retenue d'impôt sur les salaires.
Arrêté ministériel du 6 janvier 1976	A n° 1 21. 1. 1976 p. 5	Publication des barèmes de la retenue d'impôt sur les pensions.
Règlement ministériel du 15 janvier 1976	A n° 2 23. 1. 1976 p. 10	Fixation de la valeur moyenne des rémunérations en nature en matière de retenue d'impôt sur les salaires
Règlement ministériel du 23 janvier 1976	A n° 5 16. 2. 1976 p. 45	Ecrètement de l'impôt grevant les rappels de pension (prorog. règt min. 2. 9. 1971)
Règlement grand-ducal du 31 janvier 1976	A n° 6 20. 2. 1976 p. 65	Détermination de la retenue d'impôt sur les salaires et les pensions
Règlement grand-ducal du 15 mai 1976	A n° 26 24. 5. 1976 p. 477	Modification de certaines limites relatives à l'imposition des salariés et des pensionnés
Règlement grand-ducal du 12 novembre 1976	A n° 69 24. 11. 1976 p. 1123	Dotation fiscale du fonds de chômage et adaptation de la limite d'assiette spéciale et des taux de retenue sur rémunérations supplémentaires.
Règlement ministériel du 10 décembre 1976	A n° 80 24. 12. 1976 p. 1455	Fixation de la valeur moyenne des rémunérations en nature en matière d'impôt sur les salaires.

III.

Santé publique

(1976)

Nature et date du texte	Numéro, date et page du Mémorial	Objet
	Collège médical	
Règlement grand-ducal du 29 mars 1976	A n° 14 31. 3. 1976 p. 162	Fixation des indemnités revenant aux membres du Collège
	Hôpitaux	
Règlement grand-ducal du 8 juillet 1976	A n° 39 15. 7. 1976 p. 687	Organisation médicale, pharmaceutique et paramédicale du Centre hospitalier de Luxembourg.
Loi du 29 août 1976	A n° 57 24. 9. 1976 p. 964	Planification et organisation hospitalière
Loi du 17 décembre 1976	A n° 80 24. 12. 1976 p. 1460	Equipement médical et hospitalier et répartition des prestations médicales conformes aux besoins du pays.
	Pharmacies	
Règlement ministériel du 15 mars 1976	A n° 14 31. 3. 1976 p. 158	Désignation des spécialités pharmaceutiques qui ne peuvent être vendues librement en pharmacie.
Règlement grand-ducal du 14 décembre 1976	A n° 80 24. 12. 1976 p. 1456	Fixation des droits dus pour la mise sur le marché des spécialités pharmaceutiques et des médicaments préfabriqués.
	Professions paramédicales	
Règlement grand-ducal du 22 janvier 1976	A n° 5 16. 2. 1976 p. 43	Réglementation de la profession de masseur.

	Service d'urgence	
Règlement ministériel du 4 février 1976	A n° 9 5. 3. 1976 p. 92	Règlement concernant le service de remplacement des médecins des samedis, dimanches et jours fériés.

IV.

Droit judiciaire

(1976)

Nature et date du texte	Numéro, date et page du Mémorial	Objet
Loi du 14 août 1976	A n° 48 19. 8. 1976 p. 836	Modif. de l'art. 26, al. 2, L. 7 juin 1937 ayant pour objet réforme L. 31 octobre 1919, portant règlement légal du louage de service des employés privés, modifié par art. II L. 12 avril 1972 portant réorganisation des justices de paix.
Loi du 9 décembre 1976	A n° 76 14. 12. 1976 p. 1229	Organisation du notariat
Règlement grand-ducal du 14 décembre 1976	A n° 81 8. 12 1976 p. 1474	Réorganisation du casier judiciaire.

INDEX DE LEGISLATION SOCIALE

I.

Travail, Emploi, Enseignement

(1977)

Nature et date du texte	Numéro date et page du Mémorial	Objet
	Apprentissage	
Règlement ministériel du 31 décembre 1976	A n° 3 27. 1. 1977 p. 26	Création d'un apprentissage industriel en sidérurgie
Règlement du Gouvernement en Conseil du 7 janvier 1977	A n° 18 8. 4. 1977 p. 468	Organisation de la formation des adultes préparatoire au certificat d'aptitude professionnelle (CAP)
Règlement ministériel du 18 octobre 1977	A n° 63 28. 10. 1977 p. 1853	Modification du règlement ministériel du 18 janvier 1964 fixant le programme et la procédure des examens de fin d'apprentissage dans l'artisanat.
	Chômage	
Loi du 24 décembre 1977	A n° 79 28. 12. 1977 p. 2702	Loi autorisant le Gouvernement à prendre les mesures destinées à stimuler la croissance économique et à maintenir le plein emploi.
	Cogestion	
Loi du 24 décembre 1977	A n° 80 29. 12. 1977 p. 2740	Prorogation des mandats des délégués du personnel et des membres des comités mixtes d'entreprise.
	Emploi	
Règlement ministériel du 31 décembre 1976	A n° 3 27. 1. 1977 p. 26	Création d'un apprentissage industriel en sidérurgie

Convention n° 138	A n° 22 10. 5. 1977 p. 529 et A n° 35 1. 7. 1977 p. 1007	Convention concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi adoptée à Genève le 26 juin 1973 par la Conférence Générale de l'Organisation Internationale du Travail — Etat des ratifications — Ratification et entrée en vigueur.
Loi du 24 décembre 1977	A n° 79 28. 12. 1977 p. 2702	Loi autorisant le Gouvernement à prendre les mesures destinées à stimuler la croissance économique et à maintenir le plein emploi.
	Etrangers	
Loi du 29 juillet 1977	A n° 45 8. 8. 1977 p. 1345	Modification de l'article 27 de la loi du 28 mars 1972 concernant : 1. l'entrée et le séjour des étrangers 2. le contrôle médical des étrangers 3. l'emploi de la main d'œuvre étrangère.
Loi du 29 juillet 1977	A n° 45 8. 8. 1977 p. 1347	Modification des articles 5 et 6 de la loi du 24 juillet 1972 concernant l'action sociale en faveur des immigrants.
Règlement grand-ducal du 29 juillet 1977	A n° 45 8. 8. 1977 p. 1348	Fixation des attributions du conseil national de l'immigration.
Règlement grand-ducal du 29 juillet 1977	A n° 45 8. 8. 1977 p. 1345	Détermination des mesures applicables pour l'emploi des travailleurs étrangers sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg.
Règlement ministériel du 4 août 1977	A n° 48 12. 8. 1977 p. 1458	Abrogation du règlement ministériel du 2 mars 1964 portant institution d'un comité d'assistance sociale aux travailleurs étrangers.
	Salaire	
Règlement ministériel du 1er février 1977	A n° 8 24. 2. 1977 p. 258	Fixation pour l'année 1977 du salaire annuel de l'ouvrier et de l'ouvrière agricole et viticole logé et nourri.

Règlement grand-ducal du 6 décembre 1977	A n° 76 19. 12. 1977 p. 2488	Fixation des coefficients adoptant le salaire, traitement au revenu moyen des années 1937, 1938 et 1939 devant servir de base au calcul des indemnités pour dommages corporels, aux rémunérations payées depuis le 1er octobre 1944.
	Travail	
Loi du 3 août 1977	A n° 45 8. 8. 1977 p. 1357	1. Interdiction du travail clandestin 2. Modification de l'article 26a) de la loi du 2 juin 1962 déterminant les conditions d'accès et d'exercice de certaines professions ainsi que celles de la constitution et de la gestion d'entreprises, modifiée et complétée par la loi du 26 août 1975.
	Droit professionnel — Statut de personnel	
Règlement grand-ducal du 12 janvier 1977	A n° 3 27. 1. 1977 p. 27	Détermination des cas d'exception ou de tempérament aux conditions d'examen et de stage pour certains fonctionnaires, stagiaires-fonctionnaires, employés et stagiaires-employés.
Règlement gouvernemental des 25 février 1977 et 30 septembre 1977	A n° 9 25. 2. 1977 p. 269 et A n° 60 18. 10. 1977 p. 1804	Modification des barèmes des indemnités prévues par le règlement grand-ducal du 18. 12. 1972 sur les frais de route et de séjour ainsi que sur les indemnités de déménagement des fonctionnaires et employés de l'Etat.
Règlement ministériel du 3 mars 1977	A n° 13 18. 3. 1977 p. 370	Modification du règlement ministériel du 10 mai 1966 portant fixation des frais de route et de séjour ainsi que des indemnités de déménagement revenant aux fonctionnaires et employés communaux.
Règlement ministériel du 19 octobre 1977	A n° 64 31. 10. 1977 p. 1860	idem

Règlement grand-ducal du 30 mars 1977	A n° 17 31. 3. 1977 p. 453	Statut du personnel de l'Office des assurances sociales.
Règlement grand-ducal du 25 avril 1977	A n° 21 6. 5. 1977 p. 513	Exécution des articles 4 et 9 de la loi du 14 août 1976 fixant le cadre définitif du personnel de l'inspection générale de la sécurité sociale.
Règlement grand-ducal du 25 mai 1977	A n° 29 2. 6. 1977 p. 718	Modification du règlement grand-ducal du 4 août 1974 concernant l'organisation des examens-concours pour l'admission au stage dans les carrières de l'expéditionnaire administratif et de rédacteur des administrations de l'Etat et des établissements publics.
Règlement ministériel du 8 juin 1977	A n° 33 17. 6. 1977 p. 976	Règlement pris en application de l'article 7 du règlement grand-ducal du 30 mars 1977 concernant le statut du personnel de l'Office des assurances sociales et portant organisation des examens-concours de la carrière inférieure de l'expéditionnaire-informaticien et de la carrière moyenne de l'informaticien diplômé du Centre d'informatique, d'affiliation et de perception des cotisations commun aux institutions de sécurité sociale.
Règlement grand-ducal du 27 août 1977	A n° 56 23. 9. 1977 p. 1566	Règlement pris en exécution de l'article 7.3 de la loi du 27 janvier 1972 fixant le régime des employés de l'Etat.

Enseignement

Règlement grand-ducal du 23 février 1977	A n° 12 15. 3. 1977 p. 353	Composition et fonctionnement de la commission consultative prévue à l'article 2 de la loi du 14 août 1976 déterminant les conditions de création d'établissement privés d'enseignement supérieur.

Règlement grand-ducal du 26 février 1977	A n° 12 15. 3. 1977 p. 354	Modification de l'article 34 du règlement grand-ducal du 17 janvier 1974 concernant la formation scientifique et pédagogique et les conditions de nomination des professeurs de lettres, de sciences économiques et sociales, d'éducation artistique, d'éducation physique et d'éducation musicale de l'enseignement secondaire.
Règlement du Gouvernement en Conseil du 7 janvier 1977	A n° 18 8. 4. 1977 p. 468	Organisation de la formation des adultes préparatoire au certificat d'aptitude professionnelle (CAP).
Loi du 20 avril 1977	A n° 21 6. 5. 1977 p. 509	Modification de la loi du 18 juin 1969 sur l'enseignement supérieur et homologation des titres et grades étrangers d'enseignement supérieur.
Règlement grand-ducal du 28 avril 1977	A n° 26 25. 5. 1977 p. 565	Modification du règlement grand-ducal du 18 décembre 1970 pris en exécution de l'art. 3 de la loi du 18 juin 1969 sur l'enseignement supérieur et l'homologation des titres et grades étrangers d'enseignement supérieur et concernant la composition des commissions d'homologation, leurs attributions et la procédure à suivre.
Règlement grand-ducal du 29 avril 1977	A n° 26 25. 5. 1977 p. 566	Règlement grand-ducal du 29 avril 1977 portant organisation de l'examen de fin d'études de l'Ecole de Commerce et de Gestion.
Règlement grand-ducal du 13 mai 1977	A n° 33 17. 6. 1977 p. 973	Modification du règlement grand-ducal du 13 mars 1970 ayant pour objet : a) la formation des élèves de l'Institut Pédagogique b) promotion des élèves c) l'organisation de l'examen pour l'obtention du brevet d'aptitude pédagogique.

Règlement grand-ducal du 26 mai 1977	A n° 33 17. 6. 1977 p. 974	Institution et organisation d'un stage pratique à l'intention des élèves de l'Ecole de Commerce et de Gestion.
Règlement grand-ducal du 21 décembre 1977	A n° 78 24. 12. 1977 p. 2693	Règlement pris en exécution de la loi du 8 décembre 1977 concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures.

II.

Sécurité Sociale

(1977)

Nature et date du texte	Numéro date et page du Mémorial	Objet
		Prestations familiales et allocations de naissance
Loi du 20 juin 1977	A n° 41 26. 7. 1977 p. 1284	1. Institution du contrôle médical systématique des femmes enceintes et des enfants en bas âge 2. Modification de la législation existante en matière d'allocations de naissance.
Règlement grand-ducal du 8 décembre 1977	A n° 76 19. 12. 1977 p. 2489	Fixation des modalités des examens médicaux et de l'examen dentaire de la femme enceinte et de l'examen postnatal de la mère, ainsi que sur le carnet de maternité.
Règlement grand-ducal du 8 décembre 1977	A n° 76 19. 12. 1977 p. 2491	Fixation des modalités des examens médicaux des enfants en bas âge et de la périodicité de ces examens et du modèle du carnet de santé et des inscriptions qui devront y être portées obligatoirement.
Règlement grand-ducal du 22 décembre 1977	A n° 80 29. 12. 1977 p. 2734	Fixation des taux de cotisation pour les groupes d'employeurs visés à l'article 1er du règlement grand-ducal du 20 décembre 1976 concernant la constitution des groupes d'employeurs et la fixation de l'assiette et des taux de cotisation en matière d'allocations familiales pour les salariés.

Aussurance-accidents

Règlement ministériel du 25 juillet 1977	A n° 47 10. 8. 1977 p. 1450	Fixation de la rémunération annuelle moyenne servant de base au calcul des rentes-accidents agricoles et forestières.
Arrêté ministériel du 29 juillet 1977	A n° 48 12. 8. 1977 p. 1454	Approbation des modifications apportées au tarif des risques en matière d'assurance-accidents industrielle.

Assurance-maladie

Règlement grand-ducal du 18 janvier 1977	A n° 3 27. 1. 1977 p. 28	Modification 1° du règlement grand-ducal du 24 mai 1974 portant fixation des taux de cotisation en matière d'assurance maladie par application des dispositions de l'article III, 6°, al. 1er, der. phrase et 2 de la loi du 2 mai 1974 portant modification du Livre 1er du code des assurances sociales et de la loi modifiée du 29 août 1951 concernant l'assurance maladie des employés privés 2° du règlement grand-ducal du 29 octobre 1974 pris en exécution des articles 4 et 5 de la loi du 22 mai 1974 modifiant la loi modifiée du 29 juillet 1957 concernant l'assurance maladie des professions indépendantes 3° du règlement grand-ducal du 19 décembre 1974 portant fixation de l'assurance volontaire continuée auprès des différentes caisses de maladie des salariés.
Loi du 20 avril 1977	A n° 21 6. 5. 1977 p. 511	Création d'une caisse de maladie agricole (Modification de la loi du 13 mars 1962).

Règlement grand-ducal du 27 août 1977	A n° 52 29. 8. 1977 p. 1528	Etablissement des cotisations à la caisse de maladie agricole.
	B n° 76 31. 12. 1977 p. 1432	Statuts des sociétés de Secours mutuels « Caisse médico-chirurgicale mutualiste du Grand-Duché de Luxembourg ».
Règlement grand-ducal du 29 décembre 1977	A n° 82 31. 12. 1977 p. 2821	Prorogation temporaire des dispositions prévues par l'article 2 du règlement grand-ducal du 27 août 1977 établissant les cotisations à la Caisse de maladie agricole.

Assurance-pension

Texte coordonné au 23 décembre 1976	A n° 16 29. 3. 1977 p. 416	Lois régissant le régime de pension des artisans, des commerçants et industriels.
Règlement ministériel du 23 février 1977	A n° 16 29. 3. 1977 p. 438	Fixation des intérêts moratoires prévus par l'article 30 de la loi du 21 mai 1951 ayant pour objet la création d'une caisse de pension des artisans, telle qu'elle a été modifiée notamment par la loi du 23 décembre 1976 portant fusion des régimes de pension des artisans et des commerçants et industriels.
Règlement grand-ducal du 7 mars 1977	A n° 16 29. 3. 1977 p. 438	Réglementation de la continuation de l'assurance près de la caisse de pension des artisans, des commerçants et industriels.
Règlement grand-ducal du 7 mars 1977	A n° 16 29. 3. 1977 p. 440	Fixation des barèmes applicables pour le calcul des pensions anticipées servies par la caisse de pension des artisans, des commerçants et industriels.
Règlement grand-ducal du 7 mars 1977	A n° 16 29. 3. 1977 p. 442	Règlement autorisant la caisse de pension des artisans, des commerçants et industriels à procéder elle-même au recouvrement forcé des cotisations.

Règlement grand-ducal du 12 avril 1977	A n° 19 15. 4. 1977 p. 491	Elections prévues par la loi du 21 mai 1951 ayant pour objet la création d'une caisse de pension des artisans, telle qu'elle a été modifiée notamment par la loi du 23 décembre 1976 portant fusion des régimes de pension des artisans et des commerçants et industriels.
Loi du 25 mai 1977	A n° 29 2. 6. 1979 p. 715	Fusion des services administratifs de la caisse de pension et de la caisse de maladie agricoles et modifications du statut de leur personnel.
Règlement ministériel du 21 juin 1977	A n° 38 14. 7. 1977 p. 1056	Nouvelle fixation des taux de cotisation à la Caisse de prévoyance des fonctionnaires et employés communaux.
Arrêté grand-ducal du 29 juillet 1977	A n° 48 12. 8. 1977 p. 1457	Approbation de la modification du 21 juin 1977 apportée à l'article 33 des statuts de la caisse de pension des employés privés.
Règlement grand-ducal du 27 août 1977	A n° 52 29. 8. 1977 p. 1527	Fixation d'un supplément de pension en faveur d'un employé retraité de la caisse de pension et de la caisse de maladie agricoles.
Règlement grand-ducal du 1er décembre 1977	A n° 76 19. 12. 1976 p. 2487	Fixation en exécution de l'article 30 de la loi du 21 mai 1951 ayant pour objet la création d'une caisse de pension des artisans telle qu'elle a été modifiée notamment par la loi du 23 décembre 1976 portant fusion des régimes de pension des artisans et des commerçants et industriels, des modalités suivant lesquelles les assurés peuvent obtenir dispense de cotisation.

Règlement ministériel du 12 décembre 1977	A n° 78 24. 12. 1977 p. 2686	Nouvelle fixation des taux de cotisation à la Caisse de prévoyance des fonctionnaires et employés communaux.
Règlement grand-ducal du 14 décembre 1977	A n° 78 24. 12. 1977 p. 2688	Adaptation des pensions minima prévues par les législations des différents régimes de pension contributifs.
Règlement grand-ducal du 14 décembre 1977	A n° 78 24. 12. 1977 p. 2688	Nouvelle fixation du plafond de revenu pris en considération pour l'octroi de l'allocation compensatoire accordée aux bénéficiaires de rentes et de pensions.
Règlement grand-ducal du 14 décembre 1977	A n° 78 24. 12. 1977 p. 2689	Nouvelle fixation de l'allocation compensatoire en faveur de certaines catégories de bénéficiaires de rentes et de pensions.

Conventions internationales

Convention européenne de sécurité sociale et Accord complémentaire pour l'application de la Convention européenne de sécurité sociale	A n° 18 8. 4. 1978 p. 480	Entrée en vigueur
Avenant fait à Luxembourg le 27 juin 1975 à la Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et l'Espagne sur la sécurité sociale signé le 8 mai 1969	A n° 34 24. 6. 1977 p. 993	Ratification et entrée en vigueur
Avenant à la Convention de sécurité sociale entre le Grand-Duché de Luxembourg et la Confédération suisse signé à Bern le 26 mars 1976	A n° 35 1. 7. 1977 p. 996 A n° 64 31. 10. 1977 p. 1864	Loi du 20 juin 1977 Entrée en vigueur.

	Dommages de guerre	
Règlement grand-ducal du 6 décembre 1977	A n° 76 19. 12. 1977 p. 2488	Fixation des coefficients adaptant le salaire, traitement ou revenu moyen des années 1937, 1938 et 1939 devant servir de base au calcul des indemnités pour dommages corporels, aux rémunérations payées depuis le 1er octobre 1944.
	Rémunérations en nature	
Règlement ministériel du 30 novembre 1977	A n° 73 10. 12. 1977 p. 2101	Fixation de la valeur moyenne des rémunérations en nature en matière de sécurité sociale.
	Droit fiscal	
Arrêté ministériel du 3 janvier 1977	A n° 1 6. 1. 1977 p. 2	Publication des barèmes de la retenue d'impôt sur les salaires.
Arrêté ministériel du 4 janvier 1977	A n° 1 6. 1. 1977 p. 4	Publication des barèmes de la retenue d'impôt sur les pensions.
Règlement ministériel du 31 mars 1977	A n° 20 23. 4. 1977 p. 500	Nouvelle fixation du tarif des frais de poursuite en matière de recouvrement des impôts, des droits d'accise ainsi que des cotisations, droits et taxes dont la perception est confiée à l'administration des contributions.

III.

Santé Publique

Nature et date du texte	Numéro date et page du Mémorial	Objet
	Médecins	
Loi du 7 mars 1977	A n° 14 25. 3. 1977 p. 395	Modification de l'article 2 de la loi du 31 décembre 1952 portant abrogation de la loi du 18 mai 1902 concernant l'instruction des médecins-inspecteurs et l'exercice de leurs attributions et nouvelle organisation du service des médecins-inspecteurs.
Loi du 2 août 1977	A n° 49 17. 8. 1977 p. 1469	Loi concernant l'exercice de la profession de médecin.
Règlement ministériel du 30 août 1977	A n° 56 23. 9. 1977 p. 1573	Liste des diplômes, certificats et autres titres de médecin, visés à la directive 75/362/CEE.
	Hôpitaux	
Règlement grand-ducal du 19 mars 1977	A n° 18 8. 4. 1977 p. 477	Détermination de la composition, des attributions et du fonctionnement du conseil des hôpitaux.
Règlement grand-ducal du 20 juin 1977	A n° 36 5. 7. 1977 p. 1015	Composition et fonctionnement de la commission spéciale prévue à l'article 13 de la loi du 17 décembre 1976 ayant pour objet de garantir un équipement médical et hospitalier ainsi qu'une répartition régionale des prestations médicales conformes aux besoins du pays.
Règlement grand-ducal du 25 novembre 1977	A n° 81 30. 12. 1977 p. 2754	Fixation des modalités de la composition, de la nomination et du fonctionnement de la commission chargée de faire des recommandations concernant les tarifs des prestations hospitalières.

Médicaments et stupéfiants

Loi du 23 février 1977	A n° 12 15. 3. 1977 p. 352	Modification de la loi du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie.
Règlement ministériel du 28 février 1977	A n° 12 15. 3. 1977 p. 357	Modification du règlement ministériel du 17 juin 1974 fixant le tarif des médicaments.
Règlement ministériel du 21 juillet 1977	A n° 43 29. 7. 1977 p. 1324	idem

Professions paramédicales

Règlement ministériel du 6 janvier 1977	A n° 5 31. 1. 1977 p. 218	Fixation des modalités de passage de première en deuxième année des études préparant au diplôme d'Etat d'infirmier.
Règlement grand-ducal du 31 mai 1977	A n° 29 2. 6. 1977 p. 720	Réglementation des études et des attributions de la profession d'infirmier.
Règlement grand-ducal du 29 juillet 1977	A n° 53 3. 9. 1977 p. 1540	Modification du règlement grand-ducal du 6 septembre 1968 portant création et organisation des sections d'enseignement préparatoire aux professions paramédicales.
Règlement ministériel du 4 août 1977	A n° 53 3. 9. 1977 p. 1541	Organisation de l'examen de passage de l'enseignement préparatoire aux professions paramédicales.
Règlement grand-ducal du 27 août 1977	A n° 54 14. 9. 1977 p. 1548	Détermination des conditions d'admission, de nomination et de promotion de l'infirmier chargé des services d'ergothérapie et de l'infirmier du service d'éducation physique.

IV.

Famille

Nature et date du texte	Numéro date et page du Mémorial	Objet

Abandon de famille

Loi du 25 novembre 1977	A n° 73 10. 12. 1977 p. 2098	Loi relative à l'abandon de famille.

Logement

Règlement ministériel du 25 août 1977	A n° 54 14. 9. 1977 p. 1548	Modification de la réglementation relative aux primes accordées par l'Etat dans l'intérêt de l'habitat social.

V.

Droit judiciaire

Nature et date du texte	Numéro date et page du Mémorial	Objet
	Actes judiciaires	
Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale faite à la Haye, le 15 novembre 1965.	A n° 5 31. 1. 1977 p. 227	Etat des ratifications.
	Assistance judiciaire	
	A n° 54 14. 9. 1977 p. 1555	Accord européen sur la transmission des demandes d'assistance judiciaire.
	Code civil	
Règlement grand-ducal du 24 février 1977	A n° 9 25. 2. 1977 p. 268	Règlement pris en exécution de l'article 1601-5 du Code Civil.
	Code de commerce	
Loi du 23 février 1977	A n° 12 15. 3. 1977 p. 352	Modification de la loi du 17 novembre 1860 sur la formule de prestation de serment et de l'alinéa 2 de l'article 498 du code de commerce.
	Code pénal	
Loi du 7 juillet 1977	A n° 43 29. 7. 1977 p. 1318	Modification de l'article 461 du Code pénal.

	Droit étranger	
Loi du 5 mai 1977	A n° 23 13. 5. 1977 p. 537	Approbation de la Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger, signée à Londres le 7 juin 1968.
Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger signé à Londres le 7 juin 1968	A n° 64 31. 10. 1977 p. 1865	Ratification et entrée en vigueur à l'égard du Luxembourg.
	Entraide judiciaire et extradition	
Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale signée à Strasbourg le 20 avril 1959.	A n° 1 6. 1. 1977 p. 13	Ratification et entrée en vigueur à l'égard du Luxembourg.
Convention européenne d'extradition, signée à Paris, le 13 décembre 1957	A n° 1 6. 1. 1977 p. 14	
Loi du 20 juin 1977	A n° 36 5. 7. 1977 p. 1012	Approbation du Protocole complétant et modifiant le Traité Benelux d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale, signé à Bruxelles le 11 mai 1974.
	Huissiers	
Règlement grand-ducal du 23 février 1977	A n° 9 25. 2. 1977 p. 268	Modification du règlement grand-ducal du 10 janvier 1970 portant coordination du tarif des huissiers en matière civile et commerciale.
Règlement grand-ducal du 11 octobre 1977	A n° 61 25. 10. 1977 p. 1814	Fixation du nombre et de la résidence des huissiers de justice.
	Organisation judiciaire	
Loi du 25 juillet 1977	A n° 49 17. 8. 1977 p. 1465	Organisation judiciaire.

Preuve

Loi du 19 mars 1977	A n° 15 26. 3. 1977 p. 400	Approbation de la Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale signée à La Haye le 18 mars 1970.
	et A n° 51 25. 8. 1977 p. 1504	Ratification et entrée en vigueur.

Serment

Loi du 23 février 1977	A n° 12 p. 352 15. 3. 1977	Modification de la loi du 17 novembre 1860 sur la formule de prestation de serment et de l'alinéa 2 de l'article 498 du code de commerce.

4e partie :

Bibliographie

GHESTIN Jacques et GOUBEAUX Gilles : Traité de Droit civil, Introduction générale
Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1977, 714 pages, 150,— FF.

Cet important ouvrage est le premier d'une série appelée à prendre la place du grand traité de droit civil français en 14 volumes de Marcel Planiol et Georges Ripert. Les auteurs et plusieurs collaborateurs de cet ouvrage bien connu, consulté par tous les civilistes, étant décédés, il est apparu à la Librairie Générale qu'il fallait en présence de l'évolution accélérée du droit, préparer un ouvrage équivalent et à jour du point de vue législatif, jurisprudentiel et doctrinal. On ne peut que féliciter la Librairie Générale de cette initiative qui constituera sans aucun doute un point de repère dans le droit civil.

On ne saurait dans le cadre de cette rubrique bibliographique insister par le détail sur l'ampleur des développements où la théorie et la pratique se marient de façon heureuse.

La première partie distingue le droit objectif du droit subjectif, la deuxième s'occupe des sources du droit et la troisième de la mise en œuvre des droits.

La troisième partie réserve une place importante au respect des finalités du système juridique en étudiant de façon approfondie l'abus de droit, la fraude et l'apparence.

L'ouvrage contient de nombreuses références jurisprudentielles et doctrinales et constitue de la sorte un outil utile au praticien tout en incitant à réfléchir et à pousser la recherche scientifique plus en avant sur les points de détail.

Des tables alphabétique et analytique complètent utilement ce livre qui est le premier d'un vaste traité appelé à devenir indispensable à tout juriste.

A. T.

BERLIOZ Georges : Le contrat d'adhésion.
Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1973, 204 pages, 38,— FF.

Dans l'introduction, la notion de contrat au sens du code civil comme accord de volontés librement conclu apparaît comme dépassée dans le monde actuel où des nouveaux centres de pouvoir prennent de plus en plus d'importance à côté de l'Etat, savoir les entreprises industrielles, les groupements professionnels et les syndicats. Aussi l'individu se trouve-t-il en fait dans une position d'infériorité. Déjà au début du siècle Saleilles avait-il employé le terme de « contrat d'adhésion » bien que la jurisprudence n'ait point adopté la distinction entre contrat d'adhésion et les autres contrats. Il est donc utile de préciser la notion et de montrer qu'elle recouvre une réalité de la vie économique de nos jours.

Un titre préliminaire portant sur la genèse du contrat d'adhésion nous montre une dégénérescence du contrat classique sous le poids des disparités de puissance et les impératifs de l'efficacité et de la rentabilité. La liberté contractuelle ne saurait plus reposer sur une présomption d'une priorité des forces, puisque les données économiques, juridiques,

sociologiques et matérielles ont changé pour aboutir à un changement de la mentalité du citoyen qui aspire à une protection plus grande.

Le contrat d'adhésion étant un contrat dans lequel le contenu est fixé en tout ou en partie de façon abstraite et générale avant l'adhésion par la partie acceptante, il y a donc absence de discussion préalable entre parties, mais une prédétermination du contenu, une stipulation et une adhésion à celle-ci par l'adhérant.

On relève que la stipulation est faite pour une partie qui jouit d'un monopole de droit et de fait et qu'il y a offre permanente et générale. Le plus souvent le contrat d'adhésion se présente sous forme d'un contrat type qui ne peut être modifié dans ses conditions essentielles.

Les différentes sources et formes d'expression des contrats d'adhésion sont les conditions générales, sous forme de clauses annexées au contrat, les contrats types et les termes normalisés qui donnent des règles d'interprétation (p. ex. les Incotermes de la Chambre de Commerce Internationale). Les contrats d'adhésion se retrouvent notamment en matière d'assurance, de transports, de contrat de services, de baux, de vente, de banque et d'agence de voyage.

Dans le premier titre il est question de l'adhésion qui rend parfait le contrat. L'initiative dans le contrat d'adhésion est double, d'une part l'offre publique du pollicitant et d'autre part l'adhésion du contractant qui, comme certains l'affirment, prend le risque de l'initiative en adoptant le contenu contractuel de la stipulation.

Des considérations personnelles peuvent jouer, notamment en matière de crédits bancaires et en cas d'insertion d'une clause de réserve d'agrément. Cette dernière clause a pour effet de reporter la conclusion du contrat, jusqu'à l'agrément du stipulant.

La portée de l'adhésion peut se trouver limitée par des clauses non reproduites dans le document contractuel, mais dans des affiches, dans des clauses incluses par référence (p. ex. clauses de compétence en cas de contrat international), dans des documents postérieurs au contrat (p. ex. des bons de livraisons, des factures). Ces clauses abusives dérogatoires au droit commun resteront inopposables à l'adhérent, alors que les clauses reproduites dans le document contractuel ont en principe force obligatoire. Mais là encore les tribunaux examinent le consentement donné pour voir si la clause répond à l'attente raisonnable de l'adhérent. En matière de clauses d'exonération de responsabilité la jurisprudence a tendance à restreindre ces clauses. En matière de clause compromissoire, les parties ne se trouvent liées que pour autant qu'elles se soient engagées sans équivoque (Trib. Grande Instance Paris, 26 janv. 1972, J. C. P. II, 17.043).

Un certain formalisme est exigé par certains contrats d'adhésion en vue de garantir à l'adhérent la légibilité des clauses. C'est notamment le cas en matière de contrats d'assurance et de contrats de ventes à crédit. Le législateur a d'autre part introduit des délais de réflexion lorsqu'il s'agit de contrats complexes (L. 12 juillet 1971 concernant l'enseignement à distance; L. 22 décembre 1972 sur le démarchage à domicile). Les engagements verbaux sont exclus de l'acceptation dans la mesure où il n'est pas raisonnable de penser que l'adhérent les ait acceptées. La publicité se manifestant par des prospectus et dépliants est de plus en plus prise en considération par les tribunaux pour lier le vendeur commerçant (Req. 2 mars 1932, S. 1932. 1.166; Paris 3 déc. 1959, D. 1960 231, S. 1960, 157).

L'adhésion doit présenter certaines conditions de qualité. Elle ne doit pas avoir été acquise par tromperie ou par dol. Elle ne doit d'autre part pas être viciée par l'erreur soit sur la nature du contrat soit sur la substance de la prestation. Enfin l'adhésion ne doit pas avoir été obtenue par la force ou la violence.

Le titre deux traite de la stipulation. Le contrôle s'exerce d'abord sur l'équivalence des prestations. Ceci est d'autant plus indiqué que dans le contrat d'adhésion une partie détient une position prédominante et qu'il importe donc de calculer les coûts. En cas d'abus on peut admettre la lésion et aboutir à la rescision du contrat.

Les méthodes indirectes de contrôle sont d'abord dégagées par rapport aux droits étrangers. En droit allemand il existe le principe de la moralité (§ 138 BGB), la fraude à la loi et le principe de la bonne foi (§ 242 BGB). La Common Law a développé la notion de clause odieuse et l'obligation fondamentale (fundamental breach). La jurisprudence française s'empare de conditions telles que la mission du stipulant, l'exécution normale du contrat, l'obligation de sécurité, la notion de cause et les idées de confiance et de la mauvaise foi pour sanctionner certaines clauses et admettre leur inopposabilité.

Si l'application de la stipulation donne lieu à difficulté, il convient de l'interpréter dans l'optique d'une protection de l'adhérent. Les méthodes d'interprétation sont divisées en deux sortes.

Il y a d'une part l'interprétation de protection qui obéit à l'article 1162 du code civil disposant que dans le doute, la convention interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté de manière spécifique. Cela veut dire que l'article 1162 a un caractère facultatif, qu'il s'interprète contre celui qui a eu l'initiative de la stipulation ambiguë en application de la maxime « patere legem quam ipse fecisti ». S'il y a une contradiction entre les clauses générales imprimées dans le contrat-type et des clauses particulières, les clauses individuelles prévalent (« Specialia generalibus derogant »). Les clauses de style sont applicables, à moins qu'elles ne se trouvent être en contradiction avec d'autres clauses précises du contrat.

La jurisprudence a d'autre part eu recours à des interprétations empiriques pour remédier à la force obligatoire du contrat d'adhésion. L'auteur distingue parmi ces solutions :

a) l'interprétation ingénieuse aboutissant à délier le débiteur de l'observation de certaines clauses par application d'une révision pour imprévision ou d'une dénaturation de l'acte (Cass. civ. 20 juillet 1937, 13 avr. 1945 D. 1945, 261; 5 janv. 1948, D. 48,265).

b) l'interprétation complétive tendant à imposer au stipulant des obligations supplémentaires que les parties n'avaient pas envisagées lors de la conclusion du contrat. Il en est ainsi des obligations de sécurité en matière de transport, de l'obligation de conseil pour le notaire, l'architecte, le conseil juridique, l'assureur.

A côté de ces genres d'interprétation on trouve l'interprétation fonctionnelle tendant à la fois à la protection de l'adhérent et à l'efficacité du contrat. Il en est question surtout en matière de contrats bancaires.

L'auteur examine ensuite l'application de ces méthodes d'interprétation par rapport aux clauses relatives aux délais de livraison, à la limitation de garantie et aux clauses pénales.

On constate nonobstant le principe énoncé à l'article 1165 du code civil selon lequel les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, une extension des effets du contrat d'adhésion à l'égard des tiers. La jurisprudence a recours à la stipulation pour autrui et la pratique des affaires a imaginé des moyens juridiques nouveaux dépassant l'effet relatif des contrats. Il s'agit des Règles et Usances uniformes relatives au crédit documentaire, du contrat de factoring, des cession et nantissement de créances commerciales (Ordonnance 28 sept. 1967).

La production de masse entraînant une publicité faisant un appel direct au consommateur crée des liens contractuels engageant le fabricant envers le consommateur particulier. Aussi la jurisprudence a-t-elle reconnu à l'acheteur un droit d'agir directement contre le fabricant (Cour d'appel Lyon 7 mars 1968 J. C. P. 1969, IV, 120).

L'auteur termine ses développements en traîtant de la loi applicable au contrat d'adhésion en constatant notamment un recul de la loi d'autonomie par un dirigisme de protection et la recherche d'un statut légal des différentes sortes de contrats d'adhésion, p. ex. en matière de contrat d'assurance et de contrat de travail. La notion d'ordre public émerge et l'application d'une loi unique et fonctionnelle s'impose sous le poids des exigences techniques, juridiques et logiques.

Le contrat d'ahésion apparaît comme la source d'un droit normatif devenant autonome appelé à former par ces contrats-types un droit privé international.

Dans la conclusion l'auteur ramasse les traits principaux du contrat d'adhésion, instrument indispensable du droit économique moderne.

Une bibliographie particulièrement bien fournie sur le plan national et étranger, ainsi qu'une table des principales décisions juridiques complètent utilement l'ouvrage. Des tables alphabétique et analytique des matières permettent une recherche aisée dans ce livre hautement instructif sur le contrat d'adhésion d'autant plus qu'il fait une large part au droit comparé.

André Thill

PENNEAU Jean : Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, Paris 1973, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 409 p.

Dans l'introduction de son important ouvrage, l'auteur pose les points autour desquels gravitent ses développements. Il rappelle qu'en matière de responsabilité il faut un dommage et un rapport de causalité entre la faute et ce dommage. Le médecin est tenu d'une responsabilité contractuelle et plus précisement d'une obligation de moyen consistant à donner au malade les soins diligents conformes aux données actuelles de la science médicale. L'auteur se demande si à côté de la faute il ne convient pas de faire intervenir l'erreur. Il sépare le problème de la responsabilité de celui de la réparation, d'où les deux parties de l'ouvrage, le problème de la responsabilité et celui de la réparation.

Le premier titre traite de la notion d'erreur et de la faute. La dualité de nature de la responsabilité médicale ressort des situations dans lesquelles le médecin est appelé à intervenir. Généralement le malade contacte le médecin qui le traite et entre les deux se forme un rapport sui generis. Lorsque le malade est amené sans connaissance au médecin ou si une tierce personne fait venir le médecin, on analyse la situation en une gestion d'affaires. En cas de ratification subséquente, il y a responsabilité contractuelle, en cas de non-ratification, responsabilité délictuelle. Vis-à-vis des héritiers du malade décédé, mais agissant en nom personnel, la responsabilité médicale est délictuelle (Civ. 1er avr. 1968, D. 1968, 653). Elle l'est encore si la faute du médecin présente le caractère d'une imprudence ou d'une négligence constitutifs d'un délit d'homicide involontaire (art. 319 code pénal; Aix, 12 janvier 1954, J. C. P. 1954, 2,8040; S. 1954, 338).

Il y a donc un cumul de responsabilité possible, mais il n'en reste pas moins qu'à la base de la responsabilité médicale se trouve la faute dont les caractères restent à préciser. La Cour de cassation ne met pas à charge du médecin une obligation de résultat, mais l'obligation de se conduire prudemment et avec diligence en vue d'obtenir un résultat déterminé. Aussi Mazeaud et Tunc ont-ils étudié la question de la responsabilité médicale dans le contexte de la responsabilité quasi-délictuelle.

L'auteur admet une conception volontaire de la faute civile en faisant appel au concept de devoir et à la classification des obligations en obligations de moyen et de résultat permettant de regrouper les domaines contractuel et extracontractuel.

L'auteur adopte les vues de M. Comparato (« Essai d'analyse dualiste de l'obligation », 1963) qui définit la situation de devoir comme étant celle d'une personne à laquelle l'ordre juridique assigne une certaine conduite, positive ou négative, sous peine de pratiquer un acte illicite et d'en devoir répondre. Le devoir général est celui que la loi impose à tous les citoyens et le devoir spécial celui qui incombe à une personne déterminée à l'égard d'une autre personne. En cas de situation contractuelle il y a devoir spécial alors qu'en cas de situation extracontractuelle il y a devoir général, en l'occurrence plus précisément un devoir général de comportement prudent et avisé. Le devoir spécial se double par le fait du rapport contractuel d'un engagement (« Haftung »). L'obligation de devoir prime l'engagement, de sorte qu'en matière de responsabilité « l'obligation de répondre d'un acte apparaît... « comme la sujétion du débiteur au pouvoir de contrainte du créancier comme sanction de l'inexécution d'un devoir ». La situation d'engagement n'a pour fonction que de garantir, de matérialiser et contraindre, le cas échéant, le débiteur d'exécuter sa prestation.

En considérant le devoir comme concept central commun dans l'appréciation de la faute, l'auteur étend au domaine délictuel la classification des obligations en obligations de moyen et obligations de résultat. Les devoirs de prudence, de diligence apparaissent comme indépendants de leur origine contractuelle ou délictuelle.

Si le devoir médical est en principe de nature contractuelle il ne comporte, — contrairement à la plupart des obligations contractuelles — pas d'obligation de résultat. Si le concept de devoir aboutit de la sorte à une unité de la faute et de la responsabilité, le régime de la preuve en matière contractuelle se trouve altéré en ce que l'article 1315 al. 2 du code civile impose à celui qui se prétend libéré, de justifier le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

L'auteur essaie de donner une définition de la faute et constate d'emblée la difficulté de l'entreprise. Après avoir dinstigué la faute

juridique de la faute morale, il remarque que si la faute juridique n'a jamais été définie par le législateur, elle tend à devenir une notion purement technique, d'autant plus que le problème de responsabilité se lie de nos jours intimement à un problème d'indemnisation.

On distingue dans la faute deux éléments, d'une part l'illicéité et d'autre part l'imputabilité. L'illicéité peut se concevoir comme constituant tout fait contraire au droit causant un dommage à autrui et qui par là doit être sanctionné. En admettant cette vue on arrive à un système prononcé de garantie. L'imputabilité consiste dans le fait que l'auteur doit être avoir eu la faculté de discerner la portée de ses actes et ses devoirs. La notion d'imputabilité reste ambiguë, de sorte que Mazeaud et Tunc l'ont écarté comme élément de définition de la faute pour la retenir seulement pour la mise en jeu de la responsabilité.

Si Planiol a dit que la faute est un « manquement à une obligation préexistante », on se rapproche immanquablement du concept de devoir dont il ne reste qu'à préciser le contenu. Pour ce faire, il convient de « comparer la conduite de l'agent à celle postulée par le devoir » et cette comparaison fera apparaître ou non une faute. Le critère de référence sera l'« homme normalement prudent et avisé ». En partant de ce modèle, il convient de replacer le médecin avisé dans son milieu médical et lui appliquer le critère du bon professionnel. C'est dire en gros que le médecin ne doit ni contrevenir aux connaissances médicales techniques ni commettre des fautes déontologiques. C'est en tenant compte de ces éléments que le juge déterminera le devoir du médecin.

Ayant de la sorte décrit la faute, l'auteur évoque les éléments d'information disponibles pour apprécier la faute dans le domaine technique. Il y a l'expertise et les usages. En ce qui concerne l'usage professionnel et plus précisément la responsabilité d'indication », le professeur Marcoux estime que « l'indication purement médicale du choix de la méthode d'un diagnostic ou d'un traitement se complète actuellement d'une indication jurisprudentielle ».

Si l'élaboration de l'usage relève de la compétence des professionnels, le contrôle de l'existence de l'usage relève de la compétence du juge. Il faut donc distinguer entre le véritable usage et la simple pratique d'opinion.

Il existerait une distorsion de la faute dans notre droit contemporain du fait de l'évolution et de la complexité des techniques médicales. Leur emploi nécessiterait une vigilance constante si grande qu'elle dépasserait le type de référence du bon professionnel pour créer un individu fictif d'une perfection telle qu'il n'a plus de connexion avec la réalité. Et l'auteur d'examiner les degrés de gravité de la faute et de la responsabilité pour aboutir à la notion d'erreur.

Cette notion n'existe pas dans le domaine de la responsabilité qui n'opère qu'avec les concepts de faute et le cas échéant la force majeure. En matière professionnelle seule la faute lourde est à prendre en considération. D'où l'intérêt de parler d'erreur pour exclure la faute légère. Mais si l'on parle d'un devoir à contenu déterminé, la violation du devoir entraîne une faute dont toute gradation est, selon Mazeaud et Tunc, dénuée de sens.

Par erreur on entend des anomalies de conduite liées à la faillibilité humaine et notamment à l'inadaptation du médecin à contrôler toujours les techniques qu'il emploie. Selon l'auteur l'erreur est le genre, la faute

l'espèce. L'erreur devient faute dès que la conduite suivie s'écarte de celle du modèle du médecin normalement avisé et diligent, si minime que soit cet écart. L'erreur ne saurait être assimilée à la force majeure, puisque cette dernière exige une condition d'extériorité par rapport au débiteur de la prestation.

La distinction des responsabilités pénale et civile amène l'auteur à se demander si l'erreur ne constitue par la limite entre les deux responsabilités. Il n'est pas partisan de la dualité de la faute, mais d'une dualité de responsabilités. La faute n'existe que s'il y a un devoir, sans que l'on ait à se soucier d'une question d'imputabilité, la culpabilité civile n'étant point susceptible de gradation. Il ne faut point non plus confondre faute et résultat, puisque l'appréciation objectiviste véritable consiste à comparer la conduite tenue à celle du modèle de référence abstrait.

Il y a donc dualité de responsabilités et la faute objective est la condition suffisante de la responsabilité civile. Comme tout professionnel est faillible, il faut tenir compte de cet élément dans l'élaboration des critères que doit remplir le type de référence du bon professionnel. La responsabilité juridique du médecin doit tenir compte de l'éthique du groupe social médical, c'est-à-dire de toutes les obligations dont le médecin est tenu vis-à-vis du malade et dont la transgression est réprouvée par la société. Il en est ainsi également des risques que le médecin doit calculer et dont il doit par après le cas échéant, assumer les conséquences. En pratique on jugera toujours un cas d'espèce tout en se référant à un modèle défini in abstracto pour apprécier l'erreur d'un médecin et voire si son comportement a été anormal et fautif. On ne saurait donc dire à mon avis de façon péremptoire et générale que l'erreur est exonératoire au point de vue de la responsabilité médicale.

Dans la deuxième partie de son ouvrage l'auteur examine le problème de la réparation. Il relève à juste titre le besoin de sécurité accru de chaque citoyen et la prise en charge progressive par la collectivité des risques à caractère social. Il va sans dire que cette évolution entraîne un déclin de la responsabilité individuelle. Comme M. Penneau distingue erreur et faute, il envisage un système d'indemnisation qui en tient compte. Il brosse d'abord un tableau des institutions collectives de réparation, savoir les assurances de responsabilité et la sécurité sociale, sans oublier les problèmes posés par les options offertes à la victime et les recours des organismes collectifs d'assurance. Les questions procédurales et l'épineux problème entre les règles d'évaluation de l'indemnité en droit commun et les prestations fournies par les caisses de sécurité sociale à la suite de la réalisation d'un risque social sont évoqués à bon escient.

L'obligation d'indemniser peut être envisagée du côté de la victime pour laquelle il importe de trouver un garant solvable, et du côté de l'auteur du dommage au sujet duquel on doit se demander dans quelle mesure il peut être fondé à répercuter la charge du dommage par lui causé sur la collectivité. La réparation collective s'applique au domaine médical, puisqu'on y retrouve des activités professionnelles sujettes à classification et à recensement statistique.

Le préjudice indemnisable est étudié sous ses différentes formes, sans oublier les problèmes posés par les prédispositions et la révision en cas d'aggravation, les modes d'indemniation, le reclassement après reconversion sans diminution du revenu professionnel.

La mise en œuvre pratique de la réparation pose des problèmes de causalité et de pluralité de causes. La profession médicale considérée comme source de risque assurable se résume dans la question de la détermination de l'incidence de l'intervention médicale dans la réalisation du dommage. S'il y a complication rattachable à une négligence, le rapport de causalité doit être présumé.

Si le dommage a été réparé plusieurs collectivités peuvent être tenues à réparation. Il peut y avoir des codébiteurs solidaires s'il y a rapport de causalité unique, mais il peut aussi arriver qu'il y ait causes différentes. Les interventions de l'assurance privée et de la sécurité sociale sont passées en revue. Le problème du cumul est crucial. Une unification de la procédure et de l'évaluation en vue d'aboutir à des taux uniques sont préconisés. On ne peut que souscrire à ces vues.

La résurgence de la responsabilité individuelle est souhaitable dans la mesure ou elle s'attache à des fautes certaines, qualifiées, caractérisées afin d'exclure dans un but préventif des comportements gravement fautifs.

Une conclusion ramasse les idées développées au cours de cet ouvrage dense et touffu posant les problèmes du droit de la responsabilité moderne qui se trouve dans une impasse. Il en est de même de la responsabilité médicale qu'on ne doit cependant point soumettre pour autant à un régime particulier.

Un projet de loi, une bibliographie et une table analytique des matières terminent cet ouvrage qui apporte des vues nouvelles aux problèmes que pose la responsabilité médicale.

André Thill

BAYLE Gabriel : L'enrichissement sans cause en droit administratif, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1973, 227 pages, 52.— FF.

Si on peut lire déjà en droit romain qu'il est de droit naturel que personne ne s'enrichisse au détriment d'autrui (Digeste « de regulis juris » 50,17), le chemin fut long jusqu'à ce que la notion d'enrichissement sans cause fut admise en droit administratif.

Dans une première partie l'auteur retrace l'évolution historique et la genèse du principe. Il rappelle les dispositions du code civil (art. 1371—1375 du code civil) pour constater que ces articles ne sont pas transposables tels quels en droit administratif. Aussi le Conseil d'Etat a-t-il hésité à consacrer un principe de droit privé sans prendre les précautions nécessaires en tenant compte des modes d'action de l'administration. Le refus d'admettre le principe civiliste se heurtait d'abord à l'argument de MM. Marquis di Barga et Lyon, tendant à éluder les règles de la comptabilité publique notamment la condition du vote préalable d'un crédit budgétaire. L'admission du principe aboutirait à tourner des règles budgétaires d'ordre public. Mais l'argument n'est pas décisif puisqu'il ne touche pas le fond du problème, mais seulement la procédure et la réglementation des dépenses publiques. Aussi la jurisprudence s'est-elle emparée de la théorie civiliste pour en retenir les éléments fondamentaux et en faire en droit administratif un

principe ayant acquis une certaine autonomie. La doctrine publiciste, représentée entre autres par Ducrocq est restée imprécise dans son premier stade. Hauriou a montré qu'il fallait reposer l'indemnisation de l'apprauvri sur le principe de justice et plus précisément sur une obligation quasi-contractuelle. Une tendance novatrice s'est fait jour qui admit le principe d'un droit à indemnité à condition que la dépense faite par le particulier ait profité à l'admnistration. En cas de contrat imparfait et d'enrichissement de l'administration certains auteurs analysaient l'indemnité comme un supplément du prix originairement fixé dans le contrat de base.

A la fin du 19e siècle Michoud et Mestre ont réagi et essayé d'introduire carrément la notion de l'enrichissement sans cause en droit administratif et d'imposer cette obligation à tous, y compris l'Etat.

La jurisprudence a créé un précédent par l'arrêt Boudier (Req. 15 juin 1892, D. 1892. I. 596) en reconnaissant le principe de l'enrichissement sans cause et en y mettant trois conditions, savoir l'assentiment de la collectivité publique, l'utilité de la dépense faite et le profit retiré sans cause. Par la suite la théorie s'élabora en jurisprudence par une série d'arrêts et elle fut développée dans la première moitié du XXe siècle par Aubry et Rau, Rouast, Ripert, Roques et Alexandrescu. Si le principe se trouve admis on a discuté encore sur l'originalité de la règle. Faut-il l'assimiler à l'action «in rem verso» du droit civil, ou lui attribuer une certaine autonomie en droit public. C'est vers cette thèse que l'on s'achemine sous l'impulsion de M. Waline. Si le Conseil d'Etat s'est référé dans ses arrêts à deux théories, celle des travaux utiles et celle des travaux nécessaires fondée sur les règles de la gestion d'affaires, il amalgame ces deux théories pour les fonder sur le principe de l'enrichissement sans cause auquel il attribue un caractère de généralité en lui réservant en même temps un degré d'originalité ou de spécificité sur le plan du droit administratif.

L'auteur examine par la suite la fonction du principe de l'enrichissement sans cause comme remède aux déséquilibres juridiques des contextes administratifs qui sont souvent entachés d'irrégularités, mais ont quand même été exécutés. Ces désiquilibres se constatent aux stades de la formation du contrat, de sa validité et des obligations résultant d'une gestion de fait ou d'une substitution d'action ou enfin d'une participation à l'exécution d'un service public.

Les types de cas d'enrichissement sans cause sont très variables En cas de litige la compétence de la juridiction dépendra de la qualification donnée au quasi-contrat d'enrichissement sans cause. Mais la primauté sera donnée à la responsabilité quasi-contractuelle, puisque selon M. Rivers l'acceptation tacite de l'administration et l'exécution montrent que l'efficacité se situe du côté de l'adhésion engendrant une responsabilité spécifique de nature quasi contractuelle fondée sur le principe de l'enrichissement sans cause.

Le contenu de la notion fait l'objet de développements étendus, d'abord l'élément quasi contractuel comme notion de fait, puis les conditions matérielles du principe en droit civil et en droit administratif, la signification des termes d'enrichissement et la limitation de l'indemnité selon M. Heumann, aux dépenses utiles et nécessaires. L'élément juridique se caractérise par une absence de cause. Pour cerner le problème l'auteur analyse la cause à l'intérieur du concept de l'appauvrissement et de l'enrichissement, notion juridique et fonction-

nelle en ce qu'elle tend à la compensation de deux situations en déséquilibre.

L'étude du fondement du principe général de l'enrichissement sans cause amène l'auteur à refuser un fondement civiliste pour aboutir à la spécificité du fondement qui a une finalité double, à la fois la protection de l'administration à laquelle on peut vouloir forcer la main et le souci d'éviter la dépossession de particuliers. Aussi certaines exigences doivent-elles être mises à l'application du principe tant intrinsèque (protection de l'intérêt général) qu'extrinsèque (idée d'équilibre).

Une bibliographie, des tables analytique et alphabétique terminent ce livre intéressant alors qu'il traite d'une « notion conforme aux objectifs d'ordre juridique, d'intérêt général et d'équité qui sont à la base du contentieux de la responsabilité de la puissance publique ».

A. T.

NAJARIAN Krikor : L'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel,
Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1973, 302 p., 58,— FF.

La question traitée est d'une importance particulière, puisqu'elle intéresse l'ordre social et la paix devant régner au sein de toute société civilisée. Dans son introduction, l'auteur indique les conséquences de l'irrévocabilité de la décision judiciare exprimées dans les adages « non bis in idem » et « res judicata pro veritate habetur ». Une fois coulée en force de chose jugée, le jugement intervenu est tenu pour définitif, il est réputé vérité et chacun doit s'y soumettre comme à la loi. C'est l'autorité négative qui empêche la remise en question de ce qui a été jugé au pénal, l'action publique étant épuisée. L'autorité positive de la chose jugée consiste à imposer à tous les autres juges le jugement intervenu et définitivement acquis au pénal. Cette force de la chose jugée au pénal s'impose au juge civil et même aux autorités extra-judiciaires et administratives, lorsqu'elles doivent apprécier les mêmes faits. L'auteur examine la notion du jugement, la procédure et les voies de recours.

Dans le titre premier on trouve l'histoire de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel du droit romain au droit moderne.

Le titre deux traite de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel en droit positif français contemporain.

L'autorité absolue de la chose jugée au criminel sur le civil et l'autorité relative au criminel de la chose jugée au criminel sont passées en revue. La distinction entre l'autorité subjective concernant les personnes et l'autorité objective concernant la cause ou la qualification des faits est examinée par rapport aux textes législatifs et par rapport à la jurisprudence.

L'autorité des décisions des juridictions de jugement, les arrêts des cours d'assises, les arrêts correctionnels, les jugements des juridictions (décisions de renvoi et décissions de non-lieu) font l'objet d'une étude minutieuse, chaque sorte de décision étant examinée dans son évolution historique et sous l'angle des textes législatifs, de la doctrine et de la jurisprudence. C'est dire l'utilité de l'ouvrage pour le practicien du Droit, d'autant plus qu'il incite à repenser le droit existant pour

l'améliorer en tenant compte de la tradition et des exigences des temps modernes qui se sont révélées notamment en matière d'amendement du coupable et d'individualisation de la peine.

Une bibliographie et une table des matières terminent ce livre clair et utile.

A. T.

Michèle Laure RASSAT : Le Ministère Public,
Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1967, Nouveau tirage 1975, 283 p. 54,— FF.

L'auteur, professeur à la Faculté de Droit de Rouen, apporte, comme l'indique M. Robert Vouin, professeur à l'Université de Paris II[e] « une contribution précieuse à l'examen d'un bon nombre de questions de droit et au développement de la théorie juridique de l'une de nos plus nobles institutions. »

Dans son introduction l'auteur esquisse les règles générales régissant l'action du Ministère Public et énonce les questions de détails qui ont agité la doctrine en matière civile et en matière pénale. L'origine du Ministère public est éclairée par rapport à l'institution même et par rapport à sa fonction et son passé à partir du droit romain et la fixation de son apparition au début du XIV[e] siècle, son développement pendant deux siècles pour aboutir à un stade assez parfait et rester pratiquement stable depuis le XVI[e] siècle. Les fonctions de l'Avocat du Roi en matière civile et du Procureur du Roi en matière criminelle sont passées en revue pour aboutir à l'institution telle qu'elle se présente sous la Révolution et notamment la naissance du ministère public comme organe judiciaire par les décrets de 1790. La véritable création en matière pénale du Ministère Public est une œuvre napoléonienne et qui a été plus spécialement inscrite dans le code d'instruction criminelle et les lois d'organisation judiciaire de 1810.

L'auteur examine ensuite les problèmes posés par le Ministère Public, d'abord sur le plan institutionnel, puis le problème fonctionnel lié à la complexité de ses attributions.

Le statut des officiers du Ministère Public se rapproche de plus en plus de celui des fonctionnaires en ce qu'ils sont soumis au pouvoir central (exécutif) et organisés de façon hiérarchique. Le recrutement, le déroulement de la carrière et le régime disciplinaire dénotent des particularités qui permettent d'affirmer que les officiers du ministère public sont également des magistrats, d'autant plus qu'ils détiennent le pouvoir de mettre en marche l'action publique, attribution à caractère judiciaire.

La situation statutaire du ministère public étant établie l'absence d'influence réciproque de la situation statutaire et de la situation juridique des officiers du ministère public est analysée (Droit de surveillance et droit de direction du garde des sceaux).

Les questions de la soumission au pouvoir central et de l'organisation hiérarchique du ministère public à travers l'histoire jusqu'à nos jours sont passées en revue. Les nouveaux textes de 1958 aboutissent à une concentration des pouvoirs au sein d'un même parquet, notamment entre les mains du Procureur général (art. 35, al. 1[er] et

37 C. pr. p). Le procureur général près la Cour de cassation est subordonné au Ministre de la Justice et devient de la sorte étranger aux parquets (art. 620 C. pr. p.). C'est le procureur de la République qui procédera ou fera procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale (art. 41 c. pr. p.). Le procureur général a un pouvoir de surveillance et de direction sur les parquets (art. 37 c. pr. p.). Il se dégage de ces textes que les représentants du ministère public se trouvent dans une subordination hiérarchique renforcée tant à l'égard du Procureur de la République que dans les rapports des parquets avec le procureur général.

Cette subordination hiérarchique est étudiée par rapport à la procédure pénale et par rapport à la procédure civile.

L'auteur définit d'abord la notion de « poursuite », puis le Garde des Sceaux et l'exercice de l'action publique sous l'angle de la doctrine des textes et de la jurisprudence. L'ordre de ne pas poursuivre est analysé sous l'empire des textes du code d'instruction criminelle (art. 274 c. instr. cr.) et du code de procédure pénale (art. 36 et 37 c. pr. p.). Ce dernier confère au Garde des Sceaux et aux procureurs généraux le droit d'ordonner le dépôt des réquisitions tendant à la condamnation et le droit d'ordonner le dépôt de réquisitions tendant au non-lieu à tous les stades de la procédure et jusqu'au jugement définitif.

En matière civile le siège de la matière se trouve dans l'article 5 de l'ordonnance du 23 décembre 1958, texte incomplet qui aboutit à la conclusion qu'en matière civile la subordination est plus complète qu'en matière pénale, puisque les supérieurs hiérarchiques ont le droit de donner l'ordre d'agir ou de ne pas agir sous ses différentes manifestations.

Si le pouvoir propre des chefs de parquet constitue une exception à la subordination hiérarchique, il en est de même du principe de la liberté de parole des officiers du Ministère Public.

L'adage « si la plume est serve, la parole est libre », fait l'objet d'une analyse serrée hautement intéressante. On énumère d'abord les hypothèses pratiques dans lesquelles il joue pour, aboutir a partir de la tradition historique, des travaux préparatoires du code d'instruction criminelle, des articles 48 et 49 du decrét du 6 juillet 1810 et l'article 6 de l'ordonnance du 12 juin 1928 aux textes nouveaux de 1958. Un sens littéral et un sens rationnel sont proposés à l'adage. L'éminent auteur n'est pas satisfait de la rédaction de l'article 33 qui s'inspire d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 7 juillet 1949, et préconise qu'au lieu d'écrire que le représentant du ministère public «est tenu de prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions qui lui sont données... il développe librement les observations orales, qu'il croit convenables au bien de la justice », il aurait fallu écrire qu'« il est tenu de prendre des réquisitions conformes aux instructions écrites qui lui sont données... il développe librement les observations qu'il croit convenables au bien de la justice. »

L'auteur examine ensuite le ministère public et le pouvoir central et les rapports des officiers au ministère public entre eux, pour terminer par le rôle de l'institution en droit positif. Si sous l'empire des textes de 1958, le ministère n'est pas à la merci du gouvernement, l'auteur y voit cependant une étape vers le chemin menant à un rattachement comme de simples fonctionnaires au pouvoir exécutif.

Dans la deuxième partie de son ouvrage il est question de la fonction du ministère public. En matière d'enquêtes le code de procédure pénale dénote une certaine hardiesse. L'enquête d'infraction flagrante, déjà prévue par le code d'instruction criminelle et l'enquête préliminaire introduite par le code de procédure pénale par les articles 76 et 77 et présupposant le consentement des personnes intéressées, font l'objet de développements intéressants.

Les pouvoirs d'information du procureur de la République sont comparés à ceux du juge d'instruction. Relevons les passages relatifs à l'interrogatoire (p. 197) et à la privation de liberté du suspect (p. 198 et ss.).

En ce qui concerne la mise en mouvement de l'action publique on constatera la timidité du code de procédure pénale.

L'appréciation de l'opportunité de la répression est réglée de façon laconique par le code de procédure pénale qui dit dans son article 40 que « le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner. » La liberté d'appréciation du Ministère public est envisagée en étudiant le problème du déclassement (correctionnalisation et contraventionnalisation) et celui de l'abandon de poursuite.

Dans la conclusion l'auteur critique l'actuelle conception du ministère public et propose une vue nouvelle basée sur l'idée qu'en tant qu'organe de la loi, le ministre public devrait être soustrait à l'influence de l'exécutif et que si le gouvernement entend intervenir comme partie plaidante en Justice, il devrait le faire par un fonctionnaire nouveau, le représentant du gouvernement auprès des tribunaux.

L'ouvrage comporte un index bibliographique étendu et une table de matière analytique. C'est un ouvrage qui intéressera sans conteste tous ceux qui s'intéressent à l'institution du ministère public que Madame Rassat situe entre son passé et son avenir.

A. T.

TÖNS Hans : Mutterschaftshilfe und Mutterschutz,
Asgardverlag Dr. Werner Hippe KG, Bonn-Bad Godesberg, Loseblattausgabe, einschließlich 4. Lieferung (Stand Januar 1973).

In der Einleitung stellt der Autor fest, daß die Problematik des Mutterschutzes drei Teilbereiche umfaßt. Erstens der Arbeitsschutz der verschiedene Arbeiten die den körperlichen Anforderungen einer Mutter nicht entsprechen, verbietet, zweitens der Kündigungsschutz der der Schutzbedürftigkeit der schwangeren und entbundenen Frau dient und drittens die Mutterschaftshilfe. Die gegenseitige Abhängkeit zwischen den verschiedenen Bereichen ist eindeutig damit das Ziel des Mutterschutzes gewährleistet wird.

Die geschichtliche Entwicklung wird von dem Gesetz vom 17. Juli 1878 über den Ausbau unter staatlicher Beteiligung (1914) der Kriegswochenhilfe (1919), des Gesetzes von 1926 (Reichszuschuß für Familienwochenhilfe), das Gesetz vom 16. Juli 1927 (Beschäftigungsverbote), zum umfassenden Schutz der erwerbstätigen Mutter durch die Gesetze von 1942 und 1952 und der Novelle von 1965/67 dargestellt. Internationale Übereinkommen wie das Washingtoner Übereinkommen von 1919,

das Übereinkommen Nr. 103 der Allgemeinen Konferenz der Internationalen Arbeitsorganisation (28. Juni 1952), die Empfehlung betreffend Mutterschutz von 1952, das Übereinkommen Nr. 102 über die Mindestnormen der sozialen Sicherheit, die europäische Sozialcharta (18. Oktober 1961) und die Europäische Ordnung der sozialen Sicherheit (16. April 1964) werden erwähnt und in kurzer Form erläutert.

Es folgen alsdann die Gesetzestexte mit jeweiligem eingehendem Kommentar und Angabe der Rechtssprechung. Quellenangaben über Herkunft und Begründung der Texte wurden nicht vergessen.

Im Anhang findet man Normen und Richtlinien, z. B. die Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über die ärztliche Betreuung während der Schwangerschaft und nach der Entbindung. Verlautbarungen der Verwaltung z. B. zur Ausstellung von Geburtsbescheinigungen, Urteile der Rechtssprechung, ein Stichwortverzeichnis und ein Paragraphenschlüssel runden dieses äußerst gediegene Werk ab.

A. T.

TÖNS Hans : Mutterschaftshilfe und Mutterschutz,
5. Ergänzungslieferung, 100 Seiten, Preis 13,80 DM, Asgardverlag, Dr. Werner Hippe, Bonn-Bad Godesberg.

Die fünfte Lieferung des oben besprochenen Gesamtwerkes bringt dasselbe auf den Stand von Juni 1974. Die §§ 195 RVO betreffend die Leistungen der Mutterschaftshilfe und des § 200 betreffend das Mutterschaftsgeld wurden insbesondere überarbeitet.

LÖHE Imgard, BUSCHMANN Werner, WILKEN Helmut : Handbuch für Krankenkassen und Ärzte.
Asgardverlag, Dr. Werner Hippe, Bonn-Bad Godesberg.

Das in Band II dieser Fachzeitschrift besprochene Werk von Hermann Ammermüller (s. S. 66, 4. Teil) wird nun durch ein Autor-Team neu bearbeitet, da der Autor verstorben ist. Der Titel bleibt derselbe, doch wird das Werk auf lexikalischer Basis fortgesetzt. Die Form des Loseblattausgabe wurde beibehalten und das Werk wird weiterhin als ein höchst nützliches Nachschlagekompendium allen bleiben die sich mit Sozialversicherungsrecht befassen. Medizinische, rechtliche Fragen die in der Krankenversicherung auftauchen, finden hier schnell eine Antwort. Das Handbuch gibt also eine Entscheidungshilfe erster Güte.

Die **16.** (Juli 1976, 112 Seiten, 24 DM) **und 17.** (198 Seiten, 47,60 DM) **Lieferung** zu dieser neu entstandenen Loseblattausgabe bringen die Ausführungen zu den Begriffen des Buchstaben A.

Das Werk kann allen Ärzten und Krankenkassenpraktikern empfohlen werden, umsomehr es eine rasche und klare Information bietet.

A. T.

ROHWER-KAHLMANN Harry Prof. Dr., SCHROEDER-PRINTZEN, FRENTZEL Louise Dr.: Aufbau u. Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit
Loseblattausgabe, Asgard-Verlag, Dr. Werner Hippe, 5205 St. Augustin.
20. Lieferung, 48 Seiten, 22,— DM

Diese Lieferung, des in Bd. III, 4. Teil, S. 21 dieser Fachzeitschrift besprochenen Werkes, enthält die neue Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur zu den §§ 1 bis 6 des SGG. In Anmerkungen zu den §§ 78, 83—85 des Sozialgerichtsgesetzes wird die Neuregelung des Vorverfahrens durch das Gesetz zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes vom 30. 7. 1974 behandelt. § 106 SGG laut dessen Neufassung der Vorsitzende Zeugen und Sachverständige vor der mündlichen Verhandlung zu vernehmen befugt ist, wird erläutert. Zu § 160a SGG des SGG wird in 59 Randziffern Stellung genommen, § 161 SGG, der die Sprungrevision beinhaltet wird in 77 Randziffern ausgeführt.

21. Lieferung, 68 Seiten, 31,50 DM

Die Lieferung enthält den Text der am 23. 9. 1975 bekanntgemachten Neufassung des Sozialgesetzbuches unter Berücksichtigung der bis zum 20. 12. 1974 erlassenen Änderungsbestimmungen. Erläutert werden die §§ 162, 163 SGG die die Revisionsgründe und die Bindung an den Tatbestand regeln. Unter § 164 SGG der die Einlegung der Revision betrifft wird die neuere Rechtsprechung erwähnt, sowie besonders das Erfordernis der Schriftform der Revisionseinlegung. Der « bestimmte Antrag » soll klarstellen, wieweit ein angefochtenes Urteil angegriffen wird. Der Anhang wird durch das Sozialgesetzbuch (SGB) — Allgemeiner Teil — vom 11. 12. 1975 ergänzt.

22. Lieferung, 120 Seiten, 61,50 DM

Zu § 67 des Sozialgerichtsgesetzes der die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand betrifft, wird besonders die neuere Rechtsprechung zum Begriffe der höheren Gewalt erläutert. § 103 betreffend die Amtsermittlung, die Mitwirkungspflicht und das Mitwirkungsrecht der Beteiligten wird in 103 Randziffern dargestellt. Zahlreiche Fußnoten verweisen auf Literatur und Rechssprechung. Das Mitwirkungsrecht der Beteiligten läuft im besonderen auf ihr Recht Beweisanträge zu stellen, hinaus. Die Beweisführungspflicht und die objektive Beweislast werden in den Randziffern 101—113 dargetan. Der § 160 über die Statthaftigkeit der Revision wird in 308 Randziffern kommentiert. Die Auswirkungen zu § 136 des Sozialgerichtsgesetzes über die prinzipielle eingeschränkte Bindung des Bundessozialgerichtes an die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils verweisen unter anderem auf den Entscheid des Bundessozialgerichts vom 18. 5. 1976. Erläuterungen zu den §§ 165, 166 des SGG über anwendbare Berufungsvorschriften, anwendbare und nicht anwendbare erstinstanzliche Bestimmungen und den Vertretungszwang schließen diese Lieferung ab.

ZEUNER Richard u. WILHELM Hermann : Lohnabrechnung, Sozialversicherungsbeiträge, Kontrolle.
Loseblattausgabe, 310 Seiten, 44,50 DM, Asgardverlag, Dr. Werner Hippe, Bonn-Bad Godesberg 1975

Die Autoren dieses Werkes stellen mit Recht fest, daß jede Kalkulation in Wirtschaft und Industrie Lohn- und Gehaltskosten enthält, in der Verwaltungssprache « persönliche Kosten » genannt. Die Bedeutung der Materie der Lohn- und Gehaltsabrechnungen braucht daher nicht mehr hervorgestrichen zu werden. Kenntnis aus Sozialversicherungsrecht und Lohnsteuerrecht sind unumgänglich. Die Vielfalt, der ständige Fluß der Änderungen und Neuerungen macht den Stoff unübersichtlich und äußerst schwierig. Da somit viele Sachbearbeiter

Nach einer kurzen Literaturangabe, wird im ersten Teil die Lohn- und Gehaltsabrechnung behandelt, im besonderen die Begriffe Bruttolohn, Nettolohn, die Berechnung und Zahlung der Beiträge zur Sozialversicherung, Hinweise für die Lohnabrechnung, Vordrucke und Tabellen.

Das Meldeverfahren nach der Datenverfassungsordnung (DEVO) vom 24. 11. 1972 und der Verordnung über die Datenübermittlung (DÜVO) vom 18. Dezember 1972 für die Träger der Sozialversicherung und für die Bundesanstalt für Arbeit wird im zweiten Teil behandelt.

Der dritte Teil beschäftigt sich mit der Prüfung der Lohnabrechnung und im besonderen mit der Beitragsüberwachung durch die Sozialversicherungsträger.

Die gesetzlichen Vorschriften werden im vierten Teil wiedergegeben. Der fünfte und vorletzte Abschnitt des Werkes ist als Anhang bezeichnet und behandelt hauptsächlich Beitragsstreitigkeiten. Ein Stichwort verzeichnis schließt dieses übersichtliche Handbuch ab. Man kann es nur den Sozialversicherungsträgern, Lohnabteilungen und allen die sich mit Lohnabrechnungsfragen in sozialversicherungsrechtlicher Sicht zu beschäftigen haben, empfehlen.

Reichsversicherungsordnung
Beck-Texte — Deutscher Taschenbuchverlag, Gesamtherstellung C. H. Beck'sche Buchdruckerei, Nördlingen, 2. Auflage.

Wie Ministerialdirigent Heinz Stroer in der Einführung hervorhebt, stellt die RVO die bedeutendste und umfangreichste Rechtsgrundlage der deutschen Sozialversicherung dar. Er stellt die RVO in Bezug zum Grundgesetz und umreißt die geschichtliche Entwicklung zum Aufbau und Inhalt der Reichsversicherungsordnung und des Sozialgesetzbuches. Es folgen die Gesetzestexte der RVO, des Arbeiterrentenversicherungs-Neuregelungsgesetzer (ArVNG) vom 23. Februar 1957, des Sozialgesetzbuchs (SGB) vom 11. 12. 1975 und des Gesetzes über eine Rentenversicherung der Handwerker (HwVG) vom 8. September 1960. Ein Sachverzeichnis schließt diese nützliche und handliche Textangabe ab.

Beck'sche Textausgabe : BUNDESSOZIALHILFEGESETZ, Beckverlag, München, 1976, 392 Seiten, 12,80 DM.

Diese handliche Ausgabe enthält das Bundessozialhilfegesetz, nebst den ergänzenden bundesrechtlichen Vorschriften (Verordnungen, Anordnungen, Unterhaltssicherungsgesetz, Bundesversorgungsgesetz, RVO-bestimmungen, Sozialgesetzbuch, Bundesvertriebenengesetz, Bundesevakiertengesetz und das Gesetz zum europäischen Fürsorgeabkommen). Im zweiten Teil werden die landesrechtlichen Vorschriften wiedergegeben. Im dritten Teil findet man Verwaltungsabkommen (Fürsorgerechtsvereinbarung und Verfahrensordnung der Spruchstellen für Fürsorgetätigkeiten). Die Ausgabe schließt mit einem Sachverzeichnis ab.

überfordert sind, stellt dieses Werk eine nützliche und willkommene Hilfe dar, wobei eine besondere Stellung dem Sozialversicherungsrecht beschieden ist.

LEMINSKY Gerhard, OTTO Bernd : Politik und Programmatik des deutschen Gewerkschaftsbundes,
Bund-Verlag, Köln, 480 Seiten.

Wie das Vorwort lehrt, gibt es ohne gewerkschaftlichen Kampf keinen gesellschaftspolitischen Fortschritt. Somit muß der Gewerkschaftsbund ein Gesamtkonzept entwickeln das dem gesellschaftspolitischen Auftrag der Gewerkschaften gerecht wird. Gesellschaftliche Veränderungen werden aufgestellt und somit hat die Gewerkschaft eine zweifache Aufgabe. Einerseits als Selbsthilfe- und Kampforganisation um ihre Mitglieder vor materiellen Folgen der wirtschaftlichen Unterlegenheit zu schützen und andrerseits eine politische Bewegung zur Beseitigung der gesellschaftlichen Bedingungen der Abhängigkeit und Unterprivilegierung der Arbeitsnehmer.

In der Einleitung wird unter anderem die Autonomie der Gewerkschaften in der Sicht verschiedener Leitbilder dargetan. Der freiheitliche Sozialismus ist eng mit der Sozialdemokratie und den Gewerkschaften verbunden. Die gegenwärtigen Vorstellungen ergeben eine « Politisierung » die eine strukturelle Ursache in dem Maße, wo die Existenz des einzelnen nicht mehr von individuell lösbaren Faktoren abhängt und die Gewerkschaften nicht auf eine Arbeiterpartei zurückgreifen können.

Programme müssen ständiger Diskussion unterliegen um lebendig zu bleiben und ein Wissen um die verschiedenen Standpunkte und Konzepte ist unerläßlich um eine Weiterentwicklung zu bewerkstelligen. Diesem Wissen soll dieses Buch dienen.

Es ist unmöglich im Rahmen dieser hinweisenden Rezension die Fülle des besprochenen Stoffes im einzelnen hier zu analysieren. Heben wir die abgehandelten Gebiete hervor; Grundsatz und Aktionsprogramm des D. G. B., die Probleme der Bildung, der Mitbestimmung, der Vermögensbildung, der Beteiligung der Arbeitnelhmer am Produktionsvermögen, die Tarifpolitik, die Sozialpolitik, die Wirtschaftspolitik, die Steuerpolitik, die Regional-, Struktur-, Städtebau- und Wohnungspolitik. Desweiteren wird die Gruppenarbeit des DGB behandelt im Rahmen der Jugend, der Frau, der Angestellten, der Beamten und der Arbeiter. Ein Kapitel ist der Internationalen Gewerkschaftspolitik gewidmet. Kulturpolitik, Satzung und Aufbau des DGB schließen das Buch. Ein Stichwortverzeichnis rundet in nützlicher Weise dieses Werk ab.

Es kann nur empfohlen werden dieses reichhaltige Buch zu lesen da es nicht nur eine umfassende Sicht der gewerkschaftlichen programmatischen Modelle gibt, sondern auch die geistigen Grundlagen und die konkreten Motivationen darlegt.

A. T.

KRIER Antoine : Werden und Wirken
Lëtzeburger Arbechterverband 1916—1966, 205 Seiten, Imprimerie Coopérative Luxembourgeoise, Esch/Alzette.

Antoine Krier war von den Gründungsjahren bis zum fünfzigjährigen Jubiläum des Verbandes mit dabei. Vierzig Jahre war er hauptamtlicher Verbandsfunktionär beim LAV, so daß er besonders dazu geeignet war, diese Verbandsgeschichte aus dem Miterleben darzustellen.

Sein Buch schildert in wirklichkeitsnaher Art die Vorgeschichte und Gründerjahre des Verbandes, den Kampf um den Arbeitsplatz, die Besatzung, den Wiederaufbau nach dem Zweiten Weltkrieg, sowie ein Blick auf das Europa im Werden.

Das Buch ist klar und verständlich. Es gibt eine Fülle von interessanten Angaben in Auszügen aus Presse und Gewerkschaftsgeschehen Briefwechsel und persönlichen Akten, die als Unterlagen zu weiterem Forschen anregen und der Veröffentlichung einen hohen Grad von Ausführlichkeit bescheinigen. Die Fotos von markanten Daten und Dokumenten aus der Geschichte der Arbeiterbewegung lockern das Buch in interessanter und nützlicher Weise auf.

A. T.

TEMPLE Henri : Les sociétés de fait; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1975, 378 p.

Les sociétés de fait sont des sociétés se trouvant en dehors du cadre légal, mais elles existent quand même. La notion est indispensable pour conserver la validité des actes passés par une telle société avant son annulation.

L'auteur examine d'abord la société de fait sous l'angle historique en distinguant la période antérieure au code de commerce, la période postérieure à la promulgation du code de commerce et le régime institué par la loi du 24 juillet 1966.

Notons l'intérêt particulier des éléments de droit comparé relatifs aux « corporations » et aux « partnerships ».

Le problème général des situations de fait se retrouve tant en droit public qu'en droit privé. En droit privé l'auteur relève le domicile de fait, le ménage de fait, la filiation de fait et la tutelle de fait. En droit commercial on trouve la faillite de fait et la situation de dirigeant social de fait.

La notion de société de fait est l'objet de la première partie de l'ouvrage. L'auteur constate qu'il faut un fait matériel qui se rattache à la loi par un lien imparfait. Il reprend un à un les trois éléments contenus dans ce concept en les analysant et en les commentant d'une façon approfondie avec références doctrinales et jurisprudentielles détaillées.

La deuxième partie de l'ouvrage traite du régime des sociétés de fait. Il convient de ne pas faire disparaître la société de fait, mais de la consolider. Cette consolidation peut se faire par la régularisation qui peut s'opérer par la modification de la société ou par la réparation de l'imperfection. A côté de ces modalités, il y a la prescription de l'action en nullité.

Il se peut aussi que la société doive disparaître en raison de ses imperfections. Comme causes directes de disparition, l'auteur étudie les actions en nullité et l'action en dissolution de plein droit. Les causes indirectes sont constituées par l'hypothèse prévue par le code civil en l'article 1869 savoir la renonciation. Une hypothèse moderne a été créée par la loi du 24 juillet 1966 et résulte de la reprise des apports par les associés.

L'auteur constate que les sociétés de fait se trouvent influencées par la réforme du droit des sociétés. Il y a lieu de distinguer entre les sociétés dotées de personnalité morale et celles qui n'en jouissent pas. En adoptant cette division on aboutit à étudier les sociétés de fait bénéficiant de la personnalité morale, savoir les sociétés commerciales immatriculées, nulles ou prorogées irrégulièrement et les sociétés civiles entachées des mêmes vices. Le droit actuel a posé deux règles à leur égard: le maintien des actes accomplis et l'obligation de procéder à la liquidation de la société.

Les sociétés dépourvues de la personnalité morale comprennent les sociétés valablement constituées, mais qui n'ont pas été immatriculées. Le régime applicable à ces sociétés est celui qui a été élaboré par la jurisprudence quant aux sociétés créées de fait. Les rapports internes des associés au cours du fonctionnement et lors de la dissolution sont examinés, ainsi que les rapports externes.

La conclusion constate que les sociétés de fait subsistent toujours, mais que la théorie des sociétés de fait est en train de se fondre dans les textes légaux. M. Temple y voit un beau titre de gloire.

Cet ouvrage, particulièrement dense, même parfois ardu se situe bien dans la ligne de l'ouvrage classique du professeur Hémard sur la théorie et la pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait. Comme cet ouvrage, celui-ci est à son tour une étude de jurisprudence et de droit comparé.

Une bibliographie, un index alphabétique et une table analytique des matières complètent utilement ce livre méritoire.

A. T.

De POULPIQUET Jeanne : La responsabilité civile et disciplinaire des notaires; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974, 472 p., 140,— F.

Mme de Poulpiquet constate dans l'introduction de son important ouvrage que dans le monde moderne le besoin de sécurité est devenu une aspiration collective, bien que constituant un mythe entre tant d'autres. La profession de notaire a évolué au cours des temps et se distingue par sa complexité et sa technicité. De conseiller familial, de magistrat de juridiction volontaire, de gestionnaire de patrimoines, de bailleur d'authenticité, le notaire moderne est devenu « censeur à priori des affaires ». Rien d'étonnant que sa responsabilité ait augmenté et ait été collectivisée. Un statut du notariat définit l'organisation de la profession qui est toujours imprégnée d'un esprit corporatiste.

Dans un premier livre l'auteur étudie la responsabilité spécifique du notaire qui se fonde sur sa fonction particulière. En se basant sur la définition de Planiol que la faute est la violation d'une obligation préexistante, il importe de faire le tour des obligations incombant aux notaires. Il y a pour commercer le devoir légal d'authenticité. Cette authenticité consiste à respecter le droit de la forme et impose des obligations personnelles et des obligations formelles aux notaires. Officier public institué, le notaire ayant prêté serment, doit respecter les règles de la compétence personnelle notamment s'abstenir de rédiger des actes dans lesquels apparaissent des parents, et ce notamment en vue de garantir l'obligation d'impartialité qui lui incombe. Les règles de compétence territoriale imposant au notaire une obligation de résidence dans le lieu qui lui est assigné et lui font interdiction d'instrumenter en dehors de son ressort. Les obligations personnelles de contrôle consistent dans la certification de l'identité des parties et à la réception personnelle des actes. A ce dernier égard un allègement est intervenu par le décret du 26 novembre 1971 conférant au notaire la faculté d'habiliter un clerc afin de recevoir les parties à sa place et de recueillir les signatures. Le décret du 28 décembre 1973 précise les conditions pour l'obtention de l'habilitation. Comme l'habilitation s'exerce sous la surveillance et la responsabilité du notaire, celui-ci reste tenu de la faute de son préposé, s'il y a relation causale entre la faute du clerc et les devoirs du notaire, notamment son devoir de conseil. Une action directe contre le clerc habilité est possible, mais ces recours sont rares en pratique.

Les obligations formelles auxquelles le notaire doit soumettre l'acte pour lui conférer l'authenticité et leurs sanctions, plus spécialement en

matière de donations entre vifs et de testaments, font l'objet d'un exposé succint. L'enregistrement, la publicité, la conservation des actes notariés, la délivrance des grosses et de copies constituent les formalités postérieures à la rédaction de l'acte.

Le devoir jurisprudentiel du devoir de conseil fait l'objet de développements substantiels. Le notaire doit être un conseil désintéressé des parties et empêcher les différends de naître. Le devoir de conseil est un impératif professionnel et présente un caractère absolu. La base légale de la responsabilité notariale se trouve dans l'article 1382 du code civil. L'étendue du devoir de conseil du notaire augmente proportionnellement avec le manque d'expérience des clients. Le contenu du devoir de conseil va en s'élargissant et s'apprécie par rapport à la validité et l'efficacité des actes. Relevons sous ce rapport les paragraphes consacrés par l'auteur au contrôle des conditions de droit (vérification des droits de propriété), la responsabilité pour erreur de droit et la recherche de la protection de la volonté des parties.

La nature juridique de la responsabilité notariale est diminuée par une dualité qui provient du fait que si une règle imposée par la loi est violée, il y a responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, alors que si une règle ayant sa source dans un contrat se trouve restée inexécutée, il y a lieu d'appliquer les règles de la responsabilité contractuelle. L'auteur montre que cette dualité tend à s'estomper pour faire place à une responsabilité notariale spécifique.

L'approche contractuelle de la responsabilité notariale se révèle hautement critiquable, si l'on considère le caractère obligatoire du ministère du notaire. La mise en œuvre de cette responsabilité apparaît comme difficile, notamment quand les parties ont chargé le notaire de certaines missions déterminées. La jurisprudence s'empare alors du mandat et de la gestion d'affaires, tout en dénaturant les règles régissant ces notions. Relevons que la faute s'apprécie de façon très stricte en raison notamment de la qualité d'officier public du notaire. Le devoir de conseil aide à étudier les obligations notariales et c'est cette notion qui tend de nos jours à fonder la responsabilité notariale. En effet, ce devoir apparaît comme absolu, mais relatif dans son contenu, et en conformité avec le service public dont le notaire est chargé.

C'est ainsi qu'en raison de la qualité d'officier public, qu'une responsabilité notariale spécifique est en train de se former. Cette responsabilité se fonde sur une base délictuelle ou quasi-délictuelle. Elle aboutit à une protection renforcée des clients et une sévérité accrue, c'est-à-dire une responsabilité aggravée dans le chef du notaire.

Grâce à la base délctuelle, l'action en responsabilité peut être mise plus facilement en œuvre et la réparation s'étendre au dommage réellement subi. La faute professionnelle s'apprécie in abstracto par rapport à un « standard « élevé, qui fait y inclure même la faute très légère. Le classement de la faute en faute intentionnelle, en faute lourde et en faute légère, se répercute sur le montant des dommages-intérêts. Le modèle de référence est le « notaire compétent impartial et prudent ». Aussi la jurisprudence a-t-elle ouvert une large brèche en estimant qu'il suffit que le notaire ait pu prévoir le préjudice pour qu'il ait commis une faute d'intention. Il y a, constate l'auteur, confusion entre faute intentionnelle et faute lourde.

Cette jurisprudence extensive de la responsabilité notariale a abouti à une responsabilité professionnelle du notariat et au groupement des

notaires en vue d'un exercice mieux conçu de leur profession. Les différentes formes de sociétés professionnelles sont les sociétés de moyens, les société civiles professionnelles qui se constituent sous deux formes, la société de notaires et la société titulaire d'un office notarial. La responsabilité est conçue comme une responsabilité solidaire en ce que celle-ci s'exerce sur le plan de la société et celui des associés. L'associé répond d'abord à titre individuel de sa faute et, en cas de défaillance, la société se substitue à lui. Si par impossible le patrimoine social est insuffisant, il se pourrait que les associés fussent tenus sur leurs biens personnels.

Le besoin de sécurité du client et l'extension jurisprudentielle de la responsabilité notariale a eu pour conséquence la création d'organismes professionnels qui, s'appuyant sur une solidarité corporative, ont institué une responsabilité collective des notaires. Cette garantie collective s'est assortie d'une responsabilité disciplinaire.

Le domaine de la garantie collective s'étend au remboursement de dépôt et au paiement des dommages-intérêts. Ces derniers visent les montants indemnitaires auxquels les notaires ont été condamnés « en raison de leur fait, de leur faute ou de leur négligence ou du fait de la faute ou de la négligence de leur personnel. »

Les mécanismes de garantie passent par les Caisses Régionales et la Caisse Centrale dont l'organisation est étudiée par l'auteur. Des mesures préventives ayant pour objet la surveillance, le contrôle par les Chambres Départementales, le Conseil Régional et le Conseil Supérieur du Notariat, sont prévues. Une assistance préventive peut être instituée auprès d'un notaire par le Conseil d'Administration de la Caisse Régionale afin de donner à l'intéressé tous avis, conseils, mises en garde et de procéder à tous contrôles et de demander que soient prises toutes mesures destinées à assurer la sécurité de la clientèle.

La responsabilité disciplinaire correspond à des règles particulièrement précises et en vigueur au sein du notariat. S'il y a une distinction à faire entre la responsabilité disciplinaire et la responsabilité civile, l'auteur estime que le droit disciplinaire notarial est de même nature que le droit pénal. La seul différence résiderait dans l'étendue et dans la spécificité du groupement auquel ce droit disciplinaire s'applique. L'infraction disciplinaire est étudiée d'abord quant à l'auteur. Sous ce rapport elle s'applique aux notaires en exercice, aux clercs aspirants, candidats au notariat.

L'infraction disciplinaire est analysée par la suite en premier lieu sous l'angle de sa composante légale. L'article 2 de l'ordonnance du 28 juin 1945 définit l'infraction disciplinaire comme « toute contravention aux lois et aux règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout fait contraire à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse commis par un officier public, même se rapportant à des faits extra-professionnels. » La contravention aux lois et règlements concerne les textes légaux qui portent organisation du notariat, alors que les concepts de probité, d'honneur et de délicatesse, non définis par le législateur, posent certains problèmes dans leur application pratique. L'auteur constate d'abord avec raison que ces notions se relient par une étroite complémentarité et ensuite que la jurisprudence les utilise pour caractériser les fautes professionnelles commises et pour appliquer une sanction disciplinaire. Relevons que l'activité du notaire ne s'apprécie pas seulement sur le plan professionnel, mais également sur le plan

de sa vie privée. Sa conduite doit être telle qu'elle ne nuit pas à la réputation de la corporation des notaires.

La composante morale de l'infraction consiste dans la culpabilité du notaire, en d'autres termes, il faut que l'acte fautif lui soit imputable.

Les sanctions disciplinaires peuvent être groupées en deux catégories :

1) les peines de discipline intérieure, savoir le rappel à l'ordre, la censure simple et la censure devant la Chambre assemblée.
2) les peines plus graves relèvent du pouvoir judiciaire.

Comme ces dernières peines ont un caractère afflictif, il appartient au Tribunal de Grande Instance de les prononcer. Il s'agit de la défense de récidiver (blâme solennel) et des mesures d'élimination du notaire. L'élimination peut être temporaire (suspension provisoire et interdiction temporaire) ou définitive (exclusion définitive). L'exclusion définitive s'obtient par deux procédés, l'un administratif, mais contrôlé judiciairement et aboutissant à la démission d'office, l'autre exclusivement judiciaire et pouvant aboutir à la destitution.

Dans sa conclusion Jeanne de Poulpiquet ramasse ses développements en relevant le caractère ambiguë de la profession notariale qui peut se résumer comme suit : Officiers publics nantis d'un statut de droit privé, membres d'une profession libérale à obligations statutaires et soumis à une responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle assez stricte.

Aussi l'auteur préconise-t-elle le maintien d'un équilibre sain entre la bipolarité de la fonction de notaire.

Une bibliographie fouillée et une table des matières terminent cet ouvrage dont il faut souligner la clarté et le riche enseignement qui s'en dégage pour tout juriste.

A. T.

BUDINER Melitta : Le droit de la femme à l'égalité du salaire et la Convention n° 100 de l'Organisation Internationale du Travail; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1975, 254 pages, 82,— F.

L'Organisation Internationale du Travail a adopté en 1951 la convention n° 100 concernant l'égalité de rénumération entre les hommes et les femmes.

Dans la première partie l'actualité du problème de l'égalité des salaires entre hommes et femmes et soulignée. Un bref aperçu historique complète cette vue. Les mouvements féminins tendant à la libération de la femme dans tous les domaines n'étaient pas restés sans influence sur le plan de l'égalité de traitement en matière de rémunération du travail. L'importance accrue du travail salarié féminin a renforcé dans les faits les revendications des mouvements féministes. Aussi une action internationale de la part des grandes organisations internationales (ONU, OIT, CEE et Conseil de l'Europe) a-t-elle porté ses fruits.

Dans la deuxième partie la convention n° 100 de l'Organisation Internationale du Travail fait l'objet d'un examen particulier. En commençant par la définition du principe « à travail égal ou de valeur égale, salaire égal », l'auteur passe au problème de l'évaluation objective des emplois (art. 3 § 2 de la Convention n° 100) et renvoie à la convention n° 90 (§ 5) dans laquelle les gouvernements sont invités à établir des

méthodes permettant cette évaluation par l'analyse du travail en vue d'aboutir à une classification des emplois sans considération de sexe. L'auteur se borne à exposer les deux grandes méthodes de qualification du travail, à savoir la méthode des classes et la méthode des points.

L'application de la convention par les Etats ayant ratifié la convention fait l'objet d'un examen détaillé sans oublier la question de l'effet « self-executing ».

Dans la troisième partie, ce sont les normes régionales concernant l'égalité de rémunération qui sont passées en revue. D'abord la « traduction européenne de la convention n° 100 », l'article 119 du Traité de Rome et ensuite la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe (art. 4 § 3).

La quatrième partie de l'ouvrage traite de l'évolution de l'application du principe sur le plan national et notamment des moyens auxquels on a recours pour aboutir à une fixation égale du taux de rémunération : le salaire minimum légal, les conventions collectives, l'arbitrage obligatoire, les lois et règlements spéciaux dans le secteur public, les constitutions et les lois d'application générale, le contrôle de l'application du principe et sa protection judiciaire. Il convient de retenir que les Etats appliquent par des moyens divers le principe de l'égalité de salaire. Le moyen le plus efficace est d'imposer par une loi le principe dans le secteur privé de l'économie. L'auteur constate qu'en fait des écarts sensibles entre les salaires des hommes et ceux des femmes persistent, tout en reconnaissant que ces écarts « ne sont que le reflet d'un ensemble d'éléments qui influent sur les salaires des femmes, y compris des facteurs qui ne résultent pas d'une discrimination directe, tels que les différences entre hommes et femmes en ce qui concerne la qualification, la structure sectorielle et professionnelle de la main-d'œuvre, les heures de travail et les heures supplémentaires effectuées, l'âge, l'ancienneté dans l'entreprise. »

Il n'est que logique que l'auteur se penche dans la dernière partie sur les problèmes d'ordre économique et social, sociologique et psychologique qui créent des obstacles à l'égalité de rémunération. Y a-t-il moindre capacité physique et intellectuelle de la femme, instabilité dans l'emploi et absentéisme plus grand chez les femmes, voilà les questions que se pose l'auteur pour y répondre sur base de statistiques et de références objectives (v. p. ex. p. 145). La législation de protection spéciale de la femme au travail doit également être prise en considération, notamment le travail de nuit, la protection de la maternité (Convention de l'Organisation Internationale du Travail n°s 3 et 103, recommandation n° 123) et leurs conséquences sur la productivité des entreprises.

Il en ressort que le travail de la femme mariée pose des problèmes spéciaux, d'abord par rapport à son droit au travail non seulement pour vivre, mais, comme le précise le professeur Fourastié, pour « participer à la production, à la vie sociale, de développer sa personnalité. »

La femme mariée qui veut travailler en dehors de son foyer familial suscite des problèmes quant aux responsabilités familiales. On tend à trouver une solution à ces problèmes par l'installation de services sociaux et de soins aux enfants, par la participation du mari aux responsabilités familiales et l'aménagement des heures de travail et plus spécialement le travail à temps partiel.

L'idée ancienne du mari chef de famille vient à vaciller et il faut créer un statut de chef de famille en payant par les assurances sociales les allocations familiales, en versant des allocations à la « mère au foyer » et en accordant des exonérations d'impôt pour personnes à charge. En matière de droit civil la participation de la femme aux obligations de chef de famille doit être renforcée.

Le problème de la ségrégation des emplois pose la question des chances d'accès aux emplois et de promotion. Les conventions de l'Organisation Internationale du Travail n°s 100 et 111 et les recommandations n°s 90 et 123 s'en occupent. L'auteur rappelle les développements d'Evelyne Sullerot dans son livre « L'emploi des femmes et ses problèmes », qui estime qu'« il n'est pas plus féminin de surveiller des broches que de dessiner des machines, de taper sur une machine à écrire plutôt que sur une linotype ». Encore faut-il évoquer les problèmes de formation, de recyclage et de la situation de la femme dans la société. L'auteur précise qu'il faut changer l'idée de concurrence entre les deux sexes pour arriver à une conception de collaboration aussi bien sur le plan familial que professionnel.

Dans les pages finales l'auteur donne un résumé général et conclut que beaucoup serait gagné, si les femmes elles-mêmes verraient plus nettement les problèmes et contribueraient plus activement à leur solution.

Les annexes contiennent des textes internationaux (notamment conventions et recommandations). Une bibliographie termine cet ouvrage utile écrit par une spécialiste en la matière.

A. T.

MESTRE Achille : Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'Administration; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974, 312 pages.

Le titre du livre exprime bien le thème dont il traite, mais il convient de remarquer qu'il se limite au contentieux de l'excès du pouvoir.

Si le Conseil d'Etat apparaît comme le défenseur des administrés, comme on se plaît de le répéter, l'auteur dévoile l'autre face du Conseil d'Etat, celui de protecteur des prérogatives de l'Administration.

Dans une première partie l'auteur, petit-fils du célèbre professeur de droit Achille Mestre, étudie la protection indirecte des prérogatives de l'Administration par l'autolimitation du Conseil d'Etat.

Par rapport aux limites générales du contrôle juridictionnel, l'auteur constate l'inégalité des parties en litige, le privilège de l'exécution d'office et le fardeau de la preuve incombant au demandeur. Ces points ont été atténués par le pouvoir inquisitorial du Conseil d'Etat et par la procédure de sursis à exécution. Lors de l'élaboration de l'arrêt, le Conseil d'Etat limite l'efficacité des moyens d'annulation et par là consacre implicitement un certain degré d'illégalité. C'est ainsi que des moyens tirés de la légalité externe, de l'erreur de droit et du détournement de pouvoir restent inopérants. D'autres moyens, bien que recevables, ne donnent pas lieu à annulation. Ce sont les moyens rentrant dans l'une des catégories suivantes: formalités non substantielles, principes non impératifs et motifs surabondants.

Par rapport aux limites de l'efficacité de la décision d'annulation, le Conseil d'Etat prend soin de ne procéder qu'avec prudence. Il se refuse

d'adresser des injonctions à l'Administration. En annulant une décision administrative, il met celle-ci à néant, mais s'abstient d'en tirer les conséquences juridiques pour les imposer à l'Administration. La portée de l'annulation est limitée à la décision annulée, parce qu'un jugement ne saurait entraîner que l'annulation de la décision ayant fait l'objet du recours en annulation. A ce principe il y a deux exceptions, savoir l'annulation par voie de connexité et l'annulation par voie de conséquence.

L'exécution de l'arrêt bien que muni de la formule exécutoire peut donner lieu à des difficultés. Le juge limite son contrôle sur l'exécution en ce qu'en principe il ne suit pas celle-ci. Depuis le decrét du 31 juillet 1963 le Conseil d'Etat peut exécuter un contrôle. Trois procédures ont été prévues :

a) demande du ministre au Conseil d'Etat pour que celui-ci éclaire l'Administration sur les modalités d'exécution;
b) information de l'Administration par le Conseil d'Etat sur les suites à donner;
c) information du Conseil d'Etat par le requérant ayant eu gain de cause au terme d'un délai de six mois suivant le prononcé de l'arrêt, qu'il existe des difficultés d'exécution.

Le Conseil d'Etat n'use de ces facultés qu'avec une extrême réserve.

Les sanctions pour l'inexécution de la chose jugée se trouvent être très limitées. La victime peut évidemment introduire une nouvelle action et il est probable que le juge administratif impartira à l'Administration un délai. Annulations à répétition, mise en jeu de la responsablité administrative, rapport annuel de la Cour des Comptes ne constituent que des palliatifs. L'auteur envisage plusieurs méthodes :

1° la responsabilité du fonctionnaire pour faute personnelle, solution contraire à la notion de faute personnelle du fonctionnaire et au fait que les décisions émanent souvent d'un collège;

2° l'astreinte, solution possible, mais limitée dans son efficacité pratique;

3° l'ordonnance prise par le juge judiciaire de droit commun et enjoignant à l'Administration de rétablir la légalité. C'est cette dernière solution que recommande M. Mestre.

L'auteur traite ensuite des domaines privilégiés dans lesquels le Conseil d'Etat n'exerce qu'un contrôle réduit ou aucun contrôle du tout.

C'est surtout en raison des difficultés techniques dues à la spécialisation poussée des décisions administratives que le Conseil d'Etat n'a pas poussé son contrôle dans le domaine du contentieux technique. Dans le domaine du contentieux économique le Conseil d'Etat a restreint son contrôle d'une part sur le contrôle des motifs et d'autre part sur les mobiles de l'auteur. Il apprécie de façon large la notion d'intérêt général et présume souvent la conformité à cet intérêt général. Dans le domaine du contentieux politique il faut relever que le Conseil d'Etat a censuré des decrets-lois ou des ordonnances (arrêt Canal). Mais ce contrôle n'est que hésitant, et M. Mestre l'examine par rapport au contentieux des actes administratifs et l'habiliation législative et enfin par rapport aux mesures de haute police.

Le domaine qui n'est pas soumis à contrôle de la part du Conseil d'Etat comprend la vie intérieure des services publics, les actes de gouvernement et les décisions prises par le Chef d'Etat sur base de l'article 16 en matière législative. Cette autolimitation confère, comme le constate à bon droit M. Mestre, des prérogatives à la puissance publique.

Dans la deuxième partie l'auteur montre dans quelle mesure le Conseil d'Etat a reconnu diverses prérogatives à l'Administration. Il a d'une part renforcé la liberté administrative de décision et d'autre part accru les moyens d'action administratifs.

Sous le premier aspect le Conseil d'Etat a incité l'Administration à édicter des décisions en reconnaissant que la décision administrative peut être prise à tout moment, sans audition des intéressés et sans devoir être motivée, sauf cas exceptionnels (arrêt Genestal). Il a en outre facilité l'application de la décision administrative lors de sa publication et en fin d'application, c'est-à-dire dans les hypothèses de l'abrogation et du retrait.

Sous le second aspect, celui de l'accroissement des moyens de l'Administration M. Mestre étudie

— l'extension du champ d'action de la compétence de l'Administration en prenant comme exemple révélateur la notion d'ordre public appliquée en matière d'expropriation publique. Il y constate son extension et sa dégradation;
— l'extension du pouvoir réglementaire en reconnaissant aux ministres un pouvoir réglementaire de fait dans certaines limites et à l'Administration un pouvoir réglementaire de fait par voie de circulaire et par voie d'acte-type;
— l'extension du pouvoir hiérarchique en reconnaissant aux autorités suprêmes de l'Etat, aux collectivités locales et aux établissements publics un pouvoir réglementaire propre;
— l'extension du pouvoir de police en étendant le domaine de l'ordre public et en augmentant les compétences des organes de police;
— la prérogative d'exécution forcée reconnue à l'Administration.

M. Mestre expose ensuite deux régimes particuliers entraînant un accroissement des moyens de l'Administration, celui de l'état d'urgence et celui des circonstances exceptionnelles.

La partie finale de l'œuvre constitue un essai d'une théorie générale de la protection des prérogatives de l'Administration par le Conseil d'Etat. M. Mestre explique d'abord les raisons de cette protection en faisant un retour sur le passé, puis il passe aux moyens de la protection des prérogatives de l'Administration. Il considère que le Conseil d'Etat ne se borne pas à dire le droit, mais qu'il participe à la définition de la légalité. Le Conseil d'Etat délimite en outre ses propres pouvoirs de juridiction. Il apparaît comme maître de sa compétence et de l'utilisation de ses pouvoirs. C'est ainsi qu'il crée des concepts à lui, tout en évitant de donner dans le dogmatisme, mais en se laissant assez de souplesse pour pouvoir agir là où il le juge opportun, dans l'intérêt général.

Le recours pour excès de pouvoir fait l'objet d'un chapitre à part. L'auteur constate la difficulté sinon l'impossibilité de circonscrire la nature du recours pour excès de pouvoir, et il se limite à en présenter les caractères. Il constate en se référant à bon nombre d'auteurs que le recours pour excès de pouvoir tend à « supprimer le désordre à l'intérieur de la société considérée sous l'angle administratif. »

La protection de l'Administration de la part du Conseil d'Etat se caractérise, selon l'auteur, par deux traits : elle est variable et volontaire. Le contrôle du juge varie en fonction de la qualité, de l'autorité et de la nature du pouvoir. C'est ainsi que le Conseil d'Etat immunise l'action des autorités politiques, accorde des prérogatives au pouvoir des Ministres et ne protège pas les autorités para-administratives en l'absence de textes précis. Le contrôle variera avec la nature du pouvoir exercé par l'Administration. S'il y a compétence liée, le contrôle sera plus stricte, alors qu'en cas de pouvoir discrétionnaire le contrôle est moins étendu. Il ne faut pas oublier que le Conseil d'Etat crée des cas de compétence liée. La protection du Conseil d'Etat présente un caractère volontaire et s'exerce de façon bipolaire en vue de protéger l'indépendance de l'Administraion et les administrés devant les pouvoirs implicites engendrant des prérogatives d'action pour l'Administration.

Dans sa conclusion M. Mestre retient que l'action administrative et le contrôle juridictionnel se complètent. Un contrôle approfondi aboutit au banissement de l'arbitraire, notamment dans le contentieux économique.

Un index bibliographique et une table analytique des matières complètent cet ouvrage bien conçu.

A. T.

PUECH Marc : L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1973, 388 pages.

L'auteur s'attaque à la notion d'illicéité qui prend son origine dans la loi Aquilia. Il constate que cette notion, bien que relevant de nombreux domaines du droit, n'a été analysée que de façon fragmentaire par la doctrine.

En vue d'une unification européenne du droit des obligations, le concept présente une utilité certaine, de sorte qu'il convient de l'étudier sous un double aspect, celui de la transgression d'un impératif conditionnel et celui de l'illicéité dans ses relations avec les droits subjectifs de la victime.

Comme transgression d'un impératif conditionnel l'auteur établit la norme de civilité comme norme fondamentale de comportement. Cette norme doit s'analyser par rapport à l'ordre juridique et rester sur un plan objectif.

Le domaine de la transgression de la norme de comportement est étudié par rapport à l'hypothèse où l'auteur du dommage et celui qui en répond sont deux personnes distinctes.

La notion de la relation causale prohibée amène l'auteur à l'origine du dommage et plus spécialement aux cas dans lesquels une chose se trouve à l'origine du dommage. La distinction classique du fait de la chose et du fait de l'homme n'a pas été oubliée, ni la question importante de l'intervention dommageable.

Le lien de rattachement de la relation causale prohibée au comportement humain apparaît comme le mode de désignation du responsable. L'auteur n'admet pas l'idée du risque comme fondement du lien de rattachement, mais propose l'existence d'une garantie collective. Cela lui

permet d'établir un principe nouveau de prédétermination du responsable.

C'est dans la deuxième partie de l'ouvrage que M. Puech aborde l'illicéité dans ses relations avec les droits subjectifs de la victime. Le dommage et l'illicéité apparaissent comme confondus pour constituer la pièce unique de la théorie de la garantie. L'auteur n'admet pas cette comparaison. L'exigence d'un intérêt légitime protégé constitue seulement une condition de recevabilité de l'action, mais non une condition de fond de l'action.

L'action en réparation doit se fonder sur une transgression d'un impératif protecteur d'un intérêt et le demandeur ne doit pas se trouver dans une situation illicite.

Le recours à la notion d'illicéité sur le plan de la procédure judiciaire permet aux tribunaux de déclarer certaines actions irrecevables, d'une part en raison de la victime protégée par la norme qu'elle invoque soit devant le juge civil, soit devant le juge pénal, d'autre part en raison du comportement illicite du demandeur lui-même.

L'auteur conclut son livre avec la constatation que la notion d'illicéité forme un îlot isolé dans un champ méthodiquement labouré. Après avoir rappelé qu'au regard du droit objectif l'illicéité est la violation de la règle à suivre pour éviter la contrainte, et que cette illicéité se présente comme la transgression de la norme de civilité, l'action en réparation du dommage apparaissant comme volet processuel ne sera reçue que si elle est relevante pour l'ordre juridique, c'est-à-dire « non illicite ».

Une vaste bibliographie, une table analytique des matières et un index alphabétique terminent ce livre intéressant que M. Alfred Rieg, professeur à la Faculté de Droit de Strasbourg a préfacé.

A. T.

LIVET Pierre : L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974, 334 pages, 100,— F.

L'autorisation préalable est un procédé de droit administratif qui subordonne l'exercice d'une activité humaine à l'introduction d'une requête qui doit recevoir l'autorisation de l'autorité administrative compétente.

Il s'en dégage nécessairement que l'intervention permissive de l'Administration se heurte à certaines libertés publiques qu'elle surveille en les tenant sous sa dépendance. Le vocable que recouvre cette intervention importe peu. Il va de l'autorisation de police, au permis, à la licence et à l'agrément.

Cette intervention de l'administration se rencontre surtout en matière économique et dans le domaine du droit de la propriété.

L'auteur analyse d'abord la notion d'autorisation préalable, puis son domaine d'application. A cet égard il examine les libertés de la personne physique, les libertés de la pensée, la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de propriété.

Dans la troisième partie de l'ouvrage, M. Livet élabore un essai de théorie générale de l'autorisation préalable.

Le fondement juridique réside en règle générale dans l'habilitation légale préalable, mais il y a des cas où le principe doit subir des inflexions, p. ex. en vue de préserver l'ordre public.

La nature juridique aboutit à dénombrer les autorités titulaires du pouvoir d'autorisation préalable et à situer cette autorisation administrative dans le cadre de l'ensemble des règles de droit.

La procédure d'autorisation préalable nous montre d'abord comment l'administration arrive à prendre sa décision, notamment en faisant intervenir des organismes consultatifs. Les pouvoirs de délivrance font surgir les hypothèses de compétence liée et la notion de pouvoir discrétionnaire. L'auteur n'oublie pas d'évoquer les problèmes de responsabilité qui découlent d'un retard de délivrance et de la responsabilité vis-à-vis de tiers.

Le refus de l'autorisation nous porte vers le contentieux. La décision administrative portant refus de la permission peut être annulée pour vices de forme et pour violation de la loi. Enfin il se peut que l'administration ne donne point suite à la décision du juge.

Les moyens d'assurer le respect des décisions juridictionnelles sont passés en revue. La responsabilité de l'administration en cas de refus illégal et les modalités de réparation sont exposées quant à la faute, au préjudice, à la preuve et au montant indemnitaire.

La dernière partie de l'ouvrage a trait aux effets de l'autorisation préalable étudiés dans les rapports entre titulaires de l'autorisation et les tiers d'une part, et entre l'administration et l'administré bénéficiant d'une autorisation d'autre part.

Dans ses conclusions l'auteur constate qu'il existe une hiérarchie entre les libertés publiques et qu'il y a des atteintes justifiées. Si le juge administratif doit accentuer son contrôle sur la légalité de la décision et si les cas de compétence liée doivent être accrus, Monsieur Livet pense que le seul moyen de protection réelle consiste à instaurer un système de déclaration préalable dans lequel l'administration n'a plus de possibilité de paralyser une décision du juge administratif annulant un refus illégal, puisque de par l'annulation on retomberait dans le régime antérieur de la liberté provisoirement suspendue.

Une bibliographie, une table des arrêts cités et une table des matières clôturent cet ouvrage cohérent et intelligent dans ses propositions de réforme. On regrette l'absence d'un index alphabétique qui rend toujours service aux praticiens du droit.

A. T.

SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF : Droit comparé, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1978, 260 pages, 65,— F.

Le présent livre expose la théorie générale et les principes du droit comparé.

Dans le premier chapitre l'auteur définit le droit comparé et énonce les buts. Il rappelle la dichotomie introduite par Edouard Lambert entre l'histoire comparative et la législation comparée pour dire que « la comparaison doit être sélective, fonctionnelle et limitée à ce qui est techniquement comparable. »

L'esprit des lois, le côté philosophique aboutissent à la prise d'options pour régir des typicités de rapports juridiques. Le danger que guette le comparatiste est notamment la nécessité d'être superficiel. L'enseignement tiré du droit comparé permet d'introduire des paramètres et de mettre à nu les mécanismes mutuels du droit et des choix. Aussi la raison profonde de cette étude comparative est-elle de « saisir la substance du droit, le phénomène juridique ». L'aspect historique ne doit pas tre négligé, puisqu'il faut étudier l'histoire des institutions, en appeler à la sociologie du droit et à la politique, pris dans le sens des affaires de la cité qui déterminent la vie sociale. Enfin l'étude du droit comparé peut fournir en cas de lacune de la loi nationale une solution de rechange opportune, selon la vue de Saleilles.

Dans le deuxième chapitre l'auteur examine la place du droit comparé parmi les disciplines juridiques, savoir la philosophie du droit, la sociologie du droit et l'histoire du droit. Ensuite l'auteur examine l'application de la méthode comparative au domaine du droit public. Il constate avec raison le phénomène moderne de l'interprétation croissante du droit privé et du droit social, notamment en matière de droit économique et social. Le droit international public et le développement d'un droit constitutionnel supranational font appel à la méthode comparative. L'interprétation des termes est le préalable nécessaire pour aboutir à une intégration ou à une unification des termes juridiques. L'auteur évoque enfin les domaines du droit pénal, du droit européen et du droit international privé.

Dans le troisième chapitre il est question de l'histoire du droit comparé et des problèmes de la classification des différentes familles de droit, puis des influences réciproques de différents droits, du rôle des savants et du code civil et du « Bürgerliches Gesetzbuch ». L'auteur évoque enfin le problème de la réception qui peut être politique, législative, jurisprudentielle et scientifique.

Le quatrième chapitre traite des problèmes méthodologiques de la science du droit comparé. L'auteur note à bon droit que la finalité de la recherche des critères est apolitique pour connaître ce qui est et qui constitue la nature d'un phénomène. Aussi le comparatisme présuppose-t-il un effort de systématisation indispensable. Ihering a déjà écrit dans son « Geist des römischen Rechts » que « la science juridique s'est dégradée en devenant une science du droit national... ».

Le cinquième chapitre pose le grave problème de l'unification du droit privé. C'est surtout dans le domaine du commerce international, du droit maritime et plus spécialement du droit des lettres de change, des chèques et des brevets d'invention qu'une uniformisation formelle a été trouvée. A côté de ces matières il existe des normes internationales en droit aérien, en droit des postes et télécommunications, en droit du travail et de la sécurité sociale. A côté de l'uniformisation formelle il y a les pratiques commerciales, notamment dans les contrats d'adhésion (Inco Terms).

Dans les annexes il est fait état de la coopération juridique entre pays scandinaves et de l'unification du droit international de la vente.

Une bibliographie et une table des matières complètent ce volume qui constitue une vue d'ensemble introductive et utile à l'étude du droit comparé.

A. T.

BRACHET Bernard : Manuel de droit fiscal, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1976, 240 pages, 45,— F.

Cet ouvrage s'adresse aux étudiants en capacité en droit de deuxième année. Il est conforme au programme officiel et comporte l'étude des matières suivantes :

Une introduction générale au droit fiscal qui précise les caractères généraux du droit fiscal, la formation du système fiscal français, la définition et les fonctions de l'impôt, la classification des impôts et les éléments de base de la technique fiscale.

Le livre premier s'occupe des impôts perçus au profit de l'Etat. Le titre premier traite des impôts sur le revenu (traits généraux, assiette, liquidation et recouvrement, impôts sur les sociétés, autres prélèvements directs, charge des entreprises).

Le titre deux a pour objet les impôts sur la dépense (taxe sur la valeur ajoutée, taxe spéciale sur les activités financières, impôts spécifiques sur la dépense).

Le titre trois traite des impôts sur la fortune (mutations à titre gratuit et mutations à titre onéreux).

Le livre second expose les impôts perçus au profit des collectivités territoriales et le livre trois le contentieux fiscal.

Ce manuel confère au lecteur des connaissances utiles sur la fiscalité et les problèmes que pose la politique fiscale. Des indications bibliographiques permettent de pousser l'étude de cette branche si complexe du droit.

A. T.

BRACHET Bernard : Recueil de 25 exercices élémentaires de droit fiscal, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1977, 100 pages, 18,— F.

Le fascicule constitue le complément pratique du manuel de droit fiscal cité ci-dessus.

Les groupes d'exercices ont trait à l'impôt sur le revenu (assiette et liquidation de l'impôt), à l'impôt sur les sociétés, à la taxe sur la valeur ajoutée et aux impôts sur la fortune. Les corrigés suivent les différents exercices. Des annexes de formulaires terminent cet ouvrage qui illustre de façon concrète les développements du manuel de droit fiscal.

VOIRIN Pierre et GOUBEAUX Gilles : Manuel de Droit civil. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1977, 640 pages 85,— F.

Cet ouvrage classique en est à sa 19e édition. Il reprend la matière du programme officiel de la première année de capacité. Aussi traite-t-il d'une façon condensée mais claire entre autres des sources du droit, des droits subjectifs, de la personne, de la famille (mariage, filiation, légitimation, adoption et effets de la parenté et de l'alliance), des incapacités d'exercice, des biens (propriété, protection de la propriété, modes d'acquisition, démembrements de la propriété, droits d'usage et d'habitation, servitudes), du contrat (conditions de validité, sanction des

conditions de validité, effets du contrat entre parties et à l'égard de tiers, portée du principe de la relativité des contrats) de l'enrichissement injuste (à l'occasion d'un contrat et en dehors d'un contrat) de la responsabilité délictuelle (dommage, faute,, lien de causalité, réparation du dommage) de la responsabilité contractuelle (conditions et sanctions), du régime des obligations (preuve des obligations, modalités et complexités des obligations), des sûretés réelles (gage, droit de rétention, privilèges mobiliers, privilèges immobiliers et hypothèques).

Cette édition tient compte des modifications législatives et jurisprudentielles intervenues dans ce vaste domaine du droit civil.

Le livre se termine sur un lexique très utile et une table des matières.

Cet ouvrage est un outil indispensable pour celui qui veut s'informer de façon concise sur les questions essentielles du droit civil.

A. T.

GOUBEAUX Gilles et BIHR Philippe : L'examen de capacité, première année, droit civil, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1977, 100 pages, 22,— F.

Ce volume constitue le complément du manuel de droit civil décrit ci-dessus. Il a pour but de guider l'étudiant dans son travail et se propose de lui fournir une méthode de travail sûre.

Le chapitre premier traite de la préparation à l'examen et de la méthode de travail. Après avoir donné des conseils d'ordre général, les auteurs appliquent la méthode à des questions du programme prescrit et font des exercices de contrôle de l'assimilation des connaissances.

Dans le deuxième chapitre il est question des épreuves écrite et orale. Les auteurs, tous les deux professeurs à la Faculté de Droit de Nancy, fournissent des conseils aux étudiants et ont élaboré à leur intention différents modèles de sujets. Une liste de sujets d'examen complète les sujets traités in extenso.

Ce livre constitue un guide tendant à donner le plus de chances aux étudiants qui ont bien voulu fournir de leur côté un travail assidu.

A. T.

GOUBEAUX Gilles et BIHR Philippe : Les épreuves écrites de droit civil; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1976, 240 pages, 40,— F.

Le livre de MM. les professeurs Goubeaux et Bihr de la Faculté de Droit de Nancy veut être un guide pratique aux étudiants pour les « aider à assimiler les particularités des épreuves sur lesquelles il seront jugés et à surmonter leurs difficultés. »

Aussi les auteurs donnent-ils d'abord des directives d'ordre général quant à la consultation des sources, à la forme et l'organisation du travail, notamment la nécessité de faire un brouillon. Ensuite ils passent en revue les trois principaux types d'épreuve : la dissertation, la consultation et le commentaire d'arrêt.

Dans un chapitre final on trouvera des indications sommaires sur le commentaire d'un texte législatif ou réglementaire, la rédaction de conclusions, la rédaction des moyens d'un pourvoi et la rédaction d'un jugement.

Des exemples et des modèles de devoirs complets illustrent utilement l'exposé théorique.

A. T.

JAUFFRET : Manuel de procédure civile et voies d'exécution. Libairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1976, 278 pages, 50,— F.

Cet ouvrage destiné aux étudiants de la deuxième année de capacité traite de façon claire et concise de la procédure civile et de son complément nécessaire que constituent les voies d'exécution.

L'introduction a trait à l'action en justice.

Dans un livre premier l'auteur expose l'organisation judiciaire, la compétence et la procédure devant les diverses juridictions.

Dans un livre deux il est question de la procédure devant les diverses juridictions : règles générales d'abord (principes directeurs, actes de procédure, délais, preuve, suspension, interruption et extension de l'instance, jugement et frais de justice) et ensuite des dispositions particulières à chaque juridiction (tribunal de grande instance, tribunal de commerce, tribunal d'instance, juge des référés, conseil de prud' hommes).

Le livre trois s'occupe des voies de recours (opposition, appel, tierce opposition, recours en révision et recours en cassation).

Le livre quatre traite de l'arbitrage (compromis, clause compromissoire et procédure arbitrale).

Le livre cinq a pour objet les voies d'exécution (conditions générales, biens insaisissables, saisies et mesures conservatoires, saisies-arrêts et saisies d'exécution).

Le procédures de distribution (ordre et contribution) terminent ce livre.

Un index alphabétique et une table des matières clôturent cet ouvrage indispensable à celui qui recherche une information claire dans le domaine de la procédure judiciaire.

A. T.

CONSTANTINESCO Vlad : Compétences et pouvoirs dans les communautés européennes; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974, 492 pages, 115,— F.

Dans un chapitre préliminaire l'auteur pose le problème de la nature juridique des communautés européennes en examinant les différentes tentatives doctrinales pour constater leurs insuffisances et leurs limites. Il y a d'abord l'assimilation des communautés européennes à un Etat fédéral, soit de conception statique, soit de conception dynamique, cette dernière se trouvant plus particulièrement explicitée dans le fédéralisme fonctionnel de Hay. Ensuite il est question de la détermination de la nature juridique en se fondant sur la catégorie juridique que constituent les organisations internationales. Enfin certains

s'emparent de la catégorie du supranational pour aboutir grâce aux relations organisationnelles des communautés européennes dotées d'organes propres nantis d'un pouvoir et d'une certaine autonomie, à l'organisation internationale supranationale.

Cette dernière analyse fondée sur la supranationalité apparaît comme inutile et inefficace, de sorte que l'auteur préconise une nouvelle approche. Pour y parvenir il convient d'abord de reprendre les types d'analyse utilisés par la doctrine, à savoir l'analyse institutionnelle, l'analyse fonctionnelle et l'analyse matérielle, cette dernière se fondant sur les dispositions de droit matériel déterminant les organes et le champ d'action de ceux-ci. C'est cette dernière méthode analytique qui permettra de délimiter l'autonomie des Communautés européennes par rapport aux Etats dans chaque domaine matériel. Une étude de la répartition des compétences s'impose pour aboutir à celle de la répartition des pouvoirs.

L'auteur s'attache d'abord à exposer la notion de compétence. Il se réfère à Héraud et à Carré de Malberg pour évoquer la théorie du pouvoir originaire qui dans son caractère absolutiste absorbe toute compétence. Mais ce pouvoir ne perdure et se borne à édicter des normes d'une valeur supérieure devant régir l'ordre juridique et l'autorité politique. C'est à partir du principe de la séparation des pouvoirs que la notion de compétence jouera un rôle dans tout Etat de droit.

Si l'origine de la compétence peut s'expliquer par la distinction entre compétence originaire et compétence dérivée, l'auteur constate que dans l'ordre du droit international une des compétences originaires des Etats peut créer des compétences nouvelles en instituant des organisations internationales à tâches spécifiques matérielles. L'organe titulaire de la compétence sera déterminé par l'acte d'habilitation inscrit dans la règle de compétence qui est soit unique, soit multiple. S'il y a plusieurs organes des difficultés peuvent surgir et il convient de voir si les organes sont de même niveau hiérarchique, ou si l'investiture multiple a institué une subordination de compétence.

Le critère matériel déterminera l'étendue de la compétence. La dichotomie du licite et de l'illicite révèlera l'étendue du domaine matériel d'action du titulaire d'une compétence. L'auteur relève à bon droit que dans le domaine international faiblement structuré un organe peut à l'aide de la théorie des pouvoirs implicites étendre sa compétence matérielle. Il distingue ensuite les compétences d'action et les compétences de contrôle pour aboutir à la mise en œuvre de la compétence fondée sur le critère instrumental. La compétence s'exerce différemment selon qu'il s'agit d'une compétence liée ou d'une compétence disciplinaire. C'est l'acte juridique qui constitue la manifestation de la compétence.

L'absence d'un pouvoir de décision incite à conclure à l'existence d'un pouvoir de décision auprès d'un autre titulaire ou à un partage de compétence. Le critère temporel prend la mesure de l'évolution des compétences et le critère téléologique précise la fin recherchée et la limite de la compétence. Il aboutit à la notion du détournement de pouvoir. Le contrôle de l'exercice de la compétence incombe à la Cour de Justice des Communautés européennes qui doit veiller au respect de la structuration de l'ordre juridique et la répartition des pouvoirs. L'auteur examine la notion de pouvoir sous ses deux acceptions pour retenir la définition organique. Il note que c'est l'acte juridique et

notamment sa fonction contraignante (règlement, directive et décision) qui institue la manifestation du pouvoir au sens matériel.

Ayant de la sorte défini les fondements méthodologiques et retenu le critère matériel, à savoir la compétence, et le critère organique, à savoir le pouvoir, l'auteur étudie dans une première partie la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres. Il analyse d'abord les dispositions matérielles du Traité en commençant par l'union douanière (élimination des droits de douane et des taxes d'effet équivalent, élimination des restrictions quantitatives, tarif extérieur commun) pour continuer par l'étude de l'établissement du Marché commun (libre circulation des travailleurs, droit d'établissement et libre prestation des services, libération des capitaux). Sous l'aspect de la libre circulation de la main-d'œuvre, matière à caractère éminemment social, M. Constantinesco note d'abord que « la liberté de déplacement des personnes physiques est indispensable pour assurer la liberté de la libre circulation des marchandises ». La libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté économique européenne influe sur le droit du travail. Les Etats membres ont l'obligation d'assurer l'égalité de traitement entre travailleurs nationaux et travailleurs communautaires, étant entendu que chaque Etat a la faculté d'invoquer la réserve de l'ordre public relatif à la sécurité politique et la santé publique. L'article 48, al. 4 du Traité précise d'autre part que l'égalité de traitement n'est pas applicable aux emplois publics et reste donc réservée aux travailleurs salariés. L'article 49 prévoit les procédures applicables, savoir la compétence du Conseil agissant par voie de règlement ou de directive. Il y a donc là création d'une compétence communautaire tendant à faire respecter par les Etats membres de la Communauté leur obligation de non discrimination entre travailleurs nationaux et travailleurs appartenant à un autre Etat membre de la communauté. Cette compétence comporte une mission de surveillance sur la compétence résiduaire nationale. La limitation de la compétence des Etats membres se traduit en ce qu'ils ne peuvent plus prendre des mesures qui sont contraires aux principes communautaires et doivent se conformer aux règles communes et uniformes abolissant les discriminations. Ces règles sont contenues dans le Traité et explicitées plus particulièrement dans les règlements et directives. L'auteur constate qu'il y a répartition surtout matérielle des compétences, la répartition organique n'ayant pas entraîné de transfert de compétence, puisque les Etats membres doivent continuer à exercer leur compétence en se conformant aux principes communautaires. Il n'y a donc pas dessaisissement de compétence au profit de la Communauté, mais seulement diminution des conditions d'exercice de celle-ci par rapport à son étendue. En d'autres termes, il y a, comme le caractérise M. Constantinesco, réaménagement de la compétence étatique.

Le droit d'établissement (art. 52 à 59) et la libre prestation des services (art. 59 à 66) font l'objet d'un aperçu succint. L'article 52, al. 4 définit le droit d'établissement comme liberté des ressortissants des Etats membres d'exercer de façon permanente une activité professionnelle non salariée dans l'un quelconque des Etats membres. La suppression progressive des restrictions à cette liberté grâce à des directives caractérise la compétence des organes communautaires. Cette compétence apparaît comme compétence d'action et de contrôle avec une limitation corrélative de la compétence des Etats membres. La compétence communautaire est une compétence limitée, c'est-à-dire une compétence subordonnée aux dispositions du Traité. Mais en matière de droit d'établissement la compétence de la Communauté se double d'une mission de coordination tendant à amener les Etats membres à exercer leurs compétences nationales de façon coordonnée. L'auteur y voit la « création d'une compétence nouvelle au profit de la Communauté irréductible à la somme des compétences nationales antérieures. »

La réalisation du Marché Commun présuppose l'existence de politiques sectorielles communes. L'auteur étudie l'exemple de la politique commune en matière de transports.

Le rapprochement des politiques économiques nationales tend à aboutir à une intégration des économies des Etats membres. Il s'agit d'un volet important de la construction communautaire et l'auteur analyse d'abord les dispositions du Traité relatives au rapprochement des politiques économiques, puis l'extension des politiques économiques et monétaires vers l'Union et l'instauration d'une politique régionale communautaire.

La compétence des dispositions matérielles a conduit l'auteur d'élaborer un essai de typologie des différentes compétences. Il analyse la répartition des compétences d'abord en tant qu'elle entraîne une limitation de la compétence étatique, ensuite en tant qu'elle organise une collaboration entre Etats et Communauté en vue d'atteindre certains buts prévus dans le Traité.

Sous le premier aspect relevons les développements de l'auteur quant aux garanties de l'intangibilité de la répartition des compétences. Notons le rôle dynamique joué par la Cour de Justice des communautés européennes dans la jurisprudence relative à l'interprétation du droit communautaire. Cette jurisprudence dépasse le domaine de la garantie des compétences exclusives, puisqu'elle traite entre autres du caractère self-executing, des rapports de droit constitutionnel entre la Communauté économique européenne et les Etats membres, ainsi que de la capacité juridique de cette même Communauté. En s'emparant de la théorie de l'effet utile, la Cour a, grâce à son interprétation finaliste abouti à « renforcer l'intangibilité des compétences communautaires, bien qu'une interprétation stricte eût été de mise en matière de compétence d'attribution ».

Sous le second aspect l'auteur examine les compétences concurrentes et les compétences mixtes et complémentaires pour aboutir aux principes et modalités techniques de la collaboration. Les notions de politiques économiques sont examinées sous l'angle de la répartition des compétences.

Dans une deuxième partie l'auteur examine la répartition des pouvoirs selon le Traité et la répartition des pouvoirs dans la pratique.

Selon le Traité, les pouvoirs se répartissent en organes d'action et en organes de contrôle et obéissent de la sorte à la technique de la séparation des pouvoirs. Après avoir passé en revue le conseil de la Commission, l'auteur étudie les rapports entre Conseil et Commission pour examiner par la suite les organes de contrôle, savoir le parlement européen et la Cour de Justice.

La pratique montre une construction communautaire spécifique qui diffère des autres organisations internationales en ce que l'organe représentatif des Etats n'occupe pas une position centrale.

M. Constantinesco examine d'abord le COREPER, puis le Secrétariat du Conseil, pour passer ensuite à la position de la Commission qui a évolué grâce à la transformation de la procédure de proposition, pour exercer dans une certaine mesure un pouvoir de décision. Le comportement du Conseil, ses techniques de négociation, la procédure unanimitaire, les actes et la portée des représentants des gouvernements font l'objet de développements circonstanciés.

Il en va de même des rapports entre le Conseil et la Commission, notamment en ce qui concerne les transformations du droit de proposition de la Commission. La pratique des organes de contrôle est passée en revue et il convient de souligner les considérations de l'auteur relatives à l'évolution de la Cour de Justice, lorsqu'il constate à la page 425 : « Non seulement elle a dépassé les pouvoirs et les fonctions que le Traité lui conférait, mais elle l'a fait dans un sens tout particulier, en agissant à la place de la commission. »

La conclusion fait état de l'ambiguïté de la Communauté résultant d'une tendance novatrice vers l'institution d'une hiérarchie nouvelle des compétences et pouvoirs et d'une vision contractuelle interétatique fondée sur une conception internationale plus traditionnelle. Si la Communauté veut réaliser l'union politique, elle se trouvera devant le dilemme que ce sont justement les Etats auteurs du processus communautaire qui devraient se démembrer eux-mêmes et disparaître progressivement.

Des indications bibliographiques et une table des matières clôturent cet ouvrage qui contient des propos liminaires de deux membres du jury de thèse MM. Pescatore et Kovar.

A. T.

SUR Serge : L'interprétation en droit international public. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974, 449 pages, 98,— F.

Dans son introduction, l'auteur en distinguant le fait du droit constate qu'il y a possibilité d'appréhender les phénomènes par une multitude de disciplines réunies dans ce qu'il est convenu d'appeler les sciences sociales. Il constate qu'en droit international public la notion charnière entre le droit et la politique — entendu comme conception de l'organisation et finalité du pouvoir — constitue l'interprétation.

S'il existe des tendances à la confusion entre le droit et la politique, la séparation méthologique et conceptuelle des deux domaines s'impose. Il existe des relations ambivalentes qui se relient par des concepts charnières, l'effectivité du droit et la notion d'interprétation. Le premier concept apparaît comme insuffisant et l'auteur se prononce pour le deuxième qui « constitue le point de passage obligé entre le fait et le droit, entre le droit et la politique ».

Dans une première partie il est question de l'interprétation comme élément d'incohérence dans le domaine du droit international. Cette étude envisage l'interprétation comme activité charnière entre le droit et la politique. L'auteur pose d'abord le problème de la définition de l'interprétation. Il constate l'impossibilité de caractériser l'interprétation par un élément juridique spécifique. Selon Sr H. Waldock l'interprétation est un processus particulier (3e rapport de la Commission de Droit international, commentaire de l'article 71, p. 61) et se distingue

de l'application et de la révision. Le problème des pouvoirs de l'interprète et de la portée de principes directeurs restent discutés par les auteurs. L'interprétation ne s'applique pas seulement aux règles obscures ou ambiguës, mais dépasse le droit conventionnel pour s'étendre aux actes unilatéraux, aux dispositions jurisprudentielles et même aux coutumes internationales, ainsi qu'aux comportements de tous les sujets du droit international. Le principe de la bonne foi est le premier principe directeur d'une interprétation des traités et malgré le fait que cette notion soit floue et très souple, l'application du droit constitue un élément de l'interprétation, puisqu'elle aboutit à la formation d'une pratique normative. Les organes des organisations internationales, les ministères des affaires étrangèrs devraient agir dans un «esprit judiciaire», c'est-à-dire en se considérant comme détenteurs d'une fonction juridictionnelle. L'interprétation n'est pas réservée à un organe donné, sauf l'interprétation authentique en vertu de l'adage « ejus est interpretari cujus est condere ». Aussi possède-t-on toute une ganmme de valeurs qui dépendent de l'autorité qui a émis l'interprétation.

L'interprétation a un caractère mixte en ce qu'il y intervient un élément politique. Et l'auteur d'évoquer la querelle entre la primauté du texte et l'intention des parties contractantes. M. Sur constate pertinemment qu'« entre une pluralité d'interprétations diverses et également valides, le choix n'est pas juridique, il est politique. »

Après avoir défini l'interprétation, M. Sur passe aux classifications des interprétations de MM. Ehrlich, Rousseau, Siorat et Schachter. Ces classifications ne sont pas retenues par M. Sur qui en propose une qui repose sur les critères suivants : les organes chargés de l'interprétation, le contenu à interpréter, la portée juridique et le degré de liberté dans l'interprétation.

L'activité engendrée par l'interprétation dépend largement des caractères de l'ordre juridique dans lequel elle s'exerce. L'interprétation n'étant que résiduelle, elle comporte des gradations que l'auteur étudie dans un ordre juridique centralisé (la France), dans un ordre juridique fédéral (les Etats-Unis), dans un ordre juridique international régional (les Communautés Européennes) et dans le droit international général. En ce qui concerne le droit communautaire, l'auteur constate à bon droit que la Cour de Justice « dispose de pouvoirs considérables qui permettent à M. Colin de parler de « gouvernement des juges ».

Après avoir exposé les compétences concurrentes des Etats en matière d'interprétation, l'auteur analyse la notion de souveraineté en constatant que le droit international se fonde sur la notion de souveraineté relative. Ce sont les compétences concurrentes des Etats et des organes des Nations-Unies en matière d'interprétation qui font l'objet d'une étude succinte.

Dans un autre chapitre l'auteur analyse de façon approfondie l'interprétation et l'ordonnancement juridique en montrant que l'interprétation tend à dominer l'hiérarchie des normes et intervient d'une manière différenciée aux stades de la formation, de l'application, de la modification et de la terminaison du droit. L'auteur se demande enfin, si les éléments de l'acte juridique, tels qu'ils ont été dégagés par le droit administratif français, peuvent être transposés en droit interaional.

Dans la deuxième partie de son ouvrage l'auteur étudie successivement les progrès et insuffisances de l'harmonisation des méthodes d'inter-

prétation, les limites et l'échec de la centralisation juridictionnelle, de l'interprétation et enfin les forces et faiblesses de l'interprétation concertée.

Sous le premier aspect l'auteur constate d'abord l'incertitude régnant avant la Convention de Vienne pour exposer par la suite les solutions apportées par cette convention. Il retient avec justesse qu'il n'y a que solution très limitée en ce que la Convention insiste sur un processus unique d'interprétation en fournissant un cadre général, mais en laissant bien des questions sans réponse, chacun croyant par ailleurs y trouver son compte.

Sous l'aspect second Serge Sur relève que la Cour Internationale de Justice apparaît comme une tentative manquée de centraliser sur le plan juridique l'interprétation en droit international public. Il y a d'abord atteinte à l'unité de la solution judiciaire en choisissant le système de la dissertation dans la présentation des motifs et la faculté d'émettre des opinions dissidentes et individuelles, cette dernière affaiblissant largement l'autorité des arrêts de la Cour. Ensuite, c'est le problème de la dualité de la compétence de la Cour et l'atteinte qui y est portée qui limitent l'extension de sa compétence.

Le gouvernement des juges est particulièrement redouté par les Etats. Aussi tentent-ils naturellement de contrôler les présentations des candidats et les nominations des juges. Il faut conclure qu'en l'état actuel, la Cour Internationale de Justice se trouve dans l'impossibilité de centraliser et d'uniformiser l'interprétation du droit.

Les travaux de la commission de droit international sur le droit des Traités montrent que l'interprétation concertée entre intéressés est le moyen le plus efficace pour aboutir à une certaine cohérence du droit international.

Dans un chapitre final l'auteur montre les forces et les faiblesses de l'interprétation concertée. L'écriture du droit préconstitue une interprétation concertée. Puisqu'on ne peut tout prévoir dans les textes, il faut trouver des solutions supplémentaires par une concertation a posteriori grâce à une entente directe entre intéressés ou une entente facilitée par l'intervention d'organes tiers.

Des annexes, un relevé bibliographique fouillé et une table des matières analytique terminent cet ouvrage enrichissant qui tente, comme l'écrit M. Sur dans sa conclusion finale, de défendre une position particulière tenant compte du caractère de concept charnière de l'interprétation.

A. T.

ANRYS Henri, DUBOIS Pierre, GEMELLI Audace, MAGILL Raymond, MOLONEY Michael, PASQUINI Mario, PEDERSEN Bruno Sommer, RANDALE John, TEICHMANN Gerhard : Les hôpitaux dans le Marché Commun, Maison Larcier, Bruxelles, 1977, 493 pages.

Cet ouvrage constitue une étude comparative des hôpitaux publics et privés en Europe établie par le Comité Européen de l'Hospitalisation Privée. Si l'on considère que les dépenses hospitalières vont en augmentant, il est hautement indiqué de se pencher sur les établissements de soins et d'en faire une radioscopie pour pouvoir en définir le rôle dans le cadre des soins sanitaires et l'intervention financière de l'assurance sociale contre la maladie. Le président de l'Union Internationale de l'Hospitalisation Privée note pertinemment que dans chaque pays l'hospitalisation participe à l'équipement national sanitaire et que les relations entre l'hospitalisation privée et l'hospitalisation publique doivent être confiantes et coordonnées, « inspirées d'un esprit d'émulation et non d'un esprit de concurrence agressive. » Ce voeu semble se réaliser au sein de l'Entente des Hôpitaux luxembourgeois (EHL), qui groupe des hôpitaux de formes juridiques multiples, appartenant tant au droit privé qu'au droit public.

Il s'agit en l'occurrence d'un travail collectif dans lequel chaque pays est passé sous revue en respectant un schéma-type établi par M. Anrys, qui a d'ailleurs traité la situation des pays du Benelux. Ce schéma suit l'ordre des matières suivant :

— Considérations introductives sur le système de santé et la sécurité générale,
— Généralités relatives à l'appellation et à la définition des catégories d'hôpitaux ainsi qu'aux statistiques,
— Planning et programmation,
— Conditions d'ouverture des hôpitaux,
— Forme juridique,
— Gestion et responsabilité,
— Participation à la gestion,
— Clientèle,
— Elaboration du prix de journée,
— Salaires et appointements,
— Médecins hospitaliers,
— Pharmacie à l'hôpital,
— Organes nationaux et régionaux compétents,
— Lois de base et principaux arrêtés d'application.

L'ouvrage coordonné selon ce schéma donne des renseignements intéressants sur la situation de chacun des pays du Marché Commun. Il permet donc de comparer utilement certains points et d'établir les grandes lignes communes aux différents systèmes nationaux. Il conviendrait maintenant, à partir de cette synthèse, d'approfondir la matière dans des monographies portant sur certains aspects précis afin que les questions soient traitées de façon plus détaillée pour faire ressortir les points de similitude et d'identité. Cette restriction n'enlève rien à l'utilité de cet ouvrage qui donne un aperçu général sur la matière complexe des établissements et soins hospitaliers. Les perspectives européennes n'ont pas été passées sous silence et se trouvent évoquées en fin d'ouvrage.

Une table des matières permet d'orienter les recherches et comparaisons que suscite cette œuvre.

A. T.

SAINT-JOURS Yves : Les relations de travail dans le secteur public, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1977, 450 pages, 90,— F.

L'auteur n'est pas inconnu des lecteurs de la présente revue. Aussi apprécient-ils sa faculté de situer clairement les problèmes et d'ex-

poser de façon magistrale une matière souvent ardue. Ces qualités proviennent certainement de la tâche d'enseignant à l'Université de Paris I. Le présent ouvrage s'inspire du cours professé à la Faculté de Droit et aborde la fonction publique et les entreprises publiques sous l'angle des relations du travail. Ceci comble une lacune en ce que cet ouvrage donne par la systématisation des relations de travail dans le secteur public une dimension plus vaste qu'à l'ordinaire, le droit du travail traditionnel s'étant limité au travail subordonné de droit privé.

Si tel est l'objet du livre, M. Saint-Jours est trop fin juriste pour ne pas souligner la spécificité que présentent les relations du travail en droit public.

Dans la première partie l'auteur s'occupe de la puissance publique. Il examine d'abord le concept de puissance publique et son institution qui repose sur le pouvoir politique, les structures gestionnaires et le contrôle juridictionnel. Puis ce sont les structures administratives, le schéma de l'organisation des services publics, les modes de gestion qui sont exposés tour à tour. L'exposé relatif à la gestion du personnel doit être relevé plus spécialement (p. 30 et ss). Les structures économiques et le contentieux administratif terminent la première partie.

La deuxième partie s'occupe de la fonction publique et est d'un intérêt certain. Dans le chapitre premier c'est la situation des agents publics qui fait l'objet d'un bref aperçu historique et d'une étude succinte de droit comparé.

Le chapitre deux s'occupe des obligations professionnelles des agents publics (obligation de servir, obligation d'obéissance, obligation de discrétion et obligation de désintéressement) et de la protection juridique des agents publics (v. notamment p. 94 et ss).

Le chapitre trois traite de l'exercice des libertés publiques. Le système français subordonne cet exercice à l'intérêt du service public (conception de la liberté tempérée). L'auteur passe en revue la liberté d'opinion, le droit syndical et le droit de grève.

Ayant de la sorte établi les règles générales communes aux agents publics, M. Saint-Jours étudie dans un titre deux le statut général des fonctionnaires expliquant le champ d'application et les institutions paritaires. Puis il brosse un tableau d'ensemble de la carrière du fonctionnaire en partant de l'accès à la fonction publique (recrutement, stage, titularisation) pour passer au déroulement de la carrière (avancement, formation professionnelle), aux régimes des positions des fonctionnaires (activité, détachement, disponibilité, congé spécial, mise à la disposition) et terminer par la cessation des fonctions (radiation, démission, licenciement, retraite). Le droit disciplinaire et le droit des rémunérations publiques font l'objet de deux chapitres substantiels. Les garanties sociales (congés, accidents de service, régime spécial de sécurité sociale, pensions de retraite) sont traitées de façon claire et détaillée.

Des titres spéciaux sont réservés aux agents non titulaires et aux agents des collectivités locales.

La troisième partie s'occupe de la fonction industrielle et commerciale de la puissance publique. Cette fonction s'exerce sous le régime du droit privé, droit que l'auteur situe « à la charnière du droit public et du droit privé pur ». Cette interprétation entre les deux droits se constate à l'étude entreprise par l'auteur sur deux problèmes, savoir la

recherche d'une définition des entreprises publiques et le régime juridique du personnel des entreprises publiques.

Les développements de l'auteur s'enrichissent par des références doctrinales et jurisprudentielles nombreuses.

Un index alphabétique permet de trouver rapidement les solutions recherchées sur des points précis. Une table de matières analytique termine cet ouvrage dense et instructif qu'on ne saurait que recommander à tous ceux qui sont intéressés par les problèmes de la Fonction Publique. A. T.

OULÈS Firmin : La démocratie économique, Ets Emile Bruylant, Bruxelles, 1971, 3 volumes, 924 pages.

L'œuvre du professeur Oulès de l'université de Lausanne sur la démocratie économique à la lumière des faits comporte trois forts volumes, dont le premier s'intitule « la farce démocratique dont le peuple est le dindon », le deuxième « la démocratie authentique dans le domaine économique » et le troisième « la contestation des étudiants et la défense des consommateurs ».

Il faut d'abord saluer le courage de M. Oulès de dénoncer les insuffisances, les imperfections et les abus avec tant d'honnêteté intellectuelle, mais aussi avec tant de virulence à l'égard des institutions démocratiques des Etats occidentaux.

Il faut relever en deuxième lieu que si le style est parfois empreint d'une certaine véhémence, c'est que l'auteur, scandalisé des excès constatés dans l'Etat féodal moderne, croit encore aux idéaux démocratiques. Il veut, grâce aux propositions qu'il formule et en toute bonne foi, réformer les institutions en vue notamment de les démystifier et de dépolitiser la politique économique.

Il faut enfin noter la grande richesse en documentation et références de cet ouvrage dont on ne saurait ici qu'indiquer les grandes idées. Ceci est d'autant plus regrettable que ce sont surtout les aspects particuliers, les questions directes et vues originales de l'auteur qui constituent l'intérêt indéniable et parfois même piquant de cette œuvre dense, réaliste et attachante par sa conviction et son ardeur.

M. Oulès continu l'enseignement de l'Ecole de Lausanne et il détient depuis 1940 la chaire qu'ont occupée avant lui Walras et Pareto.

Le premier volume est très incisif, comme l'indique d'ailleurs son titre. Il montre, faits à l'appui, l'inaptitude des institutions modernes, issues de la démocratie libérale conçue au XVIIIe siecle, de donner une solution juste et adéquate aux problèmes qui se posent. Ces problèmes sont des problèmes d'ordre économique et social. Les pouvoirs prévus dans les Constitutions se trouvent à l'heure actuelle dominés par des pouvoirs de fait. D'une part, ce sont des « cliniques de politiciens » et d'autre part, des groupements professionnels qui s'occupent de leurs intérêts propres. Et M. le professeur Oules de constater qu'à côté du pouvoir officiel, il se dresse une double féodalité, capitaliste et syndicale qui exerce une semi-dictature. Le peuple se trouve mystifié et trompé d'autant plus que les groupes de pression se trouvent influencés parfois par les ambitions de leurs dirigeants.

L'auteur estime qu'il convient d'endiguer ces forces en adaptant les structures institutionnelles aux impératifs de l'heure.

Le deuxième volume propose des solutions de rechange. M. Oulès ne veut point renforcer le pouvoir légal, mais créer un type d'organisation qu'il appelle à la suite de Galbraith « technostructure » et qui se calque sur les grandes entreprises bien gérées. Cette institution se composerait de dirigeants capables et honnêtes. Le support démocratique de cette technostructure serait constitué par l'institution d'un jury économique. Les membres de ce jury seraient tirés au sort parmi les électeurs qui auraient suivi une formation économique appropriée. Ces jurys seraient spécialisés selon les affaires à traiter et auraient quatre fonctions essentielles : nomination des dirigeants de la technocratie, votation des lois-cadres économiques, arbitrage des conflits entre producteurs-distributeurs d'un côté et consommateurs de l'autre. Le fonctionnement de ce système des jurys économiques ne devrait pas être figé une fois pour toutes, mais être adapté périodiquement en tenant compte des enseignements de l'expérience. Pour aboutir aux changements des institutions, il faut d'abord changer les mentalités et notamment celles des jeunes grâce à l'éducation.

Le troisième volume s'occupe dans un premier chapitre de « la contestation des étudiants et les jurys » et dans un deuxième chapitre de « la défense des consommateurs et les jurys » pour aboutir à une conclusion générale. Il ne fait pas de doute que la défense des consommateurs s'organise et que ceux-ci prennent conscience de leur importance dans une société de consommation. Les associations des consommateurs devraient se fédérer et assurer la formation, l'information et la protection du consommateur. Des campagnes de propagande devraient être organisées dans chaque pays. Le boycottage de produits nocifs à la santé et de ceux faisant une publicité mensongère ou excessive devrait être entamé. Des essais comparatifs établiraient la valeur des produits offerts et le rétablissement de la libre concurrence par suite d'un combat livré à la concurrence monopolistique actuelle, aboutirait à une baisse des prix. L'auteur insiste également sur le rôle déterminant auquel est appelé à cet égard la femme en sa fonction de ménagère, parce qu'elle est « souvent plus apte à comprendre le rôle fondamental du consommateur dans la vie économique ».

Il est impossible d'évoquer ici tous les problèmes examinés par l'auteur au cours de son exposé lucide et impitoyable. Encore faut-il dire que la présente note bibliographique n'est qu'imparfaite et incomplète, puisqu'elle ne parvient pas à rendre le ton anti-conformiste mais foncièrement honnête et fondée sur les méfaits dénoncées.

La clarté de la typographie augmente l'attrait de cet ouvrage à recommander aux gens avertis.

A. T.

ARONSTEIN Claude Serge : Plaidoyer pour notre vie privée. Association internationale des jeunes avocats, Luxembourg 1975, 51 pages, Imprimerie Jospeh Beffort, Luxembourg.

Cette plaquette contient un plaidoyer de Me Aronstein, avocat près la Cour d'Appel de Bruxelles. Elle constitue la synthèse de plusieurs exposés qu'il a consacrés depuis cinq ans à la défense de la vie privée et de la personnalité humaine.

Dans son introduction Me Aronstein rappelle d'abord que l'homo sapiens a été toujours un être libre et que les agressions contre la

liberté se sont dangereusement accrues depuis quelques années. Il croit cependant que le suicide collectif n'est pas pour demain et qu'il convient de sauvegarder à l'homme une possibilité permanente du secret et de l'oubli, condition de liberté et de dignité.

Après avoir exposé les principes et souligné à juste titre que la définition du concept de « privacy » de Cooley est la plus concise (« the right to be let alone »), l'auteur indique les instruments de droit international s'occupant de la protection de la vie privée : La Déclaraton Universelle des Droits de l'Homme, le Pacte International relatif aux droits civils et politiques et la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Sur le plan national certains pays s'occupent également du problème sous l'impulsion d'organisations privées.

L'auteur évoque ensuite les faits et moyens susceptibles de surprendre les secrets de la vie privée. On reste abasourdi devant tant d'ingéniosité perverse et la confirmation de la prévision totalitaire de George Orwell.

Aussi Me Aronstein a-t-il eu raison de constater l'urgence de légiférer et il a préparé en conséquence un projet de texte législatif relatif à la protection de la vie privée et de la personnalité, qui a eu la chance d'être repris par les sénateurs des trois grands partis belges. Cette proposition de loi est reprise in extenso à la fin du livre. L'auteur la commente brièvement et se prononce également pour une coopération internationale, une protection efficace étant impossible sans loi uniforme sur le plan international.

Me Aronstein conclut sur un appel pressant adressé à chacun pour réagir contre le danger du fichage et l'emprise sur la sphère privée par l'enregistrement et autres moyens techniques, sinon dit-il nous risquons « de perdre tout ce qui faisait le charme de notre existence : la confiance, l'amitié, le sourire, la quiétude de l'âme, les qualités du cœur ... bref l'amour de vivre. »

Un cri d'alarme à ne pas méconnaître.

A. T.

GITTER Wolfgang Prof. Dr. : Zum Privatliquiditionsrecht der leitenden Krankenhausärzte; Verband der privaten Krankenversicherung, 68 Seiten.

Diese Studie befaßt sich mit einem brennenden Problem das, wie die einleitenden Worte mit Recht besagen, nicht nur die Krankenhäuser und Ärzte, sondern auch die Patienten betrifft, die darauf bestehen einen bestimmten Arzt zu dem sie Vertrauen gefaßt haben, zur Behandlung in einem bestimmten Krankenhaus aufsuchen zu wollen. Das Problem ist um so hintergründiger als sozialpolitische Vorstellungen sich daran knüpfen und gewisse Slogans wie « Verstaatlichung der Medizin » oder « Sozialisierung der Ärzteschaft » das Bestreben zur Abschaffung der Privatliquidation und die sich daraus ergebende Aushöhlung der Wahlfreiheit des behandelnden Arztes mit sich bringen.

Der Autor hat es verstanden das Problem vom ideologischen Hintergrund abzukoppeln und aufgrund der normativen Rechtslage die Rechtsstellung des Kranhenhausarztes, des Krankenhauses und das Liquidationsrecht des Krankenhausarztes darzustellen. In seiner zusammenfassenden Schlußfolgerung bejaht der Autor das angesprochene Li-

quidationsrecht des Krankenhausarztes umsomehr als dieses Recht eine bedeutsame Möglichkeit des Ausgleichs allzu unterschiedlicher Einkommensverhältnisse darstellt. Ein Literaturverzeichnis und ein analytisches Inhaltsverzeichnis sind dieser interessanten Studie beigebogen.

A. T.

NEHLS Jürgen : Kapitalisierungstabellen, Erich Schmidt Verlag, 1977, 289 Seiten.

Der Autor ist den Lesern dieser Fachzeitschrift kein Unbekannter, da er denselben Fragenkomplex im 2. Band, I. Teil, (S. 173—209) dieser Zeitschrift angesprochen hat. Er hat sich mit dem Problem weiter beschäftigt und führt in diesem Buche das Ergebnis seiner Studien aus. Er stellt den gesamten Fragenkomplex, besonders die Dynamik der Schadenersatzrente in klarer und eindeutiger Weise dar. Dank der beigefügten Tabellen, der Abbildungen und der Beispiele stellt dieses Werk ein Handbuch der Kapitalisierungspraxis dar. Ein kurzes Literaturverzeichnis und ein nützliches Sachregister runden dieses für Haftpflichtversicherer, Sozialversicherungsanstalten, Rechtsanwälte, Begutachter und Versicherungsmathematiker höchst interessante, praxisnahe und somit empfehlenswerte Buch ab.

A. T.

SCHMATZ Hans : Das Recht der Krankenversicherung, Asgardverlag, Bonn, Bad Godesberg, 1976, 7. Ergänzungslieferung, 22 Seiten, 40,— DM mit Hefter.

Das Werk wird durch diese Lieferung auf den Stand von Januar 1976 gebracht. Somit haben Verwaltung und sonstige Benutzer die geltenden Bestimmungen in « bereinigter Form » zur Verfügung. Soweit Bestimmungen nicht formell aufgehoben, aber durch andere Gesetze gegenstandslos geworden sind, werden sie ab 7. Ergänzungslieferung in Kursivschrift dargestellt. Vorschriften aus anderen Gesetzen, die die RVO materiell, aber nicht formell ergänzen, werden in Fußnoten gebracht. Auf sonstige Rechtsordnungen wurde mit Angabe der Fundstelle verwiesen.

A. T.

Der Lohnsteuer-Jahresausgleich 1975, Hermann Luchterhandverlag, Neuwied, 1975, 72 S. 18,50 DM.

Diese Veröffentlichung erläutert die Bestimmungen zur Durchführung des Lohnsteuer- und Kirchensteuerjahresausgleichs. Die in den einzelnen Bundesländern geltenden kirchenrechtlichen Bestimmungen wurden nicht vergessen. Tabellen betreffend die Jahreslohnsteuer und die Kirchensteuerjahresbeiträge von 8% und 9% für Jahreseinkommen bis 58 000,— DM schließen dieses Heft ab.

A. T.

Bundessozialhilfegesetz, 14. neubearbeitete Auflage, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1978, 394 S., kart. DM 12,80.

Diese Beck'sche Textausgabe beinhaltet das Bundessozialhilfegesetz mit Ausführungsgesetzen der Länder, Verordnung zur Kriegsopferfürsorge, Unterhaltssicherungsgesetz und ergänzende Vorschriften. Ein Sachverzeichnis schließt diese Textausgabe ab, die auf den Stand vom 1. Januar 1978 gebracht wurde.

A. T.

AICHBERGER Friedrich : Sozialgesetzbuch — Reichsversicherungsordnung, Beckverlag München, 1976, 38. Auflage, Grundwerk 2650 Seiten, Loseblattausgabe in Plastikordner DM 29,80.

Diese Neuausgabe 1976 enthält sämtliche Rechtsvorschriften des Sozialversicherungsrechts, das Sozialgesetzbuch (SGB) — allgemeiner Teil — vom 11. Dezember 1975, ausgenommen das Recht der Angestelltenversicherung und der Knappschaftsversicherung sowie die Ausführungen zu zwischenstaatlichen Vereinbarungen und Abkommen.

Der Herausgeber ist Friedrich Aichberger, Senatspräsident a. D. am Bayrischen Landessozialgericht. Diese Sammlung ist nach Sachgebieten aufgegliedert und innerhalb der einzelnen Gebiete sind Untergliederungen angestrebt um den sachlichen Zusammenhang der Vorschriften hervorzustreichen. Den umfangreichen Vorschriften ist eine Inhaltsübersicht vorangestellt. Überschriften wurden von Aichberger eingefügt um einen besseren Überblick zu ermöglichen. Hinweise auf Gesetzesänderungen vor den Rechtsvorschriften und bei den abgeänderten Paragraphen wurden eingefügt um den Leser darauf aufmerksam zu machen, daß dieses Recht nicht mehr uneingeschränkt gilt. Verweise auf gesetzliche Vorschriften des Bundes- und Landesrechts erweisen sich als höchst nützlich.

Auf Rechtsprechung und Literatur wird ebenfalls hingewiesen. Ein Sachverzeichnis erlaubt ein schnelles Nachschlagen über eine bestimmte Rechtsmaterie.

Solcherart geordnet umfaßt diese Textausgabe hauptsächlich Sozialgesetzbuch, RVO, Allgemeine und gemeinsame Vorschriften, Krankenversicherung, Unfallversicherung, Rentenversicherung der Arbeiter, Fremdenrentenrecht, Versicherung der selbständig Erwerbstätigen, Organisationsrecht und Verfahrensrecht.

Alles in allem ein unentbehrliches Werk für jeden der sich mit Sozialversicherungsrecht abgibt.

A. T.

AICHBERGER Friedrich : Sozialgesetzbuch — Reichversicherungsordnung. 1. Ergänzungslieferung, 1977, 660 Seiten, DM 16,80

Diese Lieferung bringt die Sammlung auf den Stand vom 31. Januar 1977. Es wurden unter anderem neu aufgenommen : Gemeinsame Richtlinien der Spitzenverbände der Krankenkassen, des Verbandes Deutscher Rentenversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit für die versicherungsrechtliche Beurteilung von Nebenbeschäftigungen und Nebentätigkeiten, Stafrechtsreform Ergänzungsgesetz vom 28. 8. 1975, erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. 6. 1976, Rehabilitationsrichtlinien vom 17. 12. 1975, 19. Rentenanpassungsgesetz vom 3. 6. 1976, Reha-Abkommen R. V. vom 1. 8. 1975, Verordnung zur Förderung der beruflichen Fortbildung und Umschulung bei ungünstiger

Beschäftigungslage vom 17. 12. 1976, AFG-Leistungsverordnung vom 17. 12. 1976, Gesetz über die Entschädigung für Opfer und Gewalttaten vom 11. 5. 1976. Zahlreiche Anmerkungen wurden ergänzt.

2. Ergänzungslieferung 1977, 420 Seiten, DM 11,50

Diese Lieferung bringt die RVO der Sammlung auf den Stand vom 20. Mai 1977. Besonders hervorzuheben sind Änderungen der RVO durch das Sozialgesetzbuch — Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung vom 23. 12. 1976, sowie durch das Krankenversicherungs-Weiterentwicklungsgesetz vom 28. 12. 1976.

3. Ergänzungslieferung 1977, 756 Seiten, DM 22.—

Diese Ergänzungslieferung bringt die Sammlung auf den Stand vom 20. September 1977. Heben wir hervor das 20. Rentenanpassungsgesetz, das Gesetz zur Dämpfung der Ausgabenentwicklung und zur Strukturverbesserung in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 26. 6. 1977. Es wurden weiterhin aufgenommen die Arbeitsentgeltverordnung 1977 vom 6. 7. 1977, die Verordnung übe die Berufsausbildung zum Sozialversicherungsfachangestellten vom 22. 7. 1977, die Kinderzulagen-Erstattungsverordnung vom 3. 6. 1977, das 20. Rentenanpassungsgesetz, die Bauwertverordnung vom 24. 6. 1977, die 2. Verordnung über die Erteilung von Rentenauskünften an Versicherte der gesetzlichen Rentenversicherung, die Krankenausfallgeldverordnung vom 16 3. 1977.

A. T.

VOSKUHL Ursula, PAPPAI Friedrich, NIEMAYER Johann, Versorgungsausgleich in der Praxis, Asgardverlag, Dr. Werner Hippe KG, 192 Seiten, 24,80 DM

Durch das Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts wurde der Ausgleich von Versorgungsanrechten bei Ehescheidung, der sogenannte «Versorgungsausgleich» eingeführt. Die geschiedenen Ehegatten werden gleichmäßig an den während der Ehe erworbenen Versorgungsanwartschaften beteiligt. Der Ehemann muß Versorgungsanwartschaften abgeben um die Scheidung seiner Frau zu gewährleisten. Die Stellung der Frau wird verbessert und ihre Ansprüche hängen nicht mehr vom Tode ihres geschiedenen Mannes ab.

Die Autoren geben in Teil 1 den Gesetzestext mit Anmerkungen zum Bürgerlichen Recht, zur Reichsversicherungsordnung und zum Beamtenversorgungsrecht wieder.

Teil II erläutert den Versorgungsausgleich und die Gestaltungsmöglichkeiten. Die Durchführung des Versorgungsausgleichs, Feststellung des Ausgleichsanspruchs, Form des Versorgungsausgleichs (Wertausgleich, Splitting, Quasi-Splitting, Begründung durch Entrichtung von Beiträgen und schuldrechtlicher Versorgungsausgleich) sind insbesondere bemerkenswert dargelegt.

Die Darstellung ist anhand von zahlreichen Beispielen praxisnah verarbeitet. Die Gestaltungsmöglichkeiten sind in erschöpfender Weise dargetan.

Ein Literaturverzeichnis und ein Abkürzungsverzeichnis schließen das Buch ab. Ein Beiheft mit Tabellenwerten ist dem Werk beigebogen. Es

dient zur Ermittlung der Anwartschaften, zur Durchführung des Versorgungsausgleichs und zum finanziellen Aufwand. Dieses Heft jährlich neu mit den neuesten Tabellenwerten, wird den Beziehern des Stammwerkes automatisch zugesandt. Ein nützliches Werk das sich für Rechtsanwälte, Notare, Richter, Steuer- und Rentenberater als unentbehrlich erweist.

A. T.

WEZEL und LIEBOLD : Handkommentar zur Gebührenordnung für Ärzte (BMA), Loseblattausgabe, Asgardverlag, Bonn-Bad Godesberg,

19. und 20. Ergänzungslieferung.

Die 19. Ergänzungslieferung wird fast aussschließlich durch die Vereinbarung der kassenärztlichen Bundesvereinigung mit den Bundesverbänden der Orts-, Betriebs-, Innungskrankenkassen und der landwirtschaftlichen Krankenkassen bestimmt. Die Laborleistungen sind in wesentlich mehr Einzelpositionen aufgegliedert. Bekanntlich wurden die Laboratoriumsleistungen insgesamt gesehen um etwa 24% gesenkt und einzelne Positionen sogar bis zu 40%. Einige Leistungen wurden höher bewertet, besonders die der Besuche, verschiedene dermatologische Leistungen und eingehende neurologische und psychiatrische Untersuchungen.

Die 20. Ergänzungslieferung trägt den Anfragen der abrechnenden Ärzte zum Laborteil Rechnung. Anmerkungen wurden notwendig und das unentbehrliche Werk auf den neuesten Stand gesetzt.

21. Ergänzungslieferung

Diese Lieferung klärt weitere Zweifelsfragen insbesondere solche die sich bei der Abrechnung von Leistungen ergeben, die nicht ausdrücklich im Gebührenverzeichnis enthalten sind.

22. Ergänzungslieferung.

Diese Lieferung beinhaltet die Beschlüsse B 62 und 63 der « § 5 — Kommission ». Es werden 11 neue Leistungen aufgenommen und bei 12 anderen Veränderungen vorgenommen.

23. Ergänzungslieferung

Diese Lieferung befaßt sich mit den Beschlüssen B 64—68 der « § 5-Kommission ». 13 neue Leistungen wurden aufgenommen und zehn veraltete, den Voraussetzungen des § 368e RVO nicht mehr entsprechende Laborleistungen, wurden gestrichen. Bei 7 Leistungen sowie 6 allgemeinen Bestimmungen oder Anmerkungen ergeben sich Änderungen oder Ergänzungen.

24. Ergänzungslieferung

Diese Lieferung bearbeitet die Beschlüsse B 69-71 der « § 5-Kommission ». 5 neue Leistungen werden aufgenommen und die sechs Positionen für Peritonealdialyse durch zwei völlig anders strukturierte Leistungspositionen ersetzt. Die allgemeinen Bestimmungen zu den Röntgenleistungen wurden erweitert.

25. Ergänzungslieferung

Die Lieferung trägt den Beschlüssen B 72 und 73 der « § 5-Kommission » Rechnung. Fünf neue Leistungen wurden aufgenommen und einige amtliche Textänderungen eingearbeitet.

26. Ergänzungslieferung.

Diese Lieferung beschäftigt sich mit auftretenden Zweifelsfragen bei einzelnen Positionen. Einige nicht von den Vertragspartnern genannte Leistungen wurden sinngemäß beigeordnet.

A. T.

KREBS : Kommentar zum Arbeitsförderungsgesetz (AFG), Loseblattausgabe, Asgardverlag, Bonn-Bad Godesberg.

Die **17. Ergänzungslieferung** betrifft folgende Änderungen :

Das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, welches eine Anpassung der Straf- und Bußgeldvorschriften des AFG an das neue Strafgesetzbuch bringt.

Das Gesetz über das Konkursausfallgeld, welches den Arbeitnehmern Anspruch auf Konkursausfallgeld gibt, wenn sie in den letzten drei Monaten ihres Arbeitsverhältnisses vor Konkurseröffnung einen Entgeltausfall hatten.

Das Gesetz über die Angleichung der Leistungen zur Rehabilitation führt die Vorschriften über die berufsfördernden Leistungen zur Rehabilitation, die Rehabilitationsvorschriften anderer Gesetze an und führt die Beitragspflicht von Personen ein, die Übergangsgeld wegen einer berufsfördernden Maßnahme beziehen. Schließlich werden die Folgen des Einführungsgesetzes zum Einkommensteuerreformgesetz eingearbeitet.

Die **18. Ergänzungslieferung** befaßt sich hauptsächlich mit dem Gesetz über die Sozialversicherung Behinderter, dem allgemeinen Teil des neuen Sozialgesetzbuches und dem Haushaltsstrukturgesetz- Arbeitsförderungsgesetz.

Die neuen Vorschriften sind erläutert, Literatur und Rechtsprechung sind verarbeitet. Der Kommentar entspricht dem neuesten Stand.

A. T.

LÖHE, BUSCHMANN, WILKEN : Handbuch für Krankenkassen und Ärzte, Loseblattausgabe, Asgardverlag, Bonn-Bad Godesberg

17. Lieferung

Die **17. Lieferung** schließt die Ausführungen zum Buchstaben A ab. Es handelt sich um ein medizinisches und versicherungsrechtliches Nachschlagewerk, das eine willkommene Entscheidungshilfe in Zweifelsfragen darstellt. Neue Untersuchungs- und Heilmethoden in der fortschreitenden Medizin werden behandelt. Die Leistungen der Krankenkassen und die Begriffe der Sozialversicherung werden kommentiert.

Die Anordnung des Werkes geschieht mit lexikalischer Übersicht und bietet somit ein nützliches Informationsmittel.

18, 19. und 20. Ergänzungslieferung.

Mit diesen Lieferungen sind die Buchstaben A—E abgehandelt. Das Gesamtwerk soll bis Ende 1978 vollständig vorliegen.

Es wird ständig überarbeitet werden um immer auf dem neuesten Stand der Medizin, sowie des leistungs- und vertragsrechtlichen Sektors zu bleiben.

A. T.

ROHWER-KAHLMANN : Aufbau und Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit, Loseblattausgabe, Asgardverlag, Bonn-Bad-Godesberg.

20., 21. und 22. Ergänzungslieferung.

Diese Lieferungen bringen das in Band III dieser Fachschrift (s. Teil 4 S. 21) besprochene Werk auf den Stand von 1976. Das umfangreiche Werk erfüllt somit weiterhin voll und ganz seinen Zweck.

A. T.

HOPPE und BERLINGER : Förderung der beruflichen Bildung, Loseblattausgabe, Asgardverlag, Bonn-Bad Godesberg.

10. Ergänzungslieferung.

Diese Lieferung bringt vor allem Ergänzungen in dem die Rehabilitation behandelnden Teil und zwar aufgrund der Anordnung der Bundesanstalt für Arbeit über die Arbeits- und Berufsförderung Behinderter vom 31. 7. 1975. Rechtauslegende Stellungnahmen des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung und des Verbandes Deutscher Rentenversicherungsträger sind berücksichtigt worden. Die neue A Reha wurde im Wortlaut aufgenommen.

Arbeitspolitische Aspekte, (z. B. überbesetzte Berufe) wurden angesprochen, sowie das Gesetz über die Sozialversicherung Behinderter.

Im Anhang sind umfangreiche Änderungen der Durchführungsanweisungen zur Anordnung der Bundesanstalt für Arbeit über individuelle Förderung der beruflichen Fortbildung und Umschulung, sowie die 9. Änderungsordnung über die individuelle Förderung der beruflichen Ausbildung, — die eine wesentliche Erhöhung der Unterhaltsverpflichteten des Auszubildenden einzuräumenden Freibeträge vorsieht — berücksichtigt worden.

Wichtige Grundsatzentscheidungen des Bundessozialgerichtes wurden aufgenommen.

11. Ergänzungslieferung

Die Lieferung betrifft unter anderem das Gesetz zur Verbesserung der Haushaltsstruktur im Geltungsbereich des Arbeitsförderungs- und des Bundesversorgungsgesetzes (HStrukt-AFG), welches die Vorschriften betreffend die berufliche Bildungsförderung abändert. Die Änderungen beziehen sich auf die Anspruchsvoraussetzungen, die Höhe der Leistungen die davon abhängig sind, ob die Förderung im Einzelfall arbeitsmarktpolitisch notwendig oder lediglich zweckmäßig ist.

Die Paragraphen 34 (berufliche Bildungsmaßnahmen), 36 (Leistungsvoraussetzungen) und 41 (förderungsfähige Maßnahmen), 42 AFG (för-

derungsfähiger Personenkreis) wurden neu erläutert und es wurde hierbei die gefestigte Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes eingearbeitet.

Die neuen Tabellen für das Unterhaltsgeld wurden im Anhang aufgenommen. Der Text der neuen Anordnung Fortbildung und Umschulung und die Anordnung der Bundesanstalt für Arbeit über die individuelle Förderung der beruflichen Ausbildung in der 10. Änderungsanordnung wurde ebenfalls eingeordnet.

12. Ergänzungslieferung

Die 12. Lieferung schließt die Neubearbeitung der geänderten Gesetzesvorschriften (HStruk-G-AFG) ab. Die Fragen bezüglich eines konkurrierenden Anspruchs auf Kindergeld (BKGG) und dem Unterhaltsgeld (Uhg) werden behandelt.

Die Verordnung über Teilnahme von Aussiedlern an Deutschlehrgängen und die Verordnung des BMA zur Förderung der beruflichen Fortbildung und Umschulung bei ungünstiger Beschäftigungslage werden eingearbeitet.

Berufsausbildungsbeihilfen bei Antragstellung von Minderjährigen oder bei unzuständigen Stellen werden behandelt. Berechnungsbeispiele für BAG und Ubg für Rehabilitanden werden angeführt.

13. Ergänzungslieferung

Die 13. Lieferung bringt das Werk auf den Stand von April 1977. Sie verwertet die Rechtssprechung des Bundessozialgerichts, verarbeitet unter anderem die Rechtsverordnungen des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung zur Förderung der beruflichen Fortbildung, sowie die Strafvollzugsvergütung vom 11. 1. 1977. Das Satzungsrecht der Bundesanstalt für Arbeit wird auf den letzten Stand gebracht. Die Entwicklungsübersicht der beruflichen Bildungsförderung und Rehabilitation wird weitergeführt. Die Rechtssprechung zur beruflichen Rehabilitation wird auszugsweise wiedergegeben.

A. T.

SABEL : Entscheidungssammlung zur Entgeltfortzahlung (EEK), Loseblattausgabe, Asgardverlag, Bonn-Bad Godesberg.

41. und 42 Ergänzungslieferung

Die beiden Lieferungen enthalten 19 Urteile, die mit umfangreichen Anmerkungen versehen sind. Die Herausgeber setzen sich kritisch mit den in diesen Entscheidungen zum Ausdruck kommenden Rechtsauffassungen auseinander. Fachliteratur und Rechtssprechung werden hierbei berücksichtigt. Ein nach Gesichtspunkten geordnetes Register und ein ausführliches Stichwortverzeichnis erlauben dem Benutzer ein schnelles Auffinden der zu klärenden Einzelfrage.

43.—47. Ergänzungslieferung

Diese Lieferungen enthalten 79 Urteile im Zusammenhang mit der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle. Die Entscheidungen sind mit umfangreichen Anmerkungen versehen. Die Fachliteratur wurde berücksichtigt.

A. T.

ILGENFRITZ u. MURZ : Reichknappschaftsgesetz — RKG —, Asgardverlag, Dr. Werner Hippe, Bonn-Bad Godesberg 1.

18.—20. Ergänzungslieferung

Durch diese Lieferungen wird die Überarbeitung des Werkes fortgesetzt (s. Questions sociales, Bd. II, 4. Teil, S. 52). Insbesondere wurde der allgemeine Teil des Sozialgesetzbuches eingearbeitet und erläutert.

21.—23. Ergänzungslieferung

Die 21. Lieferung berücksichtigt das 19. Rentenanpassungsgesetz vom 3. 6. 1976 und das Gesetz zur Änderung des Bundeskindergeldgesetzes vom 18. 8. 1976. Die Überarbeitung des Werkes wurde weitergeführt. Die neuere Rechtsprechung wurde berücksichtigt.

Die 22. Lieferung enthält die nach RV-Bezugsgrößenverordnung 1977 für die Rentenberechnung maßgeblichen Werte. Die Texte des Sozialgesetzbuches vom 23. 12. 1976 (gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung) werden wiedergegeben. Den Änderungen die durch das Krankenversicherungs-Weiterentwicklungsgesetz vom 28. 12. 1976 in dem RKG und in der RVO eingetreten sind, wurde Rechnung getragen.

Die 23. Lieferung (Stand Juni 1977) kommentiert die Vorschriften des RKG über den Versorgungsausgleich nach dem ersten Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts. Die Änderungen des Sozialgesetzbuches in betreff des RKG sind berücksichtigt worden sowie die Vorschriften des Artikel I SGB sind erläutert.

A. T.

HOERNIGK-JAHN-WICKENHAGEN : Fremdenrentengesetz, Loseblattausgabe, Asgardverlag. Dr. Werner Hippe.

11. und 12. Ergänzungslieferung

Durch die Rechtsprechung wurden in besonderen Fällen Interpretationslücken geschlossen oder gewisse bisher geltende Grundsätze geändert. Neue Gesetze haben das FRG beeinflußt.

Änderungen im internationalen Bereich wurden berücksichtigt, im besonderen das Polenabkommen vom 9. 10. 1975. Erläutert wurden die Kürzungsvorschriften bei nur glaubhaft gemachten Beitrags- und Beschäftigungszeiten oder aufgrund einer Beitragsentrichtung im Herkunftsland während des Bezuges eines Altersruhegeldes.

Die Kommentierung über die Anrechnung ausländischer Beitrags- und Beschäftigungszeiten und über das Wirksamwerden von Kürzungs- und Ruhevorschriften wurde erweitert.

A. T.

TIETZ Georg; Zahlenwerk zur Sozialversicherung in der Bundesrepublik Deutschland, Erich Schmidt Verlag, Berlin, Bielefeld, München. **17. und 18. Ergänzungslieferung,** 598 Seiten, DM 78,—

Mit diesen Lieferungen werden die Statistiken auf den neuesten Stand gebracht und insbesondere die Übersichten über Rentenver-

sicherungen, Rentenanzahl, Durchschnittsrenten, Gliederung nach Alter, Unfälle und Renten aus der Unfallversicherung, im besonderen zuerst über Unfallversicherung der Studenten, Schüler und Kindergärten, Leistungsfälle und Krankenstand in der Krankenversicherung, Mitgliederzahl bei den einzelnen Kassenarten, Bezugsgrößen für Rentenberechnung, Rentenanpassungen, Einnahmen und Ausgaben in den Rentenversicherungen, in der Unfallversicherung und in der Krankenversicherung, Bevölkerungs- und Geburtenzahlen, Arbeitslosigkeit, Erwerbstätigkeit und Stellung im Beruf, Arbeitsentgelte, Lebenshaltungskosten und Sozialprodukte.

Ein Stichwortverzeichnis wurde dem Zahlenwerk beigegeben wodurch dessen Gebrauchswert als Nachschlagwerk erhöht wurde.

A. T.

19. und 20. Ergänzungslieferung, 654 Seiten, DM 78,—

Die meisten Ergebnisse der Statistiken wurden in das Zahlenwerk aufgenommen. Die folgenden Übersichten wurden ergänzt unter anderem : Laufende Renten, zugegangene Renten in den drei Rentenversicherungen, Unfälle aus der Unfallversicherung, Leistungsfälle und Krankenstand in der Krankenversicherung, Leistungsfälle und Krankenstand in der Krankenversicherung unter Berücksichtigung der einzelnen Kassenarten, Beitragssätze und Beitragsklassen sowie ihre Anrechnung bei der Rentenberechnung, Rentnerkrankenversicherung.

Den Angaben über Rechtsquellen und Erläuterungen wurde großen Wert beigemessen.

A. T.

Rentenzugang und Rentenwegfall in der Rentenversicherung der Arbeiter und in der Rentenversicherung der Angestellten, Statistik der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung, Bd. 48, Frankfurt, Okt. 1977, 165 Seiten, 11,— DM.

Die Rentenversicherung stellt immer neue Probleme, die einer Lösung harren. Hierzu werden auch Daten benötigt, über die der Spitzenverband der gesetzlichen Rentenversicherung, Verband Deutscher Rentenversicherungsträger, in großem Ausmaß verfügt. Die zusammengetragene Statistik bringt Angaben über Rentenzahl, Rentenarten, Rentenzugang und -wegfall, Beitragszahlungen, Beruf der Pflichtversicherten vor Eintritt des Versicherungsfalles, allgemeine Ursachen der Rentengewährung, Versichertenrenten wegen Berufs- und Erwerbsunfähigkeit nach Diagnosegruppen, Versichertenrenten nach Ursachen der Berufsunfähigkeit, der Erwerbsunfähigkeit, nach Altersgruppen, nach besonderen Diagnosen und Versicherungsverhältnis. Angaben über Hinterbliebenenrenten, Rehabilitationsmaßnahmen, Jahresverdienst vor Eintritt des Versicherungsfalles, Versicherungsdauer, Auswirkungen der Ruhensvorschriften, Kürzungsbestimmungen, geben interessante Aufschlüsse. Für den Rentenwegfall, die Rentenumwandlungen, die Rentenbestände, die Beitragserstattungen, die Beitragszahlungen zur Krankenversicherung der Rentner wird ebenfalls mit Zahlenmaterial gedient.

Dieses Zahlenwerk stellt eine vorbildliche Arbeit dar dessen Methodologie (im besonderen die Aufgliederung der Krankheitsursachen S. 15 u. ff.) auch für Luxemburg als beispielhaft angepriesen werden kann.

A. T.

5e partie :

Informations

COMITÉ INTERRÉDACTIONNEL DES REVUES DE SÉCURITÉ SOCIALE DES PAYS MEMBRES DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Les facteurs accroissant la consommation pharmaceutique et les éléments pour une limitation *

L'assistance pharmaceutique et hospitalière représente la dépense la plus importante des budgets des organismes de sauvegarde sanitaire.

Constamment, au cours de ces dix dernières années, les dépenses pharmaceutiques de l'institut le plus important en matière d'assurance-maladie, l'INAM, a fait enregistrer une incidence de 21% sur les dépenses totales. On peut bien affirmer que si l'on analyse le phénomène pharmaceutique et toutes ses implications, il est possible de mieux éclaircir ce qui représente l'un des plus graves problèmes de notre société : la situation de l'assistance sanitaire.

D'abord, il est intéressant de savoir comment la consommation des médicaments se répartit entre les diverses couches de la population.

De l'après-guerre jusqu'aujourd'hui on a constaté une augmentation de l'emploi de médicaments de 0 et 40%, ce qui s'explique notamment par ces trois raisons : la mentalité tendant à la consommation et dérivant des interventions superficiellement scientifiques des mass-media qui ont modifié le rapport entre le médecin et le patient; l'extension de la couche de la population qui est assistée par les organismes d'assistance, qui a déjà anticipé, en ce qui concerne la sauvegarde sanitaire, la réalisation du système de sécurité sociale; la prolifération énorme de produits pharmaceutiques similaires qui brouillent les idées au médecin traitant et au patient.

Les comportements individuels et collectifs qui ont produit cette explosion dans la consommation des médicaments sont très divers; cependant, l'un d'entre eux se distingue en particulier : la tendance à l'auto-thérapie favorisée par la publicité.

De cette façon, le médicament est devenu un bien largement utilisé, ainsi qu'un instrument thérapeutique, soumis aux lois rigoureuses de la consommation. Ce phénomène ne se limite pas seulement à l'Italie, mais il est propre à plusieurs pays. D'après l'avis de nombreux sociologues en Italie l'usage des médicaments sans ordonnance favorise une consommation aveugle et approximative surtout pour ces produits qui ont des applications générales et qui peuvent être identifiés plus aisément par les consommateurs.

Le développement progressif de la consommation pharmaceutique ne dépend pas exclusivement des éléments négatifs ou des distorsions du système social, mais plutôt du plus grand soin de l'homme d'aujourd'hui à l'égard de sa santé. Par conséquent, la recherche des causes du phénomène ne peut pas faire abstraction de l'évaluation du cours de la morbidité par rapport à l'usage des médicaments.

---

* Résumé de l'article de M. A. Gemelli et M. E. Nazzaro dans la revue « I Problemi della Sicurezza Sociale » (n° 5-1975).

Même l'étendue du système d'assurances se répercute négativement sur l'abus des médicaments. Ces derniers temps le système d'assurance sous la poussée du développement de la production a élargi sa propre sphère d'action touchant des couches de plus en plus vastes de la population. L'assistance pharmaceutique a été ainsi reconnue à des secteurs de travail qui précédemment en étaient exclus. La situation critique, dit-on, est justement la conséquence du tout gratuit. Dans la plupart des pays on applique le système de la participation, dans une mesure variable de l'assuré à la dépense pharmaceutique, tandis qu'en Italie la prescription est en général, à peu d'exceptions près, tout à fait gratuite.

Depuis plusieurs années la polémique est ouverte sur l'établissement de la participation à la dépense pharmaceutique. Dans certains milieux on soutient la nécessité d'introduire dans le système d'assistance actuel et dans le service sanitaire national à venir une part de contribution à la dépense. Dans d'autres milieux, et plus précisément au sein des syndicats, cette proposition n'est pas acceptée; en d'autres termes, on nie que la participation du patient à la dépense peut décourager l'emploi du médicament, et l'on soutient que l'assuré participe considérablement à la dépense pharmaceutique payant par son propre salaire.

Un autre point très important de la recherche des causes de la consommation pharmaceutique italienne concerne le secteur de la production et de la distribution. Dans le cadre de la production de notre pays, qui est en train de se donner des structures de plus en plus efficaces et modernes, le secteur pharmacologique se présente traditionnellement comme le plus désorganisé et le plus statique. Ce sont surtout les petites entreprises qui déterminent en général l'augmentation énorme du nombre des médicaments en vente. En effet, elles se limitent à imiter, très souvent, les substances produites par les grandes et moyennes entreprises. Leur présence sur le marché cause la multiplication des spécialités similaires en circulation, oblige les grandes entreprises à étendre l'éventail de leurs produits et elle réduit l'efficacité globale du secteur.

Ces derniers temps la conviction s'est imposée que seule l'intervention publique dans le secteur peut d'une part régler l'organisation productive dans son ensemble et de l'autre exercer une action de limitation des prix des médicaments. A cet égard on a avancé deux propositions : l'une prévoit la nationalisation du secteur, l'autre une initiative industrielle de l'Etat dans le secteur pharmaceutique. Certains experts estiment qu'une solution efficace du problème repose sur la nationalisation. Pour d'autres, l'hypothèse d'une nationalisation de l'industrie pharmaceutique n'est pas convenable; par contre, il faut envisager une intervention directe de l'Etat sur la production des produits de base. Dans ce domaine, l'initiative publique, sous forme d'une entreprise à participation de l'Etat, serait très utile aux fins d'une participation compétitive au développement du secteur et pour contenir les prix des produits pharmaceutiques. Un autre élément insuffisant dans les industries pharmaceutiques italiennes est la recherche scientifique. Notre recherche est concentrée sur quelques entreprises et elle est essentiellement consacrée au perfectionnement des procédés de production, à l'étude de nouvelles formes pharmaceutiques, aux méthodes analytiques; on poursuit une politique tendant plus à la

survie des entreprises même qu'à leur progrès. Les activités de recherche sont orientées vers la création ou l'amélioration de médicaments assurant de bonnes perspectives économiques. La durée moyenne de validité des produits italiens est par conséquent très longue (même 10 ans) — exception faite pour certains remèdes tels que les antibiotiques, les psycho-médicaments, les hormones — tandis que dans d'autres pays européens, dont les structures de marché sont en général égales aux structures italiennes, le rechange des produits pharmaceutiques est beaucoup plus fréquent. Aux Etats-Unis la durée moyenne des produits est encore très brève: elle atteint à peine 2 ans. Un pas ultérieur vers la rationalisation d'un marché pharmaceutique efficace est représenté par la révision du système de distribution. Plus de 60% de la production nationale pèse sur les budgets des organismes d'assistance; par conséquent, on a proposé de plusieurs côtés la création d'une entreprise publique pour l'achat et la distribution des médicaments. Les organismes d'assistance devraient assurer à cette entreprise le personnel nécessaire pour la gestion ainsi que le capital initial d'installation et d'exploitation.

A la proposition d'établir un organisme public de distribution il a été objecté que l'action de l'entreprise trouverait des entraves dans la situation qui caractérise ce secteur.

Même les perspectives de solution du problème pharmaceutique exposées dans les lignes générales du projet de loi sur la réforme sanitaire élaboré par le Ministère de la Santé sont intéressantes. Ce projet de loi consacre une attention toute particulière au Service de distribution. Vu que, pour des raisons économiques et sociales évidentes, le réseau de distribution actuel ne peut pas être limité, l'art. 48 établit la faculté pour les unités sanitaires locales de stipuler des accords avec les pharmacies en activité pour la fourniture de médicaments aux citoyens qui en ont le droit. Le projet de loi prévoit aussi la possibilité que ces unités sanitaires distribuent les produits pharmaceutiques directement.

Note sur la lutte contre la pauvreté *

Rarement nous pensons à la Communauté Européenne comme à une organisation intéressée aux personnes en tant que telles et non en tant que consommateurs ou unités (ou unités potentielles) de production.

La politique sociale des Communautés Economiques Européennes s'adresse aussi aux personnes sans les considérer comme consommateurs ou unités (ou unités de production effectives ou potentielles).

Un groupe de mères d'un faubourg de Londres-nord recevra un subside de la C.E.E. pour administrer un centre de jour pour les enfants et organiser des activités éducatives pour les enfants, les mères, les éducateurs. Un groupe de volontaires dans le Sud de la France organisera un centre préscolaire d'un type nouveau pour les enfants des familles laborieuses avec une subvention de 50% de la part de la C.E.E. Des fonds communautaires contribueront à financer dans la ville

* Communication n° 2/1976 de la Commission des Communautés Européennes au Secrétariat du Comité Interrédactionnel des revues de sécurité sociale des pays des Communautés Européennes.

de Padova, près de Venise, une expérience de nouvelles structures d'organisation pour l'octroi de services sociaux et d'assistance économique pour les personnes indigentes : Dans la Ruhr la Communauté donnera son appui à la réorganisation des services pour sans-logis; à Bruxelles elle contribuera à la formation de groupes locaux pour soutenir un sens communautaire dans un vieux quartier délabré; à Copenhague la C.E.E. s'intéressera au développement de nouvelles méthodes sociales; en Irlande elle sera intéressée dans la recherche de méthodes d'amélioration d'un système supplémentaire de prévoyance sociale. Ce sont là seulement quelques-uns des 23 projets à lancer avant la fin de l'année sous le titre général « Projets pilote et études pour combattre la pauvreté ».

Ce programme n'est qu'une petite partie du programme général d'action sociale de la C.E.E. Il est très significatif, car il représente au point de vue financier une dépense globale de 2,5 millions d'unités de compte dans les années 1975/76 et 2,875 millions dans les années 1976/1977 et au point de vue social un engagement envers les personnes qui n'ont pas profité des progrès de la prospérité en Europe et qui sont à l'heure actuelle particulièrement menacées par la récession économique.

L'objectif n'est pas d'abolir la pauvreté comme telle, ce qui est évidemment impossible avec un programme si limité, mais de stimuler des expériences pour trouver des nouvelles manières de faire face aux besoins des personnes indigentes.

Les structures existantes de sécurité sociale et les services sociaux remplissent une fonction essentielle, mais la pauvreté existe cependant et même de nouvelles formes de pauvreté surgissent par exemple lors de la restructuration urbaine ou de la réorganisation des exploitations agricoles.

La Communauté a décidé de stimuler plusieurs expériences locales concernant l'efficacité de la sécurité sociale et des services sociaux à l'égard des pauvres, afin de rendre les systèmes existants plus souples et plus efficaces dans la lutte contre la pauvreté. La C.E.E. aidera le développement de ces projets par l'intermédiaire de Gouvernements nationaux, des autorités locales et des grandes Institutions publiques et même d'organisations mutuelles. Si les actions que la C.E.E. promouvra sont différentes, il y a cependant ressemblance suffisante à l'intérieur des secteurs principaux pour permettre un utile échange d'idées et d'expériences.

Les 23 projets comprennent 6 programmes d'actions dans les quartiers pauvres, 5 projets sur les soins et l'éducation des enfants, 2 projets sur les habitations et 3 sur les « droits à la Prévoyance ». La liste des programmes a été approuvée par la C.E.E. en novembre 1975 et les accords ont été signés en décembre.

Outre les projets concernant les différents pays qui sont tous financés pour 50% par la Communauté, la C.E.E. finance le coût entier de deux études, dont la première compare la situation des personnes très pauvres de trois zones avec une haute densité de population (Londres, la Ruhr et Paris) et la deuxième étudie l'étendue et la portée de la pauvreté dans l'ensemble des pays de la C.E.E.

La plupart de ces projets sont prévus pour une durée de 5 années, un subside de la C.E.E. leur est acquis pendant les premières deux années. Il faudra donc attendre quelque temps avant de pouvoir tirer une conclusion définitive du programme. Il sera cependant possible d'avoir d'importants résultats provisoires. Le programme a d'ores et déjà prouvé que la Communauté peut prendre des initiatives qui se traduisent sur le plan humain dans la lutte contre la pauvreté.

COMITÉ INTERRÉDACTIONNEL DES REVUES DE SÉCURITÉ SOCIALE DES PAYS DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Contribution allemande au bilan social Européen

par Johannes Brakel [1]

La Commission des Communautés Européennes est en train de préparer un deuxième bilan européen. A la fin de 1975 le Conseil des Communautés Européennes a préparé, sur la base des données de 1975, un calcul estimatif pour 1980 [2].

Dans le premier semestre 1977 les neuf Etats membres ont envoyé à la Commission les documents nécessaires. La présentation au Conseil et la publication ont été prévues pour la fin du premier semestre 1978. Toutefois, il est possible que certains ou tous les Pays demandent une révision ultérieure des chiffres avant leur publication. En effet, nombre de pays ont à leur disposition les données plus récentes sur le développement futur de l'économie et des prestations sociales.

Entre la fin de 1976 et le début de 1977, on avait déjà fait des pronostics concernant l'économie dans son ensemble, en harmonie avec les données d'orientation du IV[e] Programme communautaire pour la politique économique à moyen terme. Depuis la fin de l'été de l'année, on considère en République Fédérale d'Allemagne comme probable une évolution moins optimiste.

L'entité et la structure du bilan social européen se distinguent du bilan social déjà connu du gouvernement fédéral par différents détails. Tout d'abord il marque les prestations indirectes sous forme de facilités fiscales pour des raisons sociales et les facilités dans le secteur du logement social. Une transposition des données du bilan social européen dans les définitions du bilan allemand et une intégration des données mêmes font apparaître des résultats surprenants pour la République Fédérale d'Allemagne, en se basant sur les prémisses encore valables au début de l'année et qui sont à présent en partie déjà dépassées.

Les résultats surprenants

De 1970 à 1975 le volume des prestations sociales [3] est passé de 175 à 334 milliards de marks allemands. On prévoit, jusqu'à 1980, une augmentation ultérieure atteignant 458 milliards. L'accroissement de 1970 à 1975 se monte à 91%, celui allant de 1975 à 1980 à 37%, avec une moyenne annuelle de 13,8 et 6,5% respectivement.

Le développement n'est donc pas uniforme. Cela est dû au fait que pendant la période d'observation on doit prévoir le développement, et que le système de prévoyance sociale de la RFA se sera stabilisé,

---

1 En collaboration avec Paul Gissler; Manfred Nutsch, Klaus Salthammer, Maria Schubach et Edmund Tradt.

2 Cfr. Richard Draperie, Ein weiterer Weg, BArbBl. 10/77, p. 373.

3 y compris les données administratives

tandis que dans la période de 1970 à 1975, on a réalisé un perfectionnement du système de prévoyance sociale. On a élargi le cercle des assurés (accès à l'assurance-pension et maladie des agriculteurs et des étudiants), et on a amélioré sensiblement le droit aux prestations dans de nombreux secteurs (limites d'âge flexibles dans le domaine des pensions, élimination du système prévoyant la privation des cotisations pendant l'hospitalisation, prestations en cas de maternité). On a révisé la législation concernant la réhabilitation, l'invalidité et les allocations familiales. Les pensions ont subi une augmentation de 60% environ dans tous les secteurs. Par contre, on a prévu, pour la période 1975—80, des ajustements des pensions ne dépassant pas 45%. Mais il sera surtout possible de freiner, d'une façon remarquable, la hausse des coûts sanitaires particulièrement considérable jusqu'en 1975. Il est nécessaire de considérer que l'année de référence 1975 a été caractérisée par une grave crise conjoncturelle avec 1,2 millions de chômeurs. On a enregistré une augmentation des frais non seulement pour les allocations de chômage, mais aussi pour le secteur de l'assistance sociale. Pour 1980 on prévoit une diminution du chômage de 630 000 unités environ, avec une diminution corrélative des dépenses.

La cotisation pour les prestations sociales se dégageant des chiffres indiqués se monte à 25,4 pour 1970, pour atteindre 32,4 en 1975 et pour descendre à 29,5 en 1980. Il s'agit là de la ligne de développement prévue par le gouvernement fédéral jusqu'à 1979 dans son bilan social de 1976 [4].

FREIN A LA HAUSSE DES PRIX

Aussurance contre la maladie

Après les taux considérables d'augmentation des dépenses dans le secteur de la maladie de la dernière décennie (moyenne annuelle de 19,2% de 1970 jusqu'à 1975), on a enregistré pour la première fois en 1976 une normalisation. L'accroissement est descendu à 9,1%, en atteignant sa valeur la plus basse depuis dix ans environ. Cela est dû aux efforts visant à freiner l'évolution des prix, à limiter la hausse des prix et en général l'accroissement économique. La discussion animée de ces dernières années concernant les thèmes des coûts a sans aucun doute influencé le comportement des assurés, des fournisseurs de soins et des secteurs industriels intéressés.

La phase de normalisation se poursuivra en 1977. Dans les années successives on saisira aussi les effets des mesures prévues par la loi sur la réduction des coûts.

Pensions

Les prestations concernant les pensions seront rajustées en fonction de l'évolution des salaires conformément à la XX[e] loi sur le rajustement des pensions qui prend aussi en considération les rajustements futurs ainsi que les variations démographiques. Les cotisations sont basées sur les salaires bruts.

4 Imprimé 7/4953. Pour 1979 on avait calculé une valeur de 29,9. Cfr. aussi « Arbeits und Sozialstatistik » 5/77

Aussurance contre les accidents du travail

Les pensions constituent 60% des prestations. Etant donné que dans le passé les pensions sont restées relativement constantes, on a pris pour la prévision des dépenses dans ce secteur, comme base un développement constant. Les valeurs pour 1980 sont donc estimées exclusivement sur la base du rajustement des pensions en fonction de l'évolution des salaires. Dans le pronostic on a aussi inclus les prestations pour l'assurance contre les accidents d'étudiants des écoles primaire et supérieure et d'enfants inscrits à la maternelle, prestations existant déjà depuis 1971.

Promotion de l'emploi

On a fait le pronostic sur la base de la projection de la situation économique et de l'emploi. D'après la XX[e] loi sur le rajustement des pensions, la « Bundesanstalt » versera à partir de 1979, les cotisations des chômeurs pour les pensions. En outre, le même institut sera chargé de la réadaptation professionnelle.

Allocations familiales

La diminution de la natalité mène à une réduction des dépenses qui sera interrompue à partir de 1978 à cause de l'augmentation des allocations familiales.

Paiement du salaire en cas de maladie

Les valeurs pour 1980 sont calculées sur la base du développement des salaires et le nombre des chômeurs. Le nombre des malades a été considéré comme devant rester constant.

Assistance aux fonctionnaires de l'Etat et assurance supplémentaire

Les prestations en espèces suivent l'évolution des salaires dans le secteur public.

Il s'agit là de pensions octroyées par les fonds d'entreprise, d'allocations en cas de maladie, allocations familiales et dépenses pour le logement social et le service sanitaire de l'entreprise. Pour le calcul des pensions de vieillesse de l'entreprise, on a établi que les pensions doivent suivre l'évolution des salaires. Le nombre des cas augmente de 10% environ.

Prestations pour victimes d'événements politiques et cataclismes naturels

Les organismes de sécurité sociale réunis dans cette catégorie (surtout pour l'assistance aux victimes de la guerre et pour la péréquation des charges sociales) présentent des développements contraires. D'un côté, le nombre des bénéficiaires se réduit au fur et à mesure que la II[e] guerre mondiale s'éloigne, de l'autre côté les prestations en espèces de ces organismes sont dynamiques et suivent le développement général des salaires.

Il en résulte une augmentation sousproportionnelle par rapport aux prestations globales.

Assistance sociale et assistance aux jeunes

Pour certains types d'assistance, les déboursements augmentent en relation avec les améliorations dues surtout au rajustement du droit d'assistance sociale et à l'évolution économique. Même le nombre des bénéficiaires de l'assistance sociale dépend de la situation économique. Pour certains types d'assistance on prévoit une augmentation du nombre des bénéficiaires jusqu'en 1980.

Promotion de l'éducation

La loi sur la promotion de l'éducation de 1971 et les modifications relatives ont mené à une forte augmentation des prestations au cours de ces dernières années avec l'extension du cercle des bénéficiaires et l'accroissement moyen des dépenses. On prévoit une certaine consolidation jusqu'en 1980.

Indemnité de logement

Les dépenses pour ce secteur ont, dans le passé, fortement augmenté à cause des améliorations continuelles et de l'extension du cercle des bénéficiaires. L'évolution jusqu'en 1980 sera surtout déterminée par la IV[e] loi pour la modification de la deuxième loi sur les indemnités de logement. Afin de rajuster les prestations à l'évolution des loyers et des revenus, on a relevé les plafonds concernant le loyer, les charges et les limites de revenu. Mais on a l'intention d'obtenir un ajustement plus réaliste en fonction du revenu effectivent disponible.

Formation de patrimoine

Il est prévu une réduction des prestations jusqu'en 1980. Les primes pour investissements selon la loi concernant les primes d'épargne et le bâtiment ont été réduites par la réforme de la loi de l'impôt sur le revenu. Aussi le nombre des bénéficiaires subira-t-il une diminution étant donné que les limites de revenu en vigueur depuis 1976 ont un effet restrictif à cause de l'augmentation du revenu même. Seulement les prestations des employeurs augmenteront de nature à permettre la constitution d'un patrimoine. On aura conclu de nouveaux contrats collectifs dans ce but et fixé des prestations supplémentaires plus élevées de la part des employeurs.

Facilités fiscales

La loi concernant la réforme de l'impôt sur le revenu a introduit des modifications remarquables. En particulier les déductions pour les enfants à charge ont été remplacées par le paiement direct d'allocations. Puisqu'au début de 1977 il n'était pas encore prévu une modification des taux de l'impôt, dans le calcul des facilités fiscales on considère seulement les variations du revenu et le nombre des contribuables.

Facilités dans le secteur du logement

Il a été prévu une augmentation des prestations pour le logement social. Les facilités fiscales pour raisons sociales et les facilités indirectes en faveur des logement n'ont pas encore été insérées dans le bilan social mais elles sont mentionnées à titre d'information.

Analyse des facteurs

En comparant le développement dans les Etats membres, la Commission cherche pour la première fois à indiquer les raisons qui ont contribué à la variation du volume des prestations. A la lumière de la complexité du projet on s'est limité à l'analyse de chaque prestation en espèces. Les états membres ont eu la liberté de choix. Pour la République Fédérale d'Allemagne on a choisi les prestations en espèces, en présentant la variation en pourcentage pendant les deux périodes quinquennales et en les examinant sur la base de trois facteurs.

Tout d'abord on isole la variation du **nombre des bénéficiaires,** pour constater :

a) les variations apportées par les lois qui ne modifient pas le nombre des bénéficiaires et l'entité des prestations en vertu du rajustement constant;

b) les variations dans la composition des bénéficiaires, par ex. accès des pensionnés avec carrière d'assurance favorable et régression constante de pensionnés avec carrière défavorable aussi que variations avec effets semblables (déplacements dans des secteurs d'assurance, femmes/hommes, incapacité professionnelle/incapacité de travail/limites d'âge flexibles);

c) les ajustements irréguliers et non répétés, retard dans les ajustements constants des prestations.

On obtient en particulier pour :

a) les pensions d'incapacité professionnelle et de travail : l'augmentation du nombre des bénéficiaires pour la période 1970—75 s'explique par le développement démographique. Le nombre d'hommes entre 58 et 63 ans a subi une augmentation relativement forte. Les chiffres résiduels s'expliquent par une transposition due à l'élimination des pensions avec carrière d'assurance favorable et due à l'accès au traitement de retraite à cause des limites d'âge flexibles.

b) pensions de vieillesse : le nombre des bénéficiaires a augmenté de 1970 à 1975 à la suite de l'introduction des limites d'âge flexibles de manière plus que proportionnelle. La période pendant laquelle on établit un pronostic montre une augmentation relativement marquée à cause du développement démographique. Les ajustements courants correspondent à ceux prévus par la loi.

c) les pensions des veuves et des orphelins : le nombre des bénéficiaires augmente à cause du développement démographique.

d) les pensions de l'assurance contre les accidents du travail : l'évolution est causée exclusivement par l'ajustement des pensions. Le nombre des pensions est constant.

e) L'allocation de chômage : le nombre des chômeurs a augmenté de 1970 à 1975 d'une manière remarquable; de 1975 à 1980 on prévoit une réduction. L'entité des allocations de chômage suit l'augmentation des salaires nets. Le montant moyen augmente pendant les périodes de chômage croissant et vice-versa. On explique ainsi l'effet résidu.

f) Les allocations familiales : le nombre des allocations familiales a augmenté jusqu'en 1965 à cause de la réforme fiscale de 1975; l'aug-

mentation a été de 148,5% : pour les premiers enfants et en partie pour les deuxièmes, on a introduit des paiements directs. En même temps, jusqu'en 1975, la natalité a diminué de 6%. Pour 1980 on prévoit une diminution ultérieure de 11,6%. On n'effectue pas d'ajustements constants. Le chiffre résiduel est dû au fait que les allocations familiales ont été augmentées en 1975 et on prévoit une augmentation ultérieure pour 1978.

6e partie :

Variétés

Technischer Arbeitsschutz im Hüttenbetrieb

Jean-Paul DEMUTH

Sicherheitstechnik befaßt sich mit technischen Fragen unter Berücksichtigung der Gewährleistung von Arbeitssicherheit. In Bezug auf die Eisen- und NE-erzeugende Industrie kann man behaupten, daß die technischen Verfahren zur Herstellung von Eisen und Stahl und von NE-Metallen eine teilweise weitaus größere Gefährdung darstellen als das in anderen Betrieben der Fall ist. Man denke hierbei hauptsächlich an Explosionen, wo flüssiges Metall oder flüssige Schlacke herausgeschleudert wird; man denke an die großen Transportvorgänge, sei es Transport mit Schienenfahrzeugen, Wagen, Flurförderzeugen, Transport von Gießpfannen oder sonstigen schweren Lasten mit Kranen; man denke an das Herabfallen von schweren Gegenständen.

Oft kommt es vor, daß die verschiedenen Risiken zusammenfallen, so z. B. wenn eine Gießpfanne, welche flüssiges Metall enthält, mit einem Kran über Arbeitsplätze hinwegbefördert wird.

Die Statistik zeigt uns, wo die Unfallschwerpunkte in der metallverarbeitenden Industrie sind.

Einige Zahlen aus der luxemburger Eisen- und Stahlindustrie möchte ich erwähnen

Von 100 tödlichen Unfällen sind 53 Transportunfälle, 17 Verbrennungen, 10 Unfälle durch Arbeitsmaschinen, 7 durch Gas, 3 durch elektrischen Strom. Die restlichen tödlichen Unfälle haben verschiedene andere Ursachen.

Abgesehen von den Transportunfällen geht daraus hervor, daß das Risiko von Verbrennungen an vielen Orten besteht und bei vielen Fabrikationsabläufen. Die Arbeiter können von glühendem flüssigem Metall oder Schlacke getroffen werden; Gießpfannen können auslaufen; Kokillen kippen um. Explosionen in Gießpfannen sind hauptsächlich auf das Vorhandensein von Wasser oder feuchten Gegenständen zurückzuführen.

Durch die größere Verwendung von Sauerstoff in modernen Stahlwerken sind neue Explosionsgefährdungen entstanden, sowohl bei der Stahlherstellung selbst, wie auch beim Transport, beim Lagern und beim Verteilen von diesem Gas. Ich denke hier besonders an die erhöhte Explosionsgefahr in LD-Konvertern.

Kleinere Explosionen werden von Zeit zu Zeit sowohl im Innern des LD-Tiegels wie auch in der Absaugung festgestellt. Diese kleinen Explosionen weisen immer auf die Gefahr von größeren Explosionen hin.

---

* Dieser Aufsatz stellt die Überarbeitung eines in Wien gehaltenen Vortrages dar — I.V.S.S.-Tagung (10.—13. 10. 1976).

Auch diese kleinen Explosionen haben die gleiche Ursache : im wesentlichen handelt es sich hier um die Ausmauerung der Öfen, wo vor allem Wasserstoff aus feuerfesten Steinen, welche mit Pech oder Teer zusammengebacken sind, austritt.

Dann haben die Explosionen ihre Ursache in der Art des Roheisens, vor allem besteht hier eine besondere Gefahr beim Frischen von phosphorhaltigem Roheisen, bedingt durch die größere Schlackenmenge, welche eine größere CO-Entwicklung zur Folge hat. Zumal dann besteht erhöhte Gefahr, wenn das Roheisen zu schnell eingegeben wird.

Als dritte Ursache gilt die Sauerstoffzufuhr, wobei genau wie im vorigen Fall es zu einer zu schnellen und übermäßigen CO-Entwicklung kommen kann.

Als vierte Ursache kommt das Kühlwasser in Frage. Wasser wird bei Temperaturen von ungefähr 800 Grad Celsius an in seine Bestandteile zerlegt. Diese Gefahr besteht immer in der Metallindustrie. Wasser ist entweder im Schrott vorhanden, den man zufügt, Wasser kann im Kalk vorhanden sein, oder es kann auch durch undichte Stellen im Abkühlsystem, sei es in der Absaugung oder in der Lanze, in den Tiegel gelangen.

Das Wissen um die möglichen Explosionsursachen, welche den Hüttenleuten bekannt sind, verhindert nicht, daß einige dieser Ursachen oft unerklärlich nach den ersten Untersuchungen bleiben. Wir wissen alle, daß es nicht genügt einen Unfall als unerklärlich hinzustellen, sondern man muß versuchen, die Ursachen festzustellen. Man muß sich informieren, um eine bessere Verhütung zu machen. Das Studium ähnlicher Unfälle, kombiniert mit viel Überlegung und gesundem Menschenverstand, trägt sehr oft zur Erklärung solcher Unfälle bei.

So kann man in der Absauganlage ein Meß-Registriergerät zur Ermittlung der Wasserstoffmenge einbauen. Auch das Entstehen von Kohlenmonoxyd kann gemessen und kontrolliert werden, und so sorgt man, daß es nicht zur Explosion kommt. Es sei aber darauf hingewiesen daß bei diesen Methoden noch technische Schwierigkeiten zu überwinden sind.

Das gleiche gilt für die Vermeidung von Sauerstoffüberschuß beim Eingießen. Hier kann man eine ganz genaue Eingießgeschwindigkeit festlegen, damit es nicht zu allzu heftigen Reaktionen kommt.

Außer den Gefahren im Ofenbetrieb und dem Gießbetrieb gibt es in der metallverarbeitenden Industrie noch eine ganze Reihe anderer Gefahren. Ich will hier nicht auf die Gefahren von Erzaufbereitung, Walzwerk, Schmiede, Werkstatt usw. eingehen. Erlauben Sie mir trotzdem einige Worte über die Wärmebehandlung sowie auch über die Oberflächenbehandlung verschiedener Metalle. Die Substanzen, die

zur Abschreckung bzw. zur Härtung gebraucht werden, sind manchmal giftig oder explosiv, oder sie sind gleich beides zusammen.

Eine besondere Gefahr besteht, wenn die Energiezufuhr in Wärmeofen, wo Schutzatmosphäre herrscht, ausfällt, weil in diesem Moment der Ofen abkühlt und Außenluft eintreten kann.

Was aber vielleicht das größte Risiko bei der Wärmbehandlung ist, ist das Vorkommen von Kohlenmonoxyd, über dessen Gefährlichkeit ich wohl hier nicht zu berichten brauche.

Diese Gefahren kann man auf technischem Wege weitgehendst beseitigen, ich glaube, daß man aber hier zuzüglich der Sicherheitstechnik besonders für die Ausbildung und die Schulung der dort Beschäftigten Sorge tragen muß.

Zu erwähnen bleiben noch die Gefahren bei Arbeiten an Bleibädern oder an Salzbädern, wobei bei letzteren vor allem auf giftige Zyanverbindungen zu achten ist. Zur Unfallverhütung wird hier auf eine besonders wirksame Absaugung hingewiesen sowie auf äußerste Körperhygiene.

Des weiteren besteht auch wieder Explosionsgefahr beim Zusammentreffen von verschiedenen Salzen, z. B. Nitrate und Cyanure. Zum Abschrecken von glühendem Metall wird hauptsächlich Wasser, Öl und Luft benutzt. Beim Abschrecken mit Öl besteht Brandgefahr, daher wird ein Öl mit einem genügend hohen Flammpunkt gewählt. In jedem Fall soll die Ölbadtemperatur 27° C nicht überschreiten.

Auf Gefahren bei der Oberflächenbehandlung wie Phosphatieren, Säurebehandlung, elektrolytische Bäder, Plastiküberzug will ich nicht im einzelnen eingehen.

Die Gefahr bei der Oberflächenbehandlung besteht hauptsächlich durch Verätzungen, Verbrennungen oder durch Einatmen von giftigen Dämpfen wie z. B. Flußsäure und Salzsäure.

Wenn ich schon auf die Gefahr der Inhalation von giftigen Dämpfen hinweise, so darf man die Staubentwicklung bei der Eisen- und Stahlherstellung oder bei der Herstellung anderer NE-Metalle vor allem bei der Aufbereitung, vor den Hochöfen und Öfen und beim Gießen nicht übersehen.

Ich weise hier besonders auf die Pneumokoniosen hin, wie Siderose und Silikose. Wenn Eisenerzstäube oder Eisen in der Regel keine Lungenefibrose hervorrufen — Lungenkrebs soll hier auf krebserregende Substanzen in Rauchen und Dämpfen zurückzuführen sein —, so ist doch die Gefahr einer Silikose sehr groß, zumal bei den Ofen- und Pfannenmaurern, die ständig mit feuerfestem Material arbeiten, dessen SiO_2-Gehalt bis 80% erreicht.

Weitere Risiken sind das grelle Licht an den Schmelzöfen sowie die Lärmbelästigung, die Hitzebelästigung und ich glaube wenn zu Anfang

meines Vortrages Punkte angeschnitten wurden, die rein sicherheitstechnisch ihre Lösung finden könnten, so komme ich jetzt auf ein Gebiet, wo Sicherheitstechnik allein nicht mehr genügt. Hier kommen wir auf das Gebiet der Ergonomie. Es geht im einzelnen darum, gesundheitsschädliche und leistungshemmende Einflüsse wie Lärm, Luftverunreinigung, Hitze, Schwingungen, ungünstige Arbeitshaltung usw. auszuschalten.

Es sei sofort darauf hingewiesen, daß Ergonomie die Sicherheitstechnik nicht ersetzt. Ergonomie leistet lediglich nur einen Beitrag zur Sicherheitstechnik und somit auch zur Unfallverhütung.

« Nach Körner, Munker und Schnauber kann dies auf direktem Wege geschehen, indem die ergonomischen Kenntnisse bei der sicherheitsgerechten Gestaltung der Arbeitsplätze berücksichtigt werden.

Dabei ist beispielsweise an die Abmessungen von Schutzabdeckungen an menschengerechte Körperschutzeinrichtungen oder an die Beachtung der menschlichen Leistungsgrenze bei der Auslegung von Sicherheitsforderungen zu denken.

Gerade dort, wo die Sicherheit vom Verhalten der Betroffenen abhängt ist die Berücksichtigung der menschlichen Fähigkeiten und deren Grenzen unerläßlich. Beispielsweise wird eine Schutzbrille dann ihren Dienst versagen, wenn sie ein verzerrtes Bild ergibt und bei Benutzung zu Kopfschmerzen führt.

Die Überlagerung von Warnsignalen durch Lärm und die Frage nach der richtigen Dimensionierung derartiger Warnsignale ist ein ebenfalls unmittelbar sicherheitstechnisch bedeutsames ergonomisches Problem.

Die Ergonomie leistet ihren Beitrag auch dazu, daß der Mensch bei der Arbeit weniger ermüdet und weniger gereizt und nervös wird. Es ist klar, daß der weniger ermüdete Mensch auch eher in der Lage ist, Verhaltensforderungen von Seiten der Sicherheit zu erfüllen. Soweit Körner, Munker und Schnauber. »

Die ergonomischen Probleme, die sich in der Eisen- und NE-metallverarbeitenden Industrie stellen, sind sehr verschieden.

Es genügt vielleicht auf einige hinzuweisen wie Lärm, Vibrationen, dauernde Hitzeeinwirkung oder abwechselnde Hitze-Kälte-Einwirkung, Infrarotstrahlung durch flüssiges Metall, Probleme durch Arbeitsablösung, Probleme, die sich bei der richtigen Auswahl der persönlichen Schutzmittel stellen, die rationelle Arbeitszuteilung des Personals, wie weit kann man die Halbautomatisierung oder die Automatisierung vorantreiben, ohne daß sie den Arbeitern das Gefühl eines monotonen Daseins gibt.

Soweit zur Sicherheitstechnik und zur Ergonomie.

Zum Thema innerbetrieblicher Transport, möchte ich folgende Ausführungen machen.

Nach Niefanger ist der Transport von Arbeitsmitteln und Arbeitsgegenständen ein fester und unvermeidbarer Bestandteil der Produktion. Die Probleme die bei innerbetrieblichem Transport und Verkehr auftauchen und ihre Lösungsmöglichkeiten sind unterschiedlich und durch folgende Faktoren beeinflußt : Gewerbszweigbranche, Betriebsgröße, Fertigungsart.

In der metallverarbeitenden Industrie spielt der Transport eine besondere Rolle.

In großen Stahlwerken, Erzaufbereitungsanlagen haben wir ein besonders dichtes Eisenbahnnetz. Sicherheitswidrige Zustände und sicherheitswidrige Verhaltensweisen, die bei der Planung, Ausführung, Durchführung, Organisation und Kontrolle des innerbetrieblichen Transports nicht beachtet bzw. nicht korrigiert werden, führen nicht nur zu einer Häufung von Unfällen, sondern beeinflussen die Wirtschaftlichkeit und damit die Wettbewerbsfähigkeit der einzelnen Betriebe in hohem Maße. Folgende schwere Fehler können einzeln oder gehäuft in fast jedem Betrieb festgestellt werden : Transportraum nicht gekennzeichnet und nicht freigehalten; Transportmittel ungeeignet oder veraltet; Lastaufnahmeeinrichtungen ungeeignet und/oder beschädigt; Grad der Transportmechanisierung bzw. Automatisierung zu klein; Auswahl, Einweisung, Einarbeitung und Schulung der Transportarbeiter mangelhaft; während dem Transport fallen Warnsignale aus; Energiezufuhr fällt aus; Arbeiter werden zwischen Wagen erdrückt; fehlerhafte Kupplungen, Wagen entgleisen. In der Eisenhüttenindustrie oder vielmehr in der Metallindustrie können solche Entgleisungen schwerwiegende Folgen haben, zumal wenn flüssige Massen transportiert werden. So kam es vor einigen Jahren in einem Eisenhüttenwerk vor, daß ein Wagen umkippte und daß die flüssige Schlacke in Wasserkanäle unter den Hochöfen geriet. Über das Ausmaß dieser Explosion können Sie sich kaum Vorstellungen machen.

Auch im Kranbetrieb besteht erhöhte Gefahr, zumal beim Transport von flüssigem Roheisen. Dadurch daß Seile reißen oder andere Kranelemente versagen, z. B. die Bremsen am Hubwerk, können Gießpfannen auslaufen und zu Katastrophen führen. Ein falsches Anschlagmanöver und eine schlechte Verständigung zwischen Anschläger und Kranführer können schwerwiegende Folgen haben. Kranführer sind Gefahren ausgesetzt, wenn sie nicht mit aller Sicherheit ihre Krankabine erreichen können.

Weiter nach Niefanger « sind allgemein folgende Punkte zur Vermeidung von Gefahren im Transportbetrieb zu beachten :

1. Der innerbetriebliche Transport und Verkehr ist frühzeitig — möglichst der Produktionsplanung vorauslaufend — zu planen und zu regeln, sowie rechtzeitig und ständig an sich ändernde Betriebsbedingungen anzupassen, was in der metallverarbeitenden Industrie wohl sehr schwierig sein wird.
2. Die Mechanisierung und Automatisierung des innerbetrieblichen Transports und Verkehrs muß mindestens in gleichem Maße wie in der Fertigung durchgeführt werden.
3. Der Transport, bzw. die Bewältigung der sich beim Transportieren von Lasten ständig ändernden Arbeitssituationen darf nicht dem einzelnen Mitarbeiter überlassen werden.
4. Für den innerbetrieblichen Transport und Verkehr ist eine möglichst zentrale Organisation zu schaffen, deren Organisationsplan und Organisationsprinzipien auf den Betrieb abgestimmt sind und ständig angepaßt werden. »

Maßnahmen zur Sicherheit und Unfallverhütung in der Eisen- und NE-metallerzeugenden Industrie sind äußerst wichtig. Prinzipiell handelt es sich hier um die gleichen Maßnahmen wie in anderen Industriezweigen.

1. Es heißt auch hier richtig organisieren, planen, Sicherheit von vornherein mit einkalkulieren.

Was die Sicherheit anbelangt, liegt die Verantwortung, wie auch in anderen Betriebszweigen, bei der Unternehmensleitung, und in der metallerzeugenden Industrie vielleicht mehr als in anderen Betrieben, kommt es darauf an, daß man sich auf die aktive Mitarbeit des gesamten Personals verlassen kann.

2. Was die technischen Maßnahmen anbetrifft, so ist es selbstverständlich, daß Maschinen und Installationen — dazu gehören auch Aufzüge, Kranelemente, Antriebswellen — nach den Regeln der Technik abgesichert und geschützt sind.

Besonderen Wert wird auf die periodische Prüfung von Transportfahrzeugen gelegt, von Kranen oder sonstigen Hebezeugen, von Ketten und Haken.

Beim Transport muß man für eine einheitliche und eindeutige Signalisation sorgen, das gleiche gilt für Warnsignale. Sauerstoff z. B. wird mit großer Sorgfalt gelagert, die Zuleitungen deutlich gekennzeichnet und überprüft.

3. Was die Hygiene anbetrifft, ist für eine gute Ventilation zu sorgen, vor allem für die Leute, die dauernd großer Hitze ausgesetzt sind.

Gasspür- und Warngeräte in genügender Zahl aufstellen.

Nun, was die eisen- und NE-metallerzeugende Industrie anbelangt,

ist es oft schwer die allgemeinen Regeln der Sicherheitstechnik so einzuhalten, wie dies erforderlich wäre.

In der Tat, im Hüttenwesen treffen sich noch zum großen Teil zwei Welten : eine ältere und eine moderne. In alten Hallen sind modernste Maschinen untergebracht und wo früher eine Maschine stand, steht heute eine größere, welche vielleicht das zwanzigfache produziert.

Wo früher ein 40-Tonnen-Konverter stand, steht heute an der gleichen Stelle ein 80-Tonnen-Konverter.

Selbstverständlich, für die neuen LD-Konverter mit Kapazitäten von 250 Tonnen müssen neue Hallen gebaut werden.

Was ich sagen möchte ist, daß oft auf gleichem Raum, welcher vor Jahrzehnten geplant und eingeteilt wurde, heute Mengen produziert werden, mit denen damals nicht gerechnet werden konnte. Das hat sicherlich einen sehr negativen Einfluß auf das Planen und Organisieren von Sicherheit und es hat einen sehr ungünstigen Einfluß auf den innerbetrieblichen Transport.

Es ist auch so, daß man diese Situation nicht von heute auf morgen ändern kann und man ist allzuoft gezwungen, sich beim Planen auf Notlösungen einlassen zu müssen, welche dann nur eine teilweise Sicherheit gewährleisten.

Literaturhinweis mit Quellenangaben

M. Kawai, T. Matsuyama, A. Sakai, K. Yoshisugu : Médecine et hygiène du travail, BIT 1974.

G. Thomas : Traitement thermique des métaux, BIT 1974.

J. G. Jones, J. R. Bevan : Traitement de surface des métaux, BIT 1974.

J. Rouquie : Les risques et les causes d'explosions dans les aciéries LD, INRS Note N° 1019-84-76.

H.-J. Körner, H. Munker, H. Schnauber : Grundlagen der menschengemäßen Gestaltung von Arbeitsplatz, Arbeitsumgebung, Arbeitsprozeß — Lehrgang für Sicherheitsfachkräfte, TÜV 1976.

H.-J. Niefanger : Lehrgang für Sicherheitsfachkräfte — Innerbetrieblicher Transport, TÜV 1976.

Menschengerechte Arbeit — Utopie oder soziale Notwendigkeit ?

von Kurt PROKOP

Leiter des Bildungs- und Arbeitswissenschaftlichen Referats
des österreichischen Gewerkschaftsbundes

Die Arbeitswelt wird von technischen Neuerungen maßgeblich beeinflußt. Technische Neuerungen wirken nicht nur auf das Gleichgewicht der Natur, sondern haben auch einen entscheidenden Einfluß auf die Gesellschaft, Wirtschaft und auf die Arbeit des Menschen. Technische Neuerungen erfordern dauernde Anpassung unserer Ziele, Werte und gesellschaftlichen Strukturen an die geänderten Bedingungen. Diese Anpassungsprozesse sind in der Regel mit schweren Belastungen unserer gesellschaftlichen Strukturen verbunden, die sich national und international in einer Verschärfung der Konflikte im wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Bereich niederschlagen. Es ist deshalb vorhersehbar, daß technische Veränderungen und ihre Auswirkungen unsere Gesellschaft zerstören können, wenn politische und soziale Anpassungsprozesse ausbleiben. Veränderungen in Wirtschaft und Gesellschaft sind eine echte Herausforderung der Gewerkschaften. Die Gewerkschaften stehen bei der Bewältigung von Veränderungen vor dem Problem, ein umfassendes System sozialer und materieller Maßnahmen zu entwickeln, die in erster Linie auf den Schutz und die Sicherung der Existenz der arbeitenden Menschen ausgerichtet sind, wobei aber in der Wirtschaft ein möglichst hoher Stand an Aktivität gesichert werden soll. Trotz dieser schwierigen Problemstellung haben sich die Gewerkschaften in ihrer historischen Entwicklung im sozialen und materiellen Verteilungskampf bewährt. Sie haben menschenunwürdige Arbeit und Arbeitszeiten, gesundheitsschädliche Arbeitsbedingungen und soziale und materielle Ungerechtigkeiten zum Großteil beseitigt. Gewerkschaftspolitik ist Gesellschaftspolitik.

Der Ruf nach menschengerechterer Arbeit

Gesellschaftspolitik der Gewerkschaften beginnt im Betrieb und am Arbeitsplatz. Sie besteht in der dauernden Infragestellung der in der Wirtschaft und in Betrieben herrschenden Gestaltungsprinzipien und Machtstrukturen. Die Gewerkschaften versuchen, in ihrem historischen Auftrag den Arbeitnehmer von unerträglichen Zwängen und Abhängigkeiten, von Entfremdung und Fremdbestimmung zu befreien. Sie bekämpfen die Verletzung der Menschenwürde, wo immer sie auftritt. Deshalb ist es kein Zufall, daß der Ruf nach menschengerechter Arbeit nicht mehr zu überhören ist.

Trotz großer sozialpolitischer Fortschritte hat gerade der arbeitende Mensch im technischen Entwicklungsprozeß und an seinem Arbeitsplatz nicht die Beachtung gefunden, die er eigentlich verdienen würde.

* *

Des öfteren herrscht die Gepflogenheit, den arbeitenden Menschen allen technisch-organisatorischen Zielsetzungen und Verfahren unterzuordnen, anstatt diese an den Menschen anzupassen. Immer mehr erleben wir gerade in der Arbeitswelt eine fortschreitende Entmenschlichung der Arbeit, das Verschwinden vieler geachteter Berufe und Arbeitsplätze, die Steigerung der Leistungsintensität und die Zunahme der Zwänge und der Objektstellung des arbeitenden Menschen. Dies erfordert eine konsequente Fortsetzung unserer Reformpolitik für den arbeitenden Menschen. Deshalb müssen wir versuchen, unsere Ziele und Instrumente in der Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, unter besonderer Bedachtnahme auf die Arbeitswelt, zu überdenken und neu zu formulieren.

Unsere Forderungen sind nicht neu !

Ist nun die Forderung nach menschengerechter Arbeit eine utopische Vorstellung oder eine soziale Notwendigkeit ? Bei genauerer Betrachtung dieser Forderung erkennen wir, daß es sich bei diesen Überlegungen nicht zwangsläufig um neue Forderungen der Gewerkschaft handelt. Ganz im Gegenteil.

* *

Die Forderung nach menschengerechter Arbeit geht von den klassischen überlieferten Anliegen und sozialpolitischen Bestrebungen der Gewerkschaften aus, die sie auch in der Vergangenheit zu bewältigen hatten. Diese werden nun mit der Forderung nach einer menschengerechten Arbeit nur ergänzt.

* *

Damit beginnen die Gewerkschaften international und national immer mehr ihre Verteidigungshaltung gegenüber den technischen Neuerungen aufzugeben und stoßen nun in neue Bereiche vor. Sie versuchen, Einfluß auf die Arbeitstechnik, Arbeitsorganisation, auf das « Design » von Maschinen und Arbeitsgeräten sowie auf die Industriearchitektur zu bekommen. Bereiche, die bisher vorwiegend den Entscheidungen der Unternehmer vorbehalten waren.

* *

Damit ergeben sich neue Aktions- und Konfliktfelder, die im Interesse und zur Sicherung der Gesundheit und Menschenwürde des arbeitenden Menschen erschlossen werden.

Zur Frage, ob nun menschengerechte Arbeit eine Utopie oder soziale Notwendigkeit ist, sind einige Klarstellungen notwendig. Nach Auffassung der Gewerkschaften hat der arbeitende Mensch einen Anspruch auf einen menschengerecht gestalteten Arbeitsplatz. Dies kann man auch in allen internationalen Entschließungen durchlesen, die sich mit der Menschenwürde und der Stellung des Menschen in der Gesellschaft befassen.

* *

Deshalb betrachten wir die Einrichtung menschengerechter Arbeitsplätze nicht als ein Geschenk oder ein besonderes Entgegenkommen der Unternehmer, sondern als ein verbrieftes Recht des arbeitenden Menschen.

* *

Weiter geht es für uns nicht um die Frage menschengerechter Arbeit *oder* Erhöhung der materiellen Einkommen, sondern wir glauben, daß menschengerechte Arbeit überhaupt die Voraussetzung darstellt, um entsprechende Arbeiten und Leistungen erbringen zu können.

* *

Deshalb wird menschengerechte Arbeit niemals durch Verzicht auf Lohnerhöhungen zu erreichen sein, sondern sie ist eine sinnvolle Ergänzung der Lohn- und Gehaltspolitik der Gewerkschaften.

* *

Außerdem müssen wir uns darüber im klaren sein, daß die Einrichtung menschengerechter Arbeit entsprechende Investitionen voraussetzt. Gleichzeitig ist auch aufgrund vieler Experimente und Erfahrungen nachgewiesen, daß menschengerechtere Arbeit einen höheren Grad an Arbeitszufriedenheit, Gesundheit, Sicherheit und Leistung hervorbringt. Wenn wir diese immateriellen Faktoren einrechnen, dann entstehen für das Unternehmen nicht zu unterschätzende Vorteile. Leider sind diese nicht sofort, wie die üblichen, mit der Stoppuhr meßbar. Diese Überlegungen sind aber nicht Ausgangspunkt der Gewerkschaftspolitik.

Allein aus diesen Überlegungen erkennen wir bereits, daß menschengerechte Arbeit keine Utopie ist, sondern wir haben es hier mit echten sozialen Notwendigkeiten zu tun.

* *

Gerade die Forderung nach mehr Lebensqualität am Arbeitsplatz wird aber auch ein weiterer Prüfstein dafür sein, ob unsere Gesellschaftsordnung in humaner Weise weiterentwickelt werden kann und ob sie auch Bestand haben wird.

Bei allen Wünschen und Zielvorstellungen wissen wir als Gewerkschafter aber, daß diese Zielvorstellungen auch unter einem ökonomischen Blickwinkel gesehen werden müssen. Wenn wir deshalb die Absicht haben, ein realisierbares soziales Programm durchzusetzen, dann können wir auf wirtschaftliches Wachstum und Produktivitätsfortschritte nicht verzichten. Entscheidend wird eine Richtung des gewünschten Wachstums sein. Dabei soll es in erster Linie um die Befriedigung steigender Gemeinschaftsbedürfnisse und den Aufbau sozialer Infrastrukturen gehen, die erst die Lebensqualität unserer Gesellschaft ausmachen werden. Vergessen wir nicht, daß trotz der hohen Wachstumsrate in der Vergangenheit des öfteren öffentliche Armut, erschwerte und menschenunwürdige Arbeitsbedingungen die Folgen dieser Entwicklung waren.

* *

Wo stehen wir heute ?

Die österreichische Gewerkschaftsbewegung sowie die Betriebsräte haben durch fortschrittliche Gesetze eine günstige Ausgangslage zur Durchsetzung menschengerechter Arbeit erreicht. Das neue Arbeitnehmerschutzgesetz und die moderne Arbeitsverfassung bieten ihnen eine Reihe von Möglichkeiten zur Durchsetzung dieser Forderung. Die entscheidende Frage ist nur, ob wir imstande sind, die bestehenden Rechte im vollen Maße auszuschöpfen und anzuwenden.

* *

— *Erweiterung der Kollektivvertragsinhalte :*

Laut § 2 Absatz 2 Ziffer 4 ArbVG können Maßnahmen zur Verhinderung, Beseitigung oder Milderung der Folgen einer Betriebsänderung, sofern diese wesentliche Nachteile für alle Arbeitnehmer oder erhebliche Teile der Arbeitnehmerschaft eines Betriebes mit sich bringt, durch Kollektivvertrag geregelt werden. Im Absatz 2 Ziffer 5 desselben Paragraphen heißt es, daß durch Kollektivvertrag auch Art und Umfang der Mitwirkungsrechte des Betriebsrates bei der Durchführung von Rationalisierungsschutzmaßnahmen und von Maßnahmen zur menschengerechten Arbeitsgestaltung — über die gesetzlichen Mindestnormen (Arbeitsverfassung) hinaus — geregelt werden können. Mit diesen Bestimmungen wurde der Weg für eine qualitative Kollektivvertragspolitik geöffnet.

— *Mitwirkung, Mitbestimmung und Mitentscheidung des Betriebsrates :*

Der Betriebsrat hat gemäß § 90 ein Interventionsrecht in allen Angelegenheiten, die die Interessen der Arbeitnehmer berühren. Im Absatz 1 Ziffer 2 wird besonders auf die Möglichkeit, Vorschläge zur Verbes-

serung der Arbeitsbedingungen, der betrieblichen Ausbildung, zur Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten sowie zur menschengerechten Arbeitsgestaltung zu erstatten, hingewiesen. Der Betriebsinhaber ist verpflichtet, den Betriebsrat in diesen Angelegenheiten anzuhören. Nach § 91 steht dem Betriebsrat aber auch ein allgemeines Informationsrecht in allen Angelegenheiten zu, welche die wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen oder kulturellen Interessen der Arbeitnehmer des Betriebes berühren.

Weiters ist gemäß § 92 Absatz 1 der Betriebsinhaber verpflichtet, mit dem Betriebsrat mindestens vierteljährlich — auf Verlangen des Betriebsrates monatlich — gemeinsame Beratungen über laufende Angelegenheiten, allgemeine Grundsätze der Betriebsführung in sozialer, personeller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht sowie über die Gestaltung der Arbeitsbeziehungen abzuhalten und ihn dabei über wichtige Angelegenheiten zu informieren. Im Absatz 2 wird dem Betriebsrat, aber auch dem Betriebsinhaber, das Recht eingeräumt, zu diesen Beratungen Vertreter ihrer Interessenverbände beizuziehen. Das ermöglicht dem Betriebsrat zum Beispiel auch bei Fragen arbeitstechnischer oder ergonomischer Natur das Beiziehen von ÖGB- oder Arbeiterkammerfachleuten. Mit der Beiziehung von Fachleuten der Gewerkschaften und Arbeiterkammern als Berater kann ein gewisses Wissensgleichgewicht hergestellt werden.

§ 89 berechtigt — und verpflichtet — den Betriebsrat, die Einhaltung der die Arbeitnehmer des Betriebes betreffenden Rechtsvorschriften zu überwachen. In Ziffer 3 wird besonders auf die Einhaltung der Vorschriften über den Arbeitnehmerschutz hingewiesen. Wenn Betriebsbesichtigungen zur Überwachung der Arbeitnehmerschutzvorschriften durchgeführt werden, ist der Betriebsrat diesen Besichtigungen beizuziehen.

— *Veto bei Lohn- und Gehaltsfragen :*

Im § 96 Absatz 1 sind die Maßnahmen des Betriebsinhabers angeführt, welche zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrates bedürfen. Hier ist besonders Ziffer 4 interessant, in der als zustimmungspflichtige Maßnahmen angeführt sind : die Einführung und die Regelung von Akkord-, Stück- und Gedinglöhnen, akkordähnlichen und sonstigen leistungsbezogenen Prämien und Entgelten — mit Ausnahme der Heimarbeitsentgelte, die auf Arbeits-(Persönlichkeits-)bewertungsverfahrene, statistischen Verfahren, Datenerfassungsverfahren, Kleinstzeitverfahren oder ähnlichen Entgeltfindungsmethoden beruhen — sowie der maßgeblichen Grundsätze (Systeme und Methoden) für die Ermittlung und Berechnung dieser Löhne bzw. Entgelte. Derartige Lohnformen bzw. -systeme können also — soweit sie nicht bereits im

Kollektivvertrag oder in einer für den Betrieb geltenden Satzung geregelt sind —weder vom Unternehmen allein noch durch individuelle Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern nur mit Zustimmung des Betriebsrates rechtswirksam gestaltet werden. Hier hat der Betriebsrat Vetorecht. Hier könnte folgende Frage gestellt werden : Will das Unternehmen Leistungslohn, dann an menschengerechten Arbeitsplätzen.

Absatz 2 sagt, daß Betriebsvereinbarungen in diesen Angelegenheiten jederzeit ohne Einhaltung einer Frist schriftlich gekündigt werden können (außer sie enthalten Vorschriften über ihre Geltungsdauer). Eine neue Regelung kann aber wieder nur mit Zustimmung des Betriebsrates getroffen werden.

— *Freie Betriebsvereinbarungen mit der Wirkung des Kollektivvertrages :*

Ein weiteres Instrument der Mitbestimmung sind die Betriebsvereinbarungen gemäß § 97. Im Absatz 1 sind die Angelegenheiten, in denen Betriebsvereinbarungen mit den Rechtwirkungen nach dem ArbVG abgeschlossen werden können, aufgezählt. Insbesondere ist hier auf Ziffer 9 hinzuweisen, die Betriebsvereinbarungen über Maßnahmen zur menschengerechten Arbeitsgestaltung ausdrücklich vorsieht.

— *Mitwirkung bei Betriebsänderungen :*

Ein weiteres Mitwirkungsrecht des Betriebsrates besteht laut § 109 bei Betriebsänderungen. Was als Betriebsänderung gilt, ist im Absatz 1 dieser Bestimmung beispielhaft aufgezählt. Hier ist besonders auf Ziffer 5 und 6 hinzuweisen, die sich auf die Einführung neuer Arbeitsmethoden sowie auf die Einführung von Rationalisierungs- und Automatisierungsmaßnahmen von erheblicher Bedeutung beziehen. Der Betriebsrat hat das Recht, Vorschläge zur Verhinderung, Beseitigung oder Milderung von für den Arbeitnehmer nachteiligen Folgen einer Betriebsänderung zu erstatten.

Wenn eine solche Betriebsänderung wesentliche Nachteile für alle oder erhebliche Teile der Arbeitnehmerschaft mit sich bringt, so können in Betrieben, in denen mindestens 20 Arbeitnehmer beschäftigt sind, Maßnahmen zur Verhinderung, Beseitigug oder Milderung dieser Folgen durch Betriebsvereinbarungen geregelt werden. Führen Verhandlungen zwischen Betriebsinhabern und Betriebsrat in solchen Fragen zu keiner Einigung, so kann jeder der beiden die Schlichtungsstelle anrufen : Ihre Entscheidung hat die gleichen Rechtswirkungen wie eine Betriebsvereinbarung.

Es ist besonders darauf hinzuweisen, daß der Betriebsinhaber verpflichtet ist, den Betriebsrat zum ehest möglichen Zeitpunkt von geplanten Betriebsänderungen in Kenntnis zu setzen. Dies bedeutet einer-

seits, daß der Betriebsinhaber dieser Verpflichtung von sich aus nachkommen muß, anderseits, daß es nicht genügt, solche Betriebsänderungen im Rahmen der gemäß § 92 Absatz 1 periodisch abzuhaltenden gemeinsamen Beratungen vorzubringen, sondern es muß dem Betriebsrat bereits im ersten Planungsstadium — also jedenfalls zu einem Zeitpunkt, in dem der Betriebsrat das Ergebnis noch beeinflussen kann — möglich sein, Stellung zu nehmen. Wenn der Betriebsinhaber seiner Informationspflicht nicht nachkommt, kann sich der Betriebsrat gemäß § 157 Absatz 1 Ziffer 2 bzw. Ziffer 5 an das Einigungsamt wenden.

* *

Damit haben wir eine günstige Ausgangslage zur Durchsetzung menschengerechter Arbeitsplätze, wobei aber auch noch die Bestimmungen des Arbeitnehmerschutzgesetzes zu beachten sind. Das Arbeitnehmerschutzgesetz fordert in einigen Bestimmungen die Bedachtnahme auf ergonomische Erkenntnisse im Zusammenhang mit Arbeitsplätzen, Maschinen und Bauten.

* *

Ein menschengerechterer Arbeitsplatz

Was meinen wir nun mit menschengerechter Arbeit ?

Einen sicheren Arbeitsplatz;
Schutz des Arbeitnehmers vor Gefahren am Arbeitsplatz;
Schutz seiner Gesundheit und Schutz von sonstigen psychischen und physischen Belastungen;
Verbesserung der Arbeitsbedingungen, insbesondere der Arbeitszeit, Ruhezeiten, Freizeit, Arbeitstempo, betriebliche Sozialleistungen;
Erzielung reichhaltiger Arbeitsinhalte und Möglichkeiten zur Selbstentfaltung und Selbstbestimmung bei der Arbeit;
Beteiligung der Arbeitnehmer, ihrer Vertreter und der Gewerkschaften an allen Entscheidungen, welche die Arbeitssituation berühren.

* *

Da der technische Fortschritt nachweisbar kein Naturereignis ist, sondern von Menschen erdacht und entwickelt wurde, ist er damit auch eine kontrollierbare und veränderbare Größe. Wir müssen deshalb nun versuchen, humane Alternativen zu technischen Veränderungen zu entwickeln.

* *

Wissenschaftler und Rationalisierungsfachleute warnen uns bereits und stellen fest, daß bereits für eine steigende Anzahl von Menschen

die Grenzen der Anpassungsfähigkeit an die Vielfalt differenzierter Anforderungen bei der Arbeit überschritten sind.

Deshalb sollte Arbeit in Zukunft unter folgenden Gesichtspunkten gestaltet werden :

— Die Arbeit soll frei von Gesundheits- und Unfallrisiken sein.
— Die Arbeit soll nicht zur Überforderung des Menschen führen.
— Die Arbeit soll frei von Umweltbelästigungen sein.
— Die Arbeit soll zumutbar sein.
— Die Arbeit soll das Wohlbefinden nicht beeinträchtigen und einen hohen Grad von Arbeitszufriedenheit enthalten.

Aufgaben der Gewerkschaft

Mit der Übernahme dieser Forderungen sind die Gewerkschaften der Motor zur Durchsetzung einer humanen Arbeitswelt. Welche Aufgaben ergeben sich in Zukunft ?

— Durchsetzung qualifizierter Mitbestimmung.
— Erweiterung und Selbstbestimmung am Arbeitsplatz im Rahmen der bestehenden Gewerkschafts- und Betriebsstrukturen.
— Sicherung der Menschenwürde im Betrieb.
— Qualitative Ausrichtung der Kollektivvertragspolitik der Gewerkschaften.
— Schaffung überbetrieblicher und betrieblicher Infrastrukturen, die konfliktvorbeugend wirksam werden können.
— Durchsetzung einer menschenorientierten Industriearchitektur, eines menschengerechten Designs von Maschinen, Arbeitsgeräten und Betriebsmitteln und einer menschengerechten Arbeitsorganisation.
— Unmittelbare Verbesserung der Arbeitsplatzbedingungen, der Arbeitsumwelt und die rasche Durchsetzung menschengerechter Arbeit.

Aufgaben der Gesellschaft

Flankierend müßte von der Gesellschaft folgendes gesetzt werden :

Bildung und Schule : In allen Schulstufen und in allen Bildungsstätten müßte in Zukunft ein kritisches Arbeits- und Gesundheitsbewußtsein vermittelt werden. Dazu wäre unbedingt notwendig, in den Endstufen unserer Schule und Hochschulen jene Bildungsinhalte zu schaffen, die unmittelbar die Beziehung zwischen Mensch und Arbeit darstellen. Ein weiterer Schwerpunkt müßte die Weiterbildung und Weiterumschulung von Führungskräften sein.

Forschung : Förderung der Forschung und Lehre im Bereich der Arbeitswissenschaft und Arbeitsmedizin. Im Forschungsbereich sollten folgende Schwerpunkte gesetzt werden :

— Die Erforschung und Normierung von Richtwerten und Mindestanforderungen an Maschinenanlagen, Arbeitsgeräten und Betriebsstätten.
— Die Entwicklung von menschengerechten Arbeitstechnologien.
— Die Erarbeitung von beispielhaften Vorschlägen und Modellen für neue Formen der Arbeitsorganisation und die Gestaltung von Arbeitsplätzen.
— Die strukturelle Voraussetzung für die Verbreitung und Anwendung wissenschaftlicher Erkenntnisse.

Vorbeugende Maßnahmen am Arbeitsplatz: Der werksärztliche Dienst sollte auf alle Dienstnehmer ausgerichtet werden, damit die Gesunderhaltung am Arbeitsplatz gefördert werden kann. Schaffung eines ergonomischen Instituts und Errichtung einer arbeitsmedizinischen Klinik.

Arbeitsinspektion und Sozialversicherung: Dringend erforderlich sind der Ausbau und die Modernisierung der Arbeitsinspektion, insbesondere des arbeitsinspektionsärztlichen Dienstes, wobei eine Zusammenfassung aller Arbeitnehmerschutzbehörden anzustreben wäre. Zur Realisierung der Maßnahmen wäre zunächst die Zusammenarbeit und Koordinierung aller mit diesen Aufgaben befaßten Behörden, der Sozialversicherungsträger, der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen und der Wissenschaft in die Wege zu leiten.

Gemeingut aller arbeitenden Menschen

Die Tätigkeit der Gewerkschaften hat es ermöglicht, daß die Forderung nach menschengerechter Arbeit Gemeingut aller arbeitenden Menschen geworden ist. Nun gilt es, alle arbeitenden Menschen mit diesen Gedanken vertraut zu machen, sie zu überzeugen und dafür zu motivieren.

* *

Der 8. Bundeskongreß des ÖGB, der im September 1975 stattfand, hat es ermöglicht, daß die Forderung nach menschengerechter Arbeit Gemeingut aller arbeitenden Menschen geworden ist. Nun gilt es, alle arbeitenden Menschen mit diesen Gedanken vertraut zu machen, sie zu überzeugen und dafür zu motivieren.

A détacher suivant cette ligne en cas de reliure

La libre circulation des personnes dans la Communauté européenne sous le biais des restrictions d'ordre public

par Alexis PAULY
Maître en Droit, chercheur au département des sciences juridiques de l'Institut Universitaire Européen (Florence)

LE CAS LUXEMBOURGEOIS

Il peut sembler anachronique de prendre l'exemple du Luxembourg pour étudier le problème de la libre circulation des personnes dans la Communauté Européenne.

Mais le Luxembourg connait une longue tradition de vie internationale, il a fait partie jusqu'en 1867 de la confédération germanique, depuis le lendemain de la grande guerre il forme avec la Belgique une union économique, dès 1944 la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas se sont unis pour construire ensemble le Benelux, dont le but était d'établir une union douanière.

D'autre part les juridictions luxembourgeoises se sont déclarées depuis fort longtemps favorables à l'application dans l'ordre juridique interne du droit international [1].

LES ETRANGERS AU LUXEMBOURG

Une autre raison nous semble cependant plus fondamentale : Dans aucun pays de la Communauté Européenne, dans aucune région même de la Communauté, le taux des étrangers par rapport à la population nationale est si élevé.

En 1975 il y avait au Luxembourg 358 500 habitants dont 83 500 étrangers ce qui fait 24% de la population, par opposition à 4% pour la Communauté Européenne.

Les ressortissants C E E faisaient dans ce lot la part la plus importante (à peu près 60% de la population étrangère, ce taux également inhabituel pour la Communauté Européenne) [2].

---

1 Voir Pierre Pescatore : Effet et conclusion des traités internationaux, 1964).

2 Les statistiques utilisées sauf indications contraires sont celles du Ministère de l'Economie nationale (office des statistiques) élaborées et interprétées par fois par nous-même.

1975	% population étrangère
Allemands	10,00%
Belges	8,80%
Français	11,60%
Italiens	26,70%
Anglais, Danois, Irlandais, Néerlandais	3,3%

Il est également intéressant de voir combien représentent les ressortissants des trois pays candidats à la Communauté Européenne.

Espagnols	3,50%
Portugais	24,00%
Grecs	0,07%
à peu près de la population étrangère	28,00%

Donc en cas d'ouverture de la Communauté Européenne vers la Méditerannée, les ressortissants d'une Communauté élargie représenteraient environ 78% de la population étrangère.

L'EVOLUTION DE L'IMMIGRATION

Si on considère l'évolution de l'immigration à long terme, on peut constater plusieurs étapes.

En 1871 seulement 3% de la population était d'origine étrangère.

En 1922 déjà 13% de la population fut étrangère. Au début du siècle on assiste à une première immigration italienne (main-d'œuvre pour la sidérurgie naissante, mais aussi à une vague de migration allemande après la défaite des puissances de l'entente.

En 1960 également 13% de la population est d'origine étrangère.

Entre 1922 et 1960 il y a eu cependant un reflux et un flux d'immigrés : (crise économique de 1930, réfugiés politiques et reprise de l'immigration après 1960).

On peut dire que si la population étrangère en général augmente fortement ces dernières années, on a constaté d'abord une augmentation des ressortissants C E E.

Depuis les années 1965—1970 on remarque une augmentation très rapide des ressortissants portugais. A cela il faut également ajouter les travailleurs frontaliers occupés au Luxembourg.

Nationalité des travailleurs frontaliers étrangers en 1975 [3]

Belgique	4900
France	4000
Allemagne	1300
Italie	600

On peut admettre que ces chiffres sous-évaluent les effectifs réels, surtout depuis l'aggravation de la crise en Lorraine.

Il faut noter ici que les 600 ressortissants italiens ne viennent pas tous les jours d'Italie, mais habitent un pays limitrophe. D'autre part certains travailleurs frontaliers français habitent la Belgique et viennent à partir de ce pays travailler au Luxembourg.

Ces statistiques ne comprennent pas les travailleurs frontaliers luxembourgeois résidant à l'étranger (40 en 1975). Enfin les travailleurs frontaliers au Grand-Duché forment 7% de la population active totale.

Pour illustrer l'importance de la main d'œuvre étrangère dans l'économie et le développement du pays, il est intéressant d'étudier le schéma suivant :

	% du total
Ouvriers de toute l'industrie	47,4%
Ouvriers (sidérurgie-mines)	30,3%
Ouvriers de l'artisanat	61,9%
Ouvriers du bâtiment	73,9%
Actifs des services	18,8%
Actifs des commerces, hôtels et restaurants	20,8%
Actifs de l'agriculture	7,3%
Employés de banques	27,6%

L'IMPORTANCE DEMOGRAPHIQUE DES ETRANGERS DANS L'AVENIR

Il est très instructif de comparer le taux de natalité et le taux de mortalité chez les luxembourgeois et chez les étrangers établis au Luxembourg.

— Naissances vivantes pour 1000 habitants en 1975 [4]

Luxembourgeois	8,5%
Etrangers	19,4%

3 Source :: Administration Nationale de l'Emploi.
4 Source : Albano Cordéiro et Aantonio Alvarenga. Immigration au Luxembourg : Université des Sciences Sociales, Institut de recherche économique et de planification 1975.

— Décès pour 1000 habitants en 1975

Luxembourgeois	14,5%
Etrangers	4,8%

— Excédents de naissances en 1975 pour 1000 habitants.
En général :

Luxembourgeois et Etrangers	— 1,1%
Luxembourgeois seuls	— 6,0%
Etrangers	+14,0%

Si la population a encore augmenté ces dernières années, c'est seulement grâce à la plus grande fécondité des étrangères et surtout aussi à cause de l'importation massive de main-d'œuvre étrangère de sexe masculin et en âge de travailler.

A moins de préconiser un changement global de la politique économique, ces statistiques indiquent clairement la nécessité de la présence des étrangers pour le développement, voire la survie du Luxembourg.

Etudier les problèmes relatifs à l'ordre public « in abstracto » et uniquement sous cet aspect, conduirait fatalement à une impasse, car il ne suffit pas de savoir que les restrictions à la libre circulation doivent être motivées par des raisons d'ordre public et que l'appréciation de ces raisons est laissée à la discrétion souveraine du gouvernement.

La cour de justice des Communautés Européennes s'est vu elle-même contrainte d'essayer de donner un contenu positif à la notion d'ordre public [5].

On peut aujourd'hui se demander, si la notion d'ordre public, concept traditionnellement négatif (restrictions par rapport à quelque chose n'a pas aujourd'hui au moins pour le juge communautaire un contenu positif (droits accordés au ressortissant communautaire).

Il faut donc essayer d'étudier les droits de ce « nouveau citoyen communautaire » « in concreto », voir non pas seulement ce qui lui est défendu de faire, mais voir réellement quels sont ses droits.

5 Voir les arrêts « Van Duyn » aff-41/74 du 4 décembre 1974 Rec p 1337 « Bonsignore » aff-67/74 du 26 février 1975 Rec p. 297, « Rutili » aff-36/75 du 28 octobre 1975 Rec p. 1219, « Royer » aff-48/75 du 8 avril 1976 Rec p. 431, « Watson et Belmann » aff-118-75 du 7 juillet 1976 Rec p. 1185, « Sagulo » aff-8/77 du 14 juillet 1977 Rec. p 1495 « Bouchereau » aff-30/77 du 27 octobre 1977 Rec. p 1999.

On trouve une amorce de cette réflexion dans les articles de M. Christian Tamuschat depuis 1975 dans les cahiers de droit européen [6].

En fait, on pourrait se demander, si dans notre cas, il n'y a pas antagonisme entre deux régimes de libertés, entre deux ordres juridiques : l'ordre public interne, conçu de façon négative comme atteinte à « l'état de paix intérieure » et l'ordre public communautaire, conçu de façon positive, les droits du « citoyen communautaire » consacrés par le traité de Rome et le droit communautaire dérivé.

La libre circulation des personnes dans la Communauté Européenne est une des libertés fondamentales du traité de Rome. Nous étudierons dans une Première Partie les Droits que possèdent les ressortissants de la Communauté Européenne pour aborder ensuite dans une Deuxième Partie La Garantie des Droits.

En annexe nous nous poserons le problème de savoir, si la libre Circulation des Personnes n'implique pas aussi un statut du ressortissant de la Communauté Européenne.

1re Partie : les droits

2e Partie : la garantie des droits

Annexe :

Vers un statut du ressortissant de la Communauté Européenne.

Avant de commencer, il nous faut évoquer le problème des sources juridiques en droit luxembourgeois.

La situation des étrangers et plus spécialement des ressortissants des Communautés Européennes n'est pas très claire.

Elle est régie par la loi du 28 mars 1972 concernant :

1. L'entrée et le séjour des étrangers.
2. Le contrôle médical des étrangers.
3. L'emploi de la main d'œuvre étrangère.

Cette loi prévoit qu'un règlement grand-ducal détermine les formalités à remplir par les étrangers séjournant au pays et qu'également un règlement grand-ducal détermine la composition, l'organisation et

6 Christian Tamuschat : L'ordre public, menace pour la libre circulation C. D. E. 1975 N° 3 P 302.
— Christian Tamuschat : La libre circulation et le statut politique des ressortissants communautaires C. D. E. 1976 N° 1 P 58
— Christian Tamuschat : Un nouveau pas vers l'affermissement définitif du droit de séjour européen des ressortissants communautaires 1976 N° 4 P 406
— Christian Tamuschat : Le principe de proportionnalité (Quis indicabit). L'affaire Watsan, Cahiers de droit européen 1977 N° 2 p.97.

le fonctionnement de la Commission Consultatice en matière de police des étrangers. Ces règlements ont été pris le jour de la promulgation de la loi.

Cette loi prévoit aussi dans son article 37 que le gouvernement est autorisé à prendre par voie de règlement grand-ducal les mesures nécessaires à l'exécution des obligations assumées en vertu de conventions internationales dans le domaine régi par la présente loi. « Ces règlements pourront déroger aux dispositions de la présente loi dans la mesure requise pour l'exécution des obligations internationales.»

Effectivement un règlement grand-ducal a été pris également le 26 mars 1972, mais il est difficile de savoir en l'absence d'un texte explicite, en quoi il déroge, quels articles de la loi et de l'autre arrêté grand-ducal sont encore applicables aux étrangers privilégiés par des conventions internationales.

Certaines règles générales au moins de la loi restent applicables, bien qu'il soit difficile de préciser lesquelles.

PREMIERE PARTIE

LES DROITS DES RESSORTISSANTS DE LA COMMUNAUTE EUROPEENNE

A) Les bénéficiaires de la législation communautaire

Ils ont été fixés limitativement par le réglement grand-ducal du 28 mars 1972.

La législation s'applique :

1. Aux ressortissants des Etats membres des Communautés Européennes venant au Luxembourg occuper un emploi salarié.
2. A ceux exerçant une activité non salariée.
3. A ceux exerçant le droit de demeurer conformément aux réglements et directives C E E.
4. Au conjoint et aux descendants de moins de 21 ans ou à leur charge quelle que soit leur nationalité.
5. Au conjoint et aux ascendants, aux descendants et autres membres de la famille à charge des personnes visées sub 1, 2 et 3 ou de leur conjoint, quelle que soit leur nationalité.
6. Aux ressortissants des Etats membres des Communautés Européennes occupant au Luxembourg un emploi salarié tout en ayant leur résidence principale sur le territoire d'un autre Etat membre où ils retournent chaque jour ou au moins une fois par semaine.

L'ancien texte prévoyait également les prestataires et destinataires de service selon l'article 60 du traité de Rome. Sont-ils dorénavant exclus de la législation communautaire ?

On peut admettre que les prestataires de service au moins sont inclus dans le N° 2 (ceux exerçant une activité non salariée). Doit-il s'agir d'une activité économique ou peut-il s'agir d'une activité autre par exemple culturelle ou éventuellement cultuelle ?

On a l'impression que le législateur a voulu restreindre le champ d'application. En effet la catégorie des destinataires de service lui semblait trop large. Le règlement grand-ducal prévoit expressément « ceux exerçant le droit de demeurer conformément aux règlements et directives C E E. »

Cette référence pour la détermination des bénéficiaires aux directives de la C E E est bien surprenante.

En effet le traité C E E spécifie dans son article 189 que les directives s'adressent aux Etats, à eux incombe la charge de prendre les mesures nécessaires pour l'exécution dans l'ordre juridique interne, même si la cour de justice des Communautés Européennes reconnait dans certains cas à des particuliers la possibilité d'invoquer une directive pour bénéficier de droits qui y sont consacrés en l'absence de mesures prises par les autorités nationales.

Cette conception apparemment très « communautariste » nous semble cependant très dangeureuse, car les deux directives du 17 décembre 1974, l'une (75/34) relative au droit des ressortissants d'un Etat membre de demeurer sur le territoire d'un autre Etat membre après y avoir exercé une activité non salariée et l'autre (75/35) étendant le champ d'application de la directive (64/221/C E E) pour la coordination des mesures speciales en matière de déplacement et de sejour justifiées pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, aux ressortissants d'un Etat membre, qui exercent le droit de demeurer sur le territoire d'un Etat membre après y avoir exercé une activité salariée, ne sont pas assez claires et précises pour être directement et immédiatement applicables.

Ainsi il faut relever que l'article 1er de la directive (75/35 C E E) renvoie pour la détermination des assujettis à la directive à une directive 73/148 C E E pour laquelle le Luxembourg n'a pas pris de mesures d'exécution spécifiques.

L'étranger, n'exerçant aucune activité salariée ou non salariée, voulant séjourner au Luxembourg pour une durée ne dépassant pas un an, qui garde à l'étranger son domicile ou sa résidence principale est dispensé de présenter une demande de carte de séjour de ressortissant d'un Etat membre des Communautés Européennes. Il pourra

obtenir une autorisation d'établissement en justifiant ses moyens d'existence.

La carte de séjour du ressortissant C E E comme celle de sa famille a plus un caractère déclaratif que discrétionnaire.

La durée la première fois est de 5 ans, ensuite au premier renouvellement de 10 ans. Toutefois, si au premier renouvellement le détenteur est en chômage, la carte pourra être limitée à 1 an. Les travailleurs frontaliers ne sont pas soumis à cette restriction. Dans les autres cas le renouvellement de la carte est de droit.

B) **Des restrictions**

Selon l'article 9 du règlement grand-ducal du 28 mars 1972 des mesures ne peuvent être prises contre des ressortissants C E E que pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.

Le motif d'ordre public ou de sécurité publique s'apprécie en fonction du comportement personnel de l'individu. La seule existence de condamnations pénales ne saurait motiver automatiquement ces mesures.

Il faut donc qu'il s'ajoute aux condamnations pénales des considérations supplémentaires de nature à faire prendre une décision de refus ou de retrait.

Il semble que le Ministre de la justice interprète le règlement en se basant aussi pour justifier une mesure sur les condamnations pénales d'une gravité particulière.

La décision de refus ou de retrait ou d'éloignement doit comporter l'indication d'un délai pour quitter le territoire. Sauf le cas d'urgence, ce délai ne peut être inférieur à quinze jours si aucun titre de séjour n'a encore été émis et à un mois dans tous les autres cas.

Le concept sauf urgence n'a pas été défini par le législateur et son interprétation est donc laissée à l'appréciation souveraine du gouvernement.

La convocation devant la commission consultative en matière de police des étrangers vaut toutefois sauf-conduit pour séjourner au pays le temps nécessaire pour les besoins de la comparution s'il n'en est autrement décidé.

Le motif de santé publique consiste dans la constatation de maladies ou d'infirmités. Les déficiences de l'état de santé susceptibles de motiver un refus d'entrée ou la délivrance du premier titre de séjour sont limitativement énumérées par le règlement grand-ducal.

a) Maladies pouvant mettre en danger la santé publique

1. Maladies quaranténaires visées par le règlement sanitaire international N° 2 du 25 mai 1955 de l'organisation mondiale de la santé.

2. Tuberculose de l'appareil respiratoire active ou à tendance évolutive.

3. Syphilis.

4. Autres maladies infectieuses ou parasitaires contagieuses pour autant qu'elles font dans le pays d'accueil, l'objet de dispositions de protection à l'égard des nationaux.

b) Maladies et infirmités pouvant mettre en danger l'ordre publique.

1. Toxicomanie.

2. Altérations psychomentales grossières, états manifestes de psychose d'agitation, de psychose délirante ou hallucinatoire et de psychose confusionnelle.

En cas de refus pour raison de santé publique, la décision ne sera prise que sur proposition du Ministre de la santé publique.

Lorsqu'une maladie ou une infirmité survient après la délivrance de l'autorisation de séjour, la maladie ou l'infirmité ne saurait plus être invoquée pour justifier un retrait ou un refus de renouvellement de l'autorisation.

Le règlement C E E N° 1215/70 de la Commission relatif au droit des travailleurs de demeurer sur le territoire d'un Etat membre après y avoir occupé un emploi prévoit dans son article 9 une dérogation pour le Luxembourg.

Le Luxembourg a la faculté de demander à la Commission d'établir des conditions dérogatoires pour l'exercice du droit de demeurer sur le territoire luxembourgeois. La décision motivée de la Commission doit intervenir dans le délai de deux mois à partir de la demande et se baser sur des motifs résultant de la situation démographique du pays. Notification sera faite au Luxembourg et information sera donnée aux autres Etats membres.

Les personnes visées à l'article 9 du réglement peuvent encourir trois sanctions : Le refus ou le retrait de la carte d'identité ainsi que l'expulsion du territoire.

Plus compliquée est la sanction indirecte prévue par l'article 11 de la loi qui prévoit qu'en cas d'atteinte à l'ordre public, le Ministre de la Justice peut contraindre l'étranger à quitter des lieux ou régions déterminées et à en demeurer éloigné ou à resider en un lieu détermé.

Cette possibilité est contraire à la jurisprudence développée par l'arrêt Rutili précité qui interdit de telles mesures, si les autorités

nationales ne peuvent pas prendre les mêmes mesures, dans les mêmes conditions à l'égard de leurs propres nationaux.

c) Des ressortissants belges et néerlandais ont un statut particulièrement favorable.

Le traité de Rome avait prévu que les dispositions de ce traité ne font pas obstacle à l'accomplissement des unions régionales entre la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas, dans la mesure où les objectifs de ces unions régionales ne portent pas atteinte au traité C E E.

Le règlement grand-ducal prévoit que pour bénéficier de l'augmentation d'établissement, les Belges et les Néerlandais doivent seulement justifier de moyens d'existence légitimes, il n'y a pas de nécessité pour eux d'exercer une activité lucrative.

Le refus de leur admission peut seulement être fondé en cas d'exercice d'une activité professionnelle sans être en possession de l'autorisation requise ou en cas de condamnation ou poursuite à l'étranger pour crime ou délit donnant lieu à extradition.

Les ressortissants belges et néerlandais, détenteurs d'une carte d'identité d'étranger ou d'une carte de séjour de ressortissant d'un Etat membre de la C E E ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'éloignement ou d'une mesure restrictive de déplacement que si leur conduite compromet l'ordre ou la sécurité publics.

Il faut souligner ici que les raisons de santé publique sont exclues.

Ensuite après 3 ans de séjour, ils ne peuvent être assignés à résidence ou expulsés que s'ils constituent un danger pour la sécurité nationale publique ou une menace pour la Communauté en raison d'une condamnation pour crime et délit particulièrement grave.

DEUXIEME PARTIE

LA GARANTIE DES DROITS

Le plus important n'est pas seulement d'avoir des droits, mais c'est avant tout de les faire valoir, il s'agit ici d'une question d'effectivité du droit, problème réel surtout dans le droit international, qui concède souvent, des droits et des prérogatives à des individus, mais qui ne leur donne pas les moyens pour les faire respecter.

Même dans le cadre communautaire qui connaît l'existence d'une cour de justice, il est important qu'il existe une protection juridictionnelle au niveau des Etats membres.

Le traité prévoit des restrictions à la libre circulation pour des motifs d'ordre public, ceci étant très vague, il est d'autant plus important que les règles conduisant à cette constatation, soient plus rigoureuses.

Le droit communautaire dérivé comme l'interprètation de la cour de justice des Communautés Européennes ont insisté notamment sur le respect des droits de la défense; c'est-à-dire d'offrir au ressortissant étranger sanctionné de se défendre à la fois avant et après la décision de l'autorité gouvernementale.

Il faut d'abord qu'il sache les motifs qu'on lui reproche avant toute décesion, mais il faut aussi qu'il puisse attaquer la décision, une fois prise.

Cette étude du fonctionnement de la décision nous apprendra aussi sur le pourquoi de la décision comment les autorités de contrôle doivent-elles justifier la décision.

Nous nous proposons d'étudier d'abord le contrôle préalable, une fonction administrative remplie par la Commission consultative en matière de police des étrangers, pour nous pencher ensuite sur le recours contentieux, après la décision.

§ 1 — Le recours devant la commission consultative en matière de police des étrangers

A) Composition

La commission nommée pour trois ans par le Ministre de la Justice se compose de trois membres dont un magistrat, un avocat du barreau et une fonctionnaire supérieur ressortissant à un autre Ministère que celui de la Justice. Un délégué du Ministre de la Justice pourra participer aux débats devant la Commission. Il ne pourra prendre part aux délibérés.

Il en résulte que de par sa composition la Commission consultative n'est pas une juridiction, ce qui d'ailleurs d'après le droit communautaire n'est pas nécessaire.

On peut considérer que deux des trois membres néanmoins jouissent d'une certaine indépendance.

B) La compétence

a) En général

L'avis de la Commission doit être, sauf urgence obligatoirement pris avant toute décision portant :

1. Refus de renouvellement de la carte d'identité d'étrangers,
2. Retrait de la carte d'identité,
3. Expulsion du titulaire d'une carte d'identité valable,
4. Concerne le problème de l'éloignement d'un réfugié.

b) En plus pour les ressortissants C E E

A la demande de l'étranger ressortissant d'un Etat membre de la CEE l'avis de la Commission doit être pris après la décision ministerielle portant

1. Refus de la carte d'identité,

2. Expulsion avant la délivrance de la carte d'identité,

Cette demande d'avis doit être formulée auprès du Ministre de la Justice par écrit dans le délai d'un mois à partir de la notification de la décision au requérant.

Elle ne suspend pas les effets de la décision, mais la convocation devant la Commission vaut sauf-conduit pour séjourner au pays le temps nécessaire à la comparution à moins de décision expresse contraire.

Le point -b- demande un éclaircissement. S'agit-il dans le cas susvisé du refoulement également, c'est-à-dire des personnes à qui on interdit l'accès même au territoire ? Nous voudrions bien le croire, mais la pratique douanière et policière du refoulement est si sommaire, qu'il est difficile de prouver quoi que ce soit.

C) La procédure

La saisine de la Commission se fait par les soins du Ministre de la Justice. L'étranger est invité par lettre recommandée de se présenter devant la Commission. Il peut se faire représenter ou assister par un avocat de son choix.

Ce qui est le plus important, c'est le fait que l'Etranger ou son conseil peuvent prendre connaissance du dossier sans déplacement des pièces. Il sait donc les griefs qu'on lui incrimine et il pourra préparer sa défense.

L'étranger qui ne comparaît pas sans donner de motif recevable par la Commission perd le droit d'être entendu et dans le cas d'une demande d'avis formulée par un ressortissant d'un pays memore de la CEE cette requête est considérée comme non avenue.

L'avis est arrêté à la majorité des voix et doit être motivé et doit être dans les 8 jours transmis au Ministre de la Justice.

Il faut cependant noter ici que l'avis de la Commission n'est pas porté à la connaissance du requérant et que d'autre part le Ministre de la Justice reste entièrement libre soit d'adopter la décision proposée, soit de la réformer, soit encore de ne pas prendre de mesures du tout.

On peut se demander, si le Conseil d'Etat pourrait obliger le Ministre de la Justice à lui fournir l'avis de la Commission consultative en cas de recours contentieux.

§ 2 — Le recours devant le Conseil d'état

Comité du contentieux

Dans l'espace d'un siècle il y a eu seulement trois arrêts.

Un premier en 1876 qui a fait autorité très longtemps stipule que « l'étranger qui compromet l'ordre public ou qui se trouve dans son pays sous le coup de poursuite pouvant donner lieu à extradition, peut-être expulsé ». Le conseil est incompétent pour contrôler l'appréciation des faits dans lesquels le Gouvernement trouve des charges qui compromettent l'ordre public, l'arrêté d'expulsion ne doit pas être motivé en fait et ce dans l'intérêt même de l'expulsion.

Du reste pour cette appréciation le Gouvernement a un pouvoir souverain, donc en la faisant, il ne peut violer aucune disposition légale et motiver le recours que l'expulsé adresse de ce chef au Conseil d'Etat [7].

C'est le raisonnement de l'acte de gouvernement du Conseil d'Etat français.

98 ans plus tard, le Conseil d'Etat luxembourgeois fit d'abord un grand pas en avant en se déclarant compétent en matière d'expulsions. Le Délégué du gouvernement avait soulevé l'incompétence du Conseil d'Etat en cette matière « Considérant que la loi énumère limitativement les cas dans lesquels une mesure d'expulsion peut-être prise, qu'il appartient dès lors au Conseil d'Etat dans un recours en annulation de vérifier, si la décision est conforme à la loi » [8].

La tâche de contrôle du Conseil d'Etat n'a pas été facilitée par le législateur.

L'article 13 de la loi du 28 mars 1972 et l'article 19 du règlement du même jour concernant certaines catégories d'étrangers faisant l'objet de conventions internationales ne brillaient pas en effet par leur clarté.

L'article de la loi précise : L'arrêté d'expulsion prévu à l'article 9 est pris, après délibération du gouvernement en conseil par le Ministre de la Justice. Il doit indiquer la cause de l'expulsion.

On voit alors assez mal ce qu'ajoute de protecteur l'article 19 du règlement « les décisions prises à l'égard des étrangers visés par le présent réglement indiquent sommairement les raisons qui les motivent ».

Au moins le Conseil d'Etat ne fait guère de différence entre ces deux notions. Le Conseil d'Etat dans son arrêt du 6 février 1974 fait conti-

7 Conseil d'Etat 20 janvier 1876.
8 Conseil d'Etat 6 février 1974 Owel contre Ministre de la Justice.

nuellement confusion entre ces deux notions. Le Conseil d'Etat procède à un contrôle purement formel, il se refuse d'interpréter les faits.

Cet arrêt du 6 février 1974 est critiquables aussi pour une autre raison.

Pourquoi le Conseil d'Etat refuse-t-il le bénéfice de la législation communautaire à Owel. En effet, en contestant l'existence de la république moluque, en lui refusant un statut de réfugié politique ou d'apatride au moins en fait, le Conseil d'Etat aurait dû le reconnaître comme ressortissant C E E, d'ailleurs d'après les renseignements pris auprès des autorités consulaires néerlandaises, c'est ce qui arrive en pratique administrative au moins.

Certes l'arrêt du 23 avril 1975 étend le contrôle du Conseil d'Etat, mais la motivation est encore plus surprenante.

« Considérant que le terme 'raisons' doit avoir la même portée pour les différentes causes énumérées dans ce texte :

— que toutefois en cas de refus d'une autorisation de séjour pour raison de santé publique le secret professionnel s'oppose à ce que la décision mentionne la maladie dont l'intéressé est affecté,
— que dans ce cas le Ministre ne peut indiquer que la cause générale,,
— que dès lors la même solution s'impose en cas de refus pour raisons d'ordre public et sécurité publique ou de santé publique,
— considérant que cette solution est conforme à l'alinéa 2 du même article 9 stipulant que « le refus d'entrée ou de délivrance du premier titre de séjour ne peut intervenir pour raison de santé publique qu'en cas de constatation d'une des maladies ou infirmités suivantes,
— que ce texte distingue nettement entre « raisons de santé publique » c'est-à-dire cause générale est « maladies ou infirmitées » invoqués à l'appui de cette cause,
— qu'il est par conséqent satisfait aux prescriptions de l'article 19 du règlement du 28 mars 1972 par l'indication de la cause générale ».

Notons au passage qu'il y a confusion totale entre la notion de cause et de raisons qui les motivent ou plutôt comme on veut, on prend les termes pour la même chose.

La doctrine a critiqué très sévèrement cet arrêt : « Du simple point de vue de la logique juridique, apparait pour le moins contestable le raisonnement qui consiste à poser comme prémisse que le terme « raisons » d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, doit avoir la même portée pour les différentes causes, à constater ensuite qu'en cas de décision fondée sur une raison de santé publique, le secret professionnel s'opposerait à ce que soit mentionné plus que

la cause générale et à conclure que « dès lors » la même solution s'impose pour le refus d'une autorisation de séjour fondée sur l'ordre public et qu'il suffit donc également dans ce sens de l'indication de la cause générale.

Dans l'arrêt Subhani le Conseil d'Etat se fondant sur le règlement grand-ducal du 28 mars 1972 a, dans une orientation, qui se situe à l'opposé de celle de l'arrêt Rutili, jugé qu'est suffisante, pour justifier le refus d'une autorisation d'entrée ou de séjour, l'indication de la cause juridique qui sert de base à la mesure prise, c'est-à-dire à un simple renvoi, purement formel à l'ordre public, à la sécurité publique. C'est tout le contraire de la motivation précise et complète exigée par la Cour de justice [9].

On peut aussi se demander pourquoi le Conseil d'Etat n'a pas recouru à l'article 177 du traité de Rome qui lui eût fait obligation d'une question d'interprétation de droit communautaire se posant dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne de saisir la Cour de justice en interprétation du droit communautaire en cause.

Cette façon de voir à été préconisée par M. Adolphe Touffait qui a également sévèrement critiqué l'attitude du Conseil d'Etat luxembourgeois [10].

Le règlement grand-ducal du 29 août 1976 portant modification du règlement grand-ducal du 28 mars 1972 a par son article II donné à l'article 19 du règlement de 1972 la teneur suivante : « les décisions prises à l'égard des étrangers visés par le présent règlement indiquent les raisons qui les motivent ».

La doctrine a salué ce changement : « la suppression du mot « sommairement » devrait permettre aux autorités nationales compétentes de donner aux décisions en matière d'entrée et de séjour des ressortissants de la Communauté la motivation précise et complète exigée par la Cour de justice [11].

Enfin les décision du Ministre de la Justice ne sont pas suspensives jusqu'à la fin du recours à moins qu'il ne le décide lui-même.

D'autre part il ne semble pas qu'il y ait possibilité de demander par référé au Conseil d'Etat qu'il surseoit à l'exécution de la décision ministérielle jusqu'au prononcé de l'arrêt (sursis d'exécution).

---

9 Gérard Rasquin Pasicrisie luxembourgeoise 1976 p. 2721.
10 Adolphe Touffait : la compétence communautaire est-elle restreinte au seul domaine économique ? Dalloz 1976, 7 Juillet 1976.
11 Note G R Pasicrisie luxembourgeoise 1976 5e livraison p. 388.

STATISTIQUES DU MINISTERE DE LA JUSTICE

Nationalité 1976	Carte de séjours	Expulsions	Retraits
Allemande	11 157	6 (0,05%)	21 (0,18%)
Belge	6 211	7 (0,14%)	7 (0,18%)
Britannique	386	0	1 (0,25%)
Danoise	61	0	0
Française	8 672	21 (0,24%)	21 (0,24%)
Irlandaise	?	—	—
Italienne	32 642	16 (0,04%)	15 (0,04%)
Néerlandaise	1 954	1 (0,05%)	1 (0,05%)
Portugaise	19 213	2 (0,01%)	9 (0,04%)
Espagnole	3 769	1 (0,02%)	0
Grecque	73	0	

ANNEXE

VERS UN STATUT DU RESSORTISSANT COMMUNAUTAIRE [12]

Certes il est important que l'étranger puisse librement accéder et librement sépourner dans le territoire d'un autre Etat-membre. Mais il ne s'agit pas seulement de garantir des libertés formelles, Le « citoyen communautaire » veut être aussi un homme « situé », il exerce une profession, salariée ou indépendante, il a besoin d'un logement, ses enfants ont droit à l'éducation. Il veut à l'occasion défendre ses droits.

Le traité de Rome dans son article 7 interdit toute discrimination en raison de la nationalité. On est de plus en plus sensible à l'égalité du traitement entre nationaux et ressortissants C E E, que ce soit au niveau politique, ce qui au moins pour ce dernier point, puisse paraître très nouveau pour les Communautés Européennes.

Nous proposons donc d'étudier d'abord les droits économiques et sociaux pour aborder ensuite les droits politiques.

§ 1 — Les droits économiques et sociaux des étrangers

Pour être complète, notre étude devrait se pencher sur tout le droit du travail, le droit commercial, le droit économique, le droit spécifiquement professionnel et le droit social et voir, s'il y a des discriminations pour raisons d'ordre public. Nous nous bornerons à étudier les problèmes les plus sensibles.

A) Activités syndicales

La Constitution luxembourgeoise prévoit dans son article 26 la liberté d'association « les luxembourgeois ont le droit de s'associer. Ce droit ne peut être soumis à aucune autorisation préalable ».

Une loi du 2 mai 1936 a complété : « la liberté d'association dans tous les domaines est garantie : Nul ne peut-être contraint de faire partie d'une association ou de n'en pas faire partie ».

La réforme constitutionnelle de 1948 ajoute un nouvel article 11 alinéa 5 « la loi garantit les libertés syndicales. Cette disposition est un corollaire du droit d'association ».

L'article 26 de la Constitution, relatif au droit d'association, ne parle que des luxembourgeois.

M. Pierre Majerus émet néanmoins l'opinion d'ailleurs généralement admise : « En fait, tout comme le droit de réunion, le droit d'association existe également pour les étrangers sans préjudice de la faculté que garde le législateur de restreindre ce droit en ce qui le concerne [13].

Une originalité du Luxembourg, c'est le fait que les associations et les syndicats sont très nombreux, mais assez rarement les associations revêtent la forme légale prévue par la loi du 21 avril 1928.

Les syndicats de leur côtés n'empruntent jamais une forme légale, ce qui a pour avantage une large irresponsabilité, au plan civil et pénal.

12 «Vers l'Europe des citoyens Union des passeports — Attribution de droits spéciaux » — Bulletin des Communautés Européennes Supplément 7/75
Le rapport « Tindemans » Bulletin des Communautés Européennes Supplément 1/76
« Programme d'action en faveur des travailleurs migrants et de leurs familles » Supplément 3/76
« La protection des droit fondamentaux dans la Communauté Européenne », Bulletin des Communautés Européennes, Supplément 5/76
« Rapport sur l'attribution de droits spéciaux aux citoyens de la Communauté Européenne en application de la décision de la Conférence au Sommet de Paris du mois de décembre 1974 (point 11 du communiqué final) Document 346/77.

13 Pierre Majerus : L'Etat luxembourgeois, 1948 p. 69.

Tout cela n'a pas empêché cependant le législateur de reconnaître implicitement leur existence par le truchement de la législation sur l'Office national de Conciliation et aussi plus récemment par la loi du 12 juin 1965 concernant les conventions collectives.

On invoque généralement pour justifier l'adaptation de la législation luxembourgeoise sur ce point aux prescriptions communautaires, le fait que le Luxembourg ait ratifié dès 1957 la convention de L'O. I. T. N° 87 sur la liberté syndicale et qu'il n'y ait jamais eu de contestation sur ce point notamment de la part de la commission d'experts du B. I. T. Il n'y a pas d'opposition légale à ce qu'un étranger devienne membre dirigeant d'un syndicat. S'il n'y en a pas en fait, on peut l'attribuer à des raisons sociologiques.

Il est toutefois à noter qu'un problème se pose pour l'élection des délégations ouvrières régie par l'arrêté grand-ducal du 20 novembre 1962.

Si l'article 7 concernant le droit actif d'élection spécifie expressément qu'il n'y a pas de différence entre nationaux et étrangers, l'article 8 § 3 in fine déclare : toutefois le nombre des membres étrangers ne pourra dépasser le tiers du nombre total des membres d'une délégation. Les étrangers élus en surnombre, qui auront reçu le moins de suffrages seront remplacés par des luxembourgeois non élus qui sur la même liste auront obtenu le plus de suffrages.

N'est pas selon le droit communautaire incompatible de prime abord l'éviction des étrangers comme électeur actif et passif des chambres professionnelles (chambre des métiers, chambre de commerce, chambre des employés privés, chambre du travail, chambre des fonctionnaires, chambre des agriculteurs (rôle actuellement assumé par la Centrale Paysanne luxembourgeoise). Les Chambres professionnelles d'après la loi du 4 avril 1927 sont des établissements publics qui jouissent comme tels de la personnification civile.

Les chambres professionnelles ont pour mission principale de sauvegarder les intérêts professionnels de leurs groupements respectifs.

La Chambre des députés et le Gouvernement doivent demander l'avis des chambres professionnelles sur tous les projets de loi et d'arrêtés grand-ducaux ou ministériels qui intéressent particulièrement les professions qu'elles représentent.

L'article 55 du traité C E E exclut les étrangers de la participation à la puissance publique, le règlement 1616 exclut les travailleurs de la participation à un organisme de droit public, mais on pourrait se demander, si toutes les activités des chambres professionnelles sont des activités de droit public (ou de service public), et dans ce cas admettre les étrangers au moins partiellement, et notamment pour les activités ayant un caractère purement professionnel ou syndical.

Dans l'affaire Reyners (2174) le juge communautaire a essayé de distinguer entre les activités de l'avocat qui participent à la puissance publique et celles qui n'y participent pas.

En l'absence de directives communautaires précises, la participation des ressortissants C E E aux instances de la Sécurité Sociale n'est pas résolue.

B) Activités indépendantes

L'approche du problème sous cet aspect est beaucoup plus délicate.

Certes le Luxembourg a changé sa législation en 1962, certes les ressortissants d'un pays accordant un régime de réciprocité aux nationaux luxembourgeois pourront être autorisés à exercer les professions visées par la loi de 1962 aux mêmes conditions que les luxembourgeois (art, 19 de la même loi), mais les obstacles sont plus insidieux.

N'insistons pas trop sur la législation sur le colportage et les professions ambulantes à cause de sa portée effective limitée. La non-observation de cette loi entraîne le refoulement et l'expulsion selon la loi de 1972. Ces dispositions sont-elles applicables aux ressortissants CEE ?

Nous n'étudierons pas non plus l'épineux problème de savoir, si cette législation luxembourgeoise est conforme ou non en droit communautaire sous le biais du droit de la concurrence et des pratiques commerciales, ce problème n'ayant pas de rapport direct avec le problème de la libre circulation et de toute façon se posant de la même façon aux nationaux luxembourgeois.

Il faut aussi relever que les problèmes relatifs à la libre circulation des personnes travaillant dans les transports et dans l'agriculture sont exclus de cette législation.

En principe, comme ils relèvent de « politiques communes », leur réglementation doit se faire par des règlements C E E.

Il existe un problème certain pour l'exercice par des étrangers des professions de l'artisanat et du commerce étroitement définies par la loi de 1962 et subsidiairement par les usages du pays (voir notamment art. 7 sur les conditions d'admission à ces professions).

Certes le mot « d'ordre public » n'est pas employé, mais on est en présence d'un concept analogue.

Il s'agit de dispositions obligatoires pour tous et dans presque tous leurs éléments, protectrices des personnes travaillant dans la profession, mais aussi de la clientèle, dispositions importantes aussi pour l'économie du pays.

On voit mal ce qui empêcherait de parler ici d'ordre public économique national d'autant plus que l'article 26 de cette même loi prévoit

des sanctions pénales assez graves en cas de non-observation de la loi et des arrêtés d'exécution.

Certes, il n'y a pas de discrimination ouverte envers les étrangers, mais c'est beaucoup plus difficile à l'étranger de se conformer à ces normes impératives.

Ainsi par exemple en l'absence d'harmonisation et de coordination des diplômes prévue par l'article 57 du traité C E E, les contestations sur les équivalences des qualifications professionnelles et des diplômes étrangers seront inévitables.

Il est difficile de constater en quoi certaines conditions sont nécessaires au bon fonctionnement de la profession et de l'économie et où, sous le couvert de l'ordre public économique interne, commencent l'abus et la discrimination. Ainsi le gouvernement et le barreau luxembourgeois se sont très violemment opposés à la libération de la profession d'avocat prétextant que l'avocat participe à la puissance publique et au service public de la justice.

Il y va de l'organisation de la justice qui est une partie importante de l'ordre public.

§ 2 — Les droits politiques des étrangers

La conception de vouloir attribuer des droits politiques à des étrangers est nouvelle, et cela dans tous les pays. Les étrangers étaient traditionnellement exclus de la vie politique.

Aujourd'hui il est difficile de faire une nette séparation entre les activités syndicales et politiques. On a aussi une autre concepton du statut de l'étranger.

Un autre fait s'ajoute : Des élections au suffrage universel pour le Parlement Européen sont prévues pour 1979. On ne pourra interdire aux Européens de s'y intéresser ou de prétendre que dans les 9 pays c'est uniquement une question nationale ?

Mais il n'est pas du tout aisé de répondre à cette problématique.

Ainsi le bâtonnier Bonn définit pour le Luxembourg ces droits : « Par droits politiques, on entend les droits individuels qui sont reconnus aux citoyens en leur qualité de ressortissant de la nation » (p. 19 cité par Jean Thill op. cit.).

1re — Elle traduit une conception très individualisée des droits politiques et exclut toute dimension collective acceptée au moins tacitement par la pratique constitutionnelle (Ex partis politiques reconnus au moins dans le droit électoral).

2e Parler de nation au Luxembourg frise bien le ridicule. Même, si les étrangers sont exclus de la vie politique (à tous les niveaux),

une récente loi a amélioré leur participation à la vie publique par la création d'un Conseil national d'immigraton. (loi du 29 juillet 1977).

Ainsi huit membres au moins sur 21 devront être des étrangers et ils seront nommés par les associations représentatives des travailleurs immigrés. L'objet du Conseil est d'être un organe consultatif chargé d'étudier, soit de sa propre initiative, soit à la demande du Ministre de la Famille et de la solidarité sociale tous les problèmes se rapportant à l'immigration. Il donne son avis à la demande du Gouvernement et dans les délais fixés par celui-ci, sur toutes les mesures législatives, règlementaires ou administratives dans le domaine de l'immigration.

Il a le droit de présenter au Ministre de la Famille et de la solidarité sociale toute proposition qu'il juge utile à la promotion sociale, juridique, économique et culturelle des travailleurs immigrants et de leurs famille.

Le Conseil a une large autonomie dans son fonctionnement. Ainsi il peut instituer des commissions nécessaires à l'exécution de sa mission. Il peut se subdiviser en sections spéciales. Il peut, dans l'exercice de sa mission appeler en consultation des représentants des administrations, des établissements publics ou des établissements d'utilité publique, ainsi que toute personne dont le concours en raison de sa compétence ou de sa fonction lui paraît utile pour l'exécution de sa mission.

Il faut ici relever que ce Conseil d'Immigration n'est pas réservé uniquement aux ressortissants de la Communauté Européenne. Ceci traduit une tendance, qui se fait jour, non de traiter des travailleurs ressortissants CEE, mais de tous les travailleurs étrangers dans la Communauté.

Depuis la rédaction de cet article, le Conseil d'Etat a rendu deux arrêts en la matière (Cons. d'Et. 4 juillet 1978, Bullet. Confér. St. Yves, n° 4, 1978 p. 23 et Cons. d'Et. 7 déc. 1978, non encore publié). L'arrêt du 4 juillet 1978 semble indiquer que le Conseil d'Etat refuse au ressortissant CEE frappé d'une mesure restrictive prévue par l'art. 48 du Traité de Rome (expulsion, retrait de carte de séjour, etc.) de faire rapporter plus tard cette décision. L'expulsion ou le retrait de la carte de séjour serait donc une « peine perpétuelle ».