

Bulletin luxembourgeois des questions sociales
2004 Volume 16

1 Principales mesures législatives et réglementaires intervenues entre le 1er août et le 31 juillet 2004, Claude Ewen, premier inspecteur de la sécurité sociale **2 Les droits individuels de la personne protégée dans le cadre de l'application de la législation relative à l'assurance dépendance**, Nadine Bastian, attachée de direction, juriste du service assurance dépendance auprès de l'Union des caisses de maladie **3 Les litiges opposant les prestataires individuels de soins de santé aux organismes d'assurance maladie et à leurs assurés**, Mike Walch, attaché de direction, juriste du service assurance maladie auprès de l'Union des caisses de maladie **4 Les maladies professionnelles**, Linda Schumacher, attachée de direction, juriste auprès de l'Office des assurances sociales **5 Jurisprudence** Table des matières Relevé analytique



aloss
association luxembourgeoise
des organismes de sécurité sociale

BP 1308
L-1013 Luxembourg

ISBN 2-495-23047-4

Les articles reproduits n'engagent que la responsabilité
de leurs auteurs et non les administrations et les
institutions dont ils relèvent

TABLE DES MATIÈRES

PRINCIPALES MESURES LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES INTERVENUES ENTRE LE 1ER AOÛT ET LE 31 JUILLET 2004	1
1. Création d'un revenu minimum garanti pour personnes handicapées	1
2. Mesures de financement dans le domaine de l'assurance maladie	3
3. Assurance pension	4
4. Assurance dépendance	4
5. Financement des mesures d'emploi	5
6. Partenariat déclaré	5
7. Droit international	6
8. Adaptation des prestations	6
 LES DROITS INDIVIDUELS DE LA PERSONNE PROTÉGÉE DANS LE CADRE DE L'APPLICATION DE LA LÉGISLATION RELATIVE À L'ASSURANCE DÉPENDANCE	 7
I) La protection des droits individuels pendant la procédure d'évaluation jusqu'à la détermination des aides et soins requis	13
A) Le droit à l'information préalable	13
1) L'information par voie téléphonique	13
2) L'information moyennant la diffusion de brochures	14
3) L'information par internet	15
4) L'information par l'accusé de réception de la demande de prestations de l'assurance dépendance	16
5) Les exigences par rapport au formulaire de demande de l'assurance dépendance	16
a) L'obligation de l'UCM de rendre la personne protégée attentive sur certains points essentiels	16
b) Les données nécessaires à l'administration pour le traitement de la demande	18
B) Les droits individuels au moment de l'évaluation de la personne par la cellule d'évaluation et d'orientation	20
1) Les droits protégés pendant l'évaluation médicale	20
a) La description de la procédure	20
b) Les droits individuels en cause	20
2) Les droits protégés pendant l'évaluation de base	21
a) La description de la procédure	21

C) Les droits individuels protégés au moment de la détermination des aides et soins requis	23
1) L'approche multidisciplinaire: le descriptif de la procédure	23
2) Les droits individuels en cause: le respect de l'égalité, de l'autonomie et de la dignité de la personne dépendante	25
II) Protection des droits individuels à partir de l'élaboration de la décision jusqu'à la prise de décision	26
A) Les droits protégés pendant la phase préparatoire de la décision	26
1) Le droit à une bonne administration	26
2) La protection des libertés et des droits fondamentaux de la personne dépendante à l'égard du traitement des données à caractère personnel	26
3) Les droits protégés par la loi du 1er décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes.(PANC)	29
B) Les droits individuels protégés au stade de la prise de décision	34
1) La fixation de la date du début droit aux prestations de l'assurance dépendance	34
2) L'obligation pour l'UCM de motiver la décision et d'indiquer les voies de recours	36
3) Le retrait de la décision individuelle	37
C) Protection des droits individuels lorsque la décision ne donne pas satisfaction à la personne dépendante	39
1) Le droit à un recours effectif	39
2) Le médiateur au Luxembourg, nouvel organe de règlement non juridictionnel des différends administratifs	41
III) Protection des droits individuels de la personne protégée au stade de la délivrance des soins	44
A) Le principe du libre et égal accès à une structure appropriée	44
1) Le principe de la liberté individuelle	44
2) Les limites à la liberté d'accès à une structure appropriée	45
3) La problématique des placements forcés	50
B) Droit à la sûreté	52
1) Quant à la structure de prise en charge: l'agrément	52
2) Protection de l'intégrité corporelle et mentale et à la dignité de la personne protégée	54

C) Les exigences par rapport aux acteurs qui délivrent les prestations	58
1) Les exigences par rapport à l'aide informel	58
2) Les exigences par rapport aux prestataires professionnels	59
3) Le contrôle de l'existence des prestations et le contrôle de la qualité des prestations	66
Conclusion	68
Bibliographie	69
S LITIGES OPPOSANT LES PRESTATAIRES INDIVIDUELS DE SOINS SANTÉ AUX ORGANISMES D'ASSURANCE MALADIE ET À LEURS SURÉS	73
Introduction	73
Titre I) Les litiges portés devant les institutions relevant du droit de la sécurité sociale	75
Chapitre 1) La Commission de surveillance telle qu'instituée par l'article 72 du Code des assurances sociales	75
Section 1) Historique	75
Section 2) Les affaires pouvant être soumises à la Commission de surveillance	77
Section 3) La réalité des faits soumis à la Commission de surveillance	86
Section 4) L'issue des affaires portées devant la Commission de surveillance	95
Chapitre 2) Les juridictions de sécurité sociale	104
Section 1) Le Conseil arbitral des assurances sociales	104
Section 2) Le Conseil supérieur des assurances sociales	107
Titre II) Les litiges soumis au pouvoir disciplinaire et à l'ordre judiciaire	108
Chapitre 1) Le pouvoir disciplinaire	108
Section 1) Le pouvoir disciplinaire des médecins, médecins- dentistes et pharmaciens	108
Section 2) Le pouvoir disciplinaire de certains autres professionnels de la santé	113
Chapitre 2) L'ordre judiciaire	114
Section 1) Les juridictions répressives	114
Section 2) Les juridictions civiles	119

Conclusion	123
Bibliographie	127
LES MALADIES PROFESSIONNELLES	129
Introduction	129
Partie I: Identification et classification des maladies professionnelles	131
I.1. Définition et caractéristiques	131
1. Définition	131
2. Caractéristiques	132
I.2. Les maladies indemnisables	137
1. Tableau des maladies professionnelles:	138
2. Reconnaissance de maladies "hors liste"	142
I.3. Commission supérieure des maladies professionnelles	144
Partie II: Déclaration et indemnisation des maladies professionnelles	145
II.1. Procédure	145
1. Délai endéans duquel la maladie doit être déclarée	145
2. Forme de la déclaration	147
3. Instruction du dossier	147
4. Charge de la preuve	148
5. Décision	149
6. Voies de recours contre les décisions de l'Association d'assurance contre les accidents	150
II.2. Indemnisation	153
1. Evaluation des séquelles résultant d'une maladie professionnelle	153
2. Réparation des préjudices en cas de maladie professionnelle	156
Conclusion	158
Bibliographie	161
JURISPRUDENCE: TABLE DES MATIÈRES	163
JURISPRUDENCE: RELEVÉ ANALYTIQUE	177

Principales mesures législatives et réglementaires intervenues entre le 1er août et le 31 juillet 2004

Claude EWEN

Premier inspecteur de la sécurité sociale

1. Création d'un revenu minimum garanti pour personnes handicapées

La loi du 12 septembre 2003¹⁾ a pour objectif de promouvoir la sécurité et l'indépendance économiques des personnes handicapées et vise partant à parfaire la protection socio-économique de celles-ci. Elle s'inscrit dans la lignée de la politique gouvernementale menée en faveur d'une meilleure intégration de ses citoyens handicapés et matérialise le programme gouvernemental arrêté dans l'accord de coalition d'août 1999 pour lequel "une révision de la situation de revenu des personnes handicapées et l'élaboration d'une solution cohérente et équitable" est prioritaire.

Pour mettre en œuvre cet objectif plusieurs mesures ont été introduites. Elles concernent tant les personnes qui disposent de capacités de travail suffisantes pour exercer une activité professionnelle salariée dans un milieu protégé que celles qui, du fait de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer aucun emploi salarié.

Ces mesures s'avéraient nécessaires. En effet, malgré un système de protection social développé, la situation de ressources des personnes handicapées se caractérisait par une grande disparité et des incohérences injustifiées qui constituaient une entorse à toute politique sincère visant l'égalité des droits et des chances pour les personnes handicapées.

Avant la loi du 12 septembre 2003 il n'existe aucun garantie de ressources pour les personnes handicapées qui étaient hors d'état d'exercer la moindre activité salariée. Il arrivait en effet, que des citoyens handicapés ne suffisaient à aucune des conditions requises pour se voir attribuer des prestations de la sécurité sociale ou des prestations prévues par la loi sur le revenu minimum garanti. Ces personnes restaient à la merci de leurs proches et/ou de la solidarité nationale.

1) Entrée en vigueur le 1er juin 2004.

Quant aux travailleurs handicapés occupés dans des structures de travail adaptées ou ateliers protégés, rares étaient ceux qui recevaient un vrai salaire en contrepartie de leur travail. Ils touchaient le plus souvent une indemnité d'insertion ou une prestation de la sécurité sociale. Or, les citoyens handicapés qui exercent une activité salariée n'accéderont à une véritable indépendance économique et à une intégration sociale réelle que pour autant qu'ils se voient reconnaître un vrai statut de salarié avec tous les droits et obligations y attachés.

Au-delà de la question de la rémunération, force était de constater que la grande majorité des travailleurs handicapés des ateliers protégés subsidiés échappaient à la législation en matière de droit du travail.

D'où la nécessité pour le législateur d'intervenir et la loi du 12 septembre 2003 vise trois objectifs principaux:

a) *La réglementation du travail des personnes handicapées dans les ateliers protégés*

La nouvelle législation tend à réviser la situation de travail des personnes handicapées en leur conférant le statut de salarié, les soumettant ainsi aux règles protectrices du droit du travail, sous réserve de certaines dérogations inhérentes à leurs besoins et capacités spécifiques.

Le contrat de travail doit contenir un certain nombre de mentions destinées à fixer les engagements et à garantir les droits de chaque partie.

En prévoyant que le travailleur handicapé occupé dans un atelier protégé doit bénéficier d'un salaire dont le montant est au moins égal au taux horaire du salaire social minimum pour un travailleur non qualifié, la loi a consacré le principe général que toute personne qui met à profit ses capacités de travail devra bénéficier d'un salaire en contrepartie de ses efforts, et ce indépendamment de son rendement économique ou du travail effectivement accompli.

En effet, bien que les conditions de travail à l'intérieur d'un atelier protégé soient adaptées aux travailleurs handicapés et diffèrent partant de celle d'une structure "ordinaire", il n'en demeure pas moins que l'atelier protégé constitue une unité économique à part entière et que la situation de travail y est bien réelle. Les travailleurs handicapés n'échappent nullement aux contraintes d'une unité économique. Il s'agit d'honorer l'engagement de la personne handicapée et les efforts fournis par celle-ci.

Au-delà de la réglementation de la relation de travail dans les ateliers protégés, la loi prévoit que toute structure qui emploie des travailleurs handicapés soit soumise à un agrément ministériel. Cet agrément vise à protéger le travailleur handicapé en s'assurant que ladite structure réponde à certaines conditions garantissant un encadrement optimal de la personne handicapée. Il constitue également une condition indispensable pour que

l'organisme gestionnaire de l'atelier puisse obtenir des subventions de la part de l'Etat sous forme de participation aux frais de fonctionnement.

b) Crédation d'un revenu pour personnes gravement handicapées

La nouvelle législation attribue un revenu aux personnes handicapées inaptes à exercer un quelconque travail et ne disposant d'aucun revenu professionnel, ainsi qu'aux personnes qui se sont vues reconnaître la qualité de travailleurs handicapés, mais qui, pour des raisons indépendantes de leur volonté, n'ont pas accès à un emploi salarié et disposent de ressources d'un montant inférieur à celui du revenu pour personnes gravement handicapées.

Ce revenu a le mérite de garantir aux personnes inaptes au travail une réelle autonomie et sécurité économiques.

A noter que les conditions d'octroi et les modalités d'attribution de ce revenu diffèrent de celles prévues pour le revenu minimum garanti dans la mesure où les ressources personnelles et familiales du requérant ne sont pas prises en compte et qu'il n'existe aucune obligation de restitution au cas où le bénéficiaire revient à meilleure fortune comme tel est le cas pour le revenu minimum garanti.

c) L'introduction de ces nouvelles mesures a eu des conséquences sur le droit commun de la sécurité sociale des personnes handicapées

Désormais le versement sans limite d'âge de la pension d'orphelin pour les personnes handicapées a été abrogé. Il en est de même pour le versement sans limite d'âge des allocations familiales.

Par l'introduction de dispositions supplémentaires dans le code des assurances sociales, les travailleurs handicapés occupés dans les ateliers protégés sont admis au bénéfice de l'assurance maladie, de l'assurance accident et de l'assurance pension. Par ailleurs, il est précisé par l'introduction d'une disposition spécifique au code des assurances sociales, que l'invalidité du travailleur handicapé occupé dans l'atelier protégé est appréciée également par rapport au milieu de travail protégé et non pas seulement par rapport au marché général de l'emploi. Cette disposition vise à assurer l'activation des personnes handicapées dans le cadre de mesures de travail et à éviter qu'après une année au moins de cotisation, elles prétendent à la pension d'invalidité au bénéfice de laquelle n'est liée aucune mesure d'activation et de prévention de la dépendance.

2. Mesures de financement dans le domaine de l'assurance maladie

Le système de financement de l'assurance maladie luxembourgeoise est un système de répartition des charges par période de couverture d'une année avec une réserve qui ne peut être inférieure à 10% du montant annuel des dépenses ni supérieure à 20% de ce même montant.

Comme le budget présenté par l'assemblée générale de l'Union des caisses de maladie présentait pour l'exercice 2004 un déficit imputable en majeure partie au déséquilibre financier de la gestion des indemnités pécuniaires, il était, d'après les exigences légales, nécessaire de prendre des mesures pour rétablir l'équilibre financier.

A cet effet les partenaires sociaux (le comité de coordination tripartite) a préconisé les mesures suivantes qui ont été reprises par le législateur dans la loi budgétaire.

Au cours de l'exercice budgétaire 2004 le régime général d'assurance pension verse à l'assurance maladie un montant compensatoire qui représente la diminution des recettes (régression des transferts de l'assurance pension vers l'assurance maladie) et des charges supplémentaires (prolongation de la durée de paiement des indemnités pécuniaires) résultant pour l'assurance maladie de la régression du nombre des pensions d'invalidité attribuées par suite de l'application de la nouvelle jurisprudence en matière de reconnaissance de l'invalidité (Cour de cassation 28 novembre 1996 Thill c/ AVI) depuis 1997.

Ce transfert de fonds de l'assurance pension vers l'assurance maladie a permis de présenter pour 2004 un budget en équilibre conformément aux exigences de la loi.

3. Assurance pension

La loi du 6 mai 2004 sur l'administration du patrimoine du régime général de pension a pour objectif d'optimiser la politique des placements du régime général de pension en redéfinissant les règles d'affectation et de gestion des réserves du régime légal.

Pour atteindre cet objectif, toute politique de placement doit répondre à des principes stricts et à une mise en œuvre souple afin de pouvoir s'adapter à un environnement économique et financier mondial en mutation permanente. Pour la création d'un nouveau fonds de compensation commun au régime général de pension, la loi a défini des structures décisionnelles claires et efficaces permettant de prendre promptement les décisions qui s'imposent en vue d'atteindre l'objectif primordial du système légal et obligatoire, à savoir garantir la pérennité du régime d'assurance pension.

4. Assurance dépendance

a) Financement

L'assurance dépendance est financée par une contribution spéciale sur le produit de la taxe d'électricité, par une contribution de 1% sur les revenus professionnels et du patrimoine à charge des assurés et par une contribution budgétaire à charge de l'Etat. Pour 2004 la participation budgétaire de l'Etat

dans le financement de l'assurance dépendance a été ramenée de 45% à 40% des dépenses globales.

b) Gestion et administration

En matière d'assurance dépendance les efforts consentis au cours des années précédentes pour améliorer les procédures administratives ont été poursuivis au cours de l'année. Ils se sont concrétisés par le règlement grand-ducal du 3 mars 2004 modifiant le règlement définissant les aides et soins à accorder à la personne dépendante.

5. Financement des mesures d'emploi

Une taxe de 10 cents sur le litre d'essence ou de gazoil routier est appliquée depuis le 1er janvier 2004. Le produit de cette taxe est destiné à permettre de faire face aux augmentations des dépenses du fonds pour l'emploi liées à l'indemnisation des chômeurs et aux mesures actives d'insertion des demandeurs d'emploi.

6. Partenariat déclaré

Au Luxembourg, à l'instar de la plupart des autres pays, de nombreuses personnes vivent ensemble sans être mariées, c.-à-d. sans être liées juridiquement entre elles, soit parce qu'elles ne le désirent pas, soit parce qu'elles ne peuvent pas se marier. Ces personnes évoluent à bien des égards dans un vide juridique auquel le législateur a entendu mettre fin.

Conscient que l'absence de règles légales régissant cette communauté de vie peut entraîner un certain nombre de difficultés, le législateur a comblé ce vide juridique en reconnaissant aux partenaires qui évoluent en dehors du mariage un certain nombre de droits et d'obligations.

La loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats (entrée en vigueur le 1er novembre 2004) a trois objectifs principaux:

- instaurer en droit civil des règles minimales de solidarité et de responsabilité entre les partenaires, et partant déterminer les droits et les obligations auxquels les partenaires sont soumis notamment en matière patrimoniale;
- régler certains aspects de la sécurité sociale et assurer aux partenaires qui ne sont pas affiliés personnellement une protection sociale; et
- tenir compte de certains aspects découlant de ces partenariats au niveau du droit fiscal.

En matière de sécurité sociale les partenaires jouiront des mêmes droits dérivés que les conjoints.

7. Droit international

Une convention bilatérale en matière de sécurité sociale avec la Slovaquie est entrée en vigueur le 1er février 2004. Cette convention prévoit les principes et dispositions classiques en matière internationale, à savoir le principe de l'unicité de législation applicable, le principe de l'égalité de traitement, le principe de la totalisation des périodes d'assurance et l'exportation des prestations.

Depuis l'adhésion de la Slovaquie à l'Union européenne le 1er mai 2004, le règlement communautaire 1408/71 sur la sécurité sociale des travailleurs migrants s'applique. Cependant les deux dispositions de la convention restent applicables:

L'une concerne l'option de la personne ayant été reconnue comme réfugié politique et qui peut demander le calcul de sa pension soit par le mécanisme de droit international (totalisation et proratisation) soit par application de la seule législation nationale luxembourgeoise (mise en compte de périodes assimilées au sens de l'article 172 du code des assurances sociales). Par ailleurs est maintenue en vigueur la disposition de la convention bilatérale qui prévoit la totalisation des périodes d'assurance accomplies dans un pays tiers avec lequel tant la Slovaquie que le Luxembourg sont liés par un instrument international de sécurité sociale.

Au niveau de l'Union européenne, le règlement 1408/71 en matière de coordination des régimes de sécurité sociale des travailleurs migrants a été modifié en vue de réaliser un alignement des droits aux soins de santé accordés en cas de séjour temporaire sur le territoire d'un autre Etat de l'Union européenne. Ainsi la notion d'"urgence" a été abandonnée en faveur de la notion de "soins médicalement nécessaires". Toutes les catégories de personnes concernées (personnes en séjour temporaire, étudiants, détachés, pensionnés,...) peuvent désormais obtenir des soins médicaux qui leur permettent de continuer leur séjour dans des conditions médicalement sûres compte tenu de la durée de leur séjour et ne sont pas contraintes de rentrer prématurément dans l'Etat compétent pour recevoir les soins que leur état de santé nécessite.

Dans ce cadre, les formulaires E 111 et E 128 ont été remplacés par la carte européenne d'assurance maladie qui facilite l'accès aux soins en cas de séjour temporaire dans un autre Etat de l'Union européenne.

8. Adaptation des prestations

Au 1er août 2003 une tranche indiciaire est arrivée à échéance. En application du mécanisme de l'indexation automatique des salariés et des prestations sociales à l'évolution du coût de la vie, toutes les prestations de sécurité sociale ont été augmentées de 2,5%.

Les droits individuels de la personne protégée dans le cadre de l'application de la législation relative à l'assurance dépendance

Nadine BASTIAN

Attachée de direction

*Juriste du service assurance dépendance auprès de
l'Union des caisses de maladie*

La loi du 19 juin 1998 relative à l'assurance dépendance a créé une cinquième branche des assurances sociales à côté des assurances maladie, accident, vieillesse et l'invalidité. Désormais l'assurance dépendance fait partie intégrante de la sécurité sociale. C'est devenu un droit véritable, sans condition de ressources de la personne protégée. Cette nouvelle branche de la sécurité sociale concerne les personnes les plus faibles, celles qui ont le plus besoin de protection.

L'assurance dépendance se trouve sur un carrefour particulièrement intense de différentes sources du droit ayant pour objet de garantir aux personnes protégées des droits constitutionnels, légaux, réglementaires, administratifs, conventionnels et des droits naturels attachés à la personne.

En dehors du droit interne, il existe toute une gamme d'instruments et de mécanismes juridiques internationaux qui garantissent et protègent les droits individuels des personnes dépendantes et qui les fixent de façon distincte.

Les garanties constitutionnelles sont des droits et libertés que la Constitution luxembourgeoise garantit aux citoyens pour les protéger contre l'arbitraire du pouvoir dominateur de l'Etat et pour leur permettre le libre développement de leur activité matérielle ou intellectuelle.

Les constituants de 1948 en ont formulé le principe général de la façon suivante: "L'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille" (article 11 nouveau, alinéa 3).

Parmi les autres protections du droit public, il y a lieu de porter une attention particulière au droit à l'information, aux droits prévus dans la loi du 1er décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et le

règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes (PANC) et aux droits protégés grâce à l'instauration d'un médiateur au Luxembourg par la loi du 22 août 2003.

La personne dépendante doit pouvoir exercer ses droits vis-à-vis des pouvoirs publics de manière démocratique: s'informer des prescriptions des pouvoirs publics, accéder librement aux documents officiels, être défendue par des procédures simples, rapides et efficaces si l'administration porte atteinte à ses droits fondamentaux, enfin voir même annuler des lois si elles ont des effets pervers du point de vue de l'équité.

Au niveau du droit national, les droits individuels de la personne dépendante sont affirmés dans des instruments épars comme le Code civil, le Code pénal, le Code de déontologie médical, la loi du 2 août 2002 sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Au niveau international et européen, l'Organisation des Nations Unies, l'Organisation Mondiale de la Santé, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne réaffirment l'importance des droits individuels de la personne dépendante.

Les instruments onusiens: Le plan d'action pour le vieillissement (résolution 37/51 de 1982), les principes des Nations Unies pour les personnes âgées (résolution 46/91 de 1991), la proclamation sur le vieillissement (résolution 47/5 de 1992) et la programmation de l'année internationale des personnes âgées pour l'année 1999, constituent une source précieuse d'inspiration et d'orientation des politiques publiques dédiées au vieillissement et aux personnes âgées.

L'ONU attire l'attention des Etats sur la situation des personnes âgées lesquelles, contrairement aux femmes et aux enfants ne sont pas couvertes par une convention internationale visant à garantir leurs droits.

L'organisation mondiale de la santé prévoit dans son programme "la santé pour tous au 21ième siècle": "La santé est un droit fondamental". Elle fonde les politiques de santé en se référant explicitement à la Déclaration universelle des droits de l'homme.

En matière de cohésion sociale, le Code européen de la sécurité sociale, son protocole et le Code européen de la sécurité sociale révisé sont les textes de base du Conseil de l'Europe dans le domaine de la sécurité sociale.

La Convention européenne de sécurité sociale et son protocole reprennent les quatre principes fondamentaux du droit international de la sécurité sociale, à savoir, l'égalité de traitement, l'unicité de la législation applicable, la conservation des droits acquis ou en cours d'acquisition et le service des prestations à l'étranger. La Convention s'applique à toutes les législations relatives aux branches de sécurité sociale concernant entre autres les prestations de maladie, de maternité et de vieillesse.

La Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe du 18 octobre 1961 révisée, énumère un certain nombre de droits généraux. L'article 11 affirme le droit à la protection de la santé, l'article 12 prévoit le droit à la sécurité sociale et l'article 13 prévoit le droit à l'assistance sociale et médicale. La Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996 prévoit dans sa première partie: "Les parties reconnaissent comme objectif d'une politique qu'elles poursuivront par tous moyens utiles, sur les plans national et international, la réalisation des conditions propres à assurer l'exercice effectif des droits et principes suivants: Toute personne âgée a droit à une protection sociale".

La Charte prévoit un système de contrôle classique basé sur des rapports réguliers élaborés par les parties contractantes et examinés par des comités d'experts, puis sanctionnés en cas de violation des engagements par des recommandations de la part du Comité des ministres et une procédure de réclamation collective qui doit se baser sur des violations de la Charte.

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a rendu une résolution en date du 18 septembre 1998 relative à la dépendance. Une recommandation n'a pas la force obligatoire d'une norme juridique, mais elle joue le rôle de guide, de référence pour fonder et préciser les exigences vis-à-vis des gouvernements respectifs.

Dans cette recommandation, le Conseil de l'Europe considère que le respect du principe d'autonomie doit guider toute politique en faveur des personnes dépendantes et que la couverture du risque de dépendance devrait faire partie intégrante de tout système de protection sociale.

La recommandation sur la dépendance souligne bien entre autres, le principe de la liberté de choix qui est fondamental afin de garantir le respect de la dignité et de l'autodétermination de la personne dépendante. Ce choix doit être libre et éclairé, ce qui suppose d'une part une information accessible objective et complète et implique d'autre part, que les personnes soient attribuées aussi bien à domicile qu'en institution (avec une priorité pour le maintien à domicile). Ce choix nécessite enfin l'intervention des pouvoirs publics avec un certain degré de prise en charge qui correspondant au niveau de dépendance, compense les charges financières occasionnées par la dépendance, et ce aussi longtemps que nécessaire. Le second principe réside dans l'importance de la prévention et de la réadaptation, la dépendance n'étant pas a priori un état définitif, mais évolutif.

En matière des droits de l'homme, il faut insister sur trois instruments juridiques importants.

La Convention européenne des droits de l'homme telle qu'amendée par le protocole n° 11, établit un système de contrôle et de protection des droits de l'homme confié à un organe unique et permanent, la Cour européenne des droits de l'homme. Toute personne s'estimant victime d'une violation des droits garantis par la Convention peut porter plainte après avoir épuisé les voies de recours internes.

L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit le droit à la liberté et à la sûreté. L'article 8 prévoit le droit au respect de la vie privée et familiale. L'article 13 prévoit le droit à un recours effectif et l'article 14 prévoit l'interdiction de discrimination.

Le commissaire européen aux droits de l'homme a été créé en mai 1999.

Monsieur Alvaro Gil-Robles avait organisé un séminaire en 2001 portant sur les droits de l'homme des personnes âgées placées dans des maisons de retraite ou des institutions.

La réflexion a porté sur six thèmes en particulier:

- les restrictions aux libertés des personnes âgées vivant en institution,
- la protection des personnes âgées en institution par la mise sous tutelle ou par la désignation d'un accompagnant;
- les mauvais traitements,
- l'accès aux soins palliatifs,
- les coûts des soins aux personnes âgées en institution spécialisée, le rationnement des soins et le contrôle de qualité de ceux-ci,
- le placement et le traitement forcés de la personne âgée.

La Convention sur la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine du 4 avril 1994 vise à préserver la dignité et l'intégrité de la personne en plaçant l'intérêt de l'être humain au dessus de celui de la science ou de la société.

Le chapitre premier relatif aux dispositions générales prévoit dans l'article 3 le droit à l'accès équitable à des soins de santé.

Le chapitre 2 relatif au consentement prévoit dans l'article 5 la règle générale. L'article 6 prévoit la protection des personnes n'ayant pas la capacité de consentir. L'article 7 prévoit la protection des personnes souffrant d'un trouble mental. L'article 9 règle la prise en compte des souhaits précédemment exprimés. L'article 10 prévoit la protection relative à la vie privée et le droit à l'information.

Au niveau européen, la Constitution de l'Union européenne, instituée par le Traité de Rome entré en vigueur le 1er septembre 1958, était basée surtout sur des considérations économiques et au point de vue social concernait seulement les travailleurs. Le Traité laissait un vide de compétence en matière de politique sociale.

En 1992, le Traité de Maastricht a ouvert la voie en créant un Titre X "Santé Publique" avec un seul article, l'article 129 "la communauté contribue à assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine en encourageant la coopération entre les Etats membres et si nécessaire en appuyant leur action".

Aujourd'hui les exigences en matière de protection de la santé sont devenues une composante des autres politiques de la communauté. Toutefois la compétence de l'Union reste subsidiaire, les Etats membres gardant seuls le droit de légiférer en la matière.

Le Traité de l'Union européenne garantit sous réserve de limitations et conditions qu'il prévoit, la liberté de circulation des citoyens européens au sein de l'Union européenne.

Le règlement n°3 du 25 septembre 1958 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants, puis le règlement 1408/71 du 14 juin 1971 ont été adoptés en vue de garantir les droits de la sécurité sociale des travailleurs migrants dans le respect des législations nationales.

Ils assurent la coordination des systèmes de sécurité sociale des Etats membres en visant en premier lieu à garantir les droits à la sécurité sociale en cas de déplacement sur le territoire de la communauté. La coordination règle les rapports entre les systèmes nationaux de sécurité sociale sur base de quelques grands principes issus du traité, notamment de ses articles 39 et 42.

Il s'agit de l'égalité de traitement qui garantit qu'une personne résidant sur le territoire d'un Etat membre est soumise aux mêmes obligations et bénéficie des mêmes droits que les ressortissants de cet Etat membre; de la conservation des droits acquis, à savoir la possibilité d'exporter les prestations de sécurité sociale; de la conservation des droits en cours d'acquisition, à savoir la totalisation des périodes d'assurance, de résidence ou d'emploi accomplies dans un Etat membre pour l'ouverture d'un droit dans un autre Etat membre.

La Commission européenne a lancé, en date du 21 mai 1999 une importante communication intitulée "Vers une Europe pour tous les âges "Promouvoir la prospérité et la Solidarité entre les générations".

Dans le domaine des besoins en matière de santé et de soins, elle insiste sur les approches préventives, sur l'amélioration de l'accès pour tous aux traitements, sur la qualité et la quantité de soins aux personnes très âgées et fragiles. Les orientations formulées vont bien dans le sens du respect de la dignité de l'homme âgé.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne constitue le socle de référence des valeurs communes sur lesquels les Etats membres entendent se fonder pour développer leur intégration. Il est projeté de l'intégrer dans une future Constitution européenne.

La Charte réaffirme, dans le respect des compétences et des tâches de la Communauté et de l'Union, ainsi que du principe de subsidiarité, les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles, des obligations internationales communes aux Etats membres du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des

chartes sociales adoptées par la communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme.

La Charte est subdivisée en sept chapitres. Le chapitre premier sur la dignité prévoit à l'article 1 la dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée. L'article 2 prévoit le droit à la vie. L'article 3 affirme le droit à l'intégrité de la personne et l'article 4 prévoit l'interdiction de la torture, des traitements inhumains ou dégradants.

Le chapitre 2 relatif aux libertés prévoit dans son article 6 le droit à la liberté et à la sûreté. L'article 7 réaffirme le respect de la vie privée et familiale. L'article 8 prévoit la protection des données à caractère personnel.

Le chapitre 3 relatif à l'égalité prévoit dans l'article 20 que toutes les personnes sont égales en droit. L'article 21 prévoit le principe de la non discrimination en spécifiant le handicap et l'âge. L'article 25 prévoit les droits des personnes âgées: "l'Union reconnaît et respecte le droit de la personne âgée à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle". L'article 26 prévoit le principe de l'intégration des personnes handicapées.

Le chapitre 4 relatif à la solidarité prévoit dans l'article 34 relatif à la sécurité sociale et l'aide sociale l'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux assurant une protection dans des cas tels que ... la dépendance. L'article 35 prévoit le droit à la santé.

Le chapitre 5 relatif à la citoyenneté prévoit dans l'article 41 le droit à une bonne administration. L'article 43 prévoit la possibilité de saisir un médiateur.

Le chapitre 6 relatif à la justice prévoit dans l'article 47 le droit à un recours effectif et le droit à accéder à un tribunal impartial.

La question de la portée juridique de la Charte reste ouverte car l'article 51 prévoit que les dispositions de la Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union. L'article 52 prévoit que toute limitation de l'exercice à droits et libertés reconnus par la Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général.

Il est révélateur que ces différents instruments ont consacré beaucoup d'efforts à définir des politiques cohérentes en matière de protection des droits individuels des personnes âgées, au lieu de considérer que celle-ci relève exclusivement des différents Etats. L'ensemble de ces documents constitue un guide moral important pour l'élaboration des politiques concernant les personnes dépendantes. Néanmoins les différents Etats restent seuls responsables des droits et de la protection de leurs citoyens âgés.

C'est dans ce contexte que se pose le rôle du droit en matière de protection des droits individuels des personnes dépendantes et qu'une réflexion s'impose sur l'adéquation de la loi relative à l'assurance dépendance par rapport aux différents instruments juridiques nationaux et internationaux décrits antérieurement.

L'analyse de la protection des droits individuels de la personne dépendante doit être divisée en trois parties: la première partie a trait aux droits individuels en cause pendant la procédure d'évaluation jusqu'à la détermination des aides et soins requis, la deuxième partie est relative aux droits individuels en cause à partir de l'élaboration de la décision jusqu'à la notification de la décision et la troisième partie est relative aux droits individuels en cause lors de la délivrance des soins.

I) LA PROTECTION DES DROITS INDIVIDUELS PENDANT LA PROCÉDURE D'ÉVALUATION JUSQU'À LA DÉTERMINATION DES AIDES ET SOINS REQUIS

L'analyse des droits individuels doit se faire au stade de l'information préalable de la personne dépendante, puis au stade de l'évaluation de la personne dépendante par la cellule d'évaluation et d'orientation (CEO) et finalement au stade de la détermination des aides et soins requis.

A) Le droit à l'information préalable

Tout en remplissant les conditions d'octroi, la personne protégée rencontre parfois des difficultés pour faire valoir ses droits.

L'exercice d'un droit presuppose la connaissance de ce droit et la conscience d'être sujet de droit.

Une attention particulière doit être portée aux ayants droit les plus vulnérables.

L'information de la personne dépendante peut se faire selon quatre modalités différentes.

1) L'information par voie téléphonique

Après le vote de la loi, une ligne téléphonique a été instaurée auprès de la CEO afin de donner des informations sur l'assurance dépendance. Cette ligne fut rapidement saturée et des critiques ont été régulièrement formulées quant à l'accessibilité de cette ligne. Le secrétariat de la CEO n'a pas pu faire face à la fois aux travaux de secrétariat qui lui incombent et aux appels téléphoniques nombreux, qui étaient autant des demandes d'informations générales que des demandes d'informations sur l'évolution d'un dossier ou des requêtes extrêmement précises.

A ce problème de gestion du secrétariat s'ajoute le fait que le travail des référents a lieu sur le terrain et dans l'administration.

Actuellement, la CEO gère un téléphone d'urgence, le numéro 478-6060 pour les aides techniques, permettant une mise à disposition rapide des aides techniques pour les personnes qui ont déjà introduit une demande pour appareillages.

Le service de la saisie des demandes de l'assurance dépendance de l'Union des caisses de maladie (UCM) est lui aussi confronté à un afflux de communications téléphoniques rendant souvent difficile la gestion du travail quotidien.

En matière de conseil et d'assistance aux personnes âgées, le Ministère de la Famille a instauré le Seniorentelefon dont l'objectif est de répondre à toutes les demandes d'informations relatives au domaine des personnes âgées. Son objectif dépasse donc largement le thème de l'assurance dépendance.

Pour être complet, il y a lieu de faire une référence au numéro vert du gouvernement 8002-8002 permettant de guider la personne dépendante vers le service administratif compétent.

Il est nécessaire d'installer un central téléphonique spécifique à l'assurance dépendance qui sache conseiller et guider les personnes vers le service compétent en indiquant le nom du fonctionnaire et son numéro de téléphone qui puisse donner des informations générales et des informations sur l'évolution du dossier.

2) L'information moyennant la diffusion de brochures

Plusieurs documents ont été rédigés dans le but d'informer le grand public ainsi que les professionnels concernés.

Une première brochure éditée en juillet 1998, en français et en allemand portait sur les aspects élémentaires de la loi. Elle est actuellement épuisée.

Elle fut suivie par un guide pratique rédigé en français et en allemand. Il comportait des informations sur les conditions d'accès à l'assurance dépendance, les procédures d'introduction d'une demande, de l'évaluation et de la décision et sur les différentes prestations offertes par l'assurance dépendance. Il était illustré de nombreux cas pratiques. Pour beaucoup de personnes, ce guide était la référence en matière d'assurance dépendance. Actuellement ce document est dépassé en ce qui concerne certaines informations importantes. Pour cette raison il n'est plus distribué.

Un numéro spécial du Bulletin luxembourgeois des questions sociales fut entièrement consacré à l'assurance dépendance. Relativement technique, il ne visait pas le grand public mais les prestataires.

Afin qu'une brochure d'information soit compréhensible pour la personne dépendante, il faut éviter de la rédiger dans un langage juridique et bureaucratique. La brochure doit être régulièrement actualisée. Afin d'éviter

des malentendus la brochure doit rendre le lecteur attentif au fait qu'elle ne remplace pas le texte légal et qu'en cas de problème d'interprétation, c'est toujours le texte de loi qui prime.

Actuellement, la CEO vient de sortir un nouveau dépliant sur l'assurance dépendance intitulé "Informations utiles" qui comprend la définition de la dépendance, les différents types d'aides et de soins et les administrations qui disposent d'un formulaire de demande. Elle comprend aussi des adresses utiles avec leur numéro de téléphone. Compte tenu du fait qu'en pratique la CEO se voit confronté à de nombreux appels téléphoniques concernant la date de l'évaluation, la brochure met en évidence qu'après l'introduction de la demande, la personne protégée sera contactée par la CEO aux fins de fixer un rendez-vous pour l'évaluation.

3) L'information par internet

Actuellement, il y a principalement trois sites internet qui donnent des informations sur l'assurance dépendance.

Le site internet www.secu.lu comporte une rubrique sur la législation relative à l'assurance dépendance ainsi que sur la jurisprudence "dépendance" qui se limite pour l'instant à deux jugement, UCM c/ WOLFF Victor Conseil supérieur des assurances sociales, UCM c/ Donnini, Conseil arbitral des assurances sociales.

Le site internet de la COPAS (association sans but lucratif qui regroupe les prestataires des aides et soins dans le domaine de l'assurance dépendance) www.copas.lu ne comprend que la législation sur l'assurance dépendance et n'est destiné à être consulté que par des professionnels.

Le site internet www.Luxsenior.lu du Ministère de la Famille consacre une rubrique à l'assurance dépendance et donne des informations utiles sur la définition de la dépendance, les types d'aides et de soins, l'introduction de la demande et l'évaluation de l'état de dépendance. Ce site a été actualisé car il contenait des informations erronées notamment sur la date du début droit aux prestations.

Même si on peut considérer que la population cible composée de personnes âgées n'a pas l'habitude de consulter une site internet, il est néanmoins important que l'UCM consacre une partie plus importante de son site à l'assurance dépendance.

On pourrait donner une valeur ajoutée au site internet de la sécurité sociale en mettant en place une rubrique "questions souvent posées" et en installant une boîte de dialogue ce qui aurait le mérite de favoriser l'information et l'interaction entre l'administration et la personne dépendante ou les membres de sa famille.

4) L'information par l'accusé de réception de la demande de prestations de l'assurance dépendance

Dans la semaine qui suit la réception de la demande de prestations de l'assurance dépendance, la personne demanderesse se voit envoyer un accusé de réception par le service de saisie des demandes.

Cet accusé de réception contient au verso des informations précieuses sur la procédure de traitement de la demande et sur l'impossibilité de la prise en charge rétroactive des aides techniques.

En effet, l'accusé de réception précise que la personne demanderesse, ne se voit pas reconnaître, avec l'introduction de la demande, le droit d'acquérir avant l'évaluation de son état de dépendance, des aides techniques ou le droit de prendre des engagements à l'égard d'un entrepreneur dans le cadre d'une demande de l'adaptation logement.

Aucune prise en charge ou remboursement ne pourront être effectués pour l'achat d'aides techniques ou pour une adaptation du logement au cas où une décision écrite et préalable n'a été accordée.

En cas de besoin immédiat d'aides techniques, la personne demanderesse a la possibilité de contacter le téléphone d'urgence de la CEO.

D'une manière générale, il faut constater que tous les acteurs de l'assurance dépendance, à savoir l'UCM, la CEO, les réseaux, les établissements d'aide et de soins, la COPAS et le Ministère de la Famille sont sollicités pour garantir une information générale de la personne dépendante.

5) Les exigences par rapport au formulaire de demande de l'assurance dépendance

D'une manière générale, le fait que les formulaires de demande soient longs et souvent compliqués constitue un obstacle majeur à l'accès à la protection du risque de dépendance.

Le formulaire de demande doit être concis, bien ciblé et facile à remplir.

Actuellement, une modification du formulaire de demande de l'assurance dépendance est en cours.

a) *L'obligation de l'UCM de rendre la personne protégée attentive sur certains points essentiels*

Dans la pratique administrative on a pu constater que certains problèmes se posent régulièrement. C'est pour cette raison qu'une modification du formulaire de demande de l'assurance dépendance a été réalisée.

Il y a lieu de distinguer deux types d'éléments du formulaire d'une importance inégale.

En premier lieu, certains éléments du formulaire de demande revêtent une importance primordiale car ils conditionnent la validité et la régularité de l'introduction de la demande. Il s'agit.

- de la signature de la personne dépendante ou de son représentant légal,
- de l'accompagnement obligatoire du rapport médical R20
- et de l'obligation de motiver la demande de révision lorsqu'elle est introduite avant l'écoulement d'un délai de 6 mois à compter de la décision de l'UCM.

L'importance de l'obligation de concurrence du formulaire et du rapport médical R20 procède de l'idée qu'il y a lieu d'éviter que des demandes soient introduites sans qu'elles soient médicalement indiquées ou qu'elles soient introduites en quelque sorte à titre conservatoire d'avance, pour le cas où un état de dépendance se manifeste un jour, ce qui pourrait entraîner l'obstruction du service administratif.

En second lieu, l'administration demande à la personne dépendante des renseignements qui ont pour seul objet de faciliter le traitement administratif de la demande.

L'administration a l'obligation de rendre la personne protégée attentive sur les points suivants:

- Le formulaire doit être signé par la personne demandeur ou son représentant légal. Dans ce contexte, il faut renvoyer au mémoire de Madame Gisèle Hübsch relatif à la représentation des personnes physiques dans le droit social appliqué par l'UCM présenté en décembre 2000.
- Un accusé de réception parviendra à la personne protégée endéans le délai de 8 jours à compter de la réception du formulaire de demande par l'Union des caisses de maladie.

Cette indication paraissait indispensable parce qu'elle a des répercussions sur la date du début droit aux prestations. Beaucoup de personnes prétendent avoir envoyé la demande et plusieurs mois s'écoulent jusqu'à ce que la personne protégée téléphone au service des saisies des demandes pour savoir si la demande a bien été enregistrée. Dans la plupart des cas le service ne peut répondre qu'elle n'a pas de traces de la demande.

- La personne protégée doit indiquer le nom du médecin traitant destiné à remplir le rapport médical R20. L'ajout de cette indication semble importante, eu égard au fait que, dans la pratique, beaucoup de médecins traitants tardent à envoyer le rapport R20 à l'UCM ce qui retarde la date du début droit aux prestations. L'article 39 du Code de déontologie médicale prévoit que l'exercice de la médecine comporte...la rédaction de certificats, attestations, certificats dont la production est prescrite par la loi et les règlements. L'article 38 du Code de déontologie médicale prévoit que le médecin doit s'efforcer de faciliter l'obtention par son patient des

avantages sociaux auxquels son état lui donne droit, sans céder à une demande excessive. Le médecin engage donc sa responsabilité professionnelle s'il ne remplit pas le rapport R20 et ne le rend pas à son patient dans un délai raisonnable. Le médecin directeur de la CEO a adressé un courrier aux médecins pour les rendre attentif sur ce fait.

La demande n'est valablement posée qu'à partir du moment où le formulaire de demande proprement dit et le rapport du médecin traitant sont parvenus à l'Union des caisses de maladie. En pratique, il y a lieu de constater que l'UCM souvent ne réceptionne que le formulaire de demande et que seulement quelques semaines voire quelques mois plus tard le rapport R20 parvient à l'UCM. L'indication du nom du médecin traitant permet à l'Union des caisses de maladie de contacter ce médecin afin de la prier d'envoyer rapidement la rapport R20, de sorte que la demande soit complète.

- Une autre information importante consiste dans l'absence de prise en charge rétroactive des prestations.

NOMBREUSES sont les personnes qui ont introduit une demande et qui achètent une aide technique sans attendre la prise d'une décision par l'UCM et se heurtent au refus de l'UCM d'accorder le remboursement rétroactif des frais exposés.

b) Les données nécessaires à l'administration pour le traitement de la demande

Le formulaire de demande prévoit 5 grandes rubriques.

La première rubrique concerne les renseignements sur la demande elle-même.

Ainsi le formulaire de demande a été modifié dans le sens d'une plus grande clarté en énumérant les différents types de prestations:

- La demande pour aides et soins est valable pour l'ensemble des prestations: aides et soins pour les actes essentiels de la vie, les activités de soutien, les tâches domestiques, les produits nécessaires aux aides et soins.
- La demande en révision n'est recevable qu'après un délai de 6 mois après la réception de la décision de l'union des caisses de maladie, sauf en cas de changement fondamental des circonstances, auquel cas une motivation écrite doit être jointe à la demande.
- La demande pour un changement dans le partage des prestations en nature/prestations en espèces comprenant une proposition de partage dûment remplie et signée par le demandeur et le réseau. Elle peut être à durée indéterminée ou à durée déterminée (valable à partir d'une semaine).
- La demande pour aides techniques ou appareils.

- La demande pour l'adaptation du logement.

La deuxième rubrique concerne les renseignements sur le demandeur.

Les données demandées sont la matricule, le nom, prénom et l'état civil. Le demandeur doit indiquer son compte bancaire. L'indication du nom du médecin traitant destiné à remplir le rapport R20 a été ajouté pour les raisons développées antérieurement.

La troisième rubrique concerne les renseignements des demandeurs en cas de maintien à domicile.

La personne doit indiquer si elle bénéficie déjà d'un réseau, si oui elle doit indiquer le nom du réseau. Elle doit indiquer l'adresse à laquelle l'évaluateur peut réaliser l'évaluation. La personne protégée doit désigner "l'aïdant informel" c'est-à-dire une personne non professionnelle qui contribue aux soins de la personne et qui connaît très bien la personne. L'aïdant informel répond à une partie des questions posées lors de l'entretien d'évaluation. La personne protégée doit indiquer la matricule, le nom, prénom, l'adresse et le numéro de téléphone de l'aïdant informel.

La quatrième rubrique concerne les renseignements pour les demandeurs séjournant en institution.

La personne protégée doit indiquer si elle se trouve dans un centre intégré ou dans une maison de soins, indiquer le nom de l'institution et la date à partir de laquelle elle s'y trouve.

La personne protégée doit indiquer au moment de l'introduction de la demande si elle est hospitalisée ou si elle est en phase de réhabilitation. Cette indication est importante car l'article 369 du Code des assurances sociales dispose que les prestations en nature sont suspendues pendant un séjour à l'hôpital ou dans une institution prise en charge par l'assurance maladie ou par l'assurance contre les accidents.

La dernière rubrique concerne les renseignements sur les demandeurs incapables ou placés sous un régime de protection. Si le demandeur est placé sous un régime de protection, il doit indiquer le type de protection, tutelle, curatelle ou sauvegarde de justice et indiquer la matricule, le nom et l'adresse du tuteur ainsi que le compte bancaire ouvert au nom du demandeur. La demande doit être signée par le tuteur ou le curateur. Le demandeur est également prié de joindre une copie du jugement.

Au Luxembourg, la démarche procédurale de la détermination de la dépendance comporte deux étapes.

L'évaluation qui consiste la première étape de la détermination des prestations requises. Son objectif est d'observer et de décrire les besoins du demandeur sur base d'informations recueillies auprès du demandeur lui-même, de son entourage et des prestataires d'aides et de soins.

La détermination des prestations requises dans le relevé-type constitue la seconde étape de la démarche des prestations requises. Il s'agit d'y noter la nature et la fréquence des prestations nécessaires à la personne dépendante.

B) Les droits individuels au moment de l'évaluation de la personne par la cellule d'évaluation et d'orientation

L'évaluation de la personne protégée comporte en premier lieu l'évaluation médicale effectuée par un médecin de la CEO et en second lieu l'évaluation de base qui est confiée à un professionnel de la santé de la CEO.

1) Les droits protégés pendant l'évaluation médicale

a) La description de la procédure

L'évaluation médicale consiste en un examen clinique de la personne afin de déterminer les causes médicales de la dépendance et d'établir un pronostic de durée. Le questionnaire d'évaluation médicale comprend un interrogatoire, un examen médical, des avis complémentaires, un diagnostic.

Le médecin-évaluateur a l'obligation de respecter le secret médical à l'égard du patient et à l'égard de l'UCM. L'article 42 du code de déontologie médicale prévoit que le secret médical s'impose à tout médecin. Le secret médical est un droit du patient en vue de protéger sa vie privée et constitue un devoir du médecin. Le médecin est le confident obligé du patient. Il doit lui garantir le secret total de tout ce dont il a pris connaissance dans l'exercice de sa profession, non seulement ce qu'il a prévu, entendu ou compris. Le secret médical rentre dans le cadre général du secret professionnel réglé par un article spécial du code pénal, l'article 458. Le secret médical à l'égard de l'UCM n'est pas absolu. En effet, la transmission par la CEO de son avis à l'UCM pour décision et les échanges d'informations entre la CEO et l'UCM pour la préparation des dossiers soumis au Conseil arbitral, impliquent que l'UCM prenne incontournablement connaissance de données médicales.

En principe, l'évaluation médicale a lieu dans une des antennes de la CEO. Lorsque la personne ne peut pas se déplacer, elle est réalisée au domicile du demandeur.

b) Les droits individuels en cause

L'article 15 de la Constitution luxembourgeoise prévoit l'inviolabilité du domicile.

L'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme prévoit le droit au respect de la vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

L'article 386 alinéa 3 prévoit que le personnel de la cellule d'évaluation et d'orientation peut dans l'exercice de ses missions et muni des pièces justificatives de ses fonctions se rendre au domicile des personnes ayant sollicité les prestations prévues par la loi sur l'assurance dépendance ou à l'établissement qui les héberge afin de procéder aux constatations nécessaires en vue de l'octroi, du maintien ou du retrait des prestations. Les visites à domicile ou dans l'établissement ne peuvent avoir lieu qu'entre six heures et demie et vingt heures.

2) Les droits protégés pendant l'évaluation de base

a) *La description de la procédure*

L'évaluation de base consiste à montrer de quelle façon la maladie, la déficience ou le handicap provoquent une perte d'autonomie et comment celle-ci se traduit dans les différentes activités de la vie quotidienne.

Le recueil des informations se fait à l'aide d'un questionnaire d'évaluation arrêté dans le règlement grand-ducal fixant les modalités de la détermination de la dépendance. Des consignes d'utilisation ont été rédigées afin d'en permettre une application correcte, de limiter l'interprétation des questions et d'en uniformiser le plus possible la passation.

Le questionnaire de l'évaluation de base comprend *une partie générale* sur l'environnement, l'aide d'une tierce personne, les conditions de logement, l'aménagement du logement.

La deuxième partie est destinée à la personne dépendante et concerne les capacités sensorielles et motrices, l'espace de déplacement, l'autonomie fonctionnelle, l'élimination, la douleur, les soins particuliers requis, la médication, les habitudes de vie, l'utilisation des services professionnels, les relations sociales et familiales, les activités personnelles et communautaires.

La troisième partie du questionnaire d'évaluation est destinée à la personne significative lorsque la personne dépendante est à domicile. Cette partie comprend des renseignements sur le contexte de la demande, l'autonomie fonctionnelle du demandeur à domicile, la dynamique familiale et sociale, le support du réseau naturel, les aptitudes, le comportement et l'état affectif, l'opinion de la personne significative quant à l'orientation du demandeur.

La quatrième partie du questionnaire d'évaluation est destinée à la personne significative lorsque le demandeur est en établissement. Elle comprend des données sur la capacité sensorielle et motrice, l'espace de déplacement,, l'autonomie fonctionnelle, l'élimination, la douleur, les soins thérapeutiques et préventifs, la médication, les habitudes de vie, les relations sociales et familiales, les activités personnelles et communautaires, les aptitudes cognitives, l'état affectif et le comportement.

La cinquième partie est destinée à l'évaluateur.

A domicile, l'évaluation de base se fait en deux temps. L'entretien a d'abord lieu avec le demandeur seul puis avec la personne significative seule. Cet aspect est parfois difficilement accepté par les demandeurs et surtout par leur entourage. En effet, d'un côté la personne dépendante accepte difficilement son état de dépendance et a tendance à bagatelliser ses besoins, d'un autre côté la personne significative a tendance à vouloir surprotéger la personne dépendante et à exagérer ses besoins. La susceptibilité et l'insécurité entre la personne dépendante et la personne significative s'expliquent par le fait qu'aucune des deux personnes n'a la possibilité de prendre connaissance des réponses de l'autre données lors de l'entretien. Chaque personne a uniquement accès à la partie qu'elle a remplie. La commission consultative du 10 septembre 1998 a mis en évidence l'importance, en vue d'harmoniser les questionnaires, d'assurer la concordance entre les questions posées à la personne significative et celles posées au demandeur.

En établissement, la personne significative constitue le soignant qui connaît le mieux la personne évaluée. L'entourage de la personne dépendante revendique de pouvoir être présent lors de l'évaluation de base dans l'établissement.

Dans des situations où la personne dépendante est incapable de s'exprimer (jeunes enfants, personnes démentes, personnes sourdes ou muettes), elle sera remplacée dans l'entretien par un substitut. L'entretien se tient en présence de la personne dépendante. Le substitut est une personne proche du demandeur, qui vit avec lui. Si le demandeur vit seul ou en établissement, le substitut est à désigner par le tuteur ou constitue la personne la plus proche du requérant.

L'évaluation de base est effectuée par un professionnel de la santé: infirmier, infirmier psychiatrique, psychologue, ergothérapeute, kinésithérapeute ou assistant social.

Afin de mieux pouvoir déterminer les besoins de la personne dépendante, on pourrait associer de manière systématique l'infirmier référent à l'évaluation de base.

Le rôle de l'évaluateur se limite à interroger les personnes concernées et à observer la situation avec un maximum de neutralité. Ses notes doivent avoir un degré de précision suffisant pour permettre à l'équipe multidisciplinaire de faire la distinction entre les différents actes.

L'évaluateur de base appartient des personnes astreintes au secret professionnel prévu à l'article 458 du Code pénal qui dispose que les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront

révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours et d'une amende de 550 euros à 5.000 euros.

b) Les droits individuels en cause

La commission consultative du 10 septembre 1998 a retenu les principes suivants:

- le respect du demandeur dans son milieu de vie privé,
- l'élimination des questions non relevantes pour l'évaluation de la dépendance,
- l'information du demandeur sur les droits qui lui sont accordés, notamment sur la possibilité de consulter son dossier.

Etant donné que la possibilité d'un recours est donnée, les questionnaires doivent répondre à la fois à la cohérence d'ordre technique et juridique.

A titre d'exemple, la question "est-ce qu'il existe quelque chose que vous aimeriez faire" a été éliminée du questionnaire car elle était de nature à faire naître l'illusion que l'assurance dépendance peut répondre dans tous les cas aux attentes de la personne dépendante.

L'objectif de l'évaluation est de permettre à l'équipe multidisciplinaire de se faire une image la plus détaillée et la plus objective des besoins du demandeur en vue de déterminer les services requis.

C) *Les droits individuels protégés au moment de la détermination des aides et soins requis*

1) L'approche multidisciplinaire: le descriptif de la procédure

L'équipe multidisciplinaire est composée d'un médecin, d'un infirmier ou d'un infirmier psychiatrique, d'un kinésithérapeute ou d'un ergothérapeute et d'un psychologue ou assistant social. Sa composition peut varier selon la nature de la pathologie de la personne concernée.

Un grand souci d'équité et d'objectivité a guidé l'élaboration de la procédure de détermination des services requis.

La détermination des aides et soins requis se base sur le rapport du médecin traitant, l'évaluation médicale réalisée par le médecin de la CEO, l'évaluation de base et les éventuels rapports d'expertises. Ces différents éléments forment un tout dont aucun aspect ne doit être négligé lors de la détermination.

La démarche adoptée au Luxembourg s'inspire du système canadien CTMSP (classification par types en milieux de soins et services prolongés). Le système CTMSP est un système standard d'évaluation des personnes en perte d'autonomie. Son objectif est de fonder l'allocation des ressources dans le réseau sur les besoins des personnes en perte d'autonomie plutôt

que de définir ceux-ci en fonction des ressources du réseau. Le principe de base du système est qu'à tous les niveaux, la prise de décision doit être orientée par les besoins des clients plutôt que par les ressources disponibles.

Le système CTMSP est construit autour de deux notions fondamentales. La notion de service et la notion de requis.

Le service répond à un besoin spécifique d'aide de la personne. Quatre paramètres caractérisent un service:

- le mode de compensation qui correspond à l'intensité de l'aide nécessitée par la personne: aide minimale, aide partielle ou aide complète;
- la durée qui correspond à la période de temps sur laquelle ce service sera nécessaire;
- le temps unitaire qui correspond au temps nécessaire pour offrir le service;
- la fréquence qui correspond au nombre de fois où le service est nécessaire sur une période donnée.

Le service requis est un service qui répond au besoin de la personne en tenant compte de six critères:

- le critère de pertinence fait référence à la nécessité du service. Existe-t-il un besoin? Quelle est la nature de l'aide ou du soin qui permettra de répondre à ce besoin? Quelle est la forme d'aide la plus adéquate? Donner une aide complète alors qu'une aide partielle est suffisante compte tenu de l'état de l'individu est un service non pertinent;
- le critère d'efficacité fait référence à la capacité du service à répondre au besoin, un service est efficace dans la mesure où il contribue à éteindre le besoin qu'il a suscité;
- le critère d'équité fait référence au caractère plus ou moins critique du besoin d'aide de la personne, du besoin vital au besoin de confort. Deux besoins de même niveau critique doivent recevoir des services de la même intensité.
- Le critère d'efficience fait référence à la quantité de ressources mobilisées pour atteindre un résultat. On utilise ce critère pour choisir entre deux services qui peuvent contribuer avec la même efficacité à la satisfaction d'un même besoin. Par exemple il est plus efficient d'utiliser un levier hydraulique que de mobiliser trois soignants pour lever une personne.
- le critère de préférence fait référence au souhait c'est-à-dire les habitudes de vie, les croyances et les valeurs de la personne d'obtenir un service plutôt qu'un autre.
- Le critère de saturation fait référence à la capacité de la personne d'absorber les services.

Ces six critères sont ordonnés selon leur importance pour déterminer le service. Ils sont uniquement basés sur le besoin de la personne, à l'exclusion de toute autre considération.

L'idée fondamentale à la base de la notion de services requis est celle de service utile et nécessaire afin d'assurer aux personnes une prise en charge de qualité et économiquement rationnelle.

Afin de donner une base légale à la détermination du requis, il y a lieu de l'intégrer dans un règlement grand-ducal. Ce qui permettra au juge de rendre ses jugements sur une base objective et vérifiable.

2) Les droits individuels en cause: le respect de l'égalité, de l'autonomie et de la dignité de la personne dépendante

L'article 11 de la Constitution luxembourgeoise prévoit l'égalité des Luxembourgeois devant la loi. Ce droit signifie que tous les Luxembourgeois doivent également se soumettre aux prescriptions de la loi et qu'ils ont tous au même titre le droit d'invoquer la protection de la loi.

L'article 20 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit que toutes les personnes sont égales en droit.

L'assurance dépendance a introduit, pour toutes les personnes qui se trouvent dans la même situation, le droit à un traitement équitable en matière d'aides et de soins: à degré de dépendance égale doivent correspondre des aides et soins équivalents en quantité et en qualité. Le projet de loi n°4216 relatif à l'assurance dépendance prévoyait dans un premier temps comme en Allemagne, un système de degrés de dépendance. En fin de compte, afin de tenir compte du besoin en aides et soins pour chaque cas particulier, l'assurance dépendance luxembourgeoise a retenu un système de prise en charge individualisé, ce qui renforce l'idée de traitement égalitaire des personnes dépendantes.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne affirme dans l'article premier que la dignité humaine est inviolable, elle doit être respectée et protégée.

L'article 25 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit le droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle.

L'équipe chargée de la détermination privilégiera toujours le soin préservant au maximum l'autonomie de la personne et garantissant un maximum de dignité à la personne.

Après avoir déterminé les aides et soins requis par la personne dépendante la CEO rend un avis positif et le transmet sous forme de plan de prise en charge à l'UCM pour la prise de la décision.

II) PROTECTION DES DROITS INDIVIDUELS À PARTIR DE L'ÉLABORATION DE LA DÉCISION JUSQU'À LA PRISE DE DÉCISION

Les droits individuels doivent être protégés pendant la phase préparatoire de la décision, au stade de la prise de décision et lorsque la décision ne donne pas satisfaction à la personne dépendante.

A) *Les droits protégés pendant la phase préparatoire de la décision*

1) Le droit à une bonne administration

L'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit le droit à une bonne administration. Dans son point 1, le même article prévoit que toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable.

2) La protection des libertés et des droits fondamentaux de la personne dépendante à l'égard du traitement des données à caractère personnel

Précurseur en matière de protection des données, le Luxembourg votait en 1979 une loi réglementant l'utilisation de données nominatives dans les traitements informatiques.

L'avènement des nouvelles technologies et l'internationalisation des échanges a suscité la Directive 95/46/CE du Parlement Européen et du Conseil du 24 octobre 1995 traitant de l'harmonisation du niveau de protection au sein de l'Union européenne et du principe de libre circulation des données. La loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel transpose cette directive en droit luxembourgeois.

a) *Les obligations de l'administration*

Les traitements existants qui avaient été autorisés sous l'empire de la loi de 1979 doivent être rendus conformes quant aux conditions de licéité du traitement prévues au chapitre II de la loi et les droits de la personne concernée prévus au chapitre VI de la loi pour le 1er décembre 2004. Ils doivent faire l'objet d'une notification ou d'une demande d'autorisation à introduire auprès de la Commission pour le traitement des données dès l'expiration de la durée de validité de l'autorisation octroyée précédemment.

Le traitement, par les organismes de sécurité sociale, de données révélant l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, l'état de santé, la vie sexuelle et les données génétiques, est soumis à autorisation.

En vertu de l'article 14 de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, l'Inspection générale de la sécurité sociale a introduit en date du 6 août 2003 une demande d'autorisation pour le traitement des données dans le cadre de l'assurance dépendance.

Conformément à l'article 14, paragraphe 2 doivent être précisés:

- le nom, l'adresse du responsable du traitement ainsi qu'une personne de contact,
- la condition de légitimité du traitement se trouvent dans l'article 385 du CAS qui précise les missions de la CEO ainsi que l'article 386 du CAS qui a trait à sa nature juridique, au personnel de la CEO,
- la finalité du traitement qui consiste à évaluer l'état de dépendance du demandeur et d'émettre à l'attention de l'organisme gestionnaire de l'assurance dépendance un avis fondé sur l'état de dépendance du demandeur,
- l'origine des données comme celles recueillies par l'Union des caisses de maladie sur le formulaire de la demande de prestation, celles du Centre commun de la sécurité sociale sur le demandeur, les données médicales fournies par le médecin traitant du demandeur ainsi que les informations provenant des évaluations et expertises réalisées par la cellule ou des services spécialisés,
- la description détaillée des données. Les données comprennent le nom, prénom, la matricule, l'adresse du demandeur, son no. de téléphone, la structure dans laquelle il est soigné (établissements d'aides et de soins, réseaux d'aides et de soins, domicile), le nom de l'aidant informel du demandeur et son adresse, le diagnostic médical, la démarche de soins, le diagnostic infirmier, les prestations et fréquences hebdomadaires requises pour les actes essentiels de la vie et les aides techniques requises,
- la description des catégories de personnes concernées c'est-à-dire la personne dépendante et l'aidant informel,
- la description des destinataires auxquels les données sont susceptibles d'être communiquées comme par exemple l'UCM, l'ADAPTH (Association pour le Développement des Aides Techniques pour le Handicap),
- la description détaillée permettant d'apprécier le respect des mesures de sécurité organisationnelles et techniques comme notamment la limitation de l'accès au sein du bâtiment ainsi que l'utilisation d'un mode de passe pour utiliser l'ordinateur et accéder à certains logiciels,
- et finalement, les mesures de sécurité juridiques.

Les mêmes considérations valent pour l'UCM.

b) Les droits individuels garantis par la loi du 2 août 2002

La personne concernée dispose d'un droit à l'information.

L'article 26 de la loi du 2 août 2002 sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel prévoit que lorsque les données sont collectées directement auprès de la personne concernée, le responsable du traitement doit fournir à la personne concernée, au plus tard lors de la collecte les informations suivantes: l'identité du responsable du traitement, la finalité du traitement et toute autre information supplémentaire comme notamment les destinataires auxquels les données sont susceptibles d'être communiquées; l'existence d'un droit d'accès et la durée de conservation des données.

L'article 27 prévoit quelques exceptions au droit à l'information de la personne concernée comme notamment la sûreté de l'Etat, la défense, la sécurité publique, la protection de la personne concernée ou des droits et libertés d'autrui.

La personne concernée dispose d'un droit d'accès.

L'article 28 de la loi du 2 août 2002 prévoit que le patient a un droit d'accès aux données le concernant. Le droit d'accès est exercé par le patient lui-même ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désigne. En cas de décès du patient, son conjoint non séparé de corps et ses enfants ainsi que toute personne qui au moment du décès a vécu avec lui dans le ménage ou, s'il s'agit d'un mineur, ses père et mère, peuvent exercer, par l'intermédiaire d'un médecin qu'ils désignent, le droit d'accès.

Le droit d'accès du patient pourra encore être exercé, du vivant d'une personne placée sous le régime de la curatelle ou sous celui de la tutelle tel qu'il est organisé par la loi du 11 août 1982, par l'intermédiaire d'un médecin désigné par son curateur ou tuteur.

L'article 29 prévoit quelques exceptions au droit d'accès notamment la sûreté de l'Etat, la défense, la sécurité publique, la protection de la personne concernée ou des droits et libertés d'autrui.

La personne concernée dispose d'un droit d'opposition.

L'article 30 prévoit que toute personne concernée a le droit de s'opposer à tout moment pour des raisons prépondérantes et légitimes tenant à sa situation particulière, à ce que des données la concernant fassent l'objet d'un traitement, sauf en cas de dispositions légales prévoyant expressément le traitement. En cas d'opposition justifiée, le traitement mis en oeuvre par le responsable du traitement ne peut pas porter sur ces données.

L'article 32 point 4 prévoit que la Commission nationale pour la protection des données (CNPD) peut être saisie par toute personne, agissant par elle-même, par l'entremise de son avocat ou par toute autre personne physique ou morale dûment mandatée, d'une demande relative au respect de ses droits et libertés fondamentaux à l'égard d'un traitement.

Dans le contrat d'aides et de soins conclu entre l'UCM et les prestataires, les prestataires s'engagent à utiliser les données relatives aux personnes dépendantes et aux aides et soins dispensés seulement aux fins des missions qui leur sont confiées dans le cadre de l'assurance dépendance ou de l'assurance maladie. Les prestataires obligent en outre leur personnel au secret professionnel le plus strict concernant les données médicales, personnelles, économiques et sociales qui viendraient à leur connaissance dans le cadre de l'exécution du contrat de prise en charge.

3) Les droits protégés par la loi du 1er décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes.(PANC)

L'article 1 de la loi du 1er décembre 1978 sur la procédure administrative non contentieuse prévoit que ces règles doivent notamment assurer le respect des droits de la défense de l'administré en aménageant dans la mesure la plus large possible la participation de l'administré à la prise de décision.

L'article 4 de la même loi prévoit que les règles de la procédure administrative non contentieuse s'appliquent à toutes les décisions individuelles pour lesquelles un texte particulier n'organise pas une procédure spéciale présentant au moins des garanties équivalentes pour l'administré.

Il s'ensuit que l'autorité administrative appelée à prendre une décision dans une matière où une procédure spéciale a été organisée, doit confronter la réglementation spéciale à la réglementation générale et elle doit évaluer si la procédure spéciale offre au moins une égale protection à l'administré. Dans l'affirmative l'administration appliquera la procédure spéciale.

L'article 380 du Code des assurances sociales prévoit que l'Union des caisses de maladie est l'organisme gestionnaire de l'assurance dépendance.

L'article 381 point 3 du Code des assurances sociales prévoit que le conseil d'administration de l'union des caisses de maladie compte parmi ses missions, celle de prendre les décisions individuelles en matière de prestations de l'assurance dépendance.

Il y a lieu de passer en revue les droits individuels de la personne dépendante au moment de la saisine de l'Union des caisses de maladie, de la procédure consultative préalable et d'analyser le droit d'accès au dossier administratif et médical, le droit à l'assistance d'un conseil et la représentation du demandeur dans le cadre de l'assurance dépendance.

a) Les droits individuels protégés lors de la saisine de l'UCM

Dès que l'UCM est saisie, elle doit, conformément à l'article 1er du règlement PANC, examiner si elle est compétente. Au cas où l'UCM arrive à la conclusion qu'elle n'est pas compétente, elle doit d'office continuer la demande à l'autorité compétente. En cas de contestation, l'UCM est tenue de prendre position par une décision spécialement motivée. Ces trois obligations se dégagent de la volonté du législateur de prévenir l'administré des préjudices qu'il risque d'encourir en agissant devant une autorité incompétente.

Dans cette optique, l'article 2 du règlement PANC précise que les délais de procédure et de recours sont censés observés lorsque l'administré s'est adressé en temps utile à l'autorité incompétente.

En vertu de l'article 3 du règlement PANC, toute autorité administrative est tenue d'appliquer d'office le droit applicable à l'affaire dont elle est saisie. Ainsi l'administration est obligée de dégager les règles applicables et de faire bénéficier l'administré de la règle la plus favorable.

Les lacunes comme un exposé des faits incomplet ou un manque de pièces, oblige l'administration à informer l'administré de ces manques de précision et à l'inviter à produire les renseignements et les pièces dont elle a besoin pour traiter utilement sa demande.

Au cas où l'UCM réceptionne une demande incomplète (absence du rapport médical R20), la personne protégée se voit envoyer un accusé de réception de la demande, prévoyant en annexe un rapport médical R20, l'invitant à présenter la rapport sous peine de voir retarder le début droit aux prestations.

b) Les droits individuels protégés lors de la procédure consultative obligatoire.

En matière d'assurance dépendance, les décisions sont prises après que le dossier a été soumis pour examen et avis à un organisme consultatif, la cellule d'évaluation et d'orientation.

L'article 385 alinéa 2 prévoit que les avis de la cellule d'évaluation et d'orientation à portée individuelle pris dans le cadre des attributions prévues aux numéros 1) (*émettre les avis relatifs à l'existence de l'état de dépendance prévus par le présent livre, de déterminer les aides et soins que requiert la personne dépendante et d'émettre les avis concernant l'attribution, le remplacement, la réduction ou la majoration des prestations, fournitures et mesures prévues par le présent code*) et 2) (*proposer les mesures de rééducation et de réadaptation*) de l'alinéa qui précède s'imposent à l'égard de l'UCM.

L'article 4 exige que les avis des organismes consultatifs soient motivés et énoncent les éléments de fait et de droit sur lesquels ils se basent.

L'obligation de motivation constitue une formalité substantielle dont la violation entraîne l'annulation de l'avis et de la décision finale.

L'administration n'est pas tenue de communiquer les avis consultatifs en toute hypothèse aux administrés concernés. Il ne saurait en être autrement que si, dans une matière spéciale, une disposition légale ou réglementaire exige une telle communication. Cependant une communication s'impose suite à la demande expresse de l'intéressé ou si la décision finale s'y réfère expressément.

L'obligation de communication des avis consultatifs découle des articles 11 prévoyant l'accès au dossier administratif et de l'article 6 prévoyant l'obligation de motiver la décision finale.

c) *Le droit d'accès au dossier administratif et médical*

Le principe d'accès aux éléments d'information a pour objet de permettre à la personne dépendante au stade de l'élaboration de la décision, d'exercer effectivement son droit d'être entendu en lui donnant accès aux éléments sur lesquels l'autorité entend s'appuyer.

Dans le dossier de la personne dépendante, il faut faire la distinction entre le volet administratif et le volet médical comportant les données relatives à l'état de santé de l'assuré ainsi que les éléments d'information prévus au questionnaire d'évaluation.

- *L'accès au dossier administratif*

En matière de sécurité sociale, il n'existe pas de texte particulier organisant une procédure spéciale d'accès aux éléments d'information. Il y a dès lors lieu de se reporter à la procédure administrative applicable en matière de sécurité sociale. En vertu de l'article 11 du règlement PANC: "*tout administré a droit à la communication intégrale du dossier relatif à sa situation administrative, chaque fois que celle-ci est atteinte ou susceptible de l'être, par une décision administrative prise ou en voie de l'être. Il peut demander, à cette occasion, le retrait de son dossier de toute pièce étrangère à l'objet du dossier, si elle est de nature à lui causer un préjudice. La décision prise par l'administration sur sa demande est susceptible de recours devant la juridiction compétente.*"

En pratique, toute décision négative de l'UCM prévoit expressément que la personne a droit de consulter son dossier.

La personne dépendante est ainsi en droit de consulter, auprès de l'UCM, de la CEO, ou d'un hôpital, son dossier et de vérifier si les documents qui s'y trouvent sont en rapport avec l'objet du dossier.

La personne dépendante a seulement accès à la partie du questionnaire qui a trait à sa personne ("partie destinée au demandeur adulte") et n'a pas accès à la partie ayant trait aux informations données par la partie significative. La

partie significative a uniquement accès à la partie qu'elle a remplie (partie destinée à la personne significative si le demandeur est à domicile).

L'article 13 du règlement PANC prévoit que la communication des éléments d'un dossier administratif concernant une autre personne peut être refusée lorsque les pièces contiennent des informations pouvant constituer une atteinte à l'intimité de la vie privée d'autres personnes.

- *L'accès au dossier médical*

Dans la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, les données relatives à la santé, définies comme étant "toute information concernant l'état physique et mental d'une personne concernée, y compris les données génétiques", y font l'objet d'un régime particulier.

L'article 28 (3) prévoit que le patient a un droit d'accès au dossier le concernant. Ce droit d'accès est exercé par le patient lui-même ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désigne. En cas de décès du patient, son conjoint non séparé de corps et ses enfants ainsi que toute personne au moment du décès a vécu avec lui dans le ménage ou s'il s'agit d'un mineur, ses père et mère peuvent exercer, par l'intermédiaire d'un médecin qu'ils désignent le droit d'accès. Ce texte est similaire à celui de la loi hospitalière du 28 août 1998 relatif à l'accès au dossier hospitalier.

L'article 28 va plus loin en ce qu'il prévoit le droit d'accès en cas de curatelle et de tutelle d'une personne encore vivante, par l'intermédiaire d'un médecin désigné par son curateur ou son tuteur.

L'article 42 du Code de déontologie médicale parle du dossier médical hospitalier qui est détenu par la clinique. Des extraits de ce dossier doivent être communiqués sous forme de copie, avec l'accord du malade, au médecin traitant ou à un médecin désigné.

La loi du 27 juillet 1992 sur la réforme des assurances maladies et les conventions collectives des médecins et médecins dentistes prévoit dans l'article 21 que "tout prestataire de soins, détenteur d'un dossier médical ou d'éléments d'un tel dossier (sous forme de rapports, de résultats d'analyses, comptes-rendus d'investigation, diagnostics, d'ordonnances ou de prescriptions, radiographies ou de tout autre document ou effet intéressant l'état de santé ou le traitement thérapeutique d'un malade) doit en donner communication, le cas échéant sous forme de copie au médecin désigné par le malade et sur demande au contrôle médical de la sécurité sociale.

En pratique lorsque le dossier de la personne dépendante est litigieux, la personne dépendante a accès au volet médical de son dossier uniquement en présence d'un médecin de la CEO.

d) Le droit à l'assistance d'un conseil

L'article 10 du règlement PANC prévoit que toute personne qui est partie à une procédure a le droit de se faire assister ou représenter par un avocat ou un conseil technique sauf si sa présence personnelle est requise. La non-observation entraîne l'annulation de la décision administrative car cette formalité touche aux droits de la défense.

En cas de désignation d'un mandataire, l'administration doit adresser ses communications au mandataire. La décision finale doit être adressée au mandataire et à la partie elle-même.

La sanction de l'inobservation de cette formalité entraîne la suspension du délai de recours contentieux.

e) La représentation du demandeur dans le cadre de l'assurance dépendance

Dans l'assurance dépendance, on trouve trois types de situations où il y a lieu de saisir l'organisme gestionnaire:

- lors de l'introduction de la demande initiale;
- lors d'une demande de révision des prestations;
- en cas d'opposition à une décision ou d'autre recours.

Ces trois situations sont réglées de manière différente. La demande en révision des prestations est réglée par le texte de la loi du 19 juin 1998. L'introduction de la demande initiale est, en l'absence de procédure spéciale prévue par le Code des assurances sociales, soumise aux dispositions de droit commun. Les voies de recours internes et judiciaires sont soumises à des règles de procédures spéciales.

- la demande initiale doit être introduite par l'ayant droit ou son représentant légal s'il est mineur ou incapable. L'ayant droit peut aussi se faire assister ou représenter par un avocat.
- une demande en révision des prestations peut être introduite par l'ayant droit ou son représentant légal, mais aussi par les membres de sa famille, le réseau ou l'établissement d'aides et de soins qui assure les prestations, l'organisme gestionnaire de l'assurance dépendance ou la cellule d'évaluation et d'orientation (article 366, alinéa 1 du Code des assurances sociales);
- une opposition à une décision ou un recours devant les juridictions sociales doit être introduit par l'ayant droit ou son représentant légal. L'ayant droit peut se faire assister ou représenter par un avocat.

Les dispositions en matière d'introduction de la demande initiale et les oppositions et recours ont été dictées par le souci de laisser à la personne âgée, malade ou handicapée, son autonomie et la maîtrise de la gestion de ses actes. En matière de révision des prestations, la situation est quelque peu

différente car le plan de prise en charge établi suite à la demande initiale implique d'autres acteurs. Le bénéficiaire n'est dès lors plus le seul concerné par la révision des prestations.

Dans les faits, ces dispositions posent régulièrement des problèmes et il n'est pas rare que des demandes de prestations ou des oppositions soient déclarées irrecevables parce qu'elles ne sont pas signées par le demandeur. Or, souvent le demandeur, sans être juridiquement incapable, ne semble plus tout à fait à même de défendre ses intérêts, amenant ainsi l'entourage à vouloir le protéger.

Afin de concilier la préservation de l'autonomie de la personne âgée, malade ou handicapée et le souci légitime de l'entourage de vouloir la protéger, le projet de loi n° 5146 prévoit d'introduire une disposition spéciale à l'article 382.

Les demandes en obtention des prestations ainsi que les oppositions seraient, non seulement recevables si elles émanent de la personne elle-même ou de son représentant légal, mais aussi lorsqu'elles seraient posées par une des personnes ayant qualité de représenter le demandeur aux audiences du juge de paix (avocat, conjoint, parents ou alliés en ligne directe, parents ou alliés en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclus, personnes exclusivement attachées au service personnel ou à l'entreprise de la personne qui souhaite se faire représenter ou assister). Cette possibilité de représenter le demandeur serait en outre élargie aux délégués des organisations professionnelles ou syndicales.

Enfin, cette modification prévoit de considérer comme régulièrement posées, les demandes sur lesquelles le médecin traitant déclare que la personne est incapable d'agir à la condition qu'il certifie avoir procédé à la déclaration au juge des tutelles, visée à l'article 491-1 du Code civil.

Il y a lieu de s'interroger sur la protection des droits individuels de la personne dépendante au moment de la prise de décision en passant en revue la fixation de la date du début droit aux prestations, l'obligation de motiver la décision ainsi que d'indiquer les voies de recours et la problématique du retrait de la décision individuelle.

B) Les droits individuels protégés au stade de la prise de décision

1) La fixation de la date du début droit aux prestations de l'assurance dépendance

L'article 362 de la loi de 1998 prévoit que les prestations sont dues au plus tôt à partir du jour de la présentation de la demande.

Le rapport du médecin traitant constitue un élément fondamental dans la démarche d'évaluation des besoins de la personne dépendante. Il est tout d'abord essentiel que ce rapport comporte des informations qualitativement

valables et il ne peut être question d'en faire l'économie. Aussi a-t-il été considéré comme une partie indispensable de la demande. Dans l'application de la loi sur l'assurance dépendance on a ainsi considéré qu'une demande n'était valablement posée qu'à partir du moment où le formulaire de demande proprement dit et le rapport du médecin traitant étaient parvenus à l'UCM.

Le texte de la loi de 1998 est cependant quelque peu laconique dans sa formulation. Il y est fait référence à la demande sans autre précision. Pour cette raison, il est prévu de l'y ajouter. La modification dispose aussi que le rapport du médecin traitant doit être dûment rempli. Cette disposition permettrait au médecin de la CEO de reprendre contact avec le médecin traitant lorsque le rapport ne lui donne pas les informations voulues voire même de refuser les rapports comportant des informations insuffisantes.

Depuis la mise en application de la loi sur l'assurance dépendance, l'exigence de la présence du rapport du médecin traitant a souvent été contestée avec l'argument que son absence pénalise la personne dépendante qui par ailleurs, n'est pas responsable de la négligence du médecin traitant de rentrer le rapport dans les délais voulus. Bien que l'argument soit acceptable, il est difficile pour l'administration de l'assurance dépendance d'y donner suite. En effet, indépendamment même de la nécessité de ce rapport pour l'évaluation, ce document se révèle absolument indispensable pour attester de l'existence de la dépendance au moment où la demande est posée, compte tenu des dispositions en matière de rétroactivité des prestations.

L'importance de la réception concomitante du formulaire de demande et du rapport R20 par l'UCM n'est pas une nouveauté mais trouve sa base légale dans l'article 44 de la loi du 24 décembre 1999 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2000 modifiant l'article IX de la loi sur l'assurance dépendance, précise dans son point 4 que les prestations de l'assurance dépendance sont dues "à partir du jour de la présentation de la demande comprenant le formulaire de la demande et le rapport du médecin traitant dûment remplis.

a) *La fixation de la date du début droit avant la date de l'introduction de la demande*

Au vu de quelques situations d'une exceptionnelle gravité, il a cependant été envisagé de pouvoir déroger à l'introduction d'une demande administrative antérieure à l'attribution d'un droit aux prestations.

L'UCM et la CEO ont eu connaissance de quelques situations dramatiques où la demande n'était pas valablement posée en raison notamment de la carence du rapport du médecin traitant. L'assurance dépendance n'a pu intervenir dans de telles situations alors que son intervention eut été tout à fait justifiée sur le plan des aides et soins.

Le projet de loi n°5146 modifiant différentes dispositions du CAS en matière d'assurance dépendance, prévoit que pour de telles situations, il soit possible que le conseil d'administration de l'UCM puisse, sur avis de la CEO, dispenser de la condition de l'introduction d'une demande administrative antérieure à l'attribution d'un droit aux prestations.

b) La fixation de la date du début droit après la date de l'introduction de la demande

Par ailleurs, il arrive plus souvent que la cellule d'évaluation et d'orientation constate lors de son évaluation, que la dépendance n'existe pas au moment où la demande a été posée et qu'elle est consécutive à une maladie ou à un accident ou éventuellement à d'autres circonstances postérieures à la date de la demande. Cette situation est fréquemment constatée lors de l'examen des oppositions. Lors de la première évaluation, la personne n'était pas dépendante mais elle l'est devenue entre le moment où elle a été évaluée et le moment où elle reçoit sa décision et ceci, sans que l'écart entre ces situations ne soit nécessairement long.

Une situation quelque peu similaire se présente aussi pour certains enfants non dépendants au moment de l'évaluation mais dont l'évolution laisse prévoir qu'ils le deviendront à brève échéance.

Pour ces situations, il devrait être possible, sans devoir recourir à une procédure administrative lourde, de fixer, sur base d'éléments objectifs et vérifiables, une date de début du droit postérieure à la date de la demande.

2) L'obligation pour l'UCM de motiver la décision et d'indiquer les voies de recours

L'article 6 alinéa 1 du règlement PANC prévoit que toute décision administrative doit baser sur des motifs légaux. L'existence des motifs constitue une règle de fond. La sanction de l'inexistence des motifs entraîne l'annulation de la décision pour défaut de base légale.

L'article 6 alinéa 2 du règlement PANC prévoit pour une liste limitative de décisions que la décision doit formellement indiquer les motifs par un énoncé au moins sommaire de la cause juridique et les circonstances de fait qui ont conduit l'administration à appliquer cette base légale.

Les décisions concernées par cette disposition sont les suivantes:

- si l'administration refuse de faire droit à la demande de l'intéressé;
- révoque ou modifie une décision antérieure, sauf si elle intervient à la demande de l'intéressé et qu'elle y fait droit;
- intervient sur recours gracieux, hiérarchique ou de tutelle;

- intervient après procédure consultative, lorsqu'elle diffère de l'avis émis par l'organisme consultatif ou lorsqu'elle accorde une dérogation à une règle générale.

Lorsque la décision n'appartient pas à cette liste limitative prévue à l'article 6 alinéa 2 ou si aucun texte spécial ne prévoit l'obligation d'indiquer les motifs, les motifs restent secrets mais pour les connaître l'administré doit introduire une demande expresse en communication des motifs.

L'administration n'a donc pas le droit de simplement se référer à une disposition légale ou à employer des formules générales et abstraites.

Lorsqu'elle se limite à reprendre comme seuls motifs des formules générales et abstraites prévues par la loi, sans tenter de préciser concrètement comment dans le cas d'espèce les raisons de fait permettant de justifier la décision, elle manque à son obligation de motivation et met l'administré et le juge dans l'impossibilité de contrôler la légalité de l'acte.

Au voeu de l'article 7 du règlement PANC, lorsqu'une décision qui doit être motivée reste muette quant aux motifs retenus, les délais de recours tant contentieux qu'administratifs ne courront qu'à partir de la communication des motifs. La décision reste valable et l'administration peut produire ou compléter les motifs postérieurement et même pour la première fois devant le juge administratif.

L'article 14 du règlement PANC prévoit que les décisions refusant de faire droit, en tout ou partie, aux requêtes des parties ou révoquant ou modifiant d'office une décision ayant créé ou reconnu des droits doivent indiquer les voies de recours ouvertes contre elles, le délai dans lequel le recours doit être introduit, l'autorité à laquelle il doit être adressé ainsi que la manière dans laquelle il doit être présenté.

En l'absence de disposition légale, l'inobservation de cette prescription n'entraîne pas l'annulation de la décision mais les délais impartis pour agir ne commencent pas à courir.

3) Le retrait de la décision individuelle

La problématique du retrait d'une décision individuelle a été soulevée devant le conseil arbitral dans l'affaire D., numéro AD/UCM 70/02.

Le 1er octobre 2001, une décision du président de l'Union des caisses de maladie a accordé à Monsieur D. des prestations en espèces conformément à l'article 354 du Code des assurances sociales.

Ces prestations étaient accordées d'après la législation luxembourgeoise au titre d'un séjour de la personne protégée à Luxembourg moyennant une inscription dans le régime luxembourgeois sur base d'un formulaire E121.

Il résulte de l'arrêt C 160/96 (Molenaar c/Allgemeine Ortskrankenkasse Baden-Württemberg) du 5 mars 1998 de la Cour de Justice Européenne, que les prestations de l'assurance dépendance sont assimilées à celles de l'assurance maladie.

En conséquence, les dispositions du règlement (CEE) 1408/71 s'appliquent à l'assurance dépendance, de sorte que la délivrance de prestations en espèces doit se faire d'après la législation de l'Etat du pays d'affiliation et non, d'après celle du pays de séjour ou de résidence. Il en découle que l'institution du pays de résidence est démise de l'obligation de servir les prestations en espèces et que celles-ci doivent être servies exclusivement par le régime compétent et d'après la législation que ce pays applique.

Cela a conduit à la décision du conseil d'administration du 15 mai 2002 contre laquelle un recours a été introduit devant le Conseil arbitral.

La partie défenderesse a fait valoir que cette décision doit encourir l'annulation pour inobservation de la procédure contradictoire prévue à l'article 9 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 qui prévoit l'obligation d'informer la partie concernée par la décision en lui communiquant les éléments de fait ou de droit et le respect d'un délai d'au moins 8 jours pour permettre à la partie concernée de présenter ses observations.

Cette procédure est applicable en matière administrative non contentieuse. En l'espèce, il s'agit d'un litige entre un assuré et l'Union des caisses de maladie, régi par le Code des Assurances Sociales.

L'article 382 du CAS prévoit que toute question à portée individuelle peut faire l'objet d'une décision du président de l'Union des caisses de maladie ou de son délégué. Cette décision est acquise à défaut d'une opposition écrite de l'intéressé dans les quarante jours de la notification. Les décisions prises en matière de prestations par le Conseil d'administration sont susceptibles d'un recours, conformément aux articles 293 et 294, devant le conseil arbitral des assurances sociales.

Ainsi l'article 368 du CAS installe une procédure pré-judiciaire à double degré dans laquelle une décision est d'abord donnée par le président de l'UCM au titre de décision dite "préalable". Cette décision est susceptible d'opposition dans un délai de 40 jours. Celle-ci est vidée par le Conseil d'administration de l'UCM et est susceptible d'un recours devant les juridictions sociales dans un délai de 40 jours.

Cette procédure légale qui permet à l'assuré de présenter toutes ses doléances à l'encontre de la décision préalable devant le conseil d'administration de l'UCM constitue une procédure spéciale présentant au moins des garanties équivalentes à celles prévues par le règlement PANC.

Dans son jugement du 30 avril 2003, le conseil arbitral a estimé que l'assuré dispose d'un mécanisme de protection juridique et judiciaire pertinent et efficace lui permettant d'assurer ses droits de la défense et en conclut que la décision du conseil d'administration rapportant et anéantissant la décision du

1er octobre 2001 en ses effets en ce qui concerne le service des prestations en espèces par l'assurance dépendance luxembourgeoise n'encourt pas l'annulation. Le conseil supérieur des assurances sociales a confirmé le jugement du conseil arbitral du 30 avril 2003.

Il convient de s'interroger sur les moyens à la disposition de la personne dépendante lorsque la décision prise par l'UCM ne lui donne pas satisfaction.

C) Protection des droits individuels lorsque la décision ne donne pas satisfaction à la personne dépendante

Traditionnellement, la personne dépendante peut exercer un recours juridictionnel. Mais depuis l'introduction de la loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, elle dispose d'un autre moyen pour faire valoir son désaccord.

1) Le droit à un recours effectif

L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que la personne protégée a droit à un recours effectif.

L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit que la personne protégée a droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial.

a) *L'opposition à l'encontre de la décision présidentielle*

L'article 382 du CAS dispose que la décision du président de l'UCM est acquise à défaut d'une opposition écrite de l'intéressé dans les 40 jours de la notification. L'opposition est vidée par le Conseil d'administration.

L'opposition contre une décision présidentielle est introduite par la personne dépendante par voie écrite. Elle est adressée au Conseil d'administration de l'UCM avec la précision du motif de l'opposition dans un délai de 40 jours à compter de la notification de la décision présidentielle.

La décision est exécutoire nonobstant l'opposition. Ainsi l'intéressé qui n'a pas été admis au bénéfice des prestations par exemple en raison de non atteinte du seuil minimum requis reste exclu tant qu'il ne dispose pas d'une décision contraire prononcée en sa faveur et qui soit exécutoire. Si la personne introduit une deuxième demande, il faudra attendre que le litige relatif à la première demande soit vidé.

Après l'introduction de l'opposition, l'intéressé est informé par un accusé de réception du suivi de l'affaire. Le dossier est renvoyé pour nouvel avis à la CEO lorsqu'il s'agit d'une réclamation contre le contenu du plan de prise en charge ou contre le début des prestations fixé par la CEO.

L'affaire peut être soumise directement au conseil d'administration pour être vidée par celui-ci si elle n'appelle pas un avis supplémentaire de la CEO, par exemple lorsque l'opposition n'est pas recevable parce qu'elle n'est pas

signée par la personne dépendante ou que le délai de 40 jours n'a pas été respecté ou qu'il s'agit d'un problème d'affiliation.

L'avis rendu à la suite de l'opposition lie le Conseil d'administration de l'UCM. La décision rendue par le Conseil d'administration est notifiée à l'assuré dans les mêmes formes que la décision présidentielle.

Les différents types de décisions sur opposition sont:

- opposition dont les moyens ne sont pas fondés qui abouti au maintien de l'ancienne décision,
- opposition dont les moyens sont fondés mais la personne n'atteint toujours pas le seuil,
- oppositions dont les moyens sont fondés où un nouveau plan de prise en charge a été élaboré.

Il faut insister sur la nécessité de la régularité formelle des actes des recours. Une opposition qui serait signée par le conjoint un membre de famille, une assistante sociale, un médecin, un membre du personnel d'un établissement d'aides et de soins occupant pour le demandeur est en principe irrecevable.

Une opposition ne peut être introduite que par

- le destinataire de la décision c-à-d par la personne dépendante
- le représentant légal en cas d'incapacité de la personne dépendante
- un avocat
- un délégué syndical ou une représentation professionnelle choisi par la personne dépendante muni d'une procuration spéciale.

b) Le recours contre la décision du Conseil d'administration

Selon l'article 382 du CAS les décisions prises en matière de prestations par le conseil d'administration sont susceptibles d'un recours devant le conseil arbitral des assurances sociales. Le recours est introduit dans un délai de 40 jours à partir de la notification de la décision et n'a pas d'effet suspensif.

La décision est exécutoire nonobstant le recours. Ainsi l'intéressé qui n'a pas été admis au bénéfice des prestations par exemple en raison de non atteinte du seuil minimum requis reste exclu tant qu'il ne dispose pas d'une décision contraire prononcée en sa faveur et qui soit exécutoire.

Le recours est formé d'après les règles prévues par le règlement grand-ducal du 24 décembre 1993 déterminant en application de l'article 294 du CAS la procédure à suivre devant le conseil arbitral et le conseil supérieur des assurances sociales, ainsi que les délais et les frais de justice.

L'article 385 alinéa 2 du CAS prévoit que le conseil arbitral et le conseil supérieur des assurances sociales peuvent en tout état de cause instituer des experts indépendants. Si l'avis de la CEO a été contredit par l'expert chargé par le conseil arbitral, l'organisme juge lui-même de l'appel. Cet article

permet aux juridictions sociales de recourir à des experts indépendants pour analyser, en cas de contestation, l'avis émis par la CEO.

En matière d'assurance dépendance, le conseil arbitral des assurances sociales est composé de son seul président. Le conseil supérieur des assurances sociales est composé de son président et de deux magistrats assesseurs.

La décision du conseil arbitral des assurances sociales est susceptible d'appel devant le conseil supérieur des assurances sociales. L'appel n'a pas d'effet suspensif.

Conformément à l'article 294 du CAS les décisions rendues en dernier ressort par le conseil arbitral ainsi que les arrêts du conseil supérieur des assurances sociales sont susceptibles d'un recours en cassation pour contravention à la loi ou pour violation des formes substantielles, soit prescrites à peine de nullité. L'assuré qui se pourvoit en cassation doit se faire assister obligatoirement par un avocat.

L'existence de recours juridictionnels ne suffit pas pour assurer à la personne protégée la jouissance effective de ses droits. Le contrôle juridictionnel des décisions est en effet peu démocratique puisqu'il n'intervient qu'ex post à la suite d'une procédure longue et coûteuse. C'est pour cette raison que l'institution d'un médiateur au Luxembourg contribue à élargir l'éventail des protections en faveur de la personne dépendante.

2) Le médiateur au Luxembourg, nouvel organe de règlement non juridictionnel des différends administratifs

La création d'un médiateur au Luxembourg par la loi du 22 août 2003 s'inscrit dans le cadre d'une politique de réforme administrative destinée à rapprocher l'administration des administrés et à améliorer les rapports que l'administration entretient avec ses citoyens.

La procédure administrative assure la collaboration procédurale entre l'administration et l'usager. Tout en gardant sa raison d'être, cette procédure ne va pas suffisamment loin dans la protection des droits des usagers. La PANC a conduit à une plus grande transparence et à un fonctionnement plus favorable à l'usager des administrations. Mais dans certains cas ces procédures ont aussi leurs propres limites étant donné que l'administration est d'une certaine manière à la fois juge et partie.

Le rôle du médiateur peut alors être considéré comme complémentaire voire comme un moyen facilitant la mise en œuvre des règles inscrites dans la PANC. Le rôle du médiateur est de désamorcer des conflits et de susciter des adaptations ou des réformes dans le fonctionnement des services administratifs.

La personne protégée ne se voit pas seulement confrontée à un ensemble de dispositions légales et réglementaires toujours plus nombreuses et plus complexes, mais elle ne parvient souvent pas à saisir le bien fondé des décisions de l'administration qui dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu.

La personne protégée pourrait avoir recours à une institution plus rapide, plus simple, moins onéreuse, plus souple dans son fonctionnement que les voies de recours judiciaires existantes.

Dans beaucoup de cas la personne protégée hésite à s'engager dans une procédure devant une juridiction surtout quand l'affaire ne revête pas clairement un caractère contentieux.

a) Le rôle du médiateur dans la défense des droits et libertés fondamentaux

Il est intéressant de soulever la question du rôle du médiateur dans la défense des droits et libertés fondamentaux.

La proposition de loi n° 4798 tendait à attribuer une mission de promotion et de défense des droits et libertés fondamentaux. Le Conseil d'Etat a estimé que les droits de l'homme relèvent du domaine des pouvoirs politiques. Le médiateur peut donc, dans l'exercice de sa mission prendre en considération le respect des droits et libertés fondamentaux sans devenir une instance d'appel suprême pour tout ce qui touche aux droits de l'homme.

b) Les missions du médiateur

Le médiateur a pour mission de recevoir des réclamations individuelles concernant le fonctionnement des administrations et établissements publics de l'Etat et des communes à proposer des solutions sans force obligatoire dans le respect des lois et règlements.

Le médiateur n'est pas un juge appelé à trancher des litiges en appliquant la règle de droit. Il ne peut intervenir dans une procédure engagée devant une juridiction et ne peut pas remettre en cause le bien fondé d'une décision juridictionnelle.

c) Les modalités de saisine du médiateur

L'article 2 de la loi du 22 août 2003 prévoit les modalités de saisine du médiateur.

Toute personne physique ou morale de droit privé qui estime, à l'occasion d'une affaire la concernant qu'une administration ou établissement public relevant de l'Etat ou des communes, n'a pas fonctionné conformément à la mission qu'elle doit assurer ou contrevient aux conventions, lois et règlements en vigueur, peut par une réclamation individuelle écrite ou

moyennant une déclaration orale faite à son secrétariat, demander que l'affaire soit portée à la connaissance du médiateur.

La personne qui s'estime lésée peut faire parvenir sa réclamation directement ou par l'intermédiaire d'un membre de la Chambre des députés au médiateur. Chaque membre de la Chambre des députés peut, en outre de son propre chef saisir le médiateur d'une question de sa compétence.

L'article 3 du texte précité prévoit que la réclamation doit être précédée des démarches administratives appropriées auprès des organes mis en cause aux fins d'obtenir satisfaction.

Il faut éviter le recours au médiateur toutes les fois où des solutions peuvent encore être trouvées par une intervention directe auprès de l'administration. Le médiateur a vocation à intervenir que s'il s'avère que les démarches auprès de l'administration sont vouées à l'échec ou n'apportent pas à l'administré le résultat attendu.

Le réclamant devrait donc auprès du médiateur faire état d'un refus explicite de l'administration ou d'une réponse qui ne lui donne pas satisfaction.

En cas de silence de l'administration pendant le délai de trois mois prévu à l'article 4 de la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, le réclamant peut considérer sa demande comme étant rejetée et s'adresser au médiateur.

Il peut conjointement s'adresser à l'administration concernée en utilisant la voie d'un recours hiérarchique.

L'article 3 point 2 prévoit que la réclamation n'interrompt pas les délais de recours.

L'article 4 prévoit que le médiateur peut, lorsque la réclamation lui paraît justifiée, conseiller le réclamant et l'administration, faire des suggestions et des recommandations. A défaut de réponse satisfaisante dans le délai qu'il a fixé ou en cas d'inaction de l'administration suite à son intervention, le médiateur a la possibilité de procéder à la publication de ses recommandations.

Le réclamant doit circonscrire sa réclamation qui doit se rapporter à une affaire concrète à caractère individuel, concernant l'auteur des réclamations. Toutefois s'il apparaît qu'à l'occasion d'une affaire individuelle dont il est saisi le médiateur croit devoir formuler des recommandations sur l'amélioration d'un service public, il peut émettre des propositions pour améliorer le fonctionnement du service visé.

De même lorsque l'application d'un texte législatif conduit à des iniquités, le médiateur peut suggérer des modifications à apporter aux textes législatifs ou réglementaires.

L'article 6 prévoit que le médiateur peut demander par écrit ou oralement au service visé par l'enquête tous les renseignements qu'il juge nécessaire. Le service visé est obligé de remettre au médiateur dans les délais fixés par

celui-ci tous les dossiers concernant l'affaire en question. Les Ministres et toutes les administrations ou établissements publics relevant de l'Etat et des communes doivent faciliter la tâche au médiateur. Ils doivent autoriser les fonctionnaires, employés et ouvriers placés sous leur autorité à répondre aux questions du médiateur. Le caractère secret ou confidentiel des pièces dont il demande la communication, ne peut lui être opposé sauf en matière de secret concernant la défense nationale, de sûreté de l'Etat ou de politique extérieure.

Le médiateur est tenu au secret professionnel.

Ainsi l'instauration d'un médiateur au Luxembourg permet de rendre l'administration accessible et compréhensible et instaure un climat de confiance entre les citoyens et le gouvernement et aide l'Etat à pénétrer ses citoyens du sentiment qu'ils vivent dans une société démocratique qui respecte la prééminence du droit et dont le gouvernement est au service de tous.

Au stade de la délivrance des aides et soins, les droits individuels qui doivent être analysés ont trait d'une part au libre et égal accès à une structure appropriée, d'autre part à la sûreté de la personne dépendante et finalement aux exigences par rapport aux acteurs qui délivrent les prestations et leur contrôle.

III) PROTECTION DES DROITS INDIVIDUELS DE LA PERSONNE PROTÉGÉE AU STADE DE LA DÉLIVRANCE DES SOINS

La personne dépendante devrait en principe avoir le droit au libre et égal accès à une structure qui est adaptée à ses besoins. Elle a droit à la sûreté de sa personne. Le droit à la liberté individuelle et le droit à la sûreté ne sont pas des droits absous mais connaissent certaines limites. Les acteurs qui délivrent les prestations sont tenus à certaines exigences qui méritent d'être analysées.

A) Le principe du libre et égal accès à une structure appropriée

1) Le principe de la liberté individuelle

On entend par liberté individuelle le droit de disposer de sa personne, de vivre et d'agir comme on l'entend, d'aller et de venir, pour autant qu'on respecte la liberté d'autrui et l'ordre public.

L'article 12 de la Constitution luxembourgeoise déclare que "la liberté individuelle est garantie. Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit."

L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit le droit à la liberté et à la sûreté et précise que nul ne peut être privé de sa liberté.

L'article 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reprend ce principe.

Les dispositions de la loi du 19 juin 1998 se fondent, entre autres, sur le principe directeur de la priorité au maintien à domicile avant l'hébergement en institution.

La décision d'entrer en établissement d'aides et de soins doit sauf exception prévue par la loi, être prise par la personne protégée ou en cas d'incapacité par son représentant et se traduit en pratique par la signature du contrat de prise en charge signé entre la personne dépendante et le réseau ou l'établissement d'aide et de soins.

Le consentement doit reposer sur une information adéquate en particulier sur les conditions de vie en institution, du coût et au mode de financement. Il doit en outre être donné librement et pouvoir être révoqué en tout temps.

L'article 385 point 3 du CAS prévoit que la Cellule d'évaluation et d'orientation peut proposer le maintien à domicile ou l'admission en établissement d'aides et de soins.

La liberté de choix est fondamentale afin de garantir le respect de la dignité et de l'autodétermination. Pour assurer le respect de ce principe, ce choix doit revêtir deux caractères: être libre et éclairé, ce qui nécessite une information accessible personnalisée, objective et complète.

2) Les limites à la liberté d'accès à une structure appropriée

a) Le principe de non discrimination

L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que la jouissance des droits et libertés reconnus dans Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit le principe de non discrimination dans son article 21 du chapitre 3 relatif à l'égalité: "Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle."

A titre d'exemple, un problème peut se poser par le fait que les statuts octroyés à l'établissement par les fondateurs prévoient, comme c'était le cas des statuts de la Fondation Pescatore, qu'une personne ne pouvait entrer

dans cette maison de retraite que si elle a vécu dans la ville de Luxembourg pendant un certain temps.

La Fondation Katz prévoyait dans ces statuts qu'elle n'acceptait que des personnes de confession juive.

Le même problème se pose pour les établissements ayant obtenu le cofinancement d'une commune qui réservent le droit d'habitation aux personnes ressortissant de cette commune.

L'article 14 du contrat d'aides et de soins conclu entre l'Union des caisses de maladie et la Copas prévoit que le réseau peut restreindre sa prise en charge à des personnes atteintes de pathologies spécifiques et restreindre son activité à une zone géographique définie qui ne peut être inférieure à une commune. Il est en outre précisé que le réseau dispense les aides et soins à toute personne, quelque soit la gravité de son état de dépendance et sans distinction d'ordre philosophique, idéologique ou religieux. Ce principe vaut également pour les établissements d'aides et de soins, prévu à l'article 7 du contrat d'aides et de soins.

b) Les listes d'urgence et la centralisation des données sur l'offre en établissement

L'article 385 prévoit au point 6) que la Cellule d'évaluation et d'orientation a pour mission de classer les personnes dépendantes pour l'entrée en établissement suivant les critères d'urgence faisant référence à la fois à l'état de la personne dépendante et aux possibilités de prise en charge de l'entourage et au point 7) de centraliser les données sur l'offre en établissement ou en centre de jour ou de nuit.

L'article 8 alinéa 2 du contrat d'aides et de soins prévoit pour les réseaux généralistes ainsi que pour les réseaux handicap que le centre de jour spécialisé déclare immédiatement toute vacance de place à la Cellule d'évaluation et d'orientation.

Les contrats d'aides et de soins conclus avec les établissements d'aides et de soins laissent à ceux-ci un délai de 10 jours à partir de la libération d'une place pour la déclarer à la CEO. Ce délai permet aux établissements d'admettre les personnes de leur choix avant de demander l'intervention de la CEO et limite fortement le rôle de cette dernière en matière de centralisation de l'offre. Souvent les places disponibles déclarées à la CEO sont celles qui trouvent plus difficilement preneur (établissement moins accessible) ou qui exigent un profil de client très particulier.

La CEO a pour mission de centraliser les demandes d'admission en maisons de soins qui proviennent soit des évaluateurs lors de l'évaluation de la personne, soit des assistants sociaux, soit des personnes directement concernées.

Les critères de priorité établis par la CEO sont:

- les cas de simples hébergement c'est-à-dire les personnes hospitalisées pour une longue durée et déclarées cas de simple hébergement par l'UCM;
- les enrôlés de force et victimes du nazisme;
- les personnes dépendantes qui dépassent le seuil légal;
- les personnes qui mettent en danger leur propre sécurité ou celle de leur entourage;
- l'absence de l'aide informel chez des personnes nécessitant une surveillance permanente (démence, maladie dépressive chronique) ou nécessitant des soins durant la nuit ou des personnes incapables d'appeler du secours ou de se servir du téléalarme;
- l'incapacité de l'aide informel à apporter les aides et soins requis;
- l'impossibilité d'adapter un logement en raison de son insalubrité.

Le projet de loi n°5146 relatif à la modification de la loi sur l'assurance dépendance prévoit de supprimer l'obligation pour les établissements de déclarer les places disponibles à la CEO. Cette obligation avait été inscrite dans la loi de 1998 en réponse au problème de la carence des places disponibles en établissement. Les auteurs de la loi avaient estimé à l'époque que la cellule d'évaluation et d'orientation pourrait, sur base de la constatation de l'état de dépendance, orienter prioritairement les personnes les plus dépendantes vers les établissements les mieux adaptés.

Cette disposition avait été particulièrement contestée par les gestionnaires d'établissements car elle constituait à leurs yeux une ingérence abusive dans la gestion des établissements. Au regard de ces arguments, il ne semble donc pas nécessaire de laisser dans le cadre de la loi sur l'assurance dépendance une disposition impossible à appliquer dans les faits. La mission de centralisation des données sur l'offre en établissements et en centres de jour ou de nuit a par ailleurs été supprimée de l'ensemble des missions de la cellule d'évaluation.

Pour l'année 2001, le nombre de lits en établissements d'aides et de soins (sans le handicap) s'élevait à 4389 unités et le nombre de pensionnaires à 4244 unités, ce qui donne un taux d'occupation de 97%.

Le nombre total de lits de long séjour à la date du 30 juin 2003 est de 4531 lits, ce qui représente en rapport avec la population des personnes âgées de 65 ans et plus une capacité de lits long séjour équivalant à 7,2%. Le nombre de lits disponibles a augmenté de 203 lits depuis 2002. Deux nouveaux établissements se sont ajoutés par rapport à 2002, le centre intégré du Howald et la maison de soins de la fondation Elysis au Kirchberg. Les trois établissements Maredoc de Heisdorf ont fusionné en un seul centre intégré. Plusieurs projets sont en voie de réalisation et ajouteront à terme environ 600 lits à la capacité actuelle. Il s'agit soit de nouveaux établissements en

construction, soit d'ajouts à des établissements existants. 11 avant-projets pour l'ajout de 531 lits sont déposés. Ceci portera le nombre de lits de long séjour à 5667.

Actuellement pour les personnes dépendantes maintenues à domicile, le réseau fait les démarches d'admission en établissement d'aide et de soins.

Pour les personnes qui sont à domicile sans avoir recours à un réseau ou celles qui n'ont pas encore fait de demande auprès de l'UCM, le site internet Luxsenior.lu du Ministère de la Famille permet aux personnes de consulter les adresses et le numéro de téléphone des réseaux et des établissements d'aides et de soins.

c) La problématique du prix d'hébergement qui est sans relation avec les aides fournies

Le droit au libre accès à un établissement d'aides et de soins peut être entravé par la hauteur du prix de pension fixé dans le contrat d'hébergement conclu entre la personne dépendante et l'institution.

Comme le prix d'hôtellerie n'est pas fixé par l'Etat, il y a de grandes différences en matière de prix pratiqués.

Un établissement qui vient d'ouvrir ses portes récemment, prévoit une stipulation dans le contrat d'hébergement particulièrement contestable. Cette institution prévoit un prix de pension de 1.750 € par mois auquel s'ajoute un forfait de 100 € pour le lavage des vêtements personnels. Le contrat d'hébergement prévoit encore que lorsque le pensionnaire ne bénéficierait pas d'une prise en charge par l'assurance dépendance, à hauteur de 3.290 € par mois, la différence entre ce montant et les sommes accordées par l'assurance dépendance au titre du plan de prise en charge vient s'ajouter au prix de pension.

La loi du 23 décembre 1998 autorisant le Fonds national de solidarité à participer aux prestations fournies dans le cadre de l'accueil gérontologique aménageait le droit à une participation de la collectivité au prix des prestations des institutions d'accueil afin de garantir, dans une optique de solidarité sociale, l'accès aux centres spécialisés d'encadrement à tous les citoyens âgés, indépendamment de leurs ressources financières. Cette loi constituait un dispositif complémentaire à l'assurance dépendance.

La loi du 30 avril 2004 autorisant le Fonds national de solidarité (FNS) à participer aux prix des prestations fournies dans le cadre de l'accueil aux personnes admises dans un centre intégré pour personnes âgées, une maison de soins ou un autre établissement médico-social assurant un accueil de jour et de nuit prévoit les conditions dans lesquelles le FNS verse un complément aux prix des prestations de l'accueil.

Les personnes qui peuvent prétendre au complément sont:

- les personnes admises à durée indéterminée dans les centres intégrés pour personnes âgées, les maisons de soins, ou les autres établissements médico-sociaux assurant un accueil de jour et de nuit dûment agréés conformément à la loi du 8 septembre 1998 réglant les relations entre l'Etat et les organismes oeuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique,
- les personnes séjournant dans un hôpital et considérées comme cas de simple hébergement au sens de l'article 17 du CAS.

Le complément ne concerne que les prestations d'accueil qui ne sont pas couvertes par les prestations des assurances sociales.

Afin d'éviter que le contrat d'hébergement prévoie des stipulations relatives aux prix de pension qui ne sont pas en relation avec les prestations à fournir, la loi du 30 avril 2004 prévoit qu'un règlement grand-ducal détermine les prestations obligatoires dans le cadre de l'accueil dont le coût est compris de manière forfaitaire dans le prix de base mensuel que le gestionnaire de l'établissement ou du centre d'accueil est en droit de mettre en compte.

Même si la COPAS a critiqué cette loi en lui reprochant qu'elle enlève toute autonomie aux institutions, il y a lieu d'approuver cette nouvelle loi qui garantit à toute personne, indépendamment de sa fortune, la possibilité d'être accueillie en institution.

Ce règlement a été pris en date du 27 septembre 2004. Il s'agit du règlement grand-ducal du 27 septembre 2004 portant exécution de la loi du 30 avril 2004 autorisant le Fonds national de solidarité à participer aux prix des prestations fournies dans le cadre de l'accueil aux personnes admises dans un centre intégré pour personnes âgées, une maison de soins ou un autre établissement médico-social assurant un accueil de jour et de nuit. Le chapitre II du règlement décrit de manière précise les actes à prêter dans le cadre de l'accueil gérontologique.

L'article 11 du règlement décrit les actes dont le coût est compris de manière forfaitaire dans le prix de base mensuel et qui sont obligatoirement à prêter par le service dans le cadre de l'accueil gérontologique.

L'hôtellerie doit notamment comprendre

- l'entretien et le nettoyage du logement, y compris les meubles et les rideaux,
- le nettoyage supplémentaire ponctuel et exceptionnel suite à des problèmes de santé ou de dépendance non couverts par l'assurance dépendance,
- une documentation quotidienne des aides et des soins dont bénéficie l'usager,
- la gestion des médicaments prescrits par un médecin selon les besoins de l'usager ou à sa demande,

- la provision des médicaments prescrits par un médecin pour des raisons de maladie ou de dépendance non considérés par les prestations de la sécurité sociale.

L'article 12 du règlement prévoit que certains actes sont à prester par le service contre une participation plafonnée de l'usager.

Il s'agit notamment

- du marquage du linge personnel et des vêtements à l'admission de l'usager ou lors d'acquisitions nouvelles,
- de l'entretien et du nettoyage du linge personnel et des vêtements de l'usager,
- de l'accompagnement de l'usager lors des visites médicales,
- de l'entretien, le nettoyage et le transfert entre le service et l'hôpital du linge personnel et des vêtements de l'usager hospitalisé.

3) La problématique des placements forcés

Le placement d'une personne contre ou sans sa volonté est une décision qui porte gravement atteinte aux droits fondamentaux de celle-ci.

La Convention européenne des droits de l'homme garantit à cet égard à toute personne le droit à la liberté et cette garantie trouve également application pour les personnes âgées.

En règle générale, le placement de la personne âgée en institution doit reposer sur le consentement de l'intéressée et ce consentement doit être librement donné. Un placement forcé peut toutefois exceptionnellement intervenir contre ou sans son consentement, moyennant toutefois le respect des conditions posées par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'article 5 prévoit au point 1 que toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans des cas déterminés et selon les voies légales: e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane, d'un vagabond. Le point 4 prévoit que toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

La décision de placement doit en outre accorder à l'intéressé le droit de recourir devant un tribunal qui statuera à bref délai sur la légalité de la détention. Il peut arriver que la personne âgée porte atteinte aux droits et libertés de tiers par exemple les soignants, la famille ou les voisins), qu'elle soit dangereuse pour elle-même (tentatives d'automutilations), qu'elle soit incapable d'assurer ses besoins élémentaires ou qu'elle trouble l'ordre public. Se pose dès lors la question de savoir si une mesure de placement

forcé peut être prononcée en conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme et si oui à quelles conditions.

Actuellement, il y a un vide légal dans le domaine des placements forcés des personnes dépendantes.

Le droit luxembourgeois ne prévoit qu'une loi spécifique qui se limite au cas des personnes atteintes de troubles mentaux. Il s'agit de la loi du 26 mai 1988 relative au placement des personnes atteintes de troubles mentaux dans des établissements ou services psychiatriques fermés.

L'article 2 prévoit que les personnes atteintes de troubles psychiques graves, qui les rendent dangereuses pour elles-mêmes ou pour autrui, peuvent être placées dans un établissement ou service psychiatrique fermé.

La diminution des facultés mentales due au vieillissement n'est pas, à elle seule, un motif suffisant pour le placement.

Une personne ne peut être placée que suite à une demande écrite émanant

- soit du tuteur ou du curateur d'un incapable majeur,
- soit d'un membre de la famille ou toute autre personne intéressée,
- soit par le bourgmestre de la commune sur le territoire de laquelle le patient compromet l'ordre ou la sécurité publique,
- le procureur d'Etat, si le patient compromet l'ordre ou la sécurité,
- le juge des tutelles lorsque la séquestration à domicile ne trouve plus application.

La demande doit être accompagnée d'un exposé énumérant les principales circonstances de fait qui la motivent.

L'observation de ces dispositions est contrôlée par le président du tribunal d'arrondissement où l'établissement est situé.

Un certificat médical n'ayant pas plus de trois jours de date et délivré par un médecin non attaché à l'établissement doit être joint à la demande de placement.

Après l'admission le patient est mis en observation pour une période de 15 jours qui peut être prolongée pour le même délai.

Lorsque le médecin traitant est d'avis que le patient doit être maintenu dans l'établissement, il rend une décision de maintien en établissement.

Le médecin traitant peut, à titre d'essai autoriser le patient à quitter l'établissement.

Avant même, que le médecin ait déclaré la guérison, le patient peut toujours être retiré de l'établissement par la personne qui l'y a placé, sans que le directeur de l'établissement ou le médecin traitant puisse s'y opposer. Si le directeur de l'établissement estime que l'état du patient est susceptible de le rendre dangereux pour lui-même ou pour son entourage, il signale ce fait spécialement au Procureur d'Etat.

Un an après la date de la décision de maintien du patient dans l'établissement, une commission décide si le maintien du malade dans l'établissement est justifié.

Le patient peut à tout moment se pourvoir devant le tribunal d'arrondissement du lieu de situation de l'établissement. Le patient est informé de ses droits au plus tard dans les douze heures qui suivent son admission.

L'article 25 de la loi précitée prévoit que la séquestration à domicile d'une personne atteinte de troubles mentaux est soumise à une autorisation du juge des tutelles de l'arrondissement où la séquestration doit avoir lieu.

Le juge des tutelles ne peut autoriser la séquestration que si le médecin traitant et le médecin spécialiste en psychiatrie ou en neurologie désigné par le juge, concluent tous les deux à la nécessité d'un placement involontaire et qu'ils admettent que le malade peut être soigné à domicile.

Les personnes dépendantes appartiennent aux personnes particulièrement vulnérables et à ce titre des moyens efficaces doivent être mis en oeuvre afin qu'elle puisse vivre tout en sécurité.

B) Droit à la sûreté

1) Quant à la structure de prise en charge: l'agrément

La loi du 8 septembre 1998 réglant les relations entre l'Etat et les organismes oeuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique prévoit dans son article 1er que nul ne peut, à titre principal ou accessoire et contre rémunération entreprendre ou exercer d'une manière non occasionnelle l'une des activités ci-après énumérées, dans le domaine social, socio-éducatif, médico-social ou thérapeutique s'il n'est en possession d'un agrément écrit, suivant leurs compétences respectives soit du ministre de la famille, soit du ministre de la promotion féminine, soit du ministre de la jeunesse soit du ministre de la santé.

Sont soumises à un agrément, pour autant qu'elles ne font pas l'objet d'une autre disposition légale, les activités suivantes en faveur de toutes les catégories de personnes:

- l'accueil et l'hébergement de jour et ou de nuit de plus de trois personnes simultanément;
- l'offre de services de consultation, d'aide, de prestations d'aides et de soins, d'assistance, de guidance, de formation sociale, d'animation ou d'orientation professionnelle.

L'agrément est obligatoire tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales, de droit privé et de droit public.

Pour obtenir l'agrément, les requérants doivent:

- remplir les conditions d'honorabilité
- disposer d'immeubles, de locaux ou autre infrastructure correspondant aux normes minima de salubrité et de sécurité et aux besoins des usagers
- disposer du personnel qualifié en nombre suffisant pour assurer la prise en charge ou l'accompagnement des usagers
- présenter une situation financière saine et un budget prévisionnel
- garantir que les activités agréées soient accessibles aux usagers indépendamment de toutes considérations d'ordre idéologique ou religieux et que l'usager de services ait droit à la protection de sa vie privée et au respect de ses convictions religieuses et philosophiques.
- disposer en quantité suffisante des équipements standards prévues à l'article 31 du RGD du 8 décembre 1999 concernant l'agrément à accorder aux gestionnaires de services pour personnes âgées: notamment des cadres de marche, un déambulateur, fauteuil roulant, lit et sommier amovibles avec réglage en hauteur, chaise percée, lève personne.

Pour se constituer comme établissement d'aides et de soins, 4 types d'agréments sont admis en matière d'assurance dépendance:

- centre intégré pour personnes âgées (accueil gérontologique et de soins)
- maison de soins (personnes dépassant les 12 heures de prestations par semaine)
- service d'hébergement
- service d'accueil et d'hébergement de jour et ou de nuit pour personnes souffrant de problèmes psychiatriques.

Pour se constituer comme réseau d'aides et de soins dans le domaine du maintien à domicile, 3 types d'agréments sont admis en matière d'assurance dépendance:

- aide à domicile et soins à domicile
- service d'assistance à domicile
- service d'accueil et d'hébergement de jour et ou de nuit pour personnes souffrant de problèmes psychiatriques.

Pour se constituer comme réseau d'aides et de soins dans le domaine du handicap, 1 type d'agrément est admis en matière d'assurance dépendance:

- service d'hébergement et de service d'accueil de jour.

Pour se constituer comme centre de jour spécialisé, 4 types d'agréments sont admis en matière d'assurance dépendance:

- centre socio-gérontologique
- service d'accueil de jour
- centre d'accueil spécialisé

- foyer du jour psycho-gériatrique.

Le centre de jour spécialisé doit toujours être intégré au réseau d'aides et de soins. Il n'existe actuellement pas en tant que structure indépendante mais est soit une partie inhérente appartenant au réseau soit fonctionne en sous-traitance avec le réseau si ce dernier ne dispose pas lui-même d'un centre de jours spécialisé.

Pour se constituer comme établissement stationnaire, 5 types d'agrément sont admis en matière d'assurance dépendance:

- Centre intégré pour personnes âgées
- Maisons de soins
- Centre de récréation et d'orientation pour personnes âgées
- Service d'hébergement
- Service d'accueil et d'hébergement de jour et ou de nuit pour personnes souffrant de problèmes psychiatriques.

Le contrôle de ces dispositions est assuré par un fonctionnaire du Ministère de la Famille ayant la qualité d'officier de police judiciaire. Il a pour mission de rechercher et de constater des infractions à la loi ASFT ainsi qu'à son règlement d'exécution.

Le contrôle a lieu au moins une fois par an. Des visites inopinées peuvent avoir lieu en cas d'indices sur le manquement de l'institution à ses obligations légales ou réglementaires. L'agrément peut être refusé ou retiré si les conditions légales ou réglementaires ne sont pas ou plus remplies.

Le juge pourra ordonner la fermeture partielle ou totale des institutions ou services créés, transformés ou étendus en violation des dispositions de la loi ASFT.

Il est important de relever que l'agrément ne définit pas les normes de qualité exigées des prestataires pour la fourniture des aides et soins.

2) Protection de l'intégrité corporelle et mentale et à la dignité de la personne protégée

L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoient que nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

a) *Les mesures de contraintes*

Certaines institutions utilisent fréquemment des mesures de contraintes. Elles maintiennent par exemple la personne âgée en position assise par une tablette de chaise ou des ceintures ou la contraignent à rester au lit au moyen de barrières de lit ou de somnifères. L'institution y recourt dans le but d'éviter

que la personne se fasse mal ou blesse des tiers ou pour assurer l'ordre dans l'institution. Il n'est pas rare que le manque de personnel contribue également à l'usage de telles mesures.

La Convention européenne des droits de l'homme, sans se référer spécifiquement à la situation de la personne dépendante, protège tout individu contre des traitements inhumains ou dégradants. Elle s'applique également aux cas de contraintes en institution.

Faute de législation spécifique relative aux mesures de contrainte au Luxembourg, certains établissements se sont donnés un code de conduite interne. Dans la plupart des cas, le médecin est consulté et la famille de la personne dépendante est demandée en son avis.

Le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Monsieur Alvaro Gil-Robles préconise l'introduction dans les systèmes nationaux, d'une disposition législative qui prévoit le principe de l'interdiction des mesures de contrainte et qui en autorise à titre exceptionnel l'usage moyennant le respect d'une procédure de surveillance et l'octroi de voies de recours.

En Allemagne, les mesures de contrainte sont réglementées de la façon suivante:

Les mesures de contraintes sont admissibles sous certaines conditions qui méritent d'être analysées et qui pourraient inspirer le législateur luxembourgeois.

Lorsque la personne dépendante a été informée sur la nécessité de la mesure de contrainte et y a librement consenti sans avoir été menacée ou induit en erreur, la mesure de contrainte est admissible.

Comme la personne dépendante peut à tout moment révoquer son consentement, l'institution doit prévoir un dispositif d'appel à l'aide. L'assentiment de la personne dépendante ne vaut que pour la situation actuelle et circonstanciée. La personne dépendante ne peut pas consentir à des mesures de contraintes futures.

Lorsque la personne dépendante ne jouit plus d'un pouvoir décisionnel véritable car elle est inconsciente ou que ses facultés sont altérées, l'assentiment du tuteur ou du curateur est requis.

A titre exceptionnel et pour une durée déterminée, les mesures de contrainte sont admissibles lorsque les conditions de "l'état d'urgence justifié" de l'article 34 du Code pénal allemand sont remplies. En présence d'un danger pour la vie de la personne dépendante, son intégrité corporelle, sa liberté ou sa propriété, qui ne peut être détourné, l'assentiment de la personne dépendante n'est pas exigé. Le but de la mesure de contrainte est de détourner le danger de la personne dépendante ou d'autres personnes. En évaluant les intérêts

opposés, l'intérêt protégé doit toujours prévaloir sur l'atteinte aux droits de la personne dépendante.

Une autorisation judiciaire est requise pour les mesures de contrainte pratiquées de manière régulière et pour une durée indéterminée.

En règle générale une mesure de contrainte n'est possible que si toute autre mesure est restée infructueuse.

Toute mesure de contrainte doit être documentée par écrit, (la raison, qu'elle a été ordonnée sur indication du médecin ou par autorisation judiciaire, la durée).

En attendant que le législateur luxembourgeois réglemente cette problématique, le contrat d'aide et de soins conclut entre l'UCM et la COPAS pourrait être un instrument utile pour prévoir les conditions dans lesquelles les mesures de contrainte peuvent être pratiquées. En tout état de cause, le prestataire devrait être obligé de consigner la pratique des mesures de contrainte dans la documentation de soins.

b) Le testament du lucide, les souhaits précédemment exprimés, le traitement forcé

Dans l'intérêt de sauvegarder l'intégrité corporelle et mentale ainsi que la dignité de la personne dépendante, il est essentiel que la personne protégée puisse exprimer clairement ses volontés en prévision de la dégradation de son état de santé physique ou mentale au moyen de l'établissement d'un "testament du lucide". Elle doit pouvoir désigner un représentant chargé de la mise en oeuvre de sa volonté et d'en assurer le respect.

Dans ce contexte, la convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine du 4 avril 1994 prévoit dans l'article 9 que les souhaits précédemment exprimés au sujet d'une intervention médicale par le patient qui, au moment de l'intervention, n'est pas en état d'exprimer sa volonté seront pris en compte.

En conformité avec la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, les soins de santé ne peuvent en règle générale pas être fournis sans le consentement de celui qui en fait l'objet (article 5).

La même Convention prévoit en outre qu'exceptionnellement, lorsque la personne protégée souffre d'un trouble mental, le soignant est autorisé à passer outre un refus de consentir aux soins proposés. Il peut alors imposer les actes de soins, mais uniquement lorsque l'absence d'un tel traitement risquerait d'être gravement préjudiciable à la santé de la personne protégée.

c) *Les mauvais traitements de la personne protégée*

Les mauvais traitements englobent toutes pratiques qui portent atteinte aux intérêts de la personne protégée sans motif légitime ou pour satisfaire un but égoïste. On parle aussi de maltraitance. En fonction du bien protégé par l'ordre juridique, on distingue la maltraitance physique (intégrité corporelle), la maltraitance sexuelle (intégrité sexuelle), la maltraitance psychique, à la vie affective, à l'honneur) et la maltraitance économique (atteinte au patrimoine).

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le relevait en 1994 déjà: "Les personnes âgées doivent pouvoir vivre en sécurité, partout où elles sont, sans crainte d'être exploitées ou de faire l'objet d'abus physiques ou mentaux."

Lorsque la victime est un enfant, les mauvais traitements font l'objet de dispositions légales ad hoc qui protègent l'enfant, prévoient la responsabilité civile et pénale du tiers ou initient un programme de prévention et d'information.

Les mauvais traitements font plus rarement l'objet de dispositions spécifiques lorsque la victime est une personne âgée. Ce sont dès lors les normes générales qui trouvent application, normes qui ne permettent pas toujours de résoudre adéquatement le problème. A ce titre on peut relever le manque d'instruments juridiques favorisant la transmission à l'autorité compétente de l'information relative à l'existence d'un cas de mauvais traitement ou la formation insuffisante du personnel soignant en la matière et l'absence de politiques de prévention.

Le mauvais traitement concerné par l'assurance dépendance constitue par exemple dans le manque répété de soins, lorsque le soignant répond avec retard au désir de la personne d'aller aux toilettes ou quand le soignant lui conseille de faire dans sa couche et augmente ainsi les liens de dépendance.

L'article 410-1 du Code pénal prévoit l'incrimination de l'abstention volontaire de venir en aide ou de procurer une aide à une personne exposée à un péril grave.

Au Luxembourg, il n'existe pas d'obligation générale de signalement aux autorités administratives et judiciaires. Cette obligation est difficile à articuler avec les obligations liées au secret professionnel des soignants et médecins.

Le Ministère de la Famille a mis en place le "Seniorentelefon" n° 478-6500 qui permet à la personne dépendante elle-même ou à l'entourage de signaler les cas de mauvais traitements:

Le Ministère de la Famille a mis en place un système de gestion des plaintes.

A la demande de la personne protégée, la plainte orale va être soumise au chef de service afin que ce dernier puisse apprécier s'il y a lieu de donner une suite à cette plainte.

En tant qu'autorité de tutelle des institutions, le Ministère de la Famille pourra organiser une visite dans le cadre des procédures de l'agrément.

Le Ministère de la Famille peut proposer à la personne protégée soit de contacter le prestataire de manière informelle, soit de s'adresser elle-même au prestataire.

Dans des cas plus graves, le Ministère de la Famille, soit signale à la personne protégée la possibilité de déposer une plainte et l'informe sur les démarches à effectuer, soit dépose lui-même une plainte.

Le nombre de plaintes reçues par le Seniorentelefon: 29 plaintes en 1999

36 plaintes en 2000

14 plaintes en 2001

11 plaintes en 2002.

On a rapporté récemment au Luxembourg un cas grave de maltraitance d'une personne dépendante dans un foyer du jour. La personne dépendante a déposé une plainte et a publié les faits dans la presse luxembourgeoise. Le Ministère de la Famille a été saisi du dossier. Une commission d'enquête a été créée. Un rapport a été transmis au ministre de la Famille qui l'a continué au parquet.

Une collaboration étroite entre le Ministère de la Famille et la CEO et l'UCM est souhaitable.

Il y a lieu de passer en revue les exigences par rapport à l'aidant informel, puis celles par rapport aux prestataires professionnels puis de s'intéresser au contrôle de l'existence des prestations et au contrôle de qualité des prestations.

C) *Les exigences par rapport aux acteurs qui délivrent les prestations*

Parmi les acteurs qui travaillent au lit du patient, il y lieu de distinguer l'aidant informel et les prestataires professionnels.

1) Les exigences par rapport à l'aidant informel

L'UCM n'a aucune relation avec l'aidant informel qui fournit des soins à la personne dépendante car l'aidant informel n'est pas identifié dans la loi sur l'assurance dépendance.

Il arrive que lors de l'évaluation ou lors de l'intervention du réseau d'aides et de soins on constate que la personne proposée comme aidant informel ne semble pas être à même de prendre en charge les aides et soins à la personne dépendante. A titre d'exemple on citera l'aidant informel qui habite très loin de la personne dépendante, l'aidant informel qui est lui-même dépendant, l'aidant informel qui a de charges familiales ou professionnelles tellement lourdes qu'il lui est matériellement impossible d'assurer les aides et soins.

Le texte de la loi dans sa forme actuelle ne prévoit guère de possibilités pour la CEO ou l'UCM de réagir face à ces situations. L'article 367 alinéa 5 prévoit que la prestation en espèces peut être retirée ou réduite s'il appert d'un avis de la CEO qu'elle n'est pas utilisée pour assurer à la personne dépendante les aides et soins prévus par le plan de prise en charge. Il n'en reste pas moins que cette disposition reste très générale et donne peu de base à la CEO pour justifier une réduction ou un retrait.

Il a donc semblé important de prévoir dans la loi une possibilité de fonder une décision de retrait sur la constatation de l'impossibilité de l'aidant informel d'assurer les aides et soins. Cette possibilité a été introduite dans la proposition de modification de l'article 354 où il sera exigé que la personne de l'entourage soit en mesure d'assurer les aides et soins.

Le plan de prise en charge doit s'appliquer autant à l'aidant informel qu'au réseau. Dans les missions de la CEO, prévues à l'article 385 du CAS, il est prévu d'ajouter que le plan de prise en charge est établi à l'attention du prestataire d'aides et de soins mais aussi à l'attention de l'entourage du bénéficiaire.

Associées à la possibilité dont disposerait la CEO de modifier le plan de partage si l'intérêt de la personne dépendante l'exige, ces modifications garantiraient, sans être pesantes, un encadrement efficace de l'aidant informel.

2) Les exigences par rapport aux prestataires professionnels

a) *La conclusion d'une convention-cadre et une définition plus précise des prestataires*

Dans le système actuel trois contrats type différents coexistent:

- le contrat d'aides et de soins pour les réseaux dans le domaine du maintien à domicile;
- le contrat d'aides et de soins pour les établissements d'aides et de soins;
- le contrat d'aides et de soins pour les réseaux œuvrant dans le domaine du handicap.

En ce qui concerne les prestataires d'aides et de soins, la pratique a mis en évidence trois problèmes concernant:

- les contrats d'aides et de soins réglant les relations des différents prestataires avec l'assurance dépendance
- la prise en charge des personnes dépendantes par les structures spécialisées dans le domaine du handicap
- la place du centre semi-stationnaire dans le cadre de l'assurance dépendance.

Jusqu'à présent deux conditions sont requises pour pouvoir opérer dans le cadre de l'assurance dépendance. Les prestataires doivent exercer leur activité soit en vertu d'un agrément ou d'une autre disposition légale et avoir conclu un contrat d'aides et de soins avec l'UCM.

Le contrat d'aides et de soins porte sur les droits et devoirs des deux signataires. Il est signé individuellement avec chaque prestataire.

Afin de pouvoir garantir un traitement égalitaire de tous les prestataires, le contrat d'aides et de soins s'avère en fait malgré, son apparence de contrat négocié individuellement, un contrat d'adhésion laissant pas de place à la négociation sauf en ce qui concerne le partage avec l'aidant informel.

Dès lors il a semblé qu'une convention-cadre négociée entre l'UCM avec l'organisme représentant les prestataires (COPAS Confédération luxembourgeoise des prestataires et ententes dans les domaines de la prévention et des aides et soins aux personnes dépendantes) serait plus indiquée.

Trois conventions-cadre, s'adressant:

- aux réseaux du maintien à domicile
- aux établissements d'aides et de soins à séjour continu
- aux établissements d'aides et de soins à séjour intermittent, seraient élaborées.

Chaque convention-cadre contiendrait les dispositions communes à tous les prestataires du genre. Chaque prestataire adhérait individuellement à la convention-cadre par un contrat d'aides et de soins qui se limiterait à préciser des points d'engagement spécifiques au prestataire, tels par exemple, le cercle des personnes prises en charge ou la délimitation géographique des activités.

Le texte prévu pour le contenu de la convention-cadre diffère quelque peu du texte qui avait été retenu à l'article 392 de la loi de 1998 pour le contrat d'aides et de soins.

Le contrat a pour objet de régler dans le cadre de l'assurance dépendance les relations entre l'UCM et le prestataire et les relations entre le prestataire et la personne dépendante.

Dans les propositions de modifications, on a introduit une définition pour chaque catégorie de prestataire, permettant ainsi de les situer l'une par rapport à l'autre dans leur spécificité.

Dans le texte de 1998, le réseau est défini comme le service intervenant en dehors d'un établissement d'aides et de soins.

La définition plus complète, reprise dans la proposition de modification, correspond à la définition du réseau donnée dans l'actuel contrat d'aides et de soins.

Dans le texte de 1998, le centre de jour spécialisé (seul exemple de centre semi-stationnaire fonctionnant actuellement au Luxembourg) figure parmi les prestations de l'assurance dépendance alors que la nouvelle loi en fait une nouvelle structure.

Compte tenu des besoins constatés notamment lors des évaluations des personnes démentes, il semble indispensable de prévoir à brève échéance d'autres types de centres semi-stationnaires (centres de nuit, haltes-garderies...) susceptibles de décharger par intermittence, l'entourage de la personne dépendante de soins parfois très lourds.

Il a donc semblé important d'enlever le centre de jour spécialisé du relevé-type des aides et soins, d'assimiler le centre semi-stationnaire à une structure et de prévoir à son encontre, une définition qui tienne compte de sa position incontournable dans le réseau et de sa fonction essentielle pour le maintien à domicile de la personne dépendante.

Il s'agit de l'hypothèse où la personne dépendante se trouve alternativement à domicile puis dans l'établissement et vice versa.

Les dispositions de la loi de 1998 répondaient principalement aux exigences des structures prenant en charge les personnes âgées. Pour les personnes handicapées, l'éventail des possibilités en matière de prise en charge est beaucoup plus diversifié que pour les personnes âgées. C'est pourquoi, les différents services ont fait le choix d'un contrat d'aides et de soins pour le maintien à domicile étant donné que ce type de contrat offre davantage de flexibilité.

Ce choix assimile dès lors les personnes prises en charge par les structures du handicap à des personnes à domicile avec les droits et devoirs qui en découlent et notamment le droit pour le bénéficiaire à une prestation en espèces lorsqu'il est pris en charge par un aidant informel et aussi l'application de la valeur monétaire négociée pour les réseaux généralistes.

Or, il s'avère dans la pratique qu'un plan de partage est souvent difficile à établir pour les personnes handicapées parce que les séjours à domicile ne répondent pas toujours à une planification régulière. Par ailleurs, l'application de la valeur monétaire prévue pour les réseaux généralistes ne correspond probablement pas aux frais d'un réseau spécialisé dans le handicap (principalement en raison d'une grande différence entre les qualifications du personnel).

Afin de répondre aux besoins spécifiques des bénéficiaires fréquentant les structures spécialisées dans le domaine du handicap, il semble nécessaire de définir dans le cadre de l'assurance dépendance une forme de structure qui corresponde au fonctionnement des services existants.

En ce qui concerne les prestations, il est prévu de donner respectivement un droit spécifique aux prestations du maintien à domicile pour les périodes où la personne séjourne à domicile (incluant donc les aides techniques et les adaptations du logement) et aux prestations de l'établissement pour les

périodes où la personne se trouve dans un service de l'établissement à séjour intermittent.

Pour les périodes de retour à domicile difficiles à planifier et, afin de permettre l'octroi d'une prestation en espèces correspondant aux actes effectivement pris en charge lors de ces retours, il est prévu de permettre aux réseaux et aux établissements d'aides et de soins à séjour intermittent d'établir une facturation rétroactive des prestations.

Il s'agit de la troisième catégorie de prestataire fonctionnant dans le cadre de l'assurance dépendance. Il correspond aux établissements, centres intégrés et maisons de soins, destinés essentiellement aux personnes âgées.

b) Les obligations contractuelles ayant trait aux droits individuels de la personne dépendante

Quant aux réseaux, il y lieu de relever les obligations ayant trait aux droits individuels de la personne protégée.

- *Le principe de l'universalité des soins*

Le réseau s'oblige dans le contrat à dispenser tous les aides et soins relatifs aux actes essentiels de la vie, aux tâches domestiques et au conseil tels que définis au relevé type ainsi que les actes et services des infirmiers. Pour le soutien, le réseau doit offrir la surveillance / garde à domicile, l'accompagnement individuel de soutien et la course / sortie avec la personne dépendante.

Compte tenu du principe de l'universalité des prestations offertes, il est nécessaire que le réseau offre en plus l'accès à un centre de jour spécialisé moyennant la conclusion d'un contrat de sous-traitance.

- *Le principe de la coordination autour de la personne dépendante*

La personne dépendante a droit à la coordination des aides et soins et de tous les services et intervenants indispensables à une prise en charge complète et adaptée à ses besoins.

L'action du coordinateur consiste notamment:

- à assurer la notification à l'UCM de la déclaration d'entrée et de sortie des personnes dépendantes,
- à assister la personne dépendante et son entourage dans les démarches nécessaires en cas de transfert d'un établissement dans un autre type de structure,
- en cas de besoin, à susciter la réévaluation de la personne dépendante,
- en cas de constatation de déficiences dans la délivrance des aides et soins par l'aïdant informel, à dénoncer les faits auprès de la CEO et à susciter une modification du plan de partage,

- à mettre sur pied les plans de partage et à veiller à leur communication en bonne et due forme à l'UCM,
- à s'assurer de l'introduction en bonne et due forme de la demande en obtention des prestations de l'assurance dépendance avant la délivrance des prestations,
- à veiller à l'accomplissement des formalités administratives requises avant la délivrance des prestations dont le demandeur vise la prise en charge par l'assurance maladie,
- à gérer les situations d'absence du bénéficiaire.

Dans ce contexte la personne dépendante pourrait être obligée, par une stipulation prévue au contrat de prise en charge, à tenir informé le coordinateur de tous les faits et circonstances significatives pouvant influer sur la délivrance des aides et soins ou pouvant compromettre leur délivrance correcte.

- Le principe de la continuité des prestations

La personne dépendante a droit à la continuité des soins c'est-à-dire à la délivrance des soins de jour comme de nuit, tous les jours de l'année.

Il n'est actuellement pas encore possible pour les réseaux du maintien à domicile de garantir une prise en charge de nuit. Le principe de la continuité s'inscrit également dans le cadre du transfert de la personne protégée d'une structure dans une autre.

On pourrait imaginer une disposition dans le contrat de prise en charge selon laquelle le prestataire se voit notifier, à côté du plan actuel, un deuxième plan de prise en charge spécifiant les aides et soins qui seraient requis en cas de changement de structure.

La pratique a récemment démontré que le prestataire peut être mis dans une situation qui ne lui permet plus d'assurer la continuité des soins.

Récemment le personnel d'un réseau a été exposé à des menaces morales et des violences physiques. Ces comportements ont rendu impossible toute prise en charge correcte des personnes dépendantes.

Actuellement le contrat de prise en charge prévoit une disposition suivant laquelle le contrat de prise en charge peut être résilié unilatéralement par le réseau lorsqu'il lui est impossible d'accomplir son objet.

Il y a lieu de compléter cette disposition et d'y ajouter "le motif de résiliation des incompatibilités graves dans les relations entre le personnel du réseau et la personne dépendante ou son entourage".

On pourrait imaginer d'inclure la disposition suivante: "dans le cas où la résiliation est motivée par le fait que le personnel du réseau est exposé à des agressions, des menaces ou autres faits portant atteinte à son intégrité physique ou psychique, le réseau précise dans la lettre de résiliation le délai de la cessation des prestations qui ne peut être inférieur à 2 semaines. Dans

ce cas le réseau dénonce les faits par lettre recommandée au parquet et au Bourgmestre de la commune où séjourne la personne dépendante".

·Le principe de la prise en charge par l'UCM des fluctuations imprévisibles de l'état de dépendance de la personne dépendante

La rigidité du plan de prise en charge établi par la CEO a souvent été dénoncée par les prestataires d'aides et de soins.

Il est vrai que la population des bénéficiaires de l'assurance dépendance se compose de personnes dont l'état de santé et de dépendance sont peu stables.

Afin de permettre au prestataire d'apporter à la personne concernée les aides et soins dont elle a besoin, sans devoir recourir systématiquement à une nouvelle évaluation, il est prévu d'ajouter au texte de la loi, une disposition qui permette au prestataire de prendre l'initiative d'ajouter des actes au plan de prise en charge établi par la cellule d'évaluation et d'orientation et de l'adapter ainsi aux besoins immédiats de la personne dépendante.

Il est évident que cette adaptation ne serait possible que dans certaines limites définies dans un règlement grand-ducal. En tout état de cause, il est prévu que l'adaptation du plan de prise en charge ne puisse dépasser 3,5 heures par semaine ni porter la durée totale pour les actes essentiels de la vie au-delà de 24,5 heures par semaine.

Cette marge permettrait au prestataire d'augmenter la durée des prestations pour les actes essentiels de la vie mais aussi pour les activités de soutien, mais elle ne pourrait pas être utilisée pour augmenter la durée des tâches domestiques ou des activités de conseil.

Pour les personnes dépendantes, cette nouvelle disposition présenterait certes l'avantage que les prestations puissent être adaptées au jour le jour à leurs besoins mais aussi que des prestations supplémentaires au plan de prise en charge ne leur soient plus facturées.

Par ailleurs, elle permettrait de diminuer sensiblement le nombre de demandes de changements de partage et de réévaluation.

- *Le droit aux prestations de qualité*

Le projet de la loi prévoit une nouveauté primordiale: la personne dépendante a droit aux prestations de qualité.

A cet effet, une commission de promotion de la qualité des prestations doit être créée qui a pour mission d'élaborer des propositions de lignes directrices et de standards de référence. Il ne s'agit donc pas pour la commission d'édicter des règles rigides qui ne tiennent pas compte du savoir-faire et de l'expérience du soignant et de sa démarche de soins. La révision de la description des aides et soins projetée par la CEO s'inscrit dans ce contexte.

Les propositions de la commission devront être ratifiées par l'organisme représentatif des prestataires et l'UCM et doivent être intégrées dans les conventions-cadre.

Ce nouveau texte s'applique à la qualité des aides et soins et aux aides techniques et adaptations du logement.

Dans cette commission figurent deux représentants désignés par le ministre ayant dans ses attributions la famille, deux membres de la CEO et deux membres désignés par l'organisme représentatif des prestataires, deux experts indépendants.

Le projet de loi ne permet qu'au président de l'UCM de saisir la commission de surveillance si des manquements à la qualité ont été constatés par la CEO. La personne dépendante ne dispose donc pas d'un droit direct de saisir la commission.

- *Le droit à la prise en charge directe des prestations par l'UCM: le système du tiers payant*

Le réseau a une créance à l'égard de l'UCM par application du système du tiers payant. La personne dépendante laquelle a un droit à une prise en charge n'a pas besoin de payer le réseau puisque le réseau est directement payé par l'UCM.

Afin de garantir la protection de la personne dépendante par rapport à la facturation des prestations, il est prévu de préciser dans le contrat de prise en charge les prestations qui restent à la charge personnelle de la personne dépendante.

Les prestations restent à charge de la personne dépendante notamment dans les situations suivantes:

- en cas de contestation du plan de prise en charge, si le demandeur est débouté par une décision définitive, pour les prestations litigieuses délivrées entre la date de l'opposition et la décision définitive,
- en cas de réduction des aides et soins sur avis de la CEO donné dans le cadre d'une révision des prestations, pour les prestations délivrées après la notification de la décision afférente et qui dépassent le nouveau plan de prise en charge,
- en cas de rejet de la demande en obtention de prestations de l'assurance dépendance.

Souvent la personne dépendante fait la confusion entre les prestations prises en charge par l'assurance dépendance et les prestations pour convenance personnelle.

Pour cette raison il est prévu d'intégrer dans le contrat de prise en charge des stipulations relatives aux prestations non prises en charge par l'assurance dépendance et de consigner les prestations pour convenance personnelle

dans la documentation interne qui reprend les données significatives relatives aux soins de la personne dépendante.

Le projet de loi sur l'assurance dépendance prévoit que les litiges relatifs à la facturation des prestations sont déférés à la commission de surveillance soit par l'UCM, soit par le prestataire lui-même. La commission de surveillance prononce la restitution des sommes indûment mises en compte par le prestataire ou la liquidation en faveur du prestataire, des créances indûment retenues par l'UCM.

Lorsque la personne dépendante conteste une facture d'un prestataire, elle ne dispose pas d'un droit direct de saisir la commission de surveillance, mais il appartient à l'UCM de décider de déférer la réclamation à la commission de surveillance.

L'UCM et la CEO reçoivent régulièrement des appels de bénéficiaires ou de membres de la famille qui estiment que les prestations auxquelles ils ont droit ne leur ont pas été données ou n'ont pas été fournies selon les règles de l'art par les prestataires.

3) Le contrôle de l'existence des prestations et le contrôle de qualité des prestations

Le contrôle de l'existence des prestations consiste à vérifier le rapport entre les prestations requises et la quantité de personnel employé susceptible de réaliser cette prestation. L'organe de contrôle prévu à cet effet est l'UCM. Il ne s'agit pas de contrôler le temps utilisé par le professionnel pour effectuer l'acte requis mais de vérifier si l'acte a été effectué.

Le contrat d'aides et de soins prévoit que les prestataires doivent tenir une documentation externe des prestations qui apporte la preuve des aides et soins et des actes infirmiers effectués.

Elle est fournie à l'UCM sur support informatique et retrace pour une période déterminée, sous forme d'un tableau, la fréquence journalière des aides et soins et des actes et services des infirmiers effectivement dispensés.

Actuellement la documentation externe n'est pas distincte de la facture. Les renseignements inclus dans un document informatique unique sont transmis par le prestataire à la fin de chaque mois à l'UCM. Ce document établit, d'une part, la créance que possède le prestataire à l'égard de l'UCM du chef des prestations délivrées pendant une période déterminée et sert, d'autre part, à documenter les prestations fournies.

La documentation externe permet de cette façon à l'UCM et à la CEO de porter une appréciation qualitative et quantitative sur les prestations délivrées. En plus cette documentation permet d'apprécier dans quelle mesure les aides et soins requis, consignés dans le plan de prise en charge, s'écartent dans la pratique journalière des aides et soins effectivement délivrés.

Jusqu'à présent, peu de contrôles ont pu être réalisés sur base de cette documentation. Seuls quelques documents sélectionnés au hasard ont été contrôlés notamment en ce qui concerne les factures pour les personnes décédées.

Le contrôle de la qualité des prestations a déjà été sujet à discussion lors du bilan général de 2001 sur l'application et l'exécution de la loi du 19 juin 1998 portant introduction d'une assurance dépendance.

A cette époque l'institution d'un organe de contrôle et la définition du concept de qualité de soins admis par tous les prestataires de l'assurance dépendance avaient été revendiqués.

L'article 387bis du projet de loi sur l'assurance dépendance prévoit l'institution d'une commission de qualité qui a pour mission d'élaborer des propositions de lignes directrices et de standards de référence notamment en matière de qualité des aides et soins, aides techniques et adaptations du logement. Ces propositions sont soumises à l'UCM et à la COPAS en vue de l'intégration des lignes directrices et des standards dans les conventions-cadre.

Les manquements aux obligations conventionnelles en matière d'assurance qualité sont constatés par la CEO.

Il est prévu d'ajouter aux missions de la cellule d'évaluation et d'orientation, celle de contrôler, au vu de la documentation de soins, l'adéquation entre les prestations effectivement délivrées et les besoins de la personne dépendante. La cellule d'évaluation et d'orientation devra signaler à l'Union des caisses de maladie les situations où elle constate un écart injustifié entre les prestations fixées par le plan de prise en charge et celles notées dans la documentation de soins.

Ils sont soumis à la commission de surveillance par le président de l'organisme gestionnaire. Si un accord est trouvé entre la commission de surveillance et le prestataire concerné c'est-à-dire lorsqu'une transaction intervient dans les limites du montant de 12.500 €, l'affaire pourra être clôturée à ce stade.

Sinon, la commission de surveillance renvoie le litige devant le conseil arbitral des assurances sociales.

Dans ce cas, l'affaire sera instruite en présence du prestataire, du chargé de direction de la cellule d'évaluation et d'orientation et du président de l'union des caisses de maladie.

Si le prestataire est reconnu responsable, le conseil arbitral a autorité pour prononcer à son encontre une amende d'ordre dont le montant ne peut dépasser 12.500 € par litige.

La décision du conseil arbitral est susceptible d'un recours auprès du conseil supérieur des assurances sociales.

La COPAS vient de lancer sur son site internet un "fichier de recensement des procédés de gestion et d'amélioration de la qualité" relatif au développement de la qualité au sein des réseaux et des établissements d'aides et de soins. Les prestataires sont interrogés sur l'existence

- d'actions d'amélioration de la qualité,
- d'orientations générales définissant une politique pour le développement de la qualité,
- de personnes chargées exclusivement de la coordination de la qualité (leur qualification, leur formation aux principes et méthodes d'amélioration de la qualité),
- d'autres personnes référentes en matière de qualité,
- de groupes de travail thématiques consacrés à l'amélioration de la qualité et si les différentes catégories de personnes ont la possibilité de faire des propositions d'amélioration de la qualité.

CONCLUSION

Après avoir fait le survol des droits individuels de la personne dépendante, il faut constater que la mise en oeuvre de ces droits sur le terrain n'est pas une tâche facile pour les raisons suivantes.

Il faut tout d'abord soulever le caractère abstrait d'un grand nombre de droits individuels. En effet, à titre d'exemple, le droit à l'information, le droit à la protection des données, le droit à des soins de qualité, sont des droits difficiles à mettre en pratique du fait qu'ils constituent des droits abstraits par opposition au droit concret d'un créancier qui fait valoir sa créance et en obtient la liquidation.

Le respect des droits individuels est perçu de façon très individuelle par la personne protégée.

Face à la difficulté que rencontre la personne dépendante pour faire valoir ses droits individuels, la responsabilité de mettre la personne dépendante en mesure d'exercer véritablement ses droits, revient à l'institution qui est en charge de la gestion de l'assurance dépendance.

En second lieu, il faut constater la prolifération des droits individuels de la personne dépendante et leur affirmation dans les instruments juridiques très épars.

A titre d'exemple, il convient de mettre en avant l'importance croissante accordée à la qualité.

Les droits individuels de la personne dépendante sont affirmés aussi bien dans le droit national, le droit constitutionnel, le droit public, le droit civil et le droit de la sécurité sociale que dans le droit international et le droit européen.

Cet état des choses pose le problème de la hiérarchie entre ces diverses normes dont beaucoup ont la force obligatoire d'une norme juridique, d'autres ne jouent que le rôle de guide moral d'une recommandation. L'absence d'un référentiel en la matière pose problème.

Afin de donner plus de transparence à la matière et d'amoindrir le caractère chaotique de la situation actuelle, il faudra faire des efforts pour uniformiser la terminologie employée par les divers instruments, donner une définition cohérente et claire des droits individuels de la personne dépendante et il faudra standardiser leur contenu.

Il faut éviter que le législateur national et le législateur international aient une perception différente des notions comme l'égalité de traitement, l'autonomie ou la qualité.

Il faudra également mettre en place un mécanisme efficace de sanctions et de contrôle qui puisse jouer en cas de violation des droits individuels de la personne dépendante.

En troisième lieu, la mise en oeuvre des droits individuels par la personne protégée est fragilisée par des facteurs externes, indépendants de sa volonté.

L'absence de places disponibles pour assurer la formation rapide des aides soignants, l'important délai de traitement des demandes en raison du manque d'effectifs dans la CEO, l'absence de lits de soins disponibles, le cloisonnement entre les soins à domicile et les soins accordés dans l'établissement, la rigidité du plan de prise en charge qui ne peut répondre à une prise en charge flexible de l'assuré ne sont que quelques exemples qui montrent que les droits individuels de la personne dépendante sont minées.

Le but recherché par les divers instruments juridiques, qui est d'assurer la sauvegarde des droits individuels de la personne dépendante de la meilleure façon possible, risque donc de ne pas pouvoir être atteint dans la pratique.

BIBLIOGRAPHIE

Sites internet:

www.coe.int
www.copas.lu
www.secu.lu
www.luxsenior.lu

Bibliographie luxembourgeoise:

Loi du 19 juin 1998 relative à l'assurance dépendance

Projet de loi n°5146 relatif à la modification de différentes dispositions du Code des assurances sociales en matière d'assurance dépendance

Bilan général sur l'application et l'exécution de la loi du 19 juin 1998 portant introduction d'une assurance dépendance

Guide de détermination des aides et soins requis (CEO)

Loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel

Projet de loi n°4988 portant modification de la loi du 23 décembre 1998 autorisant le Fonds national de solidarité à participer aux prix des prestations fournies dans le cadre de l'accueil gérontologique aux usagers des centres intégrés, maisons de soins, centres sociogérontologiques et foyers de jour psychogériatriques

L'Etat luxembourgeois, Pierre Majerus

Constitution luxembourgeoise

Gemeindepsychiatrie Grundlagen und Leitlinien Planungsstudie Luxembourg, Wulf Rössler, Hans Joachim Salize, Heinz Häfner

Loi du 26 mai 1988 relative au placement des personnes atteintes de troubles mentaux dans les établissements ou services psychiatriques fermés

Code de déontologie médicale

Le corps médical: accès au dossier médical par le patient

Loi du 1er décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse

Règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure administrative non contentieuse

Question parlementaire n°2149 de Monsieur le Député Alex Bodry relatif à l'application de la procédure administrative non contentieuse par les organismes publics de la sécurité sociale

La procédure administrative non contentieuse à la lumière des récents développements jurisprudentiels, Henri Campill

Loi du 22 août 2002 instituant un médiateur

Jugement du Conseil arbitral du 30 avril 2003 Donnini Guido.

Bibliographie européenne:

Recommandation n° R (98/9) du Comité des Ministres relative à la dépendance

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000/C 364/01)

Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950

Charte sociale européenne

Code européen de la sécurité sociale

Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine du 4 avril 1997.

Bibliographie française

La protection des droits et libertés des citoyens âgés, Nicole Deleprée

La protection des personnes âgées: de l'éthique au droit, Nicole Deleprée.

Les litiges opposant les prestataires individuels de soins de santé aux organismes d'assurance maladie et à leurs assurés

Mike WALCH

*Attaché de direction
Juriste du service assurance maladie
auprès de
l'Union des caisses de maladie*

INTRODUCTION

Les relations entre les prestataires individuels de soins de santé avec les organismes d'assurance maladie et leurs assurés, peuvent donner lieu à un certain nombre de situations conflictuelles qu'il convient alors de porter le cas échéant devant des institutions compétentes pour en trouver un règlement.

Les différends pouvant naître dans une relation avec un prestataire individuel de soins de santé, sont souvent associés en première ligne aux fautes concernant le diagnostic ou la thérapeutique qu'un professionnel de la santé peut commettre dans l'exercice de sa profession sur la personne qu'il est appelé à soigner.

Or ce ne sont pas ces litiges qui sont abordés dans la présente étude, dont la finalité consiste à analyser les litiges pouvant naître entre un prestataire individuel de soins de santé et les organismes d'assurance maladie et ses assurés, dans le cadre de l'exercice de son activité opposable au régime légal d'assurance maladie luxembourgeois. En ce sens, les litiges pouvant naître en raison de violations des règles applicables en matière d'assurance maladie seront exposés de plus près.

Dans un tel contexte, la présente étude est surtout axée autour de la question de savoir, comment les organismes d'assurance maladie et leurs assurés peuvent agir contre un prestataire individuel de soins de santé qui n'a pas correctement facturé des actes de soins de santé qu'il a fournis, ou qui n'a pas respecté les conventions, nomenclatures et autres normes juridiques qui lui sont applicables.

Les litiges analysés sont ceux qui peuvent naître dans les relations avec des professionnels de la santé relevant du secteur extra-hospitalier. Sont donc notamment prévus les prestataires individuels de soins visés à l'article 61 du Code des assurances sociales. A titre d'exemple on peut citer les médecins, médecins-dentistes, les infirmiers, les kinésithérapeutes, les psychomotriciens, les sages-femmes, les orthophonistes, les fournisseurs de prothèses orthopédiques, d'orthèses et d'épithèses, les pharmaciens, etc..

Parmi ces professionnels, l'accent sera particulièrement mis sur les médecins. Cette approche se justifie par le fait qu'il s'agit traditionnellement des prestataires les plus importants dans notre système, au sens que leurs activités professionnelles et ordonnances médicales sont principalement à l'origine des sollicitations de soins auprès de la plupart des autres professionnels de la santé.

D'autant plus, les mécanismes étudiés à l'égard des médecins sont de manière générale aussi applicables aux autres prestataires individuels de soins de santé.

Les litiges entre les prestataires individuels de soins de santé, les organismes d'assurance maladie et leurs assurés peuvent être résolus, respectivement tranchés de plusieurs manières par diverses institutions et juridictions.

Dans ce contexte, l'accent sera principalement mis sur le règlement des litiges par les institutions relevant du droit de la sécurité sociale, notamment par la Commission de surveillance telle que prévue par l'article 72 du Code des assurances sociales.

Afin de souligner que ces institutions ne sont pas les seules à pouvoir connaître des litiges abordés, une deuxième partie sera consacrée à une analyse succincte du pouvoir disciplinaire de certains prestataires individuels de soins de santé et à l'ordre judiciaire, qui peuvent connaître, soit alternativement, soit complémentairement aux institutions de sécurité sociale des litiges en cause.

Il est clair que cette liste des institutions et juridictions pouvant être saisies à l'occasion d'un litige au sujet de la mise en compte de soins de santé n'est pas forcément exhaustive. Ainsi, il est p.ex. envisageable que les parties aient recours à un arbitre privé ou à un médiateur. En ce sens, on peut s'attendre que le médiateur tel qu'institué par la loi du 22 août 2003¹⁾, soit le cas échéant saisi par un prestataire individuel de soins de santé qui se trouve dans une situation conflictuelle avec un organisme d'assurance maladie.

1) *Mémorial A - N°128 du 03 septembre 2003, p. 2654.*

TITRE I) LES LITIGES PORTÉS DEVANT LES INSTITUTIONS RELEVANT DU DROIT DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Chapitre 1) La Commission de surveillance telle qu'instituée par l'article 72 du Code des assurances sociales

Section 1) Historique

La loi du 22 décembre 1989 ayant pour objet la coordination des régimes de pension et la modification de différentes dispositions en matière de sécurité sociale,²⁾ imposait l'institution d'une Commission de surveillance dans le cadre des différentes conventions conclues entre les prestataires de soins de santé et l'Union des caisses de maladie.

Les parties aux conventions arrêtaient la composition de la Commission de surveillance qui avait une mission de consultation, d'interprétation et de conciliation dans le cadre de l'exécution des conventions.

Dans l'hypothèse de non-conciliation entre les parties, une Commission du contentieux, présidée par le président de la Cour supérieure de justice, avait en cas de violation d'une convention compétence pour avertir, réprimander et faire injonction aux parties de prendre des mesures appropriées à vider le contentieux. Elle pouvait en outre prononcer à l'égard du contrevenant la déchéance temporaire ou définitive des droits de pratique en matière d'assurances sociales. Les décisions en cause étaient susceptibles d'appel devant la Cour supérieure de justice.

Or, il avait été estimé que la loi du 22 décembre 1989 " ne prévoit pas de sanctions appropriées " et que " l'avertissement ou la réprimande à prononcer par la commission du contentieux n'aurait guère d'effet dissuasif.³⁾ "

Afin d'instaurer des mécanismes plus adaptés aux besoins de l'époque, le législateur avait réformé la Commission de surveillance dans le cadre de la loi du 27 juillet 1992 portant réforme de l'assurance maladie et du secteur de la santé.⁴⁾

La Commission était dès lors composée " du directeur du contrôle médical de la sécurité sociale ou de son délégué comme président, de deux délégués effectifs et suppléants désignés par le conseil d'administration de l'union des caisses de maladie et de respectivement deux délégués effectifs et suppléants désignés par le ou les groupements signataires de chacune des

2) Mémorial A - N° 86 du 29 décembre 1989, p.1704.

3) Voir en ce sens le projet de loi N°3513(3) portant réforme de l'assurance maladie et du secteur de la santé.

4) Mémorial A - N°52 du 27 juillet 1992, p.1658

conventions visées à l'article 61, alinéa 2.⁵⁾ "

Depuis la loi du 27 juillet 1992, la Commission de surveillance était "*compétente pour tous les litiges opposant un prestataire à une institution d'assurance maladie-maternité ou d'assurance accidents et portant sur l'application d'une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle visée par le présent code.*"⁶⁾ Elle pouvait prendre des décisions susceptibles de recours devant le Conseil arbitral des assurances sociales.

Elle avait en outre compétence pour constater une déviation injustifiée de l'activité professionnelle d'un prestataire de soins et en dresser un procès verbal, sur base duquel une partie signataire de la convention pouvait saisir le Conseil arbitral des assurances sociales.⁷⁾

Le litige n'était donc plus renvoyé à une Commission du contentieux spécialement instituée à cet effet, mais à une juridiction permanente, le Conseil arbitral des assurances sociales, dont les décisions étaient susceptibles de recours devant le Conseil supérieur des assurances sociales.

L'article 73, alinéa 2 disposait que le Conseil arbitral des assurances sociales pouvait prononcer "*un avertissement; la restitution des honoraires correspondant aux actes et services prestés en tout ou en partie abusivement ; une amende d'ordre ne pouvant pas dépasser cinq cent mille francs; la déchéance jusqu'à six mois du droit d'exercice de la profession médicale dans le cadre de l'assurance maladie-maternité et de l'assurance accidents.*"

Dès le commencement de l'activité de la Commission de surveillance, le Conseil arbitral des assurances sociales était saisi de la majeure partie des litiges et n'en abordait pas le fond, du fait qu'à peu près l'ensemble des décisions de la Commission de surveillance étaient annulées.⁸⁾ En effet, le Conseil arbitral des assurances sociales avait dans ses jurisprudences mis le principe de légalité des infractions, les droits de la défense, incluant le caractère du contradictoire et l'indépendance de la Commission de surveillance, en doute.

En vertu de ces circonstances paralysant le bon fonctionnement de la Commission, le pouvoir politique avait pris l'initiative de réformer le système par une loi du 18 mai 1999⁹⁾ qui constitue le droit positif en la matière.

Avant d'aborder l'étude des litiges portés devant la Commission de surveillance, il convient encore de remarquer que depuis cette loi, la

5) Article 72, alinéa 1 de la loi du 27 juillet 1992.

6) Article 72, alinéas 2 et 3 de la loi du 27 juillet 1992.

7) Article 73, alinéas 1 et 2 de la loi du 27 juillet 1992.

8) Voir en ce sens l'exposé des motifs du projet de loi N°4429 ayant pour objet de modifier le Code des assurances sociales.

9) Mémorial A - N°58 du 27 mai 1999, p.1361.

présidence de la Commission est assurée par une personne désignée par le ministre ayant dans ses attributions la sécurité sociale, et non plus par le directeur du Contrôle médical de la sécurité sociale, qui peut à présent assister avec voix consultative aux réunions de la Commission. A part ce changement, le principe de la composition paritaire de la Commission de surveillance tel que prévu par la loi du 27 juillet 1992 est resté inchangé.

Section 2) Les affaires pouvant être soumises à la Commission de surveillance

§1) Dans le cadre de l'article 72bis du Code des assurances sociales

A) Les litiges opposant des prestataires individuels de soins de santé à l'Union des caisses de maladie

Conformément à l'article 24 du Code des assurances sociales, des soins de santé peuvent soit être pris en charge par le remboursement des frais avancés par l'assuré, soit par la prise en charge directe de la part de l'Union des caisses de maladie.

Dans le cadre de cette procédure du tiers payant, le prestataire de soins de santé présente les mémoires d'honoraires non pas à son patient mais à l'Union des caisses de maladie. Les mémoires d'honoraires non contestés pour violation des nomenclatures applicables ou de la convention respective prévue à l'article 61 du Code des assurances sociales, sont payés selon les modalités conventionnelles.

En cas de litige dans le cadre de cette procédure, le président de l'Union des caisses de maladie ou son délégué prend une décision à l'égard du prestataire de soins de santé. L'article 50, alinéa 7 du Code des assurances sociales dispose que cette décision est acquise à défaut d'une opposition écrite formée par le prestataire dans les quarante jours de la notification.

Les oppositions contre ce type de décisions sont vidées par la Commission de surveillance.

B) Les litiges opposant des prestataires individuels de soins de santé à un assuré et sa caisse de maladie

L'article 55, alinéa 4 du Code des assurances sociales prévoit deux sortes de litiges pouvant être soumis à la Commission de surveillance, après avoir fait l'objet d'une décision du président du comité-directeur ou son délégué de la caisse de maladie compétente.

- 1) La condition préalable d'une saisine de la Commission de surveillance: la décision du président du comité-directeur ou son délégué de la caisse de maladie

En pratique, un assuré présente les factures, respectivement mémoires d'honoraires acquittés pour remboursement à sa caisse de maladie. Suite à la saisie des documents, la caisse de maladie communique un relevé informatique à son assuré sur lequel sont repris le montant facturé par le prestataire, le cas échéant le tarif de la nomenclature correspondant à l'acte facturé, le montant statutaire de la participation de la personne protégée, ainsi que le montant effectivement remboursé par la caisse.

En cas de désaccord avec le non remboursement partiel ou total des frais de soins de santé, il appartient à l'assuré de s'adresser à sa caisse de maladie pour en connaître les motifs. Il est à remarquer que le relevé ne contient en général pas d'information en ce sens.

Si la mise en compte d'un mauvais tarif constitue le motif du non remboursement, ou si un dépassement de tarif a été mal appliqué par le prestataire, il est obligatoire que le président prenne une décision qui est notifiée à l'assuré et au prestataire concerné.¹⁰⁾

Conformément à l'article 55, alinéa 4 du Code des assurances sociales, cette décision présidentielle est indispensable pour que ses destinataires puissent le cas échéant saisir dans un délai de quarante jours de sa notification la Commission de surveillance pour trancher le litige.

2) Les différends au sujet d'un tarif en application des nomenclatures ou des conventions

Dans ce contexte se pose la question dans quelles hypothèses un litige quant à un tarif peut faire l'objet d'une décision du président du comité-directeur de la caisse de maladie ou de son délégué afin de pouvoir être régulièrement déféré à la Commission de surveillance.

Il échel de vérifier dans une première phase, si le litige a pour objet la mise en compte d'un tarif " *en application des nomenclatures ou des conventions.*"

Une interprétation stricte de l'article 55, alinéa 4 du Code des assurances sociales donne lieu à exclure la compétence de la caisse de maladie et de la Commission de surveillance pour les différends relatifs à des prestations non prévues par les nomenclatures ou conventions. En effet, ces prestations sont en principe exclues du champ d'application de l'assurance maladie.¹¹⁾ Un pouvoir décisionnel d'une caisse de maladie se conçoit par conséquent mal dans un tel contexte.

Si un litige s'élève cependant au sujet d'un tarif dont un acte correspondant est prévu dans une nomenclature, plusieurs cas de figure peuvent se présenter.

10) Voir en ce sens le commentaire de l'article 2 (article 55 du Code des assurances sociales) du projet de loi N°4429 ayant pour objet de modifier le Code des assurances sociales.

11) Voir l'article 12 des statuts de l'Union des caisses de maladie.

Dans l'hypothèse dans laquelle le tarif facturé est p.ex. plus élevé que celui correspondant au code de la nomenclature respective, l'assuré ne peut en principe obtenir le remboursement que du montant correspondant réellement au code repris sur la facture.

Dans un tel cas de figure, l'assuré non satisfait peut obtenir une décision présidentielle et porter le litige devant la Commission de surveillance.

Cette solution devrait s'imposer dans toutes les hypothèses dans lesquelles la caisse de maladie peut déterminer sur base des données objectives et incontestables en cause, que le tarif mis en compte n'est pas correct et ne peut pas donner lieu au remboursement auquel l'assuré aurait légitimement pu s'attendre s'il avait été mis en compte légalement.

Dans les hypothèses envisagées ci-dessus, seul l'assuré est financièrement lésé. Les caisses de maladie ne procèdent qu'au remboursement des taux et tarifs légaux. Les organismes d'assurance maladie et la Commission de surveillance assurent donc dans le contexte de l'article 72bis du Code des assurances sociales la fonction de veiller dans l'intérêt des assurés au respect des conventions et nomenclatures, dans la mesure que des prestations relevant du champ d'application de l'assurance maladie sont en cause.

Mais ce mécanisme peut aussi connaître ses limites lorsque les tarifs ne sont pas respectés du fait qu'un autre acte que celui qui a réellement été effectué est mis en compte. Sous réserve que la facture, respectivement le mémoire d'honoraires corresponde aux impératifs des nomenclatures et conventions, l'assuré est en principe remboursé par la caisse de maladie compétente.

D'une telle manière, le montant de la participation de l'assuré et le coût pour le régime légal d'assurance maladie augmentent si l'acte mis en compte est plus onéreux que celui qui a effectivement été fourni.

Bien qu'il semble probable qu'une telle violation des tarifs applicables se passe dans la majorité des cas à l'insu de la caisse de maladie et de l'assuré, du fait que ce dernier ne connaît guère les nomenclatures et conventions, il arrive cependant aussi qu'un assuré conteste les mémoires d'honoraires.

Deux hypothèses sont alors *a priori* envisageables pour résoudre le problème.

Lorsque l'assuré agit avant de payer le prestataire et de présenter les factures, mémoires d'honoraires acquittés pour remboursement à la caisse de maladie compétente, le différend entre le prestataire individuel de soins de santé et son client ne peut se résoudre que par les règles de droit commun.¹²⁾ Bien qu'on soit dans l'hypothèse d'un différend au sujet d'un tarif, une saisine de la Commission de surveillance est exclue du fait que la condition

12) Voir ci-après les précisions relatives aux actions devant les juridictions de l'ordre judiciaire (titre II, chapitre 2).

préalable, consistant dans une décision de refus de la part du président du comité-directeur ou son délégué, fait forcément défaut.

Lorsque l'assuré présente ses doutes à la caisse de maladie après avoir payé le prestataire, l'on se retrouve dans une situation de blocage du fait que pour des raisons inhérentes à l'équité et l'égalité de traitement des assurés, l'organisme d'assurance maladie ne devrait en principe pas pouvoir sanctionner l'assuré vigilant par le non remboursement des actes contestés. S'il n'aurait pas dénoncé les faits, il avait " régulièrement " été remboursé.

Etant donné qu'il est donc en principe procédé à un remboursement, il n'est guère envisageable que la caisse de maladie soit saisie par son assuré en vue d'obtenir une décision susceptible d'être attaquée devant la Commission de surveillance.

Si tel est néanmoins le cas, la caisse de maladie n'est en principe pas en mesure de pouvoir trancher le différend, à moins que l'assuré puisse prouver incontestablement qu'une autre prestation que celle mise en compte a été fournie. De manière générale, cette preuve est quasiment impossible à rapporter en pratique et il est vraisemblable qu'on se retrouve dans une situation de blocage dans la mesure que l'assuré ne peut pas saisir la Commission de surveillance dans le cas concret qui se pose.

La caisse de maladie quant à elle ne trouve dans l'article 72bis du Code des assurances sociales pas de base légale permettant d'agir dans un tel cas isolé.

3) Les litiges pouvant naître en raison d'un dépassement de tarifs tel que visé à l'article 66, alinéa 2 du Code des assurances sociales

Conformément à l'article 72bis, alinéa 1er et l'article 55, alinéa 4 du Code des assurances sociales, la Commission de surveillance est en outre compétente pour connaître des litiges pouvant naître dans le cadre des dépassements de tarifs tels que visés à l'article 66, alinéa 2 du Code des assurances sociales. Cette disposition prévoit en effet que les modalités des dépassements de tarifs doivent obligatoirement être déterminées dans les conventions conclues avec les médecins et médecins-dentistes. Force est donc de constater qu'une réglementation concernant les dépassements de tarifs n'est actuellement imposée que pour les conventions entre l'Union des caisses de maladie et les médecins et médecins-dentistes.

Sont notamment visés les dépassements de tarifs pour l'hospitalisation en première classe pour convenance personnelle, les autres convenances personnelles et les prothèses et prestations dentaires dépassant l'utile et le nécessaire.

Afin de pouvoir facturer ces dépassements de tarifs à son patient, le médecin a cependant l'obligation de l'en informer préalablement et de demander son accord de prendre le montant du supplément à sa charge.¹³⁾ Les dépassements, facturés avec tact et mesure¹⁴⁾ pour convenance personnelle, ne sont pas remboursables par l'assurance maladie, mais doivent néanmoins figurer ensemble avec les prestations pris en charge par l'assurance maladie sur un même mémoire d'honoraires.¹⁵⁾

Etant donné que les dépassements de tarifs ne sont pas pris en charge par l'assurance maladie, on se retrouve dans une relation qui ne concerne en principe que le médecin et son patient.

Mais le législateur a néanmoins prévu, que conformément à l'article 55, alinéa 4 du Code des assurances sociales, les présidents des comités directeurs des caisses de maladie sont tenus de prendre une décision dans le cadre de tels litiges pour permettre au médecin ou à son patient de les porter devant la Commission de surveillance. Cette approche peut s'aligner dans la logique que les conventions doivent obligatoirement régler les dépassements de tarifs et dans un souci d'apporter une aide et une protection aux assurés qui peuvent se voir facturés des dépassements de tarifs non justifiés.

Le président du comité-directeur et le cas échéant la Commission de surveillance, prennent des décisions quant à des prestations non opposables au régime légal d'assurance maladie.

Sachant que les présidents des comités-directeurs des caisses de maladie ne disposent pas des mêmes moyens d'investigation que la Commission de surveillance ou les juridictions de sécurité sociale, et qu'il n'est guère praticable que les parties soient convoquées par le président d'une caisse de maladie pour être entendues en leurs moyens dans une telle phase purement administrative, il peut le cas échéant être assez délicat, voire impossible, de prendre objectivement des décisions au sujet des dépassements de tarifs dont la mise en compte dépend surtout de situations de fait difficilement appréciables par un tiers, et dont les montants sont fixés selon des critères assez vagues, laissant place à une marge de manœuvre et un pouvoir d'appréciation non négligeables.

Il convient encore finalement de remarquer dans le contexte des dépassements de tarifs, qu'un certain nombre de conventions conclues entre l'Union des caisses de maladie et d'autres groupements de prestataires individuels de soins de santé, prévoient la possibilité d'une mise en compte

13) Voir notamment en ce sens l'article 48 de la Convention entre l'Union des caisses de maladie et l'Association des médecins et médecins-dentistes du 13 décembre 1993.

14) Voir en ce sens l'article 50, alinéa 2 de la Convention citée sous 13 et l'article 72 du Code de déontologie des professions de médecin et de médecins-dentiste tel qu'approuvé par arrêté ministériel du 21 mai 1991 (Mémorial A - N°36 du 13 juin 1991, p. 707).

15) Voir en ce sens l'article 24, alinéa 4 de la Convention citée sous 13.

d'indemnités pour contraintes extraordinaires non à charge de l'assurance maladie.¹⁶⁾ Il peut notamment s'agir d'un supplément facturé pour les rendez-vous après 19:00 heures ou les samedis, dimanches ou jours fériés. Bien que le règlement des différends sur la mise en compte d'un tel dépassement ne soit pas expressément conféré au président du comité-directeur d'une caisse de maladie et à la Commission de surveillance, on peut admettre qu'ils ont néanmoins compétence pour connaître de telles affaires dans le cadre de leurs attributions au sujet d'un tarif en application des nomenclatures ou des conventions. Contrairement aux dépassements de tarifs pour convenance personnelle pouvant être appliqués par les médecins et médecins-dentistes, les montants des indemnités pour contraintes extraordinaires sont déterminés selon des critères précis et excluent donc en principe toute marge de manœuvre du prestataire individuel de soins de santé concerné.

4) Les litiges ne pouvant pas être soumis à la Commission de surveillance

Conformément aux diverses nomenclatures applicables, ainsi qu'aux statuts de l'Union des caisses de maladie, un certain nombre d'actes de soins de santé ne peuvent être pris en charge par l'assurance maladie que sous réserve de la validation d'une ordonnance médicale afférante par un organisme d'assurance maladie ou d'une autorisation préalable de l'Administration du contrôle médical de la sécurité sociale.

En tenant compte de la force obligatoire de ces textes et de leur opposabilité aux assurés, ceux-ci ont, sous peine du non remboursement des prestations en cause, une obligation de se conformer aux conditions pouvant le cas échéant être liées à une prise en charge par l'assurance maladie. En pratique, l'assuré ne connaît assez souvent pas les conditions médicales et administratives liées à la prise en charge d'un certain nombre d'actes de soins de santé.

C'est notamment dans cette optique que la quasi totalité des conventions que l'Union des caisses de maladie a conclues avec des prestataires de soins de santé en vertu de l'article 61 du Code des assurances sociales, prévoit une obligation du prestataire d'informer son client, patient sur ces conditions.

Dans ce sens, il incombe p.ex. une obligation conventionnelle aux masseurs et masseurs-kinésithérapeutes de vérifier avant la délivrance des soins que les formalités administratives nécessaires à la prise en charge sont remplies et que le titre de prise en charge prévu aux statuts de l'Union des caisses de maladie a été demandé. Le cas échéant, il doit renseigner son client sur la

16) Voir p.ex. l'article 13 de la Convention entre l'Union des caisses de maladie et l'Association luxembourgeoise des kinésithérapeutes diplômés; l'article 12 de la Convention conclue entre l'Union des caisses de maladie et l'Association nationale des infirmiers luxembourgeois, et la Confédération luxembourgeoise des prestataires et ententes dans le domaine de prévention, d'aide et de soins aux personnes dépendantes; etc...

nécessité d'accomplir ces formalités. En cas de litige la charge de la preuve que cette information a été donnée incombe au prestataire. Il est en outre rappelé que le non respect des conditions de prise en charge de prestations implique leur inopposabilité à l'assurance maladie¹⁷⁾.

Des dispositions quasiment analogues sont prévues par les conventions que l'Union des caisses de maladie a conclues avec les groupements professionnels représentant respectivement les infirmiers, les psychomotriciens, les orthophonistes, etc..

Quant à la Convention entre l'Union des caisses de maladie et l'Association des médecins et médecins-dentistes du 13 décembre 1993, l'article 17 dispose notamment que " *lorsqu'un médecin propose à une personne protégée de réaliser un acte médical pour lequel la nomenclature prescrit une autorisation préalable du contrôle médical, il en informe la personne protégée et entreprend les démarches nécessaires à l'obtention de cette autorisation.* (...) "

En ce sens, l'article 57 du Code de déontologie des professions de médecin et de médecin-dentiste¹⁸⁾ dispose aussi que " *le médecin doit s'efforcer de faciliter l'obtention par son malade des avantages sociaux auxquels son état lui donne droit, sans céder à aucune demande abusive.* (...) "

Lorsqu'un prestataire n'observe pas ces obligations conventionnelles et son client ignore les conditions liées au remboursement de l'acte en cause, les frais y relatifs ne sont pas opposables à l'assurance maladie.

A l'heure actuelle, les contestations en cas de non respect des conditions liées à la prise en charge d'une prestation impliquent de manière générale un litige entre un assuré et sa caisse de maladie ou l'Union des caisses de maladie.

En considérant que les textes en la matière sont assez clairs et opposables à l'assuré, il est relativement constant que celui-ci n'obtient pas gain de cause dans ce type de contentieux devant les juridictions de sécurité sociale.

Lorsqu'il veut se retourner contre le prestataire qu'il considère comme étant fautif, le seul moyen d'action du patient se traduit par une saisine des juridictions civiles. Dans la majorité des cas, le recours à ce moyen peut s'avérer inopportun dans le chef du patient.

Tout en tenant compte des droits et obligations des assurés et des prestataires individuels de soins de santé, la question se pose nécessairement s'il ne serait pas dans la logique des choses que ce type de litiges devrait en premier lieu faire l'objet d'une décision du président du

17) Voir en ce sens l'article 10 de la Convention entre l'Union des caisses de maladie et l'Association des kinésithérapeutes diplômés.

18) Code de déontologie cité sous 14.

comité-directeur d'une caisse de maladie ou son délégué pour être portés ensuite devant la Commission de surveillance.

Un élargissement de l'article 55, alinéa 4 en ce sens aurait certainement le mérite d'être nettement plus efficace et praticable que les procédures actuellement envisageables pour ce genre de conflits.

§2) Dans le cadre de l'article 73 du Code des assurances sociales

A) L'examen des rapports d'activité soumis par le directeur du Contrôle médical de la sécurité sociale

Conformément à l'article 73, alinéa 1er du Code des assurances sociales, la Commission de surveillance peut être saisie par le directeur de l'Administration du contrôle médical de la sécurité sociale pour examiner les rapports d'activité tels que prévus par l'article 341, alinéa 2, sous le point 5.

Tout comme les litiges au sujet des dépassements de tarifs pouvant être soumis à la Commission de surveillance, seuls les médecins et médecins-dentistes sont concernés par cette disposition.

Pour des raisons de transparence, le législateur a prévu à l'article 64, alinéa 2 du Code des assurances sociales, que les modalités d'établissement des rapports d'activité sont à déterminer par les conventions avec les prestataires concernés.

La finalité de ces rapports consiste à détecter le cas échéant la non observation de références médicales opposables et de toute déviation injustifiée de l'activité du prestataire.

Tout comme les rapports d'activité, les références médicales opposables¹⁹⁾ doivent être définies dans la convention avec les médecins et médecins-dentistes. Elles définissent d'une part des soins et des prescriptions inutiles à partir de critères scientifiques reconnus, d'autre part des fréquences d'utilisation pour le patient de certains soins et prescriptions.

A l'heure actuelle, ni les rapports d'activité, ni les références médicales opposables ne sont définis par les conventions respectives.

B) La saisine par le président de l'Union des caisses de maladie ou du président d'une caisse de maladie

Conformément à l'article 73 du Code des assurances sociales, la Commission de surveillance a compétence pour connaître "des faits signalés par le président de l'union des caisses de maladie ou le président d'une caisse

19) Les auteurs de la loi du 18 mai 1999 se sont inspirés à la notion française des références médicales opposables telle qu'elle a été introduite en 1993 dans l'ordre juridique français (voir notamment en ce sens la loi n° 93-8 du 4 janvier 1993 relative aux relations entre les professions de santé et l'assurance maladie (Jo n°3 du 05 janvier 1993) et la Convention nationale française des médecins du 21 octobre 1993).

de maladie et susceptibles de constituer une violation répétée par un prestataire d'une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle visée par le présent code."

Contrairement aux situations de conflit concernant des cas concrets et isolés visés à l'article 72bis du Code des assurances sociales, cette disposition vise un ensemble de faits constituant une violation répétée de règles juridiques applicables en matière d'assurance maladie, tels que p.ex. les conventions et les nomenclatures visées respectivement aux articles 61 et 65 du Code des assurances sociales.

Selon une décision de la Commission de surveillance,²⁰⁾ la notion de violation répétée est à interpréter avec une certaine rigueur. Dans l'espèce évoquée, une institution de sécurité sociale avait sollicité une association de médecins de fournir un certain nombre de rapports médicaux au Contrôle médical de la sécurité sociale, sur base de l'article 54 de la Convention conclue entre l'Union des caisses de maladie et l'Association des médecins et médecins-dentistes. Nonobstant deux rappels, les prestataires n'ont ni obtempéré à la demande initiale, ni aux rappels. Malgré cette circonstance, la Commission de surveillance a retenu qu'elle " *ne se trouve pas en présence d'une violation répétée, mais isolée et unique de la même disposition conventionnelle de sorte que la condition d'application de l'article 73, alinéa 3 du CAS ne se trouve pas remplie* ", pour classer l'affaire sans suites.

Force est donc de constater que le fait de ne pas donner suite à une demande initiale et à deux rappels, ne constitue pas une violation répétée au sens de l'article 73, alinéa 3 du Code des assurances sociales. Dans un tel contexte, la question s'impose, s'il n'aurait pas le cas échéant été plus opportun pour le demandeur de diviser sa demande de rapports médicaux en plusieurs courriers séparés, au lieu de la regrouper dans un courrier isolé.

Section 3) La réalité des faits soumis à la Commission de surveillance

§1) Les moyens d'investigation de la Commission de surveillance

En tenant compte de la nature et de l'objet des affaires pouvant être portées devant la Commission de surveillance, celle-ci ne peut pas toujours prendre position sans procéder à des mesures d'investigation pour établir la réalité des faits et circonstances ayant donné lieu à sa saisine.

La base légale de ces mesures est notamment prévue dans le règlement grand-ducal du 25 octobre 1999 déterminant le fonctionnement de la Commission de surveillance prévue à l'article 72 du Code des assurances sociales.²¹⁾

20) Décision N° 2004/009 du 07 janvier 2004 de la Commission de surveillance.

21) Mémorial A - N° 137 du 28 octobre 1999, p. 2516.

A) Le débat contradictoire: procédure commune à toutes les affaires portées devant la Commission de surveillance

Il est de principe que dans le cadre de tous les litiges portés devant la Commission de surveillance, les parties opposantes soient convoquées devant la Commission pour présenter de manière contradictoire leurs points de vue respectifs²²⁾. Elles peuvent se faire assister ou représenter par une personne dûment mandatée. C'est à l'occasion de cette réunion et dans le cadre de son pouvoir de diriger les débats,²³⁾ que le président de la Commission a l'occasion de poser les questions aux parties afin de déceler la vérité des faits ayant donné lieu au litige.

Si l'on suit la structure du règlement grand-ducal du 25 octobre 1999, le pouvoir d'investigation de la Commission de surveillance se limite au débat contradictoire pour tous les litiges prévus à l'article 72bis du Code des assurances sociales²⁴⁾ c.-à-d. les différends entre un prestataire individuel de soins de santé et l'Union des caisses de maladie dans le cadre du tiers payant et les litiges opposant des prestataires de soins à un assuré et à sa caisse de maladie.

B) Les moyens d'investigation propres aux affaires soumises à la Commission de surveillance dans le cadre de l'article 73 du Code des assurances sociales

- 1) Les éléments d'information fournis par des organismes de sécurité sociale

Conformément à l'article 13, alinéa 1er du règlement grand-ducal du 25 octobre 1999, la Commission de surveillance peut " *recueillir tous les éléments d'information auprès du Centre commun de la sécurité sociale, de l'Union des caisses de maladie, de l'Association d'assurance contre les accidents, les caisses de maladie et du contrôle médical de la sécurité sociale.* "

Pour ce qui est plus particulièrement des rapports d'activité, il est prévu à l'article 341, alinéa 2 du Code des assurances sociales que certains organismes de sécurité sociale procurent au Contrôle médical de la sécurité sociale, sur base de leurs banques de données, les informations nécessaires

22) Voir en ce sens les articles 6 et 7 du règlement cité sous 21 pour les litiges s'élevant sur base de l'article 72bis du Code des assurances sociales et l'article 12 du règlement pour les litiges dans le cadre de l'article 73 du Code des assurances sociales.

23) En vertu de l'article 5, alinéa 1 du règlement cité sous 21, " le président ouvre et clôt la réunion et dirige les débats. "

24) Les articles 6 à 11 du règlement cité sous 21 traitent particulièrement des litiges s'élevant dans le cadre de l'article 72bis du Code des assurances sociales, tandis que les articles 12 à 15 du règlement s'appliquent à l'activité de la Commission de surveillance telle que prévue à l'article 73 du Code des assurances sociales.

pour établir ces rapports qui peuvent le cas échéant être soumis à la Commission de surveillance.

A part cette précision dans le cas concret des rapports d'activité, le législateur n'a ni spécifié le type d'informations, ni leur forme et leur support matériel.

L'on peut donc admettre qu'il est laissé un certain degré de liberté à la Commission de surveillance pour opérer un choix individuellement adapté aux cas d'espèce dont elle se trouve saisie.

A titre d'exemple, on peut concevoir selon le dossier à traiter par la Commission, que les organismes de sécurité sociale soient amenés à fournir des éléments d'informations ayant trait à un assuré, comme p.ex. des renseignements sur les remboursements de frais de soins de santé, des mémoires d'honoraires, etc..

Il paraît aussi tout à fait envisageable que la Commission puisse solliciter les données et informations dont les conventions prévues à l'article 61 du Code des assurances sociales doivent obligatoirement déterminer la transmission et la circulation entre signataires de la convention concernée.

L'article 13 du règlement grand-ducal du 25 octobre 1999 prévoit qu'il est dressé un procès verbal au sujet des informations obtenues sur demande de la Commission de surveillance et qu'une copie en est communiquée au prestataire de soins.

2) Les expertises

Le président de la Commission de surveillance a la possibilité de nommer une personne indépendante pour procéder à des constatations et à des appréciations de fait pour en tirer des conclusions dans un rapport qu'il fournit à la Commission.

En tenant compte de l'objet des affaires principalement soumises à la Commission de surveillance, il est très probable que des prestataires indépendants et relevant de la même profession que le prestataire mis en cause, soient appelés à fournir des expertises.

A un certain égard, la Commission de surveillance est entourée d'un expert permanent en la qualité du directeur du Contrôle médical de la sécurité sociale dans la mesure qu'il peut assister avec une voix consultative aux réunions de la Commission.

3) La mise en demeure du prestataire de fournir des pièces

L'article 13, alinéa 3 du règlement dispose que " *La commission de surveillance peut mettre le prestataire de soins en demeure de produire, dans un délai qu'elle détermine, toutes les pièces écrites, conclusions ou justifications propres à l'éclairer.* "

Il s'agit d'une injonction au destinataire, d'assister activement la Commission dans son investigation.

Selon le cas concret qui se présente, il est imaginable qu'un prestataire individuel de soins de santé soit p.ex. sollicité de présenter des pièces comptables, des factures, des ordonnances médicales, des devis, des carnets de visite, etc..

§2) Le rôle des parties dans la preuve de leurs droits

A) Situation du problème et objet de la preuve

Depuis le droit romain, c'est la même chose de ne pas être ou de ne pas être prouvé.²⁵⁾ Les exigences de preuve peuvent se manifester dans les relations juridiques contentieuses et non-contentieuses les plus diverses. Dans le cadre d'un différend, celui qui veut qu'il soit statué favorablement sur sa prétention a intérêt de fournir la preuve de son exactitude. Un droit doit être prouvé par la preuve des faits auxquels la loi attache ce droit.

Les moyens d'investigation dont dispose la Commission de surveillance soutiennent la recherche de la réalité des faits dans la mesure qu'ils soient, du moins dans les affaires relevant du champ d'application de l'article 73 du Code des assurances sociales, relativement étendus. Mais ils ne sont certes pas toujours suffisants pour constituer le fondement d'une décision à prendre par cette institution. Dans cette optique, mais aussi le cas échéant dans un souci d'un aménagement des droits de la défense des parties en cause, le pouvoir d'investigation de la Commission de surveillance ne peut pas tenir en échec la possibilité et le droit des parties, d'étayer leurs versions des faits aux moyens de diverses preuves.

Le régime de la preuve, n'étant pas expressément régi par la loi et le règlement relatif à la Commission de surveillance, il convient de se référer au droit commun de la preuve qui trouve sa source principale dans les articles 1315 et suivants du Code civil. En effet, ces dispositions ont une portée générale et sont d'application dans toutes les matières, pour autant que des dispositions spéciales n'y dérogent pas.²⁶⁾

Le droit de la preuve distingue entre la preuve du droit, des actes juridiques et des faits juridiques. Dans le cadre des affaires soumises à la Commission de surveillance, la solution des litiges, respectivement l'appréciation des dossiers à traiter, dépend dans une large mesure de la question de savoir si les faits en cause pouvaient p.ex. justifier l'application d'un tarif déterminé ou constituer une violation répétée du droit positif. La preuve de la vérité des faits constitue de cette manière un élément primordial dans le cadre des dossiers soumis à la Commission. En ce sens, il convient d'analyser

25) " Idem est non esse et non probari "; adage pour souligner l'importance décisive de la preuve à défaut de laquelle l'application de la règle de droit invoquée se trouve paralysée.

26) Voir notamment en ce sens Nicole Verheyden-Jeanmart, " Droit de la preuve ", Larcier, édition 1991, p. 5 et suiv. ; Boris Starck, " Introduction au droit ", Litec, 3e édition, p. 590.

successivement à qui incombe la charge de la preuve des faits et par quels moyens cette preuve peut être apportée.

B) La charge de la preuve

Dans le cadre des affaires portées devant la Commission de surveillance, l'administration de la preuve fait intervenir trois acteurs, à savoir la Commission elle-même, se traduisant notamment par le pouvoir d'investigation de son président, le demandeur, c.-à-d., le prestataire, l'assuré ou l'organisme d'assurance maladie qui est à l'initiative de l'affaire, et le défendeur.

Conformément à l'article 1315 du Code civil, " *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.* " Ce principe s'étend aux autres matières et situations juridiques, quel que soit le droit que l'on invoque.

Dans ce contexte, celui qui prend l'initiative de saisir la Commission de surveillance doit prouver les faits qui forment le fondement de ses préentions juridiques. La contrepartie de ce principe se traduit par le principe que le défendeur porte la charge de la preuve quant à ses arguments de défense. En ce sens, la charge de la preuve peut continuellement passer d'une partie à l'autre et se renvoie comme une balle de tennis.

La Commission de surveillance qui reste en principe neutre dans les démarches probatoires des parties, ne joue cependant pas un rôle tout à fait passif. Comme évoqué ci-dessus, elle dispose de certains pouvoirs d'investigation qui font que la procédure revêt un caractère qui se situe entre l'accusatoire et l'inquisitoire.

En tenant compte du rôle des parties dans la procédure devant la Commission de surveillance, il convient d'analyser les moyens par lesquels elles peuvent faire valoir leurs droits.

C) Les moyens de preuve

1) Aperçu sur les moyens de preuve traditionnels

Le droit commun de la preuve connaît cinq principaux modes de preuve, à savoir l'aveu, le serment, les présomptions, les témoignages et la preuve littérale.

L'aveu est la reconnaissance d'un fait litigieux par la partie contre laquelle il est allégué.

Le serment probatoire est l'affirmation solennelle de la véracité d'un fait ou de la réalité d'un acte dont dépend l'issue d'un litige. Il peut être décisoire ou déféré d'office.

La présomption est la conséquence que la loi ou le juge tire d'un fait connu à un fait inconnu dont l'existence est rendue vraisemblable par le premier.

Par un témoignage, une partie peut appeler une personne qui a observé par ses propres sens le fait ou l'acte qui doit être prouvé. Les déclarations des tiers peuvent être recueillies oralement dans le cadre d'une enquête ou sous forme écrite d'attestation testimoniale au sens de l'article 402 du Nouveau code de procédure civile. En cas de violation répétée de textes légaux applicables en matière d'assurance maladie par un prestataire de soins, des attestations écrites de la part de ses clients, patients peuvent se révéler comme outil de preuve intéressant dans le chef de l'Union des caisses de maladie ou d'une caisse de maladie.

La preuve littérale constitue en pratique le moyen de preuve le plus important. On peut distinguer entre les actes authentiques, les actes sous seing privé, les copies d'actes et les écrits spéciaux, comme p.ex. les registres et papiers domestiques. Quant à ces derniers, il s'agit de toutes les écritures faites spontanément sur des feuilles, des livres, des carnets pour le souvenir de certains événements. Elles peuvent servir de présomptions qui sont à compléter par d'autres éléments de preuve. Ainsi une inscription dans un carnet de visite du médecin peut p.ex. suffire à établir sa créance d'honoraires contre son patient.²⁷⁾

Suite à ce bref aperçu sur les moyens traditionnels de preuve, une question tout à fait particulière mais néanmoins importante dans le cadre des litiges s'élevant sur base de l'article 73 du Code des assurances sociales, mérite d'être abordée par la suite.

2) Les relevés informatiques: moyen de preuve devant la Commission de surveillance?

a) La source des relevés informatiques

Dans le cadre des opérations de saisie et de liquidation des mémoires d'honoraires ou des factures présentés aux caisses de maladie, le code de l'acte relevant des nomenclatures en vigueur, l'identité du prestataire qui a fourni la prestation, la date de l'acte, l'identité de l'assuré et le montant du remboursement sont enregistrés par voie informatique, sous forme immatérielle, dans une banque de données.

Suite à cette exploitation des pièces originales et matérielles, celles-ci sont archivées par l'organisme qui a transmis les données qu'elles contiennent dans le système informatique prévu à cette fin.

La reproduction d'éléments de cette banque de données sous forme de relevés informatiques et selon des modalités et critères déterminés, peut constituer un outil performant pour les organismes d'assurance maladie afin de constater qu'un prestataire n'a de manière répétée pas respecté des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles applicables en matière d'assurance maladie.

27) Boris Starck, (*cité sous 26*), p. 623.

Bien que l'analyse de ces relevés puisse le cas échéant justifier et fonder une saisine de la Commission de surveillance sur base de l'article 73 du Code des assurances sociales, se pose néanmoins la question de savoir dans quelle mesure des extraits de cette banque de données informatiques peuvent avoir force probante devant l'institution saisie.

b) Les rapports d'activité établis par voie informatique

L'article 341, alinéa 2 du Code des assurances sociales prévoit que les rapports d'activité examinés par la Commission de surveillance en vertu de l'article 73 du Code des assurances sociales, soient établis par voie informatique. Il semble par conséquent que le législateur ne soit pas tout à fait opposé à conférer une certaine force probante aux rapports d'activité obtenus par l'utilisation de banques de données informatiques. Il est cependant indispensable que les modalités de l'établissement par voie informatique de ces rapports soient définies dans les conventions visées à l'article 61 du Code des assurances sociales.

En effet, les règles de preuve ne sont pas d'ordre public et les parties peuvent prévoir des moyens de preuve par leur propre initiative pour tenir compte des spécificités de leur relation conventionnelle et du progrès technique.²⁸⁾ Cette liberté contractuelle ne peut cependant pas écarter le principe du respect de la discussion contradictoire des preuves qui est d'ordre public. Ce principe implique que les modalités d'établissement des rapports d'activité doivent être négociées entre parties contractantes.

Du moment où les procédures d'établissement de tels fichiers informatiques seront définies dans les conventions entre prestataires individuels de soins de santé et l'Union des caisses de maladie, il est en principe envisageable que ce moyen de preuve devrait avoir valeur juridique. Il est à rappeler que l'établissement par voie informatique de rapports d'activité n'est actuellement envisagé que dans le cadre des relations conventionnelles avec les médecins et médecins-dentistes. Jusqu'à présent, cette procédure n'a pas encore été mise en place.

A part des rapports d'activité, ni la loi, ni les conventions prévues à l'article 61 du Code des assurances sociales, ne semblent prévoir l'utilisation de données informatiques devant la Commission de surveillance.

c) L'usage des relevés informatiques dans les relations non conflictuelles entre les prestataires individuels de soins de santé et l'Union des caisses de maladie

Il semble cependant y avoir une volonté d'institutionnaliser dans certaines conventions la voie informatique comme moyen de transmission de données à valeur juridique.

28) Voir en ce sens François Terré; " Introduction générale au droit "; Dalloz, édition 1991; p. 403.

Ainsi l'article 18, alinéa 3 de la Convention médicale du 13 décembre 1993 prévoit p.ex. que " *la communication des données nécessaires à la prise en charge des prestations par l'assurance maladie peut également être réalisée par des procédés informatiques dans les conditions à déterminer par voie conventionnelle.* " En ce sens, il est p.ex. prévu à l'article 21 du cahier des charges relatif aux formules standardisées pour le corps médical²⁹⁾ que dans certaines hypothèses, les relevés récapitulatifs accompagnant les mémoires d'honoraires présentés dans le cadre du tiers payant ou l'action directe, peuvent être présentés sur des disquettes dont le format et le contenu reste actuellement à définir dans une annexe " D " du cahier des charges.

L'article 16, alinéa 3 de la Convention entre l'Union des caisses de maladie et le Syndicat des pharmaciens luxembourgeois du 13 décembre 1993, prévoit p.ex. que l'Union des caisses de maladie communique sur support informatique les taux et forfaits de prise en charge statutaires relatifs aux différents médicaments. Le cahier des charges relatif aux formules standardisées ainsi qu'aux moyens de transmission des données³⁰⁾ prévoit notamment en son article 1er que dans le cadre du tiers payant, les pharmaciens transmettent les données sur support informatique à l'Union des caisses de maladie.

Même en dehors de communication d'informations par voie informatique entre les organismes d'assurance maladie et les prestataires individuels de soins de santé, il semble que dans les relations entre les organismes d'assurance maladie, notamment l'Union des caisses de maladie et les partenaires conventionnels, les relevés informatiques, établis sur base des banques de données des organismes de sécurité sociale, sont d'usage. Sur demande de la Direction des contributions directes, fondée sur l'article 188 de la loi générale des impôts,³¹⁾ l'Union des caisses de maladie établit p.ex. chaque année pour chaque prestataire de soins de santé un relevé reprenant

29) Voir Mémorial A - N°34 du 29 avril 1995 p. 952 suiv.; Cahier des charges relatif aux formules standardisées et aux moyens de transmission des données entre le corps médical et les personnes protégées, l'union des caisses de maladie, les caisses de maladie, l'assurance contre les accidents et le contrôle médical de la sécurité sociale, pris en exécution de l'article 18 de la convention du 13 décembre 1993 conclue pour les médecins et liant l'association des médecins et médecins-dentistes du Grand-Duché de Luxembourg et l'union des caisses de maladie.

30) Voir Mémorial A - N°31 du 26 avril 1995 p. 906 suiv.; Cahier des charges relatif aux formules standardisées et aux moyens de transmission des données entre les pharmaciens, les personnes protégées, l'union des caisses de maladie, les caisses de maladie, l'assurance contre les accidents et le contrôle médical de la sécurité sociale, pris en exécution de l'article 16 de la convention du 13 décembre 1993 conclue entre le syndicat de pharmaciens luxembourgeois et l'union des caisses de maladie.

31) Article 188: " Die Staats- und Gemeindebehörden, die Beamten und Notare sowie die Verbände und Vertretungen von Betriebs- oder Berufszweigen haben den Finanzämtern jede zur Durchführung der Besteuerung und den Finanzämtern obliegenden Prüfung und Aufsicht dienliche Hilfe zu leisten, insbesondere Einsicht in ihre Bücher, Verhandlungen, Listen und Urkunden zu gewähren. (...) ".

le revenu réalisé pendant l'année fiscale. Il est tenu compte des paiements dans le cadre du tiers payant, de l'action directe et des mémoires d'honoraires, respectivement des factures présentés par les clients au cours de l'exercice en cause aux caisses de maladie et saisis par voie informatique. Il est d'usage que ces relevés qui sont extraits d'une banque de données soient en général acceptés par les prestataires et servent de base d'imposition sur le revenu. D'un point de vue pratique, le contribuable et les autorités fiscales semblent par cet usage ne pas mettre sérieusement l'exactitude des relevés informatiques en doute.

- d) Les relevés informatiques et la preuve d'une violation répétée de normes juridiques au sens de l'article 73 du Code des assurances sociales

La question qui se pose dans le contexte d'une saisine de la Commission de surveillance consiste à savoir, si les relevés informatiques tirés des mêmes banques de données que celles sur base desquelles les rapports d'activité ou les relevés fiscaux sont tirés, peuvent avoir valablement force probante devant la Commission de surveillance. Eu égard au fait qu'aussi bien le législateur que les autorités fiscales et les partenaires conventionnels ne semblent guère mettre sérieusement l'exactitude et la fiabilité des banques de données des organismes d'assurance maladie en doute, une première étape vers l'acquiescement de la force probante des relevés informatiques qui peuvent en être tirés semble achevée.

Mais cette affirmation n'est certes pas exempte de toute critique. Il est tout à fait concevable que la partie adverse critique à bon droit un tel procédé informatique par crainte de ne pas offrir la sécurité nécessaire. Un certain risque de faute, voir même de fraude et de trucage ne semble a priori pas pouvoir être absolument exclu. Il peut apparaître trop facile de créer ou de modifier des données informatiques. Il est en plus envisageable que la preuve obtenue à l'aide de procédés informatiques puisse constituer une atteinte à la vie privée et ne pas offrir des garanties processuelles satisfaisantes, du fait qu'il paraît assez difficile de discuter de manière contradictoire la preuve d'un comportement fautif par relevés informatiques.

Le système juridique luxembourgeois n'est pas imperméable à ce genre de critiques et il paraît en l'absence de législation spécifique applicable à cette problématique juridique tout à fait concevable, qu'un défendeur puisse avec succès contester les relevés informatiques devant la Commission de surveillance. Ceci ne doit cependant pas nécessairement impliquer que ces éléments soient rigoureusement écartés des débats et des délibérations. Ils peuvent tout à fait constituer des présomptions dont la valeur dépend de l'appréciation souveraine de la Commission de surveillance, et qui peuvent être complétées d'autres éléments de preuve comme p.ex. la production d'originaux de mémoires d'honoraires, des témoignages, etc..

La relativité de la valeur juridique des relevés informatiques tirés sur base de banques de données informatiques ne se trouve p.ex. pas si prononcée dans certaines législations d'outre-atlantique. Ainsi le droit de la preuve canadien admet p.ex. de manière générale, qu'une partie puisse utiliser les données issues de banques de données informatiques comme moyen de preuve, si elles sont intelligibles, le système informatique présente des garanties suffisamment sérieuses et fiables, les circonstances dans lesquelles les données ont été inscrites et dans lesquelles elles ont été produites offrent des garanties suffisantes et qu'il existe un système de contrôle pour veiller aux modifications et au traitement des données entrées. Les registres informatiques tenus par l'Etat, les banques et les entreprises jouissent même d'une présomption simple de fiabilité.³²⁾

e) Les relevés informatiques et la législation relative à la protection des données à caractère personnel

A supposer que la force probante des fichiers informatiques serait reconnue par les parties en cause et la Commission de surveillance, il est en outre nécessaire que l'utilisation des données informatiques réponde aux impératifs de la loi du 02 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel,³³⁾ qui a comme objet de protéger les libertés et droits fondamentaux des personnes. Conformément à l'article 4, alinéa 1er de ce texte légal, les données à caractère personnel doivent être " *collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne sont traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités.*" Elles doivent être proportionnelles par rapport à la finalité pour lesquelles elles sont collectées, être exactes, et leur traitement doit avoir une cause.

Les traitements des données relatives à la santé peuvent conformément à l'article 7 de la loi être mis en œuvre " *par les organismes de sécurité sociale et les administrations qui gèrent ces données en exécution de leurs missions légales et réglementaires.*"

Il est certain que la première finalité de la collecte des données relatives aux prestations de soins de santé ne consiste pas dans un traitement de ces données pour contrôler le respect de la législation relative à l'assurance maladie. Eu égard aux rapports d'activité prévus par la loi et l'esprit général de l'article 73 du Code des assurances sociales qui confère un rôle de contrôleur à certains organismes de sécurité sociale, l'utilisation des données afin de prouver le cas échéant une violation du droit positif régissant l'assurance maladie est justifié et déterminé d'avance. On peut donc le cas

32) Voir en ce sens, Yves Robillard; " La preuve des communications à l'ère électronique... "; <http://www.avocat.qc.ca/affaires/iitechno.htm>

33) Mémorial A - N° 91 du 13 août 2002, p. 1836.

échéant admettre que ce procédé fait partie des missions légales et réglementaires des organismes d'assurance maladie.

Section 4) L'issue des affaires portées devant de la Commission de surveillance

§1) Dans le cadre de l'article 72bis du Code des assurances sociales

Dans le cadre des litiges déférés à la Commission de surveillance sur base de l'article 72bis, elle dispose d'un véritable pouvoir décisionnel.

Quant aux litiges opposant des prestataires individuels de soins de santé à l'Union des caisses de maladie dans le cadre de la procédure du tiers payant, la Commission de surveillance peut " *prononcer le paiement ou le redressement qui s'impose au profit du prestataire de soins* " lorsqu'elle " *décide que c'est à tort que l'union des caisses de maladie a refusé le paiement ou le redressement qui s'impose au profit du prestataire de soins* ".³⁴⁾

Dans le cadre des litiges opposant un prestataire individuel de soins de santé à un assuré et sa caisse de maladie " *au sujet d'un tarif en application des nomenclatures ou des conventions ou au sujet d'un dépassement de tarifs visés à l'article 66, alinéa 2* " ,³⁵⁾ la Commission de surveillance peut " *prononcer la restitution à l'assuré de la somme indûment mise en compte* " si elle constate le non-respect d'un tarif. A défaut, " *elle liquide les droits de l'assuré conformément aux lois, règlements et statuts.* "³⁶⁾

§2) Dans le cadre de l'article 73 du Code des assurances sociales

Conformément à l'article 73 du Code des assurances sociales, la Commission de surveillance " *renvoie l'affaire devant le conseil arbitral des assurances sociales, à moins qu'une transaction n'intervienne (...).* "

A) La transaction

- 1) Aperçu sur la transaction dans le cadre de l'article 73 du Code des assurances sociales

Après avoir entendu le prestataire individuel de soins de santé et la partie qui lui a soumis l'affaire, à savoir le directeur du Contrôle médical de la sécurité sociale, le président de l'Union des caisses de maladie ou le président d'une caisse de maladie, la Commission de surveillance convoque le prestataire de soins à une réunion ultérieure à l'occasion de laquelle elle peut conclure une transaction avec lui. L'article 14 du règlement grand-ducal du 25 octobre

34) Article 72bis, alinéa 2 du Code des assurances sociales.

35) Article 55, alinéa 4 du Code des assurances sociales.

36) Article 72bis, alinéa 3 du Code des assurances sociales.

1999 déterminant le fonctionnement de la Commission de surveillance prévue à l'article 72 du Code des assurances sociales, dispose qu'une telle transaction est rédigée en deux exemplaires, contient la qualité des parties et le montant de l'amende transactionnelle. Le règlement prévoit qu'elle a pour effet de mettre fin au litige.

La transaction peut être définie comme " *un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.*"³⁷⁾ La transaction, qu'elle soit civile, administrative ou pénale, est un contrat synallagmatique dont les principales caractéristiques obéissent au droit commun tel qu'édicté au Code civil.³⁸⁾ Elle nécessite que les parties au contrat se fassent des concessions réciproques et aient l'intention de mettre fin au litige. En l'espèce, le prestataire individuel de soins de santé peut s'affranchir par une amende transactionnelle dans les limites " *d'une amende d'ordre ne pouvant dépasser douze mille trois cent quatre-vingt-quatorze euros et soixante-huit cents (12.394,68 €); la sanction financière prévue par la convention en cas de non observation des références médicales opposables; la limitation du nombre d'actes et de services professionnels par patient en moyenne que le prestataire ne peut pas dépasser pendant une période future de trois années au plus, sous peine de restitution des honoraires afférents; ce maximum peut s'appliquer à tout ou partie de l'activité du prestataire.*"³⁹⁾ La contrepartie offerte au prestataire est la fin du litige.

2) Les effets de la transaction

- a) Transaction et exclusion de l'action publique
 - Position du problème

Il échel d'analyser si la fin du litige par transaction met le prestataire individuel de soins de santé effectivement à l'abri de toute poursuite judiciaire. Il ne peut pas toujours être exclu que selon les circonstances d'espèce les faits d'une affaire soumise à la Commission de surveillance dans le cadre de l'article 73 du Code des assurances sociales ne soient pas constitutifs d'une infraction pénale.

Comme tout autre contrat, une transaction ne peut pas porter sur des droits hors du commerce, sur l'intérêt public ou l'ordre public.⁴⁰⁾ Le principe en

37) Article 2044, alinéa 1er du Code civil.

38) Voir en ce sens: Jean-Paul Hoffmann et Marc Jaeger, " La transaction en matière pénale et administrative ", *Bulletin du Cercle François Laurent (Bulletin II, 1996)*, p. 82 et suiv.

39) Article 73, alinéa 4 du Code des assurances sociales ; il est à rappeler qu'à l'heure actuelle la convention médicale ne définit pas encore les rapports d'activités, les références médicales opposables et la sanction financière pour leur non respect (voir en ce sens chapitre 1, section2, §2). Il est donc seulement envisageable qu'une transaction se réalise dans les limites d'une amende d'ordre de 12.394,68 euros.

40) Philippe Malaurie, Laurent Aynès, " Les contrats spéciaux ", *Cujas*, 6e édition, p. 565 et suiv.

vertu duquel on ne peut pas transiger sur l'intérêt public se traduit par l'article 2046 du Code civil qui dispose que " *la transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public.* " En tenant compte de ce principe, il n'est donc pas exclu qu'une partie informe le ministère public de la commission d'une infraction, qui est alors libre de poursuivre ou de ne pas poursuivre. Seule l'action civile du cocontractant est exclue si une transaction a eu lieu sur ce volet.⁴¹⁾

Ce principe peut cependant souffrir d'exceptions en matière de transaction administrative, c.-à-d. dans l'hypothèse d'une transaction entre une administration et son administré. De telles transactions peuvent revêtir un caractère pénal en fonction des sanctions qu'elles prévoient. Tel est p.ex. le cas lorsque les parties ont contracté le paiement d'une somme d'argent qui présente les caractéristiques d'une amende pénale. Cet aspect répressif implique alors l'extinction de l'action publique traditionnellement réservée au ministère public.⁴²⁾ A titre d'exemple on peut citer les délits douaniers pour lesquels l'exercice de l'action publique et l'initiative des poursuites appartient à l'Administration des Douanes à l'exclusion du ministère public.⁴³⁾

- Qualification de la transaction prévue à l'article 73 du Code des assurances sociales et conséquences

Pour déterminer les effets de la transaction entre un prestataire individuel de soins de santé et la Commission de surveillance, il convient de qualifier successivement la nature du contrat et de l'amende transactionnelle.

En tenant compte du rôle et des attributions légales de la Commission de surveillance, on peut affirmer qu'elle assume un service public au bénéfice des assurés sociaux, des prestataires de soins et finalement des organismes d'assurance maladie et de l'assurance accident. Il s'agit donc d'une autorité administrative⁴⁴⁾ dont le président est nommé par le ministre ayant dans ses attributions la sécurité sociale. Ces circonstances permettent de qualifier la transaction plutôt comme contrat administratif que privé.

Mais ce critère à lui seul ne permet pas encore à définir les effets de la transaction. Il faut en outre tenir compte de la nature de l'amende transactionnelle. En présence d'un certain nombre de critères appropriés pour déterminer la caractéristique de l'amende, diverses argumentations paraissent admissibles.

41) Voir notamment en ce sens Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bernard Bouloc, " Procédure pénale ", Précis Dalloz, 14e édition, p. 306 et suiv.

42) Jean-Paul Hoffmann et Marc Jaeger, (cité sous 38), p. 106.

43) Dean Spielmann, Alphonse Spielmann; " Droit pénal général luxembourgeois ", édition Bruylants, 2002, p. 302.

44) Voir en ce sens la décision CS 99/95 du Conseil arbitral des assurances sociales du 05 juin 1996.

Dans la mesure où la finalité de la transaction se limite à réparer le préjudice causé, l'amende transactionnelle constitue une réparation purement civile et l'action publique reste ouverte.

Il est aussi envisageable que l'amende transactionnelle présente un caractère mixte en ce qu'elle comporte aussi bien un aspect réparateur, qu'un effet dissuasif. Ce deuxième caractère devrait permettre de l'élèver au rang d'une amende pénale.⁴⁵⁾

Bien que la loi soit muette à ce sujet, un tel caractère mixte de la transaction pour trancher les litiges dans le cadre de l'article 73 du Code des assurances sociales semble être retenu par la Commission de surveillance.⁴⁶⁾

En tenant compte du fait que l'amende transactionnelle ait notamment un caractère pénal, on peut admettre que l'action publique est écartée par la conclusion d'une transaction prévoyant une sanction à caractère mixte.

Mais cette position ne semble pas être exempte de toute critique, dans la mesure où on pourrait qualifier la sanction transactionnelle comme sanction administrative, qui selon certains auteurs peut être définie comme "*mesure dépourvue de caractère pénal prise en vertu de la loi par l'autorité administrative compétente à l'encontre d'une personne physique ou morale et destinée à punir celle-ci pour un manquement à une obligation établie dans l'intérêt public.*"⁴⁷⁾ On peut en déduire qu'une action à caractère administratif devant la Commission de surveillance et l'action pénale sont à distinguer rigoureusement. En ce sens, la transaction conclue dans le cadre d'une affaire portée devant la Commission de surveillance ne peut mettre fin au litige que pour ce qui concerne son règlement dans le cadre des articles 72; 72bis et 73 du Code des assurances sociales. Le cumul d'actions et de sanctions administratives et pénales serait par conséquent possible.

Bien que l'argumentation de séparer les actions et les sanctions administratives et pénales les unes des autres, semble assez convaincante,

45) Voir notamment, *Dean Spielmann, Alphonse Spielmann* (cité sous 43), p. 394 et suiv.; *Me André Lutgen* dans son avis du 19 septembre 1997 au sujet du système de sanctions prévues par le Code des assurances sociales: "dans la mesure où la sanction vise à produire un effet dissuasif, où même seulement à décourager une éventuelle récidive de l'auteur du manquement, nous sommes en présence d'une sanction pénale."

46) Voir p. ex. la décision de renvoi devant le Conseil arbitral des assurances sociales prise par la Commission de surveillance le 05 décembre 2001, N° 2001/007; Reg: 00/UCM/03 dans laquelle il a été retenu que: "l'amende transactionnelle doit-elle, en plus de son caractère réparateur, avoir un effet dissuasif pour le prestataire fautif, et régulateur pour la profession. Le fait de provoquer la mise en œuvre de toute la procédure par les articles 73 et 74 du CAS - saisine de la commission de surveillance, renvoi devant le Conseil arbitral des assurances sociales, appel devant le conseil supérieur des assurances sociales - ne doit pas rester péquignairement neutre pour le prestataire reconnu avoir violé de façon répétée les dispositions juridiques réglant ses relations avec l'UCM et déclenché la procédure contentieuse."

47) *R. Maul, J. Kauffman* " La sanction en matière administrative en droit luxembourgeois " ; <http://193.191.217.21/colloquia/1972/Luxembourg.2.pdf>; p.325.

cette approche devrait néanmoins être appréciée avec une certaine circonspection dans la mesure qu'elle n'est pas très récente⁴⁸⁾ et ne tient pas compte des impératifs de la qualification réelle des peines, comme tel est le cas dans le contexte de la première position relative au caractère mixte des sanctions transactionnelles.

Au vu de ces éléments, la discussion sur la question du cumul de sanctions transactionnelles conclues entre un prestataire individuel de soins de santé et la Commission de surveillance, et de sanctions pénales, reste ouverte dans la mesure que différentes positions sont justifiables et que la question sur la recevabilité d'une action pénale, suite à une affaire devant la Commission de surveillance, n'a jusqu'à présent pas encore été tranchée par une juridiction.

b) L'opposabilité de la transaction aux tiers

Le règlement grand-ducal du 25 octobre 1999 précise que les parties contractantes sont la Commission de surveillance et le prestataire de soins de santé. De ce fait, la partie qui a soumis l'affaire⁴⁹⁾ à la Commission de surveillance et qui critique le comportement d'un prestataire individuel de soins de santé n'est pas partie à la transaction.

Conformément à l'article 1165 du Code civil, " *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers et ne lui profitent que dans les cas prévus à l'article 1121.* " L'article 2052 du Code civil prévoit que " *Les transactions ont, entre parties, l'autorité de chose jugée en dernier ressort.* "

On peut en déduire que l'effet extinctif de la relation est relatif⁵⁰⁾ et est inopposable aux tiers. Il en résultera par conséquent que la partie qui a pris l'initiative de saisir la Commission de surveillance ait toujours le droit de soumettre l'affaire à une juridiction de l'ordre judiciaire.

Mais d'un autre côté, ce " tiers " bénéficie du fruit de la transaction.⁵¹⁾

A première vue, ce procédé donne lieu à qualifier la transaction comme stipulation pour autrui telle que prévue à l'article 1121 du Code civil. La Commission de surveillance serait le stipulant, le prestataire individuel de soins de santé le promettant et la partie ayant saisi la Commission de surveillance le tiers bénéficiaire.

48) L'article date de 1972.

49) Terminologie utilisée aux articles 12 et 13 du règlement grand-ducal du 25 octobre 1999 pour désigner le directeur du Contrôle médical, le président de l'Union des caisses de maladie ou le président d'une caisse de maladie.

50) Philippe Malaurie, Laurent Aynès, (cité sous 40), p. 576.

51) Voir p.ex. les affaires 01/UCM/02 et 03/UCM/05. Dans les transactions relatives à ces affaires, la Commission de surveillance et le prestataire avaient prévu dans leur transaction que le montant de l'amende convenue serait versé à une troisième partie, à savoir l'institution de sécurité sociale qui a saisi la Commission de surveillance.

A supposer que tel aurait réellement été la volonté du législateur, il est à remarquer que cet acte juridique se trouverait gravement dénaturé. Pour être valable, le principe que nul ne peut acquérir un droit contre sa volonté impose que la stipulation soit acceptée soit dans la transaction qui contient la stipulation, soit dans un acte postérieur.⁵²⁾ Cette théorie peut par conséquent être exclue en l'espèce.

On ne peut pas non plus admettre que la Commission de surveillance agisse comme mandataire de la partie qui bénéficie de la transaction. Ceci supposerait que la Commission contracte non seulement pour le mandant, mais aussi en son nom.⁵³⁾ Or, il est expressément prévu que la Commission de surveillance et le prestataire de soins de santé puissent conclure une transaction signée par ces deux parties en leur propre nom.

Malgré le fait que la partie qui a saisi la Commission de surveillance bénéficie à un certain égard de la transaction, son opposabilité peut être ressentie comme étant assez douteuse.

On a vu qu'en présence d'une amende transactionnelle à caractère mixte, la composante dissuasive peut, selon l'interprétation qu'on en donne, impliquer que l'action pénale ne peut plus être intentée pour les mêmes faits. Quant au volet réparateur de l'amende transactionnelle, on ne peut pas toujours admettre que les parties contractantes aient exactement tenu compte des attentes légitimes de la partie demanderesse, respectivement du préjudice qu'elle a réellement subi.

Admettre que la transaction serait dans un tel cas rigoureusement opposable à la partie qui a soumis l'affaire à la Commission de surveillance, reviendrait pratiquement à conférer à celle-ci un véritable pouvoir décisionnel non susceptible d'appel à l'égard d'une des deux parties au litige analysé à la lumière de l'article 73 du Code des assurances sociales.

Il est douteux que tel ait été réellement la volonté des auteurs de loi du 18 mai 1999 qui ont limité le pouvoir décisionnel de la Commission de surveillance aux affaires soumises dans le contexte de l'article 72bis du Code des assurances sociales. Dans le cadre de l'article 73, le rôle de la Commission se limite plutôt à instruire les affaires et d'abandonner ensuite le pouvoir décisionnel au profit des juridictions de sécurité sociale.

En tenant compte de ces considérations, il devrait théoriquement être admis que l'organisme de sécurité sociale qui a soumis une affaire à la Commission de surveillance par son représentant légal, puisse soit complémentairement, soit alternativement en renonçant bénéficier du volet civil de l'amende transactionnelle, saisir une juridiction civile pour tenter d'obtenir entièrement réparation de son préjudice qu'elle estime avoir réellement subi.

52) Voir notamment en ce sens François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, " Droit civil - les obligations ", *Précis Dalloz*, 6e édition, p.412.

53) Article 1984 du Code civil.

B) Le renvoi devant le Conseil arbitral des assurances sociales

Lorsque la Commission de surveillance n'a pas recouru à la faculté de conclure une transaction ou si une telle n'a pas pu être conclue, l'article 73, alinéa 3 du Code des assurances sociales dispose qu'elle renvoie l'affaire devant le Conseil arbitral des assurances sociales, si elle "estime être en présence de la non-observation des références médicales opposables, de toute autre déviation injustifiée de l'activité professionnelle du prestataire ou de la violation répétée d'une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle."

Contrairement aux attributions de la Commission de surveillance prévues par la loi du 27 juillet 1992, elle n'a plus le pouvoir de constater une anomalie, mais elle se borne à se dessaisir de l'affaire au bénéfice du Conseil arbitral des assurances sociales, afin que cette juridiction constate une violation d'une disposition légale.⁵⁴⁾

Aux termes de la loi du 18 mai 1999, la mission de la Commission de surveillance se trouve ainsi réduite à celle d'instruire les dossiers et de les soumettre ensuite au Conseil arbitral des assurances sociales, à moins qu'une transaction n'intervienne préalablement.⁵⁵⁾

Ce mécanisme légal connaît cependant une exception réglementaire.

C) Le classement de l'affaire

1) La décision de classement

L'article 15 du règlement grand-ducal du 25 octobre 1999 déterminant le fonctionnement de la Commission de surveillance prévue à l'article 72 du Code des assurances sociales, dispose en effet que "la commission de surveillance prend, après l'examen de l'affaire, une décision motivée de classement de l'affaire ou une décision motivée de renvoi de l'affaire devant le Conseil arbitral des assurances sociales. La décision de classement met fin au litige."

Le classement de l'affaire se limite aux cas dans lesquels la Commission estime de ne pas être en présence d'une violation répétée des règles de droit applicables aux prestataires individuels de soins de santé. Si tel n'est pas le cas, l'article 73, alinéa 3 impose une saisine du Conseil arbitral des assurances sociales.

On peut en déduire qu'un classement pour d'autres causes, comme p.ex. des considérations d'opportunité d'une poursuite, la médiocrité du préjudice causé, etc. que le ministère public peut notamment invoquer en matière

54) Voir en ce sens le commentaire de l'article 6 du projet de loi ayant pour objet de modifier le Code des assurances sociales; document parlementaire N°4429.

55) Voir en ce sens l'avis du Conseil d'Etat au sujet du projet de loi ayant pour objet de modifier le Code des assurances sociales; document parlementaire N°4429(6).

pénale, ne sont pas admissibles dans le cadre des affaires soumises à la Commission de surveillance.

Le classement de l'affaire met fin au litige et les parties se voient par conséquent démunies de voies de recours contre cette décision dans le cadre de la procédure entamée devant la Commission de surveillance.

La question de savoir si les mêmes faits peuvent néanmoins le cas échéant être soumis au juge pénal, suscitent les mêmes observations que celles qui ont été exposées dans le cadre de l'analyse de la transaction.

Il se pose en outre la question de savoir, si les parties au litige porté devant la Commission de surveillance ont néanmoins la possibilité d'intenter un recours contre une telle décision de classement devant une autre autorité.

2) Le recours contre une décision de classement devant les juridictions administratives

Tout comme évoqué ci-dessus,⁵⁶⁾ la Commission de surveillance est à qualifier comme autorité administrative qui rend des décisions à caractère administratif.⁵⁷⁾

Conformément à l'article 2, alinéa 1er de la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif,⁵⁸⁾ " *Le tribunal administratif statue sur les recours dirigés pour incompétence, excès et détournement de pouvoir, violation de la loi ou des formes destinées à protéger les intérêts privés, contre toutes les décisions administratives à l'égard desquelles aucun autre recours n'est admissible d'après les lois et règlements. (...) Le recours au tribunal administratif prévu au présent article est admis même contre les décisions qualifiées par les lois ou règlements de définitives ou en dernier ressort.* "

Il en résulte que les décisions de classement de la Commission de surveillance devraient en principe pouvoir faire l'objet d'un recours en annulation devant le Tribunal administratif dans l'une des hypothèses visées à l'article 2 cité ci-dessus.

Il est encore à remarquer que les jugements du Tribunal administratif peuvent être attaqués en appel devant la Cour administrative.

Lorsque une juridiction administrative annule la décision de classement, l'affaire est renvoyée à la Commission de surveillance qui doit se conformer à cette décision.

56) Voir dans ce contexte les remarques relatives aux effets de la transaction.

57) En ce sens, le Conseil arbitral des assurances sociales avait notamment retenu dans une décision du 05 juin 1996, affaire CS 99/95, que le règlement grand-ducal du 08 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes (Mémorial A - N° 54 du 06 juillet 1979, p.1096) était applicable aux décisions rendues par la Commission de surveillance qui ont un caractère administratif.

58) Mémorial A - N°79 du 19 novembre 1996, p. 2262.

§3)Le pouvoir de la Commission de surveillance prévu à l'article 65, alinéa 9 du Code des assurances sociales

Les auteurs de la loi du 27 juillet 1992 portant réforme de l'assurance maladie et du secteur de la santé, ont retenu que la Commission de surveillance, "compétente pour statuer sur les litiges individuels entre les prestataires, les assurés et l'assurance maladie au sujet de l'application de la nomenclature (...) sera bien placée pour signaler les lacunes et les imperfections de cette nomenclature. "⁵⁹⁾

C'est en ce sens que l'article 65, alinéa 9 du Code des assurances sociales prévoit que la Commission de surveillance peut saisir la Commission de nomenclature pour toute proposition d'inscription, de modification ou de suppression d'actes, services ou fournitures prévues par les nomenclatures.

Le législateur n'a cependant pas précisé si la Commission de surveillance peut se dispenser en cas de constatation de lacunes ou d'imperfections dans un cas concret, d'appliquer les dispositions en cause d'un règlement de nomenclature, ou si elle doit les appliquer néanmoins.

Une autre solution envisageable serait celle que la Commission de surveillance, après avoir saisi la Commission de nomenclature, surseoit à statuer jusqu'à ce que cette dernière ait pris position sur sa proposition. Cette solution présenterait cependant l'inconvénient d'alourdir et de prolonger les procédures devant la Commission de surveillance.

Etant donné que ce problème ne semble pas encore avoir été tranché jusqu'à présent par le législateur ou la jurisprudence, la solution devrait en principe relever de l'appréciation souveraine de la Commission de surveillance.

Chapitre 2) Les juridictions de sécurité sociale

Section 1) Le Conseil arbitral des assurances sociales

§1)Les affaires soumises au Conseil arbitral des assurances sociales

A) Les affaires soumises au Conseil arbitral des assurances sociales sur décision de renvoi de la Commission de surveillance

Les affaires dont peut connaître le Conseil arbitral des assurances sociales dans ce contexte sont celles qui ont été soumises par le directeur du Contrôle médical de la sécurité sociale, le président de l'Union des caisses de maladie ou le président d'une caisse de maladie à la Commission de surveillance en vertu de l'article 73 du Code des assurances sociales. Les parties au litige comparaissent personnellement ou par avocat.

59) Document N° 3513(3), p. 35, relatif à la loi portant réforme de l'assurance maladie et du secteur de la santé.

L'instruction du dossier par la Commission de surveillance et sa décision de renvoi sont des conditions nécessaires pour pouvoir soumettre un dossier au Conseil arbitral, opposant un organisme d'assurance maladie à un prestataire individuel de soins de santé au sujet du non respect de dispositions légales en matière d'assurance maladie.

Le Conseil arbitral ne peut donc pas être saisi d'office pour les litiges mettant immédiatement en cause un prestataire de soins.

B) Les affaires soumises au Conseil arbitral des assurances sociales sur recours contre les décisions prises par la Commission de surveillance

Le Conseil arbitral des assurances sociales a compétence pour connaître des recours dans les affaires soumises et tranchées par la Commission de surveillance en vertu de l'article 72bis du Code des assurances sociales.

Selon l'alinéa 4 de cette disposition légale, un recours peut être introduit par "*l'institution d'assurance maladie ou d'assurance accident, l'assuré ou le prestataire de soins*". Ceci implique que dans le cadre des litiges dont connaît la Commission de surveillance à la suite d'une décision prise par une caisse de maladie en vertu de l'article 55, alinéa 4 du Code des assurances sociales, aussi bien l'assuré, le prestataire de soins et la caisse de maladie impliquée peuvent le cas échéant intenter un recours devant la juridiction de sécurité sociale.

Tout comme dans le cadre des litiges soumis à la Commission de surveillance en vertu de l'article 73 du Code des assurances sociales, l'instance préalable devant la Commission est cependant indispensable pour pouvoir transmettre un litige au sujet de tarifs d'actes de soins de santé au Conseil arbitral des assurances sociales.

§2)L'instruction des affaires par le Conseil arbitral des assurances sociales

Le Conseil arbitral des assurances sociales dispose dans les grandes lignes des mêmes pouvoirs d'investigation que la Commission de surveillance. Dans le cadre des affaires initialement portées devant la Commission de surveillance, le président du Conseil arbitral est assisté par un délégué choisi parmi les groupements professionnels signataires d'une convention et par un délégué désigné par le conseil d'administration de l'Union des caisses de maladie.

Contrairement aux attributions conférées par le règlement grand-ducal du 25 octobre 1999 au président de la Commission de surveillance, le président du Conseil arbitral des assurances sociales peut prendre l'initiative de citer des témoins.⁶⁰⁾

Quant au rôle et aux moyens d'action des parties dans la preuve de leurs droits, il convient de se référer aux observations fournies à ce sujet dans le cadre de l'étude de la Commission de surveillance.

§3) Les décisions du Conseil arbitral des assurances sociales

A) Dans le cadre des affaires soumises au Conseil arbitral des assurances sociales sur décision de renvoi de la Commission de surveillance

Conformément à l'article 73, alinéa 3 du Code des assurances sociales, le Conseil arbitral des assurances sociales peut prononcer en fonction de la nature et la gravité des faits, trois sortes de sanctions à l'encontre du prestataire de soins de santé:

- "une amende d'ordre ne pouvant dépasser douze mille trois cent quatre-vingt-quatorze euros et soixante-huit cents (12.394,68 €);
- la sanction financière prévue par la convention en cas de non observation des références médicales opposables;
- la limitation du nombre d'actes et de services professionnels par patient en moyenne que le prestataire ne peut pas dépasser pendant une période future de trois années au plus, sous peine de restitution des honoraires afférents; ce maximum peut s'appliquer à tout ou partie de l'activité du prestataire. "

Les deux dernières sanctions ont trait à l'appréciation des rapports d'activité dont l'établissement n'est à l'heure actuelle pas encore prévu dans une convention.

Les décisions du Conseil arbitral se limitent donc à présent à une amende d'ordre en cas de constatation de faits "susceptibles de constituer une violation répétée par un prestataire d'une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle visée par le présent code."⁶¹⁾

Tout comme dans le cadre de la qualification de l'amende transactionnelle, on peut affirmer que l'amende d'ordre est conçue en pratique par les juridictions de sécurité sociale comme revêtant un caractère mixte.⁶²⁾

60) article 10 du règlement grand-ducal du 24 décembre 1993 déterminant en application de l'article 294 du Code des assurances sociales la procédure à suivre devant la Conseil arbitral et le Conseil supérieur des assurances sociales, ainsi que les délais et frais de justice; Mémorial A - N°107 du 31 décembre 1993, p. 2320

61) Article 73, alinéa 1er du Code des assurances sociales.

62) Voir p.ex. en ce sens la décision du Conseil supérieur des assurances sociales N° CS/UCM 2002/0132 du 17 février 2003.

En ce sens, et sous réserve des discussions qui sont permises à ce sujet,⁶³⁾ les faits ayant donné lieu à une décision en dernier ressort par les juridictions de sécurité sociale, ne devraient en principe plus pouvoir faire l'objet de poursuites pénales.

Contrairement à la transaction entre la Commission de surveillance et le prestataire individuel de soins de santé, l'aspect civil, c.-à-d. la réparation du préjudice, est tranché par une juridiction à la suite d'une procédure contradictoire. Il peut donc être admis que la décision du Conseil arbitral soit parfaitement opposable à toutes les parties au litige et exclut toute action civile ultérieure portant sur les mêmes faits.

Indépendamment de la valeur du litige, les décisions du Conseil arbitral des assurances sociales sont susceptibles d'appel devant le Conseil supérieur des assurances sociales.

B) Dans le cadre des affaires soumises au Conseil arbitral des assurances sociales sur recours contre les décisions prises par la Commission de surveillance

Le Conseil arbitral des assurances sociales connaît des recours contre les décisions prises par la Commission de surveillance dans le cadre de l'article 72bis du Code des assurances sociales.⁶⁴⁾

Il est à relever que toutes les décisions prises dans ce contexte par le Conseil arbitral des assurances sociales sont susceptibles d'appel devant le Conseil supérieur des assurances sociales. Les litiges relatifs à l'article 72bis du Code des assurances sociales peuvent donc parcourir trois instances à pouvoir décisionnel.

Section 2) Le Conseil supérieur des assurances sociales

§1) Les affaires soumises au Conseil supérieur des assurances sociales

Le Conseil supérieur des assurances sociales est la juridiction d'appel des toutes les affaires qui ont été préalablement tranchées par le Conseil arbitral des assurances sociales. Dans le cadre des affaires initialement portées devant la Commission de surveillance, il est composé d'un président et de deux assesseurs nommés parmi les magistrats. La valeur du litige n'est pas un critère de recevabilité d'un recours devant le Conseil supérieur des assurances sociales, lorsque le Conseil arbitral a statué sur renvoi de la Commission de surveillance ou sur recours contre une décision de celle-ci.

63) Voir à ce sujet les remarques relatives aux effets de la transaction.

64) Voir en ce sens la section 4, §1 au sujet de l'issue des affaires portées devant la Commission de surveillance.

§2) L'instruction des affaires par le Conseil supérieur des assurances sociales

L'instruction des affaires par le Conseil supérieur des assurances sociales est quasiment identique aux mécanismes mis en œuvre par le Conseil arbitral des assurances sociales.

§3) Les décisions du Conseil supérieur des assurances sociales

Les décisions du Conseil supérieur des assurances sociales sont rendues en dernier ressort. Un recours devant une juridiction de sécurité sociale n'est donc plus possible.

Dans l'hypothèse d'une contravention à la loi et la violation de formes substantielles, les décisions rendues en dernier ressort sont néanmoins susceptibles de faire l'objet d'un pourvoi en cassation dans un délai de 2 mois (pour le demandeur demeurant au Grand-Duché de Luxembourg), à partir de la signification ou la notification de la décision rendue en dernier ressort.

TITRE II) LES LITIGES SOUMIS AU POUVOIR DISCIPLINAIRE ET À L'ORDRE JUDICIAIRE

Chapitre 1) Le pouvoir disciplinaire

Section 1) Le pouvoir disciplinaire des médecins, médecins-dentistes et pharmaciens

§1) Les affaires soumises au pouvoir disciplinaire

Conformément à l'article 19 de la loi du 08 juin 1999 relative au Collège médical,⁶⁵⁾ le pouvoir de discipline sur les médecins, médecins-dentistes et pharmaciens peut s'exercer pour:

- " *Violation des prescriptions légales, réglementaires et déontologiques concernant l'exercice de la profession;* "
- *fautes et négligences professionnelles graves;*
- *faits contraires à l'honorabilité et à la dignité professionnelles.* "

Les comportements fautifs visés peuvent aussi bien concerner des fautes professionnelles au sens strict, c.-à-d. à un niveau purement médical, mais aussi de manière plus générale des violations de l'ensemble de la législation applicable à la profession. En tenant compte du conventionnement généralisé des médecins et médecins-dentistes au Grand-Duché de Luxembourg, les lois et règlements relatifs à l'assurance maladie font partie de l'arsenal législatif auquel sont liés ces professionnels de la santé. Il se

65) Mémorial A - N° 84 du 29 juin 1999, p. 1778.

trouve ainsi que les médecins et médecins-dentistes sont p.ex. obligatoirement liés à respecter le règlements de nomenclature.

Cette obligation se trouve soulignée dans le Code de déontologie des professions de médecin et de médecin-dentiste⁶⁶⁾ qui dispose dans son article 2 que " *tout médecin a l'obligation déontologique de connaître la législation en matière de santé et de sécurité sociale qui le concerne.*" Conformément à l'article 57, " *le médecin doit s'efforcer de faciliter l'obtention par son malade des avantages sociaux auxquels son état lui donne droit, sans céder à aucune demande abusive. Il doit veiller à éviter toute irrégularité, tout abus de tarification ainsi que toute indication inexacte des honoraires perçus.*"

Les infractions aux dispositions du Code de déontologie relèvent de la compétence de la juridiction disciplinaire du Collège médical.⁶⁷⁾

Il est donc tout à fait concevable que les différends au sujet de la tarification d'actes médicaux par rapport aux nomenclatures ou autres dispositions légales applicables en la matière puissent être soumis Collège médical. En ce sens, il a p.ex. retenu en 2003 soixante-deux plaintes parmi lesquelles quatre avaient trait à des problèmes de tarification.⁶⁸⁾

La présente étude se limite à cet aspect des attributions du Collège médical et de son Conseil de discipline.

§2) La saisine du Conseil de discipline

A) La saisine du président du Collège médical

Dans un premier temps, les affaires disciplinaires déclenchées pour les causes évoquées ci-dessus, doivent être présentées au président du Collège médical, qui a par la suite le pouvoir de les soumettre au Conseil de discipline.

Conformément à l'article 21 de la loi du 08 juin 1999, le président peut se saisir d'office d'une affaire, ou être saisi par le procureur d'Etat ou sur plainte.

L'action disciplinaire se prescrit par cinq ans à partir du moment où les faits qui sont à son origine se sont produits.

66) Voir sous 14.

67) Article 1er du Code de déontologie des professions de médecin et de médecin-dentiste.

68) Voir le rapport d'activité de 2003 du Collège médical; http://www.collegemedical.lu/Rapport03_VII.htm

La loi ne précise pas qui peut porter plainte devant le président du Collège médical. L'initiative de porter plainte devrait par conséquent être ouverte à toute personne physique et morale qui se prétend lésée par un comportement non conforme à la législation et à la déontologie des médecins, médecins-dentistes et pharmaciens.⁶⁹⁾

Dans cet ordre d'idées, un assuré, mais aussi le représentant légal d'un organisme de sécurité sociale, peut saisir le Collège médical en cas de violation des règles applicables à la mise en compte de tarifs de soins de santé par les prestataires visés par la loi du 08 juin 1999.

B) Les attributions du président du Collège médical⁷⁰⁾

Le président du Collège médical instruit toutes les affaires dont il est saisi. Il peut cependant aussi déléguer cette charge à un autre membre du Collège médical. D'autant plus, il a la possibilité de solliciter le procureur d'Etat de charger la police judiciaire avec l'enquête d'une affaire.

Suite à l'instruction d'un dossier, le président du Collège médical dresse un procès verbal des faits qui ont motivé l'instruction. S'il est d'avis que les faits analysés sont répréhensibles par rapport aux irrégularités prévues à l'article 19 de la loi du 08 juin 1999, il soumet l'affaire au Conseil de discipline.

Il incombe donc un pouvoir non négligeable au président pour ce qui est de l'initiative des poursuites, qui connaît néanmoins une exception. Lorsqu'il est saisi par le procureur d'Etat, il doit obligatoirement saisir le Conseil de discipline à la suite de l'instruction.

§3) Le Conseil de discipline

A) La procédure devant le Conseil de discipline

La présidence du Conseil de discipline est assurée par le président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg. Selon le prestataire poursuivi, il est respectivement assisté par deux assesseurs médecins, médecins-dentistes ou pharmaciens. Les membres du Collège médical ne peuvent pas siéger au Conseil de discipline.

Lors de la séance devant le Conseil de discipline, qui est en principe publique, la partie ayant porté plainte, la personne en cause et le président du Collège médical sont successivement entendus en leurs moyens. La personne poursuivie compareît en personne et peut se faire assister par un avocat. Des témoins peuvent être entendus lors de la séance.

69) Parmi les soixante-deux plaintes dont a connu le Collège médical en 2003, quarante-huit étaient dirigées par un patient, respectivement un établissement public, contre un médecin (rapport d'activité de 2003 cité sous 68).

70) Il est à remarquer qu'en dehors de son pouvoir en matière disciplinaire, l'article 16 de la loi du 08 juin 1999 confère notamment au président du Collège médical la possibilité d'offrir ses bons offices pour régler un différend, né dans le cadre de l'exercice de sa profession, entre un professionnel de la santé visé par la loi de 1999 et un patient ou un client.

Le Conseil de discipline peut recourir à des enquêtes et des expertises.

B) Les décisions du Conseil de discipline

Les décisions du Conseil de discipline sont prises à la majorité absolue des voix de ses membres.

L'article 20 de la loi du 08 juin 1999 prévoit six peines disciplinaires à différents ordres de gravité.

Par un *avertissement*, le Conseil de discipline peut prononcer une menace de sanction contre la personne poursuivie.

Le pouvoir disciplinaire peut en outre prononcer une *réprimande* qui consiste en la réprobation officielle du comportement de la personne soumise. Il s'agit d'une sanction d'ordre purement moral.

Pour des agissements présentant un caractère plus grave, une *amende d'ordre de 125 à 2.500 euros* peut être prononcée contre la personne poursuivie.

Selon les faits commis par le médecin, médecin-dentiste ou le pharmacien, *l'exercice de la profession peut être subordonnée à des conditions déterminées*. Le Conseil de discipline peut p.ex. prévoir dans ce cadre, que l'exercice de la profession du prestataire poursuivi soit subordonné à la surveillance par un confrère.⁷¹⁾

Le Conseil de discipline peut en outre prononcer *la suspension du droit d'exercer la profession pour un terme qui ne peut être inférieur à quinze jours ni excéder cinq ans*. Cette peine entraîne la défense absolue d'exercer pendant la durée de la suspension. Elle peut cependant être assortie du sursis pour tout ou partie de sa durée.

En dernier lieu, une *interdiction à vie d'exercer la profession* peut être prononcée.

Toutes ces sanctions revêtent uniquement un caractère disciplinaire. Les peines prononcées par le Conseil de discipline ont comme finalité de sanctionner la personne poursuivie pour son comportement fautif et de défendre l'honorabilité et la dignité de la profession.

Ceci entraîne pour un assuré ou un organisme d'assurance maladie qui a saisi le pouvoir disciplinaire, qu'il ne peut pas se faire rembourser un éventuel préjudice financier direct qu'il peut avoir subi du fait d'une violation des prescriptions légales, réglementaires et déontologiques concernant l'exercice de la profession.

L'aboutissement d'une action disciplinaire devant le Conseil de discipline ne met donc pas nécessairement fin au litige du fait qu'elle n'a pas comme finalité de protéger les intérêts de particuliers, à savoir ceux d'un patient individuel ou d'une institution de sécurité sociale.

71) Voir en ce sens le commentaire des articles du projet de loi N°4373 relatif au Collège médical.

Cette protection est notamment assurée par le droit pénal et le droit civil, dont l'application est confiée aux tribunaux ordinaires et non pas au pouvoir disciplinaire.⁷²⁾

En tenant compte du fait que les finalités du droit pénal, civil et disciplinaire sont différentes, on peut le cas échéant cumuler pour un même fait des sanctions pénales, civiles et disciplinaires.⁷³⁾ L'article 28 de la loi du 08 juin 1999 prévoit notamment qu'une copie certifiée conforme des décisions du Conseil de discipline est transmise au procureur général d'Etat. Il peut être admis de voir en cette disposition l'institution d'un mécanisme d'information systématique mettant le ministère public le cas échéant en mesure de poursuivre pénalement des faits qui ont déjà donné lieu à une poursuite disciplinaire.⁷⁴⁾

Le Conseil de discipline peut décider que sa décision soit publiée par voie de presse, ou par affichage dans les lieux qu'il indique.

§4) Le Conseil supérieur de discipline

Toutes les décisions du Conseil de discipline sont susceptibles d'appel devant le Conseil supérieur de discipline dans un délai de quarante jours à partir de la notification, respectivement la remise de la décision rendue en première instance.

L'appel est ouvert à la personne sanctionnée et au président du Collège médical.

Le Conseil supérieur de discipline siège en nombre de trois magistrats de la Cour d'appel et de deux assesseurs membres non magistrats qui selon la personne poursuivie sont des médecins, médecins-dentistes ou pharmaciens.

Le président du Conseil supérieur est magistrat et est nommé par arrêté grand-ducal pour une durée de trois ans.

Le Conseil supérieur de discipline dispose des mêmes pouvoirs d'investigation que le Conseil de discipline.

Les décisions du Conseil supérieur de discipline sont rendues en dernier ressort et ne sont pas susceptibles d'un pourvoi en cassation.⁷⁵⁾

72) Voir en ce sens la note au sujet des pouvoirs disciplinaires des Conseils de l'ordre des médecins, publiée par l'Ordre des médecins - Belgique; <http://www.ordomedic.be/web-Fr/fr/Annemmf.htm>

73) R. Maul, J. Kauffman, (cité sous 47), p.349; Mélanie Yegre, Nadège Bernacki, "Responsabilité et certificat médical"; http://www.droit.univ-paris5.fr/cddm/certmed/certmed_etu.htm

74) Il est à remarquer dans ce contexte qu'il a déjà été admis en pratique qu'un même dossier soit soumis simultanément au ministère public et au président du Collège médical en vue d'une saisine du Conseil de discipline par ce dernier.

75) Cette voie de recours extraordinaire, prévue dans la version initiale du projet de loi N° 4373 relatif au Collège médical, avait été supprimée sur avis du Conseil d'Etat N° 4373(1).

Section 2) Le pouvoir disciplinaire de certains autres professionnels de la santé

Le pouvoir disciplinaire de certains autres professionnels de la santé est prévu par la loi du 26 mars 1992 sur l'exercice et la revalorisation de certaines professions de la santé.⁷⁶⁾ Sont entre autres visés par cette loi, les infirmiers, les sages-femmes, les laborantins, les masseurs-kinésithérapeutes, les orthophonistes et les rééducateurs en psychomotricité.

Le pouvoir disciplinaire de ces prestataires individuels de soins de santé est organisé de manière quasiment identique que celui des médecins, médecins-dentistes et pharmaciens.

Dans le cadre d'une affaire disciplinaire contre un autre professionnel de la santé, le président du Conseil supérieur de certaines professions de santé connaît les mêmes pouvoirs et attributions que le président du Collège médical.

Après l'instruction d'une affaire disciplinaire, il peut la soumettre au Conseil de discipline pour les professions régies par la loi du 26 mars 1992. Conformément à l'article 23 de ce texte, le Conseil de discipline se compose par le président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, trois membres exerçant une profession de santé visée par la loi et d'un médecin. Pour autant que possible, le président compose le Conseil de discipline dans une affaire déterminée de sorte à ce qu'il y ait parmi les assesseurs au moins un membre relevant de la même profession que le prestataire poursuivi.

Conformément à l'article 26 de la loi du 26 mars 1992, les peines disciplinaires pouvant être prononcées sont les suivantes:

- "l'avertissement;
- la réprimande;
- la privation du droit de vote pour le conseil supérieur des professions de santé et du droit d'en faire partie, pendant six ans au maximum;
- l'amende de "cinq cent un à sept mille cinq cents euros";
- la suspension de l'exercice de la profession ou d'autres professions visées par la présente loi pour un terme qui ne peut être inférieur à quinze jours ni excéder cinq ans."

Toutes les décisions du Conseil de discipline sont susceptibles d'appel devant le Conseil supérieur de discipline pour les professions régies par la loi du 26 mars 1992. Contrairement aux appels dans le cadre de la loi 08 juin 1999 relative au Collège médical, le délai d'appel est de dix jours de la notification de la décision du Conseil de discipline, et non pas de quarante jours.

76) Mémorial A - N° 20 du 16 avril 1992, p. 806.

L'appel est ouvert à la personne condamnée et au procureur général d'Etat, tandis qu'en matière disciplinaire des médecins, médecins-dentistes et pharmaciens, l'appel contre les décisions rendues en premier ressort peut être interjeté par le président du Collège médical et par la personne sanctionnée.

Chapitre 2) L'ordre judiciaire

Section 1) Les juridictions répressives

§1) Les infractions pénales pouvant se présenter dans les relations entre prestataires individuels de soins de santé, organismes d'assurance maladie et leurs assurés

A) L'escroquerie

L'escroquerie telle que prévue à l'article 496 du Code pénal est un délit qui présuppose soit des manœuvres frauduleuses, soit l'usage de faux noms ou de fausses qualités, dans l'intention coupable de se faire remettre ou délivrer des fonds, meubles, obligations, quittances ou décharges.

Des manœuvres frauduleuses peuvent p.ex. consister dans le fait de produire un écrit qui atteste la véracité d'un mensonge initial. En ce sens, il est envisageable que des faits fautifs donnant lieu à des litiges au niveau de la facturation de soins de santé, puissent être qualifiables comme escroquerie. Contrairement au cas particulier de l'article 315 du Code des assurances sociales, celle-ci peut avoir lieu à l'égard d'un assuré ou d'un organisme d'assurance maladie.

L'escroquerie est punie d'un emprisonnement d'un mois à cinq ans et d'une amende de 251 euros à 30.000 euros.

B) Le délit prévu à l'article 315 du Code des assurances sociales

Cet article incrimine le fait d'amener frauduleusement les organismes de sécurité sociale à fournir des prestations, une pension, des secours ou d'autres avantages qui n'étaient pas dus ou n'étaient dus qu'en partie.

Il s'agit d'un cas particulier de l'escroquerie qui peut être puni d'un emprisonnement d'un mois à cinq ans et d'une amende de 251 euros à 15.000 euros. La tentative de cette infraction pénale est également punissable.

Dans le cadre d'un litige concret entre un organisme d'assurance maladie et un prestataire individuel de soins de santé dans l'exercice de son activité opposable à l'assurance maladie, il est envisageable que les faits litigieux puissent être constitutifs de l'infraction prévue à l'article 315 du Code des assurances sociales.

Un fournisseur de soins de santé peut p.ex. mettre intentionnellement des prestations en compte qu'il n'a pas réalisées ou qui sont plus onéreuses que celles qui ont effectivement été fournies. Si ces factures, respectivement mémoires d'honoraires établis de manière frauduleuse sont présentés aux organismes d'assurance maladie pour néanmoins être pris en charge, on est en présence d'un délit au sens de l'article 315 du Code des assurances sociales.

Cette infraction vise donc la situation dans laquelle un organisme de sécurité sociale se trouve lésé par le comportement frauduleux d'un assuré ou d'un prestataire de soins. Elle ne s'applique par conséquent pas aux relations entre assurés et prestataires individuels de soins de santé.

Il convient encore de remarquer que la liste des infractions pouvant se présenter dans le contexte des litiges entre prestataires individuels de soins de santé et les organismes d'assurance maladie ou leurs assurés n'est pas exhaustive. Selon les faits litigieux, d'autres qualifications pénales peuvent certainement être envisageables.

§2) La poursuite des infractions pénales devant les juridictions répressives

A) Action publique et action civile

L'action publique tend à la manifestation de la culpabilité et à l'application de la peine. Elle s'occupe donc de qualifier les faits commis et de leur rapprochement avec les personnes susceptibles de les avoir commis. Cette action est exercée par le ministère public au nom de la société et tend à réparer le préjudice causé à celle-ci.

L'action civile est ouverte à la victime d'une infraction pénale dans un but d'obtenir réparation du dommage que celle-ci lui a causé. En ce sens, la partie lésée peut notamment obtenir la restitution des frais engagés dans le procès pénal, la restitution et des dommages et intérêts. Cette action peut être exercée en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique, sous réserve que celle-ci ne se trouve pas encore éteinte par prescription. Le jugement qui sera alors rendu aura un volet pénal et un volet civil qui va trancher la demande en réparation. Le jugement de l'action civile est l'accessoire du jugement de l'action publique.

La victime a cependant aussi le choix d'exercer son action séparément devant une juridiction civile. Conformément au principe que " *le criminel tient le civil en état* ", le juge civil, lorsqu'il est saisi de l'action en réparation d'une infraction, doit surseoir à statuer jusqu'à ce qu'il soit tranché sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile.⁷⁷⁾

77) Voir en ce sens l'article 3 du Code d'instruction criminelle.

Une fois que la victime a opéré le choix de la juridiction civile, elle ne peut plus revenir à la juridiction pénale pour demander réparation de son préjudice⁷⁸⁾ si sa demande se fonde sur les mêmes faits que ceux soumis à la juridiction civile, présente la même cause, le même objet et implique les mêmes parties. Cette irrévocabilité de l'option ne joue cependant uniquement lorsque la partie lésée a choisi d'abord la voie civile et non pas lorsqu'elle a opté d'abord pour la voie pénale.

L'action publique se prescrit par dix, trois, respectivement un an selon que l'infraction commise est à qualifier de crime, délit ou contravention. Le délai de prescription de l'action civile est de trente ans. Dès que l'action publique se trouve prescrite, la partie lésée ne peut donc plus obtenir réparation devant les juridictions pénales et doit nécessairement intenter son action devant les juridictions civiles.

Dans le cadre de cette analyse, il échappe d'analyser la résolution des litiges pouvant naître entre un prestataire individuel de soins de santé, un assuré ou un organisme d'assurance maladie. Dans l'optique d'étudier les possibilités de réparation du préjudice pouvant être causé dans leurs relations opposables à l'assurance maladie, seule la mise en œuvre de l'action civile par une des parties en cause sera traitée par la suite.

B) L'action civile

1) Conditions générales de la constitution de partie civile

Le juge pénal ne peut pas connaître de l'action civile ayant comme objet la réparation d'un dommage causé lors de la commission d'une infraction, si celle-ci est indépendante du préjudice en cause, c.-à-d. lorsque l'auteur de l'infraction n'a pas commis un fait dommageable envers la partie qui a l'intention de se constituer partie civile.

La plainte de la partie civile doit se baser sur des faits qui sont susceptibles de constituer une infraction pénale.

D'autant plus, l'action civile ne peut en principe être exercée que par la personne qui a subi un dommage du fait de la commission d'une infraction pénale. Il est nécessaire qu'il existe un lien de causalité entre l'infraction pénale et le préjudice subi par la partie civile qui doit être actuel, personnel et direct.

Il convient encore de remarquer que les frais de justice incombent en général à la partie qui perd le procès. En ce sens, la partie civile doit en principe consigner une somme prévue par le juge d'instruction en fonction des frais probables escomptés dans l'affaire, et ce à titre de garantie pour le paiement des frais de justice.

78) Principe " una via electa non datur recursus ad alteram "

2) Les modes de l'exercice de l'action civile devant les juridictions répressives

a) L'action publique est déjà déclenchée

Lorsque le ministère public a exercé l'action publique, la partie qui a subi un dommage peut intervenir par voie d'intervention auprès du juge d'instruction ou de la juridiction de jugement pour se constituer partie civile. Conformément à l'article 58, alinéa 1er du Code d'instruction criminelle, la constitution de partie civile peut avoir lieu à tout moment au cours de l'instruction. Si elle intervient pendant l'audience de la juridiction saisie, elle doit avoir lieu avant les réquisitions du ministère public.

Il est en général préférable pour la victime d'attendre que le ministère public exerce l'action publique et de s'y joindre par une constitution de partie civile. L'instruction est alors faite d'office par la police judiciaire, respectivement le juge d'instruction. Les prérogatives dont disposent ces institutions leur permettent en général de réunir les preuves plus aisément que tel est le cas dans le chef de la partie civile.

Lorsque le ministère public décide de ne pas poursuivre, il incombe à la partie civile de rapporter elle-même toutes les preuves, de constituer le dossier, de citer les témoins et avant tout d'avancer les frais.

b) L'action publique n'est pas encore déclenchée

Lorsque le ministère public n'a pas intenté l'action publique, la partie qui se prétend lésée peut néanmoins saisir les juridictions répressives pour l'exercice de son action civile. Elle agit alors par voie d'action qui peut se traduire par une citation directe devant la juridiction de jugement ou une plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction.

La citation directe devant la juridiction de jugement par la partie civile ne peut s'opérer que si l'infraction en cause est une contravention ou un délit. En égard à la nature des infractions pouvant entrer en ligne de compte dans le cadre des différends entre les prestataires individuels de soins de santé, les organismes d'assurance maladie et leurs assurés, cette action compte parmi les moyens d'action pouvant être mis en œuvre par les acteurs concernés. La citation directe presuppose en toute évidence que l'auteur de l'infraction soit connu. Le délai de la citation est de huit jours si la personne poursuivie est domiciliée ou réside au Grand-Duché de Luxembourg.⁷⁹⁾ L'acte par lequel la partie civile saisit la juridiction de jugement doit énoncer les faits de l'affaire. S'il est possible, la partie saisissante chiffre son dommage. Il n'est cependant pas indispensable que la partie civile apporte la qualification légale des faits qu'elle dénonce.

79) Article 146 du Code d'instruction criminelle.

Par la citation directe à l'audience, la victime déclenche simultanément l'action publique et l'action civile. La juridiction saisie doit obligatoirement statuer sur l'action publique, même si la partie civile se désiste par la suite de son action civile.⁸⁰⁾

Dans les cas dans lesquels une citation directe n'est pas possible, la victime d'une infraction ne peut saisir les juridictions pénales que par constitution de partie civile devant le juge d'instruction. Tel est notamment le cas lorsque l'auteur de l'infraction n'est pas connu ou si le degré de complexité de l'affaire demande nécessairement une instruction pour l'établissement exact des faits et la manifestation de la vérité.

Le juge d'instruction qui est saisi d'une plainte avec constitution de partie civile doit poursuivre, à moins que les faits en cause ne constituent pas une infraction pénale ou s'il y a des moyens de droit qui font obstacle à la procédure telle qu'elle est envisagée. Tel est p.ex. le cas lorsque l'action est prescrite ou si le juge d'instruction saisi est territorialement incompétent pour connaître de l'affaire.

C) Les recours de la partie civile contre les décisions des juridictions de fond

Avant d'analyser ces recours, il convient de remarquer à titre indicatif que les voies de recours de la partie civile contre les décisions des juridictions de fond ne sont pas les seuls moyens d'action dont peut se prévaloir la victime d'une infraction dans le cadre d'un procès pénal. Elle dispose déjà de voies de recours dans la phase d'instruction de l'affaire du fait qu'elle peut p.ex. attaquer certains actes ordonnés par le juge d'instruction.

1) L'opposition

La partie civile peut faire opposition contre les décisions rendues par défaut si, à un certain stade de la procédure et au plus tard avant le requisitoire du ministère public, elle a été régulièrement constituée et que par la suite elle a fait défaut. La partie civile doit notifier l'opposition au prévenu et au ministère public.

Le délai d'opposition est de quinze jours à compter de la notification ou de la signification de la décision de justice.

2) L'appel

Selon la nature de l'infraction réprimée, l'appel contre les jugements rendus en première instance est respectivement porté devant la Chambre correctionnelle du Tribunal d'arrondissement, la Chambre correctionnelle de la Cour d'appel ou la Chambre criminelle de la Cour d'appel.

80) Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bernard Boulouc , (cité sous 41), p. 283.

Lorsque la partie civile interjette appel dans le délai légal de quarante jours, la juridiction d'appel n'est saisie que de l'action civile. Cette voie de recours est même ouverte lorsque le prévenu a été acquitté et en l'absence d'appel du ministère public. L'appel n'a alors d'effet que par rapport aux intérêts privés de la partie civile et les juges d'appel ne peuvent revenir sur l'acquittement.

Les décisions rendues en dernier ressort sont susceptibles d'un pourvoi en cassation, sous réserve que les conditions relatives à l'exercice d'une telle action se trouvent remplies dans le cas d'espèce qui se présente.

Section 2) Les juridictions civiles

§1) Les actions devant les juridictions civiles

Selon les litiges pouvant se présenter dans les relations entre prestataires individuels de soins de santé et les organismes d'assurance maladie ou leurs assurés, différentes actions civiles sont ouvertes selon les faits d'espèce. Etant donné que la liste de ces différentes interventions n'est pas limitative, il convient de présenter ci-après quelques actions représentatives.

A) L'ordonnance conditionnelle de paiement

Dans le cadre d'un litige relatif à la mise en compte de prestations de soins de santé, il peut arriver que l'assuré ne paye pas ou paye mal les factures, mémoires d'honoraires du prestataire individuel de soins de santé. Lorsque le montant en cause ne dépasse pas les 10.000 euros, le créancier peut agir devant le juge de paix pour obtenir, sous réserve que la créance paraît justifiée, une ordonnance conditionnelle de paiement contre son débiteur.

L'ordonnance conditionnelle de paiement contient notamment " *l'ordre de payer entre les mains du créancier, dans les quinze jours de la signification de l'ordonnance, le principal, les intérêts et les frais, sinon de former contredit dans le même délai au greffe, sous peine de voir ordonner l'exécution de ladite ordonnance.*"⁸¹⁾

Le débiteur peut former contredit contre l'ordonnance conditionnelle de paiement et les parties ont alors le droit de demander la fixation d'une audience à l'occasion de laquelle elles pourront contradictoirement discuter le bien-fondé du contredit.

81) Article 133 du Nouveau code de procédure civile.

Selon que le contredit sera reconnu bien fondé ou non, le juge de paix prononce soit que l'ordonnance conditionnelle de paiement qu'il avait délivrée sera considérée comme non avenue, soit prononce dans son jugement la condamnation du débiteur. Lorsque le contredit est partiellement fondé, il peut aussi prononcer la condamnation pour la partie de la créance qui est fondée.⁸²⁾

Conformément à l'article 349 du Nouveau code de procédure civile, le juge peut ordonner des mesures d'instruction en tout état de cause, dès lors qu'il ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer. Quant aux preuves à apporter par les parties, il convient de se référer à l'exposé qui a été fait à ce sujet dans le cadre de l'étude de la Commission de surveillance.⁸³⁾

Lorsque le débiteur n'a pas formé contredit dans un délai de quinze jours de la signification de l'ordonnance conditionnelle de paiement, le créancier peut solliciter le juge de paix dans un délai de six mois à partir de l'expiration de ces quinze jours, à ce que l'ordonnance conditionnelle de paiement soit rendue exécutoire. Il en résulte que le débiteur qui ne veut pas se voir opposé un titre exécutoire a intérêt d'agir dans les quinze jours de la délivrance de l'ordonnance conditionnelle de paiement.

B) L'action en dommages et intérêts

Il est aussi envisageable qu'un litige entre un prestataire individuel de soins de santé et un organisme d'assurance maladie ou un assuré ne s'élève qu'à la suite du paiement du prestataire. Dans un tel cas de figure, le litige peut notamment être résolu par une action en dommages et intérêts.

Un assuré qui se fait soigner par un prestataire individuel de soins de santé entre en relation contractuelle avec celui-ci.⁸⁴⁾ Le consentement de l'assuré se traduit par l'appel au prestataire individuel de soins de santé pour se faire soigner.

82) *Dans une affaire dans laquelle un patient avait invoqué que son médecin-dentiste avait facturé des prestations qui n'avaient jamais été demandées et qui selon lui n'étaient pas nécessaires, le Tribunal de paix d'Esch-sur-Alzette avait retenu dans une décision du 22 mars 2004 (affaire N° 764/2004) que les arguments du patient n'étaient fondés qu'en partie et l'a condamné à payer 2/3 du montant de la facture qui lui avait été présentée par son médecin-dentiste. Les frais et dépens avaient été imposés pour 2/3 au patient et pour 1/3 au médecin-dentiste.*

83) *Voir titre I), chapitre 1), section 3).*

84) *Voir notamment en ce sens Gast Neu, " La responsabilité professionnelle du médecin " in " La responsabilité médicale en droit luxembourgeois "; édition Bruxelles 1992, p.48 et suiv.; Georges Ravarani, " La responsabilité civile ", Pasicrisie luxembourgeoise 2000, p. 313 et suiv.*

Un contrat est alors formé à partir du moment où le prestataire accepte de prodiguer des soins.⁸⁵⁾ Le contrat est synallagmatique du fait qu'il comporte des obligations réciproques des parties. L'assuré s'oblige de payer le prestataire pour les soins que celui-ci s'oblige de lui fournir.

Il en découle notamment que le prestataire de soins a une obligation de faire ce qui avait été convenu. Pour ce qui concerne plus concrètement les litiges relatifs à la facturation de soins de santé, cette obligation implique que le prestataire est supposé d'avoir accompli les actes qu'il met en compte et qui sont payés par son patient.

Si tel n'est pas le cas, l'on se trouve dans le cas de figure de l'inexécution d'une obligation contractuelle qui peut se résoudre en dommages et intérêts au sens de l'article 1142 du Code civil. L'assuré peut donc agir sur cette base légale pour obtenir le remboursement des frais qu'il a engagés de trop.

Dans l'hypothèse dans laquelle il s'est déjà fait rembourser par la caisse de maladie, le préjudice de l'assuré se limite à la participation personnelle qu'il a éventuellement dû supporter, tandis que le préjudice de l'inexécution contractuelle se déplace à concurrence du remboursement effectué vers les organismes d'assurance maladie.

La question se pose alors dans quelle mesure les organismes d'assurance maladie et notamment l'Union des caisses de maladie, peuvent faire valoir leur préjudice en justice.

L'article 82 du Code des assurances sociales opère une cession légale⁸⁶⁾ des droits de l'assuré victime vers l'Union des caisses de maladie pour demander la réparation du dommage occasionné par un tiers. Il est cependant assez douteux que cette base légale englobe une cession légale dans le cas de figure présenté ci-dessus. En effet, la personne ayant causé le dommage n'est pas un tiers mais un cocontractant de l'assuré-victime.

Il convient alors de vérifier si l'Union des caisses de maladie peut se subroger dans les droits de l'assuré concerné pour pouvoir agir sur base de l'article 1142 du Code civil. Conformément à l'article 1250 du Code civil, une telle subrogation doit cependant être expresse et faite en même temps que le paiement, c.-à-d. le remboursement de l'assuré. Cette dernière condition implique qu'un tel mécanisme n'est guère praticable en raison du fait que l'Union des caisses de maladie ne peut souvent pas encore savoir au moment du remboursement de l'assuré, si la créance du prestataire de soins sur celui-ci était justifiée ou pas.

85) Claude Evin, " Petit dictionnaire des droits des malades ", éditions du Seuil, p. 56; Gérard Memeteau, " Le droit médical ", édition Litec, p. 278 et suiv.

86) Georges Ravarani, " Panorama de jurisprudence en matière d'indemnisation du dommage ", *Pasicrisie luxembourgeoise* N° 3/1998, p. 133.

Mais l'absence d'une base légale adéquate couvrant cette problématique et d'une éventuelle subrogation conventionnelle, ne devrait néanmoins pas empêcher que l'organisme d'assurance maladie concerné puisse toujours agir en tant que victime par ricochet⁸⁷⁾ sur base de la responsabilité délictuelle prévue à l'article 1382 du Code civil. Le préjudice consiste dans le remboursement de frais de soins de santé qu'il a dû verser à son assuré du fait du comportement fautif du prestataire, consistant dans le non respect de son obligation contractuelle envers son client. Dans le cadre d'une telle action délictuelle la partie demanderesse doit par conséquent prouver une faute d'un tiers, un dommage en son propre chef, et un lien de causalité entre la faute et son dommage.

§2) Les juridictions civiles et les voies de recours

Tout comme évoqué ci-dessus, les ordonnances conditionnelles de paiement peuvent être sollicitées auprès du juge de paix pour autant que le montant en cause ne dépasse pas les 10.000 euros.

Il en va de même pour les autres actions dont la valeur du litige ne dépasse pas cette somme. Lorsque la valeur est supérieure à 10.000 euros, le Tribunal d'arrondissement siégeant en matière civile est compétent pour connaître de ces affaires.

Les juges de paix statuent en premier et dernier ressort si la valeur ne dépasse pas les 1.250 euros. Conformément à l'article 22 du Nouveau code de procédure civile, " *le tribunal d'arrondissement connaît en appel des jugements rendus en premier ressort par les justices de paix qui ont leur siège dans l'arrondissement.*"

L'appel contre les décisions qui ont été rendues en premier ressort par le Tribunal d'arrondissement, relève de la compétence de la Cour supérieure de justice siégeant comme juridiction d'appel.

Le délai d'appel contre les décisions des juridictions civiles est de quarante jours à partir de la signification des jugements.

Lorsqu'un jugement a été rendu par défaut, la partie défaillante peut former opposition contre cette décision dans un délai de quinze jours à partir de la signification, respectivement de la notification. Les points jugés par défaut sont alors remis en question devant le même juge pour qu'il soit statué à nouveau en fait et en droit.

Les décisions rendues en dernier ressort peuvent le cas échéant faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

87) Georges Ravarani, (*cité sous 84*), p. 546.

Conclusion

On constate qu'il existe une grande panoplie d'institutions juridiques pouvant être appelées à trancher des litiges entre les prestataires individuels de soins de santé, les organismes d'assurance maladie et leurs assurés. Leur nature juridique, les procédures à suivre et surtout les moyens d'action dont elles disposent sont très variables.

Dans l'hypothèse d'un litige, la partie qui veut recourir à une de ces institutions, doit donc d'abord se poser la question sur les compétences respectives de ces organes. Dans un second temps, il convient de se poser la question, comment on peut régulièrement saisir l'institution compétente et quelle sera la procédure à suivre. Quant au fond des affaires, l'interaction et la complémentarité de certaines branches du droit impliquent, que selon le cas d'espèce et l'institution saisie, il peut être avantageux, voire même nécessaire pour les parties en cause, d'avoir des connaissances de base en droit de la sécurité sociale, en droit civil, pénal, administratif, en droit disciplinaire des professionnels de la santé, etc..

Cette complexité des procédures et la diversité des institutions sont susceptibles d'entraver les recours des différents acteurs à des institutions, voire services publics destinés et créés à régler les situations de conflit dans lesquelles ils peuvent se retrouver.

Dans les relations entre les prestataires individuels de soins de santé, les organismes d'assurance maladie et leurs assurés, ce sont certainement ces derniers qui sont de manière générale les moins informés et sensibilisés pour faire valoir leurs droits en cas de conflit avec un prestataire individuel de soins de santé au sujet du respect de la législation applicable en matière d'assurance maladie et notamment les taux et tarifs des actes de soins de santé applicables.

Bien qu'il existe des règles déontologiques et conventionnelles octroyant aux prestataires individuels de soins de santé, d'informer préalablement leurs patients sur les actes de soins qu'ils effectuent et sur les taux remboursables par l'assurance maladie, l'assuré vit néanmoins souvent dans une insécurité juridique si ces règles ne sont pas rigoureusement respectées. A partir du moment qu'un acte de soins a été presté ou prétendument presté et que l'assuré a payé le prestataire, il peut arriver qu'il ne peut pas être remboursé entièrement du fait qu'un tarif n'a pas été correctement appliqué ou qu'une prestation non opposable à l'assurance maladie a été mise en compte.

De manière générale, l'assuré ne semble guère être informé sur les attributions et le fonctionnement de la Commission de surveillance dans un tel cas, et surtout sur la possibilité de solliciter une décision du président du comité-directeur ou son délégué de la caisse de maladie. Mais même lorsque l'assuré connaît ce mode de recours, le président n'est souvent pas en mesure de prendre une décision susceptible de recours devant la Commission de surveillance. Tel semble notamment être le cas en pratique

pour ce qui est des décisions au sujet des dépassements de tarifs pour convenance personnelle. Bien que cette attitude entrave l'assuré dans son droit de pouvoir saisir la Commission de surveillance, on ne peut d'un autre côté guère reprocher au président du comité-directeur de la caisse de maladie de ne pas être en mesure de prendre une décision qui présupposerait le rapprochement de faits fiables dont il n'a pas connaissance, à des règles de tarification dépendant notamment d'une appréciation avec " *tact et mesure* ", qu'on peut qualifier d'être assez vague.

En tenant compte de ces éléments et de la réalité que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 18 mai 1999 portant réforme de la Commission de surveillance, cette institution n'a guère été saisie par un assuré, il peut s'avérer non seulement utile de faciliter et d'alléger les modalités d'accès à la Commission de surveillance pour les assurés, mais aussi de les informer d'avantage sur leurs droits dans le cadre de la tarification des soins de santé dont ils bénéficient.

Il est aussi regrettable que la Commission de surveillance ne peut pas veiller au bon respect des conventions prévues à l'article 61 du Code des assurances sociales, dans la mesure qu'elle aurait concrètement dans ses attributions de pouvoir connaître des litiges entre un assuré et un prestataire de soins, lorsque ce dernier n'a pas observé son obligation conventionnelle de renseigner son patient sur les conditions pouvant être liées à la prise en charge par l'assurance maladie d'une prestation qu'il fournit.

Un mécanisme plus efficace et accessible pour l'assuré en vue de régler les problèmes de tarification d'actes de soins de santé, semble être offert par la justice de paix dans le cadre de la procédure des ordonnances conditionnelles de paiement. Cette procédure suppose cependant que l'assuré n'ait pas encore réglé la facture contestée. Un débat contradictoire devant un juge impartial est alors possible entre parties, sous réserve que le prestataire sollicite une ordonnance conditionnelle de paiement de sa facture et que l'assuré forme contredit dans les formes et délais prévus par la loi.

Il échel cependant aussi de remarquer que nombreux sont probablement les assurés qui ne sont pas prêts d'assumer la pression psychologique et le cas échéant aussi les charges financières qu'engendre un litige avec le prestataire de soins auquel ils font, respectivement ont fait confiance.

En ce sens, il arrive assez fréquemment que les assurés contactent les organismes d'assurance maladie pour dénoncer des comportements fautifs d'un prestataire. A cet égard il faut cependant considérer que dans la majorité des cas, l'organisme contacté n'a pas de compétence pour agir concrètement. Si la facture litigieuse n'est pas encore réglée et présentée pour remboursement à la caisse de maladie, le litige à son sujet ne concerne pas les organismes d'assurance maladie qui sont alors des tiers au litige.

Lorsqu'un paiement d'une facture ou d'un mémoire d'honoraires litigieux a eu lieu et les assurés dénoncent malgré tout les irrégularités qu'il contient à un

organisme d'assurance maladie, une action devant la Commission de surveillance presuppose une décision du président du comité-directeur de la caisse de maladie et un recours contre cette décision devant la Commission par l'assuré ou le prestataire concerné. La président du comité-directeur de la caisse de maladie ne peut donc de manière générale pas prendre personnellement l'initiative pour saisir la Commission de surveillance dans un cas isolé.

Le recours à une juridiction civile peut être assez lourd et onéreux dans un bon nombre de cas concrets. Dans ce contexte, on peut aussi regretter que l'Union des caisses de maladie ne bénéficie pas d'une cession légale des droits d'agir contre le prestataire fautif, comme elle peut p.ex. le faire en vertu de l'article 82 du Code des assurances sociales en matière de responsabilité délictuelle.

Dans une époque dans laquelle les perspectives du financement futur du régime légal d'assurance maladie luxembourgeois ne sont pas les meilleures, cette impuissance légale des organismes d'assurance maladie est mal perçue par un bon nombre d'assurés concernés.

La multitude des procédures pouvant être déclenchées par les organismes d'assurance maladie en cas de litige avec un prestataire conventionné au sujet de la tarification de soins de santé ou de l'application correcte d'autres règles s'imposant en matière d'assurance maladie, suscite souvent la question délicate de savoir, quelle procédure est la plus adéquate par rapport au cas d'espèce qui se présente.

Cette multitude de procédures présente en outre une certaine insécurité juridique à l'égard du prestataire poursuivi, qui par la possibilité du cumul de certaines actions ne peut pas toujours prévoir les sanctions qui lui peuvent le cas échéant être infligées.

On a vu que la Commission de surveillance et les juridictions de sécurité sociale ne sont pas compétentes pour connaître de tous les litiges qui peuvent se présenter dans les rapports entre les organismes d'assurance maladie et les prestataires individuels de soins.

Dans cet ordre d'idées, des irrégularités isolées et non répétées peuvent échapper aisément à la compétence de la Commission de surveillance et aux juridictions de sécurité sociale, ceci indépendamment de leur gravité et l'importance de leur enjeu financier.

Mais même lorsque ces institutions sont compétentes, elles ne disposent pas toujours des moyens d'action juridiques nécessaires pour pouvoir offrir des solutions satisfaisantes aux parties au litige.

Ainsi, la nature de la sanction pouvant aller jusqu'à 12.394,68 euros que les juridictions de sécurité sociale peuvent prononcer contre un prestataire individuel de soins de santé, respectivement l'amende transactionnelle à concurrence de ce montant, conclue entre la Commission de surveillance et le prestataire concerné, n'est pas déterminé.

Il en découle non seulement que la question du cumul des actions devant la Commission de surveillance et les juridictions répressives ne peut pas être tranchée avec certitude, mais aussi, qu'une éventuelle réparation d'un préjudice subi du fait d'un comportement fautif porté devant la Commission de surveillance, se trouve limité à concurrence de ce montant. Dans un souci de sécurité juridique, il peut apparaître opportun de déterminer la nature juridique du montant en jeu en vue d'éviter toutes interférences éventuelles avec le droit pénal. Si le législateur suit l'interprétation de la Commission de surveillance et du Conseil arbitral des assurances sociales qui consiste à affirmer que les sanctions prononcées dans le cadre de l'article 73 du Code des assurances sociales peuvent présenter non seulement un aspect de sanction, mais aussi de réparation du préjudice, il convient de préciser ceci dans le texte et de prévoir des mécanismes fiables dans l'hypothèse dans laquelle le préjudice à réparer dépasse le montant de 12.394,68 euros.

Il a aussi été examiné que la transaction que la Commission de surveillance peut conclure avec un prestataire individuel de soins de santé n'est pas absolument exempte de toute critique quant à sa validité et son opposabilité aux tiers.

Bien que l'idée de la tentative d'un règlement à l'amiable de conflits par une transaction soit séduisante en tant que telle, on peut néanmoins se poser la question pourquoi les véritables parties au litige ne concluent pas elles-mêmes une telle convention. On peut admettre que le rôle de la Commission de surveillance devrait plutôt consister à fournir le cadre et ses bons offices pour favoriser une négociation d'un tel contrat entre les parties au litige au lieu de se substituer à la partie demanderesse. Ce d'autant plus qu'elle devrait selon les auteurs de la loi du 18 mai 1999 être démunie de tout pouvoir décisionnel dans le cadre de son activité prévue à l'article 73 du Code des assurances sociales.

Ces petites imperfections et lacunes impliquent, qu'à présent la Commission de surveillance ne peut pas toujours offrir les garanties nécessaires pour apporter des solutions satisfaisantes aux litiges opposant des prestataires individuels de soins de santé à des organismes d'assurance maladie ou leurs assurés.

C'est en ce sens que les acteurs en cause se voient contraints d'opérer selon le litige qui se présente un choix vers d'autres institutions alternatives. Ainsi, il peut p.ex. être opportun de saisir le pouvoir disciplinaire pour voir analysé, et le cas échéant sanctionné des faits contraires à la législation applicable en matière d'assurance maladie, et de saisir cumulativement une juridiction civile ou répressive pour obtenir entièrement réparation du préjudice subi. Une telle approche peut présenter l'avantage que nonobstant du dépassement d'un certain montant, une entière réparation d'un préjudice est possible.

Au vu de tous ces éléments, on constate qu'il existe à l'égard de tous les acteurs concernés des procédures et institutions alternatives à la Commission de surveillance et aux juridictions de sécurité sociale pour trouver une solution à leurs litiges analysés dans ce contexte.

Ce constat peut être apprécié comme rassurant dans la mesure qu'il devrait du moins théoriquement toujours exister une procédure et une institution ou juridiction habilitée à connaître des litiges entre les parties concernées.

D'un autre côté il peut être regrettable pour des raisons de transparence et de sécurité juridique, qu'il n'existe pas une véritable coordination entre les différents mécanismes et institutions en place. A cet égard, on pourrait p.ex. soulever la question de l'utilité et l'opportunité d'une Commission de surveillance, qui après l'instruction des affaires qui lui sont soumises et après avoir le cas échéant tenté sans succès de concilier les parties en cause, transmet l'affaire à l'institution la mieux outillée pour vider le litige dans tous ses aspects.

On pourrait envisager dans un tel modèle que les juridictions de sécurité sociale auraient compétence pour prononcer la réparation de l'intégralité d'un préjudice subi par la partie demanderesse et de prononcer le cas échéant en plus une amende administrative nettement inférieure à 12.394,68 euros, afin d'éviter toute confusion avec les sanctions pénales.

Pour les litiges revêtant un caractère pénal, il pourrait être opportun que la Commission de surveillance serait obligée de saisir d'office une juridiction répressive, sans préjudice pour la partie demanderesse de se constituer partie civile pour faire valoir la réparation de son préjudice subi.

BIBLIOGRAPHIE

Publications luxembourgeoises:

Collège médical, rapport d'activité de 2002 http://www.collegemedical.lu/Rapport02_VII.htm

Jean-Paul Hoffmann et Marc Jaeger, " *La transaction en matière pénale et administrative* ", Bulletin du Cercle François Laurent (Bulletin II, 1996)

André Lutgen, Avis du 19 septembre 1997 au sujet du système des sanctions prévues par le Code des assurances sociales

R. Maul, J. Kauffman " *La sanction en matière administrative en droit luxembourgeois* "; <http://193.191.217.21/colloquia/1972/Luxembourg.2.pdf>

Gast Neu " *La responsabilité professionnelle du médecin* " in " *La responsabilité médicale en droit luxembourgeois* ", édition Bruxlant 1992

Georges Ravarani, " *La responsabilité civile* ", Pasicrisie luxembourgeoise 2000,

Georges Ravarani, " *Panorama de jurisprudence en matière d'indemnisation du dommage* ", Pasicrisie luxembourgeoise N° 3/1998

Dean Spielmann, Alphonse Spielmann, " *Droit pénal général luxembourgeois* ", édition Bruylant, 2002

Publications étrangères:

Claude Evin, " *Petit dictionnaire des droits des malades* ", éditions du Seuil

Philippe Malaurie, Laurent Aynès, " *Les contrats spéciaux* ", éditions Cujas, 6e édition

Gérard Memeteau, " *Le droit médical* ", édition Litec

Ordre des médecins belges, note au sujet des pouvoirs disciplinaires des Conseils de l'ordre des médecins; <http://www.ordomedic.be/web-Fr/fr/Annmemf.htm>

Yves Robillard, " *La preuve des communications à l'ère électronique...* "; <http://www.avocat.qc.ca/affaires/iitechno.htm>

Boris Starck, " *Introduction au droit* ", édition Litec, 3e édition

Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bernard Bouloc, " *Procédure pénale* ", Précis Dalloz, 14e édition

François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, " *Droit civil - les obligations* ", Précis Dalloz, 6e édition

François Terré, " *Introduction générale au droit* ", édition Dalloz 1991

Nicole Verheyden-Jeanmart, " *Droit de la preuve* ", édition Larcier 1991

Mélanie Yegre, Nadège Bernacki, " *Responsabilité et certificat médical* "; http://www.droit.univ-paris5.fr/cddm/certmed/certmed_etu.htm

Les maladies professionnelles

Linda SCHUMACHER

*Attachée de direction
Juriste auprès de
l'Office des assurances sociales*

INTRODUCTION

Alors que l'évolution des maladies professionnelles se posait avec la même gravité sociale que celui des accidents du travail, dès le 19e siècle, notamment dans les entreprises en général insalubres et dans les entreprises charbonnières, il fallut attendre 1925, voire 1928 pour qu'il soit légiféré dans ce domaine.

La loi du 5 avril 1902 qui institua une assurance obligatoire des ouvriers contre les accidents du travail dans laquelle les patrons étaient groupés en une mutualité dénommée Association d'assurance n'était pas applicable aux maladies d'origine professionnelle.

Bien que la question de l'application de la loi de 1902 précitée aux maladies professionnelles fut soulevée en 1920, ce n'est que par la loi du 17 décembre 1925 ayant codifié les dispositions relatives aux assurances sociales que le principe d'une indemnisation par l'Association d'assurance contre les accidents de certaines maladies dites professionnelles a été consacré légalement. Le projet suivait en ce l'exemple donné par la législation française et la " Reichsversicherungsordnung " allemande. Un arrêté grand-ducal du 30 juillet 1928 a, sur base de l'article 94 de la loi du 17 décembre 1925, déterminé l'étendue et l'objet de l'assurance en matière de maladies professionnelles et a spécifié dans un tableau la liste des maladies professionnelles indemnifiables. Etant donné que les origines des assurances sociales remontaient à une époque où le Luxembourg faisait partie du "Zollverein", c'est le système allemand de Bismarck qui a servi de modèle au Luxembourg.

Le tableau annexé à l'arrêté grand-ducal de 1928 ne comportait que 3 types de maladies professionnelles indemnifiables: celles résultant d'une intoxication par le plomb, celles résultant d'une intoxication par le mercure et l'infection charbonneuse.

Par la suite, le tableau a été remplacé une première fois en 1939 (arrêté grand-ducal du 31 mars 1939). Le nouveau tableau comportait deux

rubriques: l'une relative à la désignation des maladies, l'autre relative à la désignation des travaux correspondants. Aux 3 types de maladies référencées dans le tableau de 1928 ont été ajoutés les intoxications par le phosphore, l'arsenic, le benzène et les dérivés halogénés des hydrocarbures de la série grasse, les troubles pathologiques dus au radium et autres substances radio-actives ainsi qu'aux rayons X, les épithéliomas de la peau (à la suite de travaux exposant l'assuré à la manipulation du goudron, du brai, du bitume, des huiles minérales et de la paraffine) ainsi que la silicose (à la suite de travaux exposant l'assuré à l'inhalation de poussières fines d'oxyde de silice ou de silicate dans les minières souterraines du bassin minier où les ouvriers travaillaient dans les couches siliceuses, dans les tailleries et le façonnage de pierres des couches de grès liasique et triasique et dans la fabrication de produits céramiques).

L'arrêté grand-ducal du 6 décembre 1952 a modifié la désignation des travaux correspondant à la silicose en retenant la formulation plus générale de "Tous travaux exposant à l'inhalation de poussières fines de silice ou de silicate".

Une révision plus importante du tableau a été opérée en 1957 par un arrêté grand-ducal du 11 novembre 1957. Le tableau restait divisé en deux parties, l'une relative à la "Désignation des maladies et des agents nocifs", l'autre à la "Désignation de la nature des travaux auxquels l'assuré doit avoir été exposé pendant une durée susceptible d'engendrer la maladie lors d'une occupation assurée au Luxembourg". Le tableau, qui comportait auparavant en tout 10 agents nocifs, comptait au total 26 maladies ou agents nocifs chacun identifié par un numéro. Le législateur y avait ajouté d'autres agents susceptibles de provoquer des intoxications, les dermatoses professionnelles entraînant la cessation du travail ou le changement de métier, les lésions provoquées par les outils pneumatiques, les lésions osseuses provoquées par l'air comprimé, les maladies chroniques des gaines synoviales par surmenage et celles des bourses séreuses périarticulaires par pression continue, la fracture d'apophyse épineuse à la colonne vertébrale par surmenage, les maladies des voies respiratoires inférieures et du poumon par la poussière de scories Thomas et par l'aluminium, les maladies contagieuses et les maladies transmissibles des animaux à l'homme.

Une deuxième révision substantielle du tableau a été faite par un règlement grand-ducal du 26 mai 1965. Non seulement d'autres maladies y ont été ajoutées (au total y figuraient à cette époque 35 codes différents) mais sa présentation a encore été modifiée: la première partie s'intitulait "Maladies", la deuxième "Entreprises", les maladies ont été précédées d'un code et classifiées en maladies provoquées par des agents chimiques, maladies provoquées par des agents physiques, maladies provoquées par des agents chimiques et/ou physiques, maladies provoquées par des agents infectieux et parasites, maladies provoquées par des actions diverses et affections cutanées. Il est intéressant de noter qu'à partir de cette révision, la partie

"Entreprises" ne comportait déjà pour la plupart des maladies presque plus de précisions ou se limitait à indiquer "toutes entreprises".

La prochaine modification est intervenue en 1986 par un règlement grand-ducal du 27 mars 1986 et c'est à partir de celle-ci qu'est en vigueur, à quelques différences près, le tableau tel qu'il existe encore de nos jours. La partie "Entreprises" a été purement et simplement supprimée, les codes ont été précisés et les maladies classées en 7 grandes catégories avec, en gros, les subdivisions qu'il connaît actuellement. Le tableau recensait 55 codes différents.

Par un règlement grand-ducal du 2 octobre 1992 le tableau a encore été complété par trois nouveaux codes et le libellé de certaines maladies a été modifié.

Une dernière adaptation, mineure, est intervenue par un règlement grand-ducal du 17 août 1998 lequel a complété le tableau par l'ajout de nouveaux codes et modifié les libellés de certaines maladies qui y figuraient déjà.

L'on constate donc que depuis sa création jusqu'à nos jours le tableau des maladies professionnelles a régulièrement été modifié et complété par de nouvelles maladies en fonction de l'évolution des techniques de travail, des produits manipulés et des symptomatologies.

Dans sa version actuelle, il comporte 62 codes différents recensant, en fonction des agents nocifs, une pluralité de maladies indemnifiables.

Après cette brève introduction historique, l'on analysera dans une première partie quand une maladie est qualifiée de "professionnelle" et quelles sont les maladies susceptibles d'être indemnisées au titre de maladie professionnelle (I) et, dans une deuxième partie, quelle est la procédure permettant d'aboutir à la reconnaissance d'une maladie professionnelle et, en cas de reconnaissance, comment les séquelles résultant de la maladie sont évaluées et indemnisées (II).

PARTIE I: IDENTIFICATION ET CLASSIFICATION DES MALADIES PROFESSIONNELLES

I.1. Définition et caractéristiques

1. Définition

L'article 94 du Code des Assurances Sociales (ci-après "CAS") rend les effets de l'assurance obligatoire contre les accidents applicables à certaines maladies d'origine professionnelle sans définir autrement les termes "*maladies d'origine professionnelle*".

L'arrêté grand-ducal du 30 juillet 1928 précité dispose en son article 1er que: "*Les effets de l'assurance obligatoire contre les accidents sont appliqués aux*

maladies ayant leur cause déterminante dans une occupation professionnelle assurée au Grand-Duché de Luxembourg et figurant au tableau formant annexe au présent arrêté".

A partir de ces dispositions, la jurisprudence a donné une définition plus précise de la maladie professionnelle. Des décisions récentes (p. ex. CAAS 21 juillet 2003, AAI c/ PONZONI, G 286/02; CAAS 21.07.03, AAI c DOS SANTOS, G 200/02) retiennent qu'une maladie professionnelle est "toute altération organique ou fonctionnelle contractée par un assuré lors d'une activité professionnelle, qui comportait l'exposition à un risque spécifique" et que "pour engager la responsabilité de l'assurance-accidents, l'existence d'une relation causale entre la maladie et la profession exercée doit être établie, sinon d'une façon irréfutable, du moins avec une probabilité approchant la certitude, la simple possibilité d'une telle relation causale étant insuffisante".

2. Caractéristiques

Les maladies professionnelles sont généralement des affections persistantes, c'est-à-dire des entraves à la capacité de travail dont souffrent des travailleurs particuliers ou des groupes précis de travailleurs à la suite de leur activité professionnelle. Autrement dit, ce sont des affections qui ne seraient pas ou du moins pas de la même façon survenues en l'absence d'exposition liée au travail. Elles sont la conséquence directe d'une exposition plus ou moins prolongée à un risque (physique, chimique ou microbien) ou à des conditions de travail spécifiques (bruit, vibrations, postures de travail...) dans le cadre de l'exercice habituel d'une profession. La date du début et la durée de l'exposition au risque professionnel ne sont pas toujours connues avec précision.

Parfois il y a intrication entre accident du travail et maladie professionnelle: par exemple les affections ostéo-articulaires (atteinte des os et articulations) des travailleurs sont généralement traumatiques et dues à un accident de travail. Elles peuvent toutefois également survenir après des années d'exposition au risque en l'absence de tout fait accidentel. Dans ce cas elles sont plutôt qualifiées de maladies professionnelles: par exemple arthrose des coudes et des poignets due à l'utilisation d'engins vibrants, atteinte des tendons et articulations à l'épaule, au coude, au poignet ou au genou due à des mouvements répétitifs ou à des postures de travail difficiles. Une intoxication aiguë consécutive à la rupture d'une citerne de produits toxiques sera considérée plutôt comme accident du travail puisqu'il y a ici non pas exposition plus ou moins prolongée à un certain risque mais un fait accidentel précis, une influence soudaine et violente d'une cause accidentelle extérieure sur l'intégrité physique d'un assuré au cours de l'occupation professionnelle.

Les maladies professionnelles ne sont par ailleurs pas toujours spécifiques d'un métier et les maladies répertoriées dans le tableau peuvent avoir une

origine extraprofessionnelle: les amateurs de musique et utilisateurs de baladeurs sont exposés au bruit et au risque de surdité autant que les salariés de la métallurgie; de nombreux toxiques industriels sont utilisés sans précautions particulières au cours des activités de bricolage (solvants, colles etc.).

Vu la grande diversité des maladies existantes il a fallu fixer des critères afin de distinguer les maladies professionnelles des maladies non professionnelles. Ainsi, les maladies sont généralement considérées comme "professionnelles" lorsqu'elles présentent les caractéristiques suivantes.

Ce sont:

1. des maladies qui, d'après les connaissances médicales, sont causées par des influences spécifiques:

Ces influences encore appelées "risques" sont multiples. Les principaux sont les suivants:

- agents chimiques: métaux et métalloïdes, gaz asphyxiants et solvants, pesticides,...
- agents physiques: rayonnements divers, vibrations, air comprimé,...
- agents microbien engendrant des infections comme le tétanos, la tuberculose, l'hépatite virale,...
- nuisances liées aux facteurs d'ambiance: température, ventilation, humidité, bruit,...
- surcharge physique liée aux travaux lourds ou à des postures "forcées".

Pour la genèse d'une maladie professionnelle, il ne suffit pas d'une exposition accidentelle ou exceptionnelle à l'un de ces risques. La très grande majorité des pathologies professionnelles ne surviennent que par suite d'une exposition à un risque d'une certaine intensité ou sur une certaine durée (allant de quelques mois en cas d'exposition intense à plusieurs années d'exposition continue) ou encore d'une certaine fréquence.

2. des maladies auxquelles certaines personnes ou certains groupes de personnes sont particulièrement exposés du fait de leur travail:

Illustrons cette caractéristique à l'aide de quelques exemples:

- les poseurs de sols (moquetteuses, ponceurs vitrificateurs, parquettistes, carreleurs) sont particulièrement exposés à des problèmes de genoux en raison du travail à genoux ou accroupi ou encore à des pathologies respiratoires du fait de l'utilisation de colles en émulsion ou de détergents lors du nettoyage;
- les peintres sont particulièrement exposés à des asthmes dus aux substances novices contenues dans les peintures et vernis ou à des dermatoses professionnelles en raison de l'utilisation intensive de lessives, de nettoyants, de décapants chimiques;

- les boulanger sont particulièrement exposés à des rhinites et à des asthmes par l'utilisation massive de farine;
- les coiffeurs sont particulièrement exposés à des dermatoses et à des pathologies respiratoires en raison des produits utilisés;
- les ouvriers utilisateurs d'engins vibrants tenus à la main (scies à moteur, tronçonneuses, marteaux piqueurs, foreuses pneumatiques...) sont particulièrement exposés à des atteintes osseuses, articulaires et musculaires au niveau de la main, du poignet, du coude et de l'épaule;
- les ouvriers travaillant dans l'exploitation minière ou la construction de tunnels, dans les carrières (détonations, forages) ou l'industrie lourde (fonderies, forges,...) ou avec des engins mus par des moteurs puissants sont notamment particulièrement exposés à des troubles auditifs causés par le bruit;
- les mineurs sont particulièrement exposés à des sidéroses et silicoses, etc.

3. des maladies répertoriées dans une liste établie par le gouvernement:

Cette liste est le tableau des maladies professionnelles tel qu'arrêté par le règlement grand-ducal modifié du 27 mars 1986. Le tableau sera reproduit sous le point I.2. ci-dessous. Il s'agit en quelque sorte d'un catalogue des nuisances observées dans le monde du travail. Chaque agent nocif ou maladie porte un code suivi d'un "énoncé" souvent vague et sommaire de la maladie.

4. des maladies qui ont leur cause déterminante dans l'exercice d'un travail assuré:

Il faut que la maladie ait sa cause déterminante dans l'occupation professionnelle assurée. Par voie de conséquence, la reconnaissance est exclue lorsque l'origine professionnelle n'est pas établie ou lorsqu'il est établi que la genèse de la pathologie est due à des facteurs non professionnels tels que facteurs constitutionnels dégénératifs ou à une prédisposition de la victime. Ainsi par exemple, si un employé de bureau déclare être atteint d'une surdité ou d'une atteinte des articulations en raison de sa profession, la maladie ne sera pas reconnue en tant que maladie professionnelle puisque la cause déterminante ne se trouve certainement pas dans la profession (l'assuré n'ayant été exposé à aucun risque professionnel susceptible de provoquer ces affections).

Mais il n'est pas toujours si aisément de vérifier si cette condition est remplie ou non. En effet, souvent, le lien entre l'exposition à un risque et la maladie finale n'est pas clair, puisque non seulement les affections ne peuvent se révéler que des années après le début de l'exposition au risque (maladies comportant un temps de latence plus ou moins long) ou même après cessation de l'activité incriminée mais parfois elles peuvent aussi avoir plusieurs causes (pathologies plurifactorielles).

C'est la raison pour laquelle, contrairement aux accidents du travail, la preuve de l'origine professionnelle d'une maladie n'est pas aisée à rapporter. Une fois le diagnostic de la maladie établi, la recherche d'un lien entre celle-ci et l'exposition professionnelle se fait généralement par l'établissement d'une anamnèse personnelle et professionnelle du malade (qui comporte en principe une analyse des travaux actuels et de ceux réalisés dans le passé, de l'exposition récente ou passée à des agents physiques, chimiques ou autres, de la relation temporelle entre la pathologie principale et les activités exercées par le malade et les symptômes ou troubles présents chez d'autres travailleurs) et, le cas échéant, par des examens médicaux complémentaires (tests allergiques, audiométries chez les personnes exposées au bruit, explorations pulmonaires lorsqu'une affection pulmonaire est soupçonnée,...).

Illustrons la complexité de cette condition par l'analyse détaillée d'un exemple (exemple tiré d'une affaire AAI c/ BERNARD, CAAS 29.07.03, G434/02):

l'assurée avait déclarée être atteinte d'un syndrome de la coiffe des rotateurs et demandait la reconnaissance d'une maladie professionnelle sous le code 2101 du tableau, à savoir *Maladie des gaines synoviales ou du tissu péritendineux ainsi que des insertions tendineuses ou musculaires*. Elle travaillait depuis 15 ans comme vendeuse en poissonnerie et prétendait que ce travail, comportant beaucoup de manutentions et de mouvements répétitifs, et le port de charges lourdes serait à l'origine de ses douleurs à l'épaule. La déclaration patronale faisait état d'une description détaillée de l'activité de l'assurée: le matin elle préparait les comptoirs de vente des poissons en y mettant environ 400 kilogrammes de glace. Pendant la journée elle faisait la réception de la marchandise, la vente du poisson ainsi que la préparation des bacs de glace pour le lendemain. Le soir elle enlevait la glace des comptoirs en remettant les poissons non vendus dans des bacs pour les stocker dans la chambre frigorifique. Le médecin traitant de l'assuré affirmait que la maladie de sa patiente aurait sa cause déterminante dans l'activité professionnelle, l'assurée y étant exposée à des gestes répétitifs de flexion et de rotation du tronc avec soulèvement et port de charges allant de 5 à 25 kilogrammes sur une hauteur allant de 160 à 180 centimètres. Comme facteurs aggravants, il invoquait les variations de température, l'humidité ainsi que la station debout prolongée. Comme a priori on ne pouvait nier toute exposition à un risque, une expertise médicale a été demandée.

L'expert, après analyse des pièces médicales et un examen de la patiente, constatait que d'un point de vue clinique, l'assurée présentait une pathologie dégénérative de son épaule gauche de type syndrome du conflit acromio-huméral. Se posait dès lors la question de savoir si cette pathologie était en relation causale avec les contraintes professionnelles auxquelles elle était exposée. L'expert, dans ses recherches, expliqua un certain nombre d'éléments anatomo-pysiologiques et pathologiques et leur interaction

éventuelle avec les contraintes d'ordre socio-professionnel. Il remarquait qu'il existe ainsi une association positive entre une activité professionnelle comportant une forte composante de mouvements répétitifs et la survenance d'une pathologie de la coiffe des rotateurs mais pas entre la force musculaire développée et la survenance d'une telle pathologie. L'on pourrait de même démontrer une association positive entre une position du membre supérieur au-delà de 60° de flexion-abduction et la survenance d'une pathologie de la coiffe des rotateurs (cette association étant d'autant plus forte que cette position vicieuse est combinée au port d'une charge ou encore à la manipulation d'outils de travail).

Comme le tableau des maladies professionnelles en vigueur au Luxembourg est dérivé de celui en vigueur en Allemagne, l'expert a ensuite consulté les dispositions allemandes qui régissent la reconnaissance du numéro 2101. Un comité national d'experts médicaux, le "Ärztliche Sachverständigenbeirat beim Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung - Sektion Berufskrankheiten" élabore et actualise de manière régulière la justification scientifique des différentes maladies professionnelles reconnues par le législateur allemand, de même que les principes directeurs en relation avec la détermination du taux d'incapacité. Cette justification donne ensuite lieu aux "Merkblätter für die ärztliche Untersuchung". Le "Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 2101 der Anlage zur Berufskrankheiten-Verordnung" précise sous le point I "Vorkommen, Gefahrenquellen und Entstehungsweise" que la maladie professionnelle 2101 peut être due à une adaptation soit déficiente soit complètement absente aux sollicitations mécaniques monotones de longue durée ainsi qu'à des travaux inhabituels de tout genre.

L'examen de l'anamnèse professionnelle de l'assurée montrait que l'activité faisait intervenir:

1. une contrainte posturale: le bras gauche étant porté de façon régulière au-delà de 60° d'abduction et de flexion par l'action de prendre des coffres de poissons-glace situés partiellement en hauteur. Etant donné que cette contrainte était cependant limitée en amplitude (allant de 60° à 90°) et dans le temps (l'assurée n'y étant exposée que lorsqu'elle travaillait le matin et alors uniquement au début de sa journée de travail) elle ne suffisait pas à elle seule à expliquer la genèse professionnelle d'un conflit acromio-huméral;
2. une contrainte statique: l'assurée devant soulever des coffres faisant environ 25 kilogrammes, les manipuler en les maintenant à une hauteur plus ou moins importante du sol. Il s'agissait toutefois là à nouveau d'une action limitée dans le temps, de sorte qu'elle était insuffisante pour pouvoir engendrer à elle seule un conflit acromio-huméral,
3. une contrainte du type "mouvement répétitif" du genre travail à la tâche ou travail à la chaîne faisait complètement défaut.

En conclusion, l'expert retenait que prises dans leur ensemble, ces différentes contraintes statistiques et posturales pourraient éventuellement engendrer un conflit acromio-huméral, bien qu'elles étaient limitées dans le temps mais qu'il faudrait souligner qu'uniquement l'épaule gauche était atteinte. Or, comment expliquer de façon rationnelle que l'épaule gauche présenterait un conflit acromio-huméral d'origine professionnelle alors que l'épaule droite, qui est l'épaule la plus sollicitée chez une personne droitière, en soit indemne? Le syndrome acromio-huméral de l'épaule gauche était partant d'origine constitutionnelle dégénérative et non pas d'origine professionnelle.

I.2. Les maladies indemnisiées

L'article 94 du Code des assurances sociales dispose dans son alinéa 1er que "*des règlements d'administration publique rendront applicables les effets de l'assurance obligatoire contre les accidents à certaines maladies d'origine professionnelle; ils désigneront chaque fois la ou les maladies couvertes par cette assurance et prendront les mesures d'exécution nécessaires. Des maladies non désignées conformément à ce qui précède pourront être admises par le comité-directeur à la réparation du moment que la preuve sera suffisamment établie que leur origine est d'ordre professionnel*".

L'arrêté grand-ducal du 30 juillet 1928 a étendu l'assurance obligatoire contre les accidents aux maladies professionnelles en déterminant l'étendue et l'objet de l'assurance et en arrêtant un tableau des maladies professionnelles indemnisiées.

La plupart des pays européens ont adopté comme fondement de la reconnaissance un système de liste de maladies professionnelles et, accessoirement à cette liste, un système de reconnaissance hors liste ou "système ouvert". Le Grand-Duché connaît le même système.

Cette liste est un tableau qui recense de façon assez générale les maladies susceptibles d'être reconnues comme professionnelles. La liste luxembourgeoise est, comme il a été dit ci-dessus, dérivée de la liste allemande et regroupe les maladies indemnisiées en fonction des agents nocifs.

Contrairement à d'autres pays européens tel que la France par exemple, le législateur luxembourgeois n'a pas fixé dans le tableau les symptômes ou les travaux susceptibles de provoquer les affections. Les tableaux français, qui sont actuellement au nombre de 98, déterminent de manière précise les pathologies en cause, la liste - limitative ou indicative - des travaux susceptibles de les avoir provoquées, ainsi que le délai de prise en charge, c'est-à-dire le délai après la fin de l'exposition au risque pendant lequel la première constatation médicale doit avoir été faite. Ce dispositif, qui est considéré par certains comme trop rigide, a néanmoins le mérite de la transparence: le médecin et la victime sont informés des conditions

nécessaires et suffisantes pour que l'origine professionnelle d'une maladie soit légalement reconnue.

1. Tableau des maladies professionnelles:

Le tableau des maladies professionnelles tel que reproduit ci-dessus a été arrêté par un règlement grand-ducal modifié du 27 mars 1986.

Il regroupe les pathologies en fonction des agents nocifs en 6 catégories de maladies professionnelles indemnarisables:

- les maladies provoquées par des agents chimiques (en sous-distinguant entre métaux et métalloïdes, gaz asphyxiants et solvants, pesticides et autres substances chimiques)
- les maladies provoquées par des agents physiques (en sous-distinguant entre effets mécaniques, air comprimé, bruit et rayons)
- les maladies professionnelles infectieuses ou parasitaires ainsi que les maladies tropicales
- les maladies provoquées par des poussières minérales
- les affections cutanées
- les maladies provoquées par des actions diverses

Code	Maladies
1	Maladies provoquées par les agents chimiques
11	<i>Métaux et Métalloïdes</i>
11 01	Maladies provoquées par le plomb ou ses composés
11 02	Maladies provoquées par le mercure ou ses composés
11 03	Maladies provoquées par le chrome ou ses composés
11 04	Maladies provoquées par le cadmium ou ses composés
11 05	Maladies provoquées par le manganèse ou ses composés
11 06	Maladies provoquées par le thallium ou ses composés
11 07	Maladies provoquées par le vanadium ou ses composés
11 08	Maladies provoquées par l'arsenic ou ses composés
11 09	Maladies provoquées par le phosphore ou ses composés anorganiques
11 10	Maladies provoquées par le beryllium ou ses composés
12	<i>Gaz asphyxiants</i>
12 01	Maladies provoquées par le monoxyde de carbone
12 02	Maladies provoquées par l'hydrogène sulfuré
13	<i>Solvants, pesticides et autres substances chimiques</i>

-
- 13 01 Maladies des muqueuses, cancers ou autres néoformations des voies urinaires provoquées par les amines aromatiques
 - 13 02 Maladies provoquées par les hydrocarbures halogénés
 - 13 03 Maladies provoquées par le benzène, ses homologues et le styrène
 - 13 04 Maladies provoquées par les composés nitrés ou aminés du benzol ou ses homologues ou leurs dérivés
 - 13 05 Maladies provoquées par le sulfure de carbone
 - 13 06 Maladies provoquées par le méthanol
 - 13 07 Maladies provoquées par les composés organiques du phosphore
 - 13 08 Maladies provoquées par le fluor ou ses composés
 - 13 09 Maladies provoquées par les esters nitriques
 - 13 10 Maladies provoquées par les dérivés halogénés des alkylaryl ou alkylaryloxydes
 - 13 11 Maladies provoquées par les dérivés halogénés des alkylaryl ou alkylarylsulfurés
 - 13 12 Maladies des dents provoquées par les acides
 - 13 13 Lésions cornéennes par le benzoquinone
 - 13 14 Affections dues au p-tertiobutyl-phénol
 - 13 15 Maladies dues aux isocyanates
 - 13 16 Maladies du foie par diméthylformamide
 - 13 17 Polyneuropathie ou encéphalopathie par les solvants organiques et leurs mélanges

Remarque se rapportant aux codes 11 01 à 11 10, 12 01 et 12 02, 13 03 à 13 09:

Les affections cutanées pouvant être couvertes par ces rubriques ne donnent lieu à réparation que pour autant qu'elles répondent aux conditions posées sous la position 51 01 ou qu'elles se présentent comme une manifestation d'une maladie plus générale provoquée par les substances chimiques visées.

- 2 Maladies provoquées par des agents physiques**
- 21 Effets mécaniques**
- 21 01 Maladies des gaines synoviales ou du tissus péritendineux ainsi que des insertions tendineuses ou musculaires ayant nécessité l'abandon de toutes activités qui ont été ou qui peuvent être en relation causale avec l'origine, l'aggravation ou la réapparition de la maladie

- 21 02 Lésions méniscales dues à un surmenage des articulations du genou après une exposition prolongée de plusieurs années ou une exposition à répétition fréquente
- 21 03 Affections provoquées par les vibrations des outils pneumatiques ou outils agissant de façon similaire
- 21 04 Troubles circulatoires aux mains dues aux vibrations et ayant nécessité l'abandon de toutes activités qui ont été ou qui peuvent être en relation causale avec l'origine, l'aggravation ou la reaparition de la maladie
- 21 05 Maladies chroniques des bourses séreuses par pression locale prolongée
- 21 06 Paralysie des nerfs dues à des pressions locales prolongées
- 21 07 Fractures des apophyses épineuses vertébrales
- 21 08 Abrasion prononcée des dents par la poussière de silice
- 22 *Air comprimé*
- 22 01 Maladies dues au travail dans l'air comprimé
- 23 *Bruit*
- 23 01 Hypoacusie provoquée par le bruit professionnel consistant dans une perte auditive d'au moins quarante pour cent
- 24 *Rayons*
- 24 01 Cataracte due au rayonnement thermique
- 24 02 Maladies provoquées par les rayons ionisants
- 3 Maladies professionnelles infectieuses ou parasitaires ainsi que les maladies tropicales**
- 31 01 Maladies infectieuses, si l'assuré travaille dans un établissement ou un service s'occupant de la prophylaxie, du diagnostic et du traitement des maladies contagieuses, ou si l'assuré est particulièrement exposé à des risques similaires de contagion, en raison de son activité professionnelle
- 31 02 Maladies transmissibles des animaux à l'homme
- 31 03 Maladies parasitaires des mineurs par ankylostome duodénal ou anguillule intestinale
- 31 04 Maladies tropicales, fièvre pourprée
- 4 Maladies provoquées par des poussières minérales**
- 41 01 Silicose
- 41 02 Silicose en association avec une tuberculose pulmonaire
- 41 03 Asbestose ou affection de la plèvre par la poussière d'amiante
- 41 04 Cancer du poumon et cancer du larynx:
- en association avec une asbestose ou

- en association avec une lésion de la plèvre ou
 - lorsque l'effet d'une dose cumulative de fibres en amiante sur le lieu de travail d'au moins 25 années-fibres [(25x 106 fibres / m³) x années] est établie.
- 41 05 Mésothéliome de la plèvre, du péritoine ou du péricarde causé par l'amiante
- 41 06 Maladies des voies respiratoires profondes ou des poumons provoquées par l'aluminium ou ses composés
- 41 07 Fibrose pulmonaire provoquée par les poussières des métaux durs lors de la fabrication ou du façonnage de ces métaux
- 41 08 Maladies des voies respiratoires profondes et des poumons par scories Thomas
- 41 09 Néoformations des voies respiratoires et des poumons par le nickel ou ses composés
- 42 *Maladies provoquées par des poussières organiques*
- 42 01 Alvéolite allergique extrinsèque
- 42 02 Affection pulmonaire provoquée par l'inhalation de fibres de coton, de lin, de chanvre, de jute, de sisal et de bagasse
- 42 03 Adénocarcinome des cavités et des fosses nasales dû aux poussières de bois
- 43 *Maladies obstructives des voies respiratoires*
- 43 01 Maladies obstructives des voies respiratoires inclusivement rhinopathie causées par des substances allergisantes ayant nécessité l'abandon de toutes activités qui ont été ou qui peuvent être en relation causale avec l'origine, l'aggravation ou la réapparition de la maladie
- 43 02 Maladies obstructives des voies respiratoires causées par des substances chimiquement irritantes ou toxiques ayant nécessité l'abandon de toutes activités qui ont été ou qui peuvent être en relation causale avec l'origine, l'aggravation ou la réapparition de la maladie
- 5 Affections cutanées**
- 51 01 Affections cutanées sévères ou récidivantes ayant nécessité l'abandon de toutes activités professionnelles qui ont été ou qui peuvent être en relation causale avec l'origine, l'aggravation ou la réapparition de la maladie
- 51 02 Néoformations ou cancers cutanés après manipulation et emploi de noir de fumée, paraffine lourde, goudron de houille, antracène, résines ou autres substances cancérigènes

6 Maladies provoquées par des actions diverses

61 01 Nystagmus des mineurs

A l'analyse du tableau, l'on constate que, pour certaines maladies, le législateur exige une condition supplémentaire à la reconnaissance: l'abandon de toutes activités professionnelles qui ont été ou qui peuvent être en relation causale avec l'origine, l'aggravation ou la réapparition de la maladie. Il en est ainsi de la plupart des maladies provoquées par les agents chimiques (codes 1101 à 1110: métaux et métalloïdes; codes 1201 et 1202: gaz asphyxiants, codes 1303 à 1309: solvants, pesticides et autres substances chimiques), des maladies des gaines synoviales, du tissus péritendineux et des insertions tendineuses ou musculaires (code 2101), des troubles circulatoires aux mains dues à des vibrations (code 2104), des maladies obstructives des voies respiratoires causées par des substances allergisantes (code 4301) ou par des substances chimiquement irritantes ou toxiques (code 4302) et des affections cutanées sévères ou récidivantes (code 5101).

Cette condition de la cessation des activités en relation causale avec l'origine, l'aggravation ou la réapparition de la symptomatologie se fonde sur des exigences médicales, alors qu'il est acquis en médecine du travail que le non abandon des activités concernées peut entraîner pour l'assuré des conséquences très graves pour son état de santé. Par ailleurs, l'intention du législateur a été d'éviter des récidives et la création, par suite de la continuation des activités en relation avec l'origine de la maladie, d'un risque nouveau qu'on ne saurait imputer à l'administration.

Par conséquent, si l'assuré continue à effectuer la même activité que celle qui a fait apparaître la maladie, la prise en charge sera refusée au motif que les conditions légales ne sont pas remplies. Ce n'est qu'au cas où l'assuré cesse l'activité à risque respectivement change de poste de travail qu'une prise en charge sera admise si par ailleurs les autres conditions de la reconnaissance sont remplies.

2. Reconnaissance de maladies "hors liste"

Si le cadre des maladies professionnelles dites "de la liste" est très utile, il peut néanmoins se révéler parfois insuffisant pour le médecin confronté à des affections manifestement provoquées par l'activité professionnelle mais ne figurant pas sur le tableau. Cette situation résulte du fait que l'inscription au tableau d'une maladie nouvelle est toujours en retard par rapport aux progrès des connaissances médicales. Le législateur, lors de l'établissement du tableau des maladies professionnelles, ne peut en effet guère prévoir l'évolution des symptomatologies et des changements de l'activité professionnelle. Elle est aussi une conséquence du caractère individuel des maladies professionnelles: une nuisance peut entraîner des troubles

uniquement chez quelques rares travailleurs sans affecter la majorité d'entre eux (par exemple eczéma ou asthme provoqué par l'eau de javel).

C'est la raison pour laquelle l'article 94 alinéa 1er seconde phrase du CAS donne au comité-directeur la possibilité d'admettre à la réparation des maladies non désignées au tableau mais dont la preuve est suffisamment établie que leur origine est d'ordre professionnel. L'Association d'assurance contre les accidents (ci-après "AAA") a donc la faculté de reconnaître en tant que maladie professionnelle une affection non prévue au tableau du moment que la preuve de l'origine professionnelle de celle-ci est établie à suffisance.

Les juridictions sociales décidaient traditionnellement que la faculté de reconnaître ou non une maladie professionnelle non visée au tableau était réservée exclusivement au Comité-directeur de l'Assurance-accidents, que celui-ci jouissait d'un pouvoir discrétionnaire et que les juridictions sociales n'avaient aucun droit de censure sur la décision afférente.

Cette jurisprudence a toutefois subi un revirement en 2001 et le Conseil supérieur des assurances sociales a décidé, dans un arrêt du 14 février 2001 (AAI c/COLLIN, G2000/0093, No 2001/0015), que ce droit de décision n'était pas soustrait au contrôle des juridictions, alors qu'aucun texte de loi ne l'exceptait des voies de recours ouvertes à l'encontre des décisions du comité-directeur. Les juridictions se déclarent partant depuis cet arrêt compétentes pour contrôler les décisions du Comité-directeur en cette matière.

Parmi les maladies non désignées au tableau mais qui sont régulièrement déclarées, il y a lieu de citer les pathologies dorsales (hernie discale, hernie inguinale, lombalgies, sciatiques, ...).

Contrairement aux législations allemande ou française, le tableau des maladies professionnelles prévu par la législation luxembourgeoise, bien que dérivé du tableau allemand, ne comprend pas les pathologies discales et ne connaît pas de conditions particulières nécessaires à la reconnaissance de ces lésions. Aussi, afin d'étudier la possibilité d'une éventuelle reconnaissance sur base de l'article 94 alinéa 1, 2e phrase, précité, il faut se rapporter aux tableaux allemand et français ainsi qu'aux conditions de reconnaissance y prévues.

Le tableau allemand prévoit sous le numéro 2108: "*Bandscheibenbedingte Erkrankungen der Lendenwirbelsäule durch langjähriges Heben oder Tragen schwerer Lasten oder durch langjährige Tätigkeiten in extremer Rumpfbeugehaltung, die zur Unterlassung aller Tätigkeiten gezwungen haben, die für die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich waren oder sein können*". Le comité scientifique allemand a élaboré des critères pour la reconnaissance de cette maladie professionnelle, à savoir:

1. présence des pathologies suivantes: syndrome lombaire local soit aigu (lumbago) soit chronique; syndromes radiculaires (lombo-sciatalgies); syndrome de la queue de cheval. Toutes ces pathologies doivent aller de pair avec des incapacités physiologiques et des troubles chroniques et récidivant,
2. une activité adéquate d'au moins 10 ans,
3. par charge lourde, il faut entendre ici toute charge de plus de 20 kg pour un sujet de sexe masculin > 40 ans,
4. ces charges doivent avoir été manipulées de façon régulière et prépondérante,
5. par position vicieuse, il faut entendre une activité dans des endroits dont la hauteur libre n'excède pas 100 cm avec le tronc plié à plus de 90°.

En France, le tableau des maladies professionnelles connaît sous le numéro 98 les "Affections chroniques du rachis lombaire provoquées par la manutention manuelle de charges lourdes" et exige un délai de prise en charge de 6 mois sous réserve d'une durée d'exposition de 5 ans. Dans la liste indicative des principaux travaux susceptibles de provoquer ces maladies sont cités des travaux de manutention manuelle de charges lourdes effectuées dans 10 secteurs différents tels que le bâtiment, le gros-œuvre, les travaux publics, le déménagement, les gardes meubles, les soins médicaux et paramédicaux lors de la manutention de personnes.

C'est donc en rapprochant l'anamnèse socio-professionnelle d'un assuré, son examen clinique et les pièces figurant dans son dossier médico-administratif aux conditions précitées qu'il faudra trancher si l'existence d'une maladie professionnelle est à retenir ou non.

I.3. Commission supérieure des maladies professionnelles

L'article 7 de l'arrêté grand-ducal du 30 juillet 1928 concernant l'extension de l'assurance obligatoire contre les accidents aux maladies professionnelles prévoit l'institution d'une commission supérieure des maladies professionnelles dont l'organisation est réglée par un arrêté ministériel du 9 novembre 1928.

Cette commission supérieure est spécialement chargée de donner son avis et de faire des propositions sur les modifications à apporter au tableau indiquant les affections aiguës ou chroniques qui sont considérées comme maladies professionnelles.

Elle est présidée par le président de l'Office des assurances sociales et composée de 12 membres, à savoir un délégué du Gouvernement, le médecin-directeur du contrôle médical de la sécurité sociale ou son délégué et l'ingénieur-conseil de l'association d'assurance contre les accidents, trois médecins, trois représentants des employeurs dont deux ressortissants de la chambre de commerce et un ressortissant de la chambre des métiers et trois

représentants des assurés dont deux ressortissants de la chambre de travail et un ressortissant de la chambre des employés privés.

Pour l'étude des maladies pouvant être considérées comme maladies professionnelles spéciales à l'agriculture, les représentants des employeurs et des assurés industriels sont remplacés par deux représentants de l'agriculture (arrêté ministériel du 14 janvier 1938).

La durée du mandat des trois médecins et des représentants des employeurs et des assurés est de cinq ans.

La commission supérieure pourra, pour l'exécution de sa mission, s'adjointre des experts pour l'étude des affections pouvant être considérées comme maladies professionnelles (arrêté ministériel du 7 octobre 1955).

PARTIE II: DÉCLARATION ET INDEMNISATION DES MALADIES PROFESSIONNELLES

II.1. Procédure

1. Délai endéans duquel la maladie doit être déclarée

Dans le souci d'indemniser le plus vite possible les assurés victimes d'une maladie professionnelle et d'éliminer au maximum les problèmes concernant la relation causale entre la maladie et l'activité professionnelle, le législateur a également imposé aux victimes d'une maladie professionnelle l'obligation de réagir rapidement.

En vertu de l'article 2 du règlement grand-ducal du 22 décembre 1995 déterminant la procédure de déclaration des accidents et de fixation des prestations de l'assurance-accident, le médecin est obligé de déclarer dans la huitaine toute maladie professionnelle de laquelle il a eu connaissance à l'Association d'assurance contre les accidents en fournissant toutes les indications demandées sur le formulaire prescrit.

Par analogie aux victimes d'un accident du travail et conformément à l'article 149 alinéa 2 CAS, les personnes atteintes d'une maladie professionnelle qui prétendent avoir droit à une indemnité doivent présenter leur demande dans un délai de trois ans à dater de la constatation de la maladie ou du jour du décès de la victime survenu par suite de la maladie.

Le délai de trois ans est d'ordre public et le point de départ est fixé par le début de la maladie lequel, dans la plupart des cas, résulte ou bien de pièces ou examens médicaux, ou bien peut être déterminé au moyen d'une expertise médicale.

A titre d'illustration, l'on peut citer une décision du CSAS du 10.11.1999 dans une affaire AAI c/ RISCHARD (No: 153/99) dans laquelle l'assuré atteint d'une tuberculose pulmonaire bilatérale avait présenté sa demande en

indemnisation plus de trente ans après le début de la maladie. L'AAA déclara la demande irrecevable pour ne pas avoir été présentée dans les 3 ans à partir du début de la maladie. L'assuré estima au contraire que les conséquences de la maladie sur sa capacité de travail ne s'étaient manifestés que le jour de sa mise à la retraite (le 01.01.1997) si bien que le point de départ du délai de trois ans se situerait à cette date et non au moment de la découverte de la maladie. Le jugement du CAAS qui avait donné gain de cause à l'assuré a été réformé en appel. Le CSAS, à l'appui de son arrêt, se fonde sur les conclusions d'une expertise médicale qui retenait qu'un examen radiographique effectué en 1967 avait mis en évidence une tuberculose pulmonaire et l'intéressé fut de ce fait déjà admis à un sanatorium au cours des années 1967 et 1968; que pendant ce temps, la capacité de travail de l'intéressé fut nulle et que les conséquences de la maladie sur la capacité de travail s'étaient donc manifestées dès le début de ce séjour; que l'assuré aurait donc dû réagir dans un délai de trois ans à partir de son admission au sanatorium, alors que c'est à partir de ce moment qu'il a pu se rendre compte des conséquences de la maladie sur la capacité de travail.

Le délai de 3 ans étant prescrit à peine de déchéance, il entraîne, en cas d'inobservation et sauf circonstances particulières, l'irrecevabilité de la demande en indemnisation pour cause de tardiveté.

Dans une autre affaire dans laquelle l'AAA avait décliné sa responsabilité (CSAS 18.11.1992, AAI c/ COLLE, G 99/90, No 164/92), le CSAS a également confirmé la décision de l'administration au motif qu'il se dégageait de l'expertise qu'il aurait certainement été possible de détecter la gonarthrose du genou droit de l'assuré plus de trois ans avant le dépôt de la déclaration de la maladie professionnelle si l'assuré avait senti le besoin de consulter un médecin pour des troubles que celui-ci ne jugeait pas encore très graves au début. L'expert avait retenu que l'origine de l'affection se trouvait dans des micro-lésions subies par le genou durant environ vingt ans, ce d'autant plus qu'aucune autre articulation du patient, ancien mineur, n'était atteinte à l'époque de dégénérescence arthrosique.

L'alinéa 3 de l'article 149 du CAS prévoit des situations exceptionnelles, d'interprétation restrictive d'après la jurisprudence, dans lesquelles la réclamation est néanmoins recevable après l'expiration du délai de trois ans. Tel est le cas s'il est prouvé que les conséquences de la maladie, au point de vue de la capacité de travail du malade, n'ont pu être constatées qu'ultérieurement. Cela presuppose que les conséquences invoquées par l'assuré à l'appui d'une demande en obtention d'indemnités avaient leur cause déterminante dans l'occupation professionnelle. La preuve de cette relation entre l'activité professionnelle et la maladie incombe à l'assuré. Par transposition d'un jugement rendu en matière d'accident du travail par le CAAS en date du 18.06.2001 et confirmé par le CSAS en date du 25.06.2003 dans une affaire AAI c/ SAINTE-CROIX, il y aurait lieu de retenir, dans le cas d'une maladie professionnelle, une impossibilité d'agir si l'exactitude du

diagnostic de la maladie et la relation causale déterminante avec l'activité professionnelle n'ont été établies qu'après l'expiration du délai triennal.

La deuxième exception prévue consiste dans l'impossibilité d'agir. En vertu d'une jurisprudence constante cette notion est à interpréter comme impossibilité physique résultant d'une maladie grave ou d'un accident mettant l'intéressé hors d'état de pourvoir à ses intérêts (p.ex. CSAS 28.06.2000 AAI c/ BRUCKER et ENTRAIDE MEDICALE DES CFL, GE 1999/ 0002, No 867/2000; CSAS 17.12.2001 AAI c/ SCHULTEN, G 272/00). Dans une affaire AAI c/ MERRES épouse SEYLER (GE 154/99, No 20/2000), le CSAS par un arrêt du 16 février 2000, après avoir rappelé que le principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi est d'application générale et vaut en matière de sécurité sociale pour tous les textes qui édictent une pénalité, une déchéance ou une sanction quelconque, a rejeté l'argumentation de l'assuré qui prétendait ignorer l'étendue de ses droits à réparation et les moyens pour les faire valoir utilement pour décider qu'il n'y avait pas, dans ce cas, impossibilité d'agir.

Au cas où une des situations exceptionnelles décrites ci-avant est retenue, la demande est à adresser au comité-directeur endéans les trois ans de la constatation de la maladie ou de la cessation de l'impossibilité d'agir.

2. Forme de la déclaration

Dans la procédure prévue en matière d'accident du travail et d'accident de trajet la victime qui doit aviser immédiatement son employeur et il appartient à ce dernier respectivement à son représentant de déclarer dans la huitaine l'accident à l'Association d'assurance contre les accidents.

Si en matière de maladies professionnelles le législateur a rendu les dispositions pour la déclaration et l'enquête des accidents applicables au cas de maladies professionnelles, il convient toutefois de souligner une exception notable: en matière de maladies professionnelles il appartient au médecin d'un assuré atteint d'une maladie professionnelle de faire immédiatement et d'office la déclaration à l'Association d'assurance contre les accidents.

3. Instruction du dossier

L'instruction des dossiers est basée ensuite non comme en matière d'accidents du travail sur la déclaration de l'employeur mais sur celle du médecin traitant qui remplit à cet effet un formulaire spécial. Après réception de cette déclaration, l'AAA peut demander des rapports supplémentaires soit au médecin traitant soit à un ou plusieurs médecins-spécialistes au Grand-Duché ou à l'étranger. A l'aide des fichiers du service affiliation du Centre commun de la sécurité sociale, le parcours professionnel de l'assuré est vérifié. En fonction de la complexité du dossier, des expertises médicales ou techniques supplémentaires sont effectuées. Si l'assuré ou son médecin

prétend qu'il y a eu exposition à l'amiante, l'assuré est de plus tenu de remplir un questionnaire spécial concernant l'exposition à l'amiante.

L'employeur, de son côté, est tenu de fournir tous les renseignements concernant l'exposition au risque. En pratique, il remplit à cet effet un questionnaire spécial, la déclaration patronale, contenant des questions relatives au travail effectué par l'assuré et à l'environnement dans lequel ce travail est ou a été exécuté. Le patron y décrit l'activité de l'assuré, les gestes, postures et conditions de travail, si l'assuré a été exposé à des substances irritantes ou corrosives, à l'inhalation de poussières, gaz ou vapeurs, au bruit, à de grands efforts physiques ou à des gestes répétitifs, et dans l'affirmative, la durée et le degré de l'exposition, si des mesures au sujet des risques ont été effectuées, si des mesures de protection ont été prises, etc.

Au cas où les renseignements fournis par l'employeur sont insuffisants et dans la mesure où une vérification dans l'entreprise est possible, l'AAA peut procéder à une enquête technique, c'est-à-dire à une étude du poste de travail de l'intéressé afin de contrôler si l'assuré était lors de l'exécution de son travail quotidien exposé à un risque spécifique susceptible d'être la cause déterminante de l'affection déclarée. Ces études de postes sont généralement effectuées par les services de l'AAA mais il se peut également qu'un homme de l'art soit chargé de faire une expertise ou le cas échéant d'assister l'AAA dans ses vérifications.

La difficulté résidera ensuite dans la question de savoir s'il y a concordance entre les antécédents professionnels, les plaintes accusées par la victime et les troubles constatés (cf l'exemple tiré de l'affaire AAI c/ BERNARD illustrée ci-dessus).

4. Charge de la preuve

Dans certains pays européens la loi, dans un but de protection de la victime, a prévu un système de présomption d'imputabilité. Ainsi, en France par exemple, en vertu du principe de présomption d'origine, toute affection qui répond aux conditions médicales, professionnelles et administratives mentionnées dans les tableaux est systématiquement présumée d'origine professionnelle, sans qu'il soit nécessaire d'en apporter la preuve. Cette présomption d'imputabilité joue de la même manière en faveur de la victime en Belgique et en Italie.

Le législateur luxembourgeois n'a pas suivi cette voie. Au Grand-Duché, tout comme d'ailleurs en Allemagne, la victime a la charge de la preuve de l'origine professionnelle de son affection.

La loi est muette sur le régime de preuve mais la jurisprudence retient avec constance que "*pour engager la responsabilité de l'assurance-accidents, l'existence d'une relation causale entre la maladie et la profession exercée doit être établie, sinon d'une façon irréfutable, du moins avec une probabilité approchant la certitude, la simple possibilité d'une telle relation causale étant*

"insuffisante" (p. ex. CAAS 21 juillet 2003, AAI c/ PONZONI, G286/02); CAAS 21.07.03, AAI c/ DOS SANTOS, G200/02).

Il appartient donc aux assurés de rapporter la preuve tant des conditions de travail dans lesquelles ils ont été amenés à travailler et des risques auxquels ils ont été exposés que des conséquences qui ont pu en résulter pour leur santé. Dans une affaire dans laquelle l'AAA avait décliné sa responsabilité au motif que l'assuré n'était pas exposé à son lieu de travail à des produits toxiques, le CSAS a rappelé la théorie de la preuve en précisant que "... (*l'assuré*) a la charge de la preuve qu'il était exposé à son lieu de travail à des produits toxiques et qu'il souffre actuellement d'une ou de plusieurs maladies qui proviennent de son travail" (CSAS 18 février 1998, AAI c/ MAYER, No. 49/98).

Il va de soi que le médecin traitant de l'assuré joue ici un rôle prépondérant, alors qu'il lui appartient de détecter une maladie professionnelle. Le problème qui se pose en pratique est qu'un certain nombre de médecins sont peu familiers avec la médecine du travail. Il s'agit en effet d'un domaine spécialisé et le dépistage d'une maladie professionnelle nécessite souvent la réalisation d'examens complémentaires tant pour le diagnostic de la pathologie que pour l'évaluation de l'exposition au risque.

5. Décision

Conformément à l'article 149 alinéa 5 du CAS, si la demande en indemnisation est admise, le montant de l'indemnité doit être immédiatement fixé. A cette fin, l'administration du contrôle médical de la sécurité sociale (ci-après "CMSS") ou un expert choisi par celle-ci détermine les lésions résultant de l'affection et fixe le taux d'incapacité y relatif. Sur base du taux retenu médicalement, l'AAA alloue une rente à l'assuré. Des précisions quant à l'évaluation des séquelles seront données dans des développements ultérieurs.

Si, au contraire, la demande en indemnisation est rejetée, l'assuré en sera informé par une décision écrite et motivée susceptible de recours.

En ce qui concerne le contenu des décisions de l'administration et plus spécialement la motivation de celles-ci, une jurisprudence actuellement majoritaire décide qu'à défaut de texte particulier organisant en matière d'assurance-accident une procédure spéciale présentant au moins des garanties équivalentes à celles prévues dans le cadre de la procédure administrative non contentieuse, les principes posés par la loi du 1er décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des Communes sont applicables. En vertu de ceux-ci, lorsqu'une décision administrative est de nature à porter atteinte aux droits ou intérêts de l'assuré, il est essentiel que celle-ci soit motivée, sans quoi le destinataire de la décision n'est pas en mesure de

comprendre les raisons pour lesquelles sa demande a été rejetée et de décider objectivement de l'opportunité de contester la décision. La motivation qui exprime les raisons de fait et de droit à la base de la décision constitue une garantie substantielle pour le destinataire de la décision.

La question de savoir si les motifs doivent être détaillés et sous quelle forme ils doivent être présentés est laissée à l'appréciation de l'administration qui déterminera dans quelle mesure elle doit entrer dans les détails en fonction de la nature de la décision et compte tenu du but de la motivation, qui est de permettre à l'intéressé d'évaluer l'acte en question. Néanmoins la motivation doit être adéquate, claire et suffisante. Il faut y mentionner en général les faits, arguments et preuves principaux à partir desquels l'autorité administrative a pris la décision, ainsi que la base légale au titre de laquelle elle a agi.

La sanction de l'obligation de motiver une décision administrative consiste en général dans la suspension des délais de recours contentieux et administratifs jusqu'à la communication des motifs. La décision reste donc en principe valable et il est admis en général que l'administration peut produire ou compléter les motifs postérieurement à condition toutefois que ceux-ci aient existé au moment où la décision a été prise. (TA 24.11.1999, Reinertz, n°11471, CA 08.07.1999, Mousel-Reuter, n°11102C). Certaines décisions ont retenu néanmoins qu'un défaut de motivation (respectivement une motivation vague et imprécise) est à sanctionner par l'annulation de la décision lorsque l'administré n'a pas pu avoir une connaissance effective des motifs réels à la base de la décision avant d'entamer un recours judiciaire (CA 16.10.1997, O., n°10082C). D'autres décisions encore ont retenu qu'en cas d'imprécisions des motifs, le juge est dans l'impossibilité de contrôler leur légalité et si les éléments du dossier ne lui permettent pas de substituer des motifs légaux, la décision encourt l'annulation (TA 14.05.1997, Glode, n°9632, TA16.03.2000, Loginter, n°11555). Mentionnons encore un arrêt du CSAS du 20.11.1991 (AAI c/ BRUCKER, No 137/91) dans lequel le CSAS avait annulé pour violation des droits de la défense une décision de la commission des rentes qui "s'était bornée à dire que la réclamation de l'assuré était non fondée sans répondre en quoi que ce soit aux objections de celui-ci qui ne se trouvent pas non plus discutées a priori par la motivation de la communication incriminée".

6. Voies de recours contre les décisions de l'Association d'assurance contre les accidents

En cas de contestation des décisions de l'AAA (décision présidentielle ou décision de la Commission des rentes), l'assuré a la possibilité de former opposition suivie, le cas échéant, d'un recours juridictionnel devant les juridictions sociales.

- L'opposition

En cas de désaccord avec la décision présidentielle rendue par l'Association d'assurance contre les accidents, l'assuré dispose, sur base de l'article 128 alinéa 4 du CAS, d'un délai de 40 jours à partir de la notification de celle-ci pour former opposition.

Ce délai est d'ordre public et il est prescrit à peine de déchéance. L'opposition est à adresser au Président de la Commission des rentes et la Commission des rentes statuera sur la validité de celle-ci. Il a été décidé que le dépôt d'une requête auprès du Conseil arbitral n'est pas de nature à interrompre le délai de 40 jours prévu pour introduire une opposition contre une décision présidentielle, alors que le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes est inapplicable aux juridictions qui, suite à leur saisine, ont l'obligation de statuer sur la demande leur soumise le cas échéant en rendant une décision d'incompétence ou d'irrecevabilité (CSAS 21.06.1999, GE10/99, BEREND c/AAI).

Lorsque la contestation a pour objet une question médicale telle que la reconnaissance d'une maladie professionnelle ou la fixation du taux d'incapacité de travail résultant de la prise en charge de la maladie, elle doit être accompagnée d'un certificat médical détaillé et motivé (art. 11 du RGD du 22.12.1995). A défaut d'élément nouveau de nature à invalider la décision individuelle, la Commission des rentes déclarera l'opposition non fondée et confirmera la décision individuelle.

L'introduction d'une opposition devant la Commission des rentes n'a pas d'effet suspensif et ne saurait faire échec au paiement d'une rente dans le cas d'une prise en charge de la maladie.

En ce qui concerne la forme que doit revêtir l'opposition, il reste à préciser que la loi ne prescrit pas de conditions formelles spécifiques. Il va toutefois de soi qu'il doit résulter clairement de l'acte d'opposition qu'il s'agit d'une contestation contre une décision présidentielle.

- Recours juridictionnel

Aux termes de l'article 151 du CAS, un recours est ouvert contre la décision de la Commission des rentes devant le Conseil arbitral des assurances sociales et, en appel, devant le Conseil supérieur des assurances sociales.

Conformément au règlement grand-ducal du 24 décembre 1993 déterminant la procédure à suivre devant le Conseil arbitral et devant le Conseil supérieur des assurances sociales le recours devra être formé à peine de déchéance dans le délai de 40 jours à compter de la notification de la décision de la Commission des rentes.

Il est formé par simple requête sur papier libre à déposer au siège du Conseil arbitral. La requête indique les coordonnées et qualités exactes du demandeur et énonce l'objet de la demande et l'exposé sommaire des

moyens. Elle doit être signée par le demandeur ou son représentant légal ou son mandataire qui peut être le représentant de son organisation professionnelle ou syndicale.

Les juridictions décident de manière constante qu'un recours consistant en un écrit rédigé et signé par le médecin traitant de l'assuré est irrecevable au motif que cet acte de saisine du Conseil arbitral ne constitue pas l'acte de procédure prévu par les articles 1er et 2 du règlement grand-ducal du 24 décembre 1993 déterminant la procédure à suivre devant les juridictions sociales et n'est pas à lui seul de nature à saisir valablement le Conseil arbitral à défaut par l'assuré de joindre une requête signée par lui-même ou son mandataire ayant qualité de le représenter. Une telle irrecevabilité ne saurait pas non plus être couverte par un acte de procédure ultérieur tel qu'une présentation de la requête par un mandataire (CSAS 10.12.1997, GE 107/97, ZIELINSKI François c/ AAI).

Si la requête est présentée par un mandataire, ce dernier, s'il n'est pas avocat, doit justifier d'une procuration spéciale. Cette dernière doit être présentée au plus tard lors du débat oral et avant que celui-ci ne soit entamé.

A cet égard, le Conseil supérieur des assurances sociales a décidé que: "*S'il est vrai que le mandat ne se présume pas et que l'acte fait au nom du mandant n'est valable que s'il existait un contrat de mandat valable au jour de l'acte, la procuration donnée après la décision de la commission des rentes et qui se trouve versée au dossier administratif lors de l'instruction de l'affaire au Conseil Arbitral vaut, au besoin, ratification du mandat et par conséquent, preuve suffisante, conformément à l'article 1985 du Code civil, du mandat délivré pour le représenter à l'occasion de la procédure administrative*" (CSAS 7 novembre 1995, DE OLIVEIRA REGO c/ AAI, G12/95).

Le président du Conseil arbitral instruit l'affaire et peut rassembler tous les moyens de preuve qu'il juge nécessaires. Il peut ordonner toute mesure d'instruction utile notamment commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise. Dans toutes les affaires dans lesquelles se pose une question médicale, il se fait conseiller par son médecin-conseil lors des débats oraux.

Les assurés ou leurs mandataires peuvent prendre connaissance des dossiers au Conseil arbitral et obtenir en général communication des pièces relatives au litige. Le président décide dans quelle mesure les rapports médicaux peuvent être consultés.

En cas de désaccord avec le jugement rendu par la Conseil arbitral, les parties disposent, à peine de déchéance, d'un délai de 40 jours pour interjeter appel contre le jugement devant le Conseil supérieur des assurances sociales.

Les décisions rendues en dernier ressort par le Conseil arbitral ainsi que les arrêts du Conseil supérieur des assurances sociales sont susceptibles d'un

recours en cassation en cas de contravention à la loi ou pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité.

II.2. Indemnisation

1. Evaluation des séquelles résultant d'une maladie professionnelle

Après le traitement curatif, l'assuré atteint d'une maladie professionnelle est soit guéri, soit consolidé. Dans ce dernier cas il conserve des séquelles lesquelles doivent être évaluées aux fins d'indemnisation. Il convient de rappeler brièvement le principe applicable en matière d'indemnisation des préjudices et d'analyser par la suite la manière dont les séquelles sont évaluées.

- Principe

Le régime applicable au Luxembourg tout comme en France, en Allemagne et en Belgique est celui d'une globalisation des différents préjudices subis du fait de la maladie. Contrairement au régime de droit commun dans lequel sont appliqués les principes d'une indemnisation distincte pour chaque préjudice (préjudice esthétique, préjudice d'agrément, préjudice moral, pretium doloris, préjudice moral des ayants-droit,...), les barèmes servant d'évaluation pour les victimes de maladies professionnelles fixent le taux d'incapacité uniquement en fonction des éléments physiologiques d'invalidité. La réparation prend en compte l'atteinte à l'incapacité physiologique mais pas le préjudice professionnel ni le déficit séquellaire handicapant la victime en dehors de son activité professionnelle.

Les barèmes utilisés pour l'évaluation des préjudices sont différents de ceux utilisés en droit commun lesquels visent à réparer une incapacité générale et évaluent les préjudices séparément. Aussi, une partie de la doctrine estime que la réparation des victimes d'une maladie professionnelle est incomplète et plaide de ce fait en faveur d'un système d'indemnisation tendant à une réparation intégrale.

- Barèmes indicatifs

L'AAA, sur avis de l'administration du CMSS, détermine la date de la guérison ou de la consolidation, c'est-à-dire la période pendant laquelle l'incapacité de travail de l'assuré est à considérer comme temporaire et le moment à partir duquel elle est définitive. Les dates de reprise du travail et de consolidation sont rarement identiques. Souvent en effet l'assuré a repris son activité professionnelle ou ne l'a même pas interrompue pendant son traitement mais n'est consolidé que plus tard.

Rappelons que la consolidation est le moment où, à la suite de la période transitoire pendant laquelle l'assuré suit un traitement médical, la lésion se fixe et prend un caractère définitif tel qu'un traitement n'est plus, en principe,

nécessaire si ce n'est pour éviter une aggravation, et qu'il est possible d'apprécier un certain degré d'incapacité permanente découlant de la maladie. La guérison, à l'inverse, ne laisse subsister aucune séquelle fonctionnelle, donc aucune incapacité permanente. Le médecin chargé de l'évaluation ne peut dans ce dernier cas proposer de taux d'incapacité de travail.

L'évaluation des séquelles se traduit par la fixation d'un taux d'incapacité permanent partielle (IPP) à partir duquel sera calculé l'indemnisation destinée à dédommager la victime de la diminution de sa capacité de travail voire de la perte totale de celle-ci.

L'indemnisation ne concerne que les séquelles en rapport unique, direct et certain avec la maladie. Un état pathologique antérieur lié à des facteurs constitutionnels, dégénératifs ou à d'autres maladies ou accidents n'est pas pris en compte. Il est déduit de l'incapacité permanente partielle qui concerne exclusivement les suites directes de la maladie professionnelle ou, le cas échéant, l'aggravation démontrée de l'état pathologique préexistant.

Le principe est le même que celui applicable en matière d'indemnisation d'un accident du travail d'un assuré présentant un état pathologique préexistant. Les décisions rendues en matière d'accident du travail sont de ce fait transposables aux cas de maladie professionnelle. A titre d'exemple, l'on peut citer un arrêt du CSAS du 17.06.1998 (JACQUEMIN c/ AAI, G14/98) dans lequel les juges ont confirmé que "*Lorsqu'un accident du travail entraîne l'aggravation d'un état pathologique préexistant n'occasionnant pas lui-même d'incapacité, la totalité de l'incapacité de travail résultant de cette aggravation doit être prise en charge au titre de la législation sur les accidents du travail. Lorsque l'on se trouve, au contraire, en présence d'une victime atteinte avant l'accident d'un état pathologique occasionnant une incapacité de travail, le taux d'incapacité à prendre en considération pour le calcul de la rente est seulement celui qui est afférent à l'incapacité résultant de l'accident. L'incapacité préexistante peut être prise en considération après l'accident du travail sans qu'il ne soit nécessaire qu'elle ait été constatée et mesurée avant. Encore faut-il pour que l'on puisse évoquer une incapacité de travail préexistante, pour en soustraire le taux de celui de l'incapacité globale, que l'état de la victime se soit stabilisé avant l'accident du travail: la notion d'incapacité de travail est liée à celle de stabilisation ou de consolidation*".

Dans une affaire récente l'assuré avait demandé la reconnaissance d'une maladie prétendument professionnelle sous le numéro 4302 (maladie obstructive des voies respiratoires) en prétendant qu'il avait travaillé comme peintre en bâtiment depuis plus de trente ans, qu'il y était exposé à des produits chimiques et toxiques et à des poussières et que la pathologie respiratoire dont il souffrait était d'origine professionnelle. L'AAA avait décliné sa responsabilité notamment au motif que l'origine professionnelle de l'affection déclarée n'était pas établie, alors qu'il résultait d'un rapport médical d'un pneumologue que la maladie pulmonaire "... existait

probablement depuis la naissance ou depuis la petite enfance..." de l'assuré. Le médecin-conseil du Conseil-Arbitral était arrivé à la conclusion qu'au vu du rapport du pneumologue, l'assuré souffrait de sa pathologie pulmonaire depuis son enfance; que son activité professionnelle ne l'avait nullement engendrée mais néanmoins aggravée au fil du temps; que l'AAI devait partant prendre en charge la maladie 4302 comme aggravation d'une maladie respiratoire préexistante. Le Conseil arbitral en a déduit que l'activité professionnelle exercée par l'intéressé était un facteur déterminant quant à l'aggravation de la maladie et que les conditions de la reconnaissance étaient remplies. L'affaire a été renvoyée auprès de l'organe de décision compétent de l'AAA pour se prononcer sur le taux de la rente (CAAS 24.11.2003, AAI c/ MANCIERI, G 202/03).

Pour éviter de trop grandes divergences dans les taux d'IPP formulés, des outils de référence, les barèmes indicatifs d'invalidité, ont été créés. A défaut de barèmes luxembourgeois, nos médecins et experts se réfèrent généralement aux barèmes français et allemands. La législation française comprend un barème indicatif d'invalidité des maladies professionnelles (annexé au décret n°99-323 du 27 avril 1999, J.O. du 2 juillet 1999) et un barème indicatif d'invalidité des accidents du travail (par application du code de la Sécurité Sociale).

Un autre outil de référence est le "Guide-barème des accidents du travail de Mayet et Rey". Pour évaluer le degré d'invalidité en cas de perte auditive due à l'exposition au bruit, il est généralement fait référence au barème allemand "Königsteiner Merkblatt".

Ces barèmes, comme leur nom l'indique, sont indicatifs et ont pour but de fournir aux médecins les bases d'estimation des séquelles des maladies professionnelles et des accidents du travail.

L'incapacité permanente y est déterminée en fonction d'éléments d'appréciation purement médicaux (la nature de l'infirmité, l'état général, l'âge, les facultés physiques et mentales de la victime) et d'un élément médico-social (aptitudes et qualification professionnelle de la victime). La donnée de base de l'évaluation constitue la nature de l'infirmité et cette donnée est ensuite corrigée, en plus ou en moins, par les autres éléments.

Reste à mentionner finalement le cas de l'assuré atteint d'une maladie professionnelle qui a été obligé d'abandonner l'activité à risque et de changer de profession (p.ex. n°5101 affections cutanées). Si, suite à l'élimination du risque, la maladie disparaît sans laisser de séquelles, aucun taux d'IPP ne sera retenu mais l'assuré pourra le cas échéant bénéficier d'une rente transitoire en cas de perte de rémunération par suite de la reconversion professionnelle (l'hypothèse est analysée ci-dessous).

2. Réparation des préjudices en cas de maladie professionnelle

La réparation par l'AAA comprend d'une part l'indemnisation de l'assuré atteint d'une maladie professionnelle et, d'autre part, en cas de décès de celui-ci, l'indemnisation de ses proches.

- Indemnisation de l'assuré atteint d'une maladie professionnelle

Comme en matière d'accident du travail et d'accident de trajet, elle consiste en l'allocation de prestations en nature et de prestations en espèces.

Les prestations en nature comprennent l'intégralité des frais du traitement curatif et de la fourniture des médicaments et remèdes ainsi que de tous les moyens capables de garantir les résultats du traitement ou d'amoindrir les suites de la maladie ainsi que l'entretien et le renouvellement de ces moyens.

Les prestations en espèces comprennent le paiement d'une indemnité pécuniaire tant que le malade se trouve en état d'incapacité de travail mais tout au plus pendant les 13 semaines consécutives à l'apparition de la maladie. Si l'incapacité de travail du fait de maladie dure plus de 13 semaines, il y a lieu à paiement d'une rente temporaire dont le montant est fonction du degré d'incapacité (art. 97 al. 2 CAS).

En cas d'incapacité de travail partielle, la rente, conformément à l'article 97 alinéa 5 du CAS, court à partir du premier jour de cette incapacité partielle.

En cas d'incapacité totale la rente s'élève à 85,6 pour cent du salaire annuel et, en cas d'incapacité partielle, à une fraction de la rente totale dépendant du degré d'incapacité (rente partielle). Le calcul de la rente se fait d'après la rémunération annuelle que l'assuré a gagnée pendant la dernière année de son occupation dans l'entreprise où la maladie a été contractée.

Au cas où l'assuré conserve, en vertu d'une disposition légale, sa rémunération du chef de son activité exercée avant la maladie, le paiement de l'indemnité pécuniaire et de la rente est suspendu pendant cette période. S'il conserve son salaire en vertu d'une disposition conventionnelle, l'indemnité pécuniaire ou la rente est versée à l'employeur si ce dernier en fait la demande.

Si, par suite de sa maladie, l'assuré est obligé de se reconvertisser professionnellement, l'article 94 alinéa 3 du CAS prévoit qu'afin de faciliter la reconversion professionnelle du travailleur devant être écarté de l'exposition aux substances ou agents nocifs susceptibles de provoquer des maladies professionnelles, le comité-directeur peut accorder une rente transitoire destinée à compenser la perte de gain occasionnée au travailleur écarté de son activité professionnelle. Une éventuelle perte de gain est déterminée suite à une comparaison faite sur base annuelle de l'ancien salaire de l'assuré, dûment ajusté et indexé, avec son nouveau salaire.

Au cas où l'assuré effectue dans le cadre de sa reconversion professionnelle une activité non rémunérée (formation, stage), l'AAA versera une rente

plénière durant une période déterminée. Si, au contraire, l'assuré touche un revenu dans sa nouvelle occupation ou s'il est au chômage, il y a lieu de vérifier s'il existe une perte de gain et, dans l'affirmative, de la compenser par l'attribution d'une rente partielle transitoire pendant une certaine durée à déterminer par la Commission des rentes. Si la perte de gain persiste au-delà du premier délai déterminé, le dossier sera à nouveau soumis à la Commission des rentes.

Citons à titre d'illustration le cas d'un assuré atteint d'une allergie de type immédiat au seigle qui avait déclaré une maladie professionnelle sous le numéro 4301 du tableau (Maladies obstructives des voies respiratoires causées par des substances allergisantes ayant nécessité l'abandon de l'activité en relation avec la maladie). L'assuré avait travaillé pendant 12 ans comme fabriquant principal auprès de Yves Rocher et a été obligé, par suite de sa maladie, à accepter un changement d'activité avec une baisse de rémunération. La commission des rentes avait fait droit à la demande d'indemnisation par l'attribution d'une rente transitoire destinée à compenser la perte de salaire (Commission des rentes 25.01.2002, AAI c/ SIMON).

- Indemnisation des proches en cas de décès de l'assuré par suite de la maladie professionnelle

Si l'assuré est décédé à la suite d'une maladie, le préjudice de ses proches est indemnisé par l'AAA par l'allocation de rentes de survie et par le paiement d'une indemnité funéraire s'élevant à un quinzième de la rémunération annuelle (art. 101 CAS). Les proches concernés sont le conjoint, les enfants-orphelins et, sous certaines conditions, les descendants. Les droits des survivants sont limités en ce que les rentes réunies des survivants ne peuvent dépasser 85,6 pour cent de la rémunération de référence (art. 105 CAS).

La rente de conjoint s'élève à 42,8 pour cent du salaire annuel jusqu'à son décès ou son remariage et à 21,4 pour cent pour chaque enfant légitime (et, par assimilation, pour chaque enfant légitimé, adoptif, naturel et sous certaines conditions pour les enfants orphelin de père et de mère) jusqu'à l'âge de dix-huit ans et, en cas de poursuite d'études, jusqu'à l'âge de vingt-sept ans accomplis (art. 102 CAS).

Les descendants touchent ensemble une rente annuelle de 32,1 pour cent de la rémunération annuelle jusqu'à leur mort ou jusqu'à la cessation de leur état d'indigence, à condition que le défunt ait fait partie du ménage des descendants ou qu'il ait pourvu d'une façon appréciable à leur entretien. Le sous-comité des rentes a toutefois la faculté de proportionner le montant de la rente d'ascendant au dommage subi et de limiter, le cas échéant, le paiement de rente dans le temps (art. 103ss CAS).

Ces rentes sont, dans certaines hypothèses, susceptibles d'être suspendues (art. 112 CAS) et, en cas d'amélioration ou d'aggravation de l'état de la victime, modifiées. Les rentes permanentes ne peuvent néanmoins être

modifiées que pendant les trois années qui suivent les décisions respectives de l'association qui les ont accordées ou la décision judiciaire définitive en cas de recours à moins d'une aggravation de l'incapacité de travail de dix pour cent au moins (art. 149 al.6 CAS).

Les rentes sont ajustées régulièrement au niveau de vie et adaptées au nombre indice du coût de la vie suivant les modalités applicables aux traitements et pensions des fonctionnaires de l'Etat (art. 100 CAS). En cas d'enfants à charge, elles peuvent, sous certaines conditions, être majorées (art. 97 CAS).

L'article 113 du CAS détermine les cas dans lesquels il y a rachat des rentes par le versement d'un capital correspondant. Ainsi, les rentes viagères relatives à des taux d'incapacité inférieurs à 10 pour cent sont rachetées d'office par l'AAA au plus tôt trois ans après l'accident. Lorsque le taux se situe entre 10 et 40 pour cent, le rachat peut se faire à la demande de l'assuré et sous certaines conditions. Dans les cas dans lesquels des rentes relatives à des taux d'incapacité supérieurs à 40 pour cent sont allouées, l'AAA peut sous certaines conditions accorder des avances (art. 113 CAS).

CONCLUSION

Afin de donner un bref aperçu de l'évolution du nombre de maladies professionnelles déclarées au Luxembourg ces dernières décennies et de les mettre en rapport avec les accidents du travail et de trajet, il est intéressant de mentionner quelques chiffres qui résultent des statistiques établies par l'AAA. L'on constate qu'au fil du temps le nombre des maladies professionnelles déclarées a augmenté même s'il reste très faible par rapport aux déclarations d'accidents du travail et de trajet.

Ainsi, en 1960, l'AAA enregistrait dans le régime général 48 déclarations de maladies professionnelles (dont 14 furent reconnues), en 1980 il en existait 72 (dont 6 reconnues), en 1990: 153 (dont 12 reconnues), en 2000: 135 (dont 19 reconnues), en 2001: 169 (dont 26 reconnues) et en 2002: 233 (dont 80 reconnues).

En 2002 les maladies professionnelles représentent 0,30% des dossiers dont l'Association d'assurance contre les accidents assure la prise en charge, les accidents de trajet 21,18% et les accidents du travail proprement dits 78,52%, alors qu'en 2001 elles représentaient seulement 0,10% contre 21,39% d'accidents de trajet et 78,51% d'accidents du travail. Entre 1960 et 2000, la proportion des maladies professionnelles variait entre 0,06 et 0,16% des accidents reconnus.

Au niveau européen, selon une étude effectuée par Eurogip, un organisme français dont le rôle est de travailler sur les aspects européens de la prévention des risques professionnels, le nombre des maladies professionnelles continuerait, contrairement à celui des accidents du travail, de progresser partout en Europe. Paradoxalement un certain nombre de cas

de maladies professionnelles seraient aujourd'hui plus difficiles à traiter que par le passé. C'est le cas surtout des pathologies plurifactorielles qui surviennent également dans la population générale telles que les affections psychosociales. Ces pathologies sont en effet bien souvent en relation avec des facteurs personnels et professionnels ou exclusivement personnels et ensuite aggravés ou accélérés par l'exposition professionnelle.

Avec le développement du secteur tertiaire de nouvelles pathologies en relation avec la charge mentale de travail, le stress, la violence... sont apparues. L'accélération des rythmes de travail, le travail posté a également favorisé l'émergence de pathologies connues auparavant, mais qui se développent maintenant chez des personnes jusque-là non concernées. Ces "nouvelles" maladies - troubles musculo-squelettiques (TMS), lombalgie, troubles du comportement et troubles psychosomatiques tels que troubles du sommeil, de l'appétit, des voies digestives avec finalement survenue d'ulcères gastroduodénaux, dépression réactionnelle, réactions névrotiques, alcoolisme- ont la caractéristique commune d'être des pathologies multifactorielles ce qui explique la grande difficulté qui existe pour les spécialistes à faire la part des choses entre ce qui relève de l'activité professionnelle et ce qui résulte d'activités extra-professionnelles. Prenons l'exemple des lombalgies dont les causes peuvent être multiples: inflammatoires, dégénératives, tumorales, traumatiques ou autres. Des anomalies congénitales de l'épine dorsale, une faiblesse de la musculature, une prédisposition aux rhumatismes, des affections dégénératives de la colonne vertébrale ou des disques intervertébreux sont autant de facteurs de risque personnels possibles auxquels il faut ajouter les facteurs professionnels tels qu'un travail de force, un travail dans une posture incommode ou qui doit être tenue longtemps ou encore qui oblige fréquemment à se pencher, à se tourner ou qui expose à des vibrations globales du corps.

Bien des études ont déjà été faites mais devront certainement encore être effectuées afin d'étudier ces "nouvelles" maladies et surtout leur lien avec le travail. Parallèlement à ces études portant sur les maladies constatées, des recherches importantes sont effectuées de nos jours en matière de prévention des risques professionnels.

La prévention des maladies professionnelles repose sur des mesures individuelles et collectives du ressort de l'entreprise, avec la participation de très nombreux "organismes" à vocation de conseil technique, de surveillance ou de répression, dont l'activité vise à améliorer les conditions de sécurité et d'hygiène au travail. Pour n'en citer que quelques uns, mentionnons les médecins et médecins du travail en particulier, les services de la prévention de l'AAA, l'Inspection du travail et des mines, les services de sécurité et de santé au travail des entreprises et, au niveau international, l'Organisation mondiale de la santé, le Bureau international du travail, le Conseil de l'Europe, etc.

L'essentiel de la politique de prévention peut se résumer en trois mots: détection, évaluation et contrôle.

Afin de mener une prévention efficace, il est primordial dans une première étape de détecter les risques en observant les procédés de fabrication, le matériel, les matières premières employées, les sous-produits, les méthodes de travail, etc. Il s'agit d'identifier sur les lieux de travail les agents chimiques, physiques, mécaniques, biologiques et psychosociaux notamment dangereux ou soupçonnés de l'être. Ce n'est que si les risques sont connus que des mesures concrètes peuvent être adoptées sur le lieu de travail. Pour atteindre cet objectif un moyen efficace est la collaboration et l'échange d'informations entre les différents services cités ci-dessus. L'établissement de statistiques, la surveillance des entreprises et des personnes travaillant dans les secteurs exposés sont des moyens supplémentaires importants.

La deuxième étape consiste à faire une évaluation de la situation afin de mesurer l'ampleur des risques. Celle-ci se fait en général par des mesures quantitatives et analyses au poste de travail telles que mesure des niveaux de bruit ou de la concentration des toxiques et poussières sur le lieu de travail et par comparaison de ces résultats avec les normes de référence qui donnent les niveaux acceptables.

La dernière étape consiste pour les professionnels de la sécurité et de la santé au travail à trouver des solutions ou à adopter des mesures afin d'éliminer sinon de diminuer et de contrôler les risques encourus par les travailleurs. Ces mesures sont très diverses: substitution des agents ou des procédés dangereux par d'autres plus sûrs, élimination des opérations impliquant un danger, confinement du procédé et/ou utilisation d'équipement de protection collective (p.ex. installation de systèmes d'aération, de ventilation et de recyclage de gaz toxiques ou de poussières, de cloisons antibruit et de portes acoustiques pour isoler les installations bruyantes), utilisation d'équipements de protection individuelle (p.ex. vêtements de protection, appareils respiratoires, lunettes de protection, masques, casques antibruit, etc).

Au Grand-Duché, l'AAA, concurremment avec d'autres organismes, est compétente pour édicter des prescriptions pour toutes entreprises, pour certaines branches d'industrie ou pour certains genres de travail. Des prescriptions qui constituent un ensemble de règles et d'obligations à respecter tant par les assurés que par leurs patrons en vue d'éviter la survenance d'accidents du travail et de maladies professionnelles ont été élaborés par le service de prévention des accidents avec le concours d'experts choisis par le comité-directeur de l'AAA. Ils sont regroupés dans un nouvel ouvrage en vigueur depuis le 1er juillet 2001 et intitulé "Prescriptions de prévention des accidents".

Terminons ce mémoire par le constat que la matière des maladies professionnelles est une matière vivante qui est appelée à évoluer

constamment. Ce dynamisme la rend certainement complexe à bien des égards mais il la rend également très intéressante. Le monde du travail a fortement progressé au cours du siècle dernier et il continuera à progresser. Les changements de la société ainsi que les progrès technique et scientifique exigent ainsi des adaptations continues de la part de tous, salariés, employeurs, médecins, organismes de prévention et de répression, ingénieurs concepteurs de procédés de travail et de matériaux nouveaux, en vue de préserver au mieux la santé des travailleurs.

BIBLIOGRAPHIE

- "Les maladies professionnelles" par Alain HARLAY, PUF 1996.
- "Les médecins généralistes et les maladies professionnelles", Bruxelles, Office des publications des Communautés, 1993.
- "L'essentiel des pathologies professionnelles" par Christian GERAUT, Edition marketing, 1995.
- "Le dépistage précoce des maladies professionnelles" ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, Genève, 1989.
- "Dictionnaire des pathologies professionnelles et de médecine du travail" par Jean-Charles HACHET et Jean-Pierre FREJAVILLE, Editions Maloine, 1988.
- "Identification et prévention des maladies liées à la profession", ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, Genève, 1985.
- "Arbeitsunfall und Berufskrankheit" par Alfred SCHÖNBERGER, Gerhard MERTENS, Helmut VALENTIN, 6. Auflage, Erich Schmidt Verlag.
- "Droit de la sécurité sociale", MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ SOCIALE - IGSS, 2003.
- "Rapport général sur la sécurité sociale, 2002", MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ SOCIALE - IGSS, 2003.
- "100 ans de Sécurité Sociale au Luxembourg", Bulletin luxembourgeois des questions sociales, volume 10, 2001.
- "150 ans de politique de protection sociale au Luxembourg (1839-1989)" par André THILL, Bulletin luxembourgeois des questions sociales, Tome 9, Années 1989-1990.
- "La réparation des maladies professionnelles au Grand-Duché de Luxembourg" par Rachel BOEHM, 1985, Bibliothèque Nationale Luxembourg.
- "Rapport Annuel 2001", FONDS DES MALADIES PROFESSIONNELLES, Bruxelles.
- "Forum News", FORUM EUROPÉEN DE L'ASSURANCE ACCIDENTS DU TRAVAIL ET MALADIES PROFESSIONNELLES, N°19-10/2002.

"La déclaration des accidents du travail et des maladies professionnelles dans les pays de la Communauté Européenne", FONDATION EUROPÉENNE POUR L'AMÉLIORATION DES CONDITIONS DE TRAVAIL ET DE VIE, brochure n°6, 1989, Bibliothèque nationale, Luxembourg.

"Journée de réflexion sur les maladies professionnelles, Paris 07.12.2001", EUROGIP.

"Barème des accidents du travail et des maladies professionnelles", Dr. Lucien MAYET, 8e édition, Editions Poinat, 1958.

"Barème indicatif d'invalidité des accidents du travail" "Barème indicatif d'invalidité des maladies professionnelles", site internet www.ucanss.fr/services/textes_documents/bareme_invalidite/bareme_mp/bareme.

Jurisprudence: Table des matières

Matières	Textes Légaux	Décision
I. Affiliation		
Assurance dépendance - personne dépendante - aides et soins - aidant informel - affiliation - assurance pension - carrière - cotisation - prise en charge - prestation en espèces - résidence - libre circulation des personnes - libre prestation des services - restriction -	C.A.S. art 170, al.01 C.A.S. art 171, al.01 Règ.CE 1408/71 art. 20 Règ.CE 1408/71 art. 21 Règ.CE 1408/71 art. 22 Règ.CE 1408/71 art. 23 Règ.CE 1408/71 art. 24 Règ.CE 1408/71 art. 25 Règ.CE 1408/71 art. 26 Règ.CE 1408/71 art. 27 Règ.CE 1408/71 art. 28 Règ.CE 1408/71 art. 29 Règ.CE 1408/71 art. 30 Règ.CE 1408/71 art. 31 Traité CE art. 18, p. 01 Traité CE art. 48 Traité CE art. 51	C.A.A.S. Arrêt du 17.05.2004 Aff. M. c/CCSSA en présence de l'UCM No du reg. CASS 2/04
II. Assurance-accidents		
Notion d'accident du travail / de trajet		
Association d'assurance contre les accidents, accident de trajet, dégât matériel, vertiges et céphalées post-traumatiques, lésion corporelle, cervicalgies, dommage corporel, définition,	C.A.S. art. 97 C.A.S. art. 110	C.S.A.S Arrêt du 01.10.2003 Aff. AAI c/ S. No du reg. G 2003/0059 No 2003/0158
Association d'assurance contre les accidents, accident du travail, fête d'entreprise, conditions, chute sur piste de patinage, invitation privée du chef de service, rupture du lien de causalité, soirée privée entre collègues.	C.A.S. art. 92	C.A.A.S. Arrêt du 12.01.2004 Aff. AAI c/ K. No du reg. G 277/03
Assurance-accidents, accident de trajet, interruption du travail, déplacement à l'hôpital, traitement médical, autorisation du patron, raisons personnelles (oui)	Règlement grand-ducal du 22.08.1936, art. 1	C.S.A.S. Arrêt du 05.07.2004 Aff. AAI c/ B., épouse D. No du reg. G 2004/0003 No 2004/0124

Indemnisation

Assurance-accidents, accident du travail, rente permanente, aggravation de l'incapacité de travail, conditions, délai.	C.A.S. art. 149, al. 6	C.S.A.S. Arrêt du 17.11.003 Aff. B. c/AAI No du reg. G 2003/0182 No 2003/0182
Association d'assurance contre les accidents, accident du travail, définition, reconnaissance, hernie discale, présomption d'imputabilité, preuve, lien de causalité, état pathologique antérieur, cause déterminante de l'incident dommageable, relation causale déterminante, définition, protection de prédispositions innées ou acquises.	C.A.S. art. 92	C.S.A.S. Arrêt du 11.02.004 Aff. P. c/AAI No du reg. G 2003/0120 No 2004/0031
Assurance-accidents, accident du travail, indemnisation, rente, revenu professionnel, base de calcul, période de référence, indemnité de congé payé enregistrée ultérieurement.	C.A.S. art. 98, al. 1	C.S.A.S. Arrêt du 12.05.2004 Aff. AAI c/ K. No du reg. G 2003/0177 No 2004/0084

Maladie professionnelle

Assurance-accidents, maladie professionnelle, reconnaissance, conditions, lien de causalité, cause déterminante, facteurs professionnels, facteurs endogènes, expertise, apparition/aggravation de la maladie	C.A.S. art. 94, al 2 Arrêté grand-ducal du 30.07.1928	C.S.A.S. Arrêt du 31.03.2004 Aff. AAI c/ N. No du reg. G 2003/0012 No 2004/0057
---	--	--

Rente d'ascendants

Assurance-accidents, accident du travail, rente d'ascendant, suppression, conditions, caractère réversible (oui), réparation dommage matériel, amélioration appréciable situation économique, caractère alimentaire, dispositions anti-cumul.	C.A.S. art. 103	C.A.A.S. Arrêt du 28.01.2004 Aff. V., veuve A. c/AAI No du reg. G 169/02
---	-----------------	--

III. Assurance-pension**Notion d'invalidité**

Assurance pension - CPEP - pension d'invalidité - notion d'invalidité -expert médical - rejet - CAAS - recours non fondé - appel CSAS - rapport médical supplémentaire - aggravation de l'état de santé - confirmation jugement CAAS - nouvelle demande de pension	C.A.S. art. 187	C.S.A.S. Arrêt du 12.11.2003 Aff. E. c/ CPEP No du reg. E 2002/0176 No 2003/0186
--	-----------------	---

Assurance pension - CPEP - pension d'invalidité - notion d'invalidité -expert médical - expertise médicale suffisante - rejet - pas de nouvelle expertise médicale - reproduction de la demande de pension	C.A.S. art. 190 C.A.S. art. 187 C.A.S. art. 279	C.A.A.S. Arrêt du 20.10.2003 Aff. W., ép. V. c/ CPEP Reg. No E 18/02 voir aussi: CSAS-2004.03.17
Assurance pension - CPEP - pension d'invalidité - notion d'invalidité - expert médical - expertise médicale suffisante - rejet - reproduction de la demande de pension - confirmation jugement CAAS.	C.A.S. art. 190 C.A.S. art. 187 C.A.S. art. 279	C.S.A.S. Arrêt du 17.03.2004 Aff. W., épouse V. c/CPEP No du reg. E2003/0178 No 2004/0049 voir aussi: CAAS-2003.10.20
Assurance pension - EAVI - demande en obtention de la pension d'invalidité - notion d'invalidité - expertise médicale - rejet - réglementation communautaire - compétence - l'EAVI est l'institution d'instruction - confirmation jugement CAAS - absence à l'audience - jugement contradictoire - recours non fondé.	C.A.S. art. 187 Règ.CE 1408/71 art. 40, p.4 Règ.CE 1408/71 art.44 Nouveau Code de Procédure Civile, art. 75	C.S.A.S. Arrêt du 30.06.2004 Aff. A. c/EAVI No du reg. I 2004/0026 No 2004/0121
Assurance pension - EAVI - demande de pension d'invalidité - notion d'invalidité - rejet - recours CAAS - expert médical pas en mesure d'effectuer l'expertise demandée - information très tardive de l'expert médical au CAAS - rejet CAAS de la demande en institution d'une expertise médicale - recours CAAS non fondé - appel CSAS - désignation d'un expert médical.	C.A.S. art. 187	C.S.A.S. Arrêt du 16.07.2004 Aff. B. c/EAVI No du reg. I 2004/0033 No 2004/0129
Assurance pension - EAVI - demande de pension d'invalidité - notion d'invalidité - rejet - recours CAAS - expertise médicale - expert médical psychiatre - capable d'exercer partiellement la dernière profession - arrêt complet de l'activité professionnelle à déconseiller - rapport d'expertise clair et précis - complément d'expertise ou nouvelle expertise à rejeter - recours CAAS non fondé - appel CSAS - appel non fondé - confirmation jugement CAAS.	C.A.S. art. 187	C.S.A.S. Arrêt du 14.07.2004 Aff. M., épouse M. c/EAVI No du reg. I 2003/0085 No 2004/0079

Pension de vieillesse anticipée

Assurance pension - CPEP - pension de vieillesse anticipée - exercice d'une occupation salariée - activité salariée - cumul - concours - réduction de moitié - trop-payé - restitution du trop-payé - prestations indûment touchées - indu - répétition de l'indu - récupération - recalculation - refixation - Constitution - Cour Constitutionnelle pas à saisir - égalité devant la loi - inégalité - inégalité de traitement - discrimination - régimes légaux différents.	C.A.S. art.184 C.A.S. art. 211 Constitution art. 10B Constitution art. 95 Loi du 27.07.1997, art.6	C.S.A.S. Arrêt du 12.11.2003 Aff. K. c/CPEP No du reg: E2002/0184 No 2003/0190 voir aussi: CAAS-11.11.2002 (BLQS de 2003)
Assurance pension - CPEP - pension de vieillesse anticipée - carrière d'assurance - stage - exercice d'une activité professionnelle indépendante - associé-gérant - commerçant- expert - conseiller indépendant - application des dispositions transitoires - loi du 29.08.1951 ayant pour objet la réforme de l'assurance pension des employés privés - condition de renoncer à toute occupation professionnelle - activité de gérant d'une société de conseil d'entreprises - inscription au registre de commerce du tribunal de D-Leverkusen - preuve d'une activité professionnelle effective - rejet.	C.A.S. art. 184 Loi du 27.07.1987, art. 18 Loi du 29.08.1951, art. 39 Loi du 29.08.1951, art. 16	C.S.A.S. Arrêt du 12.11.2003 Aff. B., ép. B., décédé le 07.03.1999 c/CPEP No du reg. E 2003/0031 No 2003/0189

Pensions de réversion

Assurance pension - CPEP - décès du bénéficiaire de la pension d'invalidité - demande en obtention de la pension de survie de veuf - cause du décès du bénéficiaire de la pension d'invalidité - pas d'accident - rejet de la demande d'une expertise médicale - rejet pension de survie.	C.A.S. art. 196	C.A.A.S. Arrêt du 17.09.2004K. c/ CPEP Reg. No E 37/04
---	-----------------	--

Stage

Assurance pension - CPEP - invalidité - demande en obtention de la pension d'invalidité - période de référence triennale - stage pas accompli - loi de coordination des régimes légaux de pension du 28.07.2000 - réglementation communautaire - Traité CE - libre circulation - fonctionnaire des Communautés Européennes - fonctionnaire auprès de l'Office des Publications Officielles des CE - régime de pension des fonctionnaires des CE - législation de l'assurance pension des fonctionnaires des CE - pension d'invalidité de la part de la Caisse de Pension des CE - période d'assurance auprès du régime de pension des CE pas à prendre en considération - pas de discrimination - rejet.	C.A.S. art. 186 Loi du 28.07.2000, art.2 Loi du 28.07.2000, art.3 Loi du 28.07.2000, art.7 Règ.CE 1408/71 Traité CE art. 42	CAAS Arrêt du 26.03.2003 Aff. G. c/CPEP Reg. No E 10/02 voir aussi: CSAS-2003.11.12 voir aussi: CASS-2004.07.08
Assurance pension - CPEP - invalidité - demande en obtention de la pension d'invalidité - période de référence triennale - stage - loi de coordination des régimes légaux de pension du 28.07.2000 - réglementation communautaire - Traité CE - libre circulation - fonctionnaire des Communautés Européennes - fonctionnaire auprès de l'Office des Publications Officielles des CE - régime de pension des fonctionnaires des CE - législation de l'assurance pension des fonctionnaires des CE - période d'assurance auprès du régime de pension des CE à prendre en considération - totalisation - stage accompli.	C.A.S. art. 186 Loi du 28.07.2000, art.2 Loi du 28.07.2000, art.3 Loi du 28.07.2000, art.7 Règ.CE 1408/71 Traité CE art. 39 Traité CE art. 42	CSAS Arrêt du 12.11.2003 Aff. G. c/CPEP No du reg. E 2003/0069 No 2003/0187 voir aussi: CAAS-2003.03.26 voir aussi: CASS-2004.07.08

Assurance pension - CPEP - invalidité - demande en obtention de la pension d'invalidité - période de référence triennale - stage - loi de coordination des régimes légaux de pension du 28.07.2000 - réglementation communautaire - Traité CE - libre circulation - fonctionnaire des Communautés Européennes auprès de l'Office des Publications des CE - régime de pension des fonctionnaires des CE - législation de l'assurance pension des fonctionnaires des CE - pension d'invalidité de la part de la Caisse de Pension des CE - période d'assurance auprès du régime de pension des CE à prendre en considération - totalisation - stage accompli - non discrimination - rejet du pourvoi.	C.A.S. art. 186 Loi du 28.07.2000 Règ.CE 1408/71 Traité CE art. 39	Cassation du 08.07.2004 Aff. CPEP c/ G. No 40/04 No 2090 du registre. voir aussi: CAAS-2003.03.26 voir aussi: CSAS-2003.11.12
Assurance pension - CPEP - invalidité - demande en obtention de la pension d'invalidité - période de référence triennale - stage pas accompli - loi de coordination des régimes légaux de pension du 28.07.2000 - réglementation communautaire - Traité CE - libre circulation - fonctionnaire des Communautés Européennes auprès de l'Office des Publications des CE - régime de pension des fonctionnaires des CE - législation de l'assurance pension des fonctionnaires des CE - pension d'invalidité de la part de la Caisse de Pension des CE - période d'assurance auprès du régime de pension des CE pas à prendre en considération - pas de discrimination - CJCE - pas lieu à saisine de la CJCE de la question préjudicelle - rejet	C.A.S., art. 186 Loi du 28.07.2000, art.2 Loi du 28.07.2000, art.3 Loi du 28.07.2000, art.7 Loi du 28.07.2000, art.17 Règ.CE 1408/71 Traité CE art. 39 Traité CE art. 40 Traité CE art. 41 Traité CE art. 42 Traité CE art. 234	CAAS Arrêt du 26.03.2003 Aff. P. c/CPEP Reg. No E 11/02 voir aussi: CSAS-2003.11.12 voir aussi: CASS-2004.07.08

Assurance pension - CPEP - invalidité - demande en obtention de la pension d'invalidité - période de référence triennale - stage pas accompli - loi de coordination des régimes légaux de pension du 28.07.2000 - réglementation communautaire - Traité CE - libre circulation - fonctionnaire des Communautés Européennes auprès de l'Office des Publications des CE - régime de pension des fonctionnaires des CE - législation de l'assurance pension des fonctionnaires des CE - pension d'invalidité de la part de la Caisse de Pension des CE - période d'assurance auprès du régime de pension des CE à prendre en considération - totalisation - stage accompli	C.A.S., art. 186 Loi du 28.07.2000, art.2 Loi du 28.07.2000, art.3 Loi du 28.07.2000, art.7 Loi du 28.07.2000, art.17 Règ.CE 1408/71 Traité CE art. 39 Traité CE art. 40 Traité CE art. 41 Traité CE art. 42 Traité CE art. 234	C.S.A.S Arrêt du 12.11.2003 Aff. P. c/CPEP No du reg. E 2003/0075 No 2003/0188 voir aussi: CAAS-20030326 voir aussi: CASS-2004.07.08
Assurance pension - CPEP - invalidité - demande en obtention de la pension d'invalidité - période de référence triennale - stage pas accompli - loi de coordination des régimes légaux de pension du 28.07.2000 - réglementation communautaire - Traité CE - libre circulation - fonctionnaire des Communautés Européennes auprès de l'Office des Publications des CE - régime de pension des fonctionnaires des CE - législation de l'assurance pension des fonctionnaires des CE - pension d'invalidité de la part de la Caisse de Pension des CE - période d'assurance auprès du régime de pension des CE à prendre en considération - totalisation - stage accompli - non discrimination - rejet du pourvoi.	C.A.S. art. 186 Loi du 28.07.2000 Règ. CE 1408/71 Traité CE art. 39	Cassation du 08.07.2004 Aff. CPEP c/ P. No 2089 du registre No 39/04 voir aussi: CAAS-2003.03.26 voir aussi: CSAS-2003.11.12
CMEP -indemnités pécuniaires - incapacité de travail totale - affiliation - procédure accélérée - non-observation des dispositions de la loi réglant la procédure administrative non contentieuse - motivation insuffisante ou obscure du jugement du CAAS - contradiction de motifs - garanties équivalentes - diminution des délais de recours - défaut d'information - compétence du comité-directeur	C.A.S. art. 55, al 03 C.A.S. art. 55, al 05	C.S.A.S. Arrêt du 24.03.2003 Aff. V. c/CMEP No du reg. CMEPPA 2003/0021 No 2003/0043

CMO -indemnités pécuniaires - pension d'invalidité - réinsertion professionnelle - paiement de l'indemnité pécuniaire de maladie - CEDH - séparation des pouvoirs - président du Conseil arbitral - indépendance - impartialité - membre du Conseil d'Etat - fonctions consultatives et juridictionnelles - immixtion du pouvoir législatif dans les compétences du pouvoir judiciaire - décision de suspension - décision de surséance	C.A.S. art. 55, al 03 C.A.S. art. 55, al 05	C.S.A.S. Arrêt du 31.01.2003 Aff. CMO c/S. No du reg. CMOPA 2002/0185 No 2003/0022 voir aussi: CASS-2003.12.18
CMO -indemnités pécuniaires - article 55, al. 3 du CAS - article 55, al. 5 du CAS - décision de suspension, de réduction ou de suppression - décision de surséance - pourvoi rejeté	C.A.S. art. 55, al 03 C.A.S. art. 55, al 05	Cassation. du 18.12.2003 CMO c/S. No 52/03 du 18.12.2003 No 2017 du registre voir aussi: CSAS-2003.01.31
Assurance maladie - CMEP - transport par hélicoptère à l'étranger du lieu de l'accident à l'hôpital - règlement (CE) 1408/71 - règlement (CE) 574/72 - pas de prise en charge de ce genre de transport selon le droit autrichien - dispositions communautaires - convention du 21 mars 2001 (UCM-Air Rescue)	C.A.S. art. 20, p 2 Règ. CE 1408/71, art.22 Règ. CE 574/78, art. 21 Règ. CE 574/78, art. 22 Règ. CE 574/78, art. 23 Règ. CE 574/78, art. 34	C.A.A.S. Arrêt du 21.05.2004F. c/ CMEP Reg. No CMEP 218/03
Assurance maladie - CMEP - traitement médical d'urgence suivi au Portugal - tarif applicable - hôpital privé - pas d'autorisation préalable - soins hospitaliers - prestations en nature.	C.A.S. art. 20 C.A.S. art. 23 C.A.S. art. 49 C.A.S. art. 50 Règ. CE 1408/71, art.22 Règ. CE 1408/71, art.36 Règ. CE 1408/71, art.21 Règ. CE 1408/71, art.34 Statuts UCM, art. 23 Statuts UCM, art. 26	C.S.A.S. Arrêt du 26.03.2003 Aff. B. c/ CMEP No du reg. CMEP 2002/0145 No 2003/0050 voir aussi: CASS-2004.01.08
Assurance maladie - CMEP - pourvoi - irrecevabilité - copie conforme - copie partiellement photocopiée.	Loi du 18.12.1885, art. 10 Loi du 18.12.1885, art. 17	Cassation du 08.01.2004 Aff. CMEP c/B. No 05/04 No 2028 du registre voir aussi: CSAS-2003.03.26

CMO -indemnités pécuniaires - avis du Contrôle médical de la sécurité sociale - certificat médical versé n'établissant pas de fait médical nouveau - refus des indemnités pécuniaires de maladie - décision conjointe du président et du vice-président du comité-directeur - impossibilité pour l'assurée de fournir ses moyens de preuve - compétence	C.A.S. art. 55 Loi du 01.12.1978 Règ. g.-d. du 08.06.1979, art. 9.	C.S.A.S. Arrêt du 25.04.2003 Aff. CMO c/K. No du reg. CMOPA 2003/0056 No 2003/0084 voir aussi: CASS-2004.01.22
CMO -indemnités pécuniaires - décision conjointe du président et du vice-président du comité-directeur - organe compétent	C.A.S. art. 55, al. 5 C.A.S. art. 55, al. 3	Cassation du 22.01.2004 Aff. CMO c/K. No 11 /04 du 22.01.2004. No 2037 du registre voir aussi: CSAS-2003.04.25
Assurance maladie - CMEP - hospitalisation d'urgence en Allemagne - remboursement partiel - remboursement intégral - tarif applicable à des soins identiques dispensés dans l'Etat d'affiliation - classe d'hospitalisation supérieure - prestations en nature - services	C.A.S. art. 20 C.A.S. art. 75 Traité CE art. 46 Traité CE art. 50 Règ. CE 1408/71, art.22 Règ. CE 1408/71, art.23 Règ. CE 1408/71, art.36 Règ. CE 574/78, art. 21 Règ. CE 574/78, art. 34 Statuts UCM, art. 23 Statuts UCM, art. 24 Statuts UCM, art. 26	C.S.A.S. Arrêt du 26.03.2003 L. épouse D. c/ CMEP No du reg. CMEP 2002/0144 No 2003/0051 voir aussi: CASS-2004.04.18
Assurance maladie - CMEP - pourvoi - irrecevabilité - copie conforme - photocopie.	Loi du 18.12.1885, art. 10 Loi du 18.12.1885, art. 17	Cassation du 18.04.2004 Aff. CMEP c/L., épouse D. No 06/04 No 2029 du registre voir aussi: CSAS-2003.03.26
Assurance maladie - UCM - traitement d'orthophonie - autorisation - validation d'une ordonnance médicale - titre de prise en charge - délai de trente jours - exclusion des actes concernant les troubles du langage d'origine congénitale ou périnatale - assimilation des actes ne figurant pas dans la nomenclature aux actes de même importance en vue de la fixation du tarif - orthophoniste libéral à charge de l'assurance maladie - service public	Statuts UCM, art. 12 Statuts UCM, art. 60 C.A.S. art. 19C.A.S. art.65 Règ. g.-d. du 19.03.1999, art. 1	C.S.A.S. Arrêt du 10.12.2003Aff. UCM c/M. No du reg. UCM 2003/0128 No 2003/0214
CMPACI - indemnités pécuniaires de maladie - expertise judiciaire - suspension - période de carence - inégalité - cotisations - anticonstitutionnalité (non)	C.A.S. art.12 Constitution, art. 10B	C.S.A.S. Arrêt du 19.11.2003 Aff. S. c/CMACI No du reg. CMPI 2003/0049 No 2003/0193

V. Prestations familiales

CNPF - allocation de maternité - présentation de la demande par l'époux - qualité pour agir - prescription - principe de la chose décidée - vérification des dispositions anti-cumul	C.A.S. art.291B Règ.CE 574/78, art. 86	C.S.A.S. Arrêt du 10.12.2003 Aff., épouse L. c/CNPF No du reg. CNPF 2003/0114 No 2003/0213
CNPF - allocation d'éducation - reprise partielle d'un travail - revenu mensuel moyen dépassant le plafond légal - activité professionnelle à mi-temps - allocation de la moitié de l'allocation d'éducation - preuve de la réduction de travail - gérante indépendante - employée	C.A.S. art.172 Loi du 01.08.1988, art.2	C.S.A.S. Arrêt du 21.01.2004 Aff. H., épouse P. c/CNPF No du reg. CNPF 2003/0119 No 2004/0016
CNPF - congé parental - demande en restitution de l'indemnité de congé parental - reprise d'une activité salariée - fin prématurée du congé parental - exceptions - motifs personnels - réduction des droits - extinction des droits - réduction du montant de l'indemnité - arrêt du versement des indemnités pécuniaires	Loi du 19.06.185, art.27 Loi du 12.02.1999, art.1 Loi du 12.02.1999, art.2 Loi du 12.02.1999, art.3 Loi du 12.02.1999, art.9 Loi du 12.02.1999, art.12	C.S.A.S. Arrêt du 16.10.2002 Aff. M., épouse P. c/CNPF No du reg. CNPF 2002/0002 No 2002/0123
CNPF - congé parental - demande en restitution de l'indemnité de congé parental - reprise d'une activité salariée - fin prématurée du congé parental - exceptions - périodes - conditions - cessation des prestations - extinction des droits - Cour de Cassation - condition que le congé parental doit être pris en entier et en une seule fois- renvoi	Loi du 19.06.185, art.27 Loi du 12.02.1999, art.1 Loi du 12.02.1999, art.2 Loi du 12.02.1999, art.3 Loi du 12.02.1999, art.9 Loi du 12.02.1999, art.12	C.S.A.S. Arrêt du 24.11.2003M., épouse P. c/CNPF No du reg. NPF 2002/0002 No 2003/0181 voir aussi: CSAS-2002.10.16 CASS-2003.06.19
CNPF - congé parental - demande en restitution de l'indemnité de congé parental - reprise d'une activité salariée - fin prématurée du congé parental - exceptions - périodes - conditions - cessation des prestations - extinction des droits - Cour de Cassation - cassation encourue.	Loi du 19.06.185, art.27 Loi du 12.02.1999, art.1 Loi du 12.02.1999, art.2 Loi du 12.02.1999, art.3 Loi du 12.02.1999, art.9 Loi du 12.02.1999, art.12	Cassation du 19.06.2003 Aff. CNPF c/M., épouse P. No 36/03 No 1984 du registre voir aussi: CSAS-2002.10.16 voir aussi CSAS-2003.11.24

VI. Aide sociale

FNS- RMG - pièces manquantes au dossier - instruction de l'affaire impossible - lettre - procédure décisionnelle préalable - pas de décision susceptible de recours - simple invitation C.S.A.S. Arrêt du 19.11.2003 H. Christopher c/FNS No du reg. FNS 2003/0103 No 2003/0192

VII. Assurance dépendance

UCM -assurance dépendance - enfant atteint de trisomie 21 - évaluation médicale - durée de l'assistance - conditions d'attribution:aides et soins pour au moins trois heures et demie par semaine - expertise par médecin-spécialiste en pédiatrie - début de l'évaluation.	C.A.S. art. 347 C.A.S. art. 348 C.A.S. art. 349 C.A.S. art. 350 C.A.S. art. 362	C.S.A.S. Arrêt du 02.04.2003UCM c/W. No du reg. UCMAD 2002/0161 No 2003/0072
UCM -assurance dépendance - prestations en espèces - prestations en nature - loi française - affiliation à la sécurité sociale française - résidence au Luxembourg - conditions d'application de loi française du 20 juillet 2001 - APA - procédure administrative non contentieuse	C.A.S. art. 353 C.A.S. art. 354 C.A.S. art. 367 Règ.CE 1408/71, art.19 Règ.CE 1408/71, art.29 Règ.CE 574/78, Règ. g.-d. du 08.06.1979, art. 9	C.S.A.S. Arrêt du 21.02.2004Aff. D. c/UCM No du reg. UCMAD 2003/0100 No 2004/0015 Loi du 01.12.1978.

VIII. prestations de chômage / commission mixte

Ministère du Travail - ADEM - commission spéciale de réexamen - indemnité compensatoire de rémunération - chômage involontaire dû aux intempéries - entreprise viticole - entreprises du secteur de la construction - discrimination entre travailleurs - décision préalable du ministre compétent - pouvoir discrétionnaire - pas d'information de l'Administration de l'emploi	Loi du 25.04.1995, art.1 Loi du 25.04.1995, art.4 Loi du 25.04.1995, art.22 Loi du 25.04.1995, art.23 Constitution, art. 10	C.S.A.S. Arrêt du 05.11.2003 LE VIGNOBLE DE ... c/ ADEM ADEM 2003/0048 No 2003/0179
Ministère du Travail - reclassement - travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail - commission mixte de reclassement - reclassement interne - poste aménagé - dispense de reclassement interne - défaut d'information et d'implication - procédure administrative non contentieuse	Loi du 25.07.2002, art.2 Loi du 25.07.2002, art.3 Loi du 25.07.2002, art.10 Loi du 12.11.1991, art.5 Règ. g.-d. du 14.10.2002, art. 7 Règ. g.-d. du 14.10.2002, art. 8	C.S.A.S. Arrêt du 17.12.2003C.F. Luxembourg s.à r.l. c/ commission mixte No du reg. COMIX 2003/0115 No 2003/0222

Ministère du Travail - ADEM - ASSEDIC - indemnités de chômage complet - domicile au moment de la perte de l'emploi - transfert de domicile - travailleur frontalier	Règ.CE 1408/71, art.69 Règ.CE 1408/71, art.1 Règ.CE 1408/71, art.13 Règ.CE 1408/71, art.71 Loi du 03.06.1976, art.13	C.S.A.S. Arrêt du 25.06.2003F. c/ADEM No du reg. ADEM 2002/ 0164 No 2003/0137
Ministère du Travail - ADEM - indemnités de chômage complet - licenciement au cours de la période d'essai - fréquents retards au travail - chômeur involontaire - commission spéciale de réexamen - demande de réexamen recevable - absence de motifs dans la lettre de licenciement - privation de tout moyen de défense - circonstances précises et vérifiables - preuve testimoniale	Loi du 30.06.1976	C.S.A.S. Arrêt du 12.11.2003 ADEM c/S. No du reg. ADEM 2003/ 0064 No 2003/0180 voir aussi: CASS-20040708
Ministère du Travail - ADEM - Fonds pour l'emploi - pourvoi - irrecevabilité - copie conforme - photocopie - télécopie	Loi du 18.02.1885, art.10	Cassation du 08.07.2004 ADEM c/S. No 41 / 04 No 2091 du registre voir aussi: CSAS-20031112
Ministère du Travail - ADEM - indemnités de chômage complet - attestation E 303 - maintien des droit aux prestations pour une durée maximum de 92 jours - commission spéciale de réexamen - refus de la réadmission au bénéfice des indemnités de chômage complet - article 69 du règlement CEE n° 1408/71 - réinscription comme demandeur d'emploi - dépassement du délai - principe de proportionnalité - circonstances exceptionnelles - clause de rigueur	Règ. CE 1408/71, art.69	C.S.A.S. Arrêt du 10.12.2003 ADEM c/S. No du reg. ADEM 2003/ 0063 No 2003/0212
Ministère du Travail - ADEM - indemnités de chômage complet - permis de travail - validité - résiliation du contrat de travail - inscription du travailleur comme demandeur d'emploi auprès des bureaux de placement publics.	Loi du 30.06.1976, art. 13 Reg. g.-d. du 12.05.1975 Constitution, art. 10B Constitution, art. 11	C.S.A.S. 10.12.2003S. c/ ADEM No du reg. ADEM 2003/ 0096 No 2003/0204

Commission mixte de reclassement des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail - champ d'application de la loi du 25 juillet 2002 concernant l'incapacité de travail et la réinsertion professionnelle - pas de refus de la pension d'invalidité - non-respect de la procédure administrative non contentieuse - droits de la défense - principe du contradictoire - autorité administrative - procédure spéciale - motivation insuffisante.

Loi du 25.07.2002, art. 1. CSAS 17.12.2003 ADEM
Règ. g.-d. du 14.10.2002, c/ B.
art. 9 No du reg. COMIX 2003/
Règ. g.-d. du 08.06.1979, 0126
art. 6 No 2003/0220

Jurisprudence: Relevé analytique

1

CONSEIL ARBITRAL DES ASSURANCES SOCIALES

17 mai 2004

La prise en charge des cotisations de sécurité sociale, au bénéfice des personnes qui prêtent leur assistance aux personnes dépendantes et couvertes par l'assurance dépendance constitue une prestation en espèces de l'assurance maladie au bénéfice de la personne couverte. L'article 19 du règlement 1408/71 prévoyant que des prestations en espèces sont servies par l'institution compétente selon les dispositions de la législation qu'elle applique s'oppose à l'application d'une disposition nationale qui exclut les personnes résidant à l'étranger du bénéfice du versement des cotisations de sécurité sociale L'article 357 du Code des assurances sociales ne prévoit pas explicitement que l'activité d'aide et de soins doit être exercée sur le territoire du Luxembourg pour permettre l'affiliation à l'assurance pension luxembourgeoise Par ailleurs, dans le cadre de l'appréciation des conditions d'affiliation à l'assurance pension luxembourgeoise d'une personne prêtant son assistance à une personne dépendante couverte par l'assurance dépendance, le principe de la libre circulation des personnes ressortissants de l'Union européenne doit s'appliquer à la liberté pour chaque personne dépendante assurée de choisir à l'intérieur de l'Union le lieu de l'assistance et des soins à condition que l'impératif de santé publique soit garanti en ce lieu. A cet effet les Etats membres sont tenus de supprimer dans leur législation nationale les restrictions à cette liberté.

M. c/CCSSA

No. du reg.: CASS 2/04

Arrêt

Attendu que par jugement avant dire droit du 10 novembre 2003 le Conseil arbitral a décidé de mettre en intervention pour déclaration de jugement commun l'Union des caisses de maladie en sa qualité d'organisme gestionnaire de l'assurance dépendance qui prend en charge, au cas où les conditions prévues sont remplies, les cotisations pour l'assurance pension d'une personne qui assure des aides et des soins à une personne dépendante ;

Attendu que la demande d'affiliation de l'épouse du requérant à la sécurité sociale luxembourgeoise pour le risque vieillesse-invalidité a été refusée au motif que les conditions d'application des articles 170, alinéa 1er et 171 alinéa 1er, point 13 du Code ne sont pas remplies étant donné que le requérant réside en France de même que son épouse et que celle-ci ne donne pas les aides et soins nécessaires sur le territoire luxembourgeois ;

Attendu que le requérant demande dans son recours l'affiliation de son épouse à l'assurance pension luxembourgeoise avec prise en charge des cotisations par l'assurance dépendance en se basant sur le principe européen de la libre circulation des personnes à l'intérieur de l'Union européenne et en faisant valoir qu'il n'y a pas différence entre de soins donnés au Luxembourg et ceux donnés à l'étranger, en l'occurrence en France ;

Attendu qu'il résulte des renseignements recueillis aux audiences du 14 octobre 2003 et du 20 avril 2004 que le requérant est assuré auprès de la sécurité sociale au Luxembourg où il perçoit une pension d'invalidité et qu'il réside en France depuis son état de dépendance lequel est reconnu par l'Union des caisses de maladie qui accorde un droit aux prestations en espèces d'assurance dépendance au titre de la loi du 19 juin 1998 ;

Attendu que l'article 357, alinéa 1er du Code énonce que " l'assurance dépendance prend en charge les cotisations pour l'assurance pension d'une personne qui assure avant l'âge de soixante-cinq ans des aides et des soins à la personne dépendante à son domicile en dehors d'un réseau d'aides et de soins au maximum jusqu'à concurrence d'une cotisation calculée sur base du salaire social minimum mensuel prévu pour un travailleur non qualifié âgé de dix-huit ans au moins " ;

Attendu que l'article 170, alinéa 1er dudit code prévoit que toute personne qui exerce au Grand-Duché de Luxembourg contre rémunération une activité professionnelle soit pour le compte d'autrui, soit pour son propre compte, ou justifie de périodes assimilées à de telles périodes d'activité professionnelle, est assurée obligatoirement dans le cadre d'un régime général d'assurance pension en cas de vieillesse, d'invalidité et de survie ;

Attendu que l'article 171, alinéa 1, point 13 précise que les périodes pendant lesquelles une personne a assuré des aides et des soins à une personne dépendante au sens du livre V du Code sans qu'il s'agisse d'une activité professionnelle rémunérée, sont à considérer comme des périodes assimilées ;

Attendu que l'Union des caisses de maladie demande la confirmation de la décision suivant laquelle l'affiliation a été refusée en application des articles 171, alinéa 1er et 171, alinéa 1, point 13 du Code et estime que la prise en charge des cotisations de l'assurance pension par l'assurance dépendance constitue une prestation connexe à l'assurance dépendance et est à considérer comme une prestation en nature au sens du règlement CE 1408/71 alors qu'il s'agit d'acheter une prestation de l'assurance pension au profit de la tierce personne ;

que l'Union des caisses de maladie fait valoir encore que suivant les articles 19 à 31 du règlement 1408/71 les prestations en espèces sont servies par l'institution compétente c'est-à-dire par l'institution de l'Etat d'affiliation, que les prestations en nature sont servies pour le compte de l'institution compétente par l'institution du lieu de résidence et qu'au cas où l'Etat de résidence prévoit dans sa législation une prestation analogue, l'Etat de résidence avance les cotisations qui sont à charge de l'Etat compétent, le Luxembourg, qui devra les rembourser à l'Etat de résidence ;

que l'Union des caisses de maladie estime en outre que la prestation dépendance nationale française à savoir l'allocation personnalisée d'autonomie est organisée dans le cadre des compétences régionales départementales et n'est pas une prestation de sécurité sociale mais une prestation d'aide sociale qui ne tombe pas sous le champ d'application du règlement CE 1408/71, de sorte que les règles de coordination prévues par cet instrument ne s'appliquent pas à cette prestation ;

Attendu qu'il y a lieu d'analyser l'incidence du principe de la libre circulation des personnes ressortissant de l'Union européenne ;

Attendu que l'article 18, paragraphe 1 du Traité CE (ex-article 8 A) dispose que tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par le Traité et par les dispositions prises pour son application ;

Attendu que l'article 39 du Traité instituant la Communauté européenne (ancien article 48 du Traité de Rome) prévoit que la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté et qu'elle comporte notamment le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, de répondre à des emplois effectivement offerts et de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des Etats membres ;

Attendu que selon une jurisprudence constante de la Cour de Justice des Communautés européennes, le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des Etats membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale (arrêts du 7 février 1984, Duphar 238/82, et du 17 juin 1997, Sodemare e.a., C-70/95) ;

Attendu que l'article 51 (devenu 42) du Traité vise une coordination des législations des Etats membres et non-harmonisation et laisse donc subsister des différences entre les régimes de sécurité sociale des Etats membres et, en conséquence, dans les droits des personnes qui travaillent, de sorte que les différences de fond et de procédure entre les régimes de sécurité sociale de chaque Etat membre et dans les droits des personnes qui y travaillent ne sont pas touchées par cet article (arrêt Pinna du 15 janvier 1986) ;

Attendu que la dissuasion d'exercer un droit reconnu par le Traité, plus particulièrement par l'article 48 (devenu 39) est prise en compte dans la jurisprudence de la Cour comme une entrave possible à la libre circulation des travailleurs (voir l'arrêt Paraschi du 4 octobre 1991) ;

Attendu qu'en l'absence d'harmonisation communautaire en la matière, il appartient à la législation de chaque Etat membre de déterminer, d'une part, les conditions du droit ou de l'obligation de s'affilier à un régime de sécurité sociale (arrêts du 24 avril 1980, Coonan, 110/79 et du 4 octobre 1991, Paraschi, C-349/87) et, d'autre part, les conditions qui donnent lieu à des prestations (arrêt du 30 janvier 1997, Stöber et Piosa Pereira, C-4/95 et C-5/95) ;

Attendu que l'absence d'harmonisation des régimes sociaux ne peut avoir pour conséquence de faire obstacle en ce domaine à l'application des grands principes de droits communautaires et notamment du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes, du principe de la libre circulation des travailleurs et du principe de la libre prestation des services, lesquels principes limitent le pouvoir de décision des Etats membres en matière sociale ;

Attendu que, s'il est vrai que l'article 51 (devenu 42) du traité laisse subsister des différences entre les régimes de sécurité sociale des divers Etats membres et, en conséquence, dans les droits des personnes qui y travaillent, il est constant que le but des articles 48 (devenu 39) à 51 (devenu 42) du traité ne serait pas atteint si, par suite de l'exercice de leur droit à libre circulation, les travailleurs migrants devaient perdre des avantages de sécurité sociale que leur assure la législation d'un Etat membre (arrêt du 5 octobre 1994 Van Munster C-165/91) ;

Attendu qu'il est également de jurisprudence constante que le devoir des Etats membres, en vertu de l'article 5 (devenu 10) du traité, de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du droit communautaire s'impose à toutes les autorités des Etats membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, aux autorités juridictionnelles ;

Attendu qu'à cet égard, il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences, du droit communautaire (voir arrêt Van Munster, précité) ;

Attendu que si une telle application conforme n'est pas possible, la juridiction nationale a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant au besoin inappliquée toute disposition dans la mesure où son application, dans les circonstances de l'espèce, aboutirait à un résultat contraire au droit communautaire (voir, dans un sens analogue, arrêt du 21 mai 1987, Albako, 249/85, Rec. p.2345, points 13 et suivants) ;

Attendu que dans l'affaire Commission européenne contre Grand-Duché de Luxembourg (arrêt du 10 mars 1993 - C 111/91) la Cour a décidé que par les conditions de résidence qu'il a imposées pour l'octroi des allocations de naissance et de maternité, le Grand-Duché de Luxembourg a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 7, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, de l'article 18, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, dans sa version codifiée par le règlement (CEE) n° 2001/83 du Conseil, du 2 juin 1983, ainsi que l'article 52 du traité CEE ;

Attendu que dans le même arrêt la Cour a retenu en particulier ce qui suit : "Un Etat membre opère une discrimination à l'encontre des ressortissants des autres Etats membres lorsqu'il soumet le versement d'une allocation de naissance et d'une allocation de maternité à des conditions de résidence préalable sur son territoire, car ces conditions sont plus facilement remplies par ses propres ressortissants. Cette discrimination dans l'octroi d'allocations qui, pour les travailleurs salariés, constituent des avantages sociaux est constitutive d'une violation de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1612/68. Elle est également opérée en violation de l'article 52 du traité, puisque, dans le cas des travailleurs non salariés, si elle n'est pas opérée dans le domaine des règles spécifiques relatives à l'exercice des activités professionnelles, elle n'en constitue pas moins, pour les ressortissants des autres Etats membres, une gêne à l'exercice de ces activités ;

Attendu que dans l'arrêt du 23 novembre 2000 rendu dans l'affaire Ursula Elsen C-135/99, concernant le maintien de la législation de sécurité sociale de l'Etat d'emploi d'un travailleur frontalier ayant cessé son activité professionnelle et transféré sa résidence dans un autre Etat membre, la CJCE a considéré qu'en vertu des articles 18, 19 et 42 du traité (ex-art. 8 A, 48 et

51), il appartient aux institutions allemandes de prendre en compte les périodes d'éducation d'un enfant accomplies dans un autre Etat membre comme si ces périodes avaient été accomplies sur le territoire national par une personne qui au moment de la naissance de l'enfant avait la qualité de travailleur frontalier ;

que la solution de la Cour ne repose nullement dans cet arrêt sur le règlement 1408/71 pour contrecarrer les conditions de fond posées par la législation allemande, mais que le recours à la deuxième partie du traité consacrée à la citoyenneté de l'Union et à son article 18 semble indiquer que la Cour est prête à user de la liberté de circulation et de séjour garantie à tout citoyen de l'Union lorsque aucune règle de droit dérivé ne permet de lever les entraves résultant de l'absence de coordination des régimes de sécurité sociale (cf. : F. Muller, Droit communautaire de la protection sociale, La jurisprudence de la CJCE, in : Dalloz 2002, Chron. p. 660 - 661) ;

Attendu que dans un jugement du 11 mars 2002 rendu dans une affaire Delvaux c/CNPF le Conseil arbitral a jugé que l'exercice d'un droit à la libre circulation ne doit pas avoir pour effet de faire perdre un avantage social, en l'espèce l'allocation de naissance qu'assure la législation d'un Etat membre, en l'occurrence la législation luxembourgeoise, à une citoyenne domiciliée au Luxembourg et ayant accouché en France ;

Attendu que les articles 59 et 60 (devenus articles 49 et 50) du Traité instituant la Communauté européenne instaurent la libre prestation des services et que cette liberté inclut la liberté des destinataires des services de se rendre dans un autre Etat membre pour y bénéficier des services et que de même que le médecin peut se déplacer pour soigner un malade, ce dernier peut faire le déplacement pour venir le consulter (cf. arrêt Luisi et Carbone CJCE 31.1.1982, commenté in " Traité instituant la CEE, commentaire des articles - Constantinesco-Kovar-Jacqué et Simon, édition Economica - sub art. 59, n° 26, p. 320) ;

qu'afin de garantir cette liberté les Etats membres sont tenus de supprimer dans leur législation nationale les restrictions à la libre prestation des services (l'arrêt Luisi et Carbone a traité la réglementation du contrôle des changes) ;

que d'un autre côté, en ce qui concerne le domaine de la sécurité sociale, le Conseil est invité, par l'article 51 (devenu article 42) à adopter des mesures nécessaires afin d'établir la libre circulation des travailleurs et qu'en se basant sur ce texte les Etats membres ont convenu d'une réglementation, codifiée notamment dans le règlement 1408/71 dont le champ d'application a été étendu aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille par le règlement 1390/81 ;

qu'il se dégage de ce qui précède que la législation communautaire, tout en fixant comme règle générale la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté et en interdisant aux Etats membres de maintenir des

restrictions nationales à ce principe, a coordonné dans le domaine spécifique de la sécurité sociale, les régimes des Etats membres (op. cit. sub art 51 p. 271 n° 1) en fixant des principes communs à tous les Etats membres ;

Attendu que le principe de la libre circulation des travailleurs englobe aussi les travailleurs communautaires non salariés qui peuvent être des prestataires de services ou des destinataires de services et qui ont aussi la possibilité d'user de leur droit à la liberté de circuler pour aller s'établir dans un autre Etat membre et qui dans ces hypothèses relèvent de dispositions spécifiques relatives à la libre prestation de services ou à la liberté d'établissement ;

Attende que l'article 357 du Code des assurances sociales ne prévoit pas explicitement que l'activité d'aide et de soins doit être exercée sur le territoire du Luxembourg pour permettre l'affiliation à l'assurance pension luxembourgeoise ;

Sur le champ d'application ratione personae du règlement n° 1408/71

Attendu que la Cour a décidé dans l'arrêt Molenaar du 9 mars 1998 que l'assurance dépendance relève de l'un des régimes de sécurité sociale mentionnés à l'article 1er du règlement CE 1408/71 puisqu'elle a essentiellement pour objet de compléter des prestations de l'assurance maladie, de sorte qu'une personne couverte par l'assurance dépendance visée à la loi du 19 juin 1998 relève de la notion de " travailleur " au sens de l'article 1er sous a) du règlement 1408/71, tout comme relève de cette notion une personne qui exerce une activité d'assistance à personne dépendante au sens de l'article 357 du Code et qui à ce titre est affiliée à l'un des régimes d'assurance sociale mentionnés à l'article 1er du règlement 1408/71 ;

Sur le champ d'application ratione materiae

Attendu que la Cour a précisé dans l'arrêt Molenaar que les prestations de l'assurance dépendance peuvent être qualifiées de prestations de maladie et en particulier de prestations en espèces de l'assurance maladie au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous a) du règlement 1408/71 ;

Attendu que la prise en charge des cotisations dont il est question en l'espèce permet avant tout d'améliorer le niveau de vie des personnes dépendantes, en ce qu'elle leur permet de demeurer dans leur milieu familial en recevant gratuitement les soins qu'elles nécessitent, prodigués par un familial qui, quoique réduisant, pour ce faire, son activité de travail à l'extérieur et les revenus de son noyau familial, ne doit pas pour autant renoncer à la constitution de ses droits à la retraite ;

Attendu que la prise en charge de ces cotisations sociales constitue en réalité, une aide financière accordée à la personne dépendante, en ce qu'elle lui permet de recourir aux soins d'un assistant non professionnel sans devoir prendre en charge (directement ou indirectement) le versement des

cotisations sociales obligatoires, de sorte que la prise en charge des cotisations sociales au régime d'assurance vieillesse de la personne qui prête son assistance peut être qualifiée de prestation en espèces de l'assurance maladie au bénéfice de la personne dépendante, à la lumière des critères que la Cour a énoncés dans l'arrêt Molenaar ;

Attendu qu'il y a lieu d'en conclure que la prise en charge des cotisations de sécurité sociale, au bénéfice des personnes qui prêtent leur assistance aux personnes dépendantes et couvertes par l'assurance dépendance au titre de la loi du 19 juin 1998, constitue une prestation en espèces de l'assurance maladie, au sens de l'article 4, paragraphe 1 du règlement 1408/71, au bénéfice de la personne couverte ;

qu'il convient d'en conclure que l'article 19 du règlement 1408/71 s'oppose à l'application d'une disposition nationale qui exclut les personnes résidant à l'étranger du bénéfice du versement des cotisations de sécurité sociale (cf.: conclusions de l'avocat général M. Antonio Tizzano présentées le 2 décembre 2003 dans les affaires de demandes de décision préjudiciales auprès de la Cour de justice des Communautés européennes, affaires C 502/01 et C 31/02 Silke Gaumain c/KKP et Barth contre LVA) ;

Attendu que dans le cadre de l'appréciation des conditions d'affiliation à l'assurance pension luxembourgeoise d'une personne prêtant son assistance à une personne dépendante couverte par l'assurance dépendance au titre de la loi du 19 juin 1998, il y a lieu de retenir que le principe de la libre circulation des personnes ressortissants de l'Union européenne doit s'appliquer à la liberté pour chaque personne dépendante assurée de choisir à l'intérieur de l'Union le lieu de l'assistance et des soins à condition que l'impératif de santé publique est garanti en ce lieu, laquelle conditions est remplie en l'occurrence, de sorte que l'exercice du droit à la libre circulation ne doit pas avoir pour effet de faire perdre un avantage social qu'assure la législation d'un Etat membre, en l'occurrence la législation luxembourgeoise ;

Attendu qu'il résulte des développements qui précèdent qu'en considérant la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, en considérant que le principe de la libre circulation des citoyens doit s'appliquer en l'occurrence et en considérant que les dispositions du traité prévalent sur le droit national qui doit être interprété de manière à la mettre en harmonie avec les dispositions du traité, il échet de dire, par réformation de la décision entreprise, que l'épouse du requérant est à affilier auprès de l'assurance pension luxembourgeoise avec prise en charge des cotisations par l'assurance dépendance ;

PAR CES MOTIFS,

le Conseil arbitral, statuant par défaut à l'égard de la partie demanderesse et en premier ressort,

RÉFORMANT,

dit que l'épouse du requérant est à affilier à l'assurance pension luxembourgeoise pour le risque vieillesse-invalidité avec prise en charge des cotisations par l'Union des caisses de maladie, organisme gestionnaire de l'assurance dépendance ;

déclare le présent jugement commun à l'Union des caisses de maladie, partie mise en intervention.

2

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

01 octobre 2003

La seule circonstance que l'assuré n'avait pas subi de choc frontal lors de l'accident ne permet pas d'exclure a priori, et avec la certitude requise, l'existence d'une lésion cervicale et donc de contredire les conclusions du médecin-conseil. Au vu des constatations formelles du médecin-conseil du Conseil arbitral des assurances sociales, il y a lieu de retenir que S. avait subi un traumatisme cervical qui était la cause de vertiges et de céphalées post-traumatiques. Il s'ensuit qu'il est en l'espèce établi par les constatations du médecin-conseil que l'accident de trajet en question avait causé une lésion à l'assuré. Peu important à cet égard l'importance et la nature de la lésion; celle-ci peut être interne ou externe, apparente ou inapparente.

AAI c/ S.

No. du reg.: G 2003/0059

Arrêt

Par décision présidentielle du 7 mai 2002, confirmée par décision de la commission des rentes du 27 septembre 2002, l'Association d'assurance contre les accidents, section industrielle, avait refusé la prise en charge de l'accident en question au motif que celui-ci n'avait pas causé de lésion corporelle proprement dite et que les céphalées et vertiges que l'assuré prétend avoir eu à endurer ne peuvent être qualifiés de blessure, respectivement de dommage corporel, au sens des articles 97, alinéa 1er, et 110, alinéa 1er, du code des assurances sociales.

Statuant sur le recours formé par l'assuré, le Conseil arbitral des assurances sociales a, par jugement du 25 février 2003, fait droit à la demande de prise en charge et dit que l'Association d'assurance contre les accidents est tenue de reconnaître sa responsabilité quant à l'accident de trajet du 30 avril 2002. En décidant ainsi, le Conseil arbitral des assurances sociales a entériné l'avis de son médecin-conseil, le Dr René Braun, qui estime que l'assuré avait subi un coup de lapin entraînant des vertiges et des céphalées et qu'il s'agit d'une lésion corporelle directement imputable à l'accident.

L'Association d'assurance contre les accidents a relevé appel de ce jugement par requête déposée le 7 avril 2003 au secrétariat du Conseil supérieur des assurances sociales pour entendre dire que l'intimé n'avait pas subi de lésion corporelle et que par conséquent les dégâts à la voiture de l'assuré ne donnent pas lieu à indemnisation. L'appelante relève que la voiture de l'intimé n'avait été endommagée que sur le flanc, que l'intimé n'avait pas subi de choc frontal et que partant l'hypothèse d'un coup de lapin serait à écarter.

Le Conseil supérieur des assurances sociales retient cependant que la seule circonstance que l'assuré n'avait pas subi de choc frontal lors de l'accident ne permet pas d'exclure a priori, et avec la certitude requise, l'existence d'une lésion cervicale et donc de contredire les conclusions du médecin-conseil.

Au vu des constatations formelles du médecin-conseil du Conseil arbitral des assurances sociales, il y a lieu de retenir que S. avait subi un traumatisme cervical qui était la cause de vertiges et de céphalées post-traumatiques.

Il s'ensuit qu'il est en l'espèce établi par les constatations du médecin-conseil que l'accident de trajet en question avait causé une lésion à l'assuré. Peu importent à cet égard l'importance et la nature de la lésion; celle-ci peut être interne ou externe, apparente ou inapparente.

Le jugement entrepris est par conséquent à confirmer.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant contradictoirement, sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué,
déclare l'appel recevable,
le dit non fondé,
confirme le jugement entrepris.

3**SCHIEDSAMT DER SOZIALEN VERSICHERUNGEN**

12 janvier 2004

Betriebliche Gemeinschaftsveranstaltungen, die dazu dienen, die Verbundenheit und das Vertrauensverhältnis zwischen Betriebsleitung und Belegschaft zu fördern, stehen unter Unfallversicherungsschutz, wenn und solange sie von dem Willen und der Autorität des Unternehmers oder eines von ihm Beauftragten getragen werden. Zu solchen Gemeinschaftsveranstaltungen gehören z.B. Betriebsausflüge, Jubiläumsfeiern, Weihnachtsfeiern usw. (vge.: Podzun, Der Unfallsachbearbeiter, Kennzahl 102, sub Betriebsausflug);

AAI c/ K.

No. du reg. : G 277/03

Arrêt

In Erwägung, dass der Kläger K.form- und fristgerecht Einspruch erhoben hat gegen den Bescheid des Rentenausschusses vom 11. Juli 2003, welcher den Widerspruch vom 28. April 2003 als unbegründet erklärt hat und den am 20. März 2003 ergangenen Bescheid bestätigt hat, welcher die Entschädigungspflicht der gewerblichen Unfallversicherungsgenossenschaft abgelehnt hat betreffend den Unfall vom 5. März 2003 bei dem Herr K.während eines Schlittschuhlaufens gestürzt ist und sich verletzt hat;

In Erwägung, dass die Anerkennung als entschädigungspflichtiger Arbeitsunfall verweigert wurde mit der Begründung, dass sich dieser Unfall bei einer, dem persönlichen und daher unversicherten Lebensbereich zuzurechnenden, eigenwirtschaftlichen Tätigkeit zugetragen hat;

In Erwägung, dass Herr K., als Leiter der Abteilung Wertpapierhandel die Mitarbeiter dieser Abteilung zu einem Abendessen mit vorhergehendem Schlittschuhlaufen eingeladen hat und dass es bei dieser Gelegenheit zu einem Sturz kam;

In Erwägung, das gemäss Artikel 92 der Sozialversicherungen als Betriebsunfall das Unfallereignis gilt, das einem Versicherten infolge oder gelegentlich seiner Arbeit zugestoßen ist und dass außerdem der Weg von und zur Arbeit ein Bestandteil der Arbeit bildet und somit durch die Versicherung gedeckt ist;

In Erwägung, dass gemäss der Rechtsprechung jeder Unfall, der sich plötzlich während der Arbeitszeit auf dem Arbeitsplatz oder auf dem Arbeitsweg ereignet, ein Arbeitsunfall oder ein Wegeunfall ist, es sei denn, die Unfallversicherung erbringt den Beweis, dass der Unfall eine gänzlich andere Ursache hat, die nichts mit der versicherten Arbeit, dem versicherten Arbeitsweg oder mit dem benutzten Verkehrsmittel zu tun hat;

In Erwägung, dass als "Arbeitsunfälle" im Sinne des Gesetzes nicht nur Unfälle bei der Arbeit zu verstehen sind, sondern auch solche Unfälle, die zwar nicht unmittelbar bei der Arbeit oder einer versicherten Tätigkeit eintreten, aber mit ihr noch in einem inneren Zusammenhang stehen.

Betriebliche Gemeinschaftsveranstaltungen, die dazu dienen, die Verbundenheit und das Vertrauensverhältnis zwischen Betriebsleitung und Belegschaft zu fördern, stehen unter Unfallversicherungsschutz, wenn und solange sie von dem Willen und der Autorität des Unternehmers oder eines von ihm Beauftragten getragen werden. Zu solchen Gemeinschaftsveranstaltungen gehören z.B. Betriebsausflüge, Jubiläumsfeiern; Weihnachtsfeiern usw. (vge.: Podzun, Der Unfallsachbearbeiter, Kennzahl 102, sub Betriebsausflug);

In Erwägung, dass der Kläger geltend macht, dass im Rahmen eines Sozialplanes im Jahr 2002 in der Abteilung zwei Arbeitsstellen abgebaut wurden, was die verbleibenden Mitarbeiter verunsicherte als auch zu einer gewissen Spaltung der Zusammengehörigkeit führte und dass, als Mittel, diesen negativen Dingen zu begegnen, er wie auch andere Kolleginnen und Kollegen Abteilungsleiter Veranstaltungen dieser Art durchgeführt hat;

In Erwägung, dass um eine, unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung stehende, betriebliche Gemeinschaftsveranstaltung anzunehmen, es nicht ausreicht, dass sie dem betrieblichen Interesse dient und Vorgesetzte an ihr teilnehmen, sondern die unabdingbare Voraussetzung ist, dass die Veranstaltung von der Betriebsleitung oder in ihrem Namen "als" betriebliche Gemeinschaftsveranstaltung durchgeführt wird;

In Erwägung, dass bei einer privaten Einladung eines Betriebsangehörigen an seine Kollegen, die allein auf die Initiative und die Kosten des Einladenden erfolgt, diese Voraussetzungen grundsätzlich auch dann nicht vorliegen, wenn das Zusammensein im Interesse einer guten betrieblichen Zusammenarbeit gelegen haben mag;

In Erwägung, dass aus der Arbeitsunfallanzeige hervor geht, dass dieses Schlittschuhlaufen mit nachfolgendem Abendessen weder vom Arbeitgeber (bzw .der Direktion) organisiert noch finanziert wurden, dass Herr K. selbst einzige und allein hierfür verantwortlich war und dieser Betriebsausflug ausschließlich für Mitarbeiter der von ihm geleiteten Abteilung bestimmt war, sodass es sich nicht um eine unter den Versicherungsschutz fallenden betriebliche Gemeinschaftsveranstaltung handelte, sondern um eine private Einladung eines Abteilungsleiters die der gemeinsamen Geselligkeit diente;

In Erwägung, dass der Ablehnungsbescheid der Rentenkommission rechtmäßig ist und vollinhaltlich zu bestätigen ist weil der Unfall sich bei einer nicht unter Unfallversicherungsschutz stehenden Tätigkeit zugetragen hat;

In Erwägung, dass der Kläger obschon gehörig vorgeladen nicht bei der Verhandlung am 16. Dezember 2003 anwesend war und nicht regelrecht vertreten war, sodass dieses Urteil für kontradiktatorisch erklärt wird gemäß Artikel 75 der Neuen Zivilprozessordnung, welcher anwendbar ist gemäß Artikel 20 des großherzoglichen Beschlusses vom 24. Dezember 1993 betreffend das gerichtliche Verfahren vor dem Schiedsamt;

AUS DIESEN GRÜNDEN,

öffentlich verfahrend, in erster Instanz und kontradiktatorisch erkennend, erklärt das Schiedsamt der sozialen Versicherungen die Klage als unbegründet und bestätigt den angefochtenen Bescheid der Rentenkommission vom 11. Juli 2003 vollinhaltlich.

4

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

5 juillet 2004

Le Conseil supérieur des assurances sociales partage l'avis de l'Association d'assurance contre les accidents, section industrielle, qui estime que "si la plupart des traitements médicaux sont bien évidemment indiqués par des raisons médicales et même s'il est avantageux pour toute employeur d'avoir à son service des employés jouissant d'une bonne condition physique, l'on ne saurait raisonnablement en déduire qu'un traitement médical s'impose également dans l'intérêt de l'employeur" et que "tout traitement médical est et doit rester tout d'abord une affaire strictement personnelle même si les conséquences d'un tel traitement peuvent le cas échéant avoir une influence sur la vie professionnelle."

Suivant en cela la jurisprudence du Conseil supérieur des assurances sociales dans des affaires similaires (CSAS 20 février 2002 AAI c/ FATTANI et CSAS 20 février 2002 AAI c/ JACOMUCCI), le Conseil supérieur des assurances sociales considère également dans la présente affaire que le déplacement à l'hôpital pour y subir un traitement médical était dicté par un intérêt strictement personnel, n'était pas nécessaire aux besoins de la vie courante et était indépendant de l'emploi de l'intimée, de sorte que c'est à tort que les premiers juges ont reconnu l'accident dont Marilène B. a été victime comme accident de trajet.

AAI c/ B., ÉPOUSE D.

No. du reg. : G 2004/0003 No. 2004/0124

Arrêt

Marilène B., qui habite à Dudelange et travaille à Wickrange, s'était rendue à l'hôpital Ste Thérèse à Luxembourg pour y suivre un traitement médical, à la suite de quoi elle voulait, à la sortie de l'hôpital, se rendre à son lieu de travail, mais heurta un camion garé dans une rue proche de l'hôpital.

Il est constant que l'accident ne s'est pas produit sur le chemin direct entre le domicile de l'assurée et son lieu de travail.

L'appelante fait valoir que le traitement n'était pas nécessaire aux besoins de la vie courante et était totalement indépendant de l'emploi de l'assurée, et que les dispositions de l'article 1er, point b de l'arrêté grand-ducal modifié du 22 août 1936 ne s'appliquent pas en l'espèce, l'accident n'étant pas survenu lors d'une interruption de travail et le déplacement ayant été effectué pour des raisons strictement personnelles.

L'intimée fait plaider au contraire qu'elle était autorisée par son patron pour venir travailler plus tard, et que le trajet de Luxembourg à Wickrange à son lieu de travail qu'elle voulait effectuer à sa sortie de l'hôpital était en relation avec l'emploi professionnel assuré. Selon elle, ce trajet était donc effectué dans l'intérêt exclusif de son patron, qui en plus aurait également intérêt à ce que sa salariée suive un traitement médical ayant pour effet qu'elle s'absente moins souvent et travaille plus longtemps.

Le Conseil supérieur des assurances sociales partage l'avis de l'Association d'assurance contre les accidents, section industrielle, qui estime que "si la plupart des traitements médicaux sont bien évidemment indiqués par des raisons médicales et même s'il est avantageux pour tout employeur d'avoir à son service des employés jouissant d'une bonne condition physique, l'on ne saurait raisonnablement en déduire qu'un traitement médical s'impose également dans l'intérêt de l'employeur" et que

"tout traitement médical est et doit rester tout d'abord une affaire strictement personnelle même si les conséquences d'un tel traitement peuvent le cas échéant avoir une influence sur la vie professionnelle".

Suivant en cela la jurisprudence du Conseil supérieur des assurances sociales dans des affaires similaires (CSAS 20 février 2002 AAI c/Fattani et CSAS 20 février 2002 AAI c/Jacomucci), le Conseil supérieur des assurances sociales considère également dans la présente affaire que le déplacement à l'hôpital pour y subir un traitement médical était dicté par un intérêt strictement personnel, n'était pas nécessaire aux besoins de la vie courante et était indépendant de l'emploi de l'intimée, de sorte que c'est à tort que les premiers juges ont reconnu l'accident dont Marilène B. a été victime comme accident trajet.

L'assurée ne saurait pas non plus se prévaloir des dispositions du point b) de l'article premier de l'arrêté grand-ducal modifié du 22 août 1936 puisque l'accident n'est pas survenu lors d'une interruption de travail et que de toute façon le déplacement à l'hôpital était effectué pour des raisons strictement personnelles.

L'appel de l'Association d'assurance contre les accidents, section industrielle, est partant à déclarer fondé.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant sur le rapport oral de son président-magistrat et les conclusions contradictoires des parties à l'audience,
reçoit l'appel en la forme, le dit fondé,

RÉFORMANT:

dit que l'accident dont a été victime la requérante le 6 février 2003 n'est pas à reconnaître comme accident de trajet,
rétablit la décision de la commission des rentes du 6 juin 2003.

5

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

17 novembre 2003

L'article 149, alinéa 6 du Code des assurances sociales dispose que les rentes permanentes ne peuvent être modifiées que pendant les trois années qui suivent les décisions respectives de l'association qui les ont accordées ou la décision judiciaire définitive à moins d'une aggravation de l'incapacité de travail de dix pour cent au moins par rapport à la capacité antérieure à l'accident. La disposition légale vise deux hypothèses bien distinctes, à savoir une aggravation de l'incapacité de travail qui survient pendant une période de trois ans et une aggravation qui se produit au-delà de ce délai. Si le bien-fondé d'une demande en majoration d'une rente viagère en raison d'une aggravation s'étant produite plus de trois ans après une première décision administrative ou judiciaire est lié à la condition que l'aggravation invoquée dépasse de 10 % le taux d'une première incapacité de travail, aucune condition n'est exigée si l'aggravation se situe dans le délai de trois ans prévu par la loi. Dans cette dernière hypothèse, toute aggravation quelque minime qu'elle soit est prise en considération.

B. c/AAI

No. du reg. : G 2003/0182 No. 2003/0182 Arrêt

Arrêt

Par arrêt avant dire droit du 6 janvier 2003 le docteur René Konsbruck, médecin-spécialiste en orthopédie, demeurant à Niederkorn, fut nommé expert avec la mission y spécifiée. Le rapport d'expertise, déposé le 6 juin 2003, fut dûment communiqué aux parties. Celles-ci furent convoquées pour l'audience publique du 20 octobre 2003, à laquelle le rapporteur désigné, Monsieur Julien Lucas, fit l'exposé de l'affaire.

Maître Max Gremling, pour l'appelant, conclut à voir majorer le taux de la rente viagère avec effet au jour de la demande, soit le 9 avril 2001.

Monsieur Claude Rume, pour l'intimée, conclut à la confirmation du jugement du Conseil arbitral du 26 février 2002.

Après prise en délibéré de l'affaire le Conseil supérieur rendit à l'audience publique de ce jour, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'arrêt qui suit:

Revu l'arrêt rendu en cause le 6 janvier 2003, par lequel le Conseil supérieur des assurances sociales a institué une expertise avant de dire droit au fond. Dans son rapport du 17 mai 2003, l'homme de l'art commis arrive à la conclusion qu'une majoration de la rente viagère de 8 à 16% doit être envisagée à partir du 19 septembre 2001.

L'appelant conclut à l'entérinement des conclusions de l'expert, demandant de faire reporter le début de la nouvelle rente viagère au jour de sa demande.

L'intimée conclut au rejet de l'appel, une aggravation de l'incapacité de travail de l'appelant d'au moins 10% n'étant pas établie.

L'article 149, alinéa 6 du Code des assurances sociales dispose que les rentes permanentes ne peuvent être modifiées que pendant les trois années qui suivent les décisions respectives de l'association qui les ont accordées ou la décision judiciaire définitive à moins d'une aggravation de l'incapacité de travail de dix pour cent au moins par rapport à la capacité antérieure à l'accident. La disposition légale vise deux hypothèses bien distinctes, à savoir une aggravation de l'incapacité de travail qui survient pendant une période de trois ans et une aggravation qui se produit au-delà de ce délai. Si le bien-fondé d'une demande en majoration d'une rente viagère en raison d'une aggravation s'estant produite plus de trois ans après une première décision administrative ou judiciaire est lié à la condition que l'aggravation invoquée dépasse de 10% le taux d'une première incapacité de travail, aucune condition n'est exigée si l'aggravation se situe dans le délai de trois ans prévu par la loi. Dans cette dernière hypothèse, toute aggravation quelque minime quelle soit est prise en considération.

Tel est le cas en l'espèce. B. a présenté sa demande en majoration le 9 avril 2001, soit 16 mois après la décision présidentielle non attaquée du 24 novembre 1999. L'intéressé est donc en droit de se prévaloir de l'aggravation de son incapacité de travail. L'expert a fixé la majoration proprement dite à 8%. Ses conclusions ne furent pas contestées par l'intimée. Il y a donc lieu de faire droit à la demande de l'appelant.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant contradictoirement, sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué et en continuation de l'arrêt du 6 janvier 2003,
dit l'appel fondé,

RÉFORMANT:

dit que B. a droit à une rente viagère de 16% à partir du 9 avril 2001,
retourne le dossier à l'Association d'assurance contre les accidents, section industrielle, pour faire le calcul de la rente revenant à l'appelant.

6

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

11 février 2004

Il est constant en cause que l'hernie discale était apparue subitement au temps et au lieu de travail lorsque l'assuré avait soulevé la tête de polissage pour la fixer sur la machine à polir le marbre. Comme la lésion est apparue soudainement et qu'elle peut être localisée dans le temps et dans l'espace, elle est à qualifier d'accident par opposition à la maladie qui est caractérisée par son caractère progressif (cf. Jurisclasseur sécurité sociale, fasc. 310, n°145 et 155 relatif à des entorses, luxations, hernies déchirures musculaires à la suite d'efforts dans le travail, même si ces efforts ne sont que l'exécution normale du travail). La victime bénéficie partant d'une présomption d'imputabilité qui la dispense de rapporter la preuve du lien de causalité entre la lésion et l'activité professionnelle. (...) A cet égard, il ne suffit pas à l'Association d'assurance contre les accidents d'établir que la lésion en cause s'explique du point de vue médical par un état pathologique antérieur dont souffrait la victime. En effet, pour qu'un accident ou une maladie soit prise en charge par l'assurance obligatoire contre les accidents, il faut que l'incident dommageable ait sa cause déterminante dans une occupation professionnelle assurée au Grand-Duché de Luxembourg. En l'espèce, la

cause première et immédiate de l'hernie discale subie par la victime réside dans le fait qu'elle avait soulevé une charge d'un certain poids, en l'occurrence d'une quarantaine de kg. En l'absence de cet effort de soulèvement, elle n'aurait pas subi d'hernie discale. Cette cause doit partant être considérée comme déterminante. La circonstance que l'hernie discale s'explique médicalement par quelque déficience préexistante de la colonne vertébrale de l'assuré reste sans incidence quant à la causalité telle que l'entend la loi. En effet, une relation causale déterminante au sens de la loi doit être admise entre la lésion et l'activité professionnelle même si le déclenchement de la lésion a été favorisée par quelque faiblesse constitutionnelle de l'assuré, à condition que l'état pathologique ne fût pas encore déclaré avec les symptômes caractéristiques avant l'activité professionnelle. Or, il n'est pas établi qu'une affection vertébrale ait été médicalement constatée sur l'assuré avant l'incident du 4 juillet 2002. Celui-ci avait jusqu'à la date de la survenance de l'hernie discale accompli son travail habituel sans que l'usure ou l'état pathologique de ses vertèbres l'en eût empêché. Il est de principe que le travailleur est protégé compte tenu de l'état de santé qui est le sien au moment de la survenue de la lésion. Des prédispositions innées ou acquises, qui ne se sont pas encore manifestées cliniquement sont comprises dans cette protection (cf. Jurisclasseur sécurité sociale, fasc. n°200-203; Ost-Mohr-Estelmann, Grundzüge des Sozialrechts, 2. Auflage, Verlag Vahlen 1998, S.189-191).

P.c/AI

No. du reg. : G 2003/0120 No.: 2004/0031

Arrêt

Il est constant en cause que l'hernie discale était apparue subitement au temps et au lieu de travail lorsque l'assuré avait soulevé la tête de polissage pour la fixer sur la machine à polir le marbre. Comme la lésion est apparue soudainement et qu'elle peut être localisée dans le temps et dans l'espace, elle est à qualifier d'accident par opposition à la maladie qui est caractérisée par son caractère progressif (cf. Jurisclasseur sécurité sociale, fasc. 310, n° 145 et 155 relatif à des entorses, luxations, hernies, déchirures musculaires à la suite d'efforts dans le travail, même si ces efforts ne sont que l'exécution normale du travail).

La victime bénéficie partant d'une présomption d'imputabilité qui la dispense de rapporter la preuve du lien de causalité entre la lésion et l'activité professionnelle. Il appartient dès lors à l'Association d'assurance contre les accidents de rapporter la preuve contraire en démontrant par exemple que la lésion constatée au temps et au lieu de travail a été causée par un accident de droit commun, ou est due de façon déterminante à une affection antérieure.

A cet égard, il ne suffit pas à l'Association d'assurance contre les accidents d'établir que la lésion en cause s'explique du point de vue médical par un état pathologique antérieur dont souffrait la victime. En effet, pour qu'un accident ou une maladie soit prise en charge par l'assurance obligatoire contre les accidents, il faut que l'incident dommageable ait sa cause déterminante dans une occupation professionnelle assurée au Grand-Duché de Luxembourg. En l'espèce, la cause première et immédiate de l'hernie discale subie par la victime réside dans le fait qu'elle avait soulevé une charge d'un certain poids, en l'occurrence d'une quarantaine de kg. En l'absence de cet effort de soulèvement, elle n'aurait pas subi d'hernie discale. Cette cause doit partant être considérée comme déterminante. La circonstance que l'hernie discale s'explique médicalement par quelque déficience préexistante de la colonne vertébrale de l'assuré reste sans incidence quant à la causalité telle que l'entend la loi. En effet, une relation causale déterminante au sens de la loi doit être admise entre la lésion et l'activité professionnelle même si le déclenchement de la lésion a été favorisé par quelque faiblesse constitutionnelle de l'assuré, à condition que l'état pathologique ne se fût pas encore déclaré avec ses symptômes caractéristiques avant l'activité professionnelle. Or il n'est pas établi qu'une affection vertébrale ait été médicalement constatée sur l'assuré avant l'incident du 4 juillet 2002. Celui-ci avait jusqu'à la date de la survenance de l'hernie discale accompli son travail habituel sans que l'usure ou l'état pathologique de ses vertèbres l'en eût empêché.

Il est de principe que le travailleur est protégé compte tenu de l'état de santé qui est le sien au moment de la survenue de la lésion. Des prédispositions innées ou acquises, qui ne se sont pas encore manifestées cliniquement sont comprises dans cette protection (cf. Jurisclasseur sécurité sociale, fasc. no200-203; Ost-Mohr-Estelmann, Gründzüge des Sozialrechts, 2. Auflage, Verlag Vahlen 1998, S. 189-191).

L'appel est par conséquent à déclarer bien fondé.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant contradictoirement, sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué,
déclare l'appel recevable,
le dit fondé,

RÉFORMANT:

dit que l'accident du travail subi par Valdemar P. en date du 4 juillet 2002 doit être pris en charge par l'Association d'assurance contre les accidents, section industrielle, conformément aux articles 97 et suivants du code des assurances sociales,

renvoie la cause à la commission des rentes pour fixation des prestations.

7**CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES****12 mai 2004**

Aux termes de l'article 98 alinéa 1 du code des assurances sociales la rente est calculée sur base du revenu professionnel de l'assuré mis en compte comme assiette cotisable et complété, le cas échéant, par l'indemnité pécuniaire de maladie ou celle visée à l'alinéa 2 de l'article 97. Sont pris en considération le revenu professionnel et l'indemnité pécuniaire des douze mois de calendrier précédent celui de la survenance de l'accident.

Comme l'accident dont a été victime K. est survenu le 23 novembre 1998 la période de référence à prendre en considération pour le calcul de la rente s'étend, conformément à l'article 98 alinéa 1 du code des assurances sociales, de novembre 1997 à octobre 1998.

L'indemnité de congé payé se rapportant à l'exercice 1998 a été enregistrée ultérieurement de sorte que c'est à bon droit que cette indemnité n'a pas été prise en considération pour le calcul de la rente.

AAI c/ K.

No. du reg. : G 2003/0177 No. 2004/0084

Arrêt

Par décision du 25 janvier 2002 la commission des rentes de l'Association d'assurance contre les accidents, section industrielle, a réformé partiellement une décision présidentielle du 31 mai 2000 portant calcul et fixation du montant de la rente viagère de 20 % accordée à K. en indemnisation des suites d'un accident du travail dont il fut victime le 23 novembre 1998, laquelle rente fut déterminée sur base d'un salaire de base redressé de 22.690,21 euros.

Statuant sur le recours formé par K. contre cette décision le Conseil arbitral des assurances sociales a, par jugement du 10 novembre 2003, déclaré ledit recours non fondé et a confirmé la décision entreprise.

Pour statuer comme ils l'ont fait les juges de première instance ont dit que le requérant n'était pas en mesure de faire valoir un revenu professionnel effectivement touché plus élevé à prendre en compte que celui arrêté par l'Association d'assurance contre les accidents et qui doit se situer dans la période de référence prévue par l'article 98 du code des assurances sociales et qu'il n'était dès lors pas en mesure de faire valoir un argument valable justifiant la rectification de la base de calcul de la rente.

K. a régulièrement relevé appel de ce jugement par requête déposée le 3 décembre 2003.

Il reproche aux juges de première instance de ne pas avoir fait figurer dans le salaire de base servant au calcul de la rente viagère les indemnités de congé payé se rapportant à l'année 1998 et d'avoir décalé la date de son accident du 23 novembre 1998 au 1er novembre 1998 puis au 1er novembre 1997, estimant que la façon de procéder de l'Association d'assurance contre les accidents irait à l'encontre du principe d'égalité de traitement inscrit à l'article 3 du règlement CEE 1408/71 et argumentant qu'il faudrait prendre en considération pour le calcul de la rente les rémunérations touchées pendant les 12 mois précédent le jour de la survenance de l'accident, soit les rémunérations touchées du 23 novembre 1997 au 23 novembre 1998, et non celles se rapportant à la période allant de novembre 1997 à octobre 1998.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement entrepris.

Aux termes de l'article 98, alinéa 1 du code des assurances sociales la rente est calculée sur base du revenu professionnel de l'assuré mis en compte comme assiette cotisable et complété, le cas échéant, par l'indemnité pécuniaire de maladie ou celle visée à l'alinéa 2 de l'article 97.

Sont pris en considération le revenu professionnel et l'indemnité pécuniaire des douze mois de calendrier précédent celui de la survenance de l'accident.

Comme l'accident dont a été victime K. est survenu le 23 novembre 1998 la période de référence à prendre en considération pour le calcul de la rente s'étend, conformément à l'article 98, alinéa 1 du code des assurances sociales, de novembre 1997 à octobre 1998.

L'indemnité de congé payé se rapportant à l'exercice 1998 a été enregistrée ultérieurement de sorte que c'est à bon droit que cette indemnité n'a pas été prise en considération pour le calcul de la rente.

Il s'ensuit que l'appel de K. qui est resté en défaut de préciser en quoi le fait de prendre en considération comme période de référence les 12 mois précédant celui de la survenance de l'accident irait à l'encontre du principe de l'égalité de traitement inscrit à l'article 3 du règlement CEE 1408/71 est à déclarer non fondé.

PAR CES MOTIFS,

Le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué et
contradictoirement entre parties,
reçoit l'appel en la forme,
le dit non fondé,
partant confirme le jugement entrepris.

8

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

31 mars 2004

L'expert n'exclut pas un lien de causalité entre l'aggravation et l'apparition d'une rhizarthroze invalidante du pouce droit et le métier de coiffeuse, mais met clairement en exergue que la rhizarthroze en tant que telle ne trouve pas son origine dans son occupation professionnelle. Les constatations médicales sont au demeurant confirmées par les gestes requis pour l'exercice du métier de coiffeuse qui sont certes de nature à aggraver une rhizarthroze née et de la rendre invalidante, mais ne sont pas à leur origine.

AAI c/ N.

No. du reg. : G 2003/0012 No. 2004/0057

Arrêt

L'article 1er de l'arrêté grand-ducal du 30 juillet 1928 tel qu'il a été modifié le 27 mars 1986, soumet l'extension de l'assurance obligatoire contre les accidents aux maladies professionnelles à la condition que la maladie ait sa cause déterminante dans une occupation professionnelle assurée au Grand-Duché de Luxembourg et qu'elle figure au tableau formant annexe. L'article 94 du code des assurances sociales permet l'admission de maladies non désignées dans le tableau sous condition que la preuve d'une origine professionnelle soit établie.

Dans son rapport déposé le 26 novembre 2003, l'expert, après avoir retenu que la rhizarthroze du pouce ne figure pas sur la liste des maladies professionnelles, relève que les étiologies de la maladie sont plurifactorielles et que dans la grande majorité des cas l'étiologie est endogène et souvent bilatérale et survient chez les femmes après la ménopause.

N. présente surtout des problèmes au pouce droit, mais se plaint également de douleurs débutantes du pouce gauche.

Selon l'expert une rhizarthrose unilatérale peut être due à un surmenage de l'articulation trapézo-métacarpienne.

L'assurée sociale assurerait des gestes parfois répétitifs pendant un court laps de temps, mais non stéréotypés et encore seulement avec la main droite. L'expert déduit du fait que l'assurée sociale est en ménopause depuis 1995 et que sa rhizarthrose est bilatérale que des facteurs endogènes sont très probablement la cause déterminante de l'apparition de sa maladie.

L'expert n'exclut pas un lien de causalité entre l'aggravation et l'apparition d'une rhizarthrose invalidante du pouce droit et le métier de coiffeuse, mais met clairement en exergue que la rhizarthrose en tant que telle ne trouve pas son origine dans son occupation professionnelle. Les constatations médicales sont au demeurant confirmées par les gestes requis pour l'exercice du métier de coiffeuse qui sont certes de nature à aggraver une rhizarthrose née et de la rendre invalidante, mais ne sont pas à leur origine.

L'expert ayant, par son expertise, répondu à suffisance de droit à la mission lui confiée et mis le Conseil supérieur des assurances sociales en mesure de toiser le litige, il n'y a pas lieu à complément d'expertise.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,

statuant sur le rapport oral de son président et contradictoirement entre parties,

déclare irrecevable la demande en institution d'une expertise complémentaire,

dit l'appel fondé,

RÉFORMANT:

dit la demande de N. en reconnaissance de maladie professionnelle non fondée.

9**CONSEIL ARBITRAL DES ASSURANCES SOCIALES**

28 janvier 2004

Attendu qu'il y a lieu de noter que le motif invoqué à titre principal (caractère non réversible de la rente laquelle ne se transmet pas à la veuve bénéficiaire) par la partie défenderesse afin de justifier le refus de l'octroi de la rente d'ascendant à la requérante, conjoint survivant du bénéficiaire de la rente et mère de l'assuré, est à déclarer non pertinent et non fondé (.)

Attendu que selon l'article 103 précité il appartient au sous-comité des rentes de proportionner le montant de la rente d'ascendant au dommage subi et de limiter le paiement de la rente, le cas échéant, dans le temps et qu'il résulte des travaux parlementaires de la loi du 30 juin 1966 que les prestations à allouer par l'Association d'assurance contre les accidents ne concernent que la réparation du dommage matériel subi par l'ascendant du fait de la disparition du secours matériel apporté par l'assuré défunt à ou aux ascendant(s);

(...) qu'il y a par ailleurs lieu de relever que selon la jurisprudence constante des juridictions sociales la décision de faire cesser le service d'une prestation reconnue en son principe doit se baser sur de justes motifs, notamment - en raison de son caractère alimentaire - sur une modification dans le sens de l'amélioration appréciable de la situation économique du bénéficiaire de la rente, depuis l'époque de l'attribution;

V., VEUVE A.c/AAI

No. du reg. : G 169/02

Arrêt

Attendu que la requérante fait grief à une décision de la commission des rentes du 1er mars 2002 portant suppression de la rente d'ascendant allouée à A., décédé le 25 décembre 1999, du chef de l'accident de travail du 28 décembre 1973 de son fils feu F. A., aux motifs, d'une part, que la rente d'ascendant, destinée dans un premier temps, au père de l'assuré en nom personnel, n'étant pas réversible, ne se transmet pas à la veuve bénéficiaire nullement mentionnée dans une décision quelconque du dossier, et, d'autre part, que vu l'importance des fonds versés depuis 1974, il y a lieu de considérer le dommage matériel subi par les descendants comme étant largement réparé et qu'il y a présence d'une amélioration appréciable de la situation économique justifiant une suppression de la prestation ;

Attendu qu'il résulte des pièces versées et des renseignements fournis en cause que suivant communication du 7 juin 1978, confirmée par décision de la commission des rentes du 22 mars 1982, il a été alloué à A., père de l'assuré, une rente d'ascendant de 30% pour la période du 1er janvier 1974 au 31 janvier 1979, que par jugement du Conseil arbitral des assurances sociales du 13 mars 1984, non appelé, le père a été maintenu au bénéfice de la rente d'ascendant au-delà du 1er février 1979, que le montant de la rente d'ascendant versée en dernier lieu (décembre 1999) s'élevait à 32.615.- francs luxembourgeois ou 808,50 Euros et qu'en date du 25 décembre 1999 le père de l'assuré est décédé ce qui amena l'Association d'assurance contre les accidents à faire cesser le paiement de la rente d'ascendant au 1er janvier 2000 ;

Attendu que l'article 103 du code des assurances sociales dispose ce qui suit: " Si le défunt laisse des descendants, ceux-ci bénéficieront ensemble d'une rente annuelle de 32,1 pour cent de la rémunération déterminée par les articles 98 et 99, à condition que le défunt ait fait partie du ménage de ses descendants ou qu'il ait pourvu d'une façon appréciable à leur entretien.

Toutefois il appartiendra au sous-comité des rentes de proportionner le montant de la rente d'ascendant au dommage subi et de limiter le paiement de la rente, le cas échéant, dans le temps. Sera assimilé aux descendants aux fins de la présente disposition le second conjoint du père ou de la mère à condition qu'il ait fourni des secours et donné des soins non interrompus à l'assuré pendant six ans au moins dans sa minorité .." alinéa 1) ;

Attendu qu'il y a lieu de noter que le motif invoqué à titre principal par la partie défenderesse afin de justifier le refus de l'octroi de la rente d'ascendant à la requérante, conjoint survivant du bénéficiaire de la rente et mère de l'assuré, est à déclarer non pertinent et non fondé, étant donné que le texte légal applicable stipule lui-même l'allocation de la rente d'ascendants ...

"aux descendants..., bénéficieront ensemble d'une rente annuelle. .." et que la requérante, en tant que conjoint survivant du bénéficiaire de la rente et mère de l'assuré défunt, partant de titulaire potentiel de la rente d'ascendant aux termes de l'article 103 du code des assurances sociales, doit bénéficier des mêmes droits que ceux reconnus, arbitrairement, au père de l'assuré défunt, sous peine de porter atteinte au principe de l'égalité de traitement, principe fondamental en droit européen et communautaire, prévu et affirmé notamment par l'article 14 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des Libertés fondamentales, telle qu'amendée par le Protocole n° 11, et par les articles 20 à 23 de la Charte Européenne des Droits fondamentaux ;

Attendu cependant que l'Association d'assurance contre les accidents invoque en ordre subsidiaire comme motif justifiant la non-allocation de la rente d'ascendant à la requérante la réparation intégrale du dommage matériel subi par les descendants du fait du décès de l'assuré, au vu de l'importance des fonds versés depuis 1974, et la présence d'une amélioration appréciable de la situation économique justifiant la suppression de la prestation ;

Attendu que selon l'article 103 précité il appartient au sous-comité des rentes de proportionner le montant de la rente d'ascendant au dommage subi et de limiter le paiement de la rente, le cas échéant, dans le temps et qu'il résulte des travaux parlementaires de la loi du 30 juin 1966 que les prestations à allouer par l'Association d'assurance contre les accidents ne concernent que la réparation du dommage matériel subi par l'ascendant du fait de la disparition du secours matériel apporté par l'assuré défunt à ou aux descendant(s) ;

qu'il résulte en l'espèce de l'ensemble des pièces versées en cause qu'au vu de l'importance des fonds versés (6.192.147.- francs luxembourgeois sur vingt-cinq ans) il y a lieu de retenir que le dommage matériel éprouvé par les descendants a été largement sinon intégralement réparé ;

qu'il y a par ailleurs lieu de relever que selon la jurisprudence constante des juridictions sociales la décision de faire cesser le service d'une prestation reconnue en son principe doit se baser sur de justes motifs, notamment -en raison de son caractère alimentaire -sur une modification dans le sens de l'amélioration appréciable de la situation économique du bénéficiaire de la rente, depuis l'époque de l'attribution ;

Attendu qu'il résulte en l'espèce des pièces versées et des renseignements fournis en cause que la requérante, propriétaire d'une petite maison et d'une terre agricole, exempte de dettes, perçoit des organismes de sécurité sociale italiens une pension personnelle et une pension de veuve d'un montant global de 29.383.- francs luxembourgeois, soit 728,39 Euros, et que, suivant ses propres déclarations à l'Association d'assurance contre les accidents, elle a des besoins financiers mensuels de l'ordre de 25.684.- francs luxembourgeois soit 636,69 Euros, de sorte qu'il y a lieu de conclure que, ses revenus dépassant ses besoins financiers mensuels, l'amélioration appréciable avérée de la situation économique de la requérante justifie une suppression de la prestation, ce d'autant plus que la requérante peut bénéficier du soutien matériel et financier de ses trois filles majeures, légalement tenues à subvenir à l'entretien de leur mère en cas de besoin de celle-ci ;

Attendu qu'il échet d'ajouter pour être complet que l'article 103, alinéa 4, dispose qu' " en cas de cumul d'une rente d'ascendants ou d'une rente visée à l'alinéa 2 qui précède, avec d'autres rentes, il ne sera dû que le montant qui

dépasse le total des autres rentes " et qu'en l'espèce, le montant devant être versé par impossible par l'Association d'assurance contre les accidents, section industrielle, étant inférieur aux prestations fournies par les organismes de sécurité sociale italiens tomberait sous la disposition anti-cumul précitée, de sorte que la requérante ne saurait en toute hypothèse pouvoir prétendre à l'allocation d'une rente d'ascendant ;

Attendu qu'il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que la recours de V., veuve A., est à déclarer non fondé et que la décision entreprise est à confirmer ;

PAR CES MOTIFS,

le Conseil arbitral des assurances sociales, statuant contradictoirement et en premier ressort ;

reçoit le recours en la forme ;

le dit non fondé et confirme la décision entreprise.

10

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

12 novembre 2003

Par jugement du 18.10.2002, le CAAS déclare le recours non fondé en entérinant les conclusions de l'expert médical Dr. Huberty et en disant que Mme E. n'est pas invalide au sens de la loi. En effet, l'expert judiciaire ne certifie à l'appelante aucune incapacité générale de travail mais seulement une limitation de sa capacité de travail dans la mesure où elle ne peut pas s'adonner à des travaux lui imposant une position debout et de longues marches à pied.

Par requête déposée le 05.12.2002 au CSAS, S. E. interjette appel contre ce jugement en faisant valoir qu'elle n'exerce plus son activité et qu'elle ne peut assumer une position assise que très brièvement sans éprouver de douleur.

A l'appui de son recours, elle verse en cause un rapport du Dr. K. du 05.03.2003 qui conclut qu'une intervention chirurgicale devrait nettement soulager les douleurs et qu'une mise en régime d'invalidité temporaire devrait être acceptée jusqu'à consolidation des suites post-opératoires.

Si ce nouveau rapport fait état d'une aggravation de l'état de santé, aggravation qui peut justifier une nouvelle demande de pension d'invalidité, il ne peut pas provoquer la réformation de la décision de rejet du 20.12.2001, l'état de l'assurée devant être apprécié à cette date.

Le CSAS confirme le jugement du CAAS du 18.10.2002.

E. c/ CPEP

No. du reg.: E 2002/0176 No.: 2003/0186

Arrêt

Par jugement avant dire droit du 8 mars 2002 le Conseil arbitral des assurances sociales nomme expert le docteur Robert Huberty avec la mission de se prononcer sur les maladies, infirmité et usures constatées, d'évaluer le taux d'IPP, de dire si la requérante a subi une perte de sa capacité de travail telle qu'elle est empêchée d'exercer la profession exercée en dernier lieu ou d'exercer une autre occupation correspondant à ses forces et aptitudes et, dans l'affirmative, de déterminer la date de l'invalidité et de se prononcer sur son caractère permanent ou temporaire.

Par jugement du 18 octobre 2002 le Conseil arbitral des assurances sociales déclare le recours non fondé en entérinant les conclusions de l'expert Hubert y et en disant que E. n'est pas invalide au sens de la loi.

Le rapport d'expertise du 13 juin 2002 retient que l'assurée est handicapée dans son travail lorsqu'elle doit se mettre debout et marcher, mais que son travail peut être adapté de manière à la dispenser de porter le courrier à la poste.

Par requête déposée le 5 décembre 2002 E. interjette appel contre ce jugement en faisant valoir qu'elle n'exerce plus son activité et qu'elle ne peut assumer une position assise que très brièvement sans éprouver de douleur vu que la flexion de l'articulation de la hanche est très réduite.

A l'appui de son recours l'appelante verse en cause un rapport du docteur Marc K. du 5 mars 2003 retenant que la position assise sur une chaise est impossible en position correcte suite à l'impossibilité de flexion à 90 degrés de la hanche droite. Le médecin conclut qu'une intervention chirurgicale devrait nettement soulager les douleurs de E. et qu'une mise en régime d'invalidité temporaire devrait être acceptée jusqu'à une consolidation des suites post-opératoires.

L'article 187 du code des assurances sociales est à interpréter en ce sens qu'est invalide l'assuré incapable d'exercer son ancienne profession ainsi que toute autre occupation correspondant à ses possibilités physiques et intellectuelles.

L'expert judiciaire ne certifie à l'appelante aucune incapacité générale de travail mais seulement une limitation de sa capacité de travail dans la mesure où elle ne peut pas s'adonner à des travaux lui imposant une position debout et de longues marches à pied.

Le nouveau certificat versé en cause du docteur K. daté du 5 mars 2003 fait état d'une aggravation de l'état de santé de l'assurée, aggravation qui peut justifier une demande nouvelle en obtention d'une pension d'invalidité, mais qui ne peut pas aboutir à la réformation de la décision de rejet du 20 décembre 2001 par le comité-directeur de la Caisse de pension des employés privés, l'état de l'assurée devant être apprécié à cette date.

En considération des développements qui précèdent il y a lieu de dire que l'appel est non fondé.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué et
contradictoirement entre parties,
déclare l'appel de E. recevable,
le déclare non fondé,
partant confirme le jugement du Conseil arbitral des assurances sociales du
18 octobre 2002.

11

CONSEIL ARBITRAL DES ASSURANCES SOCIALES

20 octobre 2003

La décision de rejet est à confirmer au motif que les conditions d'ordre médical, au sens de l'article 187 du CAS, auxquelles est subordonnée l'attribution de la pension d'invalidité ne sont pas remplies dans le chef de la requérante à la date de la présentation de la demande en obtention de la pension d'invalidité respectivement à la date de la décision de rejet entreprise. C'est en effet au jour de la demande et au plus tard au jour où le comité-directeur statue sur la demande que les conditions auxquelles la loi subordonne l'allocation de la pension d'invalidité doivent être réunies.

En présence des conclusions claires et précises de l'expert médical, il n'est pas nécessaire de faire droit à la demande en institution d'une nouvelle expertise médicale.

Comme la requérante a subi une intervention chirurgicale récente, il lui est loisible de présenter une nouvelle demande de pension en application de l'article 279 du CAS.

Le recours est non fondé.

W., ép. V. c/ CPEP

Reg. No E 18/02

voir aussi CSAS-20040317

Arrêt

Attendu que la requérante W. épouse V. fait grief à une décision du comité-directeur de la Caisse de pension des employés privés du 20 juin 2002 d'avoir, par confirmation de la décision présidentielle du 19 avril 2002, rejeté sa demande présentée le 13 mars 2002 en obtention de la pension d'invalidité ;

Attendu que la requérante a été déclarée incapable de travailler à partir du 21 septembre 2001 et qu'elle a bénéficié des indemnités pécuniaires de maladie pour la période limitée du 1er janvier 2002 jusqu'au 3 mars 2002 conformément à la décision du 11 avril 2002 du comité-directeur de la Caisse de maladie des employés privés à l'encontre de la laquelle décision l'assurée a présenté également un recours enregistré sous le numéro CMEP 49/02 ;

Attendu qu'aux termes de l'article 187 du Code des assurances sociales "est considéré comme atteint d'invalidité l'assuré qui, par suite de maladie prolongée, d'infirmité ou d'usure a subi une perte de sa capacité de travail telle qu'il est empêché d'exercer la profession qu'il a exercée en dernier lieu ou une autre occupation correspondant à ses forces et aptitudes" ;

Attendu que l'article 190, alinéa 4 du Code des assurances sociales dispose que, lorsque l'invalidité ne revêt qu'un caractère temporaire, la pension prend cours à l'expiration du droit à l'indemnité pécuniaire de maladie et qu'en l'occurrence l'expiration du droit théorique à l'indemnité pécuniaire de maladie se situe dans le cas présent à la date du 15 septembre 2002 ;

Attendu que la requérante conclut à l'octroi de la pension d'invalidité au motif qu'elle serait dans l'impossibilité de reprendre le travail ;

Attendu que le docteur Pit Büchler, nommé expert en cause par jugement avant dire droit du 21 octobre 2002 est dans son rapport circonstancié et motivé du 13 février 2003 arrivé à la conclusion qu'à la date du 4 mars 2002 respectivement du 15 septembre 2002 l'intéressée était capable d'exercer la profession d'employée de bureau exercée en dernier lieu ou une autre occupation professionnelle correspondant à ses forces et aptitudes ;

Attendu qu'en présence des conclusions claires et précises de son expert le Conseil arbitral estime qu'il n'est pas nécessaire de faire droit à la demande tendant à l'institution d'une nouvelle expertise, telle que formulée en ordre subsidiaire par l'avocat de la requérante, de sorte que le recours est à rejeter comme non fondé et la décision de rejet est à confirmer au motif que les conditions d'ordre médical, au sens de l'article 187 du Code, auxquelles est subordonnée l'attribution de la pension d'invalidité ne sont pas remplies dans le chef de la requérante à la date de la présentation de la demande en

obtention de la prestation d'invalidité respectivement à la date de la décision de rejet entreprise ;

Attendu qu'il résulte des pièces d'ordre médical versées par la partie demanderesse que la requérante a subi une intervention chirurgicale au service de neurochirurgie du CHL en date du 3 avril 2003, de sorte qu'il y a lieu de retenir qu'il est loisible à la requérante de présenter une nouvelle demande tendant à voir constater que les conditions de l'attribution de la prestation sont remplies conformément aux dispositions des articles 187, 190 et 279 du Code des assurances sociales en considérant ce nouveau fait médical pouvant constituer un changement fondamental des circonstances;

que c'est en effet au jour de la demande et au plus tard au jour où le comité-directeur statue sur la demande que les conditions auxquelles la loi subordonne l'allocation de la pension d'invalidité doivent être réunies;

que décider le contraire et dire que la juridiction sociale doit prendre en considération l'état de l'assurée au jour où il statue de sorte que celle-ci serait dispensée d'introduire une demande nouvelle, aboutirait à priver les organes appelés à statuer sur une demande en allocation d'une pension d'invalidité des prérogatives qui leur sont reconnues par la loi (cf. : arrêt du Conseil supérieur des assurances sociales du 10 juillet 2002, affaire Hurt c/EVI) ;

PAR CES MOTIFS,

le Conseil arbitral, statuant contradictoirement et en premier ressort, rejette la demande en institution d'une nouvelle expertise médicale ; déclare le recours non fondé et confirme la décision entreprise.

12

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

17 mars 2004

Comme l'appelante n'apporte aucun certificat ou avis médical selon lesquels il y aurait lieu de remettre en cause les constatations et conclusions de l'expert nommé par le Conseil arbitral, c'est à bon droit que les juges de première instance ont entériné ces conclusions et qu'ils ont rejeté la demande en obtention d'une pension d'invalidité.

C'est encore à bon droit et pour des motifs que le Conseil supérieur fait siens que le Conseil arbitral a décidé que les conditions légales d'attribution de la pension d'invalidité doivent être remplies au jour de la demande et au plus tard au jour où le comité-directeur statue sur la demande, de sorte que la requérante devrait déposer une nouvelle demande auprès des organes

compétents aux fins de. voir statuer sur une éventuelle. invalidité après son intervention chirurgicale récente subie le 3 avril 2003.

W., ÉPOUSE V. c/CPEP

No. du reg. : E2003/0178 No.: 2004/0049

Arrêt

Par décision présidentielle du 19 avril 2002, la CPEP a rejeté la demande en obtention d'une pension d'invalidité de W. au motif que, suivant avis du Contrôle médical de la sécurité sociale, elle n'était pas à considérer comme invalide au sens de l'article 187 du code des assurances sociales.

Par décision du 20 juin 2002, le comité-directeur de la CPEP a confirmé cette décision.

Statuant sur le recours introduit le 9 juillet 2002 par la requérante contre l'a décision précitée, le Conseil arbitral des assurances sociales a nommé, par un premier jugement du 21 octobre 2002, le docteur Pit BÜCHLER afin qu'il "examine la requérante, se prononce dans un rapport détaillé sur les maladies et infirmités constatées, sur le caractère permanent ou transitoire de l'invalidité éventuellement constatée et plus spécialement sur la question de savoir si à la date du 4 mars 2002, respectivement du 15 septembre 2002, l'intéressée était capable d'exercer la profession d'employée de bureau ou une autre occupation professionnelle correspondant à ses forces et aptitudes et sur la question de savoir, en cas de constatation d'une invalidité permanente, à partir de quelle date se situe l'échéance du risque".

Dans son rapport du 13 février 2003, l'expert a retenu, en tenant compte des antécédents médicaux et chirurgicaux de la patiente,

qu'A.W. se trouvait dans un état objectif de santé physique tout à fait convenable et correspondant à son âge biologique et que son état de santé ne justifiait pas sa mise en invalidité. Dans la mesure où l'état de santé de Albertine WEL TER a été, selon ses propres dires, pire à la date de l'examen par l'expert par rapport à 2002, l'expert en a conclu qu'elle était capable d'exercer sa profession d'employée de bureau ou toute autre occupation professionnelle correspondant à ses forces et aptitudes aux dates des 4 mars 2002 respectivement 15 septembre 2002. .

Dès lors qu'A. W.n'apporte aucun certificat ou avis médical selon lesquels il y aurait lieu de remettre en cause les constatations et conclusions de l'expert commis par le Conseil arbitral, c'est à bon droit que les juges de première instance ont entériné ces conclusions et qu'ils ont rejeté la demande en obtention d'une pension d'invalidité de W. pour les 4 mars 2002 et 15 septembre 2002.

C'est encore à bon droit et pour des motifs que le Conseil supérieur fait siens que le Conseil arbitral a décidé que les conditions légales d'attribution de la

pension d'invalidité doivent être remplies au jour de la demande et au plus tard au jour où le comité-directeur statue sur la demande, de sorte que la requérante devrait déposer une nouvelle demande auprès des organes compétents aux fins de voir statuer sur une éventuelle invalidité après son intervention chirurgicale subie le 3 avril 2003.

Il s'ensuit que l'appel n'est pas fondé et il y a lieu de confirmer le jugement entrepris.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué et
contradictoirement entre
parties,
reçoit l'appel,
le dit non fondé,
confirme le jugement du 20 octobre 2003.

13

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

30 juin 2004

Conformément aux dispositions de l'article 44 du règlement (CEE) no 574/72 du Conseil du 21 mars 1972, l'institution d'instruction est seule habilitée à prendre la décision visée à l'article 40 paragraphe 4 du règlement (CEE) no 1408/71 du 14 juin 1971 au sujet de l'état d'invalidité du requérant.

Or, dans le cas présent, l'institution d'instruction est bien l'EAVI et non la Caisse primaire d'assurance maladie de Thionville.

Il résulte des conclusions de l'expertise médicale du Dr. E. QUIRING que l'état du requérant ne lui permet pas la reprise de son activité professionnelle exercée en dernier lieu, mais qu'il est apte à exercer une autre occupation correspondant à ses forces et aptitudes.

Il s'ensuit qu'au sens de l'article 187 du CAS, M. A. n'est pas à considérer comme invalide et le jugement du CAAS est partant à confirmer.

Le requérant ne s'étant pas présenté à l'audience, le présent arrêt est réputé contradictoire en application de l'article 75 du NCPC.

A. c/EAVI

No. du reg.: I 2004/0026 No.: 2004/0121

Arrêt

Aux termes de l'article 40 paragraphe 4 du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la communauté, la décision prise par l'institution d'un Etat membre au sujet de l'état d'invalidité du requérant s'impose à l'institution de tout autre Etat membre concerné, à condition que la concordance des conditions relatives à l'état d'invalidité entre les législations de ces Etats soit reconnue.

L'article 44 du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la communauté dispose que l'institution d'instruction est seule habilitée à prendre la décision visée à l'article 40 paragraphe 4 du règlement (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971 au sujet de l'état d'invalidité du requérant.

Il résulte du dossier soumis au Conseil supérieur des assurances sociales que l'institution d'instruction était l'Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité luxembourgeois et non pas la Caisse primaire d'assurance maladie de Thionville de sorte que l'article 40 paragraphe 4 du règlement (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971 n'est pas appelé à jouer en l'espèce et que par voie de conséquence la décision prise par la caisse de maladie française au sujet de l'état d'invalidité du requérant ne s'impose pas à l'organisme luxembourgeois compétent.

Si Mohammed A. a ultérieurement saisi la caisse de maladie française compétente d'une demande de reclassement, la décision de rejet prise par la caisse de maladie en question ne lie pas pour autant l'organisme luxembourgeois compétent dès lors que la caisse de maladie française ne lui a jamais fait parvenir un formulaire E 204 relatif à l'instruction d'une demande de pension d'invalidité et qu'en plus l'article 40 paragraphe 4 du règlement (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la communauté doit être interprété en ce sens que par décision au sujet de l'état d'invalidité il faut entendre uniquement la décision reconnaissant l'état d'invalidité à l'exclusion d'une décision telle que celle prise en l'espèce par la caisse de maladie française qui dénie à l'assuré un état d'invalidité de la catégorie II.

Il résulte des conclusions de l'expert Emile QUIRING que l'état de Mohammed A. ne lui permet certes pas la reprise de son activité

professionnelle, exercée en dernier lieu, mais qu'il est apte à exercer une autre occupation correspondant à ses forces et aptitudes.

C'est partant à bon droit et par des motifs que le Conseil supérieur des assurances sociales adopte que les juges de première instance ont dit que les conditions d'application de l'article 187 du code des assurances sociales ne se trouvent pas remplies en l'espèce et qu'ils ont en conséquence déclaré le recours de Mohammed A. non fondé.

Le jugement entrepris est partant à confirmer.

En application de l'article 75 NCPC, le présent arrêt est réputé contradictoire.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué et
contradictoirement entre parties,
reçoit l'appel en la forme,
le dit non fondé,
partant confirme le jugement entrepris.

14

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

16 juillet 2004

Antécédents:

- *L'expert médical nommé par le CAAS en date du 08.10.2001 a déclaré très tardivement , à savoir le 17.07.2002, que M. B. était en traitement chez lui depuis novembre 2001 et qu'il lui était dès lors impossible d'effectuer l'expertise médicale demandée.*
- *Par jugement du 13.02.2004, le CAAS, statuant sur le recours exercé par M. B., a déclaré le recours non fondé et a rejeté la demande en institution d'une expertise médicale en motivant qu'entre le moment de la prise de décision définitive par l'EAVI (séance de la sous-commission des pensions du 16.07.2001) et la date d'audience, il y a eu une opération de sorte qu'il ne serait plus possible de contrôler l'état de santé du requérant au moment de la décision attaquée.*

Le CSAS est d'avis que le requérant n'a pas à souffrir de l'inertie de l'expert qui aurait dû informer le CAAS dès novembre 2001 de l'impossibilité dans laquelle il se trouvait d'effectuer l'expertise lui confiée.

S'il est vrai que le requérant a entre-temps subi une opération, rien n'empêche cependant l'expert de se prononcer sur base des pièces du dossier médical sur la question de savoir si Alfred B. était avant l'opération à considérer comme invalide au sens de la loi.

Il échet partant de faire droit, par réformation du jugement entrepris, à la demande en institution d'une expertise, le Conseil supérieur des assurances sociales ne disposant pas des éléments d'appréciation nécessaires pour se prononcer d'ores et déjà sur le bien-fondé de la demande de Alfred B. tendant à l'obtention d'une pension d'invalidité.

Le CSAS reçoit l'appel en la forme et avant tout autre progrès en cause il nomme un autre expert médical.

B. ALFRED C/EAVI

No. du reg.: I 2004/0033 No.: 2004/0129

Arrêt

Il est constant en cause que le docteur Robert POEKER, médecin-spécialiste en orthopédie, avait été nommé expert en première instance par ordonnance du 8 octobre 2001 avec la mission de se prononcer sur les maladies, infirmités et usures constatées et d'évaluer le taux d'IPP, de dire si Alfred B. a subi une perte de sa capacité de travail telle qu'il est empêché d'exercer la profession exercée en dernier lieu ou d'exercer une autre occupation correspondant à ses forces et aptitudes et, dans l'affirmative, de fixer le début de l'invalidité et de se prononcer sur son caractère temporaire ou permanent.

Par courrier du 17 juillet 2002 l'expert informa le Conseil arbitral des assurances sociales que Alfred B. était en traitement chez lui depuis le mois de novembre 2001 et qu'il lui était dès lors impossible d'effectuer l'expertise médicale sollicitée.

Le Conseil supérieur des assurances sociales estime que le requérant n'a pas à pâtir de l'inertie de l'expert qui aurait dû informer le Conseil arbitral des assurances sociales dès le mois de novembre 2001 de l'impossibilité dans laquelle il se trouvait d'effectuer l'expertise lui confiée.

S'il est vrai que le requérant a entre-temps subi une opération, rien n'empêche cependant l'expert de se prononcer sur base des pièces du dossier médical sur la question de savoir si Alfred B. était avant l'opération à considérer comme invalide au sens de la loi.

Il échet partant de faire droit, par réformation du jugement entrepris, à la demande en institution d'une expertise, le Conseil supérieur des assurances

sociales ne disposant pas des éléments d'appréciation nécessaires pour se prononcer d'ores et déjà sur le bien-fondé de la demande de Alfred B. tendant à l'obtention d'une pension d'invalidité.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué et les conclusions contradictoires des parties à l'audience,
reçoit l'appel en la forme,
avant tout autre progrès en cause,
nomme expert le docteur René KONSBRUCK, médecin-spécialiste en orthopédie, demeurant à Niederkorn avec la mission d'examiner l'appelant, au besoin avec le concours d'un ou de plusieurs médecins-spécialistes de son choix, de se prononcer sur les maladies et infirmités constatées, sur le caractère permanent ou transitoire de l'invalidité éventuellement constatée et plus spécialement sur la question de savoir si l'assuré a subi une perte de sa capacité de travail telle qu'il est empêché d'exercer la profession exercée en dernier lieu ou d'exercer une autre occupation correspondant à ses forces et aptitudes, le cas échéant à partir de quelle date,
invite l'expert à dresser ses investigations dans un rapport écrit, détaillé et motivé à déposer au secrétariat du Conseil supérieur des assurances sociales à Luxembourg jusqu'au 1er décembre 2004 au plus tard,

15

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

14 juillet 2004

- *L'expert médical nommé par le CAAS, un médecin-spécialiste en psychiatrie - arrive à la conclusion que Alida M. peut continuer à exercer de façon partielle la profession exercée en dernier lieu.*

Il précise qu'un arrêt complet de l'activité professionnelle risque fort de renforcer la sévérité du trouble obsessionnel, du trouble dépressif et de l'isolement social.

Les conclusions de l'expert médical étant bien claires, la demande tendant à voir ordonner un complément d'expertise ou une nouvelle expertise est à rejeter.

- *Le CSAS reçoit l'appel, le déclare non fondé et rejette la demande de l'appelante tendant à voir ordonner un complément d'expertise ou une nouvelle expertise médicale.*

Le jugement rendu par le CAAS est confirmé.

M. , ÉPOUSE M. c/EAVI

No. du reg.: I 2003/0085 No.: 2004/0079

Arrêt

Après avoir constaté que M. a, depuis vingt années, des problèmes d'ordre nerveux et psychiatrique, l'expert a retenu que l'ensemble des thérapies suivi par l'assurée n'a pas permis de la rétablir complètement; que l'ampleur, la chronicité des troubles et les résultats insuffisants des multiples thérapies déjà entreprises justifient une IPP de 50 % de façon indéterminée, mais que Alida M. peut continuer à exercer de façon partielle, par exemple 15 ou 20 heures par semaine, la profession exercée en dernier lieu.

Si, tel que le souligne la partie appelante, le docteur NGUYEN note un lourd passé chirurgical de l'assurée, alors que l'expert n'en fait pas mention, il y a lieu de constater que les certificats établis par le médecin traitant ne retiennent pas de caractère invalidant quant aux interventions chirurgicales subies par M., seule la maladie psychiatrique de l'assurée étant qualifiée de très invalidante tant sur le plan social que professionnel; l'appelante n'indique d'ailleurs pas en quoi elle aurait à souffrir de séquelles, de nature invalidante, de son passé chirurgical.

L'existence des problèmes d'ordre psychique de même que la gravité de ceux-ci ont été pris en considération par l'expert. Suite à l'examen de l'assurée et la prise en compte de ses antécédents médicaux psychiatriques, la conclusion tirée par le docteur LANG quant à l'exercice réduit de sa dernière profession par l'appelante est formelle et appuyée par sa remarque selon laquelle "un arrêt complet de l'activité professionnelle risque fort de renforcer la sévérité du trouble obsessionnel, du trouble dépressif et de l'isolement social".

Eu égard aux conclusions claires prises par l'expert, la demande tendant à voir ordonner un complément d'expertise ou une nouvelle expertise est à rejeter.

Une incapacité totale d'exercer sa dernière profession n'est donc pas établie dans le chef de Alida M., de sorte que la décision entreprise est à confirmer.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,

statuant sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué et les conclusions contradictoires des parties à l'audience,
reçoit l'appel,
 rejette la demande de l'appelante tendant à voir ordonner un complément d'expertise ou une nouvelle expertise,
 dit l'appel non fondé,
 confirme le jugement rendu par le Conseil arbitral des assurances sociales.

16

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

12 novembre 2003

(Pour le jugement du CAAS, voir questions sociales 2003)

Le jugement du CAAS est confirmé; "à situations égales, droits égaux".

Les analyses et conclusions des premiers juges sont exactes et l'interprétation jurisprudentielle des articles 184 et 211 du CAS a été correctement appliquée.

La question de la constitutionnalité est dépourvue de tout fondement et pas nécessaire pour la prise d'une décision.

Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de saisir la Cour Constitutionnelle.

K. c/CPEP

No. du reg : E2002/0184 No.: 2003/0190

Arrêt

Par jugement rendu contradictoirement le 11 novembre 2002, le Conseil arbitral des assurances sociales a dit non fondé le recours dirigé par Joseph K. à l'encontre d'une décision du comité-directeur de la Caisse de pension des employés privés du 22 juillet 1999 ayant réduit de moitié la pension de vieillesse anticipée pour la période du 1er septembre 1998 au 31 décembre 1998 et ordonné la restitution du montant de 20 1.748 francs correspondant au trop-payé résultant de la réduction de moitié de la pension de vieillesse anticipée pour la période mentionnée. Le Conseil arbitral des assurances sociales a ensuite renvoyé l'affaire devant l'organe de décision compétent pour y voir déterminer le montant de la pension pour la période à partir du 8 juillet 1999.

Pour statuer ainsi, les premiers juges ont examiné les dispositions pertinentes de l'article 184 du code des assurances sociales pour en déduire que la restitution des montants touchés de trop a été décidée à bon droit sur base des textes de loi, le bénéficiaire de la pension ayant exercé à partir du 1er septembre 1998 une activité salariée dépassant les critères retenus par l'article 184, alinéa 3 du code des assurances sociales et n'ayant pas informé la caisse de l'occupation d'un nouveau poste de travail.

Les premiers juges ont ensuite examiné sur base de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle l'argument tiré de l'inconstitutionnalité de l'article 184, alinéa 4 du code des assurances sociales par rapport à l'article 10 bis de la Constitution, pour retenir que le requérant ne pourrait se prévaloir d'une situation de fait et de droit comparable à toute personne bénéficiaire d'une pension de vieillesse anticipée de sorte que le principe constitutionnel de l'égalité devant la loi qui requiert que tous ceux qui se trouvent dans une même situation de fait et de droit soient traités de la même façon ne serait pas mis en cause.

Ce jugement a été entrepris par K. selon recours déposé le 20 décembre 2002.

L'appelant reproche aux premiers juges d'avoir violé l'article 95 de la Constitution en statuant eux-mêmes sur la conformité de l'article 184, alinéa 4 du code des assurances sociales avec la Constitution au lieu de saisir la Cour constitutionnelle. Conformément à l'article 6 de la loi du 22 juillet 1997 le Conseil arbitral serait tenu de saisir la Cour constitutionnelle dès qu'une question relative à la conformité de la loi avec la constitution serait soulevée.

Il y aurait en l'espèce inégalité au regard des articles 184, alinéa 4 du code des assurances sociales et 44 du code administratif relatif aux pensions des agents de l'Etat. Il s'y ajouterait que l'Union Grand-Duc Adolphe où il occuperait le poste de chargé de cours de solfège, poste qui lui a valu la demande en remboursement, serait reconnue établissement d'utilité publique.

L'appelant sollicite le renvoi devant la Cour constitutionnelle et demande au Conseil supérieur des assurances sociales de constater que l'application des articles 44 du code administratif et 184 du code des assurances sociales créerait une inégalité entre les régimes de pension des employés et celui des agents de l'Etat, de constater que cette inégalité est contraire à la loi et de déclarer le remboursement non fondé.

L'intimée conclut à la confirmation de la décision entreprise.

Les premiers juges ont fait une analyse correcte de l'article 184 du code des assurances sociales et ont de manière complète et exhaustive examiné la situation de fait et de droit d'un employé privé et d'un fonctionnaire ou agent d'Etat pour en déduire, conformément à une jurisprudence bien établie de la Cour constitutionnelle, que les diverses catégories de personnes entre

lesquelles une discrimination est alléguée ne se trouvent pas dans une situation de fait et de droit comparable au regard de la mesure critiquée.

En considération de ces éléments et notamment de l'article 211, alinéa 4, qui stipule l'obligation de restitution en cas de défaut d'information sur l'exercice d'une occupation salariée, et qui est non critiqué d'inconstitutionnel, les premiers juges ont pu à raison retenir que le principe de

l'égalité devant la loi n'est pas mis en cause.

En l'occurrence, la disparité de fait et de droit entre un fonctionnaire d'Etat et un employé privé ressort du statut et de toutes les modalités se dégageant du contrat d'emploi et du régime de pension. Un salarié ne saurait pêcher dans les divers statuts les dispositions les plus favorables, mais devra se cantonner au seul statut qui est le sien. C'est ce statut qui fixe le cadre de ses droits et c'est à l'intérieur de ce cadre que les salariés ressortissant d'un même statut doivent pouvoir bénéficier des mêmes droits. Il n'est pas soutenu que le cas de l'appelant serait traité par le texte visé autrement que celui des autres employés privés.

Il est à cet égard sans pertinence de soulever que l'Union Grand-Duc Adolphe serait reconnue établissement d'utilité publique dès lors que cette reconnaissance n'a aucune incidence sur le statut de l'assuré social qui continue à relever du régime de pension des employés privés.

Les premiers juges ayant estimé la question de constitutionnalité dénuée de tout fondement et comme une décision sur la question soulevée

n'était pas nécessaire pour rendre leur jugement, ils étaient dispensés de saisir la Cour Constitutionnelle.

Le Conseil supérieur des assurances sociales confirme la décision entreprise.

C'est encore à bon droit que les premiers juges ont arrêté le principe de la restitution des montants touchés de trop, aucun élément de la cause ne permettant, en présence des contestations adverses, de retenir que l'assuré social ait informé la Caisse de pension des employés privés de son contrat d'emploi.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,

statuant sur le rapport oral de son président et contradictoirement entre parties, reçoit l'appel en la forme,

le dit non fondé,

dit que la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement et pas nécessaire pour la prise d'une décision,

partant dit qu'il n'y a pas lieu à saisine de la Cour constitutionnelle, confirme la décision entreprise.

17

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

12 novembre 2003

En considération de la présomption d'exercice d'une activité professionnelle dans le chef de B. tirée de ses fonctions d'associé unique, de gérant, de commerçant et d'expert, et du défaut d'éléments de preuve apportés par B., renversant cette présomption ainsi que des déclarations de B. du 18 août 1998 il y a lieu de déclarer l'appel interjeté par la veuve B. non fondé.

B. , ÉP. B. , DÉCÉDÉ LE 07.03.1999 c/CPEP

No. du reg.: E 2003/0031 No.: 2003/0189

Arrêt

Il est constant en cause que l'assuré n'a réalisé qu'une carrière d'assurance totale de 410 mois d'assurance. Mais il aurait pu bénéficier des dispositions transitoires prévues à l'article XVIII point 7 de la loi du 27 juillet 1987 concernant l'assurance pension en cas de vieillesse, d'invalidité et de survie, qui permettent à l'intéressé de prétendre à la pension de vieillesse anticipée dans les conditions de stage spéciales prévues à l'article 39, alinéa 2 de la loi modifiée du 29 août 1951, notamment à condition de renoncer à toute occupation professionnelle.

Le comité-directeur a motivé sa décision par le fait que B. était gérant et détenteur de 100% des parts sociales de l'entreprise GEFAB GmbH (Gesellschaft für angewandte Betriebsberatung) et a continué à exercer son activité professionnelle jusqu'à la date de son décès.

Par requête déposée le 25 mars 2002 la veuve de B., B., a formé un recours contre la décision du comité-directeur en faisant valoir que son époux n'avait bénéficié d'aucun revenu de la fonction de gérant qui aurait été exercée à titre purement honorifique et que la seule détention de parts en rapport avec le capital investi ne saurait être considérée comme occupation professionnelle.

Par décision du 27 janvier 2003 le Conseil arbitral des assurances sociales a déclaré le recours non fondé en retenant que l'article 39, alinéa 2 de la loi du 29 août 1951 ne prévoit pas de critère de revenu, que seulement l'activité professionnelle effective est à établir, que le bilan de la société GEF AB au 31 décembre 1998 établissait un chiffre d'affaires dépassant de loin la somme des salaires du personnel et des charges sociales et que B. était inscrit au

registre de commerce du tribunal de Leverkusen au-delà du 1er août 1998, de sorte que B. a exercé une occupation professionnelle, qui consistait en l'activité du gérant d'une société de conseil d'entreprises.

Par requête déposée le 14 février 2003 B. a relevé appel de cette décision au motif que B. n'a retiré de cette fonction aucune rémunération et que cette fonction n'a jamais été exercée en fait, ainsi que cela résulte des attestations versées aux débats.

Afin de pouvoir bénéficier de la pension de vieillesse anticipée B. devait renoncer à toute occupation professionnelle.

Il est constant en cause que depuis le 15 juin 1993 jusqu'au 31 août 1999 B. était inscrit au registre de commerce de Leverkusen. B. était détenteur de l'entièreté du capital social de la société GEF AB, constituée le 10 mars 1987. Par ailleurs les statuts sociaux versés au dossier établissent que B. était gérant de cette société.

Ladite société avait comme objet la consultation d'entreprise dans le domaine de l'hôtellerie, de la restauration et de la santé. La déclaration fiscale précisait que l'objet social était le conseil d'entreprise et l'établissement d'expertises.

Il est constant en cause que suivant le curriculum vitae de B. ce dernier disposait d'une grande expérience professionnelle dans le domaine de l'hôtellerie et la gastronomie et que depuis 1993 il exerçait en qualité d'expert dans ces domaines auprès de BVFS (Bundesverband freier Sachverständiger).

Le bilan de la société GEF AB établit que pendant la période litigieuse, soit précisément du 1.8.1998 au 7.3.1999, la société GEFAB avait un chiffre d'affaires d'un montant de DM 85.430,29 (en 1998), que les charges salariales se chiffraient à DM 16.431,52, dont le montant de DM 13.697,52 incombaient aux salaires de gérant, de sorte que la société a nécessairement réalisé des activités économiques dont les revenus ne sont pas distribués aux salariés B. et Frank Tonn.

En tenant compte de ce que B. était inscrit au registre de commerce, qu'il figurait sur la liste des experts, qu'il était gérant et détenait l'entièreté du capital d'une société ayant pour objet de fournir des conseils et d'établir des expertises dans le domaine de l'hôtellerie et la gastronomie dans lequel B. jouissait d'une longue expérience, il échouait d'établir la présomption que B. a exercé une activité professionnelle dans le cadre de cette société.

Il appartient à la demanderesse B. de combattre cette présomption simple par la preuve du contraire.

En effet le service de contrôle du Centre commun de la sécurité sociale ne peut pas se livrer en l'espèce à des investigations administratives propres étant donné que les faits à vérifier se situent à l'étranger et que

l'administration allemande des impôts refuse de lui fournir des informations relatives à la situation fiscale de B. (pièce 118 du dossier).

Afin de renverser la prédicté présomption B. se réfère à un écrit du comptable de la société GEFAB et des époux B. du 23 décembre 1999 et une déclaration produite le 18 juillet 2002, ainsi qu'un écrit du 5 novembre 2003 versé en cours de délibéré disant que B. n'a pas touché de revenus ni d'une activité indépendante, ni d'une activité salariale et que la gérante B. a exercé seule toutes les activités commerciales de la société GEFAB et que l'associé unique, nommé gérant par précaution en 1993, n'a pas participé activement au commerce.

Toutefois la demanderesse reste en défaut de verser en cause les décomptes fiscaux des années 1998 et 1999 (Steuerbescheid) qui attesterait sa version. En outre il n'est pas décisif si B. a touché un revenu, mais il importe de savoir s'il a exercé une activité professionnelle, d'ailleurs une telle occupation peut par le biais d'une société lui procurer d'autres bonifications directes ou indirectes, en espèces ou en nature qu'un revenu imposable.

Par ailleurs aucun document officiel n'établit que la société GEF B ait été gérée par un second gérant, ni que l'appelante ait été "alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführerin".

Les extraits du registre de commerce relatifs à la société GEF AB datant de 1987 et 1993 ne concernent pas la période en cause des années 1998 et 1999. Au contraire, les statuts sociaux de GEFAB renseignent que B. était "allein vertretungsberechtigter" gérant de ladite société.

L'appelante ne fournit pas d'information si en vertu du droit d'établissement allemand il fallait une autorisation de faire le commerce pour exploiter la société GEFAB et qui la mettait à disposition de la société.

Finalement dans une lettre du 11 août 1998 adressée à B. la Caisse de pension des employés privés se réfère à sa demande en allocation d'une pension présentée à la Bundesversicherungsanstalt für Angestellte à Berlin dans laquelle B. avait émis l'intention de continuer à exercer une activité rémunérée de conseiller indépendant. L'intimée demande à B. de préciser la nature de cette activité et les heures de travail mensuelles.

Par deux écrits datés au 18 août 1998, une lettre et une déclaration "auf Ehre und Gewisszen", B. précise qu'il exerce une activité indépendante d'associé gérant, qu'il participe à la direction de la société GEFAB. B. écrit qu'en tant qu'associé gérant il n'a pas de temps de travail régulier et qu'il ne peut donc indiquer des heures de travail mensuelles.

En considération de la présomption d'exercice d'une activité professionnelle dans le chef de B. tirée de ses fonctions d'associé unique, de gérant, de commerçant et d'expert, et du défaut d'éléments de preuve apportés par B.,

renversant cette présomption ainsi que des déclarations de B. du 18 août 1998 il y a lieu de déclarer l'appel interjeté par B. non fondé.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué et
contradictoirement entre parties,
déclare l'appel de B. recevable,
le déclare non fondé,
partant confirme le jugement du Conseil arbitral des assurances sociales du
27 janvier 2003.

18

CONSEIL ARBITRAL DES ASSURANCES SOCIALES

17 septembre 2004

Monsieur KOWALSKI relève la conjonction de la tumeur du cerveau de son épouse et les conditions climatiques de l'été 2003 pour dire que le décès de Madame B. est à considérer comme un accident au sens de l'article 196 alinéa deuxième.

Or, il résulte des pièces du dossier administratif et notamment de l'avis du Contrôle médical de la sécurité sociale du 14.05.2003 que Madame B. était atteinte d'un glioblastome multiforme du corps calleux postérieur et d'une dépression réactionnelle et qu'elle bénéficia d'une pension d'invalidité à partir du 1er octobre 2002.

En présence de ces éléments, les affirmations du requérant (non confirmées par des pièces ni même par un début d'élément de preuve) ne sont pas de nature à énerver la décision entreprise.

La demande en institution d'une expertise médicale est rejetée et le recours est déclaré comme non fondé.

K. c/ CPEP

Reg. No E 37/04

Arrêt

Vu le recours de Monsieur K., veuf de Madame Georgette B. décédée le 9 août 2003, contre une décision du

comité-directeur de la Caisse de pension des employés privés (CPEP) du 19 février 2004 rejetant sa demande en obtention d'une pension de survie au motif que les conditions de l'article 196 du code des assurances sociales ne seraient pas établies.

Le recours, introduit dans les formes et délai de la loi, est recevable.

Le requérant conclut à la réformation de la décision entreprise et à l'attribution d'une pension de survie pour les motifs plus amplement spécifiés dans sa requête introductory d'instance et subsidiairement à l'institution d'une expertise médicale sur dossier pour déterminer la cause du décès de son épouse.

La CPEP conclut à la confirmation de la décision entreprise et s'opposa à une mesure d'instruction.

Selon la partie défenderesse, le ge de l'actuel requérant avec feu Madame B. n'a pas duré depuis au moins une année au moment du décès (ge: 28.02.03 ; décès: 09.08.03) et aucune autre condition de l'alinéa deuxième de l'article 196 du code des assurances sociales n'est remplie de sorte que la pension de survie n'est pas due.

Monsieur KOWALSKI relève la conjonction de la tumeur du cerveau de son épouse et les conditions climatiques de l'été 2003 pour dire que le décès de Madame B. est à considérer comme un accident au sens de l'article 196 alinéa deuxième.

L'article 196 paragraphe 1er dispose qu'aucune pension de survie n'est due sauf si au moins une des ' conditions du paragraphe 2 est établie.

Il résulte des pièces du dossier administratif et notamment de l'avis du Contrôle médical de la sécurité sociale du 14.05.2003 que Madame B. était atteinte d'un glioblastome multiforme du corps calleux postérieur et d'une dépression réactionnelle et qu'elle bénéficia d'une pension d'invalidité à partir du 1er octobre 2002.

En présence de ces éléments, les allégations du requérant (non corroborées par des pièces ni même par un début d'élément de preuve) ne sont pas de nature à énerver la décision entreprise.

Dans ces conditions, le recours à une mesure d'instruction n'est pas opportun.

Que le recours n'est pas fondé.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil arbitral des assurances sociales,
statuant contradictoirement et en premier ressort,
reçoit le recours en la forme,

rejette la demande en institution d'une expertise médicale,
déclare le recours non fondé et en déboute.

19

CONSEIL ARBITRAL DES ASSURANCES SOCIALES

26 mars 2003

Le requérant, dont les périodes d'assurance auprès du régime de pension des Communautés Européennes ne peuvent être prises en considération, ni au regard des textes légaux nationaux, ni au regard des textes communautaires, à les supposer d'application, ne peut faire valoir la période de stage minimale prévue à l'article 186 du CAS pour avoir droit à la pension d'invalidité.

Le recours est déclaré non fondé et la décision entreprise est confirmée.

G. c/CPEP

Reg. No E 10/02

voir aussi CSAS-20031112

voir aussi CASS-20040708

Arrêt

Attendu que le requérant fait grief à une décision du comité-directeur de la Caisse de Pension des Employés Privés du 17 janvier 2002 d'avoir, par confirmation de la décision présidentielle du 9 octobre 2001, rejeté sa demande en obtention d'une pension d'invalidité au motif qu'il ne remplirait pas la condition de stage inscrite à l'article 186 du code des assurances sociales, la carrière d'assurance du requérant n'affichant pendant la période de référence triennale du 1er mars 1998 au 28 février 2001 aucun mois d'assurance, étant donné qu'il a travaillé depuis le 16 septembre 1987 au 28 février 2001 en tant que fonctionnaire auprès de l'Office des Publications Officielles des Communautés Européennes et qu'il a cotisé pendant cette période à la Caisse de Pension des Communautés Européennes; .

Attendu que le comité-directeur de la Caisse de Pension des Employés Privés fait valoir qu'au niveau national la loi du 28 juillet 2000 ayant pour objet la coordination des régimes légaux de pension (notamment les articles 2,7 et 17) prévoit la prise en compte des périodes d'assurance accomplies par les fonctionnaires de l'Etat, des communes, de la Société Nationale des Chemins de Fer luxembourgeois et des établissements publics pour l'appréciation des conditions d'ouverture du droit à pension dans le régime général d'assurance pension visé par le livre III du code des assurances sociales ;

qu'au niveau international le règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté est l'instrument de coordination entre les régimes nationaux permettant la totalisation des périodes d'assurance accomplies sous la législation des Etats membres de la Communauté;

que ni la loi de coordination du 28.07.2000, ni le règlement (CEE) n° 1408/71 ne font mention de dispositions relatives à la législation de l'assurance pension des fonctionnaires des Communautés Européennes et qu'en l'absence de texte légal afférent les périodes d'assurance réalisées auprès du régime de pension des fonctionnaires des Communautés Européennes ne sauraient partant être prises en considération par la Caisse de Pension des Employés Privés en. vue de parfaire le stage de 12 mois d'assurance requis par l'article 186 du code des assurances sociales,;

Attendu que le requérant soutient que la législation nationale serait applicable aux ressortissants des Communautés Européennes qui bénéficient et jouissent sur le territoire des autres parties des mêmes droits que les nationaux, respectivement le droit de prétendre à une pension d'invalidité ;

qu'au cas contraire, il y aurait un traitement in égalitaire et une discrimination à l'égard des ressortissants des Communautés Européennes ;

que le requérant pourrait partant prétendre à une pension d'invalidité sur base de l'article 186 du code des assurances sociales, pouvant en effet justifier d'un stage de 12 mois d'assurance au titre de l'assurance obligatoire pendant les trois années précédant la date de l'invalidité et ces périodes d'assurance devant par conséquent être prises en considération, indépendamment du fait qu'il a cotisé auprès du régime de pension des fonctionnaires des Communautés Européennes ;

Attendu qu'il résulte des éléments de la cause que le sieur G. était au service en qualité de fonctionnaire titulaire de la Commission des Communautés Européennes depuis le 16 septembre 1987 au 28 février 2001 et qu'il a cotisé pendant la période précitée à la Caisse de Pension des Communautés Européennes;

que par décision du 21 février 2001, prenant effet le 1er mars 2001, le requérant a été mis à la retraite et admis au bénéfice d'une pension d'invalidité fixée conformément aux dispositions de l'article 78, alinéa 3, du Statut ;

que le Contrôle médical de la Sécurité sociale luxembourgeoise a constaté lors de l'examen du requérant du 1er août 2001 une invalidité permanente depuis le 1er mars 2001, date de la cessation du travail, la période de stage triennale s'étendant du 1er mars 1998 au 28 février 2001 ;

Attendu que l'article 186 du code des assurances sociales dispose en effet qu'" a droit à une pension d'invalidité avant l'âge de soixante-cinq ans tout assuré justifiant d'un stage de douze mois d'assurance au moins au titre des articles 171, 173 et 173 bis pendant les trois années précédant la date de l'invalidité constatée par le médecin de contrôle ou de l'expiration de l'indemnité pécuniaire de maladie, s'il est atteint d'une invalidité au sens de l'article 187 ci-après ... " ;

Attendu que la loi du 28 juillet 2000 ayant pour objet la coordination des régimes légaux de pension s'applique toutes les fois qu'une personne a été soumise de façon successive ou concomitante au régime général et à un ou plusieurs régimes spéciaux transitoires (article 3), tels que définis à l'article 2 de la loi; .

que les dispositions précitées, y compris les articles 7 et 17, sont cependant inapplicables au présent litige, aucune disposition de la prédicta loi ne prévoyant la prise en considération des périodes d'assurance réalisées auprès du régime de pension des fonctionnaires des Communautés Européennes;

Attendu qu'il y a par ailleurs lieu de noter que le règlement (CEE) 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté institue un régime de coordination et non d'harmonisation entre les régimes nationaux de sécurité sociale, le grand principe restant en la matière celui de la souveraineté nationale des Etats membres de la Communauté ;

que ce système européen de coordination des régimes de sécurité sociale des Etats membres a été conçu comme un corollaire du principe de libre circulation car les différences existant entre les régimes nationaux de sécurité sociale risquaient de constituer des obstacles à la libre circulation des travailleurs et de porter atteinte à la réalisation et au bon fonctionnement du Marché commun ;

qu'il se fonde sur l'article 42 du Traité CEE disposant que le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, " adopte, dans le domaine de la sécurité sociale, les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs, en instituant notamment un système permettant d'assurer aux travailleurs migrants et à leurs ayants droit :

- a) la totalisation, pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que pour le calcul de celles-ci, de toutes périodes prises en considération par: les différentes législations nationales ;
- b) le paiement des prestations aux personnes résidant sur le territoire des Etats membres ";

que la législation d'assurance invalidité luxembourgeoise relève des législations de type B qui garantissent des prestations en fonction de la durée d'affiliation et considèrent l'invalidité comme un état de vieillesse précoce, prestations qui sont réglées par les articles 40 et suivants du règlement précité pour les travailleurs salariés ou non salariés soumis soit exclusivement à ces législations soit à des législations de ce type et du type visé aux articles 37 et suivants ;

Attendu cependant que le cas d'espèce soumis au Conseil arbitral des assurances sociales ne relève pas des champs d'application matériel et personnel du règlement (CEE) 1408/71 tels que définis aux articles 2, 4 et 40 du règlement ;

qu'aucune disposition du présent règlement ne fait référence au régime de l'assurance pension des fonctionnaires des Communautés Européennes ;

qu'il y a par ailleurs lieu de relever que, selon une jurisprudence constante de la Cour de Justice des Communautés Européennes, le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des Etats membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale (arrêts du 7 février 1984, Duphar e.a.) 238/82, Rec. P. 523, point 16, et du 17 juin 1997 Sodemare e.a., C- 70/95, Rec. P. 1-3395, point 27) ;

qu'en l'absence d'une harmonisation au niveau communautaire, il appartient à la législation de chaque Etat membre de déterminer, d'une part, les conditions du droit ou de l'obligation de s'affilier à un régime de sécurité sociale (arrêts du 24 avril 1980, Coonan, 110/79, Rec. P. 1445, point 12, et du 4 octobre 1991, Paraschi, C-349/87, Rec. Po 1-4501, point 15) et, d'autre part, les conditions qui donnent droit à des prestations (arrêt du 30 janvier 1997, Stober et Piosa Pereira, C-4/95 et C-5/95, Rec. p 1-511, point 36) ;

que dans l'affaire Elissavet Paraschi contre Landesversicherungsanstalt Würtemberg (C-349/87) la CJCE dit pour droit que " les articles 48, paragraphe 2, et 51 du traité CEE (ancienne numérotation) doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce qu'une législation nationale rende plus rigoureuse les conditions d'octroi d'une pension d'invalidité, en ce sens que dorénavant une telle pension est allouée uniquement si l'assuré a exercé une activité soumise à l'assurance obligatoire et a versé au moins 36 mensualités au cours de la période de 60 mois précédant la survenance de l'invalidité (période de référence), mais s'opposent à ce qu'une telle législation, qui permet, dans certaines conditions, la prorogation de la période de référence, ne prévoit pas une possibilité de prorogation lorsque des faits ou circonstances correspondant à ceux qui permettent la prorogation surviennent dans un autre Etat membre " ;

que l'avocat général Giuseppe TESAURO a conclu notamment que " le droit communautaire ne fait pas obstacle à la faculté du législateur national de subordonner la reconnaissance du droit à une prestation à l'accomplissement d'une période minimale d'assurance au cours d'une période de référence précédant la survenance du risque assuré " ;

que dans les affaires Augusto Pian contre Office national des pensions et Office national des pensions contre Ernesto Bianchin la CJCE a rappelé dans les arrêts du 5 avril 1990 que la question de la qualification, au fins d'application des règles anticumul, de prestations relevant de différents régimes nationaux, relève du droit national ;

qu'il y a lieu de rapprocher ces jurisprudences d'un arrêt du Conseil supérieur des assurances sociales du 28 juin 2002 (ZWIJNENBURG A., veuve LEGRAND c/CPEP.) qui a précisé qu'il appartient à la législation de chaque Etat membre de déterminer, d'une part, les conditions du droit ou de l'obligation de s'affilier à un régime de sécurité sociale, d'autre part, les conditions qui donnent lieu à des prestations et que l'article :229 du code des assurances sociales, qui ne contient aucune , discrimination fondée sur la nationalité et s'applique indistinctement aux nationaux et aux ressortissants des autres Etats membres, ne peut être considéré comme constituant une entrave à la libre circulation;

Attendu qu'il résulte des considérations qui précèdent que le requérant, dont les périodes d'assurance auprès du régime de pension des Communautés Européennes ne peuvent être prises en considération, ni au regard des textes légaux nationaux, ni au regard des textes communautaires, à les supposer d'application, ne peut faire valoir la période de stage minimale prévue par l'article 186 du code des assurances sociales, la jurisprudence RETTER du Conseil supérieur des assurances sociales, invoquée par le requérant, concernant la question du maintien des droits acquis auprès de la Caisse de pension des employés privés d'un assuré passant au régime de pension des Communautés Européennes ne pouvant par ailleurs être appliquée au présent litige ;

qu'il s'ensuit que le recours est à déclarer non: fondé et que la décision entreprise est à confirmer ;

PAR CES MOTIFS,

le Conseil arbitral, statuant contradictoirement et en premier ressort,
déclare le recours non fondé et confirme la décision entreprise.

20**CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES (1275)**

12 novembre 2003

Pour que le statut des fonctionnaires communautaires puisse atteindre son objectif et que le principe de la liberté d'établissement soit respecté, il faut que l'intimé ne se retrouve pas dans une situation moins favorable que celle réservée aux assurés qui sont passés de la Caisse de pension des employés privés à un autre régime national ou étranger de pension. Il s'ensuit que pour la computation de la période de stage prévue à l'article 186 du code des assurances sociales, le régime de pension des fonctionnaires des communautés européennes est à assimiler à un régime de pension national, de sorte que l'intimée est tenue de prendre en considération l'activité professionnelle de l'appelant auprès de la Commission des Communautés Européennes pendant la période de référence du 1er mars 1998 au 28 février 2001.

G. c/CPEP

No. du reg.: E 2003/0069 No.: 2003/0187

Arrêt

Serafin G.- expose qu'il a travaillé comme fonctionnaire au sein de la Commission des Communautés Européennes, Office des Publications Officielles des Communautés, du 16 septembre 1987 au 28 février 2001 et qu'il a cotisé à la Caisse de Pension des Communautés Européennes pendant cette période; que par décision du 21 février 2001, prenant effet le 1er mars 2001, il a été mis à la retraite et admis au bénéfice d'une pension d'invalidité; qu'il était aussi affilié à la Caisse de pension des employés privés de 1970 jusqu'à 1995.

Le 8 mai 2001 Serafin G.- a demandé l'allocation de la pension d'invalidité à la Caisse de pension des employés privés.

Par décision présidentielle du 9 octobre 2001, maintenue par décision de son comité-directeur du 17 janvier 2002, la Caisse de pension des employés privés a rejeté cette demande comme non fondée par application de l'article 186 du code des assurances sociales qui dispose :

" A droit à une pension d'invalidité avant l'âge de soixante-cinq ans tout assuré justifiant d'un stage de douze mois d'assurance au moins au titre des articles 171, 173 et 173bis pendant les trois années précédant la date de l'invalidité constatée par le médecin de contrôle ou de l'expiration de l'indemnité pécuniaire de maladie, s'il est atteint d'une invalidité au sens de l'article 187 ci-après... ".

La Caisse de pension des employés privés a relevé que la période triennale de référence s'étend du 1er mars 1998 au 28 février 2001 et que pendant ce laps de temps Serafin G.- n'avait effectué aucun mois d'assurance au titre des articles 171, 173 et 173bis, étant donné qu'il avait travaillé comme fonctionnaire auprès de la Commission des Communautés Européennes; que la loi du 28 juillet 2000 ayant pour objet la coordination des régimes légaux de pension ne prévoit pas la prise en compte des périodes d'assurance accomplies par les fonctionnaires au sein de la Commission des Communautés Européennes; que le règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté ne contient aucune disposition permettant d'assimiler les périodes d'assurance accomplies auprès du régime de pension des fonctionnaires des Communautés Européennes à des périodes d'assurance accomplies sous le régime de sécurité sociale national pour parfaire le stage prévu à l'article 186 du code des assurances sociales.

Le recours exercé par Serafin G.- contre la décision du comité-directeur de la Caisse de pension des employés privés a été déclaré non fondé par le Conseil arbitral des assurances sociales par jugement du 26 mars 2003.

Serafin G.- a relevé appel de ce jugement par requête déposée le 25 avril 2003 au secrétariat du Conseil supérieur des assurances sociales pour entendre faire droit à sa demande.

En ordre subsidiaire, il demande que le Conseil supérieur des assurances sociales soumette à la Cour de Justice Européenne une question préjudicielle libellée comme suit :

" le refus de prise en compte des périodes d'assurance effectuées auprès d'un régime de sécurité sociale d'un Etat membre de l'Union avec les périodes d'assurance effectuées auprès d'une institution européenne, et le refus de la part de l'organisme de sécurité de ce même Etat membre de reconnaître le droit à une prestation d'invalidité, sont-ils compatibles avec le principe de la libre circulation énoncé aux articles 48-51 (ancienne numérotation) du Traité? ".

La Caisse de pension des employés privés conclut à la confirmation du jugement entrepris.

La Cour de Justice des Communautés Européennes, dans ses arrêts des 20 octobre 1981 (Commission c/ Belgique, affaire 137/80) et 4 mai 1988 (Watgen c/ Caisse de pension des employés privés, affaire 64/85), a relevé que, en instaurant un système de transfert des droits à pension, le statut des fonctionnaires vise à faciliter le passage des emplois nationaux, publics ou privés, à l'administration communautaire et à garantir ainsi aux Communautés les meilleures possibilités de choix d'un personnel qualifié déjà doté d'une expérience professionnelle appropriée; qu'ayant été fixé par

le règlement n° 259/68 du conseil qui comporte tous les caractères définis par l'article 189, alinéa 2, du traité CEE, le statut des fonctionnaires est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout Etat membre; qu'il en résulte qu'en dehors des effets que le statut déploie dans l'ordre intérieur de l'administration communautaire, il oblige également les Etats membres dans toute la mesure ou leur concours est nécessaire à sa mise en œuvre; que dans le cas où une disposition du statut requiert des mesures d'application sur le plan national, les Etats membres sont donc tenus d'adopter toutes mesures générales ou particulières appropriées, en vertu de l'article 5 du traité CEE.

Dans son arrêt du 18 avril 1989 (Retter c/ Caisse de pension des employés privés, affaire 130/87) la Cour de Justice des Communautés Européennes a réitéré le principe suivant lequel l'article 11, paragraphe 2, de l'annexe VIII du statut des fonctionnaires de la CECA, doit être interprété en ce sens qu'il a exclu, dès son entrée en vigueur le 1er janvier 1962, l'application d'une législation nationale en vertu de laquelle un fonctionnaire communautaire, ayant été affilié à la sécurité sociale de cet État membre, était obligé de renoncer définitivement, contre le versement d'une indemnité de rachat limité à ses propres cotisations, aux droits à pension acquis antérieurement dans le système national, sans avoir la possibilité de maintenir ou de faire transférer ces droits à pension vers le régime communautaire.

Dans ces arrêts, la Cour a souligné plus particulièrement que le passage vers la fonction publique européenne doit être facilité par des mécanismes qui assurent que les droits acquis par les fonctionnaires communautaires dans leurs propres Etats, nonobstant leur caractère

éventuellement limité ou même conditionnel ou futur ou leur insuffisance pour permettre le bénéfice immédiat d'une pension, puissent être conservés au profit du fonctionnaire et être pris en compte par le régime de pension auquel l'intéressé se trouve affilié à la fin de sa carrière professionnelle.

L'article 11,2, de l'annexe VIII du statut, pris ensemble avec le principe de la libre circulation des travailleurs inscrit aux articles 39 à 42 du Traité instituant la Communauté Européenne (version consolidée) dont l'article 11 susdit n'est qu'une application, implique partant, bien qu'il ne traite que du transfert des droits à pension, que le fonctionnaire qui entre au service des Communautés après avoir cessé ses activités auprès d'une administration, d'une organisation nationale ou internationale ou exercé une activité salariée ou non salariée et qui n'opte pas pour un transfert des droits à pension, puisse conserver ses droits acquis et les exercer dans les mêmes conditions qu'un assuré qui, au lieu d'être soumis au régime de pension des Communautés, est passé sous un autre régime de pension national que ce soit dans l'Etat membre d'origine, soit dans un autre Etat membre.

Cependant, d'un autre côté, dans ses rapports avec les régimes de pension nationaux, le régime de pension des Communautés ne saurait conférer à l'assuré des droits qui seraient à charge des régimes de pension nationaux et qui seraient exorbitants par rapport aux droits que ces régimes reconnaissent à leurs affiliés (cf. arrêts des 17 décembre 1987 Commission c/ Grand-Duché de Luxembourg, et 4 mai 1988 Watgen c/ Caisse de pension des employés privés).

Or la législation luxembourgeoise, en ce qui concerne les régimes de pension contributifs, compte comme périodes effectives d'assurance toutes les périodes d'activité professionnelle ou périodes y assimilées pour lesquelles des cotisations ont été versées quelle que soit la caisse de pension à laquelle l'assuré a été affilié.

La loi du 28 juillet 2000 ayant pour objet la coordination des régimes de pension contributifs (secteur privé) et non contributifs (secteur public et assimilé) prévoit en son article 7 la totalisation des périodes d'assurance en disposant que " pour l'appréciation des conditions d'ouverture du droit à pension dans le régime général, les périodes de service qui sont computables pour le calcul de la pension dans le régime spécial transitoire sont assimilées à des périodes d'assurance au titre de l'article 171 du code des assurances sociales, pour autant qu'elles ne se superposent pas à des périodes visées aux articles 171, 172, 173, 173bis et 174 du même code ".

Ainsi l'ouverture du droit à une pension d'invalidité du régime spécial transitoire vaut accomplissement de la condition relative à l'invalidité exigée dans le régime général.

Sur le plan de l'Union Européenne, le principe de la totalisation des périodes d'assurance impose aux Etats membres de reconnaître aux périodes accomplies sous la législation des autres Etats membres les mêmes effets que la législation qu'elle applique rattache à celles accomplies sous cette même législation.

Pour que le statut des fonctionnaires communautaires puisse atteindre son objectif et que le principe de la liberté d'établissement soit respecté, il faut donc que l'intimé ne se retrouve pas dans une situation moins favorable que celle réservée aux assurés qui sont passés de la Caisse de pension des employés privés à un autre régime national ou étranger de pension. Il s'ensuit que pour la computation de la période de stage prévue à l'article 186 du code des assurances sociales, le régime de pension des fonctionnaires des communautés européennes est à assimiler à un régime de pension national, de sorte que l'intimée est tenue de prendre en considération l'activité professionnelle de l'appelant auprès de la Commission des Communautés Européennes pendant la période de référence du 1er mars 1998 au 28 février 2001 (cf. en ce sens Conseil supérieur des assurances sociales affaire Caisse de pension des employés privés c/ Retter, 8 mars 2000, n° reg. E 152/99).

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué et
contradictoirement entre parties,
déclare l'appel recevable et fondé,

RÉFORMANT:

dit que pour apprécier l'accomplissement de la période de stage de l'article 186 du code des assurances sociales, la Caisse de pension des employés privés est tenue de prendre en considération l'activité professionnelle de l'appelant auprès de la Commission des Communautés Européennes pendant la période de référence du 1er mars 1998 au 28 février 2001.

21

COUR DE CASSATION

08 juillet 2004

Attendu que l'article 39 paragraphe 2 du Traité instituant la Communauté Européenne exige " l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail " ;

Que d'après la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, les ressortissants d'un Etat membre, travaillant auprès d'une organisation communautaire sont à considérer comme travailleurs au sens de l'article 39 précité ;

Que l'interprétation strictement littérale des dispositions de l'article 186 du Code des assurances sociales créerait une inégalité au sens de la disposition de droit communautaire précitée ;

Qu'il appartient à la jurisprudence nationale de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences de ce droit supranational ;

Que par ces motifs de droit, substitués en tant que de besoin à ceux des juges d'appel, la décision déférée se trouve légalement justifiée ;

Que le moyen ne peut donc être accueilli ;

Le pourvoi est donc rejeté.

CPEP c/ G.

N°40 / 04 Numéro 2090 du registre.

Arrêt

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le Conseil arbitral des assurances sociales, avait confirmé une décision du comité-directeur de la CAISSE DE PENSION DES EMPLOYES PRIVES déboutant Serafin G.-, fonctionnaire européen qui avait été auparavant affilié à cet organisme de sécurité sociale, d'une demande en obtention d'une pension d'invalidité au motif que le requérant ne remplirait pas la condition de stage inscrite à l'article 186 du Code des assurances sociales, en refusant de prendre en considération pour satisfaire à cette exigence, les périodes d'assurance accomplies auprès du régime de pension des fonctionnaires des Communautés Européennes; que sur appel, le Conseil supérieur des assurances sociales, réformant, décida que la CAISSE DE PENSION DES EMPLOYES PRIVES devait, pour l'appréciation du stage requis par la législation nationale, tenir compte de l'activité professionnelle de Sérafin G.- auprès de la Commission des Communautés Européennes;

Sur le moyen:

tiré " de la violation pour fausse application, sinon pour fausse interprétation, de l'article 186 du Code des assurances sociales, première branche, en ce que l'arrêt attaqué a décidé, en son dispositif que pour apprécier l'accomplissement de la période de stage de l'article 186 du Code des assurances sociales, la CAISSE DE PENSION DES EMPLOYES PRIVES serait tenue, en vertu dudit article, de prendre en considération l'activité professionnelle de l'impétrant auprès de la Commission des Communautés Européennes pendant la période de référence en cause, de sorte, qu'en statuant ainsi, l'arrêt attaqué a violé le texte susmentionné conférant un droit à une pension d'invalidité avant l'âge de soixante-cinq ans à tout assuré remplissant les conditions y énumérées et justifiant d'un stage de douze mois d'assurance au moins effectué au titre -cette énumération étant exhaustive et limitative -des articles 171, 173 et 173 bis du même code, c'est-à-dire au titre ,respectivement, de l'assurance obligatoire,- de l'assurance continuée ou de l'assurance facultative, alors que selon les termes univoques de l'article 186 du Code des assurances sociales il échet, pour la computation de la période de stage y prévu, à prendre exclusivement en considération les périodes d'assurance réalisées au titre de l'assurance obligatoire, continuée ou facultative, régie par les prédicts articles 171, 173 et 173 bis du même code, de sorte que l'arrêt attaqué aurait dû décider que l'article 186 du Code des assurances sociales exclut la prise en considération des périodes d'assurance et de l'activité professionnelle réalisées auprès du régime de pension des Communautés Européennes, et seconde branche, en ce que l'arrêt attaqué, à dans l'exposé des motifs y contenus à l'appui de son dispositif a décidé que pour la computation de la période de stage prévue à

l'article 186 du Code des assurances sociales, le régime de pension des fonctionnaires des Communautés Européennes serait à assimiler à un, régime de pension national, de sorte qu'il y aurait lieu de prendre en considération pour ladite computation l'activité professionnelle de l'impétrant auprès de la Commission des Communautés Européennes, qu'en statuant ainsi, l'arrêt attaqué s'est livré à une fausse interprétation de l'article 186 précité qui ne prévoit nullement que, pour la computation de la période de stage y prévue, les périodes d'assurance accomplies auprès du régime de pension des fonctionnaires des Communautés Européennes seraient à assimiler à des périodes d'assurance accomplies dans le cadre du régime de pension national de sorte qu'il y aurait lieu de les prendre en considération, étant relevé par ailleurs qu'une telle assimilation n'est davantage prévue, ni par la loi du 28 juillet 2000 ayant pour objet la coordination des régimes légaux de pension, ni par le règlement (CEE) no 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés, et aux membres de leur famille se déplaçant à l'intérieur de la Communauté, ni par aucune autre disposition de droit interne ou de droit communautaire, alors que l'arrêt attaqué aurait dû décider que le prédict article 186 du Code des assurances sociales ne peut être interprété -ni directement, ni à la lumière de la loi précitée du 28 juillet 2000, du règlement (CCE) no 1408/71 ou de toute autre disposition de droit interne ou de droit européen -comme impliquant, pour la computation de la période de stage y prévue, la prise en considération des périodes d'assurance réalisées auprès du régime de pension des Communautés Européennes, alors que ce serait ajouter au texte un effet juridique qui n'y est pas prévu et qui ne peut en être déduit " ;

Mais attendu que l'article 39 paragraphe 2 du Traité instituant la Communauté Européenne exige " l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail " ;

Que d'après la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, les ressortissants d'un Etat membre, travaillant auprès d'une organisation communautaire sont à considérer comme travailleurs au sens de l'article 39 précité ;

Que l'interprétation strictement littérale des dispositions de l'article 186 du Code des assurances sociales créerait une inégalité au sens de la disposition de l'article 186 du Code des assurances sociales créerait une inégalité au sens de la disposition de droit communautaire précitée;

Qu'il appartient à la jurisprudence nationale de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences de ce droit supranational;

Que par ces motifs de droit, substitués en tant que de besoin à ceux des juges d'appel, la décision déférée se trouve légalement justifiée ;

Que le moyen ne peut donc être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

rejette le pourvoi ;

condamne la CAISSE DE PENSION DES EMPLOYES PRIVES aux frais de l'instance en cassation.

22

CONSEIL ARBITRAL DES ASSURANCES SOCIALES

26 mars 2003

Le requérant, dont les périodes d'assurance auprès du régime de pension des Communautés Européennes ne peuvent être prises en considération, ni au regard des textes légaux nationaux, ni au regard des textes communautaires, à les supposer d'application, ne peut faire valoir la période de stage minimale prévue à l'article 186 du CAS pour avoir droit à la pension d'invalidité.

Il est superfétatoire de saisir la CJCE de la question préjudiciale, tout en relevant qu'en application de l'article 234 du Traité CE sont seules tenues de saisir la CJCE les juridictions des Etats membres dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours de droit interne.

Le recours est déclaré non fondé , la décision entreprise est confirmée et il n'y a pas lieu à saisine de la CJCE.

P. c/CPEP

Reg. No E 11/02

voir aussi CSAS-20031112

voir aussi CASS-20040708

Arrêt

"Attendu que le requérant fait grief à une décision du comité-directeur de la Caisse de Pension des Employés Privés du 21 mars 2002 d'avoir, par confirmation de la décision présidentielle du 18janvier 2002, rejeté sa demande en obtention d'une pension d'invalidité au motif qu'il ne remplirait pas la condition de stage inscrite à l'article 186 du code des assurances sociales, la carrière d'assurance du requérant n ' affichant pendant la période de référence triennale du 7 décembre 1998 au 6 décembre 2001 aucun mois d'assurance, étant donné qu'il a travaillé en tant que fonctionnaire auprès de

l'Office des publications des Communautés Européennes et qu'il a cotisé à la Caisse de Pension des Communautés Européennes ;

Attendu que le comité-directeur de la Caisse de Pension des Employés Privés fait valoir qu'au niveau national la loi du 28 Juillet 2000 ayant pour objet la coordination des régimes légaux de pension (notamment les articles 2,7 et 17) prévoit la prise en compte des périodes d'assurance accomplies par les fonctionnaires de l'Etat, des communes, de la Société Nationale des Chemins de Fer luxembourgeois et des établissements publics pour l'appréciation des conditions d'ouverture du droit à pension dans le régime général d'assurance pension visé par le livre III du code des assurances sociales; ,

qu'au niveau international le règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté est l'instrument de coordination entre les régimes nationaux permettant la totalisation des périodes d'assurance accomplies sous la législation des Etats membres de la Communauté ;

que ni la loi de coordination du 28/07/2000, ni le règlement (CEE) n° 1408/71 ne font mention de dispositions relatives à la législation de l'assurance pension des fonctionnaires des Communautés Européennes et qu'en l'absence de texte légal afférent les périodes d'assurance réalisées auprès du régime de pension des fonctionnaires des Communautés Européennes ne sauraient partant être prises en considération par la Caisse de Pension des Employés Privés en vue de parfaire le stage de 12 mois d'assurance requis par l'article 186 du code des assurances sociales ;

Attendu que le requérant soutient que le refus de la Caisse de Pension des Employés Privés de prendre en considération les périodes d'assurance auprès d'une institution communautaire pour parfaire le droit à une pension d'invalidité auprès de ladite Caisse représente une violation du droit communautaire sur la libre circulation des travailleurs ;

qu'il demande partant, principalement, l'octroi de la pension d'invalidité sur la base de la totalisation des périodes d'assurance ;

qu'en ordre subsidiaire, il demande de voir poser à la Cour de Justice des Communautés Européennes la question préjudicielle suivante :

" le refus de prise en compte des périodes d'assurance effectuées auprès d'un régime de sécurité sociale d'un Etat membre de l'Union avec les périodes d'assurance effectuées auprès d'une institution européenne, et le refus de la part de l'organisme de sécurité sociale de ce même Etat membre de reconnaître le droit à une prestation d'invalidité, sont-ils compatibles avec le principe de la libre circulation énoncé aux articles 48-51 (ancienne numérotation) du Traité ? " ;

Attendu qu'il résulte des éléments de la cause que le sieur P. était au service en qualité de fonctionnaire titulaire de la Commission des Communautés Européennes depuis le 1er octobre 1981 au 31 décembre 1999 et qu'il a cotisé pendant la période précitée à la Caisse de Pension des Communautés Européennes ;

que par décision du 14 décembre 1999, prenant effet le 1er janvier 2000, le requérant a été mis à la retraite et admis au bénéfice d'une pension d'invalidité fixée conformément aux dispositions de l'article 78, alinéa 3 du Statut ;

Attendu que l'article 186 du code des assurances sociales dispose en effet qu'" a droit à une pension d'invalidité avant l'âge de soixante-cinq ans tout assuré justifiant d'un stage de douze mois d'assurance au moins au titre des articles 171, 173 et 173 bis pendant les trois années précédant la date de l'invalidité constatée par le médecin de contrôle ou de l'expiration de l'indemnité pécuniaire de maladie, s'il est atteint d'une invalidité au sens de l'article 187 ci-après ... " ;

Attendu que la loi du 28 juillet 2000 ayant pour objet la coordination des régimes légaux de pension s'applique toutes les fois qu'une personne a été soumise de façon successive ou concomitante au régime général et à un ou plusieurs régimes spéciaux transitoires (article 3), tels que définis à l'article 2 de la loi ;

que les dispositions précitées, y compris les articles 7 et 17, sont cependant inapplicables au présent litige, aucune disposition de la prédicta loi ne prévoyant la prise en considération des périodes d'assurance réalisées auprès du régime de pension des fonctionnaires des Communautés Européennes ;

Attendu qu'il y a par ailleurs lieu de noter que le règlement (CEE) 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, "aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté institue un régime de coordination et non d'harmonisation entre les régimes nationaux de sécurité sociale, le grand principe restant en la matière celui de la souveraineté nationale des Etats membres de la Communauté ;

que ce système européen de coordination des régimes de sécurité sociale des Etats membres a été conçu comme un corollaire du principe de libre circulation car les différences existant entre les régimes nationaux de sécurité sociale risquaient de constituer des obstacles à la libre circulation des travailleurs et de porter atteinte à la réalisation et au bon fonctionnement du Marché commun ;

qu'il se fonde sur l'article 42 du Traité CEE disposant que le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, " adopte, dans le domaine de la sécurité sociale, les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre

circulation des travailleurs, en instituant notamment un système permettant d'assurer aux travailleurs migrants et à leurs ayants droit :

- a) a totalisation, pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que pour le calcul de celles-ci, de toutes périodes prises en considération par les différentes législations nationales ;
- b) le paiement des prestations aux personnes résidant sur le territoire des Etats membres " ;

que la législation d'assurance invalidité luxembourgeoise relève des législations de type B qui garantissent des prestations en fonction de la durée d'affiliation et considèrent l'invalidité comme un état de vieillesse précoce, prestations qui sont réglées par les articles 40 et suivants du règlement précité pour les travailleurs salariés ou non salariés soumis soit exclusivement à ces législations soit à des législations de ce type et du type visé aux articles 37 et suivants;

Attendu cependant que le cas d'espèce soumis au Conseil arbitral des assurances sociales ne relève pas des champs d'application matériel et personnel du règlement (CEE) 1408/71 tels que définis aux articles 2, 4 et 40 du règlement ;

qu'aucune disposition du présent règlement ne fait référence au régime de l'assurance pension des fonctionnaires des Communautés Européennes ;

qu'il y a par ailleurs lieu de relever que, selon une jurisprudence constante de la Cour de Justice des Communautés Européennes, le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des Etats membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale (arrêts du 7 février 1984, Duphar e.a.) 238/82, Rec. P. 523, point 16, et du 17 juin 1997 Sodemare e.a., C- 70/95, Rec. P. 1-3395, point 27) ;

qu'en l'absence d'une harmonisation au niveau communautaire, il appartient à la législation de chaque Etat membre de déterminer, d'une part, les conditions du droit ou de l'obligation de s'affilier à un régime de sécurité sociale (arrêts du 24 avril 1980, Coonan, 110/79, Rec. P. 1445, point 12, et du 4 octobre 1991, Paraschi, C-349/87, Rec. P. 1-4501, point 15) et, d'autre part, les conditions qui donnent droit à des prestations (arrêt du 30 janvier 1997, Stober et Piosa Pereira, C-4/95 et C-5/95, Rec. p. 1-511, point 36) ;

que dans l'affaire Elissavet Paraschi contre Landesversicherungsanstalt Würtemberg (C-349/87) la CJCE dit pour droit que " les articles 48, paragraphe 2, et 51 du traité CEE (ancienne numérotation) doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce qu'une législation nationale rende plus rigoureuse les conditions d'octroi d'une pension d'invalidité, en ce sens que dorénavant une telle pension est allouée uniquement si l'assuré a exercé une activité soumise à l'assurance obligatoire et a versé au moins 36 mensualités au cours de la période de 60 mois

précédant la survenance de l'invalidité (période de référence), mais s'opposent à ce qu'une telle législation, qui permet, dans certaines conditions, la prorogation de la période de référence, ne prévoit pas une possibilité de prorogation lorsque des faits ou circonstances correspondant à ceux qui permettent la prorogation surviennent dans un autre Etat membre" ;

que l'avocat général Giuseppe TESAURO a conclu notamment que " le droit communautaire ne fait pas obstacle à la faculté du législateur national de subordonner la reconnaissance du droit à une

"prestation à l'accomplissement d'une période minimale d'assurance au cours d'une période de référence précédant la survenance du risque assuré" ;

que dans les affaires Augusto Pian contre Office national des pensions et Office national des pensions contre Ernesto Bianchin la CJCE a rappelé dans les arrêts du 5 avril 1990 que la question de la qualification, aux fins d'application des règles anticumul, de prestations relevant de différents régimes nationaux, relève du droit national ;

qu'il y a lieu de rapprocher ces jurisprudences d'un arrêt du Conseil supérieur des assurances sociales du 28 juin 2002 (ZWIJNENBURG A., veuve LEGRAND c/C.P.E;P.) qui a précisé qu'il appartient à la législation de chaque Etat membre de déterminer, d'une part, les conditions du droit ou de l'obligation de s'affilier à un régime de sécurité sociale, d'autre part, les conditions qui donnent lieu à des prestations et que l'article 229 " du code des assurances sociales, qui ne contient aucune discrimination fondée sur la nationalité et s'applique indistinctement aux nationaux et aux ressortissants des autres Etats membres, ne peut être considéré comme constituant une entrave à la libre circulation ;

Attendu qu'il résulte des considérations qui précèdent que te requérant, dont les périodes d'assurance auprès du régime de pension des Communautés Européennes ne peuvent être prises en considération, ni au regard des textes légaux nationaux, ni au regard des textes communautaires, à les supposer d'application, ne peut faire valoir la période de stage minimale prévue par l'article 186 du code des assurances sociales ;

que dans les conditions données, il est superfétatoire de saisir la C.J.C.S. d'une question préjudiciale, tout en relevant qu'en application de l'article 234 du Traité CE sont seules tenues de saisir la Cour de Justice des Communautés Européennes les juridictions des Etats membres dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours de droit interne (cf. Cour de Cassation 13.03.2003 Numéro 1956 du registre ZWIJNENBURG A., veuve LEGRAND c/C.P.E.P.) ;

qu'il s'en suit que le recours est à déclarer non fondé et que la décision entreprise est à confirmer ;

PAR CES MOTIFS,

le Conseil arbitral, statuant contradictoirement et en premier ressort, déclare le recours non fondé et confirme la décision entreprise ;
dit qu'il n'y a pas lieu à saisine de la Cour de Justice des Communautés Européennes.

23

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

12 novembre 2003

Pour que le statut des fonctionnaires communautaires puisse atteindre son objectif et que le principe de la liberté d'établissement soit respecté, il faut donc que l'intimé ne se retrouve pas dans une situation moins favorable que celle réservée aux assurés qui sont passés de la Caisse de pension des employés privés à un autre régime national ou étranger de pension. Il s'ensuit que pour la computation de la période de stage prévue à l'article 186 du code des assurances sociales, le régime de pension des fonctionnaires des communautés européennes est à assimiler à un régime de pension national, de sorte que l'intimé est tenue de prendre en considération l'activité professionnelle de l'appelant auprès de la Commission des Communautés Européennes pendant la période de référence du 7 décembre 1998 au 6 décembre 2001.

P. c/CPEP

No. du reg.: E 2003/0075 No.: 2003/0188

Arrêt

Par décision présidentielle du 18 janvier 2002, maintenue par décision de son comité-directeur du 21 mars 2002, la Caisse de pension des employés privés a rejeté cette demande comme non fondée par application de l'article 186 du code des assurances sociales qui dispose :

" A droit à une pension d'invalidité avant l'âge de soixante-cinq ans tout assuré justifiant d'un stage de douze mois d'assurance au moins au titre des articles 171 , 173 et 173bis pendant les trois années précédant la date de l'invalidité constatée par le médecin de contrôle ou de l'expiration de l'indemnité pécuniaire de maladie, s'il est atteint d'une invalidité au sens de l'article 187 ci-après... ".

La Caisse de pension des employés privés a relevé que la période triennale de référence s'étend du 7 décembre 1998 au 6 décembre 2001 et que pendant ce laps de temps P. n'avait effectué aucun mois d'assurance au titre

des articles 171 , 173 et 173bis, étant donné qu'il avait travaillé comme fonctionnaire auprès de la Commission des Communautés Européennes; que la loi du 28 juillet 2000 ayant pour objet la coordination des régimes légaux de pension ne prévoit pas la prise en compte des périodes d'assurance accomplies par les fonctionnaires au sein de la Commission des Communautés Européennes; que le règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté ne contient aucune disposition permettant d'assimiler les périodes d'assurance accomplies auprès du régime de pension des fonctionnaires des Communautés Européennes à des périodes d'assurance accomplies sous le régime de sécurité sociale national pour parfaire le stage prévu à l'article 186 du code des assurances sociales.

Le recours exercé par P. contre la décision du comité-directeur de la Caisse de pension des employés privés a été déclaré non fondé par le Conseil arbitral des assurances sociales par jugement du 26 mars 2003.

P. a relevé appel de ce jugement par requête déposée le 6 mai 2003 au secrétariat du Conseil supérieur des assurances sociales pour entendre faire droit à sa demande.

En ordre subsidiaire, il demande que le Conseil supérieur des assurances sociales soumette à la Cour de Justice Européenne une question préjudicielle libellée comme suit :

" le refus de prise en compte des périodes d'assurance effectuées auprès d'un régime de sécurité sociale d'un Etat membre de l'Union avec les périodes d'assurance effectuées auprès d'une Institution européennes, et le refus de la part de l'organisme de sécurité de ce même Etat membre de reconnaître le droit à une prestation d'invalidité, sont-ils compatibles avec le principe de la libre circulation énoncé aux articles 48-51 (ancienne numération) du traité? ".

La Cour de Justice des Communautés Européennes, dans ses arrêts des 20 octobre 1981 (Commission c/ Belgique, 137/80) et 4 mai 1988 (Watgen c/ Caisse de pension des employés privés, affaire 64/85), a relevé que, en instaurant un système de transfert des droits à pension, le statut des fonctionnaires vise à faciliter le passage des emplois nationaux, publics ou privés, à l'administration communautaire et à garantir ainsi aux Communautés les meilleures possibilités de choix d'un personnel qualifié déjà doté d'une expérience professionnelle appropriée; qu'ayant été fixé par le règlement n° 259/68 du Conseil qui comporte tous les caractères définis par l'article 189, alinéa 2, du traité CEE, le statut des fonctionnaires est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout Etat membre; qu'il en résulte qu'en dehors des effets que le statut déploie dans l'ordre intérieur de l'administration communautaire, il oblige également les

Etats membres dans toute la mesure ou leur concours est nécessaire à sa mise en œuvre; que dans le cas où une disposition du statut requiert des mesures d'application sur le plan national, les Etats membres sont donc tenus d'adopter toutes mesures générales ou particulières appropriées, en vertu de l'article 5 du traité CEE.

Dans son arrêt du 18 avril 1989 (Retter c/ Caisse de pension des employés privés, affaire 130/87) la Cour de Justice des Communautés Européennes a réitéré le principe suivant lequel l'article 11, paragraphe 2, de l'annexe VIII du statut des fonctionnaires de la CECA doit être interprété en ce sens qu'il a exclu, dès son entrée en vigueur le 1er janvier 1962, l'application d'une législation nationale en vertu de laquelle un fonctionnaire communautaire, ayant été affilié à la sécurité sociale de cet État membre, était obligé de renoncer définitivement, contre le versement d'une indemnité de rachat limité à ses propres cotisations, aux droits à pension acquis antérieurement dans le système national, sans avoir la possibilité de maintenir ou de faire transférer ces droits à pension vers le régime communautaire.

Dans ces arrêts, la Cour a souligné plus particulièrement que le passage vers la fonction publique européenne doit être facilité par des mécanismes qui assurent que les droits acquis par les fonctionnaires communautaires dans leurs propres Etats, nonobstant leur caractère éventuellement limité ou même conditionnel ou futur ou leur insuffisance pour permettre le bénéfice immédiat d'une pension, puissent être conservés au profit du fonctionnaire et être pris en compte par le régime de pension auquel l'intéressé se trouve affilié à la fin de sa carrière professionnelle.

L'article 11, 2, de l'annexe VIII du statut, pris ensemble avec le principe de la libre circulation des travailleurs inscrit aux articles 39 à 42 du Traité instituant la Communauté Européenne (version consolidée) dont l'article 11 susdit n'est qu'une application, implique partant, bien qu'il ne traite que du transfert des droits à pension, que le fonctionnaire qui entre au service des Communautés après avoir cessé ses activités auprès d'une administration, d'une organisation nationale ou internationale ou exercé une activité salariée ou non salariée et qui n'opte pas pour un transfert des droits à pension, puisse conserver ses droits acquis et les exercer dans les mêmes conditions qu'un assuré qui, au lieu d'être soumis au régime de pension des Communautés, est passé sous un autre régime de pension national que ce soit dans l'Etat membre d'origine, soit dans un autre Etat membre.

Cependant, d'un autre côté, dans ses rapports avec les régimes de pension nationaux, le régime de pension des Communautés ne saurait conférer à l'assuré des droits qui seraient à charge des régimes de pension nationaux et qui seraient exorbitants par rapport aux droits que ces régimes reconnaissent à leurs affiliés (cf. arrêts des 17 décembre 1987 Commission c/ Grand-Duché de Luxembourg, et 4 mai 1988 Watgen c/ Caisse de pension des employés privés).

Or la législation luxembourgeoise, en ce qui concerne les régimes de pension contributifs, compte comme périodes effectives d'assurance toutes les périodes d'activité professionnelle ou périodes y assimilées pour lesquelles des cotisations ont été versées quelle que soit la caisse de pension à laquelle l'assuré a été affilié.

La loi du 28 juillet 2000 ayant pour objet la coordination des régimes de pension contributifs (secteur privé) et non contributifs (secteur public) prévoit en son article 7 la totalisation des périodes d'assurance en disposant que " pour l'appréciation des conditions d'ouverture du droit à pension dans le régime général, les périodes de service qui sont computables pour le calcul de la pension dans le régime spécial transitoire sont assimilées à des périodes d'assurance au titre de l'article 171 du code des assurances sociales, pour autant qu'elles ne se superposent pas à des périodes visées aux articles 171, 172, 173, 173bis et 174 du même code ".

Ainsi l'ouverture du droit à une pension d'invalidité du régime spécial transitoire vaut accomplissement de la condition relative à l'invalidité exigée dans le régime général.

Sur le plan de l'Union Européenne, la totalisation des périodes d'assurance impose aux Etats membres de reconnaître aux périodes accomplies sous la législation des autres Etats membres les mêmes effets que la législation qu'elle applique rattachée à celles accomplies sous cette même législation.

Pour que le statut des fonctionnaires communautaires puisse atteindre son objectif et que le principe de la liberté d'établissement soit respecté, il faut donc que l'intimé ne se retrouve pas dans une situation moins favorable que celle réservée aux assurés qui sont passés de la Caisse de pension des employés privés à un autre régime national ou étranger de pension. Il s'ensuit que pour la computation de la période de stage prévue à l'article 186 du code des assurances sociales, le régime de pension des fonctionnaires des communautés européennes est à assimiler à un régime de pension national, de sorte que l'intimée est tenue de prendre en considération l'activité professionnelle de l'appelant auprès de la Commission des Communautés Européennes pendant la période de référence du 7 décembre 1998 au 6 décembre 2001.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué et
contradictoirement entre parties,
déclare l'appel recevable et fondé,

RÉFORMANT:

dit que pour apprécier l'accomplissement de la période de stage de l'article 186 du code des assurances sociales, la Caisse de pension des employés privés est tenue de prendre en considération l'activité professionnelle de l'appelant auprès de la Commission des Communautés Européennes pendant la période de référence du 7 décembre 1998 au 6 décembre 2001.

24**COUR DE CASSATION****18 juillet 2004**

Attendu que l'article 39 paragraphe 2 du Traité instituant la Communauté Européenne exige " l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail " ;

Que d'après la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, les ressortissants d'un Etat membre, travaillant auprès d'une organisation communautaire sont à considérer comme travailleurs au sens de l'article 39 précité ;

Que l'interprétation strictement littérale des dispositions de l'article 186 du Code des assurances sociales créerait une inégalité au sens de la disposition de droit communautaire précitée ;

Qu'il appartient à la jurisprudence nationale de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences de ce droit supranational ;

Que par ces motifs de droit, substitués en tant que de besoin à ceux des juges d'appel, la décision déférée se trouve légalement justifiée ;

Que le moyen ne peut donc être accueilli ;

Le pourvoi est donc rejeté.

CPEP c/ P.

Numéro 2089 du registre
N°39/ 04.

Arrêt

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le Conseil arbitral des assurances sociales, avait confirmé une décision du comité-directeur de la CAISSE DE PENSION DES EMPLOYES PRIVES déboutant P., fonctionnaire européen qui avait été auparavant affilié à cet organisme de sécurité sociale, d'une demande en

obtention d'une pension d'invalidité au motif que le requérant ne remplirait pas la condition de stage inscrite à l'article 186 du Code des assurances sociales, en refusant de prendre en considération pour satisfaire à cette exigence, les périodes d'assurance accomplies auprès du régime de pension des fonctionnaires des Communautés Européennes; que sur appel, le Conseil supérieur des assurances sociales, réformant, décida que la CAISSE DE PENSION DES EMPLOYES PRIVES devait, pour l'appréciation du stage requis par la législation nationale, tenir compte de l'activité professionnelle de P. auprès de la Commission des Communautés Européennes ;

Sur le moyen tiré de la violation pour fausse application, sinon pour fausse interprétation, de l'article 186 du Code des assurances sociales, première branche, en ce que l'arrêt attaqué a décidé, en son dispositif que pour apprécier l'accomplissement de la période de stage de l'article 186 du Code des assurances sociales, la CAISSE DE PENSION DES EMPLOYESPRIVES serait tenue en vertu dudit article, de prendre en considération l'activité professionnelle de l'impétrant auprès de la Commission des Communautés Européennes pendant la période de référence en cause, de sorte qu'en statuant ainsi, l'arrêt attaqué a violé le texte susmentionné conférant un droit à une pension d'invalidité avant l'âge de soixante-cinq ans à tout assuré remplissant les conditions y énumérées et justifiant d'un stage de douze mois d'assurance au moins effectué au titre - cette énumération étant exhaustive et limitative - des articles 171, 173 et 173bis du même code, c'est-à-dire au titre, respectivement, de l'assurance obligatoire, de l'assurance continuée ou de l'assurance facultative, alors que selon les termes univoques de l'article 186 du Code des assurances sociales il échet, pour la computation de la période de stage y prévu, de prendre exclusivement en considération les périodes d'assurance réalisées au titre de l'assurance obligatoire, continuée ou facultative, régie par les prédicts articles 171, 173 et 173 bis du même code, de sorte que l'arrêt attaqué aurait dû décider que l'article 186 du Code des assurances sociales exclut la prise en considération des périodes d'assurance et de l'activité professionnelle réalisées auprès du régime de pension des Communautés Européennes, et seconde branche, en ce que l'arrêt attaqué, dans l'exposé des motifs y contenus à l'appui de son dispositif a décidé que pour la computation de la période de stage prévue à l'article 186 du Code des assurances sociales, le régime de pension des fonctionnaires des Communautés Européennes serait à assimiler à un régime de pension national, de sorte qu'il y aurait lieu de prendre en considération pour ladite computation l'activité professionnelle de l'impétrant auprès de la Commission des Communautés Européennes, qu'en statuant ainsi, l'arrêt attaqué s'est livré à une fausse interprétation de l'article 186 précité qui ne prévoit nullement que, pour la computation de la période de stage y prévue, les périodes d'assurance accomplies auprès du régime de pension des fonctionnaires des Communautés Européennes seraient à assimiler à des périodes d'assurance accomplies dans le cadre du régime de pension

national de sorte qu'il y aurait lieu de les prendre en considération, étant relevé par ailleurs qu'une telle assimilation n'est davantage prévue, ni par la loi du 28 juillet 2000 ayant pour objet la coordination des régimes légaux de pension, ni par le règlement (CEE) no 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés, et aux membres de leur famille se déplaçant à l'intérieur de la Communauté, ni par aucune autre disposition de droit interne ou de droit communautaire, alors que l'arrêt attaqué aurait dû décider que le prédict article 186 du Code des assurances sociales ne peut être interprété -ni directement, ni à la lumière de la loi précitée du 28 juillet 2000, du règlement (CCE) no 1408/71 ou de toute autre disposition de droit interne ou de droit européen -comme impliquant, pour la computation de la période de stage y prévue, la prise en considération des périodes d'assurance réalisées auprès du régime de pension des Communautés Européennes, alors que ce serait ajouter au texte un effet juridique qui n'y est pas prévu et qui ne peut en être déduit .

Mais attendu que l'article 39 paragraphe 2 du Traité instituant la Communauté Européenne exige " l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail " ;

Que d'après la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, les ressortissants d'un Etat membre, travaillant auprès d'une organisation communautaire sont à considérer comme travailleurs au sens de l'article 39 précité ;

Que l'interprétation strictement littérale des dispositions de l'article 186 du Code des assurances sociales créerait une inégalité au sens de la disposition de droit communautaire précitée ;

Qu'il appartient à la jurisprudence nationale de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences de ce droit supranational ;

Que par ces motifs de droit, substitués en tant que de besoin à ceux des juges d'appel, la décision déférée se trouve légalement justifiée ;

Que le moyen ne peut donc être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

rejette le pourvoi ;

condamne la CAISSE DE PENSION DES EMPLOYES PRIVES aux frais de l'instance en cassation.

25**CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES**

24 février 2003

Tandis que le président du comité-directeur, respectivement son délégué, sont seuls compétents pour prendre des décisions en matière de prestations individuelles, telle p.ex. la fixation du quantum de la prestation en nature ou en espèces, la décision relative à la suspension, à la réduction et à la suppression de l'indemnité pécuniaire de maladie doit intervenir par décision conjointe du président et du vice-président.

En l'espèce le président et le vice-président de la Caisse de maladie des employés privés n'ont pas suspendu, réduit ou supprimé une indemnité pécuniaire de maladie dont l'assurée était bénéficiaire mais ont simplement refusé de faire droit à sa demande tendant à l'allocation d'une indemnité pécuniaire de maladie.

Une telle décision de refus n'est pas à prendre conjointement par le président et le vice-président mais doit être prise en application de la procédure de droit commun prévue par l'article 55, alinéa 3 du code des assurances sociales.

V. , c/CMEP

No. du reg.: CMEPPA 2003/0021 No.: 2003/0043

Arrêt

Par décision conjointe du 9 décembre 2002 le président et le vice-président du comité-directeur de la Caisse de maladie des employés privés ont rejeté la demande de Chantal V. tendant à l'obtention d'une indemnité pécuniaire de maladie au motif que son affiliation auprès de la caisse de maladie des employés privés serait venue à échéance le 30 juin 2002 et que le début de son incapacité de travail fixé au 4 juillet 2002 remonterait dès lors à une date se situant après l'échéance du risque maladie-maternité.

Par jugement du 13 janvier 2003, le Conseil arbitral des assurances sociales, statuant sur le recours formé par Chantal V. contre cette décision décida qu'il n'y aurait pas lieu à application de la procédure prévue par l'article 55, alinéa 5 nouveau du code des assurances sociales. Il annula la décision du 9 décembre 2002 et renvoya le dossier devant l'organe de décision administratif compétent de la Caisse de maladie des employés privés pour nouvelle décision à prendre conformément à la procédure prévue par l'article 55, alinéa 3 du code des assurances sociales.

Pour statuer comme ils l'ont fait les juges de première instance ont, après avoir relevé que la décision critiquée avait été prise en application de la procédure accélérée de l'article 55, alinéa 5 du code des assurances sociales, dit que Chantal V. n'avait pas été en mesure de fournir ses moyens

de preuve et de faire valoir ses arguments au cours de la procédure administrative; que la décision entreprise était à annuler pour non-observation des dispositions de la loi du 1er décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes alors qu'il ne résultait pas du dossier administratif que l'assurée avait été informée par la caisse de maladie par une décision administrative préalable qu'elle disposait du droit de faire valoir ses observations; que les dispositions de l'article 55, alinéa 3 du code des assurances sociales prévoient une procédure spéciale prévoyant des garanties pour l'administré et des règles de procédure administrative particulières tenant compte d'une façon suffisante des droits et de la protection des personnes assurées et permettant à ceux-ci de préparer utilement leurs moyens de preuve et arguments et de compléter le dossier par les pièces nécessaires pouvant servir de fondement à l'appui de la demande.

Ce jugement a été entrepris par la Caisse de maladie des employés privés selon requête déposée le 28 janvier 2003.

L'appelante conclut en premier lieu à l'annulation du jugement de première instance pour défaut de motivation, sinon pour motivation insuffisante voire obscure étant donné qu'il serait impossible de déterminer les raisons précises de la prétendue inapplicabilité de l'article 55, alinéa 5 et plus particulièrement de savoir si le problème résiderait dans une question de champ d'application ou dans la prétendue violation de la loi du 1er décembre 1978 et du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 dans la mesure où l'article 55, alinéa 5 ne prévoirait pas des garanties au moins équivalentes à celles contenues dans la prédite loi et son règlement d'application; qu'à supposer que le motif d'inapplicabilité serait la violation de la loi du 1er décembre 1978 et de son règlement d'application, il serait tout aussi impossible de déterminer les raisons pour lesquelles le Conseil arbitral des assurances sociales estimerait que l'article 55, alinéa 5 du code des assurances sociales ne présenterait pas des garanties au moins équivalentes, et plus particulièrement de savoir si le problème résiderait dans la diminution des délais de recours ou dans le défaut d'information préalable de l'assurée; que de même le jugement resterait muet sur les raisons qui permettraient d'estimer que l'article 55, alinéa 3 prévoirait des garanties au moins équivalentes; que plus concrètement le jugement ne préciserait pas quelles sont les garanties que n'offrirait pas l'article 55, alinéa 5 et qui seraient prévues par l'article 55, alinéa 3.

La Caisse de maladie des employés privés conclut encore à l'annulation du jugement entrepris pour contradiction des motifs dans la mesure où les premiers juges invoquaient la violation de la loi du 1er décembre 1978 et de

son règlement d'application tout en dictant l'application de l'article 55, alinéa 3 du code des assurances sociales en lieu et place de cette même loi.

Pour ce qui est du fond, l'appelante soutient que le litige ne porterait stricto sensu que sur une question de suppression de l'indemnité pécuniaire de maladie et nullement sur une question d'affiliation ou d'ordre médical et que l'article 55, alinéa 5 du code des assurances sociales aurait vocation à s'appliquer même dans les dossiers d'incapacité de travail indemnisables par la Caisse de maladie des employés privés et ne donnant pas lieu à réinsertion professionnelle.

La Caisse de maladie des employés privés fait encore valoir que le caractère accéléré de la procédure a été institué dans l'intérêt de la protection de l'assuré de sorte que l'article 55, alinéa 5 du codes assurances sociales doit être considéré comme offrant plus de protection à l'assuré que l'article 55, alinéa 3.

Elle soutient enfin en ce qui concerne le défaut d'information préalable de l'assuré que l'article 55, alinéa 5 ne se différencie pas sur ce point de l'article 55, alinéa 3 et que dès lors si l'article 55, alinéa 3 est considéré comme offrant des garanties au moins équivalentes, à fortiori doit-il en être ainsi de l'article 55, alinéa 5.

L'intimée qui a conclu en première instance à l'annulation de la décision du 9 décembre 2002 au motif que la procédure de l'article 55, alinéa 5 du code des assurances sociales ne serait pas à appliquer en l'espèce eu égard au fait que le litige concernerait uniquement le paiement d'une indemnité pécuniaire de maladie se rapportant à une période d'incapacité de travail transitoire, déclare se rapporter à prudence de justice en ce qui concerne la procédure applicable au présent litige. Elle conclut pour le surplus à l'octroi de l'indemnité pécuniaire de maladie en se prévalant du deuxième avenant à son contrat de mission duquel il résulterait qu'elle a travaillé jusqu'au 5 juillet 2002.

Le moyen tendant à l'annulation du jugement de première instance pour défaut de motivation, sinon pour motivation insuffisante voire obscure n'est pas fondé. Les premiers juges, en disant que la décision conjointe du président et du vice-président du comité-directeur de la Caisse de maladie des employés privés du 9 décembre 2002 était à annuler pour non-observation des dispositions de la loi du 1er décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes alors qu'il ne résultait pas du dossier administratif que l'assurée avait été informée par la caisse de maladie par une décision administrative préalable qu'elle disposait du droit de faire valoir ses observations et en renvoyant le dossier devant l'organe de décision administratif compétent pour nouvelle décision conformément à la procédure

administrative instituée par l'article 55, alinéa 3 du code des assurances sociales, procédure qui présente selon eux des garanties pour l'administré en lui permettant de préparer utilement ses moyens de preuve et arguments et de compléter le dossier par les pièces nécessaires pouvant servir de fondement à l'appui de la demande, ont suffisamment motivé leur décision, le fait qu'ils n'ont pas précisé quelles sont les garanties que n'offre pas l'article 55, alinéa 5 du code des assurances sociales et qui seraient prévues par l'article 55, alinéa 3 du même code étant sans incidence à cet égard.

Le moyen tendant à l'annulation du jugement de première instance pour contradiction de motifs valant absence de motifs et tiré de ce que les premiers juges auraient invoqué la violation de la loi du 1er décembre 1978 et de son règlement d'application tout en rendant applicable l'article 55, alinéa 3 du code des assurances sociales en lieu et place de cette même loi n'est pas non plus fondé. Les juges de première instance ont en effet très bien pu, après avoir constaté que les dispositions de la loi du 1er décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes n'avaient pas été observées, décider sans se contredire que la procédure de l'article 55, alinéa 3 du code des assurances sociales présentant des garanties équivalentes à celles prévues par la procédure administrative non contentieuse de droit commun était applicable.

Le fond du litige

A la suite de la modification apportée par la loi du 25 juillet 2002, l'article 55 du code des assurances sociales, dans ses dispositions qui intéressent le présent litige, prend la teneur suivante :

- 1) Dans le cadre des attributions de la caisse de maladie, le comité-directeur est compétent pour toutes les matières non attribuées à un autre organe de la caisse.
- 2) Il lui appartient notamment :
 - de représenter judiciairement et extrajudiciairement la caisse;
 - de prendre les décisions individuelles, sans préjudice de l'article 55, alinéas 4 et 5 en matière de prestations à l'exclusion de celles concernant les prestations prises directement en charge par l'UNION DES CAISSES DE MALADIE;
 - d'établir le budget.... etc
- 3) Toute question à portée individuelle en matière de prestations ou d'amendes d'ordre peut faire l'objet d'une décision du président du comité-directeur ou de son délégué. Cette décision est acquise à défaut d'une opposition écrite de l'intéressé dans les quarante jours de la notification. L'opposition est vidée par le comité-directeur.

- 4) Tout litige au sujet d'un tarif.....etc fait l'objet d'une décision du président du comité-directeur...etc
- 5) Toute décision de suspension, de réduction ou de suppression de l'indemnité pécuniaire de maladie fait l'objet d'une décision conjointe du président et du vice-président du comité. En cas de désaccord entre le président et le vice-président, le comité directeur statuera endéans la huitaine. Cette décision acquise à défaut d'un recours introduit par l'intéressé devant le Conseil arbitral des assurances sociales.....

Il se dégage de l'agencement du texte actuel que la compétence du comité-directeur est subsidiaire par rapport à celle de son président et encore subsidiaire par rapport à la décision conjointe à intervenir sur le fondement de l'alinéa 5. Tandis que le président du comité-directeur, respectivement son délégué, sont seuls compétents pour prendre des décisions en matière de prestations individuelles, telle p.ex. la fixation du quantum de la prestation en nature ou en espèces, la décision relative à la suspension, à la réduction et à la suppression de l'indemnité pécuniaire de maladie doit intervenir par décision conjointe du président et du vice-président. En d'autres termes, le président seul n'est pas compétent si le litige porte sur un problème de suspension, de réduction ou de suppression de l'indemnité pécuniaire de maladie.

L'article 55 s'inscrit dans le livre 1er du code des assurances sociales qui traite de l'assurance maladie-maternité et ne concerne pas l'assurance invalidité. Les seules modifications apportées par le nouveau texte de loi dans l'assurance maladie visent outre l'article 55, les articles 14 et 15 en ce que la caisse de maladie doit dorénavant faire procéder à un examen médical dans un certain délai et en ce que la cessation de l'indemnité pécuniaire de maladie est prévue pour le cas du reclassement.

Il n'y a dans le cadre de l'application de l'article 55 du code des assurances sociales pas lieu de distinguer selon la durée de la maladie et les conséquences de celle-ci sur la capacité de travail de l'assuré social. Il faut, au contraire, se limiter à rechercher, dans un premier temps, s'il s'agit d'un cas de suspension, de réduction ou de suppression de l'indemnité pécuniaire, cas où la décision est prise sur pied de l'article 55, alinéa 5 conjointement par le président et le vice-président, ou s'il s'agit d'une décision sur une prestation de nature autre et de portée autre, cas où le président est seul compétent conformément à l'article 55, alinéa 3.

En l'espèce le président et le vice-président de la Caisse de maladie des employés privés n'ont pas suspendu, réduit ou supprimé une indemnité pécuniaire de maladie dont Chantal V. était bénéficiaire mais ont simplement refusé de faire droit à sa demande tendant à l'allocation d'une indemnité pécuniaire de maladie.

Une telle décision de refus n'est pas à prendre conjointement par le président et le vice-président mais doit être prise en application de la procédure de droit commun prévue par l'article 55, alinéa 3 du code des assurances sociales.

Le jugement entrepris est partant à confirmer bien que pour d'autres motifs.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué et
contradictoirement entre parties,
reçoit l'appel en la forme,
le dit non fondé,
partant confirme le jugement entrepris.

26

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

31 janvier 2003

Le fait que le président du Conseil arbitral des assurances sociales cumule dans son chef les fonctions de conseiller d'Etat et de magistrat d'une juridiction sociale n'est, en l'espèce, pas constitutif d'une irrégularité et n'est pas contraire à l'exigence d'impartialité requise par l'article 6 de la CEDH.

Il appartient au législateur de déterminer la procédure civile. Ainsi, des délais de convocation et de prononcé ont été prévus dans divers textes de loi sans que l'on puisse parler d'immixtion.

Or, la nécessité d'observer les délais de convocation, qui relèvent des droits de la défense, P. toutes considérations - le cas échéant justifiables du législateur - de nature à imposer, dans l'intérêt de l'assuré social, une procédure accélérée en la matière.

Il se dégage de l'agencement du texte actuel de l'article 55 que la compétence du comité-directeur est subsidiaire par rapport à celle de son

président et encore subsidiaire par rapport à la décision conjointe à intervenir sur le fondement de l'alinéa 5.

Tandis que le président du comité-directeur, respectivement son délégué, sont seuls compétents pour prendre des décisions en matière de prestations individuelles, telle p.ex. la fixation du quantum de la prestation en nature ou en espèces, la décision relative à la suspension, à la réduction et à la suppression de l'indemnité pécuniaire de maladie doit intervenir par décision conjointe du président et du vice-président. En d'autres termes, le président seul n'est pas compétent si le litige porte sur un problème de suspension, de réduction ou de suppression de l'indemnité pécuniaire de maladie.

Une décision de surséance n'est pas visée par le texte spécial de l'article 55 alinéa 5 de sorte qu'elle relève du texte général de l'article 55 alinéa 3.

CMO c/ S.

No. du reg.: CMOPA 2002/0185 No.: 2003/0022
voir aussi : CASS-20031218

Arrêt

Par décision du 21 octobre 2002, prise par la Présidente et le Vice-Président de la Caisse de maladie des ouvriers, le droit de S. à des prestations pécuniaires de maladie pendant la période du 28 juin 2002 au 27 juillet 2002 avait été tenu en suspens au motif que ni les dispositions de l'article 172 alinéa 1er des statuts de l'UNION DES CAISSES DE MALADIE, ni celles de l'article 8 de la Convention sur la sécurité sociale entre le Luxembourg et la Tunisie n'auraient été observées.

Par recours déposé le 6 novembre 2002, l'assuré social saisit le Conseil arbitral des assurances sociales de son recours.

Par jugement du 5 décembre 2002, le Conseil arbitral des assurances sociales décida qu'il n'y aurait pas lieu à application de la procédure prévue par l'article 55 alinéa 5 nouveau du code des assurances sociales. Il annula en conséquence la décision du 21 octobre 2002 et renvoya le dossier devant l'organe de décision administratif compétent de la Caisse de maladie pour nouvelle décision à prendre conformément à la procédure prévue par l'article 55, alinéa 3 du code des assurances sociales.

Pour décider ainsi, le Conseil arbitral des assurances sociales examina les objectifs du nouvel alinéa 5 de l'article 55 pour en déduire que la problématique soumise ne relèverait ni d'une démarche vers l'octroi de la pension d'invalidité, ni vers une réinsertion professionnelle, seuls cas visés par cette disposition légale, mais concernerait uniquement le paiement de l'indemnité pécuniaire de maladie qui continuerait, comme par le passé, à être régie par l'article 55, alinéa 3 du code des assurances sociales.

Ce jugement, notifié le 12 décembre 2002, a été entrepris par la Caisse de maladie selon recours déposé le 23 décembre 2002.

L'appelante soulève en ordre principal une violation de l'article 6 § 1 de la CEDH en ce que son droit à un juge indépendant et impartial aurait été violé par le fait que le magistrat ayant présidé la composition en première instance serait également Vice-Président du Conseil d'Etat, appelé à délibérer en séance plénière sur les projets et propositions de loi. Par le cumul des fonctions de magistrat au Conseil arbitral des assurances sociales et de conseiller d'Etat, le principe de la séparation des pouvoirs ne serait plus garanti.

Pour ce qui est du fond, l'appelante reproche aux premiers juges une interprétation erronée de l'article 55 alinéa 5 qui ne limiterait daucune façon son champ d'application, mais viserait toutes les alternatives de non-paiement ou de limitation des prestations en espèce.

En dernier lieu, l'appelante s'est réservé le droit de soulever en appel la question de la conformité de la loi du 25 juillet 2002 par rapport aux dispositions constitutionnelles garantissant l'indépendance du pouvoir judiciaire pour autant que la loi a imposé aux juridictions sociales un délai comminatoire endéans lequel une décision doit intervenir. Elle a formulé le moyen oralement à l'audience.

Selon l'intimé, il n'y pas d'incompatibilité entre les deux fonctions exercées par le président du Conseil arbitral des assurances sociales et il n'est pas établi que le président ait collaboré à l'avis émis par le Conseil d'Etat.

La violation de l'article 6 § 1 de la CEDH et la séparation des pouvoirs

L'article 6 (1) prévoit que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi.

Le moyen de nullité tel que libellé vise tant l'absence d'indépendance du président du Conseil arbitral des assurances sociales que le doute quant à son impartialité.

L'indépendance

Selon l'appelante, " du fait que le magistrat, présidant le Conseil arbitral des assurances sociales, cumule les fonctions de juge et de conseiller d'Etat, le principe de la séparation des pouvoirs n'est plus garanti. En effet, ledit magistrat doit juger, appliquer et interpréter les lois et règlements alors qu'auparavant, il est déjà intervenu dans le processus d'élaboration des mêmes textes ".

Il n'est pas soutenu et il n'est pas établi que le président du Conseil arbitral des assurances sociales, Claude BICHELER, ait été présent lors de

l'Assemblée plénière du Conseil d'Etat appelée à délibérer sur le projet de loi no 4872 aboutissant à la loi du 25 juillet 2002. Il n'est pas non plus établi qu'il ait participé aux délibérations. Faute de preuve, le Conseil supérieur des assurances sociales doit donc admettre que tel n'était pas le cas.

De la seule circonstance que le magistrat concerné est membre du Conseil d'Etat, on ne saurait inférer un manque d'indépendance.

Le fait que les délibérations du Conseil d'Etat en date des 18 juin 2002 (délibération sur l'avis du Conseil d'Etat) et 2 juillet 2002 (délibérations sur l'avis complémentaire) et la dispense du second vote du 19 juillet 2002 ont été prises en séance plénière ne permet pas de dire que le président du Conseil arbitral des assurances sociales soit intervenu activement dans le processus de délibération et qu'il ait effectivement siégé dans la formation consultative.

Le moyen est donc à rejeter pour autant que l'indépendance du président du Conseil arbitral des assurances sociales est visée et par là une violation du principe de la séparation des pouvoirs.

L'impartialité

Il faut souligner d'emblée que s'il est certes vrai que ledit texte constitue un moyen d'ordre public, qui peut être présenté pour la première fois devant la Cour de cassation, toujours est-il que l'appelante n'avait pas soulevé le moyen en première instance et avait accepté de poursuivre l'instance devant la composition en charge du dossier de sorte qu'il faut admettre qu'au moment des plaidoiries en première instance la Caisse de maladie ne doutait pas de l'impartialité de la composition en général, ni de son président en particulier et ce malgré le fait qu'elle ne pouvait ignorer que ce dernier cumule dans son chef les fonctions de conseiller d'Etat et de magistrat d'une juridiction sociale.

La jurisprudence de la Cour EDH favorise une interprétation extensive du droit fondamental tiré de l'article 6 (1) en examinant l'impartialité du juge non seulement de manière subjective, mais encore de manière objective.

Il n'est pas établi qu'il y ait eu confusion, pour le présent dossier, dans le chef de Claude BICHELER de fonctions consultatives et juridictionnelles. Aucun parti pris, aucun préjugé ne lui est reproché. Le Conseil supérieur des assurances sociales constate au demeurant que le Conseil arbitral des assurances sociales s'est exprimé de façon objective, neutre et impartiale.

L'impartialité objective s'apprécie au regard de la " théorie des apparences " en fonction des garanties qu'offre la juridiction pour éliminer, aux yeux du justiciable, tout doute légitime sur son impartialité. Il faut rechercher si les fonctions précédemment exercées par le juge et les actes qu'il a accomplis légitiment chez le justiciable la crainte que ce magistrat n'offre pas lui-même,

et que la juridiction au sein de laquelle il opère n'offre pas avec lui, des garanties suffisantes d'impartialité.

Il a été dit ci-avant que le président du Conseil arbitral des assurances sociales n'a pas émis d'avis sur le projet de loi et qu'il n'a pas été présent lors de la séance plénière appelée à délibérer sur l'avis du Conseil d'Etat. Il n'est donc pas établi que le président du Conseil arbitral des assurances sociales se soit prononcé antérieurement en sa qualité de conseiller d'Etat sur ce qui fait actuellement l'objet du débat. Il n'a donc pas eu, avant le procès, une connaissance approfondie du dossier, en sorte qu'il n'a pu se former par avance une opinion de nature à influencer le jugement dans un sens ou un autre.

Le Conseil arbitral des assurances sociales était saisi d'une question de pur droit non soumise comme telle au Conseil d'Etat et pas dans le débat lors de ses délibérations.

L'appelante n'avait donc aucune raison objective et sérieuse de craindre que le président du Conseil arbitral des assurances sociales et la composition entière ne puissent se déjuger respectivement se distancer d'une position prise et que le débat en première instance soit faussé pour cette raison.

Il est certes vrai que le Conseil arbitral des assurances sociales a basé sa décision sur les travaux préparatoires, mais il s'est surtout inspiré de l'exposé des motifs en se bornant à relever que " le Conseil d'Etat reprend dans son avis du 18 juin 2002 en principe ce système de protection avec ses différentes étapes et avec sa finalité ". La recherche de l'intention du législateur constitue une démarche d'usage en présence d'un texte sujet à interprétation et aucune déduction sur la partialité du magistrat ne saurait être déduite de cette approche.

Il se dégage de ces considérations que le fait que le président du Conseil arbitral des assurances sociales cumule dans son chef les fonctions de conseiller d'Etat et de magistrat d'une juridiction sociale n'est, en l'espèce, pas constitutif d'une irrégularité et n'est pas contraire à l'exigence d'impartialité requise par l'article 6 de la CEDH, ce magistrat ayant, en l'occurrence, été demeuré libre de se former, en toute objectivité, une opinion sur l'affaire soumise à son examen.

Le moyen tiré de l'immixtion du pouvoir législatif dans les compétences du pouvoir judiciaire

L'article 55 alinéa 5 nouveau du code des assurances sociales impose au Conseil supérieur des assurances sociales de statuer endéans les trente jours de sa saisine.

Il appartient au législateur de déterminer la procédure civile. Ainsi, des délais de convocation et de prononcé ont été prévus dans divers textes de loi dont celui instaurant la Cour Constitutionnelle où le délai du prononcé est toutefois

de 2 mois depuis la clôture des débats sans que l'on puisse parler d'immixtion.

D'ailleurs, l'article 55 alinéa 5 ne prévoit pas de sanction dans le cas où les juridictions sociales ne seraient pas en mesure de statuer endéans le délai imparti.

A ce sujet il faut préciser que le délai de convocation normal devant la juridiction du Conseil supérieur des assurances sociales est, conformément aux articles 7 et 24 du règlement grand-ducal modifié du 24 décembre 1993, de 8 jours au moins. Mais outre ce délai, le Conseil supérieur des assurances sociales devra conformément à l'article 29 observer les règles de procédure devant la Cour d'Appel, dont l'article 167 NCPC, selon lequel le délai de convocation sera augmenté de 15 jours pour ceux qui, comme l'intimé, habitent en République Fédérale d'Allemagne.

La nécessité d'observer les délais de convocation, qui relèvent des droits de la défense, P. toutes considérations - le cas échéant justifiables du législateur - de nature à imposer, dans l'intérêt de l'assuré social, une procédure accélérée en la matière.

En présence d'un délai de convocation qui était en l'occurrence de 3 semaines, il resterait 8 jours au Conseil supérieur des assurances sociales pour préparer le dossier, pour faire rapport, pour entendre les plaidoiries en audience publique, pour faire les recherches juridiques nécessaires, pour délibérer, pour rédiger un arrêt motivé et pour prononcer en audience publique, ce qui est matériellement impossible et va à l'encontre d'une bonne administration de la justice et encore à l'encontre du droit des justiciables à un jugement motivé, surtout si les moyens invoqués dépassent le cadre du litige tracé par le législateur, mais n'ont toutefois pas été exclus de la procédure dite accélérée.

Il est d'autre part rappelé que la présente juridiction se compose de magistrats et d'assesseurs au nombre de cinq qui sont tous affectés à d'autres fonctions et qui doivent se libérer pour les sessions du Conseil supérieur des assurances sociales et pour le délibéré de sorte que la procédure accélérée telle que prévue par le législateur est difficilement compatible avec l'organisation procédurale actuelle du Conseil supérieur des assurances sociales.

Un autre problème pratique réside dans le fait que les avis de réception des convocations des parties tardent d'être restitués de sorte que le Conseil supérieur des assurances sociales, en cas de bref délai, n'est pas en mesure de vérifier si le destinataire a été valablement touché et si la convocation lui a été remise en mains propres, ce qui a une incidence sur la nature de l'arrêt à intervenir (par défaut ou contradictoire).

Le fond du litige

A la suite de la modification apportée par la loi du 25 juillet 2002, l'article 55 du code des assurances sociales, dans ses dispositions qui intéressent le présent litige, prend la teneur suivante :

- 1) Dans le cadre des attributions de la caisse de maladie, le comité-directeur est compétent pour toutes les matières non attribuées à un autre organe de la caisse.
- 2) Il lui appartient notamment :
 - de représenter judiciairement et extrajudiciairement la caisse
 - de prendre les décisions individuelles, sans préjudice de l'article 55, alinéas 4 et 5 en matière de prestations à l'exclusion de celles concernant les prestations prises directement en charge par l'UNION DES CAISSES DE MALADIE
 - d'établir le budget.... etc
- 3) Toute question à portée individuelle en matière de prestations ou d'amendes d'ordre peut faire l'objet d'une décision du président du comité-directeur ou de son délégué. Cette décision est acquise à défaut d'une opposition écrite de l'intéressé dans les quarante jours de la notification. L'opposition est vidée par le comité-directeur.
- 4) Tout litige au sujet d'un tarif.....etc fait l'objet d'une décision du président du comité-directeur...etc
- 5) Toute décision de suspension, de réduction ou de suppression de l'indemnité pécuniaire de maladie fait l'objet d'une décision conjointe du président et du vice-président du comité. En cas de désaccord entre le président et le vice-président, le comité directeur statuera endéans la huitaine. Cette décision est acquise à défaut d'un recours introduit par l'intéressé devant le Conseil arbitral des assurances sociales.....

Il se dégage de l'agencement du texte actuel que la compétence du comité-directeur est subsidiaire par rapport à celle de son président et encore subsidiaire par rapport à la décision conjointe à intervenir sur le fondement de l'alinéa 5. Tandis que le président du comité-directeur, respectivement son délégué, sont seuls compétents pour prendre des décisions en matière de prestations individuelles, telle p.ex. la fixation du quantum de la prestation en nature ou en espèces, la décision relative à la suspension, à la réduction et à la suppression de l'indemnité pécuniaire de maladie doit intervenir par décision conjointe du président et du vice-président. En d'autres termes, le président seul n'est pas compétent si le litige porte sur un problème de suspension, de réduction ou de suppression de l'indemnité pécuniaire de maladie.

Le Conseil arbitral des assurances sociales s'est emparé de l'exposé des motifs à la base de la loi du 25 juillet 2002 pour en déduire que la nouvelle loi viserait la réinsertion des travailleurs incapables d'exercer leur dernier poste de travail et qui se sont vu refuser la pension d'invalidité de sorte que le texte ne s'appliquerait que dans le cadre d'une démarche soit vers l'octroi de la pension d'invalidité, soit vers une réinsertion professionnelle.

Or, cette interprétation relève d'une mauvaise lecture du texte de loi qui est en soi clair et non sujet à interprétation en ce qu'il ne fait pas de distinction entre les diverses causes de maladie et la durée du congé de maladie qui s'ensuit.

D'ailleurs l'" Exposé des motifs " relève que le projet de loi vise à améliorer le système de protection des travailleurs incapables de travailler pour des raisons de santé, d'infirmité ou d'usure en le complétant notamment par des mesures visant à réinsérer les travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail et à assurer le maintien de l'emploi.

A la suite de cela la loi a apporté des modifications tant à l'assurance-maladie qu'à l'assurance-invalidité et encore à la législation sur le droit du travail.

L'article 55 s'inscrit dans le livre 1er du code des assurances sociales qui traite de l'assurance maladie-maternité et ne concerne pas l'assurance invalidité. Les seules modifications apportées par le nouveau texte de loi dans l'assurance maladie visent outre l'article 55, les articles 14 et 15 en ce que la caisse de maladie doit dorénavant faire procéder à un examen médical dans un certain délai et en ce que la cessation de l'indemnité pécuniaire de maladie est prévue pour le cas du reclassement.

Il n'y a dans le cadre de l'application de l'article 55 du code des assurances sociales pas lieu de distinguer selon la durée de la maladie et les conséquences de celle-ci sur la capacité de travail de l'assuré social. Il faut, au contraire, se limiter à rechercher, dans un premier temps, s'il s'agit d'un cas de suspension, de réduction ou de suppression de l'indemnité pécuniaire, cas où la décision est prise sur pied de l'article 55 alinéa 5 conjointement par le président et le vice-président, ou s'il s'agit d'une décision sur une prestation de nature autre et de portée autre, cas où le président est seul compétent conformément à l'article 55 alinéa 3.

Selon l'appelante, la décision litigieuse constituerait en l'espèce une décision de suspension, interprétation que l'intimé n'accepte pas, le terme allemand de " ruhen lassen " inférant selon lui un refus du paiement des prestations, interprétation qui rallie celle du premier juge.

Le terme de " suspension " implique une mesure temporaire qui fait provisoirement obstacle à l'exécution d'une décision dont les effets cesseront pour un certain temps.

La caisse de maladie, par une décision non susceptible de recours, avait informé en date du 20 août 2002 l'assuré social, des problèmes s'opposant à un versement immédiat des prestations pour en conclure " Das Krankengeld ruht jedenfalls bis zum Eintreffen des vorgesehenen Berichtes ".

La décision de la caisse du 21 octobre 2002, à l'origine du présent litige, confirme la décision préalable en les termes suivants : Nach Überprüfung Ihrer Akte und in Anwendung der Bestimmungen der Artikel 172, Absatz 1 der Satzungen der Krankenkassen und 8 des Abkommens über soziale Sicherheit zwischen Tunesien und Luxemburg wurde beschlossen das Ruhen des Krankengeldes für die Zeit vom 28.06.2002 bis 27.02.2002 zu bestätigen.

Selon l'article 172 des statuts, l'assuré doit s'adresser dans un délai de trois jours à partir du début de l'incapacité de travail à l'institution compétente du lieu de séjour et se conformer aux formalités prévues par cette institution.

L'article 8 de l'arrangement administratif relatif aux modalités d'application de la convention, que la caisse de maladie a dû viser, impose à l'institution du lieu de séjour de faire procéder à un contrôle médical par un de ses médecins-conseil dont le rapport est adressé dans les meilleurs délais à l'institution compétente. C'est ce rapport que la caisse de maladie attend.

En l'espèce, la décision dont s'agit a sursis à statuer sur la prestation pécuniaire pour inobservation des dispositions de l'article 172 alinéa 1er du statut de l'UNION DES CAISSES DE MALADIE, et de celles de l'article 8 de la Convention sur la sécurité sociale entre le Luxembourg et la Tunisie en attendant que le rapport médical visé par les dispositions qui précèdent lui parvienne.

Vu la terminologie employée par la caisse, sa décision ne constitue pas une décision de suspension d'une prestation accordée préalablement, mais une décision de surséance en attendant que le rapport précisé lui parvienne.

Une décision d'une telle nature n'est pas visée par le texte spécial de l'article 55 alinéa 5 de sorte qu'elle relève du texte général de l'article 55 alinéa 3.

Le jugement entrepris est donc à confirmer bien que pour d'autres motifs.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant sur le rapport oral de son président et contradictoirement entre parties,
reçoit l'appel,
 rejette le moyen de nullité tiré de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme,
 rejette le moyen tiré de la violation de la séparation des pouvoirs,

dit l'appel non fondé,
confirme la décision entreprise.

27

COUR DE CASSATION

18 décembre 2003

Le délai de 30 jours prescrit à l'article 55, alinéa 5 du Code des assurances sociales est prescrit dans le seul intérêt d'une bonne administration de la justice; son inobservation, qui demeure sans conséquences sur les rapports des parties entre elles et qui n'est sanctionnée par aucun texte de nullité, ne peut servir de fondement à un pourvoi en cassation ; d'où il suit que le moyen est à rejeter ;

Les termes employés par le législateur "suspension, réduction ou suppression " sont à interpréter au sens large et visent l'ensemble des hypothèses où la CMO, en vertu des dispositions légales et réglementaires, est amenée à prendre une décision aboutissant au refus du versement de l'indemnité pécuniaire de maladie

CMO c/S.

No 52/03 du 18.12.2003
Numéro 2017 du registre.

Arrêt

Attendu, selon l'arrêt attaqué et les pièces de la procédure, que suite à un séjour passager en Tunisie, pendant lequel il était tombé malade, S., assuré auprès de la Caisse de maladie des ouvriers luxembourgeoise avait demandé à cet organisme de sécurité sociale une indemnité pécuniaire de maladie; qu'une décision prise conjointement par la présidente et le vice-président du comité-directeur de cette caisse, conformément à l'article 55, 5° nouveau du Code des assurances sociales, avait refusé l'allocation de l'indemnité réclamée dès lors que la condition requise par l'article 172, paragraphe 1er des statuts de l'Union des caisses de maladie et de l'article 8 de la Convention sur la sécurité sociale conclue entre le Luxembourg et la Tunisie, absence de contrôle médical par l'institution de sécurité sociale du lieu temporaire de séjour, ne se trouvait pas réalisée; que sur recours de S., le Conseil arbitral des assurances sociales, estimant que la procédure dite accélérée de l'article 55, 5° du Code des assurances sociales n'était pas d'application en l'espèce, annula la décision attaquée et renvoya l'affaire devant l'organe de décision administratif compétent de la Caisse de maladie des ouvriers pour nouvelle décision conformément à la procédure ordinaire

prévue par l'article 55, 3° du Code des assurances sociales; que sur appel de la Caisse de maladie des ouvriers, le Conseil supérieur des assurances sociales confirma la décision entreprise ;

Sur le premier moyen,

tiré " de la contravention, de la violation, de la fausse interprétation et de la fausse application de l'article 55, alinéa 5, dernière ligne, nouveau du Code des assurances sociales, article introduit par la loi du 25 juillet 2002, publiée au Mémorial A n° 76 du 30 juillet 2002, entrée en vigueur le 1er octobre 2002, en ce que suite au recours déposé par la Caisse de maladie des ouvriers le 23 décembre 2002, l'arrêt du Conseil supérieur des assurances sociales n'a été rendu qu'en date du 31 janvier 2003 alors qu'en vertu de l'article 55, alinéa 5, dernière ligne, nouveau du Code des assurances sociales le Conseil supérieur des assurances sociales doit statuer endéans les trente jours de sa saisine " ;

Mais attendu que le délai de 30 jours prescrit à l'article 55, alinéa 5 du Code des assurances sociales, est prescrit dans le seul intérêt d'une bonne administration de la justice; que son inobservation, qui demeure sans conséquences sur les rapports des parties entre elles et qui n'est sanctionnée par aucun texte de nullité, ne peut servir de fondement à un pourvoi en cassation ;

D'où il suit que le moyen est à rejeter ;

Sur le second moyen,

tiré " de la contravention, de la violation et de la fausse interprétation et de la fausse application de l'article 55 alinéa 5 nouveau du Code des assurances sociales, article introduit par la loi du 25 juillet 2002, publiée au Mémorial A n° 76 du 30 juillet 2002, entrée en vigueur le 1er octobre 2002, en ce que l'arrêt attaqué du 31 janvier 2003 a déclaré que la désion de la CMO de refuser à l'assuré social le paiement de l'indemnité pécuniaire de maladie constituait non pas une décision de suspension, de réduction ou de suppression, mais une décision de surséance échappant aux prévisions de l'article 55 alinéa 5 nouveau CAS précité, alors que le terme allemand employé dans la décision de la CMO du 21 octobre 2002 "ruhen lassen" a trait à la suspension du droit à indemnité pécuniaire et que d'autre part, les termes employés par le législateur "suspension, réduction ou suppression" sont à interpréter au sens large et visent l'ensemble des hypothèses où la CMO, en vertu des dispositions légales et réglementaires, est amenée à prendre une décision aboutissant au refus du versement de l'indemnité pécuniaire de maladie " ;

Mais attendu que sur le fondement des faits souverainement appréciés par eux, les juges d'appel ont correctement interprété la disposition légale visée au moyen;

D'où il suit que celui-ci n'est pas fondé ;

Sur la demande en indemnité de procédure :

Attendu que la demande en indemnité de procédure du défendeur en cassation est à rejeter comme manquant des justifications requises par l'article 240 du Code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS: .

rejette le pourvoi;

rejette la demande en indemnité de procédure de S.;

condamne la Caisse de maladie des ouvriers aux frais de l'instance en cassation, dont distraction au profit de Maître Vic KRECKE, avocat à la Cour, sur ses affirmations de droit.

28

CONSEIL ARBITRAL DES ASSURANCES SOCIALES

21 mai 2004

Madame W. a été victime d'une chute par collision durant l'exercice du sport de ski en Autriche et a été évacuée par hélicoptère à un hôpital.

La caisse de maladie du lieu de séjour en Autriche a, par formulaire E 126, informé la CMEP qu'il n'y a pas de prise en charge de ce genre de transport selon le droit autrichien.

Sur base de l'article 34 du règlement n° 574/72, les frais exposés n'ont donc pas été remboursés.

L'argument de la partie demanderesse basé sur l'article 20, paragraphe 2 du CAS (absence de convention bi-ou multilatérale) n'est pas pertinent.

La convention UCM-Air Rescue ne prévoit pas une intervention par hélicoptère pour le cas de figure de la requérante

F. c/ CMEP

Reg. No CMEP 218/03

Arrêt

Vu le recours de Monsieur Frank F. et de son épouse Madame Diane W. contre une décision du comité-directeur de la Caisse de maladie des employés privés (CMEP) du 14 octobre 2003 refusant de prendre en charge les frais d'un transport en hélicoptère au profit de Madame W. du 19.02.03 effectué en Autriche durant les vacances de sport d'hiver d'un montant de

2796 E au motif que selon les dispositions communautaires des règlements 1408/71 et 574/72 la caisse de maladie du lieu de séjour en Autriche a, par formulaire E 126, informé la CMEP qu'il n'y a pas de prise en charge de ce genre de transport selon le droit autrichien.

Le recours, introduit dans les formes et délai de la loi, est recevable.

Les requérants concluent à la réformation de la décision entreprise et au remboursement du montant litigieux sinon de dire que le remboursement des frais de transport devra se faire sur base des conditions et tarifs prévus par la convention conclue entre l'Union des caisses de maladie et l'asbl Luxembourg Air Rescue.

La CMEP conclut à la confirmation de la décision entreprise.

Il résulte des éléments du dossier que Madame W. a été victime d'une chute par collision durant l'exercice du sport de ski en Autriche et a été évacuée par hélicoptère à un hôpital.

Les frais de ce transport s'élèvent à 2796 E et ont été payés par les requérants.

Saisie d'une demande en remboursement, la CMEP sollicita par formulaire E 126 les tarifs de prise en charge de ce genre de prestation à la KAERTNER GEBIETSKRANKENKASSE à KLAGENFURT.

En basant sur cette réponse, la CMEP refusa la prise en charge sur fondement de l'article 20 du code des assurances sociales, du chapitre 6 des statuts de l'UCM, de l'article 22 du règlement 1408/71 et des articles 21, 22, 23 et 34 du règlement d'application 574/72.

La CMEP se base en outre sur un courrier de la caisse de maladie autrichienne du 09.07.03.

Les requérants s'appuient sur un courrier du 14.05.03 de la ARA-FLUGRETTUNGS GmbH.

Selon l'article 34 du règlement n° 574/72, les frais exposés sont remboursés à la demande du travailleur salarié par l'institution compétente aux tarifs de remboursement appliqués par l'institution du lieu de séjour.

Attendu que les contestations liées à l'application des dispositions de l'article 20 paragraphe 1er du code des assurances sociales ne sont pas fondées.

Il en est de même de l'argumentation développée sur fondement de l'article 20 paragraphe 2ième du code des assurances sociales (absence d'un instrument bi -ou multilatéral; prise en charge selon les tarifs applicables au Luxembourg).

D'abord parce que le cas d'espèce est régi par les dispositions communautaires précitées mais encore que les articles 132 à 137 des statuts n'ont pas vocation à s'appliquer à la situation de fait en cause.

La convention du 21 mars 2001 ne prévoit pas une intervention par hélicoptère pour le cas de figure de la requérante à l'article 5 de la convention et ce genre de prestation est réglé par voie du tiers payant selon l'article 17.

Que le recours n'est pas fondé.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil arbitral des assurances sociales,
statuant contradictoirement et en premier ressort,
reçoit le recours en la forme,
le déclare non fondé et en déboute.

29

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

26 mars 2003

Comme l'article 22 du règlement CEE 1408/71 n'a pas pour objet de réglementer et, dès lors, n'empêche nullement (arrêt CJCE du 28 avril 1998, Kohll, C-158/96 point 27; Vanbraekel, du 12 juillet 2001, C-368/98, point 36) le remboursement par les Etats membres, aux tarifs en vigueur dans l'Etat membre d'affiliation, des frais engagés à l'occasion de soins fournis dans un autre Etat membre, lorsque la législation de l'Etat membre d'affiliation prévoit un tel remboursement et que les tarifs appliqués en vertu de cette législation se révèlent être plus avantageux que ceux pratiqués par l'Etat membre dans lequel les soins sont dispensés, la demande en remboursement ne saurait être refusé sur le fondement de l'article 22 ni a fortiori sur le fondement des dispositions d'exécution de cet article telles que ces dispositions sont précisées par le règlement CEE 574/72 dans ses articles 21 et 34.

Les activités médicales relèvent du champ d'application de l'article 50 du traité sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que les soins sont dispensés dans un cadre hospitalier ou en dehors d'un tel cadre et la nature particulière de certaines prestations de services ne saurait faire échapper ces activités au principe fondamental de libre circulation. Une prestation médicale dispensée dans un Etat membre et rétribuée par le patient ne saurait cesser de relever du champ d'application de la libre prestation de services garantie par le traité du seul fait que le remboursement des soins en cause est sollicité au titre de la législation sur l'assurance maladie d'un autre Etat membre qui prévoit essentiellement une intervention en nature. La circonstance qu'un traitement médical hospitalier est financé directement par les caisses de maladie sur la

base de conventions et de tarifs préétablis n'est pas de nature à soustraire un tel traitement au domaine des services (Smits et Peerbooms C-157/99 point 53 à 55). Les prestations hospitalières en nature relèvent de même du champ d'application de la libre prestation des services (arrêt KOHLL points 29 et 51; VANBRAEKEL, points 41 à 43) sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'il s'agit d'un régime de remboursement ou d'un régime de prestations en nature.

L'article 49 du traité s'oppose à l'application d'une réglementation nationale ayant pour effet de rendre la prestation de services entre Etats membres plus difficile que la prestation de services purement interne à un Etat membre (Commission /France C-381/93; Smits et Peerbooms C-157/99, point 61; Kohll).

Le seul refus au motif de la non-reconnaissance par le régime portugais des services obtenus au Portugal constitue une entrave à la libre circulation en cas de traitement d'urgence, entrave prohibée par les articles 49 et 50 du traité.

Sur pied de l'article 49 du traité, la caisse du lieu d'affiliation est tenue de prendre en charge les frais médicaux et hospitaliers exposés par son assuré dans un Etat membre selon la législation luxembourgeoise applicable à des soins identiques dispensés au Luxembourg. Un organisme social ne saurait se retrancher derrière son interprétation de la législation pour s'opposer à tout remboursement ce d'autant moins qu'un calcul des frais hospitaliers devrait pouvoir se faire pour un séjour en l'hôpital en chambre de deuxième classe et que les honoraires médicaux sont calculables d'après des barèmes existants.

B. c/ CMEP

No. du reg.: CMEP 2002/0145
No.: 2003/0050

voir aussi : CASS du 08.01.2004

Arrêt

Par jugement rendu contradictoirement le 22 juillet 2002, le Conseil arbitral des assurances sociales, réformant une décision du comité-directeur de la Caisse de maladie des employés privés, décida que la Caisse de maladie des employés privés est tenue de prendre en charge les frais exposés en rapport avec le traitement médical d'urgence suivi au Portugal par D., épouse B. et co-assurée du chef de l'assurance maladie de son époux, selon le tarif applicable à des soins identiques dispensés dans l'Etat d'affiliation, à savoir celui du Grand-Duché de Luxembourg.

Par décision du 15 avril 1999, le comité-directeur avait refusé la prise en charge sur base de l'article 22, paragraphe 1, point a) i) du règlement CEE 1408/71, des articles 21, paragraphe 1 et 34, paragraphe 1 et 2 du règlement CE 574/72 et de l'article 23 des statuts de l'Union des caisses de maladie au

motif que selon la caisse de maladie portugaise aucun remboursement ne peut avoir lieu dès lors que le traitement a eu lieu dans un hôpital privé et encore au motif que les factures se rapportent à un traitement datant d'avant les arrêts rendus dans l'affaire KOHLL et qu'aucune autorisation préalable n'avait été sollicitée.

Le Conseil arbitral des assurances sociales a réformé la décision en se basant sur les jurisprudences VANBRAEKEL rendue par la Cour de justice des Communautés européennes et BERW. prononcée par le Conseil supérieur des assurances sociales. Il s'est appuyé encore sur un arrêt du 28 mars 2002 de la Cour de cassation française.

Ce jugement a été régulièrement entrepris par la Caisse de maladie des employés privés selon requête déposée le 29 août 2002.

L'appelante ne conteste plus l'urgence de l'intervention pratiquée au Portugal, ni ne fait valoir l'antériorité des faits par rapport à l'affaire KOHLL. Elle conclut à la réformation de la décision entreprise en invoquant les articles 23 et 26 des statuts selon lesquels la prise en charge se fait selon les taux et tarif applicables aux assurés sociaux de l'étranger et en argumentant qu'elle serait dans l'impossibilité de rembourser suivant des " tarifs " qui seraient inexistant dans la législation sociale luxembourgeoise, moyen que l'appelante n'avait pas invoqué dans l'affaire BerW..

Les soins hospitaliers constituaient des prestations en nature qui sont payés directement et forfaitairement par le régime national d'assurance maladie et par l'Etat aux hôpitaux individuels sans lien direct entre les soins de santé reçus par le patient individuel et le montant versé à l'hôpital de sorte qu'il n'existerait ni tarif, ni barème permettant un remboursement. Les soins hospitaliers ne constituaient pas des services. Les actes et services médicaux effectués en milieu hospitalier seraient bien soumis à un barème de remboursement, mais l'agencement général prouverait que ces services sont négociés et achetés par le régime national d'assurance maladie pour le compte des personnes couvertes par le régime.

Les soins médicaux dont la prise en charge est prévue par le régime national d'assurance maladie ne seraient pas constitués par des services au sens de l'article 50 du traité dans la mesure où ces services ne concernent pas des services fournis au patient par le prestataire contre rémunération et leur part relativement faible dans le coût total des services hospitaliers empêcherait le recours aux services hospitaliers en dehors du champ d'application de la budgétisation.

Dans le cas où les soins hospitaliers constituaient des services au sens de l'article 50 du traité, il n'y aurait pas d'entrave à la libre circulation. Les statuts de l'Union des caisses de maladie exigeraient que la prise en charge soit prévue par le régime de sécurité sociale du pays où ils sont fournis, mais il ne serait pas possible de passer des conventions avec tous les prestataires de

l'Espace Economique Européen. L'appelante se réfère finalement à l'arrêt Kamitaki pour plaider la justification de l'entrave.

Elle conclut en relevant que l'interprétation donnée par le Conseil arbitral des assurances sociales à l'arrêt Vanbraekel ne serait pas pertinente dans le contexte de la législation luxembourgeoise et que la jurisprudence française ne serait pas transposable vu les différences entre les deux systèmes de prise en charge.

L'intimée demande la confirmation de la décision entreprise.

Le droit national

Les textes décisifs du droit national sont les suivants :

art. 20 du code des assurances sociales:

Les actes, services et fournitures à l'étranger sont pris en charge s'il s'agit d'un traitement d'urgence reçu en cas de maladie ou d'accident survenus à l'étranger, ou

après autorisation préalable donnée par le contrôle médical de la sécurité sociale conformément aux conditions et modalités fixées dans les statuts; toutefois, l'autorisation ne peut être refusée si le traitement n'est pas possible au Grand-Duché de Luxembourg.

art. 23 des statuts de l'Union des caisses de maladie:

Les prestations de soins de santé délivrées à l'étranger aux personnes protégées sont prises en charge par l'assurance maladie dans les conditions établies par les présents statuts.....

Sauf les prestations urgentes devenues immédiatement nécessaires en cas de maladie ou d'accidents lors d'un séjour temporaire à l'étranger, la prise en charge des prestations délivrées à l'étranger doit être couverte par une autorisation donnée par le contrôle médical suivant les modalités prévues par les présents statuts.

Le droit communautaire

Les articles 49 et 50 du Traité CE frappent en principe d'interdiction toutes les règles nationales qui entravent la libre circulation des services entre les Etats. L'interdiction y stipulée a une portée assez large puisqu'elle touche non seulement les règles qui entravent directement et effectivement la liberté de circulation, mais aussi celles qui le font indirectement ou potentiellement.

L'article 46 du Traité, rendu applicable par l'article 55 aux prestations de service, permet toutefois aux Etats membres d'instituer un régime spécial fondé sur des motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

L'article 22 du Règlement CEE 1408/71 dans sa partie pertinente pour le présent litige, a la teneur suivante :

Le travailleur salarié ou non salarié qui satisfait aux conditions requises par la législation de l'Etat compétent pour avoir droit aux prestations.... et dont l'état vient à nécessiter immédiatement des prestations au cours d'un séjour sur le territoire d'un autre Etat membre.....

a droit: i) aux prestations en nature servies, pour le compte de l'institution compétente, par l'institution du lieu de séjour ou de résidence, selon les dispositions de la législation qu'elle applique, comme s'il y était affilié, la durée de service des prestations étant toutefois régie par la législation de l'Etat compétent.

Dans l'affaire VANBRAEKEL (arrêt du 12 juillet 2001, C-368/98) la CJCE en interprétation de l'article 22 du règlement CEE 1408/71 a décidé que

lorsqu'un assuré social a été autorisé par l'institution compétente à se rendre sur le territoire d'un autre Etat membre pour y recevoir des soins, l'institution du lieu de séjour est tenue de lui servir les prestations en nature conformément aux règles relatives à la prise en charge des soins de santé qu'applique cette dernière, comme si l'intéressé y était affilié.

lorsqu'un assuré social ayant introduit une demande d'autorisation sur le fondement de l'article 22 a essuyé un refus de la part de l'institution compétente et que le caractère non fondé d'un tel refus est ultérieurement établi, l'intéressé est en droit d'obtenir directement à charge de l'institution compétente le remboursement d'un montant équivalent à celui qui aurait été supporté par l'institution du lieu de séjour conformément aux règles prévues par la législation qu'applique cette dernière, si l'autorisation avait été dûment délivrée dès l'origine.

si le remboursement de frais exposés pour des services hospitaliers fournis dans un Etat membre de séjour, qui résulte de l'application des règles en vigueur dans cet Etat, est inférieur à celui qui aurait résulté de l'application de la législation en vigueur dans l'Etat membre d'affiliation en cas d'hospitalisation dans ce dernier, un remboursement complémentaire correspondant à cette différence doit être accordé à l'assuré social par l'institution compétente.

L'article 22, tel qu'il est libellé, prévoit trois hypothèses dans lesquelles le travailleur a droit à des prestations en nature:

- si son état vient à nécessiter immédiatement des prestations au cours d'un séjour sur le territoire d'un autre Etat membre, alternative qui est donnée en l'occurrence,

- si, après avoir été admis au bénéfice des prestations à charge de l'institution compétente, il est autorisé par cette institution à retourner sur le territoire de l'Etat membre où il réside ou à transférer sa résidence sur le territoire d'un autre l'Etat membre,
- s'il est autorisé par l'institution compétente à se rendre sur le territoire d'un autre Etat membre pour y recevoir des soins appropriés à son état.

Chacune de ces hypothèses présuppose que le travailleur satisfait aux conditions requises par la législation de l'Etat compétent pour avoir droit aux prestations.

L'assurée sociale a bénéficié des prestations en nature de sorte que l'article 22 du règlement 1408/71 a atteint son but.

L'article 36 réglemente le remboursement entre institutions.

Il se dégage des dispositions des articles 22 et 36 que les modalités de prise en charge prévues par la législation de l'Etat membre dans lequel les soins sont dispensés doivent trouver à s'appliquer, à charge pour l'institution compétente de rembourser ultérieurement l'institution du lieu de séjour.

En l'occurrence, il n'y a pas eu prise en charge par la sécurité sociale portugaise. L'assurée sociale a avancé de ses propres deniers les frais d'hospitalisation exposés au Portugal et demande, selon dernières conclusions le remboursement de ses frais selon la tarification de la législation luxembourgeoise.

Comme l'article 22 du règlement CEE 1408/71 n'a pas pour objet de réglementer et, dès lors, n'empêche nullement (arrêt CJCE du 28 avril 1998, Kohl, C-158/96 point 27; Vanbraekel, du 12 juillet 2001, C-368/98, point 36) le remboursement par les Etats membres, aux tarifs en vigueur dans l'Etat membre d'affiliation, des frais engagés à l'occasion de soins fournis dans un autre Etat membre, lorsque la législation de l'Etat membre d'affiliation prévoit un tel remboursement et que les tarifs appliqués en vertu de cette législation se révèlent être plus avantageux que ceux pratiqués par l'Etat membre dans lequel les soins sont dispensés, la demande en remboursement ne saurait être refusé sur le fondement de l'article 22 ni a fortiori sur le fondement des dispositions d'exécution de cet article telles que ces dispositions sont précisées par le règlement CEE 574/72 dans ses articles 21 et 34.

Selon l'appelante un remboursement serait impossible, faute de tarification existante et applicable.

Il convient de rechercher si l'intimée, qui n'a pas droit au remboursement des prestations selon la législation portugaise, est en droit d'obtenir le remboursement selon la législation luxembourgeoise, en vertu du principe général de la libre prestation des services qui s'oppose, en principe, à toute entrave.

Selon une jurisprudence constante de la CJCE, les activités médicales relèvent du champ d'application de l'article 50 du traité sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que les soins sont dispensés dans un cadre hospitalier ou en dehors d'un tel cadre et la nature particulière de certaines prestations de services ne saurait faire échapper ces activités au principe fondamental de libre circulation. Une prestation médicale dispensée dans un Etat membre et rétribuée par le patient ne saurait cesser de relever du champ d'application de la libre prestation de services garantie par le traité du seul fait que le remboursement des soins en cause est sollicité au titre de la législation sur l'assurance maladie d'un autre Etat membre qui prévoit essentiellement une intervention en nature. La circonstance qu'un traitement médical hospitalier est financé directement par les caisses de maladie sur la base de conventions et de tarifs préétablis n'est pas de nature à soustraire un tel traitement au domaine des services (Smits et Peerbooms C-157/99 point 53 à 55). Les prestations hospitalières en nature relèvent de même du champ d'application de la libre prestation des services (arrêt KOHLL points 29 et 51; VANBRAEKEL, points 41 à 43) sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'il s'agit d'un régime de remboursement ou d'un régime de prestations en nature.

L'article 49 du traité s'oppose à l'application d'une réglementation nationale ayant pour effet de rendre la prestation de services entre Etats membres plus difficile que la prestation de services purement interne à un Etat membre (Commission /France C-381/93; Smits et Peerbooms C-157/99, point 61; Kohll).

La CJCE admet certes des justifications permettant d'échapper à la violation des règles de la libre prestation de services, telles des justifications fondées sur des considérations économiques ou tirées de la protection de la santé publique, mais elle les apprécie sévèrement (Code annoté européen de la protection sociale p.433-435).

A cet égard il convient de vérifier plus spécialement si la législation luxembourgeoise dans la mesure où elle subordonnerait, selon l'appelante, le remboursement de prestations exposées dans un autre Etat membre à la condition du remboursement dans cet Etat prestataire des soins, est de nature à constituer une entrave à la libre circulation.

Contrairement au Portugal, où il existe des établissements hospitaliers conventionnés et des hôpitaux avec lesquels la sécurité sociale n'a pas conclu de convention, tous les hôpitaux sont obligatoirement conventionnés au Luxembourg.

Les caisses de maladie prennent en charge les prestations du secteur hospitalier d'après des budgets arrêtés séparément pour chaque hôpital sur base de son activité prévisible pour un ou deux exercices à venir. Les modalités de prise en charge sont réglées par une convention écrite conclue

par l'Union des caisses de maladie avec les groupements des hôpitaux possédant la qualité et ayant un caractère suffisamment représentatif.

En matière de soins hospitaliers, le traitement ambulatoire ou stationnaire ainsi que le séjour en l'hôpital en chambre de deuxième classe, à l'exception des honoraires médicaux et sauf une légère participation du patient aux frais d'entretien, sont pris en charge intégralement par la caisse de maladie compétente suivant les modalités prévues par la convention collective. Le système luxembourgeois de financement de la sécurité sociale combiné au conventionnement général obligatoire des prestataires de soins médicaux est, dans le secteur hospitalier, étroitement lié à l'objectif de maîtriser les dépenses de santé et de garantir l'équilibre financier du régime de la sécurité sociale.

Les honoraires médicaux relèvent d'une nomenclature.

Les prestations hospitalières en nature relevant du champ d'application de la libre prestation des services (arrêt KOHLL points 29 et 51, VANBRAEKEL, points 41 à 43), l'intimée a, en principe, droit à un remboursement complémentaire correspondant à la différence entre le remboursement des frais exposés pour des services hospitaliers fournis dans l'Etat membre de séjour et le remboursement selon l'application de la législation dans l'Etat membre d'affiliation, dans le cas où ce remboursement lui est plus favorable.

Le règlement CEE ne prévoit pas le cas d'un assuré social ressortissant d'un Etat membre qui doit se faire traiter d'urgence dans un établissement hospitalier dont les frais ne sont pas à charge de la sécurité sociale de l'Etat prestataire.

Il est certes illusoire d'imaginer que la sécurité sociale luxembourgeoise soit jamais amenée à conclure des conventions avec tous les établissements hospitaliers des pays membres susceptibles d'intervenir au bénéfice d'un assuré social relevant de sa juridiction. Si bon nombre de problèmes peuvent être résolus par le principe de la nécessité d'une autorisation préalable que la CJCE a jugé licite dans certains cas, et par la conclusion de conventions bi- et multinationales, la question reste entière si, comme en l'occurrence, l'assurée sociale a dû être hospitalisée d'urgence sans pouvoir demander cette autorisation et surtout sans avoir le choix de l'établissement hospitalier et sans pouvoir s'enquérir du conventionnement et du quantum de remboursement au pays prestataire des soins avant toute intervention.

D. a satisfait aux conditions requises par la législation de l'Etat compétent - l'Etat luxembourgeois - pour avoir droit aux prestations. Sa demande en remboursement des frais est refusée au seul motif que les frais exposés ne sont pas à charge de la caisse de maladie portugaise parce qu'exposés dans une clinique privée.

En cas d'existence d'une convention bilatérale (telle p.ex. celle conclue entre le Luxembourg et le Cap-Vert, art 5), l'assurée sociale pourrait bénéficier des prestations en nature lors d'un séjour temporaire sur le territoire de l'autre Partie, lorsque son état vient à nécessiter immédiatement des soins de santé. Elle pourrait de même bénéficier d'un remboursement si l'intervention avait eu lieu au Luxembourg et si elle s'était trouvée, en tant qu'assurée au régime portugais pour un séjour au Luxembourg (art. 22 du règlement CE1408/71). Cette faveur, lui est, par contre, refusée si en tant que co-assurée au régime de sécurité sociale luxembourgeois, elle se trouve hospitalisée pour raison d'urgence dans une clinique privée au Portugal et ceci au motif que le Luxembourg ne dispose pas d'une tarification en la matière.

Il n'est dans cet ordre d'idées pas sans intérêt de citer le chapitre 6 des statuts de l'Union des caisses de maladie relatif aux prestations à l'étranger, et notamment l'article 24 qui prévoit en cas de traitement d'urgence dans un pays non lié par une convention, la prise en charge des prestations selon la législation luxembourgeoise ce, à condition que les tarifs appliqués au Luxembourg couvrent la situation visée. Il n'a pas été soutenu que tel ne devait pas être le cas. L'article 26 alinéa 3 des statuts prévoit pour le traitement autorisé la prise en charge sur base des tarifs applicables au Luxembourg ou, à défaut, sur base des tarifs fixés par le contrôle médical par analogie aux tarifs luxembourgeois. La prise en charge du traitement en milieu hospitalier est effectuée jusqu'à concurrence du coût moyen d'hospitalisation déterminé pour la période concernée. Le texte prévoit même une majoration de cent pour cent du montant maximal de la prise en charge du traitement hospitalier en cas de traitement dans un Etat non lié au Luxembourg par une convention.

Contrairement aux allégations de l'appelante une détermination du coût de l'hospitalisation selon la législation luxembourgeoise est donc parfaitement possible.

Il se dégage des développements qui précèdent que le seul refus au motif de la non-reconnaissance par le régime portugais des services obtenus au Portugal constitue une entrave à la libre circulation en cas de traitement d'urgence, entrave prohibée par les articles 49 et 50 du traité.

Sur pied de l'article 49 du traité, la caisse du lieu d'affiliation est tenue de prendre en charge les frais médicaux et hospitaliers exposés par son assuré dans un Etat membre selon la législation luxembourgeoise applicable à des soins identiques dispensés au Luxembourg. Un organisme social ne saurait se retrancher derrière son interprétation de la législation pour s'opposer à tout remboursement ce d'autant moins qu'un calcul des frais hospitaliers devrait pouvoir se faire pour un séjour en l'hôpital en chambre de deuxième classe et que les honoraires médicaux sont calculables d'après des barèmes existants.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant sur le rapport oral de son président et contradictoirement entre parties,
reçoit l'appel en la forme,
le dit non fondé,
dit que la Caisse de maladie des employés privés est tenue de prendre en charge les frais exposés, comme si l'intimée s'était fait soigner au Luxembourg.

30

COUR DE CASSATION

08 janvier 2004

Attendu qu'aux termes de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, pour introduire son pourvoi la partie demanderesse devra déposer au greffe de la Cour supérieure de justice une copie de la décision attaquée signifiée soit à partie, soit à avoué, ou une expédition de cette décision .

Attendu que la procédure du contentieux en matière d'assurances sociales ne prévoit pas la signification des décisions intervenues ni aux parties, ni à leurs mandataires, même avoués, mais seulement la notification à elles par le secrétariat de la juridiction de la copie sur papier libre qui, pour l'introduction du pourvoi en cassation, doit être déposée au greffe de la Cour ;

Attendu qu'en l'espèce la demanderesse en cassation n'a pas déposé la copie conforme notifiée en tant que telle, mais une copie partiellement photocopiée dépourvue ainsi de l'authenticité requise ;

D'où il suit que le pourvoi est irrecevable ;

CMEP c/B.

N°05/04.

Numéro 2028 du registre.

Arrêt

Vu l'arrêt attaqué rendu le 26 mars 2003 sous le numéro 2003/0050 par le Conseil Supérieur des assurances sociales ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 23 mai 2003 par la CAISSE DE MALADIE DES EMPLOYES PRIVES et déposé au greffe de la Cour le 30 mai 2003 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 21 juillet 2003 par Joao B. et déposé au greffe de la Cour le lendemain ;

Vu le nouveau mémoire signifié le 20 août 2003 par la CAISSE DE MALADIE DES EMPLOYES PRIVES et déposé au greffe de la Cour le 29 août 2003, pour autant qu'il répond aux exigences de l'article 17 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation ;

Sur la recevabilité du pourvoi qui est contestée :

Attendu qu'aux termes de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, pour introduire son pourvoi la partie demanderesse devra déposer au greffe de la Cour supérieure de justice une copie de la décision attaquée signifiée soit à partie, soit à avoué, ou une expédition de cette décision .

Attendu que la procédure du contentieux en matière d'assurances sociales ne prévoit pas la signification des décisions intervenues ni aux parties, ni à leurs mandataires, même avoués, mais seulement la notification à elles par le secrétariat de la juridiction de la copie sur papier libre qui, pour l'introduction du pourvoi en cassation, doit être déposée au greffe de la Cour ;

Attendu qu'en l'espèce la demanderesse en cassation n'a pas déposé la copie conforme notifiée en tant que telle, mais une copie partiellement photocopiée dépourvue ainsi de l'authenticité requise ;

D'où il suit que le pourvoi est irrecevable ;

Sur l'indemnité de procédure :

Attendu que cette demande du défendeur au pourvoi est à écarter comme manquant des justifications requises par l'article 240 du Code de procédure civile

PAR CES MOTIFS :

Déclare le pourvoi irrecevable ;

rejette la demande en indemnité de procédure du défendeur en cassation ;

condamne la demanderesse en cassation aux frais de l'instance en cassation.

31**CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES (1278)**

25 avril 2003

L'application de l'article 55 du code des assurances sociales impose de rechercher si la décision à prendre relève d'un cas de suspension, de réduction ou de suppression de l'indemnité pécuniaire, cas où la décision est prise sur pied de l'article 55, alinéa 5 conjointement par le président et le vice-président, ou s'il s'agit d'une décision sur une prestation de nature autre et de portée autre, cas où le président est seul compétent conformément à l'article 55, alinéa 3.

Comme l'alinéa 5 nouveau de l'article 55 n'attribue compétence au président et au vice-président du comité-directeur que pour les décisions de suspension, de réduction ou de suppression de l'indemnité pécuniaire de maladie, les décisions de refus relèvent de la compétence des organes visés à l'alinéa 3 dudit article 55. Le refus d'accorder l'indemnité pécuniaire de maladie aurait partant dû faire l'objet d'une décision du président du comité-directeur, respectivement de son délégué, décision contre laquelle l'assuré peut former opposition qui est vidée par le comité-directeur (voir arrêt du 14.02.2003 CMEPc/Barisien).

CMO c/K.

No. du reg.: CMOPA 2003/0056 No.: 2003/0084

voir aussi : CASS du 20040122

Arrêt

Christiane K. a été déclarée malade du 31 janvier 2002 au 15 septembre 2002. Ayant été déclarée apte à reprendre le travail par l'Administration du contrôle médical de la sécurité sociale à partir du 16 septembre 2002, l'assurée sociale se représenta au travail à partir du 16 septembre 2002. Un certificat médical du 12 novembre 2002 la déclara de nouveau inapte au travail du 13 novembre 2002 au 31 décembre 2002.

Par décision conjointe du président et du vice-président du comité-directeur de la CAISSE DE MALADIE DES OUVRIERS du 7 février 2003 le versement des indemnités pécuniaires fut refusé sur base de l'avis du Contrôle médical de la sécurité sociale qui avait considéré l'arrêt de travail comme n'étant pas à charge de la caisse, le certificat médical versé n'établissant pas de fait médical nouveau.

Sur recours de Christiane K. devant le Conseil arbitral des assurances sociales, les premiers juges, par jugement du 17 mars 2003, ont dit qu'il n'y aurait pas lieu à application de la procédure instituée par l'article 55, alinéa 5 du code des assurances sociales, ont annulé la décision administrative du 7 février 2003 et ont renvoyé le dossier devant l'organe compétent de la CAISSE DE MALADIE DES OUVRIERS pour nouvelle décision à prendre sur pied de l'article 55, alinéa 3 du code des assurances sociales.

Pour décider ainsi le Conseil arbitral des assurances sociales s'est appuyé sur la loi du 1er décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et sur le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes pour dire que l'assurée sociale n'aurait pas été en mesure de fournir ses moyens de preuve et de faire valoir ses arguments au cours de la procédure administrative.

Ce jugement a été entrepris par la CAISSE DE MALADIE DES OUVRIERS dans les forme et délai de la loi.

Selon l'appelante, l'affaire serait bien à toiser sur base de l'article 55, alinéa 5 du code des assurances sociales et que la procédure administrative n'était pas appelée à jouer dès lors que c'est sur l'initiative de l'assurée sociale que la décision du 7 février 2003 a été prise.

S'il est vrai que selon l'article 4 de la loi du 1er décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse, cette procédure s'applique, en principe, à toutes les décisions administratives individuelles, il n'en est pas ainsi, selon le même article, si un texte particulier organise une procédure spéciale présentant en moins des garanties équivalentes pour l'administré.

Tel est le cas en matière de sécurité sociale où l'assuré social, s'il n'est pas satisfait de la décision présidentielle rendue en cause, a la faculté de saisir le comité-directeur, respectivement la commission administrative instaurée par la loi. Il a, dans la suite, encore la possibilité de porter son recours devant le Conseil arbitral des assurances sociales et le Conseil supérieur des assurances sociales. Si même la procédure accélérée de l'article 55, alinéa 5 exclut, dans l'intérêt de l'assuré social, dans certains cas la saisine du comité-directeur, il n'en reste pas moins que l'assuré social a été vu par le Contrôle médical de la sécurité sociale et que la décision est prise à titre conjoint par le président et le vice-président de la caisse de maladie. L'assuré social garde en outre la possibilité de saisir les organes judiciaires.

D'autre part, dès lors que c'est sur l'initiative de l'assuré social que la décision a été prise, l'article 9 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979, qui seul prescrit à l'administration d'informer la partie concernée de son intention de prendre une décision en lui communiquant les éléments de fait et de droit qui l'amènent à agir, n'est pas applicable, cet article ne jouant qu'en cas de décision de révocation ou de modification d'office pour l'avenir d'une

décision ayant créé ou reconnu des droits à une partie ou en cas de décision prise en dehors d'une initiative de la partie concernée. En l'occurrence, c'est l'assuré social lui-même qui a saisi l'administration d'une demande, qui a été rejetée par une décision motivée.

C'est donc à tort que les premiers juges ont retenu une violation des droits de la défense sur base des textes cités.

L'application de l'article 55 du code des assurances sociales impose de rechercher si la décision à prendre relève d'un cas de suspension, de réduction ou de suppression de l'indemnité pécuniaire, cas où la décision est prise sur pied de l'article 55, alinéa 5 conjointement par le président et le vice-président, ou s'il s'agit d'une décision sur une prestation de nature autre et de portée autre, cas où le président est seul compétent conformément à l'article 55, alinéa 3.

Comme l'alinéa 5 nouveau de l'article 55 n'attribue compétence au président et au vice-président du comité-directeur que pour les décisions de suspension, de réduction ou de suppression de l'indemnité pécuniaire de maladie, les décisions de refus relèvent de la compétence des organes visés à l'alinéa 3 dudit article 55. Le refus d'accorder l'indemnité pécuniaire de maladie aurait partant dû faire l'objet d'une décision du président du comité-directeur, respectivement de son délégué, décision contre laquelle l'assuré peut former opposition qui est vidée par le comité-directeur (voir arrêt du 14.02.2003 CMEPc/Barisien).

Le jugement entrepris est par conséquent à confirmer même si c'est pour d'autres motifs en ce qu'il a annulé la décision du 7 février 2003.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant sur le rapport oral de son président et les conclusions contradictoires des parties à l'audience,
déclare l'appel recevable, mais non fondé,
confirme le jugement entrepris.

32

COUR DE CASSATION

22 janvier 2004

Attendu qu'en retenant que la décision correctement qualifiée de refus d'indemnité pécuniaire de maladie est de la compétence du président du comité directeur de la CMO ou de son délégué conformément à l'article 55 alinéa 3 du code des assurances sociales les juges du fond ont fait l'exacte application de la loi

CMO c/K.

N°11 /04 du 22.01.2004

Numéro 2037 du registre.

Arrêt

Vu l'arrêt attaqué rendu le 25 avril 2003 par le Conseil supérieur des assurances sociales ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 25 juin 2003 par la CMO et déposé le 27 juin 2003 au greffe de la Cour ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le Conseil arbitral des assurances sociales avait pour cause de violation du principe du contradictoire de la procédure administrative et d'une règle de compétence annulé une décision prise conjointement par les président et vice-président de la CMO de refuser à Christiane K. une indemnité pécuniaire de maladie; que sur recours de ladite Caisse le Conseil supérieur des assurances sociales confirma le jugement entrepris mais pour le seul motif que la décision de l'appelante n'avait pas été prise par l'organe prévu à l'article 55 alinéa 3 du code des assurances sociales ;

Sur le moyen de cassation,

tiré "de la contravention, de la violation, de la fausse interprétation et de la fausse application de l'article 55 alinéa 5 nouveau du code des assurances sociales, article introduit par la loi du 25 juillet 2002, publiée au Mémorial A n° 76 du 30 juillet 2002, entrée en vigueur le 1er octobre 2002, en ce que l'arrêt attaqué du 25 avril 2003 a déclaré que la décision de la CMO de ne pas accorder à l'assurée sociale le paiement de l'indemnité pécuniaire de maladie constituait non pas une décision de suspension, de réduction ou de suppression, mais une décision de refus échappant aux prévisions de l'article 55 alinéa 5 nouveau du code des assurances sociales précité, alors que la décision susceptible de recours de la CMO notifiée le 7 février 2003 a trait à la suppression sinon à la suspension du droit à indemnité pécuniaire antérieurement reconnu à l'assuré "

Mais attendu qu'en retenant que la décision correctement qualifiée de refus d'indemnité pécuniaire de maladie est de la compétence du président du comité directeur de la CMO ou de son délégué conformément à l'article 55 alinéa 3 du code des assurances sociales les juges du fond ont fait l'exacte application de la loi ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

rejette le pourvoi ;

condamne la CAISSE DE MALADIE DES OUVRIERS aux frais de l'instance en cassation.

33

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

26 mars 2003

Le refus de remboursement des frais hospitaliers et médicaux exposés par D.-L. en Allemagne au seul motif de la non-reconnaissance par le régime allemand de ces services constitue une entrave à la libre circulation en cas de traitement d'urgence, entrave prohibée par les articles 49 et 50 du traité.

La Caisse de maladie des employés privés est donc tenue de prendre en charge les frais exposés, comme si l'intimée s'était fait soigner au Luxembourg.

L., ÉPOUSE D. c/ CMEP

No. du reg.: CMEP 2002/0144 No.: 2003/0051

voir aussi :CASS du 18.04.2004

Arrêt

A la suite d'une hospitalisation d'urgence en Allemagne de D.-L., non contestée par la Caisse de maladie des employés privés, ses frais de traitement d'urgence ont été pris en charge par la Caisse de maladie des employés privés à concurrence d'un montant de 339.111.- luf, conformément aux articles 20 du Code des assurances sociales, 23, alinéa 2 des statuts de l'UCM et du règlement 1408/71.

D.-L. demande cependant le remboursement intégral des frais qu'elle a déboursés, soit la somme restante de 97.281.-luf, remboursement qui a été refusé suivant une décision du comité-directeur de la Caisse de maladie des

employés privés du 22 mars 2001 sur base de l'article 22, paragraphe 1, point a) i) du règlement CEE 1408/71, des articles 21, paragraphe 1 et 34, paragraphe 1 et 2 du règlement CEE 574/72 et de l'article 23 des statuts de l'Union des caisses de maladie et au motif que les prestations dont le remboursement est demandé ne sont pas à charge de l'assurance maladie allemande, dès lors qu'il s'agit de suppléments en raison d'une classe d'hospitalisation supérieure à la classe pour assurés sociaux choisie par la patiente.

Par jugement rendu contradictoirement le 29 juillet 2002, le Conseil arbitral des assurances sociales, réformant la décision du comité-directeur du 22 mars 2001, précitée, a décidé que la Caisse de maladie des employés privés est tenue de prendre en charge les frais exposés en rapport avec l'hospitalisation en Allemagne selon le tarif applicable à des soins identiques dispensés dans l'Etat d'affiliation, à savoir le Grand-Duché de Luxembourg, et a renvoyé l'affaire devant l'organe de décision compétent de la Caisse de maladie des employés privés pour la détermination des montants revenant à l'assurée.

Le Conseil arbitral des assurances sociales, constatant que les frais d'hospitalisation de la requérante étaient inévitables et que leur prise en charge par la Caisse selon le tarif luxembourgeois n'avait pas d'incidence significative sur l'équilibre du système de sécurité sociale, a réformé la décision en se basant sur les arrêts KOHLL C-158/96, DECKER C-120/95 et VANBRAEKEL C-368/98 de la CJCE, et l'arrêt BERW./CMEP du CSAS du 8 mai 2002. Il s'est appuyé encore sur un arrêt du 28 mars 2002 de la Cour de cassation française (MAGNAN/CPAM Hauts-de-Seine).

Ce jugement a été régulièrement entrepris par la Caisse de maladie des employés privés par requête déposée le 29 août 2002.

L'appelante conclut à voir dire que la Caisse des employés privés n'est pas tenue de prendre en charge les frais supplémentaires à charge de l'assurée pour avoir choisi une classe d'hospitalisation supérieure à la classe pour assurés sociaux en rapport avec l'hospitalisation en Allemagne, à défaut de " tarif " applicable au Grand-Duché de Luxembourg et à voir débouter la partie D.-L. de sa demande.

L'appelante invoque les articles 23 et 26 des statuts selon lesquels la prise en charge se fait selon les taux et tarifs applicables aux assurés sociaux de l'étranger et fait plaider qu'elle serait dans l'impossibilité de rembourser suivant des " tarifs " qui seraient inexistant dans la législation sociale luxembourgeoise.

Les soins hospitaliers constituerait des prestations en nature qui sont payés, conformément à l'article 75 du code des assurances sociales et la convention liant l'Union des caisses de maladie et l'entente des hôpitaux luxembourgeois, directement et forfaitairement par le régime national

d'assurance maladie et par l'Etat aux hôpitaux individuels sans lien direct entre les soins de santé reçus par le patient individuel et le montant versé à l'hôpital de sorte qu'il n'existerait ni tarif, ni barème permettant un remboursement. Les soins hospitaliers ne constituerait pas des services. Les actes et services médicaux effectués en milieu hospitalier seraient bien soumis à un barème de remboursement, mais l'agencement général prouverait que ces services sont négociés et achetés par le régime national d'assurance maladie pour le compte des personnes couvertes par le régime.

Les soins médicaux dont la prise en charge est prévue par le régime national d'assurance maladie ne seraient pas constitués par des services au sens de l'article 50 du traité dans la mesure où ces services ne concernent pas des services fournis au patient par le prestataire contre rémunération et leur part relativement faible dans le coût total des services hospitaliers empêcherait le recours aux services hospitaliers en dehors du champ d'application de la budgétisation.

Même en admettant que les soins hospitaliers prévus par la législation luxembourgeoise constituent des services au sens de l'article 50 du traité CE, il n'y aurait pas d'entrave à la libre circulation. Les statuts de l'Union des caisses de maladie exigeraient que la prise en charge soit prévue par le régime de sécurité sociale du pays où ils sont fournis, mais il ne serait pas possible de passer des conventions avec tous les prestataires de l'Espace Economique Européen. L'appelante se réfère finalement à l'arrêt KAMITAKI (CSAS) pour plaider la justification de l'entrave.

Elle conclut en relevant que l'interprétation donnée par le Conseil arbitral des assurances sociales à l'arrêt VANBRAEKEL ne serait pas pertinente dans le contexte de la législation luxembourgeoise et que la jurisprudence française ne serait pas transposable vues les différences entre les deux systèmes de prise en charge.

L'intimée demande la confirmation de la décision entreprise.

Le droit national

Les textes décisifs du droit national sont les suivants:

art. 20 du code des assurances sociales:

Les actes, services et fournitures à l'étranger sont pris en charge s'il s'agit d'un traitement d'urgence reçu en cas de maladie ou d'accident survenus à l'étranger, ou après autorisation préalable donnée par le contrôle médical de la sécurité sociale conformément aux conditions et modalités fixées dans les statuts; toutefois, l'autorisation ne peut être refusée si le traitement n'est pas possible au Grand-Duché de Luxembourg.

art. 23 des statuts de l'Union des caisses de maladie:

Les prestations de soins de santé délivrées à l'étranger aux personnes protégées sont prises en charge par l'assurance maladie dans les conditions établies par les présents statuts.....

Sauf les prestations urgentes devenues immédiatement nécessaires en cas de maladie ou d'accidents lors d'un séjour temporaire à l'étranger, la prise en charge des prestations délivrées à l'étranger doit être couverte par une autorisation donnée par le contrôle médical suivant les modalités prévues par les présents statuts.

Le droit communautaire

Les articles 49 et 50 du Traité CE frappent en principe d'interdiction toutes les règles nationales qui entravent la libre circulation des services entre les Etats. L'interdiction y stipulée a une portée assez large puisqu'elle touche non seulement les règles qui entravent directement et effectivement la liberté de circulation, mais aussi celles qui le font indirectement ou potentiellement.

L'article 46 du Traité, rendu applicable par l'article 55 aux prestations de service, permet toutefois aux Etats membres d'instituer un régime spécial fondé sur des motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

L'article 22 du Règlement CEE 1408/71 dans sa partie pertinente pour le présent litige, a la teneur suivante :

Le travailleur salarié ou non salarié qui satisfait aux conditions requises par la législation de l'Etat compétent pour avoir droit aux prestations.... et dont l'état vient à nécessiter immédiatement des prestations au cours d'un séjour sur le territoire d'un autre Etat membre.....

a droit: i) aux prestations en nature servies, pour le compte de l'institution compétente, par l'institution du lieu de séjour ou de résidence, selon les dispositions de la législation qu'elle applique, comme s'il y était affilié, la durée de service des prestations étant toutefois régie par la législation de l'Etat compétent.

Dans l'affaire VANBRAEKEL (arrêt du 12 juillet 2001, C-368/98) la CJCE, interprétant l'article 22 du règlement CEE 1408/71, a décidé que lorsqu'un assuré social a été autorisé par l'institution compétente à se rendre sur le territoire d'un autre Etat membre pour y recevoir des soins, l'institution du lieu de séjour est tenue de lui servir les prestations en nature conformément aux règles relatives à la prise en charge des soins de santé qu'il applique cette dernière, comme si l'intéressé y était affilié.

lorsqu'un assuré social ayant introduit une demande d'autorisation sur le fondement de l'article 22 a essuyé un refus de la part de l'institution compétente et que le caractère non fondé d'un tel refus est ultérieurement établi, l'intéressé est en droit d'obtenir directement à charge de l'institution compétente le remboursement d'un montant équivalent à celui qui aurait été supporté par l'institution du lieu de séjour conformément aux règles prévues par la législation qu'applique cette dernière, si l'autorisation avait été dûment délivrée dès l'origine.

si le remboursement de frais exposés pour des services hospitaliers fournis dans un Etat membre de séjour, qui résulte de l'application des règles en vigueur dans cet Etat, est inférieur à celui qui aurait résulté de l'application de la législation en vigueur dans l'Etat membre d'affiliation en cas d'hospitalisation dans ce dernier, un remboursement complémentaire correspondant à cette différence doit être accordé à l'assuré social par l'institution compétente.

L'article 22 du règlement 1408/71, tel qu'il est libellé, prévoit trois hypothèses dans lesquelles le travailleur a droit à des prestations en nature :

- si son état vient à nécessiter immédiatement des prestations au cours d'un séjour sur le territoire d'un autre Etat membre, alternative qui est donnée en l'occurrence,
- si, après avoir été admis au bénéfice des prestations à charge de l'institution compétente, il est autorisé par cette institution à retourner sur le territoire de l'Etat membre où il réside ou à transférer sa résidence sur le territoire d'un autre l'Etat membre,
- s'il est autorisé par l'institution compétente à se rendre sur le territoire d'un autre Etat membre pour y recevoir des soins appropriés à son état.

Chacune de ces hypothèses presuppose que le travailleur satisfait aux conditions requises par la législation de l'Etat compétent pour avoir droit aux prestations.

L'assurée sociale a bénéficié des prestations en nature de sorte que l'article 22 du règlement 1408/71 a atteint son but.

L'article 36 réglemente le remboursement entre institutions.

Il se dégage des dispositions des articles 22 et 36 que les modalités de prise en charge prévues par la législation de l'Etat membre dans lequel les soins sont dispensés doivent trouver à s'appliquer, à charge pour l'institution compétente de rembourser ultérieurement l'institution du lieu de séjour.

En l'espèce, il n'y a pas eu prise en charge par la sécurité sociale allemande des suppléments, l'assurée sociale les ayant avancés de ses propres deniers et elle demande le remboursement de ces frais supplémentaires selon la tarification de la législation luxembourgeoise.

Dans la mesure où l'article 22 du règlement CEE 1408/71 n'a pas pour objet de réglementer et, dès lors, n'empêche nullement (arrêt CJCE du 28 avril 1998, Kohll, C-158/96 point 27; Vanbraekel, du 12 juillet 2001, C-368/98, point 36) le remboursement par les Etats membres, aux tarifs en vigueur dans l'Etat membre d'affiliation, des frais engagés à l'occasion de soins fournis dans un autre Etat membre, lorsque la législation de l'Etat membre d'affiliation prévoit un tel remboursement et que les tarifs appliqués en vertu de cette législation se révèlent être plus avantageux que ceux pratiqués par l'Etat membre dans lequel les soins sont dispensés, la demande en remboursement ne saurait être refusée sur le fondement de l'article 22 ni a fortiori sur le fondement des dispositions d'exécution de cet article telles que ces dispositions sont précisées par le règlement CEE 574/72 dans ses articles 21 et 34.

En l'occurrence, l'affaire ne peut, de l'avis du Conseil supérieur des assurances sociales, pas être toisée sur le fondement de l'article 22, dès lors que les conditions d'application de cet article ne sont pas données, la sécurité sociale allemande n'ayant pas pris en charge les frais dont le remboursement est réclamé.

Dans les conditions données, il convient de rechercher si l'intimée est en droit d'obtenir le remboursement en vertu du principe général de la libre prestation des services qui s'oppose, en principe, à toute entrave.

Selon une jurisprudence constante de la CJCE, les activités médicales relèvent du champ d'application de l'article 50 du traité sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que les soins sont dispensés dans un cadre hospitalier ou en dehors d'un tel cadre et la nature particulière de certaines prestations de services ne saurait faire échapper ces activités au principe fondamental de libre circulation. Une prestation médicale dispensée dans un Etat membre et rétribuée par le patient ne saurait cesser de relever du champ d'application de la libre prestation de services garantie par le traité du seul fait que le remboursement des soins en cause est sollicité au titre de la législation sur l'assurance maladie d'un autre Etat membre qui prévoit essentiellement une intervention en nature. La circonstance qu'un traitement médical hospitalier est financé directement par les caisses de maladie sur la base de conventions et de tarifs préétablis n'est pas de nature à soustraire un tel traitement au domaine des services (SMITS et PEERBOOMS, C-157/99 point 53 à 55). Les prestations hospitalières en nature relèvent de même du champ d'application de la libre prestation des services (arrêt KOHLL points 29 et 51; VANBRAEKEL, points 41 à 43) sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'il s'agit d'un régime de remboursement ou d'un régime de prestations en nature.

L'article 49 du traité s'oppose à l'application d'une réglementation nationale ayant pour effet de rendre la prestation de services entre Etats membres plus difficile que la prestation de services purement interne à un Etat membre (COMISSION/FRANCE C-381/93; SMITS et PEERBOOMS C-157/99, point 61; KOHLL).

La CJCE admet certes des justifications permettant d'échapper à la violation des règles de la libre prestation de services, telles des justifications fondées sur des considérations économiques ou tirées de la protection de la santé publique, mais elle les apprécie sévèrement (Code annoté européen de la protection sociale p.433-435).

A cet égard, il convient de vérifier plus spécialement si la législation luxembourgeoise, dans la mesure où elle subordonne le remboursement de prestations exposées dans un autre Etat membre à la condition du remboursement dans cet Etat prestataire des soins, est de nature à constituer une entrave à la libre circulation.

Au Luxembourg, tous les hôpitaux sont obligatoirement conventionnés au Luxembourg et les caisses de maladie prennent en charge les prestations du secteur hospitalier d'après des budgets arrêtés séparément pour chaque hôpital sur base de son activité prévisible pour un ou deux exercices à venir. Les modalités de prise en charge sont réglées par une convention écrite conclue par l'Union des Caisses de Maladie avec les groupements des hôpitaux possédant la qualité et ayant un caractère suffisamment représentatif.

En matière de soins hospitaliers, le traitement ambulatoire ou stationnaire ainsi que le séjour en l'hôpital en chambre de deuxième classe, à l'exception des honoraires médicaux et sauf une légère participation du patient aux frais d'entretien, sont pris en charge intégralement par la caisse de maladie compétente suivant les modalités prévues par la convention collective.

Le système luxembourgeois de financement de la sécurité sociale combiné au conventionnement général obligatoire des prestataires de soins médicaux est, dans le secteur hospitalier, étroitement lié à l'objectif de maîtriser les dépenses de santé et de garantir l'équilibre financier du régime de la sécurité sociale.

Les honoraires médicaux relèvent d'une nomenclature.

Les prestations hospitalières en nature relevant du champ d'application de la libre prestation des services (arrêt KOHLL points 29 et 51, VANBRAEKEL, points 41 à 43), l'intimée a, en principe, droit à un remboursement complémentaire correspondant à la différence entre le remboursement des frais exposés pour des services hospitaliers fournis dans l'Etat membre de séjour et le remboursement selon l'application de la législation dans l'Etat membre d'affiliation, dans le cas où ce remboursement lui est plus favorable.

Il s'ensuit que les traitements hospitaliers suivis à l'étranger sont remboursés au tarif en vigueur dans l'Etat prestataire des soins, sauf si le remboursement est plus favorable au Luxembourg.

Il est certes illusoire d'imaginer que la sécurité sociale luxembourgeoise sera jamais amenée à conclure des conventions avec tous les établissements hospitaliers des pays membres susceptibles d'intervenir au bénéfice d'un assuré social relevant de sa juridiction. Si bon nombre de problèmes peuvent être résolus par le principe de la nécessité d'une autorisation préalable que la CJCE a jugé licite dans certains cas, et par la conclusion de conventions bi- et multinationales, la question reste entière si, comme en l'occurrence, l'assurée sociale a dû être hospitalisée d'urgence sans pouvoir demander cette autorisation et surtout sans avoir le choix de l'établissement hospitalier et sans pouvoir s'enquérir du conventionnement et du quantum de remboursement au pays prestataire des soins avant toute intervention.

D.-L. a satisfait aux conditions requises par la législation de l'Etat compétent - l'Etat luxembourgeois - pour avoir droit aux prestations.

S'il est certes vrai que dans le système luxembourgeois le droit au remboursement des soins hospitaliers est limité à un séjour en deuxième classe et celui des soins médicaux soumis à une nomenclature dont une part incombe au patient qui se fait traiter en première classe, la demande en remboursement des frais ne saurait être refusée au seul motif que les frais exposés ne sont pas à charge de la caisse de maladie allemande parce qu'exposés dans le cadre de " Wahlleistungen " et indéterminables par rapport à des tarifs existants au Luxembourg.

Il n'est dans cet ordre d'idées pas sans intérêt de citer le chapitre 6 des statuts de l'Union des caisses de maladie relatif aux prestations à l'étranger, et notamment l'article 24 qui prévoit en cas de traitement d'urgence dans un pays non lié par une convention, la prise en charge des prestations selon la législation luxembourgeoise ce, à condition que les tarifs appliqués au Luxembourg couvrent la situation visée.

Il n'a pas été soutenu que tel ne devait pas être le cas, le seul motif de refus du remboursement étant le fait que la sécurité sociale allemande ne rembourse pas les frais en question.

L'article 26 alinéa 3 des statuts prévoit pour le traitement autorisé la prise en charge selon des tarifs applicables au Luxembourg ou, à défaut, sur base des tarifs fixés par le contrôle médical par analogie aux tarifs luxembourgeois. La prise en charge du traitement en milieu hospitalier est effectuée jusqu'à concurrence du coût moyen d'hospitalisation déterminé pour la période concernée. Le texte prévoit même une majoration de cent pour cent du montant maximal de la prise en charge du traitement hospitalier en cas de traitement dans un Etat non lié au Luxembourg par une convention.

Contrairement aux allégations de l'appelante une détermination du coût de l'hospitalisation selon la législation luxembourgeoise est donc parfaitement possible.

Sur pied de l'article 49 du traité, la caisse du lieu d'affiliation est tenue de prendre en charge les frais médicaux et hospitaliers exposés par son assuré dans un Etat membre selon la législation luxembourgeoise applicable à des soins identiques dispensés au Luxembourg. Un organisme social ne saurait se retrancher derrière son interprétation de la législation en matière de tarifs hospitaliers et médicaux pour s'opposer à tout remboursement ce d'autant moins qu'un calcul des frais hospitaliers devrait pouvoir se faire pour un séjour en l'hôpital en chambre de deuxième classe et que les honoraires médicaux sont calculables d'après des barèmes existants.

Il se dégage des développements qui précèdent que le refus de remboursement des frais hospitaliers et médicaux exposés par D.-L. en Allemagne au seul motif de la non-reconnaissance par le régime allemand de ces services constitue une entrave à la libre circulation en cas de traitement d'urgence, entrave prohibée par les articles 49 et 50 du traité.

L'appel est partant non fondé et il y a lieu de dire que la Caisse de maladie des employés privés est tenue de prendre en charge les frais exposés, comme si l'intimée s'était fait soigner au Luxembourg.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,

statuant sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué et contradictoirement entre parties,

reçoit l'appel en la forme,

le dit non fondé,

dit que la Caisse de maladie des employés privés est tenue de prendre en charge les frais exposés, comme si l'intimée s'était fait soigner au Luxembourg.

34**COUR DE CASSATION**

08 janvier 2004

Attendu qu'aux termes de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, pour introduire son pourvoi la partie demanderesse devra déposer au greffe de la Cour supérieure de justice une copie de la décision attaquée signifiée soit à partie, soit à avoué, ou une expédition de cette décision ;

Attendu que la procédure du contentieux en matière d'assurances sociales ne prévoit pas la signification des décisions intervenues ni aux parties, ni à leurs mandataires, même avoués, mais seulement la notification à elles par le secrétariat de la juridiction de la copie sur papier libre qui, pour l'introduction du pourvoi en cassation, doit être déposée au greffe de la Cour ;

Attendu qu'en l'espèce la demanderesse en cassation n'a pas déposé la copie conforme notifiée en tant que telle, mais une photocopie de celle-ci dépourvue de l'authenticité requise ;

D'où il suit que le pourvoi est irrecevable ;

CMEP c/L. , épouse D.

N°06/04

Numéro 2029 du registre.

Arrêt

Vu l'arrêt attaqué rendu le 26 mars 2003 sous le numéro 2003/0051 par le Conseil supérieur des assurances sociales ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 23 mai 2003 par la CAISSE DE MALADIE DES EMPLOYES PRIVES et déposé au greffe de la Cour le 30 mai 2003 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 18 juillet 2003 par L., épouse D. et déposé au greffe de la Cour le 23 juillet 2003 ;

Vu le nouveau mémoire signifié le 20 août 2003 par la CAISSE DE MALADIE DES EMPLOYES PRIVES et déposé au greffe de la Cour le 29 août 2003, pour autant qu'il répond aux exigences de l'article 17 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation ;

Sur la recevabilité du pourvoi qui est contestée :

Attendu qu'aux termes de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, pour introduire son pourvoi la partie demanderesse devra déposer au greffe de la Cour supérieure de justice une copie de la décision attaquée signifiée soit à partie, soit à avoué, ou une expédition de cette décision ;

Attendu que la procédure du contentieux en matière d'assurances sociales ne prévoit pas la signification des décisions intervenues ni aux parties , ni à leurs mandataires, même avoués, mais seulement la notification à elles par le secrétariat de la juridiction de la copie sur papier libre qui, pour l'introduction du pourvoi en cassation, doit être déposée au greffe de la Cour ;

Attendu qu'en l'espèce la demanderesse en cassation n'a pas déposé la copie conforme notifiée en tant que telle, mais une photocopie de celle-ci dépourvue de l'authenticité requise ;

D'où il suit que le pourvoi est irrecevable ;

PAR CES MOTIFS:

Déclare le pourvoi irrecevable ;

Condamne la demanderesse en cassation aux frais de l'instance en cassation, dont distraction au profit de Maître Guy THOMAS, avocat à la Cour, sur ses affirmations de droit.

35

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

10 décembre 2003

Il est constant en cause que la demande de validation n'a pas été présentée dans un délai de trente jours de l'émission de l'ordonnance. Conformément à l'article 60, alinéa 2 des statuts de l'Union des caisses de maladie en l'occurrence l'émission d'un titre de prise en charge est à refuser les conditions administratives n'ayant pas été remplies.

Partant le jugement du 7 juillet 2003 du Conseil arbitral est à réformer en disant que c'est à bon droit que l'Union des caisses de maladie a refusé de valider l'ordonnance médicale du Dr Möller du 7 janvier 2002.

UCM c/M.

No. du reg.: UCM 2003/0128 No.: 2003/0214

Arrêt

Par demande du 15 janvier 2003 M. a requis la validation de l'ordonnance médicale du Dr Frank Möller du 7 janvier 2002 et la délivrance d'un titre de prise en charge des soins orthophoniques pour son fils Dimitri, né le 17 août 1991, réalisés sur base de cette ordonnance.

Par décision du 26 février 2003 le conseil d'administration de l'Union des caisses de maladie, sur avis du Contrôle médical de la sécurité sociale du 23 janvier 2003, sur base des articles 17 et 65 du code des assurances sociales, de l'article 12 des statuts de l'union des caisses de maladie et de l'article 1er du règlement grand-ducal du 19 mars 1999 concernant la nomenclature des actes et des services des orthophonistes pris en charge par l'assurance maladie, décide de ne pas faire droit à la demande au motif que l'article 1er des généralités de la nomenclature des actes et services des orthophonistes exclut les actes concernant les troubles du langage d'origine congénitale ou périnatale.

Par jugement du 7 juillet 2003 le Conseil arbitral des assurances sociales réforme cette décision et dit que l'Union des caisses de maladie doit accorder l'autorisation en vue de la prise en charge des soins d'orthophonie conformément aux tarifs applicables pour les actes et services des orthophonistes.

Les premiers juges se réfèrent aux articles 17 et 19 du code des assurances sociales établissant les principes que l'assuré social bénéficie d'une indemnisation des prestations de santé conformément aux taux de remboursement prévus et de la liberté de choisir les prestataires de soins, ainsi qu'à l'article 19, alinéa 3 du même code qui prévoit l'assimilation des actes ne figurant pas dans la nomenclature aux actes de même importance en vue de la fixation du tarif.

Le Conseil arbitral retient que le traitement prescrit est nécessaire en raison du diagnostic complexe pour lequel traitement l'autorisation doit être accordée par l'organisme compétent en vue de la prise en charge par l'assurance maladie.

Les premiers juges rejettent comme illégale la disposition du règlement grand-ducal du 19 mars 1999 concernant la nomenclature et qui exclut les actes concernant les troubles du langage d'origine périnatale au motif qu'elle est n'est pas conforme à la loi de base à laquelle elle ajoute un élément pour en restreindre les effets.

Le moyen formulé en ordre subsidiaire par l'Union des caisses de maladie disant que la demande de prise en charge n'a pas été présentée dans le délai de validation est rejeté au motif qu'il résulte du dossier qu'une première

demande d'autorisation de soins orthophoniques a été présentée le 14 mai 2001 et que si le traitement a été commencé sans cette autorisation préalable ceci s'explique pas la nécessité médicalement justifiée des soins.

Par requête du 21 août 2003 l'Union des caisses de maladie a interjeté appel pour voir réformer le prédit jugement et dire que c'est à bon droit que le titre de prise en charge n'est pas accordé.

L'Union des caisses de maladie soutient que la personne à protéger ne peut pas choisir pour un trouble donné, entre un orthophoniste libéral à charge de l'assurance maladie et un service public, non à charge de l'assurance maladie, qu'en l'occurrence le principe du libre choix du prestataire n'est pas applicable puisqu'il ne concerne que les prestations médicales qui tombent sous le champ d'application de l'assurance maladie.

L'appelante fait valoir que seules les personnes souffrant d'un trouble de langage qui ne sont pas traités par un service public spécialisé sont prises en charge par l'assurance maladie dans les conditions prévues par l'Union des caisses de maladie et la nomenclature des actes et services des orthophonistes.

En ordre subsidiaire l'appelante réitère son moyen que l'ordonnance médicale afférente n'a pas été présentée pour validation dans un délai de 30 jours à partir de son émission.

Il appartient aux juges saisis avant de toiser le litige au fond de vérifier si les délais d'introduction de la demande de prise en charge ont été respectés.

L'article 60 des statuts de l'Union des caisses de maladie dit que: " Sous peine d'inopposabilité à l'assurance maladie des actes délivrés par les orthophonistes, l'ordonnance médicale afférente doit être validée auprès de l'union des caisses de maladie. Cette validation doit être demandée dans un délai de trente jours de l'émission de l'ordonnance. Par cette validation la personne protégée obtient un titre de prise en charge qui garantit la prise en charge des prestations aux conditions statutaires.

L'émission d'un titre de prise en charge est refusée s'il appert que les conditions administratives ne sont pas remplies ou si, de l'avis du contrôle médical de la sécurité sociale, les actes prescrits dépassent l'utile et le nécessaire".

L'article 8 de la Convention entre l'Union des caisses de maladie et l'Association luxembourgeoise des orthophonistes prévoit dans sa teneur amendée en vigueur depuis le 1er septembre 2000 que: " Sauf disposition légale, réglementaire ou conventionnelle expresse contraire, les prestations ou fournitures délivrées par les prestataires visés par la présente convention ne sont opposables à l'assurance maladie que si elles sont délivrées sur ordonnance médicale préalable et si l'ordonnance a été validée par l'Union des caisses de maladie par l'émission du titre de prise en charge visé à

l'article 9. Cette validation doit être demandée dans le délai de trente jours de l'émission de l'ordonnance.

Le médecin-prescripteur doit donner son consentement écrit préalable aux plans de traitement prévus par les bilans visés à la nomenclature des actes posés par les orthophonistes. S'il en est disposé ainsi par les statuts de l'union des caisses de maladie ou par la nomenclature des actes, le plan de traitement doit être autorisé par le contrôle médical de la sécurité sociale..... "

L'article 9 de ladite convention dit dans sa teneur amendée en vigueur depuis le 1er septembre 2000 que " Avant la délivrance des soins le prestataire lié par la présente convention vérifie si les formalités administratives nécessaires à la prise en charge du traitement sont remplies et que le titre de prise en charge prévu aux statuts de l'union des caisses de maladie a été demandé. Le cas échéant il renseigne la personne protégée sur la nécessité d'accomplir ces formalités. En cas de litige la charge de la preuve que cette information a été donnée incombe au prestataire.

Les prestations dont la prise en charge par l'assurance maladie est soumise par la loi, les règlements ou les statuts à une autorisation préalable du contrôle médical ou à l'émission d'un titre de prise en charge visé à l'alinéa précédent ne sont opposables à l'assurance maladie que si ces conditions ont été accomplies ".

En l'occurrence les pièces du dossier font apparaître que le 7 mai 2001 le Dr Möller a prescrit deux séances d'orthophonie par semaine pour une durée de 3 mois. Cette ordonnance est présentée à l'Union des caisses de la maladie le 14 mai 2001 et par lettre du 4 juillet 2001 l'Union des caisses de maladie informe l'intimé M. de ce que le traitement orthophonique prescrit n'est pas opposable à l'assurance maladie vu qu'il ne relève pas de la nomenclature des actes et services des orthophonistes, après que le médecin traitant a sur demande du 28 juin 2001 précisé que le motif était une tétraplégie spastique d'origine périnatale.

L'intimé au vu de ce refus n'a entrepris aucun recours de sorte que cette décision est présumée acceptée par l'assuré.

Le 7 janvier 2002 le Dr Möller prescrit à nouveau un traitement de deux séances d'orthophonie par semaine effectuées par une orthophoniste diplômée pour la durée de 6 mois.

Cette ordonnance est présentée le 20 janvier 2003, soit plus d'une année plus tard, à l'Union des caisses de maladie avec une lettre d'accompagnement du conseiller juridique de l'assuré demandant la délivrance d'un titre de prise en charge.

Le 23 janvier 2003 le président de l'Union des caisses de maladie rejette ladite demande au motif que l'article 1er des généralités de la nomenclature

des actes et des services des orthophonistes exclut les troubles du langage d'origine congénitale ou périnatale.

Par courrier entré le 5 février 2003 M., par l'intermédiaire de son mandataire, forme opposition contre cette décision.

Il est de jurisprudence que l'autorisation préalable pour un traitement dont elle est requise est une formalité substantielle et doit être obtenue avant le commencement du traitement (Cour de cassation 24.11.1998 Gratia c. CMEA).

Il est constant en cause que la demande de validation n'a pas été présentée dans un délai de trente jours de l'émission de l'ordonnance. Conformément à l'article 60, alinéa 2 des statuts de l'Union des caisses de maladie en l'occurrence l'émission d'un titre de prise en charge est à refuser les conditions administratives n'ayant pas été remplies.

Partant le jugement du 7 juillet 2003 du Conseil arbitral est à réformer en disant que c'est à bon droit que l'Union des caisses de maladie a refusé de valider l'ordonnance médicale du Dr Möller du 7 janvier 2002.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,

statuant sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué et contradictoirement entre parties,

déclare l'appel de la l'Union des caisses de maladie recevable,

le déclare fondé,

partant réforme le jugement du Conseil arbitral des assurances sociales du 7 juillet 2003,

dit que c'est à bon droit que l'Union des caisses de maladie a refusé de valider l'ordonnance médicale du Dr Möller du 7 janvier 2002.

36

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

19 novembre 2003

Il est certes vrai, comme le soutient l'appelant, que certains non-salariés n'ont pas de réserves et n'ont pas la possibilité de continuer à jouir pendant un certain temps des produits de leur travail pour surmonter une période d'inactivité, tout comme il y a des entreprises qui font des bénéfices contrairement à d'autres qui arrivent à peine à subsister, mais toujours est-il

qu'il s'agit-là d'une problématique purement économique et subjective non appelée à avoir une incidence dans l'espèce à examiner. Par contre, au niveau des cotisations des différences objectives existent entre les diverses catégories de salariés et entre certains salariés d'une part et les professions indépendantes d'autre part, les cotisations mensuelles à charge des ouvriers étant nettement plus élevées qu'à charge des employés et des indépendants de sorte que le budget des caisses concernées, dans la mesure où il est constitué des cotisations, est conçu de manière différente et que les prestations en espèces doivent être prévues de manière différente.

Conformément à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, il y a partant lieu de dire que les diverses catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée ne se trouvent pas dans une situation de fait et de droit comparable au regard de la mesure critiquée.

Le problème de la constitutionnalité est donc dénué de tout fondement et il n'est pas nécessaire de saisir la Cour constitutionnelle avant la prise d'une décision.

Il en suit encore que l'article 12 n'est pas anticonstitutionnel et qu'il trouvera application en l'occurrence.

S. c/CMPACI

No. du reg.: CMPI 2003/0049 No.: 2003/0193

Arrêt

Selon requête d'appel du 20 mars 2003 S. a régulièrement relevé appel d'un jugement rendu par le Conseil arbitral des assurances sociales en date du 17 février 2003, jugement qui a retenu que l'assuré social a droit aux indemnités pécuniaires de maladie pour la période du 1er décembre 2000 jusqu'au 28 février 2001.

Pour statuer ainsi, les premiers juges se sont d'une part basés sur l'expertise judiciaire ordonnée par jugement du 12 novembre 2001 et ont, d'autre part, fait application de l'article 12 du code des assurances sociales.

L'expertise contradictoire ayant retenu que l'appelant ne s'est adonné à aucun travail d'août 2000 à février 2001, les premiers juges lui ont reconnu une incapacité de travail pour la période limitée d'août 2000 à février 2001. Ils ont ensuite appliqué l'article 12 du code des assurances sociales dont l'alinéa 3 suspend l'indemnité pécuniaire accordée aux non-salariés jusqu'au premier jour du 4e mois suivant celui pendant lequel l'incapacité de travail a été déclarée pour en déduire que l'appelant aurait droit à l'indemnité pécuniaire de maladie du 1er décembre 2000 jusqu'au 28 février 2001.

L'appelant reproche aux premiers juges une mauvaise interprétation du texte de loi, le terme de " suspendu " employé par l'article 12 n'interférant pas qu'il s'agirait d'une période de carence pendant laquelle les membres de la

profession indépendante ne seraient pas indemnisés. Aucun texte du code des assurances sociales ne prévoirait de période de carence. L'interprétation donnée par le Conseil arbitral des assurances sociales placerait les professions indépendantes par rapport aux salariés dans une situation inégalitaire et l'article 12 serait, dans ce cas, contraire à l'article 10bis de la Constitution. L'article 12, alinéa 3 serait à interpréter en fonction de son alinéa 1er qui prévoirait même une indemnisation inférieure à un mois.

Il est à relever que l'appelant n'a pas demandé la saisine de la Cour constitutionnelle.

Il désire finalement voir reconnaître son incapacité de travail d'août 2000 au 15 juillet 2001.

Aux termes de l'article 12 du code des assurances sociales, l'indemnité pécuniaire de maladie accordée aux indépendants reste suspendue jusqu'au premier jour du 4e mois suivant celui pendant lequel l'incapacité de travail a été déclarée. Par le terme de " suspendre " il faut comprendre l'arrêt momentané du droit à prestation jusqu'au terme fixé par la loi. Il en suit que selon le code des assurances sociales un indépendant ne touchera pas de prestations en espèces en cas de maladie jusqu'au 1er jour du 4e mois.

La Cour constitutionnelle a eu l'occasion d'analyser à plusieurs reprises l'article 10 bis de la Constitution. Ainsi elle a notamment reconnu au législateur le droit de soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but (arrêt no 13/02 du 17 mai 2002). Elle a soumis la mise en oeuvre de la règle constitutionnelle d'égalité à la nécessité que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation de droit comparable au regard de la mesure critiquée. Selon la Cour constitutionnelle encore, en cas d'inégalité créée par la loi entre des catégories de personnes, il appartient au juge constitutionnel de rechercher l'objectif de la loi incriminée et de reconstituer, en cas d'explications insuffisantes dans les travaux préparatoires, le but expliquant la démarche du législateur pour examiner s'il justifie la différence législative instituée au regard des exigences de rationalité, d'adéquation et de proportionnalité (arrêt 9/00 du 5 mai 2000).

En l'occurrence, il appert des travaux préparatoires relatifs à la loi du 23 avril 1979 que la différence entre un salarié et un non-salarié au niveau de ses revenus pendant une période de maladie consiste en ce que, selon les auteurs du projet, un travailleur indépendant peut encore en cas de maladie vivre pendant quelque temps sur des réserves qu'il a pu faire et qu'il a encore pendant quelque temps des recettes de son travail de sorte qu'une période de suspension doit être prévue. La période choisie a pris mesure sur celle des employés privés, qui, pendant le mois en cours et trois mois subséquents

jouissent de la continuation de leur salaire à charge de l'employeur sans toucher d'indemnité pécuniaire de maladie, contrairement aux ouvriers pour qui l'employeur ne fait que l'avance, pour compte de l'assurance maladie, de l'indemnité pécuniaire.

Pour les indépendants, l'indemnité pécuniaire correspond à l'assiette cotisable appliquée au moment de la survenance de l'incapacité de travail

Sans les dispositions protectrices en cas de maladie, un salarié en congé de maladie n'aurait pas de revenus.

Il est certes vrai, comme le soutient l'appelant, que certains non-salariés n'ont pas de réserves et n'ont pas la possibilité de continuer à jouir pendant un certain temps des produits de leur travail pour surmonter une période d'inactivité, tout comme il y a des entreprises qui font des bénéfices contrairement à d'autres qui arrivent à peine à subsister, mais toujours est-il qu'il s'agit-là d'une problématique purement économique et subjective non appelée à avoir une incidence dans l'espèce à examiner. Par contre, au niveau des cotisations des différences objectives existent entre les diverses catégories de salariés et entre certains salariés d'une part et les professions indépendantes d'autre part, les cotisations mensuelles à charge des ouvriers étant nettement plus élevées qu'à charge des employés et des indépendants de sorte que le budget des caisses concernées, dans la mesure où il est constitué des cotisations, est conçu de manière différente et que les prestations en espèces doivent être prévues de manière différente.

Conformément à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, il y a partant lieu de dire que les diverses catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée ne se trouvent pas dans une situation de fait et de droit comparable au regard de la mesure critiquée.

Le problème de la constitutionnalité est donc dénué de tout fondement et il n'est pas nécessaire de saisir la Cour constitutionnelle avant la prise d'une décision.

Il en suit encore que l'article 12 n'est pas anticonstitutionnel et qu'il trouvera application en l'occurrence.

Il n'y a pas non plus contradiction entre les alinéas 1er et 3 de l'article 12, l'alinéa 1er ne visant que la période indemnisée, c'est-à-dire la période à partir du premier jour du 4e mois.

En application de l'article 12, alinéa 3 l'assuré social ne pourra en l'espèce bénéficier d'une indemnité pécuniaire qu'à partir du 1er décembre 2000.

Le Conseil supérieur des assurances sociales confirme de même le jugement entrepris en ce qu'il a limité, sur base de l'expertise diligentée, la période de maladie au 28 février 2001. En effet, aucun élément de la cause ne permet, en présence des contestations de la Caisse de maladie des professions indépendantes, de retenir une incapacité de travail au-delà de cette date.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant sur le rapport oral de son président et contradictoirement entre
parties,
reçoit l'appel en la forme,
le dit non fondé,
confirme la décision entreprise.

37

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

10 décembre 2003

Le principe même du droit à prestation ayant été retenu, la décision entreprise a autorité de chose décidée sur le principe de l'octroi qui ne pourrait être refusé que dans le cas où l'intimée aurait bénéficié d'une prestation de même nature. L'autorité de chose décidée s'étend de même à la personne de l'intimée qui s'était vu accorder la prestation en nom personnel et qui, sans opposition de la part de la Caisse, était partie à l'instance dès le début de la procédure contentieuse devant le Conseil arbitral des assurances sociales. L'appelante est donc irrecevable à soulever un défaut de qualité dans le chef de l'intimée.

S'il est vrai que la prescription d'une demande peut être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation, il n'en reste pas moins que ce moyen - qui au demeurant est un moyen d'ordre privé qui ne saurait être soulevé d'office par une juridiction - n'a pas été invoqué, ni devant le Conseil arbitral des assurances sociales, ni devant le Conseil supérieur des assurances sociales, ni encore devant la Cour de cassation. L'arrêt du 10 janvier 2002 est coulé en force de chose décidée et une partie ne saurait engager une nouvelle action à la seule fin de soulever la prescription. Il y a forclusion, le droit à prestation ayant été reconnu à D. et la Caisse n'étant pas en mesure de prouver qu'elle a touché une indemnité de même nature.

D. , épouse L. c/CNPF

No. du reg.: CNPF 2003/0114 No.: 2003/0213

Arrêt

Par jugement rendu contradictoirement le 16 juin 2003, le Conseil arbitral des assurances sociales, sur un itératif refus de la Caisse nationale des prestations familiales de verser à D., épouse L., l'allocation de maternité à la

suite de la naissance de son fils Ghislain, né le 13 mars 1995, réforma la décision et dit que la requérante a droit à l'allocation de maternité .

Ce jugement a été entrepris dans les forme et délai de la loi par la Caisse nationale des prestations familiales, ci-après désignée par la Caisse.

Les antécédents de l'affaire se présentent comme suit :

Par jugement rendu le 3 août 1998, le Conseil arbitral des assurances sociales confirma une première décision de refus de la Caisse.

Par arrêt du 10 février 1999, le Conseil supérieur des assurances sociales sursit à statuer et saisit la Cour de justice des Communautés européennes de certaines questions préjudiciales pour, ensuite, par un arrêt du 10 janvier 2002, réformer la décision et dire qu' D. a en principe droit à une allocation de maternité et renvoyer le dossier devant les organes compétents de la Caisse pour vérification des autres conditions d'octroi, à l'exception de la condition de résidence, et pour fixation du quantum de l'allocation.

Le comité-directeur de la Caisse avait dans sa séance du 14 mars 2002 refusé la demande pour deux motifs :

- l'actuelle intimée n'aurait jamais présenté de demande, mais seulement son époux;
- la demande serait prescrite pour avoir été seulement présentée le 29 août 1996 et l'allocation de maternité se prescrirait par un an à partir de la fin pour la période pour laquelle elle est due.

Pour réformer la décision administrative entreprise, le Conseil arbitral des assurances sociales a d'abord retenu qu'elle se heurterait à l'autorité de chose décidée attachée à l'arrêt du 10 janvier 2002 pour rejeter ensuite le moyen tiré de la prescription. Il a finalement accordé à la requérante l'indemnité sollicitée dès lors qu'elle n'a pas touché d'indemnité de même nature.

Par son appel, la Caisse contredit l'applicabilité en l'espèce du principe de la chose décidée vu le renvoi de la cause devant ses organes. Elle reproche ensuite au premier juge d'avoir appliqué d'office l'article 86 du Règlement CEE 1408/71 dont l'alinéa 2 n'aurait été introduit que le 22 décembre 1995. Le premier juge aurait de surcroît fait une mauvaise interprétation du texte réglementaire. Elle fait valoir finalement qu'elle ne serait pas forcée à faire valoir la prescription de la demande, ce moyen pouvant être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation.

L'intimée conclut à la confirmation de la décision entreprise et demande l'octroi des intérêts légaux depuis l'ouverture du droit à l'allocation de maternité. En ordre subsidiaire, elle conclut à l'octroi de dommages-intérêts de 5.000,00 euros et à une astreinte de 100,00 euros par jour de retard d'exécution.

Le Conseil supérieur des assurances sociales entend citer le passage de sa décision ayant motivé le renvoi devant la Caisse en présence de la citation lacunaire de l'appelante. La motivation en est la suivante : " Dans la mesure où le texte de loi prévoit des dispositions anti-cumul, il appartiendra à la Caisse nationale des prestations familiales de vérifier si les conditions d'octroi, à part la résidence, sont données. Il lui appartiendra de même de déterminer le montant de l'allocation. A cette fin il y a lieu à renvoi devant les organes compétents de la Caisse nationale des prestations familiales ".

Le Conseil supérieur des assurances sociales après avoir retenu le principe même du droit à l'allocation de maternité, a donc renvoyé l'affaire dans un seul but : la vérification des dispositions anti-cumul.

Le principe même du droit à prestation ayant été retenu, la décision entreprise a autorité de chose décidée sur le principe de l'octroi qui ne pourrait être refusé que dans le cas où l'intimée aurait bénéficié d'une prestation de même nature. L'autorité de chose décidée s'étend de même à la personne de l'intimée qui s'était vu accorder la prestation en nom personnel et qui, sans opposition de la part de la Caisse, était partie à l'instance dès le début de la procédure contentieuse devant le Conseil arbitral des assurances sociales. L'appelante est donc irrecevable à soulever un défaut de qualité dans le chef de l'intimée.

S'il est vrai que la prescription d'une demande peut être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation, il n'en reste pas moins que ce moyen - qui au demeurant est un moyen d'ordre privé qui ne saurait être soulevé d'office par une juridiction - n'a pas été invoqué, ni devant le Conseil arbitral des assurances sociales, ni devant le Conseil supérieur des assurances sociales, ni encore devant la Cour de cassation. L'arrêt du 10 janvier 2002 est coulé en force de chose décidée et une partie ne saurait engager une nouvelle action à la seule fin de soulever la prescription. Il y a forclusion, le droit à prestation ayant été reconnu à D. et la Caisse n'étant pas en mesure de prouver qu'elle a touché une indemnité de même nature.

Dans les conditions données, il est superfétatoire d'examiner l'incidence de l'article 86 du Règlement CEE 1408/71.

Pour le surplus, le Conseil supérieur des assurances sociales renvoie à la motivation exhaustive et non contraire du premier juge qu'il adopte.

L'intimée, dans ses conclusions principales, requiert l'octroi des intérêts légaux depuis l'ouverture du droit à l'allocation de maternité.

Aux termes de l'article 291bis du code des assurances sociales qui est d'application générale en matière de sécurité sociale, et a été introduit par la loi du 6 avril 1999 avec effet rétroactif au 1er janvier 1999, les prestations en espèces sont productives d'intérêts moratoires au taux légal calculés pour les mois entiers de calendrier se situant entre leur échéance et leur paiement. Ces intérêts ne commencent toutefois à courir qu'à l'expiration d'une période

de six mois de calendrier suivant l'introduction de la demande dûment remplie auprès de l'institution débitrice.

L'intimée n'a partant droit aux intérêts légaux qu'à partir du 1er janvier 1999.

Comme il a été fait droit aux conclusions principales de l'intimée, le Conseil supérieur des assurances sociales n'est pas saisi des conclusions subsidiaires sur lesquelles, en raison de sa compétence spéciale, il n'a, au demeurant, pas compétence pour statuer.

Par ces motifs,

le Conseil supérieur des assurances sociales,

statuant sur le rapport oral de son président et contradictoirement entre parties,

reçoit l'appel en la forme,

dit que l'arrêt du 10 janvier 2002 a autorité de chose décidée,

dit la Caisse nationale des prestations familiales forcée à soulever l'irrecevabilité de la demande,

dit que la demanderesse a droit sur les prestations à elle redues aux intérêts légaux depuis le 1er janvier 1999.

confirme la décision entreprise pour le surplus.

38

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

21 janvier 2004

En considération de ce que l'appelante reste en défaut d'apporter les éléments de preuve nécessaires pour établir la réduction du temps de travail tant en qualité de gérante indépendante qu'en qualité d'employée, il y a lieu de déclarer son appel non fondé et de confirmer le premier jugement.

H. , épouse P. c/CNPF

No. du reg.: CNPF 2003/0119 No.: 2004/0016

Arrêt

Par lettre adressée le 28 juillet 1995 à la Caisse nationale des prestations familiales H., épouse P., demande une allocation d'éducation pour son enfant Lara P., née le 27 mai 1995 et elle précise qu'elle reprend son activité le 1er février 1996. H. joint en annexe à cette demande une note disant qu'elle ira travailler à partir du mois d'octobre 1995 1 à 2 fois par semaine (8 ou 16 heures).

Par courrier du 19 juin 1996 H. est informée que la Caisse nationale des prestations familiales lui refuse l'allocation d'éducation au motif que le revenu mensuel moyen pour 1994 et 1995 du ménage dépasse le plafond légal.

Par courrier du 18 avril 1997 le mandataire de H. fait valoir que cette dernière base sa demande sur l'article 2, alinéa 3 de la loi modifiée du 1er août 1988 allouant la moitié de l'allocation d'éducation, indépendamment du revenu, au parent qui exerce une activité professionnelle à mi-temps. H. dit qu'elle n'a presté que 50 heures pendant les mois de septembre à novembre 1995 et qu'elle n'a pas travaillé du tout pendant les mois de décembre 1995 et janvier 1996.

Par requête du 20 juillet 1998 H. demande qu'il soit ordonné à la Caisse nationale des prestations familiales de lui accorder la moitié de l'allocation d'éducation due pour l'enfant Lara P..

Par décision du 14 décembre 2001 le Conseil arbitral des assurances sociales déclare ce recours irrecevable au motif que le comité-directeur n'a pas pu statuer en connaissance de cause.

Le 21 mai 2002 le mandataire de H. s'adresse au comité-directeur de la Caisse nationale des prestations familiales.

Par lettre du 7 novembre 2002 le président du comité-directeur de la Caisse nationale des prestations familiales informe H. que durant la période litigieuse elle était affiliée en qualité d'indépendante, de sorte que les fiches de salaires versées pour les mois de septembre à novembre 1995 ne prouvent pas une réduction de la durée de travail pour l'ensemble de ses activités telle que requise par l'article 2 (3) de la loi modifiée du 1er août 1988. En outre, il est fait mention que H. a déclaré pour 1995 auprès des contributions un revenu et une indemnité pécuniaire de maternité d'un total de 1.546.912 francs bruts, que son assiette cotisable auprès du Centre commun de la sécurité sociale était fixée à 1.850.820 francs. Ce courrier note que compte tenu des différentes déclarations de H. son revenu mensuel moyen de janvier à mars 1995 aurait dû être de 358.361 francs pour la sécurité sociale, respectivement de 257.058 francs pour les contributions, que l'indemnité pécuniaire de maternité brute mensuelle ne se chiffrait qu'à environ 162.000 francs alors que dans les deux hypothèses elle aurait dû s'élever à 218.719 francs par mois.

Comme H. n'a pas pu expliquer ces écarts et qu'en conséquence elle n'a pas prouvé une réduction suffisante de la durée de travail à compter de septembre 1995 sa demande a été rejetée.

Dans sa requête déposée le 9 décembre 2002 devant le Conseil arbitral des assurances sociales, H. estime que la preuve de la réduction de travail résulte cependant à suffisance des fiches de salaires versées en cause et conclut à l'annulation de la prédicta décision.

Par jugement du 25 juillet 2003 le Conseil arbitral des assurances sociales déclare le recours de H. non fondé en retenant que la motivation de la décision du comité-directeur de la Caisse nationale des prestations familiales, prise sur base des pièces émanant tant du Centre commun de la sécurité sociale que de l'Administration des contributions directes et non autrement contestées ni contestables, établit à suffisance de droit que H. disposait de revenus dépassant les seuils déterminés par le paragraphe 2 de l'article 2 et que la demanderesse ne peut pas invoquer le bénéfice du paragraphe 3 de l'article 2 puisqu'elle n'a pas su rapporter la preuve, malgré sa déclaration sur l'honneur et des fiches de salaires, qu'elle a réduit son activité professionnelle dans les limites prévues par cette disposition pendant la période en question.

Dans son recours déposé le 6 août 2003 H. base sa demande exclusivement sur l'alinéa 3 de l'article 2 de la loi modifiée du 1er août 1988 qui ne pose pas de condition de revenu; elle estime que la preuve de la réduction de travail résulte à suffisance de la déclaration sur l'honneur et des fiches de salaires versées en cause et elle conclut à l'annulation sinon à la réformation du premier jugement.

L'article 2, alinéas 1er et 3ième de la loi modifiée du 1er août 1988 par la loi du 27 juillet 1992 dispose que:

- "(1) Peut prétendre à l'allocation d'éducation toute personne qui:
- a) a son domicile légal au Grand-Duché de Luxembourg et y réside effectivement, ;
 - b) élève dans son foyer un ou plusieurs enfants pour lesquels sont versées au requérant ou à son conjoint non séparé des allocations familiales et qui remplissent à son égard les conditions prévues à l'article 2 de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la caisse nationale des prestations familiales;
 - c) s'adonne principalement à l'éducation des enfants au foyer familial et n'exerce pas d'activité professionnelle ou ne bénéficie pas d'un revenu de remplacement.
- (3) Par dérogation aux conditions prévues au paragraphe (1) sous c) et au paragraphe (2), peut prétendre à la moitié de l'allocation d'éducation, indépendamment du revenu dont elle dispose, toute personne qui
- a) exerce une ou plusieurs activités professionnelles à temps partiel sans que la durée de travail hebdomadaire totale effectivement presté ne dépasse la moitié de la durée normale de travail lui applicable sur cette même période en vertu de la loi ou de la convention collective de travail, ou bénéficie d'un revenu de remplacement correspondant à la durée de travail déterminée ci-dessus;

- b) s'adonne principalement à l'éducation des enfants au foyer familial pendant une durée au moins équivalente à la moitié de la durée normale de travail, telle qu'elle est déterminée sub a).

Un règlement grand-ducal peut préciser les conditions d'application des présentes dispositions."

Le règlement grand-ducal du 29 juin 1993 ayant pour objet de préciser les modalités d'application de la prédite loi prévoit que lorsque le requérant exerce une ou plusieurs activités non salariées aux termes de l'article 171,2) du code des assurances sociales, les dispositions de l'article 4, alinéas 2 à 5 de ce règlement précisant les modalités de l'activité à temps partiel, lui sont applicables à condition qu'il prouve que la durée hebdomadaire totale effectivement prestée au titre de la ou des activités professionnelles qu'il exerce pour son propre compte ou encore pour le compte d'autrui, ne dépasse pas la moitié de la durée normale de référence... La preuve requise ...peut être rapportée par tous les moyens à l'exception de la preuve testimoniale qui n'est admise que pour corroborer un commencement de preuve par écrit.

En l'occurrence il appartient à la demanderesse de prouver que les activités professionnelles à temps partiel auxquelles elle s'est adonnée de la mi-août 1995 à janvier 1996 n'ont pas dépassé la moitié de la durée normale de travail lui applicable sur cette même période.

Il appert d'un courrier de l'étude Turpel que H. était affiliée du 1er janvier 1994 au 7 août 1998 en qualité d'artisan/commerçant et du 14 septembre 1987 au 31 décembre 1993 en tant qu'employée privée (p.17). H. détenant 100 % de la société à responsabilité limitée Accessoires-H. est affiliée comme indépendante suite à sa fonction de gérante de cette société, toutefois elle touche une rémunération de la société à responsabilité limitée Maison H..

Ainsi l'appelante est tenue d'établir la durée hebdomadaire normale de son travail d'employée et celle de son travail de gérante indépendante, ainsi que le nombre d'heures effectivement prestées durant la période de travail partiel.

En l'occurrence aucun certificat de l'employeur, la société à responsabilité limitée H., portant sur la durée hebdomadaire normale applicable dans son entreprise, de la date à partir de laquelle le demandeur travaille à temps partiel et le nombre d'heures effectivement prestées par semaine, n'a accompagné la demande.

Un écrit du 17 octobre 1995 de la Maison H. atteste que H. a du congé sans solde à partir du 18 août 1995 au 31 janvier 1996 (p.3,4)

Il résulte tant de la décision du 7 novembre 2002 que du jugement de première instance que l'appelante ne rapporte pas la preuve qu'elle a réduit

son activité professionnelle dans les limites de l'article 2, alinéa 3 de la loi modifiée du 1er août 1988.

En effet les déclarations de l'appelante auprès de l'Administration des contributions et auprès du Centre commun de la sécurité sociale ne permettent pas de connaître la durée du travail presté normalement par l'appelante ni en sa qualité d'employée, ni en sa qualité de gérante indépendante.

Le président de la Caisse nationale des prestations familiales a noté dans sa décision des écarts entre les revenus déclarés auprès de l'Administration des contributions directes et auprès du Centre commun de la sécurité sociale ainsi qu'en rapport avec l'indemnité pécuniaire de maternité. Après avoir eu connaissance du problème en cause H. a omis d'apporter les éclaircissements nécessaires. Les fiches de salaires produites en cause renseignent les heures de travail presté par H. en septembre, novembre et octobre 1995 auprès de son employeur, mais aucune pièce ne fournit des indications quant aux heures normalement prestées en qualité d'employée ni quant à celles en qualité de gérante avant et après le congé de maternité.

En considération de ce que H. reste en défaut d'apporter les éléments de preuve nécessaires pour établir la réduction du temps de travail tant en qualité de gérante indépendante qu'en qualité d'employée, il y a lieu de déclarer son appel non fondé et de confirmer le premier jugement.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué et
contradictoirement entre parties,
reçoit l'appel,
le déclare non fondé,
partant confirme le jugement entrepris.

39**CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES**

16 octobre 2002

S'il est vrai que l'article 3 de la loi du 12 février 1999 prévoit que le congé parental doit être pris en entier et en une seule fois, ni cet article ni aucune autre disposition légale ne prévoient en cas d'interruption volontaire du congé parental une sanction spécifique différente de celle prévue par l'article 2 de la loi du 12 février 1999 et l'article 27 alinéa 1er de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la caisse nationale des prestations familiales.

On ne saurait ainsi valablement soutenir comme le fait la partie intimée que le congé parental interrompu volontairement serait devenu caduc faute d'avoir été pris conformément à la loi dès lors qu'aucune disposition légale relative au congé parental ne prévoit une telle conséquence en cas de reprise du travail avant la fin du congé parental et que l'article 2 de la loi du 12 février 1999 dispose au contraire que le droit au congé parental cesse uniquement à partir du moment où le bénéficiaire ne remplit plus la condition de n'exercer aucune activité professionnelle pendant la durée du congé parental.

Si par ailleurs l'article 27 alinéa 4 de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la caisse nationale des prestations familiales dispose que les sommes indûment touchées sont restituées sans préjudice de poursuites judiciaires éventuelles, les sommes perçues depuis le début du congé parental jusqu'au jour de la reprise du travail, période au cours de laquelle les conditions d'octroi étaient réunies, ne sauraient être qualifiées de sommes indûment touchées sous peine de conférer un effet rétroactif à la disparition de l'une des conditions durant le congé parental.

Pour être complet il y a lieu de relever que la restitution des sommes perçues avant la reprise par l'appelante de son activité salariée ne saurait pas non plus être ordonnée sur base de l'article 27 alinéa 3 de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la caisse nationale des prestations familiales, disposition selon laquelle la restitution est obligatoire si l'attributaire ou le bénéficiaire a provoqué leur attribution en alléguant des faits inexacts ou en dissimulant des faits importants ou s'il a omis de signaler de tels faits après l'attribution dès lors qu'aucune de ces hypothèses ne se rencontre en l'espèce.

Il résulte des développements qui précèdent que la Caisse nationale des prestations familiales n'est pas fondée à réclamer à M. la restitution des sommes perçues depuis le début du congé parental jusqu'au jour où elle a repris son activité salariée. La demande est en revanche fondée pour la période allant du 9 octobre 2000, date à laquelle M. a recommencé à

travailler, jusqu'au 20 octobre 2000, aucune prestation n'étant plus due pour cette période.

M. , ÉPOUSE P. c/CNPF

No. du reg.: CNPF 2002/0002 No.: 2002/0123

Arrêt

Par décision de son comité-directeur du 30 novembre 2000, la Caisse nationale des prestations familiales a demandé à M. la restitution de l'indemnité de congé parental d'un montant de 243.496.- LUF touchée pour la période du 21 juin 2000 au 20 octobre 2000 au motif qu'elle a repris son activité salariée le 9 octobre 2000, c.-à-d. avant la fin du congé parental allant du 21 juin 2000 au 20 décembre 2000.

Par jugement du 7 décembre 2001, le Conseil arbitral des assurances sociales, statuant sur le recours formé par M. contre la décision du comité-directeur, a déclaré ledit recours non fondé.

Pour statuer comme il l'a fait le premier juge a dit que l'article 3 de la loi sur le congé parental ne prévoit qu'une exception en vue d'abréger le délai de 6 mois, à savoir le décès de l'enfant ou le rejet de la demande d'adoption, que le respect de la durée du congé parental est une condition essentielle de son octroi et qu'il n'est pas permis de renoncer volontairement à une partie du congé. Il a déclaré la demande en restitution des mensualités de l'indemnité de congé parental justifiée sur base de l'article 27 alinéa 4 de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales, disposition rendue applicable par l'article 12 de la loi sur le congé parental, le recours aux dispositions de l'article 2 alinéa final de la loi du 12 février 1999 n'étant pas selon lui susceptible de faire entrave au droit de la Caisse nationale des prestations familiales de récupérer les sommes indûment touchées et ce même en présence du respect de l'obligation d'information inscrite à l'article 9 (6) de la loi.

M. a régulièrement relevé appel de ce jugement par requête déposée en date du 4 janvier 2002.

Elle demande au Conseil supérieur des assurances sociales de déclarer, par réformation du jugement entrepris, la demande de la Caisse nationale des prestations familiales tendant à la restitution des indemnités de congé parental non fondée.

L'appelante reproche au Conseil arbitral des assurances sociales d'avoir erronément déduit de l'article 3 de la loi du 12 février 1999 portant création d'un congé parental qu'il ne peut être mis fin au congé parental qu'en raison du décès de l'enfant ou lorsqu'une demande en adoption a été rejetée et qu'il ne serait pas possible de mettre fin au congé parental pour des motifs personnels; que le législateur aurait en effet expressément prévu à l'article 2

de la loi sur le congé parental la possibilité de mettre fin au congé parental dans l'hypothèse où l'une des conditions prévues par l'article 1er ne se trouve pas remplie dans le chef du parent qui s'est vu accorder le droit d'exercer son congé parental; que le deuxième alinéa du point 6 de l'article 9 de la loi du 12 février 1999 sur le congé parental permettrait de constater que la loi ne parle que de réduction ou d'extinction des droits de sorte que les seules sanctions qui peuvent s'appliquer sont soit la réduction du montant de l'indemnité, soit l'arrêt du versement des indemnités pécuniaires à partir du moment où l'une des conditions d'octroi ne se trouve plus remplie; que le Conseil arbitral des assurances sociales aurait encore violé les dispositions de l'article 27 de la loi du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales auquel renvoie expressément l'article 12 de la loi du 12 février 1999; que l'article 27 parlerait en effet uniquement de suppression de prestations et de prestations octroyées ou liquidées de trop qui elles pourraient être récupérées; que la suppression des prestations interviendrait seulement au moment où les conditions qui ont motivé l'octroi de la prestation viennent à défaillir de sorte que seules les prestations qui ont été versées après l'événement doivent être remboursées; qu'en parlant de la restitution des prestations octroyées ou liquidées de trop, le législateur aurait seulement eu en vue les hypothèses dans lesquelles le parent bénéficiaire aurait présenté des pièces incomplètes ou allégué des faits inexacts ou dissimulé des faits importants soit avant soit après l'attribution de l'indemnité pécuniaire; qu'en l'espèce seule la sanction prévue par l'article 27 alinéa 1er pourrait être appliquée, à savoir la suppression de toute prestation pour l'avenir de sorte que les prestations touchées auparavant devraient lui rester acquises à défaut par la loi de prévoir un droit au remboursement au profit de la Caisse nationale des allocations familiales de toutes les sommes ainsi dûment touchées.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement entrepris.

L'article 1er de la loi du 12 février 1999 portant création d'un congé parental et d'un congé pour raisons familiales énumère les conditions à remplir pour pouvoir bénéficier du congé parental.

Parmi ces conditions figure celle de n'exercer aucune activité professionnelle pendant la durée du congé parental.

L'article 2 dispose que lorsque l'une de ces conditions cesse d'être remplie le droit au congé parental prend fin et l'article 27 alinéa 1er de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la caisse nationale des prestations familiales auquel renvoie l'article 12 de la loi du 12 février 1999 stipule que toute prestation est supprimée si les conditions qui l'ont motivée viennent à défaillir.

Il découle de ces dispositions que les prestations cessent d'être dues à partir du moment où le bénéficiaire reprend son activité salariée avant la fin du congé parental sans que pour autant son droit au congé parental soit

rétroactivement anéanti et qu'il soit obligé de restituer les sommes perçues depuis le début du congé parental jusqu'au jour où l'événement qui justifie l'extinction des droits a eu lieu.

S'il est vrai que l'article 3 de la loi du 12 février 1999 prévoit que le congé parental doit être pris en entier et en une seule fois, ni cet article ni aucune autre disposition légale ne prévoient en cas d'interruption volontaire du congé parental une sanction spécifique différente de celle prévue par l'article 2 de la loi du 12 février 1999 et l'article 27 alinéa 1er de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la caisse nationale des prestations familiales.

On ne saurait ainsi valablement soutenir comme le fait la partie intimée que le congé parental interrompu volontairement serait devenu caduc faute d'avoir été pris conformément à la loi dès lors qu'aucune disposition légale relative au congé parental ne prévoit une telle conséquence en cas de reprise du travail avant la fin du congé parental et que l'article 2 de la loi du 12 février 1999 dispose au contraire que le droit au congé parental cesse uniquement à partir du moment où le bénéficiaire ne remplit plus la condition de n'exercer aucune activité professionnelle pendant la durée du congé parental.

Si par ailleurs l'article 27 alinéa 4 de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la caisse nationale des prestations familiales dispose que les sommes indûment touchées sont restituées sans préjudice de poursuites judiciaires éventuelles, les sommes perçues depuis le début du congé parental jusqu'au jour de la reprise du travail, période au cours de laquelle les conditions d'octroi étaient réunies, ne sauraient être qualifiées de sommes indûment touchées sous peine de conférer un effet rétroactif à la disparition de l'une des conditions durant le congé parental.

Pour être complet il y a lieu de relever que la restitution des sommes perçues avant la reprise par M. de son activité salariée ne saurait pas non plus être ordonnée sur base de l'article 27 alinéa 3 de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la caisse nationale des prestations familiales, disposition selon laquelle la restitution est obligatoire si l'attributaire ou le bénéficiaire a provoqué leur attribution en alléguant des faits inexacts ou en dissimulant des faits importants ou s'il a omis de signaler de tels faits après l'attribution dès lors qu'aucune de ces hypothèses ne se rencontre en l'espèce.

Il résulte des développements qui précèdent que la Caisse nationale des prestations familiales n'est pas fondée à réclamer à M. la restitution des sommes perçues depuis le début du congé parental jusqu'au jour où elle a repris son activité salariée. La demande est en revanche fondée pour la période allant du 9 octobre 2000, date à laquelle M. a recommencé à

travailler, jusqu'au 20 octobre 2000, aucune prestation n'étant plus due pour cette période.

Le jugement entrepris est partant à réformer en ce sens.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,

statuant sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué et les conclusions contradictoires des parties à l'audience,

reçoit l'appel en la forme,

le dit partiellement fondé,

RÉFORMANT:

dit que la Caisse nationale des prestations familiales a uniquement droit à la restitution des sommes perçues pendant la période allant du 9 octobre 2000 au 20 octobre 2000,

déclare la demande non fondée pour le surplus.

40

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

24 novembre 2003

La lecture faite par l'appelante de l'article 27, alinéa 1er consiste à dire que la suppression des prestations intervient à partir du moment où les conditions qui ont motivé l'octroi de la prestation viennent à défaillir, hypothèse prévue dans le présent cas par l'article 2, alinéa final de la loi du 12 février 1999 disposant que " le droit au congé parental prend fin lorsque l'une des conditions prévues à l'article 1er cesse d'être remplie ", et que " l'article 27 ne mentionne pas l'obligation pour le parent qui s'est vu attribuer les prestations de les restituer, alors que seules les prestations qui auraient été versées après l'événement sont évidemment supprimées et doivent être remboursées ".

Cette interprétation revient cependant à dire, comme l'ont fait les juges d'appel dans leur arrêt du 16 octobre 2002, que l'on ne saurait soutenir que le congé parental interrompu volontairement serait devenu caduc faute d'avoir été pris conformément à la loi, dès lors notamment que l'article 2 de la loi du 12 février 1999 disposerait au contraire que le droit au congé parental cesserait uniquement à partir de ce moment.

La Cour suprême ayant sanctionné cette interprétation comme constituant une violation des articles 2, dernier alinéa et 3, paragraphe 1 de la loi du 12

février 1999 et de l'article 27, alinéas 1er et 4 de la loi modifiée du 19 juin 1985, il convient de la rejeter et de confirmer le jugement du Conseil arbitral des assurances sociales du 7 décembre 2001 en ce qu'il a débouté M. de son recours contre la décision du comité-directeur de la Caisse nationale des prestations familiales du 30 novembre 2000.

M. , ÉPOUSE P. c/CNPF

No. du reg.: CNPF 2002/0002 No.: 2003/0181

voir aussi CSAS-20021016 CASS-20030619

Arrêt

Il résulte des énonciations d'un arrêt du Conseil supérieur des assurances sociales rendu le 16 octobre 2002 que par décision de son comité-directeur du 30 novembre 2000, la Caisse nationale des prestations familiales a demandé à M. la restitution de l'indemnité de congé parental d'un montant de 243.496.- LUF touchée pour la période du 21 juin 2000 au 20 octobre 2000 au motif qu'elle a repris son activité salariée le 9 octobre 2000, c.-à-d. avant la fin du congé parental allant du 21 juin 2000 au 20 décembre 2000;

que par jugement du 7 décembre 2001, le Conseil arbitral des assurances sociales, statuant sur le recours formé par M. contre la décision du comité-directeur, a déclaré ledit recours non fondé;

que pour statuer comme il l'a fait le premier juge a dit que l'article 3 de la loi sur le congé parental ne prévoit qu'une exception en vue d'abréger le délai de 6 mois, à savoir le décès de l'enfant ou le rejet de la demande d'adoption, que le respect de la durée du congé parental est une condition essentielle de son octroi, et qu'il n'est pas permis de renoncer volontairement à une partie du congé. En conséquence, le Conseil arbitral des assurances sociales a déclaré la demande en restitution des mensualités de l'indemnité de congé parental justifiée sur base de l'article 27, alinéa 4 de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales, disposition rendue applicable par l'article 12 de la loi sur le congé parental, le recours aux dispositions de l'article 2, alinéa final de la loi du 12 février 1999 n'étant pas selon lui susceptible de faire entrave au droit de la Caisse nationale des prestations familiales de récupérer les sommes indûment touchées et ce même en présence du respect de l'obligation d'information inscrite à l'article 9 (6) de la loi.

Statuant sur l'appel de M., le Conseil supérieur des assurances sociales, par le susdit arrêt du 16 octobre 2002, retenant que la Caisse nationale des prestations familiales n'est pas fondée à réclamer à l'intéressée la restitution des sommes perçues depuis le début du congé parental jusqu'au jour où elle a repris son activité salariée, a dit que la Caisse a uniquement droit à la restitution des sommes perçues pendant la période allant du 9 octobre 2000 au 20 octobre 2000.

Pour en décider ainsi, les juges d'appel, après avoir relevé que parmi les conditions à remplir pour pouvoir bénéficier du congé parental figure celle de n'exercer aucune activité professionnelle pendant la durée du congé parental, que l'article 2 dispose que lorsque l'une de ces conditions cesse d'être remplie le droit au congé parental prend fin et que l'article 27, alinéa 1er de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la caisse nationale des prestations familiales auquel renvoie l'article 12 de la loi du 12 février 1999 stipule que toute prestation est supprimée si les conditions qui l'ont motivée viennent à défaillir, ont considéré qu'il découle de ces dispositions que les prestations cessent d'être dues à partir du moment où le bénéficiaire reprend son activité salariée avant la fin du congé parental sans que pour autant son droit au congé parental soit rétroactivement anéanti et qu'il soit obligé de restituer les sommes perçues depuis le début du congé parental jusqu'au jour où l'événement qui justifie l'extinction des droits a eu lieu, que s'il est vrai que l'article 3 de la loi du 12 février 1999 prévoit que le congé parental doit être pris en entier et en une seule fois, ni cet article ni aucune autre disposition légale ne prévoient en cas d'interruption volontaire du congé parental une sanction spécifique différente de celle prévue par l'article 2 de la loi du 12 février 1999 et l'article 27, alinéa 1er de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la caisse nationale des prestations familiales, et qu'on ne saurait ainsi valablement soutenir que le congé parental interrompu volontairement serait devenu caduc faute d'avoir été pris conformément à la loi dès lors qu'aucune disposition légale relative au congé parental ne prévoit une telle conséquence en cas de reprise du travail avant la fin du congé parental et que l'article 2 de la loi du 12 février 1999 dispose au contraire que le droit au congé parental cesse uniquement à partir du moment où le bénéficiaire ne remplit plus la condition de n'exercer aucune activité professionnelle pendant la durée du congé parental.

La Caisse nationale des prestations familiales s'étant pourvue en cassation contre cet arrêt, la Cour de cassation, par arrêt du 19 juin 2003, se référant à l'article 2 de la loi du 12 février 1999 portant création d'un congé parental et d'un congé pour raisons familiales disposant in fine que " le droit au congé parental prend fin lorsque l'une des conditions prévues à l'article 1er cesse d'être remplie " et l'article 3(1) de la même loi disposant que " le congé parental doit être pris en entier et en une seule fois ", et à l'article 27 de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la caisse nationale des prestations familiales disposant en son alinéa 1er que " toute prestation est supprimée si les conditions qui l'ont motivée viennent à défaillir " et en son alinéa 4 que " les sommes indûment touchées sont restituées ... ", et considérant que les juges du fond, en faisant abstraction de la condition que le congé parental doit être pris en entier et en une seule fois, pour dire que la restitution des sommes perçues n'est fondée que pour la période où la salariée a repris son travail, ont violé les textes de

lois visés au moyen, a cassé l'arrêt du 16 octobre 2002, déclaré nulle et de nul effet cette décision judiciaire et renvoyé les parties devant le Conseil supérieur des assurances sociales autrement composé.

Devant le Conseil supérieur des assurances sociales, saisi du renvoi, l'appelante M. se réfère actuellement à l'article 27 de la loi modifiée du 19 juin 1985 qui en son alinéa 1er parle de " suppression de prestations " en disposant que toute prestation est supprimée si les conditions qui l'ont motivée viennent à défaillir, et en son alinéa 3 de " prestations octroyées ou liquidées de trop " qui elles peuvent être récupérées.

Faisant valoir que la seconde hypothèse, qui serait celle où le parent requérant aurait présenté des pièces incomplètes ou aurait allégué des faits inexacts ou dissimulé des faits importants soit avant, soit après l'attribution des prestations, ne lui serait pas applicable, elle estime que seule la sanction prévue par l'article 27, alinéa 1er lui est applicable, comportant uniquement pour elle " la suppression de toute prestation pour l'avenir à défaut par elle de continuer à remplir l'une des conditions prévues par l'article 1er de la loi du 12 février 1999, à savoir celle de ne pas s'adonner à une activité professionnelle pendant la durée du congé parental ".

La lecture faite par l'appelante de l'article 27, alinéa 1er consiste à dire que la suppression des prestations intervient à partir du moment où les conditions qui ont motivé l'octroi de la prestation viennent à défaillir, hypothèse prévue dans le présent cas par l'article 2, alinéa final de la loi du 12 février 1999 disposant que " le droit au congé parental prend fin lorsque l'une des conditions prévues à l'article 1er cesse d'être remplie ", et que " l'article 27 ne mentionne pas l'obligation pour le parent qui s'est vu attribuer les prestations de les restituer, alors que seules les prestations qui auraient été versées après l'événement sont évidemment supprimées et doivent être remboursées ".

Cette interprétation revient cependant à dire, comme l'ont fait les juges d'appel dans leur arrêt du 16 octobre 2002, que l'on ne saurait soutenir que le congé parental interrompu volontairement serait devenu caduc faute d'avoir été pris conformément à la loi, dès lors notamment que l'article 2 de la loi du 12 février 1999 disposerait au contraire que le droit au congé parental cesserait uniquement à partir de ce moment.

La Cour suprême ayant sanctionné cette interprétation comme constituant une violation des articles 2, dernier alinéa et 3, paragraphe 1 de la loi du 12 février 1999 et de l'article 27, alinéas 1er et 4 de la loi modifiée du 19 juin 1985, il convient de la rejeter et de confirmer le jugement du Conseil arbitral des assurances sociales du 7 décembre 2001 en ce qu'il a débouté M. de son recours contre la décision du comité-directeur de la Caisse nationale des prestations familiales du 30 novembre 2000.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant contradictoirement, suite au renvoi ordonné par l'arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 2003 et sur le rapport oral de son président-magistrat,
déclare l'appel de M. non fondé,
confirme le jugement du Conseil arbitral des assurances sociales du 7 décembre 2001.

41

COUR DE CASSATION

19 juin 2003

Vu l'article 2 de la loi du 12 février 1999 portant création d'un congé parental et d'un congé pour raisons familiales disposant in fine que " le droit au congé parental prend fin lorsque l'une des conditions prévues à l'article 1er cesse d'être remplie " et l'article 3(1) de la même loi disposant que " le congé parental doit être pris en entier et en une seule fois " ;

Vu l'article 27 de la loi du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la caisse nationale des prestations familiales disposant en son alinéa 1er que " toute prestation est supprimée si les conditions qui l'ont motivée viennent à défaillir " et en son alinéa 4 que "les sommes indûment touchées sont restituées.. " ;

Attendu cependant que les juges du fond, en faisant abstraction de la condition que le congé parental doit être pris en entier et en une seule fois, pour dire que la restitution des sommes perçues n'est fondée que pour la période où la salariée a repris son travail, ont violé les textes de lois visés au moyen ;

D'où il suit que la cassation est encourue ;

La Cour de cassation casse et annule l'arrêt rendu le 16 octobre 2002 par le Conseil supérieur des assurances sociales ;

CNPF c/M. , ÉPOUSE P.

N° 36/03

Numéro 1984 du registre.

voir aussi CSAS-20021016

voir aussi CSAS-20031124

Arrêt

Vu l'arrêt attaqué rendu le 16 octobre 2002 par le Conseil supérieur des assurances sociales ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 11 décembre 2002 par la CAISSE NATIONALE DES PRESTATIONS FAMILIALES (CNPF) et déposé le 13 décembre 2002 au greffe de la Cour ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le comité-directeur de la CNPF avait réclamé à M. le remboursement des prestations touchées à titre d'indemnité de congé parental; que cette décision fut confirmée par le Conseil arbitral des assurances sociales; que, sur appel, le Conseil supérieur des assurances sociales, par réformation, a dit non fondée la demande de la CNPF pour les montants alloués avant la reprise de l'activité professionnelle par la salariée ;

Sur le moyen de cassation :

tiré " de la violation de l'article 2 de la loi du 12 février 1999 portant création d'un congé parental disposant in fine que "le droit au congé parental prend fin lorsque l'une des conditions prévues à l'article 1er cesse d'être remplie " et de l'article 3 de la même loi disposant que "le congé parental doit être pris en entier et en une seule fois " combiné avec l'article 27, alinéa 1 de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales qui dispose que "toute prestation est supprimée si les conditions qui l'ont motivée viennent à défaillir " et alinéa 4 qui dispose que "les sommes indûment touchées sont restituées (...) ", en ce que le Conseil supérieur des assurances sociales a, dans l'arrêt attaqué du 16 octobre 2002, réformé le jugement rendu par le Conseil arbitral des assurances sociales en date du 7 décembre 2001 en décidant qu'il découle des articles 2 et 12 de la loi du 12 février 1999 portant création d'un congé parental, respectivement de l'article 27, alinéa 1er de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales que "les prestations cessent d'être dues à partir du moment où le bénéficiaire reprend son activité salariée avant la fin du congé parental sans que pour autant son droit au congé parental soit rétroactivement anéanti et qu'il soit obligé de restituer les sommes perçues depuis le début du congé parental jusqu'au jour où l'événement qui justifie l'extinction des droits a eu lieu " , aux motifs que "s'il est vrai que l'article 3 de la loi du J 2 février 1999 prévoit que le congé parental doit être pris en entier et en une seule fois, ni cet article ni aucune autre disposition légale ne prévoient en cas d'interruption volontaire du congé parental une sanction spécifique différente de celle prévue par l'article 2 de la loi du 12 février 1999 et l'article 27 alinéa 1er de la loi modifiée du 19

juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la caisse nationale des prestations familiales", "qu'"on ne saurait ainsi valablement soutenir comme le fait la partie intimée que le congé parental interrompu volontairement serait devenu caduc faute d'avoir été pris conformément à la loi dès lors qu'aucune disposition légale relative au congé parental ne prévoit une telle conséquence en cas de reprise du travail avant la fin du congé parental et que l'article 2 de la loi du 12 février 1999 dispose au contraire que le droit au congé parental cesse uniquement à partir du moment où le bénéficiaire ne remplit plus la condition de n'exercer aucune activité professionnelle pendant la durée du congé parental," que "si par ailleurs l'article 27 alinéa 4 de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la caisse nationale des prestations familiales dispose que les sommes indûment touchées sont restituées sans préjudice de poursuites judiciaires éventuelles, les sommes perçues depuis le début du congé parental jusqu'au jour de la reprise du travail, période au cours de laquelle les conditions d'octroi étaient réunies, ne sauraient être qualifiées de sommes indûment touchées sous peine de conférer un effet rétroactif à la disparition de l'une des conditions durant le congé parental" et que "pour être complet il y a lieu de relever que la restitution des sommes perçues avant la reprise par M. de son activité salariée ne saurait pas non plus être ordonnée sur base de l'article 27 alinéa 3 de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la caisse nationale des prestations familiales, disposition selon laquelle la restitution est obligatoire si l'attributaire ou le bénéficiaire a provoqué leur attribution en alléguant des faits inexacts ou en dissimulant des faits importants ou s'il a omis de signaler de tels faits après l'attribution dès lors qu'aucune de ces hypothèses ne se rencontre en l'espèce", alors qu'il résulte de l'économie de la loi précitée du 12 février 1999 que le congé parental ne saurait être fractionné et qu'il doit être pris en entier et ceci afin de favoriser le remplacement temporaire sur le poste de travail en créant des possibilités d'occuper des chômeurs pendant six mois, ou, le cas échéant, dix à onze mois, que dans une politique de marché de l'emploi, il résulte de l'économie de la prédite loi que le congé parental doit être pris en une seule fois et en entier (article 3) sans possibilité de renonciation à une partie de ce congé sous peine de déchéance et d'anéantissement rétroactif de ce congé avec comme sanction la restitution des sommes perçues depuis le début du congé parental jusqu'au jour où l'événement qui justifie l'extinction des droits a eu lieu," que l'article 27, alinéa 1er de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales dispose que "toute prestation est supprimée si les conditions qui l'ont motivée viennent à défaillir" et que l'article 4 dispose que "les sommes indûment touchées sont restituées (...)" et que le Conseil supérieur des assurances sociales, dans l'arrêt attaqué, en décidant qu'il n'y a pas lieu à restitution des sommes perçues nonobstant le fait que la défenderesse en cassation n'a pas pris son congé parental en entier et en une seule fois, a violé par fausse application l'article 2 de la loi du

12 février 1999, étranger à la présente espèce alors qu'il ne concerne nullement le cas de figure du fractionnement du congé, et violé l'article 3 de la loi du 12 février 1999 qui dispose que le congé parental doit être pris en une seule fois et l'article 27, alinéas 1 et 4 de la loi du 19 juin 1985 concernant la suppression des prestations et la restitution des sommes indûment touchées " ;

Vu l'article 2 de la loi du 12 février 1999 portant création d'un congé parental et d'un congé pour raisons familiales disposant in fine que " le droit au congé parental prend fin lorsque l'une des conditions prévues à l'article 1er cesse d'être remplie " et l'article 3(1) de la même loi disposant que " le congé parental doit être pris en entier et en une seule fois " ;

Vu l'article 27 de la loi du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la caisse nationale des prestations familiales disposant en son alinéa 1er que " toute prestation est supprimée si les conditions qui l'ont motivée viennent à défaillir " et en son alinéa 4 que "les sommes indûment touchées sont restituées... " ;

Attendu cependant que les juges du fond, en faisant abstraction de la condition que le congé parental doit être pris en entier et en une seule fois, pour dire que la restitution des sommes perçues n'est fondée que pour la période où la salariée a repris son travail, ont violé les textes de lois visés au moyen ;

D'où il suit que la cassation est encourue ;

PAR CES MOTIFS:

casse et annule larrêt rendu le 16 octobre 2002 par le Conseil supérieur des assurances sociales ;

déclare nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les actes qui s'en sont suivis et remet les parties au même état où elles se sont trouvées avant larrêt cassé et, pour être fait droit, les renvoie devant le Conseil supérieur des assurances sociales, autrement composé ;

condamne M. aux dépens tant de l'instance en cassation que de la décision annulée, dont distraction au profit de Maître Dean SPIELMANN , avocat à la Cour, sur ses affirmations de droit ;

ordonne qu'à la diligence du procureur général d'Etat, le présent arrêt sera transcrit sur le registre du Conseil supérieur des assurances sociales et qu'une mention renvoyant à la transcription de cet arrêt sera consignée en marge de la minute de larrêt annulé.

42**CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES**

19 novembre 2003

C'est à bon droit et par des motifs que le Conseil supérieur des assurances sociales adopte que le juge de première instance a déclaré le recours irrecevable comme n'étant pas dirigé contre une décision au sens juridique du terme, la lettre du 21 juin 2002 constituant une simple invitation au requérant de remettre un dossier complet.

L'intention du Fonds national de solidarité de ne pas considérer la lettre du 21 juin 2002 comme une décision susceptible de recours mais comme une simple information résulte non seulement de la circonstance que la lettre ne contient pas la formule usuelle informant le requérant des voies de recours mais également du fait qu'il n'y a pas été statué par le comité-directeur.

H. c/FNS

No. du reg.: FNS 2003/0103 No.: 2003/0192

Arrêt

Par lettre du 21 juin 2002, le Fonds national de solidarité a informé H. que l'instruction de sa demande en obtention d'une prestation prévue par la loi modifiée du 29 avril 1999 portant création d'un droit à un revenu minimum garanti s'avérait impossible en considération du fait qu'il n'avait toujours pas remis toutes les pièces qui lui avaient été demandées à plusieurs reprises de sorte qu'il fallait en déduire que soit il n'avait pas droit aux prestations du Fonds soit qu'il renonçait à sa demande.

Par cette même lettre le requérant fut informé qu'aucune suite ne serait réservée à sa demande mais que bien entendu il lui était loisible d'introduire une nouvelle demande.

Statuant sur le recours formé par H. contre cette lettre, le Conseil arbitral des assurances sociales a, par jugement du 16 mai 2003, décidé que ledit recours avait été présenté en temps utile mais qu'il était irrecevable pour n'avoir pas été dirigé contre une décision au sens juridique du terme.

Selon le premier juge la lettre du 21 juin 2002 ne constitue pas une décision susceptible de recours mais une simple invitation au requérant de remettre un dossier complet, la circonstance que cette lettre ne contienne pas la formule usuelle informant le requérant sur les voies de recours témoignant encore de ce que le Fonds national de solidarité ne l'a pas considérée comme décision de rejet au sens juridique du terme mais comme une simple information.

H. a régulièrement relevé appel de ce jugement par requête déposée en date du 26 juin 2003.

Il demande au Conseil supérieur des assurances sociales de déclarer son recours, par réformation du jugement entrepris, recevable et de renvoyer l'affaire devant le Conseil arbitral des assurances sociales.

Le requérant fait plaider à l'appui de son appel que la lettre du 21 juin 2002 constituerait sans aucun doute une décision de refus alors que les trois dernières phrases de cette lettre seraient très explicites; qu'en effet selon cette lettre seules deux issues seraient possibles, à savoir soit qu'il n'aurait pas droit aux prestations soit qu'il renoncerait à sa demande; qu'il y aurait lieu d'exclure d'ores et déjà la deuxième hypothèse étant donné qu'il n'aurait jamais déclaré vouloir renoncer à son droit tendant à se voir allouer une indemnité dans le cadre du revenu minimum garanti et de retenir la première hypothèse; que cette prise de position constituerait une décision de refus; que de même la déclaration qu'aucune suite ne serait réservée à sa demande constituerait une décision formelle de refus; qu'il résulterait finalement de la déclaration qu'il lui serait loisible d'introduire une nouvelle demande que la première demande est rejetée et qu'il n'aurait d'autre choix que d'introduire une nouvelle demande; que le Fonds national de solidarité aurait dès lors effectivement eu l'intention d'émettre une véritable décision de refus de nature à faire grief, c'est-à-dire un acte de nature à produire par lui-même des effets juridiques affectant la situation personnelle ou patrimoniale de l'appelant, que la circonstance que le Fonds national de solidarité n'a pas indiqué les voies de recours dans sa lettre du 21 juin 2002 constituant tout simplement un oubli de sa part.

La partie intimée conclut à la confirmation du jugement entrepris.

C'est à bon droit et par des motifs que le Conseil supérieur des assurances sociales adopte que le juge de première instance a déclaré le recours irrecevable comme n'étant pas dirigé contre une décision au sens juridique du terme, la lettre du 21 juin 2002 constituant une simple invitation au requérant de remettre un dossier complet.

L'intention du Fonds national de solidarité de ne pas considérer la lettre du 21 juin 2002 comme une décision susceptible de recours mais comme une simple information résulte non seulement de la circonstance que la lettre ne contient pas la formule usuelle informant le requérant des voies de recours mais également du fait qu'il n'y a pas été statué par le comité-directeur.

Le jugement entrepris est partant à confirmer.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué et
contradictoirement entre parties,
reçoit l'appel en la forme,
le dit non fondé,
partant confirme le jugement entrepris.

43

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

02 avril 2003

Comme à l'époque incriminée il n'existe pas, dans le chef de l'enfant, de besoin supplémentaire d'assistance d'une tierce personne par rapport à un enfant du même âge sain de corps et d'esprit pour au moins trois heures et demie par semaine, l'Union des caisses de maladie a à bon droit rejeté la demande par sa décision du 27 juin 2001.

UCM c/W.

No. du reg.: UCMAD 2002/0161 No.: 2003/0072

Arrêt

Par demande du 12 mars 1999, W. et Martine E. avaient requis des prestations de l'assurance dépendance pour leur fille Cat W., née le 14 mars 1998, atteinte de la trisomie 21.

Après une évaluation médicale et une évaluation de base en date du 28 mars 2000 effectuées par la Cellule d'évaluation et d'orientation, le relevé du 21 août 2000 totalisa une assistance de 184.04 minutes pour les actes essentiels de la vie.

Par décision préalable de l'Union des caisses de maladie en date du 9 octobre 2000, la demande fut rejetée, motif pris de ce que les conditions de l'article 349 du code des assurances sociales ne sont pas remplies vu que le seuil de 3,5 heures n'est pas atteint.

Sur opposition des requérants, le conseil d'administration de l'Union des caisses de maladie confirma par sa décision du 27 juin 2001 la décision préalable.

Saisi d'un recours en date du 9 août 2001, le Conseil arbitral des assurances sociales, par jugement avant dire droit du 1er mars 2002 institua une

expertise et nomma expert en cause le docteur Christiane DONNEN, médecin-spécialiste en pédiatrie.

Par jugement du 11 octobre 2002, le Conseil arbitral des assurances sociales a déclaré le recours fondé et a alloué aux parents les prestations prévues par l'article 347 du code des assurances sociales, ceci en s'emparant notamment d'une constatation de l'expert selon laquelle l'enfant Cat W. aurait des besoins supplémentaires d'assistance d'une tierce personne par rapport à un enfant du même âge sain de corps et d'esprit pour 620 minutes par semaine au mois de mars 2000, date de l'évaluation par la cellule d'évaluation. Le début des prestations a été fixé au 12 mars 1999.

Ce jugement a fait l'objet d'un appel de la part de l'Union des caisses de maladie le 11 novembre 2002, dans les forme et délai de la loi.

L'appelante reproche d'abord au premier juge d'avoir accordé la prestation rétroactivement au 12 mars 1999, l'enfant n'ayant eu à cette date même pas un an et la différence entre Cat et un enfant sain étant minime à cet âge. Elle fait valoir ensuite que l'expert aurait évalué l'enfant rétroactivement à l'âge de 2 ans sans avoir vu l'enfant à l'époque et tiendrait compte d'aides et de soins qui ne seraient pas du ressort de l'assurance dépendance.

La Cellule d'évaluation aurait reçu une nouvelle demande d'évaluation le 13 août 2001 dont le résultat aurait permis d'accorder l'assurance dépendance à partir du 13 août 2001. L'Union des caisses de maladie conclut à la réformation de la date de départ de l'assurance dépendance qu'elle désire voir fixer au 13 août 2001.

Le 26 novembre 2002, les intimés soumettent au Conseil supérieur des assurances sociales une note écrite par laquelle ils concluent à la confirmation de la décision entreprise en faisant valoir qu'en première instance l'actuelle appelante aurait conclu à l'entérinement du rapport d'expertise. Ils critiquent les constatations de la Cellule d'évaluation qui ne correspondent pas à la réalité et argumentent que l'expert aurait eu à sa disposition tous les moyens requis pour procéder à une évaluation rétroactive et ce contrairement à la cellule d'évaluation qui aurait refusé de voir les vidéos que les parents tenaient à sa disposition et qui montrent l'évolution de Cat et ses besoins d'assistance effectifs dès la naissance. Les parents réitèrent leur argumentation dans des notes subséquentes et encore oralement à l'audience et sollicitent l'octroi des intérêts légaux sur les sommes dues à partir du 12 mars 1999.

Les notes et pièces soumises au Conseil supérieur des assurances sociales au cours du délibéré sont à rejeter des débats pour violation du principe du contradictoire.

S'il est vrai que l'appelante a conclu, selon les qualités du jugement de première instance, à l'entérinement du rapport d'expertise, elle s'est néanmoins rapportée à prudence de justice pour ce qui est du début de la

prestation, ces conclusions impliquant une contestation. L'appelante n'a, en effet, jamais mis en doute la dépendance de Cat W. à partir d'un certain âge, mais a toujours émis ses réserves par rapport au début des prestations. Conformément à sa thèse, elle a d'ailleurs accordé des prestations à partir du 13 août 2001, donc à partir du moment où l'enfant avait 3 ans et 5 mois. Le rapport d'expertise ne fixe au demeurant pas la date du début des prestations de sorte qu'en concluant à l'entérinement, l'appelante n'a pas pu prendre position sur le début des prestations.

Il se dégage des développements de l'appelante à l'instance, que la Cellule d'évaluation a oublié de mettre en compte l'acte " installation de prothèse/orthèse (pour l'installation de lentilles de contact) ", acte qu'elle évalue à raison de 15 minutes/semaine.

Selon l'article 348 du code des assurances sociales, est considérée comme dépendance, l'état d'une personne qui par suite d'une maladie physique, mentale ou psychique ou d'une déficience de même nature a un besoin important et régulier d'assistance d'une tierce personne pour les actes essentiels de la vie. La disposition définit ensuite les actes essentiels de la vie dans les domaines de l'hygiène corporelle, de la nutrition et de la mobilité et détermine l'assistance d'une personne par rapport au soutien et à la motivation de la personne dépendante à effectuer en tout ou en partie à sa place les actes essentiels de la vie ou à surveiller ou à instruire la personne dépendante en vue de permettre l'exécution autonome de ces actes.

Le bénéfice des prestations est, aux termes de l'article 349 du code des assurances sociales, alloué si la personne dépendante requiert des aides et soins pour au moins trois heures et demie par semaine.

L'article 350 du code des assurances sociales fournit les critères relatifs à la détermination de la dépendance qui se fera à l'aide d'un relevé-type et prévoit, en principe, une durée standardisée pour les différents aides et soins. Le texte met partant en place les instruments nécessaires permettant d'apprécier l'état de dépendance et les aides et soins en fonction des besoins individualisés de la personne dépendante mais en uniformisant leur durée. Pour ce qui est spécialement des enfants, l'article 350 alinéa 6 stipule que la détermination de l'état de dépendance se fait en fonction du besoin supplémentaire d'assistance d'une tierce personne par rapport à un enfant du même âge sain de corps et d'esprit.

Le rapport d'expertise sollicité par les premiers juges commence son évaluation en mars 2000, lorsque l'enfant avait 2 ans. Il n'a donc pas pu fournir de critère au premier juge lui permettant d'accorder les prestations rétroactivement au jour de la demande. L'article 362 du code des assurances sociales stipulant que les prestations sont dues au plus tôt à partir du jour de la présentation de la demande ne saurait valoir motivation suffisante pour accorder la prestation rétroactivement à cette date. La prestation n'est due

au jour de la demande que s'il est établi que depuis cette date les conditions d'octroi telles que déterminées par l'article 349 du code des assurances sociales sont données.

Le Conseil supérieur des assurances sociales doit, en présence du rapport diligenté en première instance, se rallier à la thèse défendue par l'Union des caisses de maladie selon laquelle il n'existe, du point de vue de la nécessité de l'intensité des soins pris en charge par l'assurance dépendance, pas de différence entre un enfant sain et un enfant atteint d'un handicap entre un et deux ans. Il se dégage du rapport d'expertise qu'un enfant de deux ans n'est pas à même de s'habiller seul, ni de manger seul. Il ne sait pas non plus faire seul sa toilette. Le fait que, contrairement à l'enfant handicapé, il commence à marcher, ne fait pas diminuer l'intensité des soins. Par réformation de la décision entreprise, la demande est à rejeter pour la période du 12 mars 1999 au 14 mars 2000.

Pour ce qui est de la période postérieure au 14 mars 2000, l'enfant a été évalué en date du 28 mars 2000, lorsqu'il était âgé de 2 ans et 2 semaines. L'intensité de soins requis n'a pas augmenté de 620 minutes par rapport à un enfant sain de corps et d'esprit dans un laps de 15 jours dans les domaines de l'hygiène corporelle, de la nutrition et dans celui de la mobilité. L'expert, contrairement à la cellule d'évaluation, n'a pas vu l'enfant, mais s'est basé sur des données unilatérales pour y appuyer son rapport. Le rapport n'est d'autre part pas nuancé en ce qu'il fait son évaluation sur une année entière sans moduler les constatations en fonction des besoins concrets de l'enfant et en fonction du retard qu'il a pris sur un enfant sain de corps et d'esprit au fil des mois.

Dans les conditions données, le Conseil supérieur des assurances sociales ne saurait suivre les conclusions de l'expertise judiciaire, mais entérine les constatations de la cellule d'évaluation du 28 mars 2000 qui a pu examiner le cas concret de l'enfant Cat W. à l'âge de 2 ans et 2 semaines. C'est donc à bon droit que l'Union des caisses de maladie a, sur recours des parents, refusé la prise en charge par décision du 27 juin 2001.

Aux termes de l'article 366, alinéa 5 du code des assurances sociales une demande en révision d'une décision n'est recevable qu'après un délai de six mois, sauf en cas de changement fondamental des circonstances. Un changement fondamental des circonstances n'a pas été invoqué.

Comme une nouvelle demande n'a été introduite que le 13 août 2001, il n'appartenait pas au Conseil arbitral des assurances sociales de considérer la période entre l'évaluation du 28 mars 2000 et le 13 août 2001. Le Conseil arbitral des assurances sociales devait se limiter à examiner l'état de besoin de Cat W. à l'époque de l'évaluation litigieuse.

Comme à cette époque il n'existait pas de besoin supplémentaire d'assistance d'une tierce personne par rapport à un enfant du même âge sain de corps et d'esprit pour au moins trois heures et demie par semaine, l'Union des caisses de maladie a à bon droit rejeté la demande par sa décision du 27 juin 2001.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant sur le rapport oral de son président et contradictoirement entre parties,
reçoit l'appel en la forme,
le dit fondé,

RÉFORMANT:

dit non fondé le recours introduit devant le Conseil arbitral des assurances sociales en date du 9 août 2001.

44

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

21 janvier 2004

Pour pouvoir bénéficier des prestations en espèces, il appartiendra à D. de s'adresser aux organismes français qui, sur base de la législation française, détermineront ses droits, et de solliciter, le cas échéant, devant les juridictions françaises la saisine de la CJCE par le biais d'une question préjudicielle. Le Conseil supérieur des assurances sociales est incomptént pour ce faire aucun texte de loi ne permettant à la présente juridiction d'imposer à un organisme français le paiement de l'APA. Ce n'est que si le droit à des prestations en espèces est reconnu en France que le Luxembourg pourra verser lesdites prestations pour compte de l'institution française et ce après accord de cette dernière.

D. c/UCM

No. du reg.: UCMAD UCMAD 2003/0100 No.: 2004/0015

Arrêt

Par jugement du 30 avril 2003, le Conseil arbitral des assurances sociales déclara non fondé le recours dirigé par D. à l'encontre d'une décision du conseil d'administration de l'Union des caisses de maladie du 15 mai 2002

ayant, par confirmation de la décision présidentielle du 3 avril 2002 rapporté et anéanti en ses effets la décision du 1er octobre 2001 qui avait accordé des prestations en espèces par l'assurance dépendance luxembourgeoise.

Cette décision de retrait de l'Union des caisses de maladie est motivée par la jurisprudence de la CJCE (arrêt C 160/96 MOLENAAR c/ Allgemeine Ortskrankenkasse Baden-Württemberg du 5 mars 1998) qui assimile les prestations de l'assurance dépendance à celles de l'assurance maladie, jurisprudence qui se serait entre-temps installée dans les rapports entre institutions, et qui mettrait le service des prestations en espèces à charge du régime de l'Etat d'affiliation, en l'occurrence la sécurité sociale française. L'institution du pays de résidence serait démise de l'obligation de servir les prestations en espèces, mais ne resterait redevable, le cas échéant, que des prestations en nature. L'Union des caisses de maladie a renoncé à la récupération des prestations en espèces antérieurement accordées.

Le premier juge était d'abord appelé à statuer sur la nullité de cette décision, prise selon le requérant en violation de l'article 9 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure administrative non contentieuse. Il avait ensuite à rechercher si une modification d'office pour l'avenir d'une décision ayant créé ou reconnu des droits à une partie ne peut intervenir qu'en cas de modification de la situation ayant existé au moment de la décision originale du 29 août 2000. Il devait subsidiairement examiner si le mécanisme institué par l'article 28 du règlement CEE 1408/71 s'oppose à une décision de retrait aussi longtemps que l'organisme compétent de France n'a pas accepté de prendre en charge les prestations en espèces.

Dans sa décision du 30 avril 2003, le Conseil arbitral des assurances sociales a rejeté le moyen tiré de la législation relative à la procédure non contentieuse, motif pris de ce que l'article 382 du code des assurances sociales et les procédures de recours réglées par le code des assurances sociales organisent une procédure spéciale présentant au moins des garanties équivalentes permettant à l'assuré social d'assurer ses droits de la défense.

Il a analysé ensuite l'arrêt MOLENAAR rendu le 5 mars 1998 par la CJCE pour en déduire qu'il résulte des articles 19 et 28 du règlement CEE 1408/71 que les prestations en espèces sont à charge de l'Etat d'affiliation tandis que l'institution du pays de résidence en est déliée.

L'Union des caisses de maladie n'aurait par sa décision critiquée du 15 mai 2002 pas procédé à une modification d'une décision ayant créé ou reconnu des droits à une partie, mais n'aurait que substitué des prestations en nature aux prestations en espèces, possibilité lui reconnue par l'article 367 du code des assurances sociales. Le tribunal a finalement déclaré non pertinent le moyen tiré de l'absence d'accord bilatéral entre les organismes de sécurité

sociale français et luxembourgeois du fait de l'inapplicabilité en droit de l'article 28 du règlement CEE 1408/71.

Ce jugement a été entrepris par D. selon requête déposée le 19 juin 2003.

Dans son recours l'appelant reprend en substance son argumentation développée devant le premier juge en y ajoutant la considération que l'article 367 du code des assurances sociales ne s'appliquerait pas, ses conditions d'application n'étant pas données. La décision critiquée de l'Union des caisses de maladie violerait les principes de sécurité juridique et de confiance légitime. Il sollicite la mise en intervention du Président du Conseil Général de Meurthe-et-Moselle, compétent en France pour l'octroi de l'APA pour que les autorités françaises, par une décision à leur déclarer commune, soient liées par la solution du litige. Aussi longtemps que l'organisme compétent en France n'aurait pas accepté de prendre en charge les prestations en espèces, le mécanisme de l'article 28 du règlement CEE cité s'opposerait à une abrogation des prestations en espèces de la part de l'Union des caisses de maladie.

L'intimée reprend elle aussi ses moyens de première instance pour conclure à la confirmation de la décision entreprise. Pour ce qui est de l'application de l'article 367 du code des assurances sociales, elle fait valoir que ce serait uniquement le mode de délivrance des prestations et non pas le droit à celles-ci qui serait modifié. La décision de l'assuré de ne pas consommer son droit d'appeler un réseau d'aides et de soins pour délivrer à charge de l'assurance dépendance les prestations en nature requises relèverait de motifs personnels. En France, les allocations personnalisées d'autonomie (APA) seraient organisées dans le cadre des compétences départementales et ainsi soustraites au champ d'application du règlement CEE 1408/71. L'appelant demeurerait sous la compétence du régime français du fait qu'il est inscrit au Luxembourg par formulaire E 121. Comme étant seulement le régime auxiliaire, la sécurité sociale luxembourgeoise ne serait pas remboursée par le régime français si elle versait des prestations en espèces.

Il a lieu de préciser que D. est affilié à la sécurité sociale française et touche une pension de vieillesse qui lui est servie par les organismes compétents français. Il réside au Luxembourg et dispose d'une inscription au régime luxembourgeois par le biais d'un formulaire E 121.

La violation de l'article 9 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979

La loi du 1er décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes sont d'application générale, à l'exception de la matière des contributions directes, à moins qu'un texte particulier n'organise une procédure spéciale présentant au moins des garanties équivalentes pour l'administré.

Le principe du respect du caractère contradictoire de la procédure administrative implique pour le particulier le droit d'être avisé de l'existence d'une procédure dont l'issue peut l'atteindre dans ses intérêts et dans sa situation individuelle et implique le droit de présenter utilement sa défense, d'être informé des griefs retenus et d'obtenir communication du dossier.

En matière de sécurité sociale, en général, et en la présente matière de manière spéciale, les dispositions légales en matière de prestations dépendance telles que régies par l'article 382 du code des assurances sociales prévoient des règles particulières tenant compte d'une façon suffisante des droits des personnes assurées et leur procurant au moins une protection égale à celles créées par la loi du 1er décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et exceptant de son application les procédures spéciales présentant au moins des garanties équivalentes pour l'administré par la possibilité d'un recours au niveau administratif, contre la décision présidentielle, devant le conseil d'administration de l'Union des caisses de maladie, ensuite au niveau judiciaire devant le Conseil arbitral des assurances sociales, le Conseil supérieur des assurances sociales et encore la Cour de cassation (dans ce sens voir cassation 16/03 du 13.03.03 IMMO-DEK S.A. c/ Centre commun de la sécurité sociale rendue en matière de désaffiliation d'office à la sécurité sociale).

La décision du premier juge est donc à confirmer en ce qu'elle a rejeté le moyen tiré de la nullité de la décision administrative.

Le droit à des prestations en espèces

Le Conseil supérieur des assurances sociales se rallie à l'exposé exhaustif de l'affaire tel que présenté par le premier juge et à son analyse de larrêt MOLENAAR qui assimile les prestations de dépendance telles que servies en Allemagne à des prestations de maladie même si elles présentent des caractéristiques qui leur sont propres. L'assurance dépendance telle que prévue par la législation luxembourgeoise répond quant à ses finalités et ses conditions d'octroi à la prestation prévue en Allemagne en ce qu'elle vise à développer l'autonomie des personnes dépendantes par une amélioration de leur état de santé et de leurs conditions de vie en complétant essentiellement les prestations de maladie.

Comme l'assurance dépendance est à assimiler à une prestation de maladie, il y lieu à application de l'article 19, paragraphe I, sous a) et b) du règlement CEE 1408/71 lorsque l'intéressé a sa résidence dans un pays autre que l'Etat compétent, qui est l'Etat français, c'est-à-dire que D. pourra bénéficier des prestations en nature servies, pour le compte de l'institution compétente par l'institution du lieu de résidence, donc le Luxembourg, respectivement des prestations en espèces servies par l'institution française. Ce mécanisme s'applique aux titulaires de pensions en vertu de l'article 28 du règlement qui stipule que " les prestations en nature sont servies pour le compte de

l'institution compétente par l'institution du lieu de résidence, comme si l'intéressé était titulaire d'une pension ou d'une rente en vertu de la législation de l'Etat sur le territoire duquel il réside et avait droit aux prestations en nature ". Il tire son droit du formulaire E 121 tel que ce droit est appliqué par le règlement 574/72 fixant les modalités d'application du règlement 1408/71.

D. ne pourra donc bénéficier que des prestations en nature, mais non des prestations en espèces prévues par la loi luxembourgeoise du 19 juin 1998. Son droit à des prestations en espèces est soumis à la loi française du 20 juillet 2001 et est fonction des conditions d'application de cette loi. Le service de prestations en espèces au Luxembourg, sans reconnaissance du droit en France et sans accord des autorités françaises, ne saurait bénéficier d'un remboursement par les organismes français de sorte que D. resterait à charge de la sécurité sociale luxembourgeoise à laquelle il n'a jamais cotisé.

Il n'en serait autrement " qu'après accord entre l'institution compétente et l'institution du lieu de résidence, qui permet le versement des prestations par cette dernière institution pour le compte de la première, selon les dispositions de la législation de l'Etat compétent " (art. 28 du règlement CE).

Pour pouvoir bénéficier des prestations en espèces, il appartiendra à D. de s'adresser aux organismes français qui, sur base de la législation française, détermineront ses droits, et de solliciter, le cas échéant, devant les juridictions françaises la saisine de la CJCE par le biais d'une question préjudicielle. Le Conseil supérieur des assurances sociales est incompétent pour ce faire aucun texte de loi ne permettant à la présente juridiction d'imposer à un organisme français le paiement de l'APA. Ce n'est que si le droit à des prestations en espèces est reconnu en France que le Luxembourg pourra verser lesdites prestations pour compte de l'institution française et ce après accord de cette dernière.

Le droit acquis

Selon l'appelant il bénéficierait d'un droit acquis à des prestations en espèces par une décision ayant autorité de chose décidée.

Les articles 353 et 354 du code des assurances sociales prévoient expressis verbis le remplacement d'une prestation par une autre. D'ailleurs l'objectif essentiel de la loi est d'assurer des prestations en nature, les prestations en espèce n'étant allouées que de façon subsidiaire (cf article 1er de la loi).

Comme selon l'article 355 du code des assurances sociales le montant de la prestation en espèces s'élève à la moitié de la prestation en nature qu'elle remplace, l'assuré social ne saurait subir le moindre préjudice par la modification des modalités d'octroi de l'assurance dépendance étant entendu que l'assurance revient en principe à la personne dépendante et est servie au mieux de ses intérêts. Il s'est dégagé des développements à

l'audience que D. est toujours maintenu à domicile où il reçoit les mêmes soins que lors du service des prestations en espèces sauf que ces soins lui sont donnés par des spécialistes et non plus par le fils. La personne dépendante a de même l'occasion de visiter le centre Alzheimer à Bonnevoie, comme c'était le cas avant, de sorte que dans sa situation effective et en pratique, rien n'a été modifié. Il n'est pas non plus établi que le malade soit incommodé par la présence de personnes étrangères à son milieu usuel qui s'occupent de lui et lui administrent les soins requis.

Il n'y a donc pas violation d'un droit acquis.

Si pour le fils, la situation a changé en ce sens qu'il ne pourra plus bénéficier de l'assurance dépendance en espèces qui lui était versée pendant le temps où il s'occupait de son père, ce fait ne saurait porter à conséquence, l'assurance dépendance revenant à la personne dépendante qui doit profiter en fait de cette prestation en espèce par le biais des aides et soins qui lui sont administrés en contre-partie. Le fils, non partie au litige, ne pourra faire valoir un grief.

Il n'y a pas lieu d'attendre une prise de décision des organismes français qui n'est daucune incidence dans le présent litige.

Eu égard aux développements qui précédent, il n'y a pas lieu à mise en intervention de l'organisme compétent français.

La décision du premier juge est donc à confirmer par adoption de sa motivation qui rencontre exhaustivement tous les moyens invoqués par l'appelant.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant sur le rapport oral de son président et contradictoirement entre parties,
reçoit l'appel en la forme,
le dit non fondé,
dit qu'il n'y pas lieu à mise en intervention de l'organisme français,
confirme la décision entreprise.

45**CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES**

15 novembre 2003

Par son défaut de se conformer à l'article 4 de la loi et d'informer l'Administration de l'emploi du chômage intervenu dans le délai fixé, et par son défaut de se conformer à l'article 23, l'appelante a mis l'Administration de l'emploi dans l'impossibilité de contrôler la réalité du chômage et de vérifier le paiement effectif d'une indemnité compensatoire de rémunération. L'Administration de l'emploi a de surcroît été mise dans l'impossibilité de rendre applicables les dispositions prévues par l'article 14, à savoir une affectation de l'ouvrier à une autre occupation temporaire ou occasionnelle respectivement la participation à des cours de formation.

Même si l'appelante s'était trouvée dans un des cas d'espèce prévus par l'article 1er (1) de la loi elle n'aurait pas bénéficié de l'indemnité compensatoire de rémunération.

Il s'y ajoute qu'aucune pièce du dossier ne permet d'affirmer que l'appelante contribue au fonds pour l'emploi et puisse bénéficier des dispositions de la loi.

D'autre part encore, l'appelante a omis de solliciter du ministre compétent l'extension des dispositions de l'article 1er (1) à son cas d'espèce en se bornant à affirmer que la décision du ministre serait de toute façon sans recours.

Il suit de ce qui précède qu'une décision de la Cour constitutionnelle sur les questions soulevées est de nature seulement théorique et n'est pas nécessaire au Conseil supérieur des assurances sociales pour rendre son arrêt de sorte qu'il n'y a pas lieu à saisine de la Cour suprême.

Il en suit encore que la demande est à rejeter, ni la réalité du chômage, ni le paiement d'une indemnité compensatoire de rémunération n'étant établis conformément à la législation en vigueur et l'appelante n'ayant pas sollicité l'extension du bénéfice de la loi à son cas d'espèce.

LE VIGNOBLE DE ... c/ ADEM

ADEM 2003/0048 No.: 2003/0179

Arrêt

Par jugement rendu contradictoirement le 7 février 2003, le Conseil arbitral des assurances sociales déclara non fondé le recours dirigé par l'association agricole LE VIGNOBLE DE ..., ci-après désigné l'association, contre une décision de la commission spéciale de réexamen du 17 mai 2002 ayant refusé de faire droit à sa demande en octroi d'une indemnité compensatoire

de rémunération en cas de chômage involontaire dû aux intempéries et prévue par la loi du 25 avril 1995.

Pour confirmer la décision administrative, les premiers juges ont retenu que le bénéfice de la loi n'aurait pas été étendu à d'autres secteurs que ceux prévus par le texte à savoir les secteurs du bâtiment et du génie civil.

Ce jugement a été entrepris par l'association selon requête déposée le 20 mars 2003.

L'appelante sollicite l'octroi soit à elle-même, soit à son ouvrier S. de la rémunération de compensation en cas de chômage involontaire dû aux intempéries pour la période du 27 décembre 2001 au 31 janvier 2002, telle que cette rémunération est prévue par la loi du 25 avril 1995.

A l'appui de son recours elle fait valoir qu'elle se trouverait dans une même situation de fait et de droit que les entreprises du secteur de la construction dès lors que l'effet direct des intempéries entraînerait l'impraticabilité du lieu de travail et rendrait l'accomplissement des travaux impossible ou dangereux. La viticulture ne comporterait de surcroît pas de diversification des tâches de sorte que le maintien de la relation de travail serait difficile.

L'article 1er de la loi du 25 avril 1995 créerait une discrimination entre travailleurs en ce qu'il créerait un droit automatique, certain et inconditionnel pour les travailleurs du secteur de la construction tandis que les autres travailleurs devraient solliciter une décision préalable du ministre compétent étant ainsi tributaire du bon vouloir du ministre sans droit de recours. Selon les travaux préparatoires on serait même amené à dire que seules des entreprises en rapport avec le secteur de la construction pourraient solliciter une décision ministérielle de sorte que tous les autres secteurs seraient radicalement exclus.

Selon l'appelante ensuite cette discrimination ne serait pas justifiée pour ne pas procéder de disparités objectives. Elle ne serait pas rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée au but recherché.

En ordre subsidiaire l'appelante désire voir poser les questions préjudiciales suivantes à la Cour constitutionnelle :

- En tant qu'il limite le droit aux indemnités de chômage-intempéries aux travailleurs relevant des secteurs visés en son paragraphe (1), tout en excluant de ce droit tous les travailleurs relevant d'autres secteurs tributaires des intempéries, l'article 1er de la loi du 25 avril 1995 est-il conforme à l'article 10 bis de la Constitution qui dispose que les Luxembourgeois sont égaux devant la loi ?
- En tant qu'il soumet l'octroi d'indemnités de chômage-intempéries au pouvoir discrétionnaire du Ministre du Travail et de l'Emploi pour tous les travailleurs des entreprises tributaires des intempéries mais relevant d'autres secteurs que ceux visés en son paragraphe (1), tout en accordant

un droit certain aux indemnités de chômage-intempéries aux travailleurs des secteurs visés en son paragraphe (1), l'article 1er de la loi du 25 avril 1995 est-il conforme à l'article 10 bis de la Constitution qui dispose que les Luxembourgeois sont égaux devant la loi ?

Les dispositions essentielles de la loi du 25 avril 1995 dans la mesure où elles intéressent le présent litige sont les suivantes :

Article 1er (1) En cas de chômage involontaire directement causé par les intempéries, les travailleurs salariés et les apprentis occupés dans les secteurs du bâtiment et du génie civil ainsi que dans les branches artisanales connexes, dont l'activité normale se déroule sur les chantiers, et qui subissent des pertes de rémunération sans qu'il y ait interruption des relations d'emploi, ont droit à l'octroi d'une indemnité compensatoire de rémunération selon les conditions et les modalités fixées par la présente loi.

(3) Sur demande des employeurs concernés, le ministre du travail et de l'emploi pourra appliquer les dispositions du présent chapitre à des entreprises déterminées autres que celles prévues aux paragraphes (1) et (2) ci-dessus, à condition qu'il s'agisse de chômage résultant immédiatement d'intempéries.

Article 4: L'employeur est tenu d'informer l'administration de l'emploi du chômage dû aux intempéries au plus tard le jour ouvrable suivant celui de la survenance du chômage. La déclaration de chômage doit être renouvelée chaque mois, et pour chaque période de chômage lorsqu'il y a eu reprise du travail à plein temps pendant une semaine au moins.

Article 22: L'indemnité compensatoire de rémunération avancée par l'employeur concerné est prise en charge respectivement par le travailleur, par l'employeur et par le fonds pour l'emploi...

Article 22.7.: Le remboursement sera refusé pour les heures ou journées de chômage non déclarées en temps utile à l'administration de l'emploi conformément aux articles 4 et 8 de la présente loi, dans la mesure où ce retard aurait provoqué des dépenses qui auraient pu être évitées.

Article 23: Au début du mois suivant celui de la survenance du chômage, l'employeur adressera à l'administration de l'emploi une déclaration de créance portant sur le montant des indemnités compensatoires de rémunération à rembourser.

Il est à remarquer que l'appelante n'avait ni saisi le ministre compétent en vue de voir étendre à son cas les dispositions de l'article 1er, alinéa (1), ni informé l'Administration de l'emploi du chômage intervenu, ni établi de déclaration de créance.

Par son défaut de se conformer à l'article 4 de la loi et d'informer l'Administration de l'emploi du chômage intervenu dans le délai fixé, et par son défaut de se conformer à l'article 23, l'appelante a mis l'Administration

de l'emploi dans l'impossibilité de contrôler la réalité du chômage et de vérifier le paiement effectif d'une indemnité compensatoire de rémunération. L'Administration de l'emploi a de surcroît été mise dans l'impossibilité de rendre applicables les dispositions prévues par l'article 14, à savoir une affectation de l'ouvrier à une autre occupation temporaire ou occasionnelle respectivement la participation à des cours de formation.

Il en suit que même si l'appelante s'était trouvée dans un des cas d'espèce prévus par l'article 1er (1) de la loi elle n'aurait pas bénéficié de l'indemnité compensatoire de rémunération.

Il s'y ajoute qu'aucune pièce du dossier ne permet d'affirmer que l'appelante contribue au fonds pour l'emploi et puisse bénéficier des dispositions de la loi.

D'autre part encore, l'appelante a omis de solliciter du ministre compétent l'extension des dispositions de l'article 1er (1) à son cas d'espèce en se bornant à affirmer que la décision du ministre serait de toute façon sans recours.

Il suit de ce qui précède qu'une décision de la Cour constitutionnelle sur les questions soulevées est de nature seulement théorique et n'est pas nécessaire au Conseil supérieur des assurances sociales pour rendre son arrêt de sorte qu'il n'y a pas lieu à saisine de la Cour suprême.

Il en suit encore que la demande est à rejeter, ni la réalité du chômage, ni le paiement d'une indemnité compensatoire de rémunération n'étant établis conformément à la législation en vigueur et l'appelante n'ayant pas sollicité l'extension du bénéfice de la loi à son cas d'espèce.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant sur le rapport oral de son président et contradictoirement entre parties,
reçoit l'appel en la forme,
dit qu'il n'y a pas lieu à saisine de la Cour constitutionnelle,
dit l'appel non fondé.

46**CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES (1271)**

17 décembre 2003

Les débats à l'audience ont permis de retenir qu'il n'avait pas été demandé à l'employeur de se prononcer sur la possibilité d'un reclassement interne au sein de son entreprise.

Ce défaut d'information et d'implication dans la procédure et de l'employeur et du salarié constitue de même une violation du principe du caractère contradictoire de la procédure administrative non contentieuse telle que cette procédure est réglée par la loi du 1er décembre 1978 et le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 qui sont d'application générale, sauf si la procédure appliquée prévoit au moins des garanties équivalentes, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence, et si la décision intervient sur demande de l'administré, espèce pas non plus donnée en l'occurrence.

Le principe du respect du caractère contradictoire de la procédure administrative implique pour le particulier le droit d'être avisé de l'existence d'une procédure dont l'issue peut l'atteindre dans ses intérêts et dans sa situation individuelle et implique le droit de présenter utilement sa défense, d'être informé des griefs retenus et d'obtenir communication du dossier.

C.F. LUXEMBOURG S.À R.L. C/ COMMISSION MIXTE

No. du reg.: COMIX 2003/0115 No.: 2003/0222

Arrêt

Par jugement rendu contradictoirement le 4 juin 2003, le Conseil arbitral des assurances sociales, statuant dans le cadre de la loi du 25 juillet 2002 concernant l'incapacité de travail et la réinsertion professionnelle, a déclaré non fondé le recours de la s. à r. l. C.F. LUXEMBOURG dirigé à l'encontre de la décision du 17 janvier 2003 de la commission mixte de reclassement des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail, et a dit que la requérante a l'obligation de procéder au reclassement interne du salarié Ghislain LUC en exécution de la décision de la commission mixte de reclassement des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail.

Pour statuer ainsi, le Conseil arbitral des assurances sociales a analysé un par un les divers points de l'argumentation de la s. à r. l. C.F. LUXEMBOURG en retenant notamment:

que la requérante ne saurait se retrancher derrière l'existence d'un préjudice grave de nature financière et organisationnelle dans son chef dès lors qu'elle n'aurait pas fait usage de son droit de demander une dispense de reclassement interne et que les comptes annuels qu'elle verserait ne

sauraient être considérés comme étant des comptes définitivement arrêtés. Selon les travaux préparatoires le préjudice grave s'entendrait de celui qui pourrait mettre en danger la survie de l'entreprise. En présence des aides financières multiples qui accompagneraient un reclassement interne, un reclassement interne n'aurait pas d'impact sur la situation financière de l'entreprise;

qu'il n'y aurait pas impossibilité de reclassement interne, l'avis du médecin du travail ne serait pas concluant ni quant à une possibilité, ni quant à une impossibilité de reclassement interne et la requérante n'aurait établi ni l'impossibilité d'aménager un poste en fonction des possibilités physiques de l'ouvrier, ni une dispense légale de reclassement interne;

- que la saisine du service des travailleurs handicapés de demandes d'emploi ne serait plus nécessaire sur base de la loi sur la réinsertion professionnelle;
- que la demande en annulation de la décision de reclassement interne pour défaut de demander à l'employeur sa position relative au reclassement interne ne serait pas fondée en présence de l'article 3 de la loi du 25 juillet 2002 et de l'article 8 du règlement grand-ducal du 14 octobre 2002 pris en exécution de cette loi ce d'autant moins que l'employeur était informé de la procédure en cours;
- que la demande en annulation pour défaut de motivation et pour violation de la loi serait à rejeter. La décision serait suffisamment motivée par l'inobservation des prescriptions de l'article 2 de la loi du 25 juillet 2002 et par l'absence de preuve d'un préjudice grave.

Ce jugement a été régulièrement entrepris par la s. à r. I. C.F. LUXEMBOURG selon requête déposée le 24 juillet 2003.

A l'appui de son recours, l'appelante reprend en substance son argumentation développée devant les premiers juges pour rencontrer un par un leur raisonnement à l'appui de leur décision du 4 juin 2003.

La loi du 25 juillet 2002 définit le reclassement interne comme étant un reclassement au sein de l'entreprise, éventuellement à un autre poste ou à un autre régime de travail. La loi n'exige néanmoins pas la création d'un poste spécifique adapté à la capacité de travail résiduaire d'un ouvrier déterminé.

Selon l'article 2(1) a l'obligation de reclasser le travailleur, l'employeur qui occupe régulièrement plus de 25 salariés et qui ne répond pas aux obligations prévues à l'article 5 de la loi modifiée du 12 novembre 1991 sur les travailleurs handicapés.

L'article 2 est à rapprocher de l'article 5 qui, en cas d'impossibilité de reclassement interne, prévoit l'inscription d'office du travailleur comme demandeur d'emploi auprès du service des travailleurs à capacité de travail réduite.

La juxtaposition de ces textes amène la Conseil supérieur des assurances sociales à admettre que pour que le reclassement interne puisse être ordonné trois conditions doivent être remplies:

- l'employeur doit régulièrement occuper plus de 25 ouvriers;
- l'employeur, qui tombe sous la loi du 12 novembre 1991, doit avoir omis d'engager le nombre de handicapés proportionnellement à ses effectifs;
- un reclassement interne doit être possible.

C'est la commission mixte prévue par l'article 10 de la loi qui décide par une décision susceptible d'un recours devant les juridictions sociales le reclassement interne ou externe du salarié.

Aux termes de l'article 3(1), la commission mixte peut dispenser l'employeur du reclassement interne s'il rapporte la preuve qu'un tel reclassement lui causerait des préjudices graves. En d'autres termes, si un reclassement interne est possible, l'employeur peut néanmoins en être dispensé s'il établit la preuve d'un préjudice grave. Selon l'article 6 du règlement grand-ducal du 14 octobre 2002 la commission est saisie par la transmission du dossier de la part du médecin du travail et base, d'après l'article 7, sa décision notamment sur le rapport du médecin du travail de l'Administration de l'emploi, sur un rapport du service des travailleurs handicapés sur le respect ou non de l'employeur de la loi du 12 novembre 1991 sur les travailleurs handicapés, en cas de refus de l'employeur d'opérer le reclassement interne, sur un dossier motivé de sa part prouvant qu'un reclassement interne lui causerait des préjudices graves, et encore sur un avis motivé du médecin du travail compétent.

L'emploi du terme " notamment " implique que cette énumération n'est pas limitative et que la commission pourra fonder sa décision encore sur d'autres arguments et pièces, mais qu'elle devra au moins et surtout considérer les rapports et pièces prévus par l'article 7.

L'article 8 n'exige une prise de position de l'employeur qu'au cas où le médecin du travail conclut au reclassement interne, ce qui au demeurant est compréhensible, l'employeur n'ayant pas besoin d'être informé s'il n'y a pas lieu à immixtion dans son organisation interne.

En l'espèce, dans sa décision du 17 janvier 2003, la commission mixte a décidé le reclassement interne au motif, d'une part, que l'employeur ne répondait à la date du 14 janvier 2003 pas aux obligations prévues à l'article 5 de la loi modifiée du 12 novembre 1991 sur les travailleurs handicapés, d'autre part, qu'il n'aurait pas rapporté la preuve qu'un reclassement interne lui causerait des préjudices graves.

Dans un esprit de logique juridique le Conseil supérieur des assurances sociales examinera en premier lieu le moyen tiré de la nullité de la décision de la commission mixte en ce qu'elle n'aurait pas sollicité l'avis de l'employeur qui prétend n'avoir pas été informé de la procédure en cours.

Selon l'article 8 du règlement, si l'avis motivé du médecin du travail conclut à la possibilité d'un reclassement interne, le secrétaire de la commission mixte contacte l'employeur endéans les cinq jours ouvrables en vue de connaître sa position, qui est ajoutée, sous forme écrite, au dossier. Ce n'est que dans la suite que la commission prendra une décision motivée relative au classement interne ou externe.

Il se dégage du dossier administratif soumis au Conseil supérieur des assurances sociales que le médecin du travail a été saisi le 19 décembre 2002 par le Contrôle médical de la Sécurité sociale d'un formulaire laissant comme seules alternatives au médecin de se prononcer sur la capacité d'exercer le dernier poste de travail ou non, cette dernière alternative impliquant la saisine de la commission mixte, et de décrire les capacités résiduelles avec description des tâches à attribuer éventuellement.

Le médecin du travail a été saisi une itérative fois le 2 janvier 2003 par le secrétaire de la commission avec prière de se prononcer sur les possibilités d'un reclassement interne. Par sa réponse, le médecin fait savoir à la commission que le poste spécifique adapté aux conditions physiques et psychiques de l'ouvrier n'existerait pas dans le cadre de la s. à r. I. C.F. LUXEMBOURG et que le seul poste éventuellement assimilable impliquerait la conduite intermittente d'une voiture, ce qui toutefois n'est plus indiqué eu égard à l'état de santé du salarié concerné.

Le médecin du travail a donc conclu implicitement, mais nécessairement, à une impossibilité de reclassement interne, sauf le cas échéant créant d'un poste spécifique adapté à la capacité de travail résiduaire de l'ouvrier concerné.

Nonobstant cet avis, la commission a décidé le reclassement interne en passant sous silence l'avis du médecin du travail et sans disposer des renseignements requis de l'employeur dont l'avis doit être sollicité si un reclassement interne est envisagé. Cet avis s'impose d'autant plus que le texte entraîne, comme il a déjà été relevé, une immixtion dans l'organisation interne d'une entreprise et prévoit des sanctions financières à charge de l'employeur en cas d'inobservation de la décision de reclassement.

La commission n'a pas non plus sollicité un rapport du médecin du travail de l'Administration de l'emploi sur les capacités de travail résiduaires de l'ouvrier de sorte que le Conseil supérieur des assurances sociales doit admettre qu'il a été statué sur base d'un dossier incomplet. Aucun élément du dossier ne permet de dire si le travailleur concerné a été informé de la procédure en cours et le concernant.

Il n'est, de surcroît, pas établi que l'employeur était informé de la procédure de sorte qu'il était dans l'impossibilité absolue de pouvoir bénéficier de l'article 3 de la loi et de solliciter une dispense de reclassement interne. Selon l'intimé, une délégation de la commission mixte, respectivement une délégation de l'Administration de l'emploi aurait expliqué aux divers employeurs concernés la procédure de la loi du 25 juillet 2002 du moment où l'entreprise aurait été concerné par le cas d'un ouvrier incapable d'exercer son dernier poste de travail, fait qui est contesté par l'appelante.

Les débats à l'audience permettent de retenir qu'il n'avait pas été demandé à l'employeur de se prononcer sur la possibilité d'un reclassement interne au sein de son entreprise.

Ce défaut d'information et d'implication dans la procédure et de l'employeur et du salarié constitue de même une violation du principe du caractère contradictoire de la procédure administrative non contentieuse telle que cette procédure est réglée par la loi du 1er décembre 1978 et le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 qui sont d'application générale, sauf si la procédure appliquée prévoit au moins des garanties équivalentes, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence, et si la décision intervient sur demande de l'administré, espèce pas non plus donnée en l'occurrence.

Le principe du respect du caractère contradictoire de la procédure administrative implique pour le particulier le droit d'être avisé de l'existence d'une procédure dont l'issue peut l'atteindre dans ses intérêts et dans sa situation individuelle et implique le droit de présenter utilement sa défense, d'être informé des griefs retenus et d'obtenir communication du dossier.

La décision administrative est donc intervenue en violation flagrante des droits de l'employeur et devra encourir l'annulation.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant sur le rapport oral de son président et contradictoirement entre parties,
reçoit l'appel en la forme,
le dit fondé,

RÉFORMANT:

annule la décision du 17 janvier 2003 de la commission mixte de reclassement des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail,

renvoie le dossier devant la commission mixte.

47**CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES**

25 juin 2003

Lorsqu'un travailleur frontalier en chômage, après s'être inscrit dans l'Etat de sa résidence, fixe son domicile dans l'Etat de son dernier emploi, la dérogation prévue par l'article 71, paragraphe 1, initio et sous a) ii) du règlement cesse de s'appliquer de sorte que l'Etat du dernier emploi doit commencer ou recommencer à assumer les obligations qui résultent pour lui du règlement en matière de prestations de chômage.

F. c/ADEM

No. du reg.: ADEM 2002/0164 No.: 2003/0137

Arrêt

F. avait travaillé comme ouvrière auprès de l'entreprise LATERZA FRANCIS du 1er juillet 1999 jusqu'au 8 juin 2001, date à laquelle l'entreprise en question fut déclarée en faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

La requérante qui était à l'époque de son licenciement domiciliée à Mercy-le-Bas en France s'est inscrite le 19 juin 2001 comme demanderesse d'emploi auprès de l'ASSEDIC de Lorraine à Herserange. Le 2 juillet 2001 elle a transféré son domicile de Mercy-le-Bas à Schoenfels au Grand-Duché de Luxembourg. Le même jour elle s'est inscrite comme demanderesse d'emploi auprès de l'Administration de l'emploi à Luxembourg.

Le 6 août 2001 F. a présenté une demande d'octroi de l'indemnité de chômage complet auprès de l'Administration de l'emploi à Luxembourg.

Par décision du 12 mars 2002 le directeur de l'Administration de l'emploi a refusé d'admettre F. au bénéfice des indemnités de chômage complet au motif qu'elle était domiciliée en France au moment de la cessation des relations d'emploi avec son dernier employeur et qu'elle ne remplissait dès lors pas les conditions prévues au titre de l'article 13 sous b) de la loi modifiée du 30 juin 1976 portant 1. création d'un fonds pour l'emploi,

2. réglementation de l'octroi de l'indemnité de chômage complet (être domicilié sur le territoire et y avoir perdu son emploi). Le directeur de l'Administration de l'emploi a attiré l'attention de la requérante sur le fait qu'elle aurait dû s'adresser aux services de l'emploi français en vue de l'admission de sa demande et du transfert éventuel de ses droits au Luxembourg, en vertu des dispositions de l'article 69 du règlement CEE n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés qui se déplacent à l'intérieur de l'Union Européenne.

Lors de sa séance du 16 avril 2002, la commission spéciale de réexamen a rejeté la demande de réexamen présentée par F..

Par jugement du 18 octobre 2002 le Conseil arbitral des assurances sociales a déclaré non fondé le recours formé par F. contre la décision de la commission spéciale de réexamen du 16 avril 2002.

Pour statuer comme ils l'ont fait les juges de première instance ont dit que la requérante n'était pas domiciliée au Grand-Duché de Luxembourg au moment de la perte de son emploi et que l'omission de F. de s'inscrire comme demanderesse d'emploi en France n'était pas de nature à lui conférer un droit à une prestation au sens de l'article 71 du règlement communautaire n° 1408/71.

F. a régulièrement relevé appel de ce jugement par requête déposée en date du 15 novembre 2002.

Elle demande au Conseil supérieur des assurances sociales de lui allouer les indemnités de chômage à partir du 19 juin 2001 au motif qu'elle se serait inscrite dès le lendemain de son licenciement à l'ASSEDIC de Lorraine sinon en ordre subsidiaire de dire qu'elle a droit aux indemnités de chômage à partir du 2 juillet 2001, date à laquelle elle s'est définitivement établie au Grand-Duché de Luxembourg.

L'article 13 de la loi modifiée du 30 juin 1976 portant 1. création d'un fonds pour l'emploi, 2. réglementation de l'octroi de l'indemnité de chômage complet prévoit quant aux conditions d'admission au bénéfice de l'indemnité de chômage complet, entre autres sub b) que le travailleur doit être domicilié sur le territoire luxembourgeois et y avoir perdu son dernier emploi, sans préjudice des règles applicables en vertu de la réglementation communautaire ou des conventions bilatérales ou multilatérales en vigueur. L'article 1er, sous b), du règlement CEE no 1408/71 du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté définit le " travailleur frontalier " comme " le travailleur salarié ou non salarié qui exerce son activité professionnelle sur le territoire d'un Etat membre et réside sur le territoire d'un autre Etat membre, où il retourne en principe chaque jour ou au moins une fois par semaine ".

L'appelante répond à cette définition. Elle a en effet travaillé jusqu'au 8 juin 2001 auprès de l'entreprise LATERZA FRANCIS, tout en résidant sur le territoire français, où elle retournait chaque jour.

Après avoir précisé en son paragraphe 1 que " ... les personnes auxquelles le présent règlement est applicable ne sont soumises qu'à la législation d'un seul Etat membre " et que " cette législation est déterminée conformément aux dispositions du présent titre ", l'article 13, paragraphe 2 du règlement CEE n° 1408/71 dispose sous a), " la personne qui exerce une activité salariée

sur le territoire d'un Etat membre est soumise à la législation de cet Etat, même si elle réside sur le territoire d'un autre Etat membre....".

Il résulte ainsi de cette règle générale énoncée par l'article 13 du titre II du règlement n° 1408/71 que l'Etat compétent en matière de prestations sociales de chômage est l'Etat d'emploi.

Cette règle générale est précisée par les dispositions de ce même règlement relatives aux prestations de chômage dont il ressort que " l'Etat compétent " en la matière est l'Etat du dernier emploi. Il en est ainsi des dispositions communes des articles 67 et 68, qui fixent les modalités de calcul des prestations de chômage, de l'article 69 qui maintient sous certaines conditions le bénéfice des prestations de chômage dans l'Etat du dernier emploi lorsque l'intéressé part à la recherche d'un emploi dans un ou plusieurs autres Etats membres et des alinéas a), i), et b), i), de l'article 71, paragraphe 1, en vertu desquels le travailleur frontalier en chômage partiel ou accidentel, et le travailleur non frontalier en chômage partiel, accidentel ou complet bénéficient des prestations en cause dans l'Etat du dernier emploi bien qu'ils résident dans un autre Etat membre.

Le règlement apporte toutefois une dérogation à ce principe pour le travailleur frontalier. En effet l'article 71, paragraphe 1, initio et sous a), ii) du règlement dispose :

" 1. Le travailleur salarié en chômage qui, au cours de son dernier emploi, résidait sur le territoire d'un Etat membre autre que l'Etat compétent bénéficie des prestations selon les dispositions suivantes :

a) i)

ii) le travailleur frontalier qui est en chômage complet bénéficie des prestations selon les dispositions de la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel il réside, comme s'il avait été soumis à cette législation au cours de son dernier emploi; ces prestations sont servies par l'institution du lieu de résidence et à sa charge ".

Il résulte de cette disposition que le travailleur frontalier en chômage complet n'a pas droit à l'allocation de chômage dans l'Etat de son dernier emploi, même s'il y a cotisé, mais qu'il est obligé de s'affilier au régime de sécurité sociale de l'Etat de sa résidence et d'y percevoir, pendant la période au cours de laquelle il y réside, les prestations de chômage en vertu de sa législation.

Selon le libellé de l'article 71, paragraphe 1, initio et sous a), ii) du règlement, l'Etat membre sur le territoire duquel le travailleur frontalier réside assure le paiement de ces prestations " comme si " cet Etat était celui du dernier emploi. Si cette fiction juridique suspend les obligations de l'Etat du dernier emploi aussi longtemps que le chômeur continue à résider sur le territoire d'un autre Etat membre, elle n'a pas pour conséquence de les éteindre.

Ainsi la Cour de Justice des Communautés Européennes a dans l'arrêt Cochet du 7 mars 1985 jugé, d'une part, que les dispositions de l'article 71, paragraphe 1, initio et sous a), ii) du règlement laissent subsister le principe selon lequel l'Etat compétent est celui du dernier emploi et, d'autre part, que l'article 69, relatif aux "chômeurs se rendant dans un Etat membre autre que l'Etat compétent", ne s'applique pas au travailleur frontalier en chômage complet qui, après avoir cessé d'exercer son dernier emploi, s'établit sur le territoire de l'Etat membre compétent, c'est-à-dire de l'Etat membre où il a exercé son dernier emploi.

Il en résulte que dans un cas tel que celui de l'espèce le fait que F. résidait en France et qu'elle était en droit de percevoir une allocation de chômage au titre de la législation française n'est pas de nature à enlever à l'Etat de son dernier emploi, le Grand-Duché de Luxembourg, sa compétence de principe.

Il découle des considérations qui précèdent que, lorsqu'un travailleur frontalier en chômage, après s'être inscrit dans l'Etat de sa résidence, fixe son domicile dans l'Etat de son dernier emploi, la dérogation prévue par l'article 71, paragraphe 1, initio et sous a) ii) du règlement cesse de s'appliquer de sorte que l'Etat du dernier emploi doit commencer ou recommencer à assumer les obligations qui résultent pour lui du règlement en matière de prestations de chômage.

L'Administration de l'emploi est partant malvenue de refuser à F. le bénéfice des allocations de chômage au seul motif qu'elle n'avait pas son domicile au Grand-Duché de Luxembourg au moment de la cessation de ses relations d'emploi avec son dernier employeur.

La partie intimée est encore malvenue de reprocher à F. de ne pas avoir sollicité le transfert de ses droits au Luxembourg en vertu des dispositions de l'article 69 du règlement (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.

Cette disposition ne s'applique en effet pas au travailleur frontalier en chômage complet qui après avoir cessé son dernier emploi s'établit sur le territoire de l'Etat membre compétent, c'est-à-dire de l'Etat membre où il a exercé son dernier emploi (Arrêt COCHET CJCE du 7 mars 1985).

Il résulte des développements qui précèdent que c'est à tort que l'Administration de l'emploi n'a pas fait droit à la demande de F..

F. ne peut toutefois pas prétendre à des indemnités de chômage de la part de l'Administration de l'emploi luxembourgeoise pour toute la période au cours de laquelle elle a résidé en France dès lors qu'il résulte de la disposition de l'article 71, paragraphe 1 du règlement CEE n° 1408/71 que le travailleur frontalier en chômage complet n'a pas droit à l'allocation de chômage dans l'Etat de son dernier emploi, même s'il y a cotisé, mais qu'il est obligé de

s'affilier au régime de sécurité sociale de l'Etat de sa résidence et d'y percevoir, pendant la période au cours de laquelle il y réside, les prestations de chômage en vertu de sa législation.

Il y a partant lieu, par réformation du jugement entrepris, de dire que F. a droit à l'indemnité de chômage complet, à l'exception de la période antérieure au 2 juillet 2001, période pendant laquelle elle résidait encore en France, et de renvoyer l'affaire devant l'organe de décision compétent de l'Administration de l'emploi pour la détermination du montant des prestations de chômage auxquelles la demanderesse a droit.

L'intimé ne s'est pas présenté à l'audience du 11 juin 2003 de sorte qu'il y a lieu de statuer par défaut à son égard.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué et par défaut à l'égard de l'Etat luxembourgeois,
reçoit l'appel en la forme,
le dit partiellement fondé,

RÉFORMANT:

dit que F. a droit à l'indemnité de chômage complet, à l'exception de la période antérieure au 2 juillet 2001,
renvoie l'affaire devant l'organe de décision compétent de l'Administration de l'emploi pour la détermination du montant des prestations de chômage auxquelles la demanderesse a droit.

48

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES (1284)

12 novembre 2003

La lettre de l'ex-employeur de S., lettre qui ne remplit pas les conditions prévues par la loi pour pouvoir être admise comme attestation testimoniale, est, en présence des contestations du requérant, insuffisante pour prouver la réalité des faits desquels l'Administration de l'emploi a déduit que S. n'était pas à considérer comme chômeur involontaire.

Faute par l'appelant d'avoir établi soit par des attestations testimoniales soit par un rapport contradictoire ayant valeur probante à dresser sur base des déclarations et prises de position à entendre non seulement de la part de

l'employeur mais également de la part de l'intéressé lui-même, des circonstances précises et vérifiables pouvant conclure à un comportement fautif de l'intéressé de nature à admettre qu'il ne serait pas à considérer comme chômeur involontaire, le refus des indemnités de chômage n'est pas justifié de sorte que c'est à bon droit, quoique pour des motifs partiellement différents, que les juges de première instance ont déclaré le recours de l'Etat non fondé et qu'ils ont confirmé la décision de la commission spéciale de réexamen du 12 novembre 2002.

ADEM c/S.

No. du reg.: ADEM 2003/0064 No.: 2003/0180

voir aussi :CASS. 08.07.2004

Arrêt

S. qui avait été engagé à l'essai en date du 1er avril 2002 par la société CAMPO-SPORT avait vu son contrat de travail résilié avec un préavis de 15 jours venant à expiration le 30 juin 2002.

Par décision du 27 septembre 2002 le directeur de l'Administration de l'emploi a rejeté la demande de S. tendant à l'obtention des indemnités de chômage complet au motif qu'il ressort d'une lettre explicative de son employeur qu'il a été licencié au cours de la période d'essai en raison de ses fréquents retards au travail et qu'il n'est dès lors pas à considérer comme chômeur involontaire.

Lors de sa séance du 12 novembre 2002 la commission spéciale de réexamen a déclaré la demande de réexamen de S. recevable et a dit que l'intéressé avait droit à l'indemnité de chômage complet.

La commission spéciale de réexamen s'est référée à un arrêt de la Cour d'appel du 14 juillet 1994, siégeant en matière de droit du travail, pour retenir que dans le cadre d'un contrat à l'essai l'employeur n'a pas à fournir de motifs à l'appui de la résiliation du contrat de travail, que la rupture est un droit discrétionnaire et que réparation n'est due au salarié en cas de contrat à l'essai que si le salarié prouve l'intention de nuire ou la légèreté blâmable de l'employeur lors de la résiliation du contrat à l'essai.

Elle a estimé que toute personne licenciée pendant la période d'essai ne peut contraindre son employeur à énoncer les motifs de licenciement, sauf en lui prouvant devant la loi d'avoir eu l'intention de lui nuire; qu'en l'occurrence le requérant a été licencié pendant la période d'essai en respect du préavis légal de sorte qu'il ne peut invoquer des dispositions légales immédiates pour contester le bien-fondé de son licenciement non motivé.

Statuant sur le recours formé contre cette décision, le Conseil arbitral des assurances sociales a, par jugement du 24 mars 2003, confirmé la décision de la commission spéciale de réexamen au motif que la lettre de licenciement

ne fait pas état de motifs à la base de la résiliation du contrat à l'essai de sorte que le salarié est privé de tout moyen de défense en ce qui concerne les affirmations de l'employeur, qu'en considérant que la cessation des relations d'emploi a eu lieu de l'initiative de l'employeur par la signification du préavis légal, il n'y a pas lieu d'examiner les antécédents se trouvant à la base de ce licenciement avec préavis; qu'en tout état de cause l'Etat luxembourgeois n'est pas en mesure d'établir, sur base d'un rapport contradictoire ayant valeur probante à dresser sur base des déclarations et prises de position à entendre non seulement de la part de l'employeur mais également de la part de l'intéressé lui-même, des circonstances précises et vérifiables pouvant conclure à un comportement fautif de l'intéressé de nature à admettre qu'il ne serait pas à considérer comme chômeur involontaire et à justifier le refus des indemnités de chômage; que conformément aux règles de la procédure administrative non contentieuse et conformément au principe du caractère contradictoire de la procédure administrative cette communication au salarié des motifs exacts aurait dû intervenir en tout état de cause de la part de l'Administration de l'emploi de telle manière que le salarié ait pu présenter sa défense et donner à celle-ci le poids nécessaire avant qu'intervienne la décision administrative de refus des prestations de chômage.

L'Etat du Grand-Duché de Luxembourg a régulièrement relevé appel de ce jugement par requête déposée en date du 22 avril 2003.

Il demande au Conseil supérieur des assurances sociales de réformer sinon d'annuler la décision du Conseil arbitral des assurances sociales et de dire que l'intimé est à considérer comme chômeur involontaire.

L'appelant fait plaider que le législateur a expressément prévu à l'article 21, paragraphe 2 de la loi modifiée du 30 juin 1976 portant 1. création d'un fonds pour l'emploi; 2. réglementation de l'octroi des indemnités de chômage complet que les employeurs sont tenus de délivrer aux travailleurs ou aux bureaux de placement publics les certificats qui leur sont demandés en vue de l'octroi de l'indemnité de chômage et de donner aux bureaux de placement publics les informations nécessaires y relatives; que ce texte ne distingue nullement si la rupture des relations de travail est intervenue en période d'essai ou non; que l'Administration de l'emploi est en droit, lorsqu'il s'agit d'apprécier si le chômeur est à qualifier d'involontaire ou non, de prendre en considération tous les éléments de fait et d'appréciation dont elle peut disposer; qu'il appartient ensuite à cette dernière en fonction des informations obtenues d'apprécier en toute connaissance de cause si le chômeur est involontaire ou non; qu'en l'occurrence l'Administration de l'emploi a valablement pu considérer qu'étant donné que S. avait été licencié en période d'essai en raison de ses fréquents retards au travail et qu'il avait lui-même demandé la résiliation du contrat à son ex-employeur qu'il ne pouvait être qualifié de chômeur involontaire; qu'il ne s'agit pas pour l'Administration de l'emploi de juger de la gravité du motif de licenciement

mais de rechercher si les faits en question, c'est-à-dire le comportement de l'intimé, le rendaient chômeur volontaire ou non; que le fait qu'en matière de licenciement pendant la période d'essai, l'employeur ne soit pas tenu de motiver son licenciement, est inopérant en l'espèce; que les dispositions prévues en matière de motivation du licenciement pendant la période d'essai ont été instaurées dans le cadre de la relation entre l'employeur et le salarié et sont inopposables à l'Administration de l'emploi; que c'est d'ailleurs la raison pour laquelle le législateur n'a pas entendu faire de distinction dans le cadre de l'article 21 précité suivant qu'il s'agit d'un licenciement pendant la période d'essai ou non; que la volonté du législateur serait justement de pouvoir permettre à l'Administration de l'emploi de disposer de toutes les informations utiles et nécessaires lui permettant d'apprécier si elle se trouve face à un chômeur involontaire ou non; que le salarié ne serait pas privé de tout moyen de défense en ce qui concerne les informations de l'employeur; qu'au cas où le salarié ne serait pas d'accord avec les motifs invoqués, il pourrait actionner l'employeur en justice du chef de l'intention de nuire de ce dernier.

L'intimé conclut à la confirmation du jugement de première instance.

Aux termes de l'article 21, paragraphe 2 de la loi modifiée du 30 juin 1976 portant 1. création d'un fonds pour l'emploi; 2. réglementation de l'octroi des indemnités de chômage complet les employeurs sont tenus de délivrer aux travailleurs ou aux bureaux de placement publics les certificats qui leur sont demandés en vue de l'octroi de l'indemnité de chômage et de donner aux bureaux de placement publics les informations nécessaires y relatives.

Il résulte de cette disposition que l'Administration de l'emploi est en droit de se renseigner auprès de tous les employeurs quant aux motifs de licenciement des personnes sollicitant le bénéfice des indemnités de chômage complet ceci afin de disposer de toutes les informations utiles et nécessaires lui permettant d'apprécier si les requérants sont à considérer comme chômeur involontaire ou non.

S'il est vrai que dans le cadre d'un contrat à l'essai l'employeur n'a pas à faire connaître au salarié licencié durant la période d'essai les motifs de licenciement, les dispositions afférentes de la loi modifiée du 24 mai 1989 sur le contrat de travail ne règlent pourtant que les relations entre employeurs et salariés et sont inopposables à l'Administration de l'emploi sous peine de restreindre la portée de l'article 21, paragraphe 2 de la loi modifiée du 30 juin 1976 qui ne fait aucune distinction selon qu'il s'agit d'un licenciement intervenu pendant la période d'essai ou non.

Si l'Administration de l'emploi était partant en droit de se renseigner auprès de l'employeur sur les motifs qui l'ont amené à résilier le contrat à l'essai, il incombe cependant à la juridiction sociale saisie de vérifier l'existence et

l'exactitude des faits qui sont à la base de la décision de refus prise par l'Administration de l'emploi.

Pour refuser l'indemnité de chômage l'Administration de l'emploi s'est basée sur les faits lui relatés par l'ex-employeur de S. dans une lettre portant la date du 8 août 2002, faits qui sont formellement contestés par l'intimé.

La lettre de l'ex-employeur de S., lettre qui ne remplit pas les conditions prévues par la loi pour pouvoir être admise comme attestation testimoniale, est, en présence des contestations du requérant, insuffisante pour prouver la réalité des faits desquels l'Administration de l'emploi a déduit que S. n'était pas à considérer comme chômeur involontaire.

Faute par l'appelant d'avoir établi soit par des attestations testimoniales soit par un rapport contradictoire ayant valeur probante à dresser sur base des déclarations et prises de position à entendre non seulement de la part de l'employeur mais également de la part de l'intéressé lui-même, des circonstances précises et vérifiables pouvant conclure à un comportement fautif de l'intéressé de nature à admettre qu'il ne serait pas à considérer comme chômeur involontaire,

le refus des indemnités de chômage n'est pas justifié de sorte que c'est à bon droit, quoique pour des motifs partiellement différents, que les juges de première instance ont déclaré le recours de l'Etat non fondé et qu'ils ont confirmé la décision de la commission spéciale de réexamen du 12 novembre 2002.

PAR CES MOTIFS,

le Conseil supérieur des assurances sociales,

statuant sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué et les conclusions contradictoires des parties à l'audience,

reçoit l'appel en la forme,

le dit non fondé,

partant confirme le jugement entrepris.

49**COUR DE CASSATION**

08 juillet 2004

Attendu qu'aux termes de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, pour introduire son pourvoi la demanderesse devra déposer au greffe de la Cour supérieure de justice une copie de la décision attaquée signifiée soit à partie, soit à avoué, ou une expédition de cette décision ;

Attendu que la procédure du contentieux en matière d'assurances sociales ne prévoit pas la signification des décisions intervenues ni aux parties, ni à leurs mandataires, même avoués, mais seulement la notification à elles par le secrétariat de la juridiction de la copie sur papier libre qui, pour l'introduction du pourvoi en cassation, doit être déposée au greffe de la Cour ;

Attendu qu'en l'espèce la demanderesse en cassation n'a pas déposé la copie conforme notifiée en tant que telle, mais une photocopie de celle-ci ainsi qu'une télécopie partielle de l'arrêt attaqué, les deux dépourvues de l'authenticité requise ;

le pourvoi est déclaré irrecevable.

ADEM c/S.

N°41 / 04

Numéro 2091 du registre.

Arrêt

Vu l'arrêt attaqué rendu le 12 novembre 2003 sous le numéro 2003/180 par le Conseil supérieur des assurances sociales et remis le 14 novembre 2003 à la poste pour notification ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 8 janvier 2004 par l'ETAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi et déposé le 13 janvier 2004 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié par Pierre Nico S. le 1er mars 2004 et déposé le 4 mars 2004 au greffe de la Cour ;

Vu le nouveau mémoire signifié le 29 mars 2004 par l'ETAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG et déposé le 5 avril 2004 au greffe de la Cour ;

Sur la recevabilité du pourvoi qui est contestée :

Attendu qu'aux termes de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, pour introduire son pourvoi la demanderesse devra déposer au greffe de la Cour supérieure de justice une

copie de la décision attaquée signifiée soit à partie, soit à avoué, ou une expédition de cette décision ;

Attendu que la procédure du contentieux en matière d'assurances sociales ne prévoit pas la signification des décisions intervenues ni aux parties, ni à leurs mandataires, même avoués, mais seulement la notification à elles par le secrétariat de la juridiction de la copie sur papier libre qui, pour l'introduction du pourvoi en cassation, doit être déposée au greffe de la Cour ;

Attendu qu'en l'espèce la demanderesse en cassation n'a pas déposé la copie conforme notifiée en tant que telle, mais une photocopie de celle-ci ainsi qu'une télécopie partielle de l'arrêt attaqué, les deux dépourvues de l'authenticité requise ;

Sur la demande en indemnité de procédure :

Attendu que cette demande du défendeur au pourvoi est à écarter comme manquant des justifications requises par l'article 240 du Code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS :

déclare le pourvoi en cassation irrecevable,

rejette la demandé de Pierre Nico S. basée sur l'article 240 du code de procédure civile ;

condamne l'ETAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG aux frais de l'instance en cassation dont distraction au profit de Maître Nicolas BAUER, avocat à la Cour, sur ses affirmations de droit.

50

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

10 décembre 2003

Les juges de première instance avaient relevé à juste titre que S. avait fait preuve d'initiative dans la recherche d'un nouvel emploi; qu'une application excessivement rigoureuse des formalités administratives aurait comme effet de décourager les travailleurs en quête d'un emploi d'entreprendre des démarches dans les autres pays de l'Union Européenne pour retrouver un emploi; que la perte de l'indemnité de chômage serait disproportionnée par rapport au manquement sans gravité qui avait consisté en un retard de deux jours que S. avait mis à se réinscrire auprès de l'Administration de l'emploi après son retour d'Allemagne; que l'Administration de l'emploi ne pouvait en aucun cas présumer que suite à ce léger dépassement du délai S. ne serait

plus disponible pour le marché du travail luxembourgeois. Il y a enfin lieu de remarquer qu'en remettant à un travailleur germanophone le formulaire standardisé E 303 en langue française bien que l'intéressé ne maîtrise pas cette langue suffisamment pour comprendre les explications y figurant, l'Administration de l'emploi avait, par son propre fait, rendu plus difficile le bon accomplissement des formalités administratives imposées aux travailleurs visés à l'article 69 du règlement CEE n° 1408/71.

ADEM c/S.

No. du reg.: ADEM 2003/0063 No.: 2003/0212

Arrêt

S., après avoir été licencié par son dernier employeur au Luxembourg, a bénéficié des indemnités de chômage à partir du 4 octobre 2001; le 5 mai 2002 il est parti à la recherche d'un emploi en Allemagne muni d'une attestation E 303. Celle-ci précise que le droit aux prestations est maintenu pour une durée maximum de 92 jours sans qu'elle puisse dépasser le 4 août 2002.

A son retour, il s'est présenté à nouveau au bureau de placement au Luxembourg le 7 août 2002, donc après l'expiration de la période maximum de 3 mois pour laquelle il avait droit au maintien des prestations.

La commission spéciale de réexamen a, par décision du 12 novembre 2002, maintenu la décision du directeur de l'Administration de l'emploi du 27 septembre 2002 refusant de réadmettre S. au bénéfice de l'indemnité de chômage complet pour les mois d'août à octobre 2002.

Pour statuer ainsi, la commission spéciale de réexamen s'est appuyé sur l'article 69 du règlement CEE n° 1408/71 qui dispose quant aux conditions et limites du maintien du droit aux prestations de chômage :

" 1. Le travailleur salarié ou non salarié en chômage complet qui satisfait aux conditions requises par la législation d'un État membre pour avoir droit aux prestations et qui se rend dans un ou plusieurs autres Etats membres pour y chercher un emploi conserve le droit à ces prestations, aux conditions et dans les limites indiquées ci-après:

- a) avant son départ, il doit avoir été inscrit comme demandeur d'emploi et être resté à la disposition des services de l'emploi de l'Etat compétent pendant au moins quatre semaines après le début du chômage. Toutefois, les services ou institutions compétents peuvent autoriser son départ avant l'expiration de ce délai;
- b) il doit s'inscrire comme demandeur d'emploi auprès des services de l'emploi de chacun des Etats membres où il se rend et se soumettre au contrôle qui y est organisé. Cette condition est considérée comme remplie

pour la période antérieure à l'inscription s'il est procédé à celle-ci dans un délai de sept jours à compter de la date à laquelle l'intéressé a cessé d'être à la disposition des services de l'emploi de l'Etat qu'il a quitté. Dans des cas exceptionnels, ce délai peut être prolongé par les services ou institutions compétents;

- c) le droit aux prestations est maintenu pendant une période de trois mois au maximum, à compter de la date à laquelle l'intéressé a cessé d'être à la disposition des services de l'emploi de l'Etat qu'il a quitté, sans que la durée totale de l'octroi des prestations puisse excéder la durée des prestations pendant laquelle il a droit en vertu de la législation dudit Etat. Dans le cas d'un travailleur saisonnier, cette durée est, en outre, limitée à la période restant à courir jusqu'au terme de la saison pour laquelle il a été engagé.
- 2. Si l'intéressé retourne dans l'Etat compétent avant l'expiration de la période pendant laquelle il a droit aux prestations en vertu des dispositions du paragraphe 1 point c), il continue à avoir droit aux prestations conformément à la législation de cet Etat; il perd tout droit aux prestations en vertu de la législation de l'Etat compétent s'il n'y retourne pas avant l'expiration de cette période. Dans des cas exceptionnels, ce délai peut être prolongé par les services ou institutions compétents ".

La commission spéciale de réexamen a relevé que S. ne peut pas faire état d'un cas de force majeure qui l'aurait empêché de se réinscrire comme demandeur d'emploi jusqu'au 4 août 2002 au plus tard.

Statuant sur le recours formé par S., le Conseil arbitral des assurances sociales a, par jugement du 31 mars 2003 dit que le requérant remplit les conditions pour être réadmis au bénéfice des indemnités de chômage complet et a renvoyé la cause à l'Administration de l'emploi.

Pour décider ainsi, le Conseil arbitral des assurances sociales a considéré " que si les services et institutions compétents des Etats disposent d'une large marge de discrétion en vue de décider de la prolongation éventuelle du délai, ils doivent, dans l'exercice de ce pouvoir, tenir compte du principe de proportionnalité, que l'application de ce principe exige que les services et institutions compétents prennent en considération, dans chaque cas particulier, la durée du dépassement dans le temps du délai en cause, la raison du retour tardif et la gravité des conséquences juridiques découlant d'un retour tardif;

qu'il est inconcevable qu'un citoyen ayant perdu son emploi, qui au lieu de se borner à toucher les indemnités de chômage dans la mesure du possible, a fait preuve de diligence, d'initiative et de mobilité en vue de reprendre un travail à l'étranger, ne puisse bénéficier des prestations dans un régime de libre circulation et qu'il est inconcevable qu'il perde, par suite de l'exercice de

son droit à la libre circulation, un avantage de sécurité sociale que lui assure la législation d'un Etat membre;

qu'en considérant que le délai en cause n'a été dépassé que de quelques jours et que l'échéance du délai se situe un dimanche, en considérant que le dépassement dans le temps peut s'expliquer par les démarches et initiatives à prendre en Allemagne pour reprendre un travail à partir du 1er janvier 2003, démarches qui ont été couronnées de succès et ont permis d'éviter la prolongation de la période de chômage au Luxembourg au-delà du nécessaire, que le requérant allègue un état de maladie l'ayant empêché de se réinscrire au Luxembourg avant la date prévue..., il y a lieu de retenir des circonstances exceptionnelles justifiant l'application de la clause de rigueur contenue dans l'article 69, paragraphe 2, phrase 2 précité et justifiant la prolongation du délai de réinscription, de sorte que le requérant remplit les conditions pour être réadmis au bénéfice des indemnités de chômage selon les dispositions de la législation luxembourgeoise ".

l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg a relevé appel de ce jugement par requête déposée le 22 avril 2003 au secrétariat du Conseil supérieur des assurances sociales pour entendre dire que le retard de l'intimé pour se réinscrire auprès de l'Administration de l'emploi n'est pas excusé par des circonstances exceptionnelles et que, par réformation du jugement entrepris, la décision de la commission spéciale de réexamen du 12 novembre 2002 est partant à maintenir.

L'appel n'est pas fondé.

Il n'est pas requis que les circonstances exceptionnelles visées à l'article 69, paragraphe 2, phrase 2, du règlement CEE n° 1408/71, doivent être constitutives d'un cas de force majeure.

Le Conseil arbitral des assurances sociales a correctement analysé les faits qui lui étaient soumis et a retenu à bon droit que, dans les circonstances de l'espèce, l'intimé pouvait se prévaloir de l'article 69, paragraphe 2, du règlement CEE n° 1408/71 pour être réadmis au bénéfice des indemnités de chômage complet.

Les juges de première instance ont notamment relevé à juste titre que S. avait fait preuve d'initiative dans la recherche d'un nouvel emploi; qu'une application excessivement rigoureuse des formalités administratives aurait comme effet de décourager les travailleurs en quête d'un emploi d'entreprendre des démarches dans les autres pays de l'Union Européenne pour retrouver un emploi; que la perte de l'indemnité de chômage serait disproportionnée par rapport au manquement sans gravité qui avait consisté en un retard de deux jours que S. avait mis à se réinscrire auprès de l'Administration de l'emploi après son retour d'Allemagne; que l'Administration de l'emploi ne pouvait en aucun cas présumer que suite à ce léger dépassement du délai S. ne serait plus disponible pour le marché du

travail luxembourgeois. Il y a enfin lieu de remarquer qu'en remettant à un travailleur germanophone le formulaire standardisé E 303 en langue française bien que l'intéressé ne maîtrise pas cette langue suffisamment pour comprendre les explications y figurant, l'Administration de l'emploi avait, par son propre fait, rendu plus difficile le bon accomplissement des formalités administratives imposées aux travailleurs visés à l'article 69 du règlement CEE n° 1408/71.

Comme la convocation à l'audience a été notifiée à la personne de l'intimé, le présent arrêt est réputé contradictoire bien que l'intimé n'ait pas comparu.

PAR CES MOTIFS,

et ceux des juges de première instance,
le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant contradictoirement, sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué,
déclare l'appel recevable,
le dit non fondé,
confirme le jugement entrepris.

51

CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES

03 décembre 2003

La notion de disponibilité pour le marché du travail sous-entend que le travailleur sans emploi soit titulaire d'un permis de travail valable au moment où il sollicite l'allocation de l'indemnité de chômage complet (arrêt de la Cour de Cassation affaire Etat du Grand-Duché c/ ANDRADE ALVES du 16.11.2000, n°41/00).

L'inscription du travailleur comme demandeur d'emploi auprès des bureaux de placement publics constitue une condition distincte et supplémentaire pour pouvoir prétendre au bénéfice de l'indemnité de chômage. L'inscription du travailleur comme demandeur d'emploi implique que le travailleur reconnaît son aptitude au travail en ce sens qu'il se déclare prêt à accepter tout emploi qui correspond à ses forces et aptitudes. L'inscription ne peut cependant suppléer à l'obligation de détenir un permis de travail valable. Même si le demandeur d'emploi peut bénéficier de l'assistance des bureaux de placement pour trouver un emploi, cela n'implique pas qu'il aurait droit à l'indemnité de chômage complet.

Quant au moyen tiré de la prétendue inconstitutionnalité de l'article 13, e) de la loi modifiée du 30 juin 1976 portant 1) création d'un fonds pour l'emploi et 2) réglementation de l'octroi des indemnités de chômage complet, il y a lieu de remarquer qu' S. n'est pas ressortissant luxembourgeois et ne peut donc invoquer le principe d'égalité des Luxembourgeois devant la loi consacré par l'article 10bis de la Constitution pour soutenir que l'article 13, e) serait contraire à la loi fondamentale. En outre, la disposition de l'article 13, e) subordonnant l'allocation de l'indemnité de chômage complet à la condition que le demandeur soit apte au travail, disponible pour le marché du travail et prêt à accepter tout emploi approprié s'applique sans discrimination à tout travailleur sans emploi quelle que soit sa nationalité. La différence de traitement entre les travailleurs étrangers, non ressortissants d'un pays membre de l'Union Européenne ou d'un pays partie à l'Accord sur l'Espace Économique Européen, par rapport aux travailleurs ressortissants de ces pays, tient à l'obligation faite aux premiers par le règlement grand-ducal du 12 mai 1972 d'être munis d'un permis de travail.

Quant à l'article 111 de la Constitution qui dispose que tout étranger qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi, il ne vise pas le statut politique ou administratif particulier des étrangers, mais a pour objet d'étendre aux étrangers les dispositions constitutionnelles relatives à la protection des personnes et des biens. Ainsi les dispositions relatives à la liberté individuelle (article 12), à l'inviolabilité du domicile (article 15), à l'expropriation (article 16), à la confiscation des biens, à la protection judiciaire ou encore à l'instruction primaire sont rédigées en termes généraux et peuvent être invoquées par eux.

La circonstance qu'un étranger soit autorisé à résider avec sa famille sur le territoire luxembourgeois n'implique pas que le droit de toucher des indemnités de chômage doive lui être reconnu.

S. c/ADEM

No. du reg.: ADEM 2003/0096 No.: 2003/0204

Arrêt

La commission spéciale de réexamen a, dans sa séance du 8 octobre 2002, maintenu la décision du directeur de l'Administration de l'emploi du 9 août 2002 refusant à S., ressortissant albanais, l'indemnité de chômage complet au motif que le permis de travail A n° 050166 R établi le 30 août 2001 par le Ministère du Travail et de l'Emploi a perdu sa validité au moment de la cessation des relations de l'emploi le 30 novembre 2001 et que partant S. n'est pas disponible pour le marché du travail en l'absence d'un permis de travail valable et ne peut donc prétendre à l'allocation de l'indemnité de chômage complet.

Le recours d' S. a été déclaré non fondé par le Conseil arbitral des assurances sociales par jugement du 18 avril 2003.

Pour statuer ainsi le Conseil arbitral des assurances sociales a constaté qu'il résulte des éléments du dossier administratif qu' S. était en possession d'un permis de travail A pour la période du 30 août 2001 au 29 août 2002 avec l'autorisation de prendre un emploi auprès de l'entreprise Pompes funèbres Jean GOEBEL et fils s. à. r. l. à Luxembourg; que ce contrat a pris fin le 30 novembre 2001; que le requérant a ensuite pris un emploi auprès de la s. à. r. l. Moulin J.-P. Dieschbourg à Lauterborn à partir du 3 décembre 2001; que ce contrat de travail a été résilié par le requérant le 18 février 2002 pour des raisons de santé; que suivant l'article 13 e) de la loi modifiée du 30 juin 1976 le demandeur d'une indemnité de chômage complet doit " être apte au travail, disponible pour le marché du travail et prêt à accepter tout emploi approprié... "; que le permis de travail A délivré le 30 août 2001 à S. n'était valable que pour une seule profession et pour un employeur déterminé conformément aux dispositions de l'article 1er du règlement grand-ducal modifié du 12 mai 1972; que ce permis de travail a perdu sa validité au moment de la cessation des relations d'emplois le 30 novembre 2001 et qu'à partir de cette date le requérant n'est plus à considérer comme disponible pour le marché de l'emploi au sens des dispositions de l'article 13 de la loi (cf. arrêt de la Cour de Cassation affaire Etat du Grand-Duché c/ ANDRADE ALVES du 16.11.2000, n°41/00).

S. a relevé appel de ce jugement par requête déposée le 10 juin 2003 au secrétariat du Conseil supérieur des assurances sociales.

A l'appui de son appel, il fait valoir en premier lieu que l'article 13, e) de la loi modifiée du 30 juin 1976 portant 1) création d'un fonds pour l'emploi et 2) réglementation de l'octroi des indemnités de chômage complet serait contraire à l'article 10bis de la Constitution consacrant le principe d'égalité des Luxembourgeois devant la loi ainsi qu'à l'article 111 de la Constitution qui dispose que tout étranger qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi; que la disposition de l'article 13, e) aboutirait à une discrimination des travailleurs étrangers, non ressortissants d'un pays membre de l'Union Européenne ou d'un pays partie à l'Accord sur l'Espace Économique Européen, par rapport aux travailleurs ressortissants de ces pays.

En second lieu, l'appelant argumente qu'aucun texte législatif ou réglementaire ne soumet l'obtention de l'indemnité de chômage complet à la possession d'un permis de travail; que la notion d'aptitude visée à l'article 13, e) aurait trait à la capacité physique de travailler; qu'il serait en outre disponible pour le marché du travail étant donné qu'il est déclaré comme demandeur d'emploi auprès de l'administration de l'emploi et qu'il est tenu de s'y présenter toutes les quinzaines.

En troisième lieu, l'appelant soulève l'ilégalité des articles 4), 5) et 10) du règlement grand-ducal du 12 mai 1972 déterminant les mesures applicables pour l'emploi des travailleurs étrangers sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg.

En quatrième lieu l'appelant déclare réitérer les moyens développés dans une note de plaidoirie versée en première instance au Conseil arbitral des assurances sociales.

L'appelant y expose " que la décision notifiée au requérant a été prise implicitement et nécessairement sur base du règlement grand-ducal 12 mai 1972 déterminant les mesures applicables pour l'emploi des travailleurs étrangers sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, tel que modifié par le règlement grand-ducal du 29 avril 1999, publié en date 03 mai 1999, et applicable au cas d'espèce;

que le prédit règlement grand-ducal du 29 avril 1999 a été arrêté selon la procédure exceptionnelle prévue à l'article 2(1) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, qui prive ce dernier de son avis en cas d'urgence;

qu'il échét de constater que la loi du 12 juillet 1996 précitée, respectivement son article 2 est contraire à la constitution et notamment à l'article 83 bis de cette même constitution qui prévoit que " le conseil d'Etat est appelé à donner son avis sur les projets de loi et les amendements qui pourraient y être proposés, ainsi que sur toutes questions qui lui seront déférées par le Gouvernement ou par les lois "...;

qu'il y a partant lieu, conformément à l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, de poser à la Cour Constitutionnelle la question préjudicelle suivante : la restriction prévue à l'article 2(1) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat (ancien art 27 de la loi du 08 février 1961), quant à l'absence de saisine du Conseil d'Etat en cas d'urgence, est-elle conforme à l'article 83 bis de la Constitution ?...;

attendu que si par impossible le Conseil Arbitral devait considérer qu'il n'y a pas lieu de saisir la Cour Constitutionnelle et ce pour l'une quelconque des raisons édictées par l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, il échét alors de constater que le règlement attaqué emporte son annulation pour détournement de pouvoir;

qu'en effet l'article 95 du texte de la constitution du 17.10.1868, tel qu'il a été modifié, stipule que "les cours et tribunaux n'appliquent les arrêtés et règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois...",

que justifier par la notion d'urgence la procédure suivie pour aboutir à la modification des articles 4), 5) et 10) telle que prévue par le règlement grand-ducal du 29 avril 1999, apparaît illusoire,

qu'il y a partant détournement de procédure en ce sens que l'autorité administrative a modifié sous le couvert de "l'urgence" des dispositions qui ne relèvent nullement de l'urgence et qui partant n'auraient pu être modifiées qu'après la saisine du Conseil d'Etat, lequel aurait dû normalement être conduit à donner son avis quant à la réforme envisagée,

qu'en effet il est de doctrine qu'"une variété de détournement de pouvoir est constituée par le détournement de procédure, c'est à dire, l'utilisation volontaire par l'administration d'une procédure administrative, dans un but autre que celui pour lequel cette procédure a été instituée";

que partant les dispositions modifiées au terme de ce qui a été déclaré ci-avant de "détournement de procédure", soit plus précisément les articles modifiés 4, 5) et 10) du règlement du 12 mai 1972, sont entachées d'ilégalité et partant sont inapplicables en l'espèce, conformément à l'article 95 de la Constitution,

qu'il y a partant lieu de déclarer nulles et de non-effet les dispositions incriminées à savoir les articles 4),5) et 10) du règlement du 29 avril 1999 précité, modifiant le règlement grand-ducal du 12 mai 1972, sur base de l'article 7 de la loi du 07 novembre 1996 précitée, sinon écarter leur application en raison de leur contrariété avec l'article 2(1) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du conseil d'Etat sur base de l'article 95 de la Constitution".

Dans un souci de logique, il convient d'analyser d'abord le moyen d'ilégalité soulevé quant aux articles 4), 5) et 10) du règlement grand-ducal du 12 mai 1972 tels qu'ils ont été modifiés par le règlement grand-ducal du 29 avril 1999. Ensuite, ce moyen écarté, il y a lieu de vérifier si la notion de disponibilité du travailleur pour le marché du travail implique que le travailleur soit titulaire d'un permis de travail valable au moment où il sollicite l'indemnité de chômage complet. Enfin, si cette condition est reconnue, il y a lieu de toiser le moyen de la prétendue inconstitutionnalité de l'article 13, e) de la loi modifiée du 30 juin 1976.

L'appelant soutient que le règlement grand-ducal du 29 avril 1999, modifiant le règlement grand-ducal du 12 mai 1972, aurait été arrêté abusivement selon la procédure exceptionnelle prévue à l'article 2(1) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat et que ce procédé, constituant un détournement de pouvoir, serait à sanctionner par la nullité de l'acte administratif en cause.

Le Conseil supérieur des assurances sociales constate cependant que les modifications apportées par le règlement grand-ducal du 29 avril 1999 au règlement grand-ducal du 12 mai 1972 n'ont en l'espèce aucune incidence sur la situation de l'appelant. L'obligation de se munir d'un permis de travail pour occuper un emploi au Grand-Duché de Luxembourg, imposée par le règlement grand-ducal du 12 mai 1972 dont la régularité n'est pas mise en

cause, est restée inchangée. L'argumentaire de l'appelant quant à l'ilégalité du règlement grand-ducal du 29 avril 1999 est partant dénuée de toute pertinence, de sorte qu'il serait superfétatoire de l'analyser quant à son bien-fondé.

L'article 13, e) de la loi modifiée du 30 juin 1976 portant 1) création d'un fonds pour l'emploi et 2) réglementation de l'octroi des indemnités de chômage complet soumet l'allocation de l'indemnité de chômage complet à la condition que le travailleur sans emploi soit apte au travail, disponible pour le marché du travail et prêt à accepter tout emploi approprié.

La notion d'aptitude vise la capacité de travail (cf. article 13, d) de la susdite loi). Elle n'est pas en cause en l'espèce. Quant à la disponibilité pour le marché du travail, elle sous-entend que le travailleur sans emploi soit titulaire d'un permis de travail valable au moment où il sollicite l'allocation de l'indemnité de chômage complet (arrêt de la Cour de Cassation affaire Etat du Grand-Duché c/ ANDRADE ALVES du 16.11.2000, n°41/00).

L'inscription du travailleur comme demandeur d'emploi auprès des bureaux de placement publics constitue une condition distincte et supplémentaire pour pouvoir prétendre au bénéfice de l'indemnité de chômage. L'inscription du travailleur comme demandeur d'emploi implique que le travailleur reconnaît son aptitude au travail en ce sens qu'il se déclare prêt à accepter tout emploi qui correspond à ses forces et aptitudes. L'inscription ne peut cependant suppléer à l'obligation de détenir un permis de travail valable. Même si le demandeur d'emploi peut bénéficier de l'assistance des bureaux de placement pour trouver un emploi, cela n'implique pas qu'il aurait droit à l'indemnité de chômage complet.

Quant au moyen tiré de la prétendue inconstitutionnalité de l'article 13, e) de la loi modifiée du 30 juin 1976 portant 1) création d'un fonds pour l'emploi et 2) réglementation de l'octroi des indemnités de chômage complet, il y a lieu de remarquer qu' S. n'est pas ressortissant luxembourgeois et ne peut donc invoquer le principe d'égalité des Luxembourgeois devant la loi consacré par l'article 10bis de la Constitution pour soutenir que l'article 13, e) serait contraire à la loi fondamentale. En outre, la disposition de l'article 13, e) subordonnant l'allocation de l'indemnité de chômage complet à la condition que le demandeur soit apte au travail, disponible pour le marché du travail et prêt à accepter tout emploi approprié s'applique sans discrimination à tout travailleur sans emploi quelle que soit sa nationalité. La différence de traitement entre les travailleurs étrangers, non ressortissants d'un pays membre de l'Union Européenne ou d'un pays partie à l'Accord sur l'Espace Économique Européen, par rapport aux travailleurs ressortissants de ces pays, tient à l'obligation faite aux premiers par le règlement grand-ducal du 12 mai 1972 d'être munis d'un permis de travail.

Quant à l'article 111 de la Constitution qui dispose que tout étranger qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi, il ne vise pas le statut politique ou administratif particulier des étrangers, mais a pour objet d'étendre aux étrangers les dispositions constitutionnelles relatives à la protection des personnes et des biens. Ainsi les dispositions relatives à la liberté individuelle (article 12), à l'inviolabilité du domicile (article 15), à l'expropriation (article 16), à la confiscation des biens, à la protection judiciaire ou encore à l'instruction primaire sont rédigées en termes généraux et peuvent être invoquées par eux.

La circonstance qu'un étranger soit autorisé à résider avec sa famille sur le territoire luxembourgeois n'implique pas que le droit de toucher des indemnités de chômage doive lui être reconnu.

Comme l'argumentation de l'appelant est dépourvue de tout fondement, le Conseil supérieur des assurances sociales est dispensé de saisir la Cour Constitutionnelle de la contestation soulevée par l'appelant quant à la constitutionnalité de l'article 13, e) de la loi modifiée du 30 juin 1976.

L'appel n'est pas conséquent pas fondé.

PAR CES MOTIFS,

et ceux des juges de première instance,
le Conseil supérieur des assurances sociales,
statuant contradictoirement, sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué,
déclare l'appel recevable,
dit qu'il n'y a pas lieu de saisir la Cour Constitutionnelle de la question de savoir si l'article 13, e) de la loi modifiée du 30 juin 1976 portant 1) création d'un fonds pour l'emploi et 2) réglementation de l'octroi des indemnités de chômage complet est contraire aux articles 10bis et 111 de la Constitution,
déclare l'appel non fondé,
confirme le jugement entrepris.

52**CONSEIL SUPERIEUR DES ASSURANCES SOCIALES**

17 décembre 2003

C'est à juste titre que le Conseil arbitral des assurances sociales, constatant que ni la loi du 25 juillet 2002 ni le règlement grand-ducal 14 octobre 2002 ne prévoient de procédure spéciale offrant des garanties au moins équivalentes pour l'administré à celles édictées par la législation sur la procédure administrative non contentieuse et que les garanties prévues par cette législation n'avaient pas été observées en l'espèce, a annulé la décision de la commission mixte de reclassement.

C'est encore à bon droit que le Conseil arbitral des assurances sociales a annulé la décision litigieuse en raison de sa motivation insuffisante.

Tant l'article 9 du règlement grand-ducal 14 octobre 2002 que l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 imposent la motivation des décisions administratives. Pour constituer une motivation suffisante, celle-ci doit énoncer au moins sommairement la cause juridique qui lui sert de fondement et les circonstances de fait à sa base. En l'espèce, la décision n'indique pas les circonstances de fait sur lesquelles elle se fonde en fait, et la seule mention de l'absence d'un "refus de la pension d'invalidité au sens de l'article 187 du code des assurances sociales" ne permet pas de suivre le raisonnement de la commission qui a abouti à la décision de refus au regard du texte de l'article 1er de la loi du 25 juillet 2002 et de la circonstance que B. avait bénéficié d'une pension d'invalidité temporaire allouée du 1er mars 2002 au 31 octobre 2002.

ADEM c/ B.

No. du reg.: COMIX 2003/0126 No.: 2003/0220

Arrêt

La commission mixte de reclassement des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail (ci-après la commission) a décidé dans sa séance du 20 décembre 2002 que B. ne tombe pas dans le champ d'application de la loi du 25 juillet 2002 concernant l'incapacité de travail et la réinsertion professionnelle au motif qu'il n'y a pas eu, en ce qui concerne B., refus de la pension d'invalidité au sens de l'article 187 du code des assurances sociales.

Statuant sur le recours exercé par B., le Conseil arbitral des assurances sociales a, par jugement du 21 juillet 2003, annulé la décision entreprise.

Pour décider ainsi, la Conseil arbitral des assurances sociales a constaté que la commission n'a pas statué à la demande de l'intéressé; que celui-ci n'a pas été en mesure de prendre position, de faire valoir ses arguments, ses observations de fait et de droit avant que n'intervienne la décision

administrative; que partant la commission n'a pas respecté la procédure administrative non contentieuse qui garantit le principe du contradictoire lors de la procédure administrative. Le Conseil arbitral des assurances sociales a en outre dit que la décision entreprise n'est pas suffisamment motivée pour permettre d'en vérifier la légalité et le bien-fondé.

l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg a relevé appel de ce jugement par requête déposée le 18 août 2003 au secrétariat du Conseil supérieur des assurances sociales pour entendre déclarer la décision de la commission valable et bien fondée au regard de la loi du 25 juillet 2002 concernant l'incapacité de travail et la réinsertion professionnelle.

L'appelant soutient que la procédure administrative non contentieuse ne s'imposerait pas à la commission qui ne serait pas une autorité administrative; que la commission rendrait des décisions à caractère juridictionnel susceptibles de recours devant les juridictions sociales.

Quant à la motivation de la décision du 20 décembre 2002, l'appelant soutient qu'elle serait suffisante étant donné qu'il se dégage de la requête déposée par l'intimé au Conseil arbitral des assurances sociales qu'il en avait saisi le sens.

La commission instituée par la loi du 25 juillet 2002 concernant l'incapacité de travail et la réinsertion professionnelle ne constitue pas, comme le soutient l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, une juridiction rendant des décisions à caractère juridictionnel, mais un organe administratif fonctionnant sous l'autorité du ministre ayant dans ses attributions le travail et l'emploi et chargé de décider du reclassement interne ou externe des travailleurs.

La loi du 1er décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes sont d'application générale, à l'exception de la matière des contributions directes, à moins qu'un texte particulier n'organise une procédure spéciale présentant au moins des garanties équivalentes pour l'administré.

La procédure instituée par le règlement grand-ducal du 14 octobre 2002 concernant le mode de désignation et d'indemnisation des membres, les règles de fonctionnement et les délais de procédure de la commission mixte de reclassement des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail prévoit en son article 3, paragraphe (4), la faculté pour la commission de convoquer la personne incapable d'exercer son dernier poste de travail, et/ou son employeur, en observant les délais prévus à l'article 2, paragraphe (1), mais la procédure prévue ne confère pas au travailleur concerné le droit d'être entendu par la commission ou de faire valoir par écrit ses arguments et moyens de défense avant que la commission ne statue.

Comme ni la loi du 25 juillet 2002 ni le règlement grand-ducal 14 octobre 2002 susvisés ne prévoient de procédure spéciale présentant au moins des garanties équivalentes pour l'administré à celles édictées par la législation sur la procédure administrative non contentieuse, celle-ci est applicable à la procédure devant la commission.

Les susdits loi et règlement tendent à assurer le respect des droits de la défense de l'administré par le biais de la participation la plus large possible de l'administré à la prise de la décision administrative.

A ces fins, le susdit règlement grand-ducal du 8 juin 1979 dispose en son article 9 que " Sauf s'il y a péril en la demeure, l'autorité qui se propose de révoquer ou de modifier d'office pour l'avenir une décision ayant créé ou reconnu des droits à une partie, ou qui se propose de prendre une décision en dehors d'une initiative de la partie concernée, doit informer de son intention la partie concernée en lui communiquant les éléments de fait et de droit qui l'amènent à agir. Cette communication se fait par lettre recommandée. Un délai d'au moins huit jours doit être accordé à la partie concernée pour présenter ses observations. Lorsque la partie concernée le demande endéans le délai imparti, elle doit être entendue en personne.. " et en son article 5 que " Lorsqu'une décision administrative est susceptible d'affecter les droits et intérêts de tierces personnes, l'autorité administrative doit lui donner une publicité adéquate mettant les tiers en mesure de faire valoir leurs moyens. Dans la mesure du possible, l'autorité administrative doit rendre publique l'ouverture de la procédure aboutissant à une telle décision. Les personnes intéressées doivent avoir la possibilité de faire connaître leurs observations. La décision définitive doit être portée par tous moyens appropriés à la connaissance des personnes qui ont présenté des observations ".

Il y a lieu de constater que la commission statue " en dehors d'une initiative de la partie concernée "; qu'en effet, elle n'est pas saisie par le travailleur concerné, mais par le médecin de travail compétent. Suivant l'article 14 du code des assurances sociales, tel qu'il a été modifié par l'article 13 de la loi du 25 juillet 2002, la caisse de maladie doit faire procéder au plus tard dans un délai comprenant le mois de la survenance de l'incapacité de travail et les trois mois subséquents à un examen médical de l'assuré par le Contrôle médical de la sécurité sociale qui détermine si l'incapacité de travail pour cause de maladie persiste. Si le Contrôle médical de la sécurité sociale constate que les conditions prévues à l'alinéa 1 du présent article ne sont pas remplies, il saisit le médecin du travail compétent en application de la loi modifiée du 17 juin 1994 concernant les services de santé au travail, qui apprécie endéans les quinze jours si l'assuré est incapable d'exercer son dernier poste de travail, auquel cas, l'assuré peut bénéficier des mesures prévues au chapitre 1 de la loi du 25 juillet 2002 concernant l'incapacité de

travail et la réinsertion professionnelle (article 16 de la loi du 25 juillet 2002 modifiant l'article 187 du code des assurances sociales).

Il s'ensuit que le travailleur concerné peut se prévaloir des droits prévus par l'article 9 prémentionné du règlement grand-ducal du 8 juin 1979.

En outre, la décision de reclassement interne du travailleur affecte les droits et intérêts de tierces personnes, à savoir de son employeur, de sorte que celui-ci est en droit de réclamer l'observation des garanties prévues à l'article 5 du susdit règlement grand-ducal.

Il y a lieu de relever que la communication en copie de l'avis du médecin de travail au travailleur est insuffisante pour garantir les droits de défense de celui-ci. Cette communication l'avertit que la procédure de reclassement est en cours, mais elle n'implique aucune participation du travailleur concerné à la prise de la décision.

C'est par conséquent à juste titre que le Conseil arbitral des assurances sociales, constatant que ni la loi du 25 juillet 2002 ni le règlement grand-ducal 14 octobre 2002 ne prévoient de procédure spéciale offrant des garanties au moins équivalentes pour l'administré à celles édictées par la législation sur la procédure administrative non contentieuse et que les garanties prévues par cette législation n'avaient pas été observées en l'espèce, a annulé la décision de la commission mixte de reclassement.

C'est encore à bon droit que le Conseil arbitral des assurances sociales a annulé la décision litigieuse en raison de sa motivation insuffisante.

Tant l'article 9 du règlement grand-ducal 14 octobre 2002 que l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 imposent la motivation des décisions administratives. Pour constituer une motivation suffisante, celle-ci doit énoncer au moins sommairement la cause juridique qui lui sert de fondement et les circonstances de fait à sa base. En l'espèce, la décision n'indique pas les circonstances de fait sur lesquelles elle se fonde en fait, et la seule mention de l'absence d'un "refus de la pension d'invalidité au sens de l'article 187 du code des assurances sociales" ne permet pas de suivre le raisonnement de la commission qui a abouti à la décision de refus au regard du texte de l'article 1er de la loi du 25 juillet 2002 et de la circonstance que B. avait bénéficié d'une pension d'invalidité temporaire allouée du 1er mars 2002 au 31 octobre 2002.

Il y a encore lieu de remarquer que la décision ne mentionne pas les avis et rapports sur lesquels elle est basée.

Le jugement entrepris est partant à confirmer.

le Conseil supérieur des assurances sociales,

statuant sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué et contradictoirement entre parties,
reçoit l'appel,
le dit non fondé,
confirme le jugement entrepris.
