

Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht

Band XIV

Soziale Sicherheit Sécurité sociale

Ulrich Meyer (Hrsg.)

3. Auflage



Vorwort der Reihenherausgeber

Verwaltungsrecht ist nach einem Wort des ehemaligen Präsidenten des Deutschen Bundesverwaltungsgerichts, FRITZ WERNER, «konkretisiertes Verfassungsrecht» (Deutsches Verwaltungsblatt 1959, S. 527 ff.). Es muss wie das Verfassungsrecht systematisch dargestellt und dogmatisch durchdrungen werden. Im Gegensatz zum Verfassungsrecht des Bundes, für welches mehrere Lehrbücher und seit Frühjahr 1996 eine umfassende Kommentierung vorliegen, ist das Bundesverwaltungsrecht – von Übersichten für Studienzwecke und den durch den raschen Rechtswandel weitgehend überholten Werken von FRITZ FLEINER (Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, das im 3. Kapitel des 4. Teils eine Darstellung der Bundesverwaltung enthält) und von ERWIN RUCK (Schweizerisches Verwaltungsrecht, 2 Bände, 3. Auflage, Zürich 1951) abgesehen – bisher nur punktuell und in sehr unterschiedlicher Weise bearbeitet worden.

Das *Schweizerische Bundesverwaltungsrecht (SBVR)* soll diese Lücken schliessen. Es will das geltende Verwaltungsrecht des Bundes möglichst vollständig erfassen. Die Darstellung ist nach Sach- bzw. Rechtsgebieten gegliedert, wobei insbesondere auch die Zusammenhänge zwischen den verschiedenen Gebieten aufgezeigt werden sollen. Den Leserinnen und Lesern wird einerseits ein Überblick vermittelt, um ihnen den Einstieg in die betreffende Materie zu erleichtern. Darüber hinaus werden aktuelle Probleme und gesetzgeberische Entwicklungen erörtert und, soweit der zur Verfügung stehende Raum es zulässt, die in Lehre und Rechtsprechung vertretenen Auffassungen diskutiert. Eine solche Mischung von thematisch orientierter monographischer und systematisch-kommentierender Darstellung scheint den Herausgebern im Hinblick auf die Eigenheiten des ausserordentlich zersplitterten, vielfältigen und schwer durchschaubaren Bundesverwaltungsrechts angemessen.

Das SBVR ist ursprünglich als Loseblattwerk konzipiert und umgesetzt worden, doch hat sich diese Form nicht bewährt. Der Verlag und die Herausgeber haben sich deshalb entschlossen, künftige Neuerscheinungen und Neuauflagen als gebundene Handbücher zu publizieren, die gegenüber dem Loseblattwerk den Vorteil haben, einzelne in sich abgeschlossene Themenbereiche des Bundesverwaltungsrechts aktuell und kompakt darstellen zu können.

Die einzelnen Sach- und Rechtsgebiete werden von Autorinnen und Autoren bearbeitet, die sich in der Wissenschaft oder in der Praxis mit diesen Bereichen besonders beschäftigen. Für die thematisch zusammenhängenden, zu einem Band zusammengefassten Beiträge trägt jeweils ein Autor die Hauptverantwortung, namentlich für die inhaltliche Koordination.

Das geplante Werk wird im Laufe der nächsten Jahre sukzessive erscheinen. Angesichts der vielen, sich rasch folgenden Änderungen der Gesetzgebung auf dem Gebiet des Bundesverwaltungsrechts werden sich bald und häufig neue Auflagen aufdrängen.

Die Herausgeber und der Verlag danken den Autorinnen und Autoren der Beiträge und den Hauptverantwortlichen für ihre Mitarbeit. Wir hoffen, dass das vorliegende Werk dazu beiträgt, das bisher etwas im Schatten des Verfassungsrechts gebliebene Bundesver-

waltungsrecht einem breiteren Kreis von Interessierten zu erschliessen und wissenschaftlich zu erhellen.

Im Herbst 2015

Die Herausgeber
Benjamin Schindler
Thierry Tanquerel
Pierre Tschannen
Felix Uhlmann

Der Verlag
Helbing Lichtenhahn Verlag

Vorwort des Bandherausgebers

Ius est semper reformandum. Diese Maxime gilt zunehmend für alle Rechtsgebiete und für das Recht der Schweizerischen Sozialen Sicherheit im Besonderen. Die vorliegende 3. Auflage erfasst alle seit 2007 eingetretenen Rechtsänderungen auf nationaler und internationaler Ebene, auf Gesetzes- und Verordnungsstufe. Nicht mehr erfasst werden konnte die in der Herbstsession 2015 der Eidgenössischen Räte abgeschlossene Revision des Unfallversicherungsgesetzes (vgl. die Änderungen vom 25. September 2015, welche die Organisation/Nebentätigkeiten der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt SUVA sowie punktuell die Unfallversicherung/Unfallverhütung betreffen, Bundesblatt/BBl 2015 S. 7133 ff., 7139 ff.).

Alle diese Rechtsänderungen erforderten wiederum eine vollständige Neubearbeitung und Erweiterung des Werkes. Es ist nach wie vor die einzige Gesamtdarstellung des schweizerischen Sozialversicherungsrechts. Auch die dritte Auflage will allen mit dem Sozialversicherungsrecht Befassten Fundgrube und Wegleitung zur Lösung der sich in der Praxis stellenden Fragen sein.

Mein Dank gilt Helbing Lichtenhahn Verlag: Herrn Men Haupt, Verlagsleiter und Frau Veronica Rohrer, Lektorin für die bewährte Zusammenarbeit. Vor allem aber danke ich meinen Autorinnen und Autoren, auf deren verdienstvollem Einsatz das Werk beruht.

Luzern, im Oktober 2015

Ulrich Meyer

Autorinnen und Autoren

Jürg Brühwiler, Prof. Dr. iur.

Fürsprecher und Notar in Grenchen,

Titularprofessor für Arbeitsrecht, Sozialversicherungsrecht und Privatrecht, Universität Bern

L Obligatorische berufliche Vorsorge

Jean-Louis Duc, Prof. Dr. iur.

Avocat, ancien Professeur de droit du travail et de droit des assurances sociales,

Professeur honoraire de l'Université de Lausanne

H L'assurance-invalidité

Gebhard Eugster, Dr. iur.

Rechtsanwalt, ehem. Ombudsman der sozialen Krankenversicherung, Luzern

E Krankenversicherung

Jean-Maurice Frésard

Juge au Tribunal fédéral

F L'assurance-accidents obligatoire

(avec des aspects de l'assurance militaire)

Pierre-Yves Greber, Prof. Dr. iur.

Professeur ordinaire à la Faculté de Droit, Université de Genève

Médaille de l'AISS, Médaille de la Faculté de Droit de Prague

B Le droit international de la sécurité sociale

Marc Hürzeler, Prof. Dr. iur.

Ordinarius für Sozialversicherungsrecht an der Universität Luzern,

Sozialversicherungsfachmann mit eidg. FA

L Obligatorische berufliche Vorsorge

Ralph Jöhl, Dr. iur.

Versicherungsrichter am Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen

I Ergänzungsleistungen zur AHV/IV

Bettina Kahil-Wolff, Prof. Dr. iur.

Professeur aux Universités de Genève et Fribourg,

Directrice de l'Institut de recherches sur le droit de la responsabilité et des assurances (IRAL),

Université de Lausanne

C La coordination européenne des systèmes nationaux de sécurité sociale

Ueli Kieser, Prof. Dr. iur.

Rechtsanwalt in Zürich,

Titularprofessor an den Universitäten Bern und St. Gallen, Vizedirektor IRP-HSG

D Bundesgesetz zum Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG)

G Alters- und Hinterlassenenversicherung

Fanny Matthey, Dr. iur.

Chargée d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

J Le régime des allocations pour perte de gain

K Les allocations familiales

Pascal Mahon, Prof. Dr. iur.

Professeur ordinaire de droit constitutionnel suisse et comparé à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

J Le régime des allocations pour perte de gain

K Les allocations familiales

Ulrich Meyer, Prof. Dr. iur.

Bundesrichter

Titularprofessor für Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich

A Allgemeine Einführung

Corinne Monnard Séchaud

Avocate spécialiste FSA Responsabilité civile et droit des assurances

Avocate au Barreau, Etude Rusconi et associés, Lausanne

H L'assurance-invalidité

Margit Moser-Szeless

Juge au Tribunal fédéral

F L'assurance-accidents obligatoire

(avec des aspects de l'assurance militaire)

Thomas Nussbaumer, Dr. iur.

Rechtsanwalt, Obergerichtspräsident, Glarus

N Arbeitslosenversicherung

Patricia Usinger-Egger, Dr. iur.

Lehrbeauftragte für Internationales Sozialrecht an der Universität Luzern

I Ergänzungsleistungen zur AHV/IV

Hermann Walser, Dr. iur.

Rechtsanwalt in Zürich

M Weitergehende berufliche Vorsorge

X

Inhaltsübersicht

Vorwort der Reihenherausgeber	V
Vorwort des Bandherausgebers	VII
Autorinnen und Autoren	IX
Inhaltsübersicht	XI
A Allgemeine Einführung (ULRICH MEYER)	1
Literaturverzeichnis	5
Rechtsquellenverzeichnis	16
Abkürzungsverzeichnis	25
Erstes Kapitel: Wesenselemente, geschichtliche Grundzüge und Bedeutung der Bundessozialversicherung	29
Zweites Kapitel: Begriffsbildung	47
Drittes Kapitel: Rechtsquellen	54
Viertes Kapitel: Sozialverfassung	64
Fünftes Kapitel: Organisation	69
Sechstes Kapitel: Finanzierung	74
Siebtens Kapitel: Institute des Sozialversicherungsrechts	79
B Le droit international de la sécurité sociale (PIERRE-YVES GREBER)	93
Bibliographie sélectionnée	98
Table des instruments cités	100
Liste des abréviations	103
Chapitre I: La structure du droit international de la sécurité sociale	105
Chapitre II: Les textes constitutifs ou de compétence	107
	XI

Chapitre III:	
Les textes de principes	114
Chapitre IV:	
Les instruments de convergence et d'harmonisation	131
Chapitre V:	
La coordination des systèmes de sécurité sociale	161
 C La coordination européenne des systèmes nationaux de sécurité sociale (BETTINA KAHIL-WOLFF)	 167
Bibliographie	171
Liste des abréviations	179
 Chapitre I:	
Introduction générale	183
 Chapitre II:	
La coordination européenne des systèmes nationaux de sécurité sociale – généralités	193
 Chapitre III:	
La coordination européenne appliquée aux différents régimes d'assurance sociale .	224
 Chapitre IV:	
Les voies de droit	236
 Chapitre V:	
L'action récursoire de l'assureur social	238
 D Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) (Ueli Kieser)	 243
Literaturverzeichnis	251
Rechtsquellenverzeichnis	276
Abkürzungsverzeichnis	277
 Erstes Kapitel:	
Einleitung und Anwendungsbereich	279
 Zweites Kapitel:	
Leistungen und Beiträge – allgemeine Bestimmungen des ATSG	287
 Drittes Kapitel:	
Verfahrensrechtliche Bestimmungen	312

Viertes Kapitel:	
Koordinationsrecht	363
Fünftes Kapitel:	
Verantwortlichkeit	380
 E Krankenversicherung (GEBHARD EUGSTER)	 385
Literaturverzeichnis	397
Rechtsquellenverzeichnis	401
Abkürzungsverzeichnis	402
Erstes Kapitel:	
Rechtliche Grundlagen	409
Zweites Kapitel:	
Die obligatorische Krankenpflegeversicherung	416
Drittes Kapitel:	
Besondere Versicherungsformen	825
Viertes Kapitel:	
Die freiwillige Taggeldversicherung	830
Fünftes Kapitel:	
Leistungskoordination	853
Sechstes Kapitel:	
Strafbestimmungen	862
Siebttes Kapitel:	
Verwaltungsverfahren und Rechtspflege	863
Achtes Kapitel:	
Internationales Recht	883
 F L'assurance-accidents obligatoire (avec des aspects de l'assurance militaire)	
(JEAN-MAURICE FRÉSARD/MARGIT MOSER-SZELESS)	885
Bibliographie générale	893
Actes législatifs fédéraux	894
Liste des abréviations	895
Chapitre I:	
Les personnes assurées	899

Chapitre II:	
L'objet de l'assurance	913
Chapitre III:	
Le gain assuré	955
Chapitre IV:	
Les prestations	967
Chapitre V:	
La réduction et le refus de prestations d'assurance	1014
Chapitre VI:	
Le concours avec les prestations d'autres assurances sociales	1034
Chapitre VII:	
La subrogation	1048
Chapitre VIII:	
La fixation et l'allocation des prestations	1062
Chapitre IX:	
Le droit médical et les tarifs	1074
Chapitre X:	
L'organisation	1080
Chapitre XI:	
La prévention des accidents	1094
Chapitre XII:	
Le financement	1103
Chapitre XIII:	
Le traitement et la communication des données	1113
Chapitre XIV:	
La procédure et les voies de droit	1124
Chapitre XV:	
L'assurance militaire : quelques particularités et différences d'avec l'assurance-accidents obligatoire	1153

G Alters- und Hinterlassenenversicherung (Ueli Kieser)	1173
Literaturverzeichnis	1184
Rechtsquellenverzeichnis	1200
Abkürzungsverzeichnis	1201
Erstes Kapitel:	
Die AHV als Teil der schweizerischen Sozialversicherung	1205
Zweites Kapitel:	
Internationales Recht über Soziale Sicherheit im Bereich der AHV	1210
Drittes Kapitel:	
Versicherte Personen	1231
Viertes Kapitel:	
Finanzierung	1248
Fünftes Kapitel:	
Leistungen	1346
Sechstes Kapitel:	
Strafbestimmungen	1388
Siebttes Kapitel:	
Organisation	1390
Achtes Kapitel:	
Zuständigkeiten und Verfahren	1398
Neuntes Kapitel	1407
H L'assurance-invalidité (Jean-Louis Duc/Corinne Monnard Séchaud)	1409
Bibliographie	1417
Liste des abréviations	1429
Chapitre I:	
Les fondements légaux	1433
Chapitre II:	
L'assurance-invalidité selon la LAI	1445
Chapitre III:	
Les mesures de réadaptation	1463
Chapitre IV:	
Les prestations pour soins (mesures médicales)	1475

Chapitre V:	
Mesures de réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle	1490
Chapitre VI:	
Les mesures de réadaptation au niveau scolaire	1492
Chapitre VII:	
Les mesures d'ordre professionnel	1493
Chapitre VIII:	
Les moyens auxiliaires	1501
Chapitre IX:	
Les indemnités journalières	1508
Chapitre X:	
Les rentes d'invalidité	1517
Chapitre XI:	
Les allocations pour impotent	1570
Chapitre XII:	
La contribution d'assistance	1583
Chapitre XIII:	
Les sanctions	1586
Chapitre XIV:	
Le paiement des prestations	1595
Chapitre XV:	
La restitution de l'indu	1598
Chapitre XVI:	
La cession et la mise en gage	1602
Chapitre XVII:	
L'exécution forcée et la compensation	1603
Chapitre XVIII:	
La garantie d'emploi des prestations conforme à leur but	1605
Chapitre XIX:	
Les intérêts moratoires et rémunérateurs	1607
Chapitre XX:	
L'interdiction de la surindemnisation	1608
Chapitre XXI:	
Les autres règles de coordination	1613

Chapitre XXII:	
L'organisation	1625
Chapitre XXIII:	
Le contentieux de l'assurance-invalidité	1634
Chapitre XXIV:	
Les dispositions pénales	1673
Chapitre XXV:	
L'aide aux invalides	1674
Chapitre XXVI:	
Le financement	1677
Chapitre XXVII:	
Le Fonds de compensation de l'assurance-invalidité	1679
 I Ergänzungsleistungen zur AHV/IV	
(RALPH JÖHL/PATRICIA USINGER-EGGER)	1681
Literaturverzeichnis	1689
Rechtsquellenverzeichnis	1693
Materialienverzeichnis	1695
Abkürzungsverzeichnis	1697
 Erstes Kapitel:	
Geschichte und Wesen der Ergänzungsleistung	1701
 Zweites Kapitel:	
Die Anspruchsberechtigung	1716
 Drittes Kapitel:	
Die Ergänzungsleistung und ihre Berechnung	1735
 Viertes Kapitel:	
Die Ergänzungsleistungen im europäisch sozialrechtlichen Kontext	1951
 J Le régime des allocations pour perte de gain	
(PASCAL MAHON/FANNY MATTHEY)	1957
Bibliographie	1960
Actes législatifs fédéraux	1962
Liste des abréviations	1963
 Chapitre I:	
Introduction : conception générale et sources du système	1965

Chapitre II:	
Personnes protégées et éventualités couvertes	1970
Chapitre III:	
Prestations	1973
Chapitre IV:	
Organisation et procédure	1981
Chapitre V:	
Financement	1983
 K Les allocations familiales (FANNY MATTHEY/PASCAL MAHON)	 1985
Bibliographie	1989
Actes législatifs fédéraux	1993
Liste des abréviations	1994
Chapitre I:	
Introduction : conception générale et sources du système	1997
Chapitre II:	
Personnes protégées	2008
Chapitre III:	
Eventualités couvertes et prestations	2016
Chapitre IV:	
Financement, organisation et procédure	2025
 L Obligatorische berufliche Vorsorge	
(MARC HÜRZELER/JÜRG BRÜHWILER)	2029
Literaturverzeichnis	2035
Materialienverzeichnis	2052
Rechtsquellenverzeichnis	2053
Abkürzungsverzeichnis	2055
Erstes Kapitel:	
Begriffliches und rechtliche Grundlagen	2059
Zweites Kapitel:	
Grundelemente und Grundstrukturen der beruflichen Vorsorge	2063
Drittes Kapitel:	
Organisatorische Durchführung	2069
Viertes Kapitel:	
Kreis der Versicherten	2091

Fünftes Kapitel:

Rechtsverhältnisse unter den Vorsorgebeteiligten 2098

Sechstes Kapitel:

Leistungen 2106

Siebttes Kapitel:

Finanzierung 2148

Achtes Kapitel:

Rechtspflege 2158

M Weitergehende berufliche Vorsorge (HERMANN WALSER) 2169

Literatur- und Materialienverzeichnis 2174

Erstes Kapitel:

Abgrenzung obligatorische/weitergehende Vorsorge 2175

Zweites Kapitel:

Die gesetzlichen Grundlagen der weitergehenden Vorsorge 2177

Drittes Kapitel:

Die weitergehende reglementarische Vorsorge 2192

Viertes Kapitel:

Die nicht reglementarische ausserobligatorische Vorsorge 2201

Fünftes Kapitel:

Wohneigentumsförderung 2203

Sechstes Kapitel:

Die rechtliche Organisation im Bereich der weitergehenden Vorsorge 2205

Siebttes Kapitel:

Rechtspflege 2206

Achtes Kapitel:

Berufliche Vorsorge und Ehescheidung 2207

N Arbeitslosenversicherung (THOMAS NUSSBAUMER) 2227

Literaturverzeichnis 2244

Materialien und Kreisschreiben 2253

Rechtsquellenverzeichnis 2255

Abkürzungsverzeichnis 2257

Erstes Kapitel:

Einleitung 2263

Zweites Kapitel:	
Der Kreis der versicherten Personen	2274
Drittes Kapitel:	
Finanzierung und Beitragswesen	2282
Viertes Kapitel:	
Allgemeines zu den Leistungen	2289
Fünftes Kapitel:	
Die Anspruchsvoraussetzungen der Arbeitslosenentschädigung (ALE)	2296
Sechstes Kapitel:	
Die Bemessung der Arbeitslosenentschädigung	2365
Siebttes Kapitel:	
Die Kurzarbeitsentschädigung (KAE)	2401
Achtes Kapitel:	
Die Schlechtwetterentschädigung (SWE)	2427
Neuntes Kapitel:	
Die Insolvenzentschädigung (IE)	2441
Zehntes Kapitel:	
Arbeitsmarktliche Massnahmen (AMM)	2462
Elftes Kapitel:	
Sanktionen im Leistungsrecht	2511
Zwölftes Kapitel:	
Die Verantwortlichkeiten	2531
Dreizehntes Kapitel:	
Verfahrensrecht	2535
Vierzehntes Kapitel:	
Organisation, Aufsicht und Vollzug in der ALV	2545
Fünfzehntes Kapitel:	
Internationales Arbeitslosenversicherungsrecht	2554
Sachregister	2589

Erstes Kapitel

Wesenselemente, geschichtliche Grundzüge und Bedeutung der Bundessozialversicherung

§ 1 Ausgangslage

Sozialversicherungsrecht, *Recht der sozialen Sicherheit* und *Sozialrecht* sind Begriffe zur Umschreibung von Rechtsbereichen, die sich teils überschneiden, teils voneinander unterscheiden¹. *Gemeinsam* ist ihnen der Bezug zur *Sozialstaatlichkeit* als anerkanntes verfassungsrechtliches Strukturprinzip².

Im Unterschied zur französischen («Droit de la Sécurité Sociale») und deutschen («Sozialrecht», «Sozialgesetzbuch») Rechtsordnung waren dem schweizerischen Recht die Begriffe des Sozialrechts und des Rechts der Sozialen Sicherheit sehr lange *fremd*³. Das hat sich seit der Gründung des Bundesstaates 1848 erst mit der dritten Bundesverfassung (BV) vom 18. April 1999, in Kraft seit 1. Januar 2000 (BV 2000), geändert. Seither bildet zum einen die *Teilhabe an der sozialen Sicherheit* das – an erster Stelle – erwähnte verfassungsrechtliche Sozialziel (Art. 41 Abs. 1 lit. a BV)⁴; zum andern kann unter *Sozialrecht* – als Ergebnis einer durch die BV 2000 ermöglichten verfassungsrechtlichen Begriffsbildung – die *Gesamtheit der Rechtsregeln* verstanden werden, die – ihrem Gegenstande nach – *im sachlichen Einzugsbereich der Sozialverfassung*⁵ liegen⁶. Der Rechtsumstand, dass Sozialstaatlichkeit – nicht nur wie bisher nach der «gelebten Verfassungswirklichkeit» – in der schriftlichen Verfassung selber als *Strukturprinzip* angelegt ist⁷, erlaubt erst eine rechtlich fundierte Begriffsbildung.

Zum Bundessozialversicherungsrecht gehören drei Gruppen mit insgesamt elf⁸ Zweigen. Erste Gruppe: Militär-, Unfall-, Krankenversicherung⁹. Zweite Gruppe: Alters-/Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV), Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, berufliche Vorsorge, Erwerbsersatzordnung, Mutterschaftsversicherung, Familienzulagen¹⁰.

1 Vgl. zur Begriffsbildung und Abgrenzung GREBER, *Sécurité sociale*, S. 46 ff.; LOCHER/GÄCHTER, S. 1 ff.; MAURER, SVR I, S. 50 ff., S. 62 ff.

2 RENÉ RHINOW, *Die Bundesverfassung 2000, Eine Einführung*, Basel 2000, S. 34 ff.

3 Vorbehalten blieb die Verwendung dieser Begriffe in bi- und multilateralen Staatsverträgen, vgl. Rechtsquellenverzeichnis Ziff. II.

4 Zu Struktur, Inhalt und Bedeutung der Sozialziele vgl. MEYER-BLASER/GÄCHTER, *Verfassungsrecht der Schweiz*, S. 536 ff. mit zahlreichen Verweisungen.

5 Vgl. viertes Kapitel.

6 MEYER-BLASER, *Symposien zum schweizerischen Recht*, S. 124 N 48.

7 MEYER-BLASER/GÄCHTER (Anm. 4), S. 553 f. N 10–13.

8 Bei dieser Zählung ist die in die Erwerbsersatzordnung integrierte Mutterschaftsversicherung als *separater Zweig* berücksichtigt. Das rechtfertigt sich in Anbetracht des mit den Art. 16b–16h (gem. Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003, in Kraft seit 1. Juli 2005; AS 2005 1432, 1437) im Rahmen der EO *zusätzlich* versicherten *Risikos der Mutterschaft*.

9 Diese Einteilung folgt *historischen* Gesichtspunkten: die drei erwähnten Sozialversicherungszweige waren Gegenstand der ersten legislatorischen Bestrebungen auf Bundesebene (vgl. Rz 10 ff.).

10 Diese Einteilung rechtfertigen teils *systematische*, teils *administrative* Gesichtspunkte: AHV/IV und EL einerseits, die *berufliche Vorsorge* andererseits sind als *Grund- und Aufbausicherungssysteme* einander verfassungsrechtlich zugeordnet (vgl. die Verankerung des Drei-Säulen-Prinzips in Art. 111–113 BV unter Einschluss des am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Art. 112a Abs. 1 BV, wonach Bund und Kantone an Personen, deren Existenzbedarf durch die Leistungen der AHV/IV nicht gedeckt ist, EL ausrichten (AS 2007 5765; BBl 2002 2291, 2003 6591, 2005 951). Damit ist der *institutionelle Bestand* der EL verfas-

Dritte Gruppe: Arbeitslosenversicherung (mit Arbeitslosen-, Kurzarbeits-, Schlechtwetter-, Insolvenzentschädigung, individuellen und kollektiven Präventivmassnahmen)¹¹.

- 4 Diese elf Sozialversicherungszweige werden in ihren Grundzügen durch folgende dreizehn Erlasse geordnet: *ATSG* (die berufliche Vorsorge ausgenommen), sodann für die erste Gruppe *MVG*, *KVG* und *UVG*; für die zweite Gruppe *AHVG*, *IVG*, *ELG*, *BVG*¹²/*FZG*, *EOG*, *FamZG* sowie *FLG*; für die dritte Gruppe das *AVIG*. Unterhalb der bundesgesetzlichen Stufe sind mehr als hundert (z.T. befristete, periodisch erneuerte) *Rechtsverordnungen* des Bundesrates oder des EDI angesiedelt.
- 5 Diese dreizehn formellen Gesetze¹³ normieren die einzelnen Sozialversicherungszweige in ganz *unterschiedlicher* Weise. Sie schliessen selbst Materien mit ein, welche die *essentiellen Merkmale der Sozialversicherung i.S. des Idealtypus*¹⁴ nur in *abgeschwächter* Form oder überhaupt nicht erfüllen¹⁵. Die Antwort auf die Frage, warum diese sehr verschiedenen Rechtsgebiete *positivrechtlich* zur *Bundessozialversicherung* zählen, ergab sich aus dem *Verfahrensrecht*. Denn als Sozialversicherung galt bis 31. Dezember 2006 – in einem ganz pragmatischen Sinne – schlicht das, was der Gesetzgeber sukzessive der Jurisdiktion des Eidgenössischen Versicherungsgerichts als der seit 1. Oktober 1969 organisatorisch selbstständigen Abteilung des Bundesgerichts (Art. 122 aOG) zugewiesen hatte (Art. 128 aOG). Die Beschränkung auf das *Bundessozialversicherungsrecht* führte sodann dazu, dass das *kantonale Sozial(versicherungs)recht* einerseits, das Recht der sozialen Sicherheit *ausserhalb* der Bundessozialversicherung andererseits bis 2006 *nicht* der *sozialgerichtlichen* Rechtsprechungszuständigkeit unterstanden.
- 6 Die mit dem BGG ab 1. Januar 2007¹⁶ eingeführte *Einheitsbeschwerde* brachte eine *Systemänderung*. *Sozial(versicherungs)rechtliche Streitigkeiten* werden seither – im Unterschied zum aOG *ohne sachlich-inhaltliche* Differenzierung und *ohne Rücksicht* auf ihre Zugehörigkeit zum *kantonalen* oder *Bundesrecht* – direkt von der *öffentlich-rechtlichen Einheitsbeschwerde* erfasst (Art. 82 lit. a BGG). Der Begriff Sozialversicherungsleistungen findet sich im Gesetz nur noch bei der gemilderten Kostenpflicht des Verfahrens (Art. 65 Abs. 4 lit. a BGG). Sonst ist die letztinstanzliche Sozialversicherungsrechtspflege (mit einer Ausnahme betreffend zulässige Rügen und Kognition, vgl. Art. 97 Abs. 2 und

sungsrechtlich dauerhaft gesichert und die *bisherige Übergangsbestimmung* in Art. 196 Ziff. 10 BV gestrichen worden. Was die Spezialsysteme der *EO* (Art. 59 Abs. 4 BV) und der *FZ* (Art. 116 Abs. 2 BV) anbelangt, werden diese wie die Erste (AHV/IV/EL) und Zweite Säule (BVG) vom *BSV beaufsichtigt*.

- 11 Die gesonderte Behandlung berücksichtigt den speziellen Charakter der ALV: Arbeitslosigkeit (und die ihr gesetzlich gleichgestellten Arbeitsausfälle) ist das einzige soziale Risiko, das nicht wie Krankheit, Unfall, Alter, Invalidität etc. *in der Person* des oder der Versicherten angelegt ist. Bei diesem Sozialversicherungszweig, der seine Grundlage in Art. 114 BV hat, steht vielmehr der sich *aus dem Arbeitsmarkt* ergebende Erwerbsausfall im Vordergrund. *Aufsichtsbehörde* ist hier das *seco*.

- 12 Einschliesslich des in die Art. 30a–30g BVG integrierten Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1995 über die Wohneigentumsförderung mit Mitteln der beruflichen Vorsorge, in Kraft seit 1. Januar 1995 (AS 1994 2372, 2378).

- 13 Rz 4.

- 14 Rz 37.

- 15 Wie dies etwa für das *Militärversicherungsrecht* oder die *Ergänzungsleistungen zur AHV/IV* zutrifft, denen das *Beitragsrecht* fehlt. Im Grunde genommen ist die *MV keine Versicherung*, sondern vielmehr (institutionell betrachtet) ein *besonderes typisiertes Staatshaftungsrecht* oder (in Bezug auf ihre *Funktion*) ein *spezielles soziales Entschädigungsrecht* (früher Versorgungsrecht; zu den historischen Gründen für die Bezeichnung als Versicherung vgl. MAURER, Geschichte, S. 783 f.). (Für die *beruflich Versicherten*, d.h. das *Militärpersonal* und die *Instruktoren des Zivilschutzes* allerdings, ist auf den 1. Januar 2006 eine Prämie für die Militärversicherung eingeführt worden, bei der sie gegen Unfall und Krankheit versichert sind). Die ebenfalls *steuerfinanzierten Ergänzungsleistungen* sind *allgemeines soziales Entschädigungs- oder Versorgungsrecht*, setzen aber für die *subjektive Berechtigung* einen *Anspruch auf bestimmte Sozialversicherungsleistungen* voraus (ERWIN CARIGIET, Gesellschaftliche Solidarität, S. 98 ff.).

- 16 AS 2006 1205.

Art. 105 Abs. 3 BGG¹⁷⁾ dem bundesgerichtlichen Prozessrecht in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts *gleichgestellt*¹⁸⁾.

7 Dass sozial(versicherungs)rechtliche Streitigkeiten von der I. und II. sozialrechtlichen Abteilung des BGer beurteilt werden¹⁹⁾, ist die Folge autonomer Gerichtsorganisation, wie sie das BGer in den Schranken des Gesetzes auf den 1. Januar 2007 in Kraft gesetzt hat. Gemäss den von ihm erlassenen Ausführungsbestimmungen zum BGG, dem BGerR, ist in Luzern, wo de lege lata eine oder mehrere Abteilungen ihren Standort haben (Art. 4 Abs. 2 BGG), eine über das Bundessozialversicherungsrecht hinaus zuständige letztinstanzliche *Sozialgerichtsbarkeit* konzentriert, welche insbesondere auch mit dem *Sozialhilferecht* und dem *kantonalen Sozialversicherungsrecht* (v.a. Ergänzungssysteme zur AHV/IV sowie EL) befasst ist. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) führt die verschiedenen sozialrechtlichen Teilgebiete der Beurteilung durch die gleichen Abteilungen des Bundesgerichts zu. Das kann der Kohärenz des Sozialrechts und der Sozialen Sicherheit nur zugutekommen²⁰⁾. Seit 1. Januar 2009 befasst sich die I. sozialrechtliche Abteilung sodann mit dem öffentlichen Personalrecht²¹⁾. Eine *umfassende sozialrechtliche Rechtsprechungszuständigkeit letzter Instanz* läge allerdings erst dann vor, wenn die sozialrechtlichen Abteilungen des BGer auch mit dem *zivilrechtlichen Arbeits-*, dem *Mietrecht* und dem *Zusatzversicherungsrecht zur UV und KV gemäss VVG* befasst wären, wozu es bisher nicht gekommen ist.

8 Das in diesem Band behandelte *Bundessozialversicherungsrecht* ist das *Kernstück* des schweizerischen Sozialrechts, des Rechts der Sozialen Sicherheit und macht einen guten Teil der schweizerischen Sozialstaatlichkeit aus. Es ist für die in der Schweiz von sozialen Risiken²²⁾ Betroffenen für ihre *Daseinsvorsorge* (Ernst Forsthoff) von *erstrangiger Bedeutung*. Allerdings war und ist es *nicht* Sache der Sozialversicherung, *sämtliche sozial sensiblen Lebensbereiche* zu ordnen oder alle sozialpolitisch motivierten Schutzbedürfnisse der Einzelnen in der postindustriellen Gesellschaft einer obligatorischen Versicherungslösung zuzuführen²³⁾. *Sozialversicherung* ist zwar eine sehr *wichtige*, aber nur *eine unter mehreren*

17 Diese speziellen Kognitionsbestimmungen sollen im Zuge der gegenwärtig laufenden Revision des BGG gestrichen werden, vgl. Bericht des Bundesrates über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege vom 30. Oktober 2013, BBl 2013 9077, 9104 f.

18 Dies bedeutet für die letztinstanzliche Sozial(versicherungs)rechtspflege: Reine Rechtskontrolle, Sachverhalts- und Ermessensprüfung nur noch, wenn die vorinstanzliche Tatsachenfeststellung oder Ermessensausübung rechtsfehlerhaft sind, ferner Bindung an die Parteianträge (Art. 95 ff., 105 Abs. 2 und Art. 107 Abs. 1 BGG; vgl. zu den Auswirkungen der vollständigen Integration der Sozialversicherungs- in die Bundesrechtspflege MEYER-BLASER/ARNOLD, ZSR 121 (2002) I, S. 485 ff.; RUDOLF URSPRUNG/PETRA FLEISCHANDERL, Die Kognition des Eidgenössischen Versicherungsgerichts nach dem neuen Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG), in: FS 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich 2005, S. 415 ff.); ULRICH MEYER/ALFRED BÜHLER, Eintreten und Kognition nach BGG, in: Anwaltsrevue 11/2008 491–496.

19 Art. 34 BGerR weist der I. sozialrechtlichen Abteilung folgende Gebiete zu: IV, UV, ALV, kantonale Sozialversicherung, FZ, Sozialhilfe und Hilfe in Notlagen gemäss Art. 12 BV, MV, Personal im öffentlichen Dienst; Art. 35 BGerR der II. sozialrechtlichen Abteilung: AHV, ebenfalls IV, EO einschliesslich Mutterschaftsversicherung, KV, berufliche Vorsorge einschl. Aufsichtsstreitigkeiten, EL. Für die Abgrenzung zur Zuständigkeit der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung in den Bereichen Spitalfinanzierung und Restfinanzierung der Pflegekosten s. BGE 138 II 398 und 138 V 377.

20 Ausgenommen sind das private Versicherungsrecht und die «sozial sensiblen» – daher mitunter auch als Teil des Sozialrechts bezeichneten – Gebiete des Arbeits-, Miet-, Wohnförderungs- und Stipendienrechts, welche weiterhin bei den zivil- und öffentlich-rechtlichen Abteilungen am Sitz des Bundesgerichts in Lausanne verbleiben.

21 Art. 34 lit. h BGerR.

22 §§ 8, 24.

23 Nicht erfasst sind z.B. Ausbildungs- und Wohneigentumsförderungsrecht, das Opferhilferecht nach dem BG über die Opferhilfe (OHG; SR 312.5; es handelt sich um eine Erscheinungsform von *allgemeinem sozialen Entschädigungsrecht*), das Sozialhilferecht, das, abgesehen von einzelnen (zum Teil) nicht ausgeschöpften Bundeskompetenzen (z.B. Art. 114 Abs. 5 BV [Arbeitslosenfürsorge]), dem kantonalen Recht angehört

technischen Gestaltungsmöglichkeiten, welche soziale Sicherheit und soziale Gerechtigkeit gewährleisten. Andere Instrumente sind insbesondere das *soziale Entschädigungsrecht* und *Sozialhilferecht*²⁴. Ebenfalls ein wichtiges, weil verfassungsrechtlich inspiriertes Element, ist der *Subsidiaritätsgedanke*²⁵, der allerdings nur *ausserhalb* der Sozialversicherung zum Zuge kommt²⁶.

- 9 Die *Geschichte des Bundessozialversicherungsrechts*²⁷ unterscheidet sich grundlegend von jener des *Privatrechts*²⁸. Die Erfüllung des *zivilrechtlichen Kodifikationspostulates* gegen Ende des 19. Jahrhunderts auf Bundesebene mit dem Erlass von OR und ZGB hat im Sozialversicherungsrecht *keine Parallele* gefunden (sowenig wie sonst im öffentlichen Recht). Daran hat auch das seit 1. Januar 2003 geltende ATSG im Kern nichts geändert²⁹. Die Entwicklung zum heutigen Bestand des Bundessozialversicherungsrechts ist nicht gleichmässig, systematisch oder nach Plan, vielmehr bruchstückhaft, teils nach langen Phasen des Stillstandes, gescheiterten Gesetzesprojekten und Verzögerungen, teils in stürmischen Schüben verlaufen. Stets waren die sozialversicherungsrechtlichen Gesetze – umgeben von den jeweils vorherrschenden ordnungs- und sozialpolitischen Strömungen und ausgesetzt den wirtschaftlichen Entwicklungen – Ergebnis heftiger gesellschaftlicher Debatten, politischer Kämpfe und (direkt-)demokratischer Ausmachungen.

(an Gesamtdarstellungen des kantonalen Sozialhilferechts [früher: Fürsorgerecht] vgl. z.B. PASCAL COULERY, Das Recht auf Sozialhilfe, Bern 1993; FELIX WOLFFERS, Grundriss des Sozialhilferechts, 2. Aufl., Bern 1999).

- 24 CHRISTOPH HÄFELI (Hrsg.), Das schweizerische Sozialhilferecht: Rechtsgrundlagen und Rechtssprechung, Luzern 2008; DERS., Prinzipien der Sozialhilfe, in: Das schweizerische Sozialhilferecht, Luzern 2008, S. 65–85; CLAUDIA HÄNZI, Leistungen der Sozialhilfe in den Kantonen, in: Das schweizerische Sozialhilferecht, Luzern 2008, S. 87–150; CHRISTOPH RÜEGG, Organisation, Träger, Zuständigkeiten, Finanzierung, in: Das schweizerische Sozialhilferecht, Luzern 2008, S. 323–335; FELIX UHLMANN, Der Bundesgesetzgeber zwischen Bundesgericht und Kantonen: verfassungsrechtliche Überlegungen zu Kindesunterhalt und kantonalem Sozialhilferecht, in: Jusletter vom 7. April 2014.
- 25 BGE 137 V 149 E. 3.7.1 m.Hinw.
- 26 Art. 6 BV, MEYER-BLASER/GÄCHTER (Anm. 4), S. 554, 557.
- 27 Vgl. die sozialgeschichtlich sehr informative visualisierte Darstellung bei MATTHIEU LEIMGRUBER/MARTIN LENGWILER (Projektleitung), Geschichte der Sozialen Sicherheit in der Schweiz, in Auftrag gegeben vom BSV, einsehbar unter www.geschichtedersozialensicherheit.ch
- 28 Die Rechtsgebiete weisen viele Bezüge zueinander auf. *So setzt das Sozialversicherungsrecht das Zivilrecht als verbindliche Ordnung voraus* (BGE 112 V 102; 102 V 37 m.Hinw.), indem es sehr häufig an den *Zivilstand* (BGE 117 V 257, Todesnachweis; BGE 120 V 170; 110 V 248; RKUV 2000 Nr. U 388, S. 296; SZS 2005, S. 203, Verschollenheit; BGE 101 V 257, Kommorientenregel), die *Zession* (BGE 135 V 8 ff. E. 6 und 7), das *Grundbuchrecht* (BGE 138 V 495), den *familienrechtlichen Status* (BGE 121 V 125, Verlobte), den *Erbschaftsantritt* (BGE 113 V 280), die *Erbenstellung* (BGE 139 V 1; 136 V 7), eine *obligationenrechtliche Unterhaltspflicht* (RKUV 2004 Nr. U 531, S. 578) usw. anknüpft. Methodisch gesehen haben Sozialversicherer und im Streitfall Sozialversicherungsgericht zivilrechtliche Aspekte *vorfrageweise* zu entscheiden. Dazu sind sie *berechtigt und verpflichtet*, solange *nicht* ein rechtskräftiger Entscheid des privatrechtlich *hauptfrageweise* zuständigen Zivilgerichts ergangen ist (BGE 135 V 232; 129 V 90; 120 V 378; SZS 2008, S. 487; ARV 2011, S. 61, 2001, S. 228; 1997, S. 113; SZS 2000, S. 535). Zum Verhältnis von Sozialversicherungs- zum Familienrecht grundlegend GABRIELA RIEMER-KAFKA, Recht der sozialen Sicherheit an der Schnittstelle zum Familienrecht, in: ZSR-II 2014, S. 193–274; vgl. weiter SUSANNE LEUZINGER, Die familienbezogene Rechtsprechung der sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts im Jahre 2012, in: FamPra.ch 14/2013, S. 686–699. Sehr häufig ist schliesslich die subsidiäre Anwendung zivilrechtlicher Normen, wenn im sozialversicherungsrechtlichen Kontext keine topische Bestimmung existiert (BGE 138 V 426 betreffend Anwendung von Art. 62 f. OR auf Krankenversicherer bei rechtsgrundlos erbrachten Leistungen).
- 29 Rz 24.

Zweites Kapitel

Leistungen und Beiträge – allgemeine Bestimmungen des ATSG

§ 3 Allgemeine Bestimmungen über Leistungen und Beiträge⁷⁹

I. Aufklärung und Beratung (Art. 27 ATSG)⁸⁰

Der Vollzug des Sozialversicherungsrechts ist oft heikel, und es fällt schwer, einen Überblick über die massgebenden Bestimmungen zu gewinnen. Dies gilt sowohl bezüglich des formellen wie auch des materiellen Rechts. Im Verfahrensbereich hat der Gesetzgeber zwar das Prinzip des einfachen und raschen Verfahrens umgesetzt⁸¹, doch ergeben sich dennoch oft heikle und nicht ohne weiteres zu beantwortende formelle Fragen. Schwierig zu vollziehen ist daneben insbesondere das materielle Sozialversicherungsrecht, weil dieses gekennzeichnet ist durch eine Vielzahl von oft ungenügend koordinierten Einzelbestimmungen. Bei dieser Ausgangslage kommt der in Art. 27 ATSG geregelten Aufklärung und Beratung durch die Sozialversicherungsträger ein *hohes Gewicht* zu. 25

Mit der in Art. 27 Abs. 1 ATSG geregelten *Aufklärungspflicht* ist die allgemeine Information der «interessierten Personen» gemeint⁸². Damit verwendet das Gesetz einen weiter gefassten Begriff als denjenigen der versicherten Person. Die Aufklärungspflicht schliesst insoweit etwa Informationen über die Unterstellung unter die betreffende Sozialversicherung ein, was etwa die (noch) nicht versicherten Personen interessieren kann. Daneben hat der Sozialversicherungsträger zu informieren über die allgemeinen Rechte und Pflichten in der Sozialversicherung, wobei eine umfassende und permanente Aufklärung anzustreben ist⁸³. 26

In Art. 27 Abs. 2 ATSG wird die *persönliche Beratung* geordnet⁸⁴. Diese Beratung bezieht sich auf die Rechte und Pflichten im konkreten Einzelfall, wobei der Versicherungsträger prinzipiell nur über seinen eigenen Versicherungszweig zu beraten hat. Auswirkung der in Art. 27 Abs. 2 ATSG enthaltenen Beratungspflicht ist, dass der Versicherungsträger sich nicht mehr darauf zu berufen vermag, die betreffende Person hätte sich bei entsprechender Gesetzeskenntnis zutreffend verhalten können⁸⁵. 27

Die nach Art. 27 Abs. 2 ATSG zu gewährende persönliche Beratung ist grundsätzlich kostenlos, ausser wenn sie «über das übliche Mass» hinausgeht⁸⁶. Bei einzelnen Aufgaben hal-

79 Überblick über die Verfahrensbestimmungen bei FREIVOGEL, Verfahrensbestimmungen des ATSG, S. 89 ff.; Darstellung von ersten Auswirkungen des ATSG im Verfahrensbereich bei MOSIMANN, S. 111 ff.

80 Umfassend dazu MEYER, Beratungspflicht, S. 9 ff.; SPIRA, art. 27 LPGA, S. 524 ff.; SCHNEIDER, S. 37 ff.

81 Ausdrücklich festgelegt wird dies in Art. 61 lit. a ATSG für das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht; das entsprechende Prinzip hat aber allgemeine Bedeutung im gesamten sozialversicherungsrechtlichen Verfahren und mithin auch im Verwaltungsverfahren. Entsprechend hat die Rechtsprechung dieses Prinzip als allgemeinen sozialversicherungsrechtlichen Grundsatz bezeichnet (vgl. BGE 110 V 61).

82 Zur allgemeinen Aufklärungspflicht, die im Gegensatz zur individuellen Beratungspflicht steht, vgl. BGE 131 V 476 E. 4.1. Anwendungsfall: BGE 136 V 104 E. 7.4 (betreffend Arbeitslosenversicherung und Anspruch auf volles Taggeld).

83 Vgl. BBI 1999 4582.

84 Beispiel der Verletzung einer Beratungspflicht in BGE 131 V 480 E. 4.3.

85 Vgl. SPIRA, art. 27 LPGA, S. 531.

86 Vgl. BBI 1999 4583.

ten die Vollzugsverordnungen die Erhebung von Gebühren fest. Dies ist etwa bei den Vorausberechnungen von AHV- und IV-Renten der Fall⁸⁷.

- 28 Zu bedenken ist, dass neben Art. 27 Abs. 2 ATSG *weitere Bestimmungen* vorliegen, welche eine Beratungspflicht statuieren. So hat etwa der Versicherungsträger auf die Folgen eines Leistungsverzichts hinzuweisen (Art. 23 Abs. 3 ATSG) oder er hat über die allfälligen Folgen einer verweigten Wahrnehmung der Auskunft- oder Mitwirkungspflicht zu informieren (Art. 43 Abs. 3 ATSG)⁸⁸. Beratungspflichten enthalten ferner die Einzelgesetze; als Beispiel zu nennen sind Art. 7 Abs. 2 KVG (betreffend Wechsel der Krankenversicherung), Art. 9 KVG (betreffend Sistierung der Unfalldeckung) oder Art. 3 Abs. 3 UVG (betreffend Abschluss der Abrediversicherung).
- 29 In einem engeren Rahmen hat der Versicherungsträger auch über mögliche *Leistungen anderer Sozialversicherungen* zu beraten. Nach Art. 27 Abs. 3 ATSG ist dies der Fall, wenn der jeweilige Versicherungsträger einen solchen Leistungsanspruch «feststellt». Damit wird klargestellt, dass der Versicherungsträger nicht eigene Nachforschungen anzustellen hat⁸⁹.
- 30 Von dieser Aufklärungspflicht abzugrenzen ist die Verpflichtung eines Versicherungsträgers, eine Verfügung gegebenenfalls auch einer anderen Sozialversicherung zuzustellen; bei dieser in Art. 49 Abs. 4 ATSG festgelegten Verpflichtung ist nämlich erforderlich, dass der jeweilige Versicherungsträger gegebenenfalls eigene Ermittlungen anstellt, was im Rahmen von Art. 27 Abs. 3 ATSG gerade nicht erforderlich ist⁹⁰.
- 31 Die Einführung einer allgemeinen Aufklärungs- und Beratungspflicht bedeutet einen wichtigen Schritt, der im materiellen Bereich das umsetzt, was im formellen Bereich mit dem für das Verfahren geltenden Prinzip des einfachen und raschen Verfahrens bereits geschehen ist. Nicht immer werden die Versicherungsträger die Aufklärungs- und Beratungspflicht zutreffend erfüllen. Hier ist denkbar, dass beim Eintritt eines Schadens allenfalls eine *Verantwortlichkeit* nach Art. 78 ATSG entsteht⁹¹.

II. Sachleistungen – Geldleistungen (Art. 14, Art. 15 ATSG)

- 32 Die sozialversicherungsrechtlichen Leistungen können nach verschiedenen Kriterien abgegrenzt werden. Der Gesetzgeber hat bei der Ausarbeitung des ATSG eines dieser Kriterien, nämlich die Aufteilung in *Sachleistungen* und *Geldleistungen*, herausgegriffen. Diese Unterscheidung knüpft bei der Frage an, ob das versicherte Risiko – Hilflosigkeit, Invalidität, Krankheit etc. – durch die in Frage stehende Leistung beeinflusst werden kann (= Sachleistung) oder nicht (= Geldleistung).
- 33 Als *Sachleistungen* gelten insbesondere Heilbehandlung, Hilfsmittel und Eingliederungsmassnahmen (vgl. Art. 14 ATSG). Die Aufzählung in der Gesetzesbestimmung ist nicht abschliessend, sondern lässt zu, dass einzelgesetzlich weitere Leistungen dieser Kategorie zugeteilt werden.
Geldleistungen sind nach Art. 15 ATSG insbesondere Taggelder, Renten, Ergänzungsleistungen und Hilflosenentschädigungen. Auch dabei handelt es sich – nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes – nicht um eine abschliessende Aufzählung.

87 Vgl. Art. 58 Abs. 3 AHVV; vgl. zu weiteren Fällen Art. 72a UVV sowie Art. 82a VUV.

88 Zu bedenken ist, dass gegebenenfalls auch die Gerichtsinstanz entsprechende Beratungspflichten hat; dies gilt etwa bei einer drohenden reformatio in peius (vgl. Art. 61 lit. d ATSG).

89 Vgl. BBl 1999 4583.

90 Dazu Rz 246 ff., v.a. Rz 252 f.

91 Vgl. dazu Rz 454 ff.

In den einzelnen Bestimmungen des ATSG wird oft an die Abgrenzung zwischen Sach- und Geldleistung *angeknüpft*. So können etwa wegen vorsätzlicher Herbeiführung des Versicherungsfalles nur die Geldleistungen gekürzt oder verweigert werden (Art. 21 Abs. 1 ATSG), und es kann mit Blick auf die zweckgemässe Verwendung nur eine Geldleistung drittausbezahlt werden (Art. 20 Abs. 1 ATSG). Freilich ist die Abgrenzung nicht durchwegs korrekt; Art. 17 ATSG ist im Abschnitt über die Geldleistungen eingeordnet, bezieht sich jedoch zweifellos auch auf die Sachleistung⁹². 34

III. Invaliditätsgrad (Art. 16 ATSG)

1. Ausgangspunkt

Die Invalidität ist eines der zentralen, vom Sozialversicherungsrecht erfassten Risiken. Der Frage, wie die Invalidität bestimmt wird, kommt deshalb zentrale Bedeutung zu. Auszugehen ist dabei von den Begriffsumschreibungen nach Art. 7 f. ATSG. Diesen beiden Gesetzesartikeln liegt eine *Invaliditätsdefinition* zugrunde, welche ausgeht von einem bestimmten Zustand – der Beeinträchtigung der Gesundheit – und eine bestimmte, sich daraus ergebende Folge – die Einbusse in der Erwerbsfähigkeit – als massgebend betrachtet. Der Invaliditätsbegriff fusst demzufolge auf dem Gesundheitsbegriff und erfasst bestimmte kausale Folgen der Beeinträchtigung desselben. Dem schweizerischen Sozialversicherungsrecht liegt dabei kein einheitlicher Invaliditätsbegriff zugrunde, sondern die Umschreibung desselben erfolgt bezogen auf die einzelnen Leistungskategorien⁹³. 35

Für die *rentenbezogene Invalidität* ist nach Art. 7 Abs. 2 Satz 2 ATSG zu berücksichtigen, dass eine Beeinträchtigung nur in Betracht fällt, «wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist». Besondere Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung ergeben sich bezogen auf diese Voraussetzungen bei den sogenannten pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebildern ohne nachweisbare organische Grundlage (sogenannte PÄUSBONOG; oft auch als «unklare Beschwerdebilder» bezeichnet). Die zu solchen Beschwerdebildern entwickelte Rechtsprechung steht seit manchen Jahren fest⁹⁴. Das Bundesgericht ging in der bisherigen Rechtsprechung von der Vermutung aus, dass sich solche Beschwerdebilder mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwinden lassen und dass deshalb eine invalidisierende Wirkung der entsprechenden Beschwerdebilder nicht besteht. Immerhin müssen nach der Rechtsprechung diejenigen Kriterien, welche gegen eine solche Vermutung sprechen, gründlich – gegebenenfalls gutachterlich – abgeklärt werden. Zu diesen Kriterien gehört insbesondere eine psychische Komorbidität, weil eine solche Ausgangslage die Willensanstrengung erheblich erschwert. Diese Rechtsprechung ist in der juristischen und gelegentlich auch in der medizinischen Literatur auf einigen Widerspruch gestossen⁹⁵. In der neuesten Rechtsprechung hat das Bundesgericht nun klar betont, dass beim allfälligen Vorliegen eines unklaren Beschwerdebildes mit besonderer Sorgfalt die massgebenden Umstände abzuklären sind. Es müssen – weil eben das medizinische Substrat unklar ist – auch «aussergesundheitliche» Bereiche (etwa das Freizeitverhalten) herangezogen werden. Diese Kriterien müssen selbstverständlich in Nachachtung des Untersuchungsprinzips sorgfältig abgeklärt werden⁹⁶. Gemäss der bisherigen Recht- 36

92 Dazu KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 17 Rz 3.

93 Vgl. dazu KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 8 Rz 5; illustriert wird dies etwa durch die Begriffsumschreibung von Art. 4 Abs. 2 IVG.

94 Vgl. BGE 130 V 352, 131 V 49 und seitherige Rechtsprechung; grundlegend dazu MEYER, Somatoforme Schmerzstörung, S. 9 ff.

95 Vgl. dazu JEGGER, Invalidität – einige Überlegungen aus medizinischer Sicht, S. 77 ff.

96 Dazu grundlegend BGE 139 V 547.

sprechung des Bundesgerichts und der (wohl hauptsächlichen) Lehre ist diese Überwindbarkeitspraxis eine Eigenheit des Sozialversicherungsrechts und soll im Haftpflichtrecht keine analoge Anwendung finden⁹⁷. Gewisse (indirekte) Auswirkungen sind jedoch nicht gänzlich ausgeschlossen; immerhin müssen die je massgebenden Grenzen einer Berücksichtigung beachtet werden. So muss ein sozialversicherungsrechtliches Gutachten neben den PÄUSBONOG-Kriterien zusätzlich auch haftpflichtrechtlich relevante Kriterien heranziehen, um eine auch haftpflichtrechtlich relevante Bedeutung zu erhalten⁹⁸.

- 37 Was den *Invaliditätsgrad* betrifft, steht seit je im schweizerischen Sozialversicherungsrecht im Vordergrund, diesen durch einen Vergleich zu ermitteln. Gegenübergestellt werden dabei der Zustand ohne gesundheitliche Einbussen (= Valideneinkommen) und der Zustand mit diesen Einbussen (= Invalideneinkommen). Im Vergleich ergibt sich eine (allfällige) Veränderung, die sodann prozentual berechnet wird. Die entsprechende Einbusse in Prozenten ergibt den Invaliditätsgrad⁹⁹.

2. Generelle und einzelfallbezogene Kriterien

- 38 Um die Invalidität bestimmen zu können, kann auf generelle oder auf einzelfallbezogene Kriterien bzw. auf eine bestimmte Mischform dieser Kriterien abgestellt werden. Als *generelle* Elemente gelten jene, welche sich bei allen Personen in analoger Weise konkretisieren (z.B. Invalidität von 30 % bei Verlust der Gebrauchshand, ausgehend von einem Fixbetrag als Entschädigungssumme). Ein *individuelles* Element wird angenommen, soweit die Invalidenrente unter umfassender Bezugnahme auf einen in der betreffenden Person angelegten Sachverhalt eines bestimmten Zeitpunktes bestimmt wird; individuellen Charakter haben insoweit die Bezugnahme auf die Arbeitsfähigkeit der betreffenden Person, auf das entgangene Einkommen, auf die bisher bezahlten Versicherungsbeiträge oder auf das konkrete Lebensalter. Individuelle Elemente können auf einen eng umrissenen Zeitraum (z.B. Einkommen in den letzten drei Monaten vor Eintritt des Versicherungsfalls) oder auf einen weit umrissenen Zeitraum (z.B. bisher geleistete Beiträge an die betreffende Versicherung, wobei Beiträge ab Alter 20 berücksichtigt werden) Bezug nehmen. Je weiter der massgebende Zeitraum ist, umso mehr erhält das betreffende Element einen abstrahierenden Charakter.
- 39 Sowohl bei der Festsetzung des Invaliditätsgrades als auch bei der Berechnung der Invalidenrente in frankenmässiger Hinsicht werden nach geltendem Recht generelle und individuelle Bestimmungselemente herangezogen. Dasselbe gilt für die intersystemische Koordination von Invalidenrenten; dass Invalidenrenten kumulativ gewährt werden, stellt eine generell wirkende Festlegung dar; die Überentschädigungsgrenze bei der Rentenkumulation wird durch individuell wirkende Elemente bestimmt.
- 40 Wenn eine Invalidenrente sowohl durch generelle als auch durch individuelle Elemente bestimmt wird, ist das *gegenseitige Verhältnis der Elemente* festzulegen. Zutreffend ist, dass generelle Elemente sich in erster Linie auswirken und individuelle Elemente in der Folge bestimmte Korrekturen bewirken. Nicht schlüssig ist das primäre Abstellen auf individuelle Elemente, wenn erst nachträglich gewichtige generelle Elemente zum Tragen kommen. Je mehr individuelle Elemente bei der Bestimmung einer Invalidenrente mitwirken, umso eher ist eine Anpassung der Invalidenrente an spätere Entwicklungen zutreffend. Wird eine Invalidenrente weitgehend durch generelle Elemente bestimmt, so sind

97 Vgl. Urteil 4A_171/2012; näheres dazu bei DEECKE, S. 394.

98 Ausführlich dazu DEECKE, S. 400 f.

99 Vgl. dazu eingehender Rz 44 ff.

spätere Anpassungen nur bei Veränderung der generellen Elemente vorzunehmen. Dagegen ist es nicht adäquat, eine so bestimmte Invalidenrente im Falle einer Veränderung lediglich eines einzelnen individuellen Elements anzupassen. Ein schlüssiges System von Invalidenrenten wird erreicht, wenn das Verhältnis von generell wirkenden und individuell wirkenden Elementen bewusst gestaltet wird.

Ein Blick auf das *geltende schweizerische Sozialversicherungssystem* ergibt bezogen auf das Verhältnis von generellen und von einzelfallbezogenen Kriterien folgende Beobachtungen: 41

- Die massgebende Methode zur Festlegung des Invaliditätsgrades wird durch ein individuelles (und zudem schwer fassbares) Element bestimmt. Dies ist ein nicht schlüssiges Vorgehen (das zudem entgegen dem Wortlaut des Gesetzes erfolgt).
- Bei den Vergleichseinkommen zur Bestimmung des Invaliditätsgrades wird beim Valideneinkommen weitestgehend auf individuelle Elemente abgestellt, während beim Invalideneinkommen regelmässig ein generelles Moment herangezogen wird. Dies überzeugt prinzipiell wenig. Um die Schlüssigkeit der entsprechenden Entscheide zu erhöhen, sollte bei der Bestimmung des Invalideneinkommens vermehrt auf individuelle Elemente abgestellt werden.
- Wenn der Invaliditätsgrad in der IV nach der gemischten Methode oder nach der für Nichterwerbstätige massgebenden Methode bestimmt wird, kommt der Frage ein zentrales Gewicht zu, ob und in welchen anerkannten Aufgabenbereichen sich die betreffende Person betätigen würde.
- Bei der frankenmässigen Berechnung der Invalidenrente wirkt das System der Unfallversicherung, welches ausschliesslich auf individuelle Elemente in einem eng umrissenen Zeitraum abstellt, wenig überzeugend. Immerhin wird das System bei der Leistungskoordination mit dem System der AHV/IV zusammengefügt; hier wird die Rente so berechnet, dass sowohl generelle sowie individuelle Elemente (und letzteres zudem bezogen auf einen weit gefassten Zeitraum) herangezogen werden. Abgedeckt wird das System der Unfallversicherung daneben durch den Hinzutritt von Leistungen der beruflichen Vorsorge, denn auch hier werden (durch den Einbezug von früheren Austrittsleistungen) Berechnungselemente hinzugezogen, welche auf einer weit gefassten Zeitspanne basieren.
- Die intersystemische Koordination von Invalidenrenten fällt überzeugend aus. Die Leistungskumulation stellt einen Entscheid dar, welcher ein generelles Moment umsetzt. Dieser Entscheid wird in zweiter Linie durch individuelle Elemente (in Form einer entsprechend festgesetzten Überentschädigungsgrenze) korrigiert.

3. Bedeutung von Art. 16 ATSG

Art. 16 ATSG ordnet nicht in umfassender Weise die Bestimmung des Grades der Invalidität. Insbesondere fehlt es im Gesetz an einer Regelung, wie bei Teilerwerbstätigen oder bei Nichterwerbstätigen die Invalidität festzulegen ist. Immerhin wird hier in Art. 8 Abs. 2 und Abs. 3 ATSG festgelegt, dass bei Nichterwerbstätigen auf die Unmöglichkeit abzustellen ist, sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen. Damit steht fest, dass bei Teil- oder Nichterwerbstätigen in prinzipieller Hinsicht ebenfalls eine prozentuale Gewichtung in der vorstehend genannten Weise vorzunehmen ist¹⁰⁰. Die Frage hat Bedeutung für den Bereich der IV; hier ist in Art. 28a Abs. 2 und Abs. 3 IVG eine entsprechende Regelung 42

100 Dass das In-Kraft-Treten des ATSG bezüglich der Anwendung der für Teilerwerbstätige massgebenden gemischten Methode keine Änderung gebracht hat, wird in BGE 130 V 393 aufgezeigt.

enthalten. Vorzuziehen wäre allerdings gewesen, in Art. 16 ATSG auch für Teil- oder Nichterwerbstätige eine ausdrückliche Regelung zu treffen.

- 43 Artikel 16 ATSG ist in systematischer Hinsicht eingeordnet im Abschnitt über die *Geldleistungen*¹⁰¹. Damit wird klar gemacht, dass sich die Bestimmung prinzipiell auf die für die Rentenbemessung massgebende Invalidität bezieht. Der Gesetzgeber berücksichtigte dabei, dass im Sozialversicherungsrecht die Invalidität funktional und relativ verstanden wird und es also an einem einheitlichen Invaliditätsbegriff fehlt. Es ist mithin zulässig, dass in anderen Bestimmungen ein anderes System zur Bestimmung der Invalidität verwendet wird. Dies gilt beispielsweise für den Bereich der Eingliederung in der IV; hier ist Art. 16 ATSG offensichtlich nicht von Bedeutung, weil die genannte Bestimmung ja gerade voraussetzt, dass eine Eingliederung bereits durchgeführt wurde¹⁰².

4. Vergleichseinkommen

- 44 Artikel 16 ATSG zieht zur Bestimmung des Invaliditätsgrades den *Einkommensvergleich* heran. Dabei wird das Valideneinkommen dem Invalideneinkommen gegenübergestellt.
- 45 Das *Valideneinkommen* ist grundsätzlich hypothetisch zu ermitteln, wobei in der Praxis als Ausgangspunkt regelmässig das vor dem Eintritt der durch Invalidität verursachten Arbeitsunfähigkeit erzielte Einkommen gewählt wird. Teil des Valideneinkommens bilden – neben dem Haupterwerbseinkommen – auch Nebeneinkünfte oder Überstunden. Massgebend ist regelmässig, ob für das jeweilige Einkommen eine AHV-Beitragspflicht besteht.
- 46 Als *Invalideneinkommen* gilt dasjenige Einkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung von Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte. Das Gesetz geht davon aus, dass es sich um ein hypothetisches Einkommen handelt, doch ist nicht ausgeschlossen, dass für die Bestimmung des Invalideneinkommens auf ein *tatsächlich noch erzieltes Einkommen* abgestellt wird. Nach der Rechtsprechung kann dies dann vorgenommen werden, wenn ein besonders stabiles Arbeitsverhältnis den Bezug auf den allgemeinen Arbeitsmarkt erübrigt, wenn die verbleibende Arbeitsfähigkeit zumutbar voll ausgeschöpft wird und wenn nicht ein Soziallohn ausgerichtet wird¹⁰³. Überwiegend werden zur Bestimmung des Invalideneinkommens aber *Tabellenwerte* oder sonstige Durchschnittswerte herangezogen. Besonderes Gewicht hat dabei die vom Bundesamt für Statistik herausgegebene Schweizerische Lohnstrukturerhebung (LSE)¹⁰⁴.
- 47 Weil Tabellenwerte einen allgemeinen Durchschnitt zum Ausdruck bringen, der den bei invaliden Personen massgebenden konkreten Besonderheiten nicht Rechnung trägt, ist nach der Rechtsprechung von den Tabellenwerten unter bestimmten Voraussetzungen ein maximal 25 % erreichender Abzug vorzunehmen¹⁰⁵. Herangezogen werden können nach der Rechtsprechung prinzipiell auch Datensammlungen, die von Versicherungsträgern erstellt werden, doch sind dabei verschiedene Rahmenbedingungen zu beachten¹⁰⁶.

101 Vgl. den Randtitel zu Art. 17 ATSG.

102 Vgl. dazu etwa Art. 8 Abs. 1 IVG, wonach auch eine drohende Invalidität ausreicht, um den Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen auszulösen.

103 Vgl. BGE 117 V 18. Die genannten Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein.

104 Vgl. BGE 124 V 321 ff.

105 Vgl. BGE 126 V 75.

106 Zu der in der Praxis insbesondere von den Unfallversicherungen und teilweise von den IV-Stellen verwendeten Dokumentation von Arbeitsplätzen (DAP) vgl. BGE 129 V 472.

Das Invalideneinkommen darf erst nach Durchführung von Behandlung und Eingliederung bestimmt werden. Dies ist Ausdruck des allgemeinen sozialversicherungsrechtlichen Grundsatzes «*Eingliederung vor Rente*» und belegt zudem, dass Art. 16 ATSG auf die für die Rentenfestsetzung massgebende Invalidität Bezug nimmt. Bei der Bemessung des Invalideneinkommens können nur zumutbare Tätigkeiten berücksichtigt werden, wobei nach der Rechtsprechung die Zumutbarkeit sowohl objektiv wie auch subjektiv verstanden werden muss. Zu berücksichtigen sind mithin etwa Kriterien wie der objektive Zugang zum Verweisungsberuf, das Alter, der bisherige Beruf, die soziale Stellung oder die Verwurzelung am Wohnort¹⁰⁷. 48

Dass nach Art. 16 ATSG der *ausgeglichenen Arbeitsmarkt* zu berücksichtigen ist, um das Invalideneinkommen zu bemessen, erklärt sich aus der – bereits im früheren Recht entsprechend geregelten – Abgrenzung zur Arbeitslosenversicherung. Soweit nämlich eine Einkommenseinbusse nicht auf gesundheitliche Gründe, sondern auf das konjunkturell bedingte Fehlen zumutbarer Arbeitsstellen zurückzuführen ist, ist bei der Invaliditätsbemessung die entsprechende Einkommenseinbusse nicht zu berücksichtigen. 49

Der *ausgeglichenen Arbeitsmarkt* ist gekennzeichnet durch ein Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage; zugleich bezeichnet er einen Fächer verschiedenartiger Stellen, welche zu besetzen sind¹⁰⁸. Zu prüfen ist also, wie die Einsatzmöglichkeiten auf einem solchermaßen umschriebenen (möglicherweise hypothetischen) Arbeitsmarkt sind. Oft fallen solche Festlegungen ausserordentlich schwer, wobei besonders zu beachten ist, dass Invalideneinkommen nicht unter Berücksichtigung von Arbeitsstellen festgesetzt werden, welche wegen der strukturellen Entwicklung des Arbeitsmarktes (und nicht wegen der nicht bestehenden Ausgeglichenheit) nicht mehr zu besetzen sind¹⁰⁹. Nicht abgestellt werden darf ferner auf ein einzelnes Angebot, welches nicht in ausreichender Zahl zur Verfügung steht¹¹⁰. 50

Insbesondere darf auch nicht übersehen werden, dass im konkreten Einzelfall zu entscheiden ist, welcher allgemeine Arbeitsmarkt der versicherten Person überhaupt offen steht. Dabei stellt sich die Problematik der *Berücksichtigung invaliditätsfremder Faktoren* (etwa mangelnde Bildung, fortgeschrittenes Alter)¹¹¹. Solche sind bei der Ermittlung von Validen- und von Invalideneinkommen gleichermassen zu berücksichtigen. Sofern – was den Regelfall darstellt – das Valideneinkommen vom bisherigen Einkommen abgeleitet wird, impliziert dies bei der Festlegung dieses Einkommens die Berücksichtigung solcher Faktoren. Deshalb sind in der Regel auch bei der Festlegung des Invalideneinkommens und somit bei der Umschreibung des im konkreten Fall offen stehenden Arbeitsmarktes invaliditätsfremde Faktoren mitzuberocksichtigen¹¹². 51

107 Vgl. BGE 109 V 25; SVR 2002 IV Nr. 8.

108 Vgl. BGE 134 V 64; vgl. ferner allgemein MONNARD, passim.

109 So sind verschiedene Berufsgattungen, in welchen ehemals behinderte Personen tätig waren, verschwunden oder haben weitgehend an Bedeutung verloren. Dazu gehören etwa «leichte Botengänge», «interne Postverteilung», «Gasuhrenkontrollen», «Mitarbeiterin in Ticketeria eines Verkehrsbetriebes» und ähnliches.

110 Vgl. für ein Beispiel SVR 1996 IV Nr. 20, wo festgehalten wird, dass «absolut einmalige Glücksfälle» nicht zum allgemeinen Arbeitsmarkt zu zählen sind.

111 Vgl. auch Rz 36.

112 Vgl. zur entsprechenden Rechtsprechung MEYER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, S. 321 ff. – Beispiel: Versicherte Person mit fehlenden Deutschkenntnissen und mangelhafter Bildung, welche vor Eintritt des Gesundheitsschadens als Zimmermädchen in einem Hotel erwerbstätig war; kann sie diese Tätigkeit wegen medizinisch ausgeschlossener Belastung des Rückens nicht mehr ausüben, kann ihr nicht ein Invalideneinkommen einer qualifizierten Verkäuferin angerechnet werden. Es dürfen insoweit invaliditätsfremde Faktoren nicht schlechthin vom invalidisierenden Gesundheitsschaden abgesondert werden (vgl. ZAK 1989, S. 456; SVR 1998 IV Nr. 2).

- 52 In rechnerischer Hinsicht ist für die Bestimmung des Invaliditätsgrades auf den prozentualen Rückgang des Einkommens abzustellen, der nach folgender Formel berechnet wird:

$$\frac{([\text{Valideneinkommen abzüglich Invalideneinkommen}] \text{ multipliziert mit } 100)}{\text{geteilt durch Valideneinkommen.}}$$

Wenn beispielsweise ein Valideneinkommen von CHF 80 000.– angenommen wird und das Invalideneinkommen CHF 32 000.– beträgt, ist der Invaliditätsgrad deshalb rechnerisch folgendermassen zu bestimmen:

$$([\text{CHF } 80\,000.- \text{ abzüglich CHF } 32\,000.-}] \times 100): \text{CHF } 80\,000.- = 60\%.$$

5. Einheitlichkeit des Invaliditätsgrades

- 53 Die Rechtsprechung hat seit je betont, dass mit Bezug auf den gleichen Gesundheitsschaden in den *verschiedenen Sozialversicherungszweigen* die Festlegung der Invalidität zum gleichen Ergebnis führen muss¹¹³. Freilich entsteht im Prinzip durch einen getroffenen Bemessungsentscheid keine Bindungswirkung für andere Sozialversicherungen; nach der Rechtsprechung haben diese aber bereits abgeschlossene Invaliditätsfestlegungen massgebend mitzuberücksichtigen¹¹⁴.
- 54 Abweichend beantwortet die Rechtsprechung die Frage für das Verhältnis der IV zur obligatorischen beruflichen Vorsorge. Hier gilt nach der Rechtsprechung eine Bindung, welche sich sowohl auf die Höhe des Invaliditätsgrades wie auch auf den Zeitpunkt des Einsetzens der Invalidität bezieht; vorausgesetzt ist dabei aber, dass die Vorsorgeeinrichtung verfahrensmässig zutreffend beteiligt war¹¹⁵.
- 55 Das Postulat der einheitlichen Festlegung des Invaliditätsgrades hat dort keine Bedeutung, wo *verschiedene Invaliditätsbegriffe* massgebend sind. Dies hat dort Auswirkungen, wo die IV bei Teilerwerbstätigen sowie Nichterwerbstätigen nicht ausschliesslich auf die Einbusse bei den Erwerbsmöglichkeiten abstellt, sondern (auch) die Einbusse im Aufgabenbereich berücksichtigt. Ein solcher Entscheid kann weder für die Unfallversicherung noch für die berufliche Vorsorge massgebend sein; denn diese beiden Sozialversicherungen berücksichtigen lediglich die Einbusse im erwerblichen Bereich¹¹⁶. Analog verhält es sich, wenn die berufliche Vorsorge bei der weiter gehenden Vorsorge einen anderen Invaliditätsbegriff (beispielsweise die Berufsunfähigkeit oder die ausschliesslich krankheitsbedingte Invalidität) gewählt hat. Beizufügen ist, dass das In-Kraft-Treten des ATSG nichts an der Möglichkeit geändert hat, den Invaliditätsgrad durch einen Betätigungsvergleich festzusetzen¹¹⁷.

IV. Anpassung der Dauerleistung (Art. 17 ATSG)

- 56 Sozialversicherungsrechtliche Leistungen werden oft als Dauerleistungen ausgerichtet. Dies verhält sich etwa so bei den Renten, den Hilflosenentschädigungen oder bei den jährlichen Ergänzungsleistungen. Bei solchen Dauerleistungen kann sich der zugrunde lie-

113 Vgl. BGE 119 V 470.

114 Vgl. BGE 126 V 288.

115 Vgl. BGE 129 V 73.

116 Vgl. BGE 120 V 110 (bezüglich berufliche Vorsorge); vgl. auch BGE 119 V 475 (Invaliditätsgrad von Teilerwerbstätigen in der Unfallversicherung).

117 Dazu SVR 2005 IV Nr. 21.

gende Sachverhalt ändern, oder es können Entwicklungen der rechtlichen Grundlagen eintreten. Bei entsprechenden nachträglichen Änderungen stellt sich regelmässig die Frage, ob die bereits laufende Dauerleistung den Entwicklungen anzupassen ist oder nicht. Art. 17 ATSG legt diesbezüglich fest, dass die Dauerleistung einer nachträglich eintretenden Änderung des Sachverhaltes anzupassen ist.

Damit wird in doppelter Hinsicht eine negative Abgrenzung getroffen. Einerseits betrifft Art. 17 ATSG nicht die ursprüngliche Unrichtigkeit des Entscheides; hier stellt sich die Frage, ob gegebenenfalls eine Wiedererwägung oder eine prozessuale Revision vorzunehmen ist¹¹⁸. Andererseits wird in Art. 17 ATSG die nachträgliche Änderung der Rechtsgrundlage nicht erfasst; die Auswirkungen einer Gesetzes- oder Verordnungsänderung auf eine laufende Dauerleistung werden aber gegebenenfalls durch das jeweilige Übergangsrecht geregelt.

Artikel 17 ATSG ist im Abschnitt über die Geldleistungen eingeordnet¹¹⁹. Entgegen dieser systematischen Einordnung steht aber fest, dass sich die Bestimmung auch auf Entwicklungen des Sachverhaltes bei Sachleistungen bezieht. Wie aus Art. 17 Abs. 2 ATSG zu entnehmen ist, bezieht sich die Bestimmung nämlich auf «jede andere (...) Dauerleistung». Entsprechend können etwa auch berufliche Eingliederungsmassnahmen oder medizinische Massnahmen der IV gestützt auf Art. 17 ATSG angepasst werden. 57

Artikel 17 Abs. 1 ATSG ordnet die Auswirkungen der erheblichen Änderung des Invaliditätsgrades (nach Art. 16 ATSG) und bezieht sich deshalb auf die *Invalidenrente*. Die Anwendung der Bestimmung setzt eine erhebliche Änderung des Invaliditätsgrades voraus. Eine solche kann sich ergeben durch Entwicklungen 58

- des Gesundheitszustandes;
- der medizinisch-theoretischen Arbeitsfähigkeit;
- der massgebenden Vergleichseinkommen.

Daneben kann sich die Änderung des Invaliditätsgrades ergeben durch einen *Wechsel der Methode der Invaliditätsbemessung*. Hier fällt eben ins Gewicht, dass für die Bestimmung der Invalidität nicht eine einheitliche Bemessungsmethode gilt, sondern unterschiedliche Vorgehensweisen bestehen. Bei Personen, welche ohne gesundheitliche Einbussen teilweise erwerbstätig, teilweise nichterwerbstätig sind, ist zunächst das gegenseitige Verhältnis der beiden Tätigkeiten zu ermitteln und sodann – nach der sogenannten *gemischten Methode* – der Invaliditätsgrad für den Bereich der Erwerbstätigkeit nach der Methode des Einkommensvergleichs und derjenige für den Bereich der Nichterwerbstätigkeit nach der spezifischen Methode festzulegen. Die Addition der beiden Grade ergibt den gesamten massgebenden Invaliditätsgrad.¹²⁰ 59

Beispiel: Das nachfolgende Beispiel geht davon aus, dass – als Eingangsfrage – geklärt wurde, in welchem Ausmass die betreffende Person erwerblich tätig wäre, wenn sie keine gesundheitliche Einbusse erlitten hätte. Im konkreten Beispiel haben die entsprechenden Abklärungen ergeben, dass eine Erwerbstätigkeit im Umfang von 60 % ausgeübt würde (eben ohne gesundheitliche Einbusse und also hypothetisch). In medizinischer Hinsicht geht das nachfolgende Beispiel davon aus, dass die bisherige erwerbliche Tätigkeit in zumutbarere Weise noch im Umfang von 30 % ausgeübt werden kann. Deshalb werden im erwerblichen Bereich das Valideneinkommen (bezogen auf die Tätigkeit zu 60 %) und das zumutbare Invalideneinkommen (bezogen auf die noch 60

118 Vgl. dazu Art. 53 ATSG sowie Rz 183 ff.

119 Vgl. Randtitel zu Art. 15 ATSG.

120 Vgl. Art. 28a IVG.

zumutbare Tätigkeit im Umfang von 30 %) verglichen, was einen prozentualen Rückgang der Einkommen von 50 % ergibt. Dieser Invaliditätsgrad von 50 % ist sodann in einem zweiten Schritt zu gewichten mit dem Erwerbsanteil von 60 %, was einen anteilmässigen Invaliditätsgrad von 30 % ergibt. Im Aufgabenbereich wird durch die Haushaltsabklärung ermittelt, dass die Einschränkung 20 % beträgt; auch hier muss bezogen auf den Anteil der Haushaltsführung im Umfang von 40 % eine zweite Umrechnung vorgenommen werden, was in der Folge einen anteilmässigen Invaliditätsgrad von 8 % ergibt. Addiert ergibt sich also im nachstehenden Beispiel ein gesamter Invaliditätsgrad von 38 %.

61

Anteil Erwerb – Aufgabenbereich	Einschränkung	Anteilmässige Einschränkung
60 % Erwerb	Valideneinkommen (aus der Tätigkeit zu 60 %) = 60 000 Invalideneinkommen (aus der medizinisch-theoretisch noch zumutbaren Tätigkeit im Umfang von 30 %) = 30 000 Resultat: Invaliditätsgrad von 50 %	Invaliditätsgrad von 50 % bezogen auf den Erwerbsanteil von 60 % = 30 %
40 % Aufgabenbereich	Einbusse ermittelt durch eine Abklärung im Einzelfall = (Annahme im Beispiel) 20 %	Invaliditätsgrad von 20 % bezogen auf den Anteil Aufgabenbereich von 40 % = 8 %
		Gesamtinvaliditätsgrad von 38 %

62

Das vorstehende Beispiel kann durch eine spätere *Veränderung der massgebenden Umstände* weiterentwickelt werden. So wird nachstehend angenommen, dass nach einer gewissen Zeitphase nicht mehr von einem Erwerbsanteil von 60 % auszugehen ist; die Abklärungen haben also ergeben, dass – wiederum ohne gesundheitliche Einbusse – die betreffende Person mittlerweile in einem höheren Ausmass erwerbstätig tätig wäre, wenn sie nicht gesundheitlich eingeschränkt wäre. Dabei geht das folgende Beispiel davon aus, dass später die Erwerbstätigkeit hypothetisch (eben ohne gesundheitliche Einbusse) auf 80 % erhöht worden wäre. Alle übrigen Umstände (gesundheitliche Situation, Einbusse in der Haushaltsführung) sind dabei unverändert geblieben. Die Berechnung des Invaliditätsgrades erfolgt wie beim voranstehenden Beispiel. Dieses zeigt, dass einzig durch die Annahme einer erhöhten Arbeitstätigkeit ohne gesundheitliche Einbusse (Erhöhung von 60 % auf 80 %) eine Erhöhung des Gesamtinvaliditätsgrades von 38 % auf 54 % erfolgt. Dieses auf den ersten Blick erstaunliche Resultat spiegelt die Besonderheiten der Rechtsprechung zur gemischten Methode.

63

80 % Erwerb	Valideneinkommen (aus der Tätigkeit zu 80 %) = 80 000 Invalideneinkommen (aus der medizinisch-theoretisch noch zumutbaren Tätigkeit im Umfang von 30 %) = 30 000 Resultat: Invaliditätsgrad von 62,5 %	Invaliditätsgrad von 62,5 % bezogen auf den Erwerbsanteil von 80 % = 50 %
-------------	--	---

20 % Aufgabenbereich	Einbusse ermittelt durch eine Abklärung im Einzelfall = (Annahme im Beispiel) 20 %	Invaliditätsgrad von 20 % bezogen auf den Anteil Aufgabenbereich von 20 % = 4 %
		Gesamtinvaliditätsgrad von 54 %

Es sind bei der Überprüfung nach dem Eintritt allfälliger Änderungen des Invaliditätsgrades jeweils zwei Sachverhalte zu *vergleichen*, wobei in zeitlicher Hinsicht zum einen auf den Zeitpunkt der ursprünglichen Rentenverfügung und zum anderen auf denjenigen des (zu treffenden) Anpassungsentscheides abzustellen ist. Die Änderung ist dann erheblich, wenn sie sich auf den Rentenanspruch auswirkt. Diesbezüglich muss berücksichtigt werden, dass die IV eine grobe Abstufung kennt, während beispielsweise in der Unfallversicherung oder der Militärversicherung die Renten prozentgenau festgesetzt werden¹²¹. 64

Nach Art. 17 Abs. 2 ATSG sind auch die *anderen Dauerleistungen* entsprechend anzupassen. Im Vergleich der beiden Absätze von Art. 17 ATSG fällt die in Art. 17 Abs. 2 ATSG enthaltene offenere Umschreibung der Änderung auf. Diese Regelung erklärt sich daraus, dass eine Vielzahl verschiedener Dauerleistungen erfasst wird, bei denen je unterschiedliche Kriterien massgebend sind. Vorausgesetzt ist aber auch hier eine erhebliche Entwicklung des Sachverhaltes¹²². 65

Die Anpassung erfolgt von Amtes wegen oder auf Gesuch hin. Für die Vornahme von Revisionen gelten also keine bestimmten Termine. Bei der auf Gesuch hin vorzunehmenden Rentenanpassung ist erforderlich, dass das Vorliegen einer entsprechenden Tatsachenänderung jedenfalls glaubhaft gemacht wird; andernfalls steht es dem Versicherungsträger frei, auf ein entsprechendes Gesuch nicht einzutreten¹²³. 66

V. Auszahlung von Geldleistungen (Art. 19 ATSG)¹²⁴

Artikel 19 ATSG bezieht sich auf Geldleistungen und erfasst dabei sowohl die periodischen wie auch die einmaligen Leistungen. Für die *periodischen Geldleistungen* wird das Prinzip aufgestellt, dass diese in der Regel monatlich ausbezahlt werden, womit der prinzipielle Charakter des Lohnersatzes betont wird. Zu den periodischen Geldleistungen gehören insbesondere die Renten, Hilflosenentschädigungen und Taggelder. Bei Renten und Hilflosenentschädigungen ist zudem geregelt, dass diese monatlich und im Voraus ausbezahlt werden. Nach der Rechtsprechung besteht kein einheitlicher Vorauszahlungszeitpunkt, und es steht deshalb dem Verordnungsgeber zu, die entsprechenden Konkretisierungen zu treffen¹²⁵. 67

Geldleistungen stehen der *anspruchsberechtigten Person* zu, und es kann nur bei bestimmten Sachverhalten von dieser Auszahlung abgewichen werden¹²⁶. Bezogen auf Taggelder 68

121 Vgl. Art. 28 Abs. 1 IVG; zur prozentgenauen Bestimmung des Invaliditätsgrades vgl. BGE 130 V 121; in der UV und der MV ist nach der Praxis eine erhebliche Änderung gegeben, wenn eine absolute Veränderung von 5 % eintritt, wobei bei über 50 % liegenden Invaliditätsgraden kumulativ eine relative Veränderung von mindestens 10 % verlangt ist; vgl. KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 17 Rz 25.

122 Diese Erheblichkeit wird beispielsweise bei den jährlichen Ergänzungsleistungen dann angenommen, wenn eine betragsliche Veränderung von jährlich CHF 120.– eintritt; vgl. Art. 25 Abs. 1 ELV.

123 Vgl. dazu Art. etwa 87 Abs. 3 IVV; zur Konkretisierung der Glaubhaftmachung vgl. BGE 109 V 264, 130 V 64 ff.

124 Vgl. umfassend CHRISTOFFEL, S. 146 ff.

125 Vgl. dazu BGE 127 V 5 ff.

126 Vgl. zur Drittauszahlung wegen Gewährleistung zweckgemässer Verwendung Art. 20 ATSG und dazu Rz 97 ff.; zum Abtretungsverbot vgl. Art. 22 ATSG und dazu Rz 101 ff.; praktisch wichtige Besonderheiten bestehen in der Krankenversicherung (vgl. Art. 42 Abs. 1 KVG; dazu GÜR, S. 126 f.).

und ähnliche Entschädigungen sieht Art. 19 Abs. 2 ATSG dann eine Ausnahme vor, wenn die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber der versicherten Person trotz der Taggeldberechtigung Lohn zahlt. Damit liegt eine über Art. 22 Abs. 2 ATSG hinausgehende Drittauszahlungsmöglichkeit vor. Zu berücksichtigen ist, in welchem Ausmass der Arbeitgeber weiterhin Lohn ausrichtet, wobei für die Bestimmung dieses Ausmasses auf die Frankenbeträge abzustellen ist¹²⁷.

- 69 In Art. 19 Abs. 4 ATSG sind die *Vorschusszahlungen* geregelt. Im früheren Recht sahen einzelne Sozialversicherungszweige eine entsprechende Verpflichtung vor, welche nun mit Art. 19 Abs. 4 ATSG ausgeweitet wurde.

Die Ausrichtung der Vorschusszahlungen ist an eine doppelte *Voraussetzung* geknüpft. Zum einen muss der Anspruch auf Leistungen nachgewiesen erscheinen, was von der Rechtsprechung dahingehend konkretisiert wurde, dass mit einem über der überwiegenden Wahrscheinlichkeit liegenden Beweisgrad erstellt sein muss, dass ein Anspruch besteht¹²⁸. Zum andern ist vorausgesetzt, dass sich die Ausrichtung der Geldleistung verzögert, wobei das Gesetz keine bestimmten zeitlichen Limiten kennt. Anzunehmen ist, dass eine Verzögerung dann eintritt, wenn innert nützlicher Frist die Ausrichtung nicht erfolgt ist; dieser Zeitpunkt ist jedenfalls vor demjenigen erreicht, in welchem eine rechtsverzögernde Vorgehensweise des Verwaltungsträgers anzunehmen ist¹²⁹.

VI. Verzugs- und Vergütungszinsen (Art. 26 ATSG, Art. 6 f. ATSV)

1. Verzugs- und Vergütungszinsen bei Beiträgen

- 70 Artikel 26 Abs. 1 ATSG legt in allgemeiner Form fest, dass bei Fälligkeit Verzugs- und Vergütungszinsen zu leisten sind, soweit es sich um Beiträge handelt. *Verzugszins* im Sinne von Art. 26 Abs. 1 ATSG liegt dort vor, wo ein Beitrag nicht am Fälligkeitstermin bezahlt wird; von *Vergütungszins* ist die Rede, wo ein Sozialversicherungsbeitrag zurückzuerstaten ist. Die Bestimmung meint also nicht einen Verzugszins im Sinne von Art. 104 Abs. 1 OR, da beim Verzugszins gemäss Art. 26 Abs. 1 ATSG Bezug genommen wird auf die Fälligkeit und nicht auf den Verzug; der vom ATSG gewählte Sprachgebrauch entspricht also nicht der obligationenrechtlichen Begriffsverwendung.
- 71 Indem Art. 26 Abs. 1 ATSG eine allgemeine *Verzugszinspflicht für Beiträge* einführt, wird der Grundsatz der Zinspflicht von fälligen Beiträgen verankert¹³⁰. Der Beitrag ist fällig, wenn der Sozialversicherungsträger ihn einfordern und (gegebenenfalls) einklagen darf. Wann dieser Zeitpunkt eintritt, wird nicht durch das ATSG, sondern durch das Einzelgesetz bestimmt.
- 72 Zinsen – nämlich Vergütungszinsen im Sprachgebrauch von Art. 26 Abs. 1 ATSG – sind ebenfalls bei allfälligen Rückerstattungen von Beiträgen zu entrichten, was das Gegenstück zur Verzugszinspflicht bei Beiträgen darstellt. Aus verwaltungsökonomischen Grün-

127 Vgl. Näheres dazu bei KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 19 Rz 28.

128 Vgl. SVR 2005 IV Nr. 40; dem Entscheid kann nicht zugestimmt werden; aus Art. 19 Abs. 4 ATSG und aus den dazugehörigen Materialien lässt sich entnehmen, dass der hohe Beweisgrad des Nachweises entscheidend gemildert wird dadurch, dass ein «Erscheinen» ausreicht. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Anspruch auf Vorschusszahlungen bestehen soll, wenn mit überwiegender Wahrscheinlichkeit der Anspruch auf Leistungen erstellt ist.

129 Im bisherigen Recht wurde bei Hinterlassenenrenten eine Verzögerung angenommen, wenn die Leistungen mehr als einen Monat verspätet ausgerichtet werden (vgl. Art. 62 Abs. 2 UVV, der im Zusammenhang mit dem In-Kraft-Treten des ATSG keine Veränderung erfahren hat); vgl. Näheres dazu bei KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 19 Rz 31.

130 Vgl. BBl 1999 4579.

Chapitre I

Les personnes assurées

La LAA distingue l'assurance obligatoire en faveur des salariés et l'assurance facultative, réservée aux personnes exerçant une activité lucrative indépendante. Elle ne traite en revanche pas de l'assurance-accidents privée qui n'entre pas dans le champ d'application des assurances sociales suisses et est régie par le droit privé, en particulier la LCA. 1

§ 1 L'assurance obligatoire

I. Le champ d'application personnel

Bibliographie : LEU Agnes, Die Unfallversicherung für arbeitslose Personen, RSAS 2008, p. 261 ss ; LEUZINGER-NAEF SUSANNE, Sozialversicherungsrechtliche Probleme flexibilisierter Arbeitsverhältnisse, in : E. Murer (édit.), Neue Erwerbsformen – veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht ?, Freiburger Sozialrechtstag 1996, p. 91 ss ; SCHLEGEL PETER, Gedanken zum Arbeitnehmerbegriff in der obligatorischen Unfallversicherung, RSAS 1986, p. 239 ss.

Sont obligatoirement assurés, selon l'art. 1a al. 1 LAA, les *travailleurs* occupés en Suisse. La LAA ne définit pas la notion de travailleur. De manière générale, la jurisprudence considère comme tel la personne qui, dans un but lucratif ou de formation, exécute durablement ou passagèrement un travail pour un employeur, auquel elle est plus ou moins subordonnée et sans avoir à supporter pour cela un risque économique¹. Ce sont donc avant tout les personnes au bénéfice d'un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO ou qui sont soumises à des rapports de service de droit public qui sont ici visées. Dans le doute, la qualité de travailleur doit être déterminée, de cas en cas, à la lumière de l'ensemble des circonstances de l'espèce, notamment au regard de l'existence d'une prestation de travail, d'un lien de subordination et d'un droit au salaire sous quelque forme que ce soit. De simples coups de main ne suffisent ainsi pas pour créer une relation de travail, pas plus que l'exercice de certaines activités accomplies par pure complaisance pour une autre personne durant une période limitée². 2

La notion de travailleur dans l'assurance-accidents est une notion autonome, qui ne se recouvre pas nécessairement avec celle de salarié dans le droit de l'AVS : elle est plus proche de la notion de travailleur au sens des art. 319 ss CO. Pour des raisons pratiques, la jurisprudence a toutefois rapproché la notion de travailleur de la LAA de celle de l'AVS, en précisant que des impératifs de coordination exigent que l'assureur-accidents ne s'écarte pas, sauf inexactitude manifeste, de la qualification des organes de l'AVS³. Depuis le 1^{er} janvier 1998, ce principe a trouvé sa concrétisation dans l'art. 1^{er} OLAA d'après lequel est réputé travailleur selon l'art. 1a al. 1 LAA quiconque exerce une activité lucrative dépendante au sens de la LAVS. 3

1 ATF 115 V 55 consid. 2d ; RAMA 1992 n° U 155, p. 251 consid. 2b.

2 Arrêt U 85/00 du 15 décembre 2000 consid. 2a.

3 RAMA 1992 n° U 155, p. 251.

- 4 La règle selon laquelle la qualification de travailleur par les organes de l'AVS entraîne celle de travailleur au sens de la LAA n'a toutefois pas de portée absolue ; elle n'exclut pas qu'une personne puisse tomber sous le coup des règles de la LAA sans être considérée à la fois comme un travailleur au sens de la LAVS. Ainsi, lorsqu'une adolescente qui n'a pas encore atteint l'âge de cotiser à l'AVS exerce une activité lucrative pendant ses vacances, elle sera obligatoirement assurée sous l'angle de la LAA⁴, sans être assujettie à l'AVS.
- 5 On relèvera par ailleurs que la définition de salarié prévue à l'art. 10 LPGA n'a pas modifié la notion de travailleur dans l'assurance-accidents, puisque cette disposition se limite à définir le salarié en renvoyant, pour le gain déterminant, aux lois spéciales des différentes branches de l'assurance sociale.
- 6 En dérogation à l'art. 1a al. 1 LAA, il peut arriver qu'en application de l'ALCP, de ses annexes et des règlements 883/2004 et 987/2009 (auxquels renvoie l'art. 115a LAA)⁵, un travailleur au sens de la LAA ne soit pas assuré obligatoirement contre les accidents conformément à cette loi, s'il est occupé en Suisse et simultanément dans un ou plusieurs autres États membres de l'Union européenne⁶.
- 7 Contrairement à l'affiliation à l'AVS, l'assujettissement à l'assurance-accidents n'est soumis à aucune limite d'âge, inférieure ou supérieure⁷. Il n'implique pas, d'autre part, un horaire minimal de travail ou le versement d'un salaire minimum. Ainsi, une personne qui effectue des jours d'essai dans une entreprise sans être rémunérée pour son travail est assurée par l'intermédiaire de l'employeur, lorsque celui-ci a un intérêt économique à la prestation accomplie⁸. Par ailleurs, la nature de l'activité exercée importe peu : le gain peut aussi bien provenir d'une activité licite que d'une occupation illicite, en particulier d'un « travail au noir »⁹. Enfin, le rapport d'assurance découle de la loi. Il ne dépend pas d'une décision d'affiliation, de la conclusion d'un contrat d'assurance ou encore d'une déclaration de l'employeur. Peu importe au demeurant que les primes d'assurance aient ou non été payées.
- 8 La loi précise que sont aussi assurés les travailleurs à domicile, les apprentis, les stagiaires, les volontaires, ainsi que les personnes travaillant dans des écoles de métiers ou des ateliers protégés (art. 1a al. 1 LAA). Pour certaines de ces catégories – les volontaires ou les stagiaires – l'assujettissement ne suppose donc pas l'existence d'une rémunération¹⁰ ; l'activité vise un but de formation ou de préparation à une formation ou au choix d'une formation. Un gain assuré fictif est néanmoins prévu dans ces cas¹¹. L'ancien Tribunal fédéral des

4 Voir *infra* n° 8.

5 Ces deux règlements ont remplacé les règlements 1408/71 et 574/72 à partir du 1^{er} avril 2012 dans les relations entre la Suisse et l'Union européenne.

6 Voir *infra* n° 22 ss. En ce qui concerne les relations entre la Suisse et les États de l'AELE, la Convention AELE reprend, dans le domaine de la sécurité sociale, les règles fixées dans l'ALCP ; en particulier, la partie essentielle de l'annexe K à la Convention AELE correspond à la partie centrale de l'ALCP, alors que l'appendice 2 de l'annexe K à la Convention AELE correspond largement à l'annexe II à l'ALCP (coordination des systèmes de sécurité sociale) ; ces textes renvoient notamment aux règlements 1408/71 et 574/72, tandis que les nouveaux règlements n'ont pas encore été repris.

7 ATF 115 V 55 : cas d'une écolière âgée de 15 ans travaillant pendant ses loisirs dans un centre équestre.

8 Arrêt 8C_503/2011 du 8 novembre 2011.

9 ATF 118 V 79. Voir aussi ATF 121 V 321, à propos d'un ouvrier agricole étranger sans permis de travail.

10 Arrêt 8C_183/2014 du 22 septembre 2014 à propos d'une personne engagée dans un projet de recherche académique, dans un pays africain.

11 L'art. 115 al. 1 let. b OLAA prévoit un gain assuré fictif soumis à une prime pour les stagiaires, les volontaires et les personnes se préparant au choix d'une profession ou occupés dans des écoles de métiers : pour les personnes âgées de 20 ans révolus, il correspond à 20 % au moins du gain maximum journalier assuré et, avant l'âge de 20 ans, à 10 % au moins de ce maximum. Voir pour le calcul de l'indemnité journalière dans un tel cas, l'art. 23 al. 6 OLAA, *infra* n° 184 sous c.

assurances a toutefois jugé que le gain assuré pour une personne accomplissant un stage d'orientation professionnelle doit être déterminé en se référant aux taux en pour cent des salaires moyens établis en fonction de l'âge de l'assuré, lesquels sont applicables dans le domaine de l'invalidité pour fixer le revenu hypothétique sans invalidité d'assurés qui n'ont pas pu acquérir des connaissances professionnelles en raison de l'invalidité¹².

Conformément à la délégation que lui confère l'art. 1a al. 2 LAA, le Conseil fédéral a *étendu* l'assurance obligatoire à certaines catégories de personnes (art. 1a OLAA), par exemple les personnes appartenant à une communauté religieuse ou les personnes détenues (sous certaines conditions), tandis qu'il en a *exempté* d'autres (art. 2 et 3 OLAA).

C'est le cas en particulier des membres de la famille¹³ de l'employeur travaillant dans l'entreprise familiale qui, sous certaines conditions, ne sont pas assurés à titre obligatoire. Contrairement à la teneur imprécise de l'art. 2 al. 1 let. a OLAA, l'assurance obligatoire de cette catégorie de personnes dépend non seulement de la perception d'un salaire, mais encore de l'obligation de cotiser, et non pas du fait de savoir si des cotisations sont effectivement versées à l'AVS¹⁴. Par ailleurs, est assuré à titre obligatoire et ne tombe donc pas sous le coup de l'exception de cette disposition, un membre de la famille qui effectue son apprentissage d'agriculteur dans l'entreprise agricole de ses parents¹⁵.

Une exception à l'obligation d'être assuré est également prévue pour les personnes qui vivent en concubinage et sont, à ce titre, tenues de verser des cotisations AVS (art. 2 al. 1 let. g OLAA). Cette dérogation n'a plus de raison d'être aujourd'hui¹⁶. Par le renvoi à l'AVS, l'art. 2 al. 1 let. g OLAA visait en effet les personnes vivant en concubinage qui s'occupaient du ménage et bénéficiaient, en échange, de prestations en nature et d'un argent de poche (mais pas d'un salaire en tant que tel). Or, en vertu d'un changement de jurisprudence du 18 juin 1999¹⁷, ces personnes ne sont plus soumises à cotisations en tant que salariées et doivent, du point de vue de leur statut de cotisants, être considérées comme des personnes n'exerçant pas d'activité lucrative, ni les prestations en nature, ni l'argent de poche ne constituant dès lors un salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS. Pour ce motif, elles ne sont pas non plus soumises à l'assurance-accidents.

Est en revanche assujettie à l'assurance obligatoire la personne vivant en concubinage dont l'activité consiste à tenir le ménage commun et qui, en échange de cette activité, reçoit, en plus des prestations en nature (nourriture et logement) ainsi que d'un éventuel argent de poche, un salaire en espèces dans le cadre d'un contrat de travail¹⁸. Cette solution est discutable car elle permet l'assujettissement à l'assurance-accidents obligatoire des personnes qui exercent une activité ménagère dans leur propre ménage. Or, une telle

12 ATF 124 V 301, selon lequel l'OLAA contient une lacune authentique en ce qui concerne le gain assuré de cette catégorie de personnes, lacune qu'il y a lieu de combler en se référant à l'art. 26 al. 1 RAI. On peut se demander si le TFA n'aurait pas dû appliquer l'art. 115 al. 1 let. b OLAA pour déterminer le gain assuré.

13 Notion qui englobe exclusivement les membres de la famille au sens du droit de la famille du CC; la qualité de membre de la famille ne résulte donc ni des fiançailles ni du concubinat (ATF 121 V 125; voir aussi le commentaire critique de THOMAS KOLLER, PJA 1995, p. 1081 sv.).

14 Arrêt U 120/00 du 9 janvier 2001 consid. 3b/bb.

15 Arrêt U 99/04 du 25 octobre 2004.

16 Dans ce sens, THOMAS GÄCHTER, Der haushaltführende Konkubinatspartner als Arbeitnehmer, Bemerkungen zum BGE U 307/03 des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 19. August 2004, in: Jusletter du 20 décembre 2004, n° 25 ss.

17 ATF 125 V 205.

18 ATF 130 V 553 consid. 3. Lorsque les concubins souhaitent déléguer à l'un des partenaires la tenue du ménage contre rémunération, il est préférable de régler la relation de travail par écrit, afin d'éviter les difficultés liées à la détermination de la nature et de l'étendue de la prestation de travail (THOMAS GÄCHTER, [cité note 16], n° 29).

activité ne présente pas les caractéristiques d'une activité dépendante soumise à la LAA (par exemple le lien de subordination)¹⁹.

- 13 Parmi les personnes exemptées figurent également celles qui sont au bénéfice de privilèges en vertu du droit international (art. 3 OLAA). L'exemption repose en fait, dans ce cas, sur la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, du 18 avril 1961²⁰, dont l'art. 33 par. 1 dispose que les agents diplomatiques sont exemptés, pour ce qui est des services rendus à l'État accréditant, des dispositions de sécurité sociale en vigueur dans l'État accréditaire. Le bénéfice de l'exemption s'étend aussi aux membres des missions permanentes auprès des organisations internationales, ainsi qu'aux membres du personnel de service (employés de maison, chauffeurs, jardiniers) qui ne sont pas ressortissants de l'État accréditaire ou n'y ont pas leur résidence permanente. Savoir si un employé est résident permanent se détermine au moment du recrutement. Le statut est alors fixé pour toute la durée des fonctions. Les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne l'emportent sur celles des conventions bilatérales de sécurité sociale, pour autant que celles-ci ne contiennent pas de règles sur le sujet²¹.
- 14 Le principe de l'exemption prévu par la Convention de Vienne autorise toutefois la personne exemptée à participer volontairement au régime de sécurité sociale de l'État (accréditaire) dans lequel elle exerce son activité, pour autant que cet État admette une telle participation (art. 33 par. 4 de la Convention). Une telle possibilité de s'affilier à l'assurance-accidents obligatoire est prévue, sous certaines conditions, par le droit suisse (cf. art. 3 al. 3 OLAA), lorsque la mission diplomatique, la mission permanente, une autre représentation auprès des organisations intergouvernementales ou le poste consulaire en font la demande à l'OFSP.
- 15 Le règlement 883/2004 ne comprend pas de dispositions particulières concernant la situation du personnel de service des missions diplomatiques et des postes consulaires employé par un État partie à l'ALCP, à la différence du règlement 1408/71 qui prévoyait une solution qui s'écartait de celle de la Convention de Vienne. Seul le droit d'option pour les agents contractuels des Communautés européennes a été maintenu (art. 15 du règlement 883/2004).
- 16 La possibilité dont disposaient les personnes qui exercent une activité accessoire contre une rémunération de minime importance au sens du droit de l'AVS²² de renoncer à être assurées, avec l'accord de l'employeur, a été supprimée avec l'entrée en vigueur, au 1^{er} janvier 2008, de la LTN.
- 17 Les personnes au chômage qui remplissent les conditions de l'art. 8 LACI ou qui perçoivent des indemnités conformément à l'art. 29 LACI sont obligatoirement assurées (art. 2 OAAC). Dans le cadre de l'examen de la couverture d'assurance au sens de l'art. 2 OAAC, l'assureur-accidents ne dispose d'aucune marge de manœuvre pour procéder à sa propre appréciation des conditions de l'art. 8 LACI lorsque les organes de l'assurance-chômage reconnaissent le droit d'une personne aux prestations de chômage et que leur décision apparaît fondée²³.
- 18 Il n'est pas nécessaire que les personnes au chômage aient été auparavant soumises à l'assurance-accidents : sont par exemple aussi assurés les chômeurs qui bénéficient de la libé-

19 Voir aussi PATRICIA USINGER-EGGER, Unfallversicherung: Versicherungsobligatorium und Konkubinats, RSAS 2005, p. 494 ss.

20 RS 0.191.01.

21 Sur ces divers points : ATF 120 V 405.

22 Soit 2300 fr. (art. 34d al. 1 RAVS) ; cf. art. 2 al. 2 aOLAA.

23 Arrêt 8C_1010/2009 du 2 juin 2010.

ration des conditions relatives à la période de cotisation (art. 14 LACI). Cette situation doit être distinguée de celle d'un individu qui, au terme de sa scolarité obligatoire, participe à un « semestre de motivation » destiné aux jeunes sans place d'apprentissage, mais sans percevoir d'indemnités de chômage, ni remplir les conditions de l'art. 8 LACI, de sorte qu'il n'est pas assuré à l'assurance-accidents obligatoire²⁴.

À l'avenir, le principe selon lequel les personnes au chômage sont obligatoirement assurées à l'assurance-accidents obligatoire devrait être inscrit directement dans la LAA. Dans le cadre de la révision de la loi, le Conseil fédéral propose de compléter l'art. 1a LAA sur ce point²⁵. 19

II. Le champ d'application territorial

Bibliographie : FRÉSARD JEAN-MAURICE/MÉTRAL JEAN, Le détachement de travailleurs salariés en matière de sécurité sociale: la réglementation en droit communautaire et en droit suisse, in: G. Riemer-Kafka/A. Rumo-Jungo (édit.), *Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit*, Mélanges Erwin Murer, Berne 2010, p. 163 ss; KAHIL-WOLFF BETTINA, La nouvelle coordination sociale européenne (Règlements 883/2004 et 987/2009): répercussions sur la sécurité sociale en Suisse, in: F. Werro/T. Probst (édit.), *Journées du droit de la circulation routière*, Fribourg les 7-8 juin 2010, Berne 2010, p. 99 ss; KAHIL-WOLFF BETTINA/PACIFICO CORINNE, Sécurité sociale, droit du travail et fiscalité: le droit applicable en cas de situations transfrontalières, in: B. Kahil-Wolff (édit.), *Assujettissement, cotisations et questions connexes selon l'Accord sur la libre circulation des personnes CH-CE*, Berne 2004, p. 25 ss.

L'assurance-accidents obligatoire, comme l'ensemble du droit suisse de la sécurité sociale, est régie par le principe de la territorialité de l'assurance. En dérogation à ce principe, la LAA contient des règles qui prescrivent l'application du droit suisse à des faits accomplis à l'étranger ou, inversement, l'application du droit étranger à des situations internes. Ainsi, l'art. 2 al. 1 LAA prévoit que les travailleurs détachés à l'étranger pendant une durée limitée par un employeur en Suisse y demeurent assurés. En principe, le rapport d'assurance est maintenu pendant deux ans, mais il peut, sur demande, être porté à six ans au plus (art. 4 OLAA). Cette règle est fondée sur l'idée que les personnes concernées ne sont détachées que pour une durée limitée et que la relation de travail avec l'employeur suisse subsiste pendant ce temps. 20

À l'inverse, les travailleurs détachés en Suisse pour une durée limitée par un employeur à l'étranger ne sont pas assurés (art. 2 al. 2 LAA). Bien entendu, cette règle, qui prend en considération le lien de ces personnes avec leur État d'origine, ne concerne pas les employés engagés en Suisse par un employeur étranger. La durée de l'exemption est d'un an, éventuellement de six ans, à condition que le travailleur bénéficie d'une protection équivalente dans son État d'origine (art. 6 al. 2 OLAA). À ce sujet, on précisera que l'art. 2 LDét prévoit que les employeurs étrangers doivent garantir aux travailleurs détachés au moins les conditions de travail et de salaire prescrites par les lois fédérales, ordonnances du Conseil fédéral, conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire et contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO, notamment dans le domaine de la sécurité, la santé et l'hygiène du travail (let. d). Les employeurs étrangers doivent donc respecter la législation suisse en matière de sécurité du travail, en particulier les prescriptions 21

24 Arrêt 8C_286/2009 du 5 novembre 2009, selon lequel l'art. 2 OACC est par ailleurs conforme à la Cst. Voir aussi, LEU, p. 262 ss.

25 Message additionnel, ch. 2.3.4, ad art. 1a al. 1 let. b P-LAA et message, ch. 2.1.3.5, ad art. 1a al. 1 let. b Projet. Proposition adoptée par le Parlement le 25 septembre 2015, FF 2015 6525.

de la LAA et de l'OPA sur la prévention des accidents et maladies professionnels²⁶, même si leurs employés ne sont pas assujettis à l'assurance-accidents suisse.

- 22 Il faut réserver les dispositions du règlement 883/2004. Le *principe du pays de l'emploi* prévu à l'art. 11 par. 3 let. a de ce règlement veut que la personne qui exerce une activité salariée²⁷ soit soumise à la législation en matière de sécurité sociale de l'État dans lequel elle exerce une activité lucrative, même si elle réside sur le territoire d'un autre État ou si l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre État membre. Par ailleurs, le *principe de l'unicité du droit applicable* (art. 11 par. 1 du règlement 883/2004) exige que les personnes auxquelles le règlement est applicable ne soient soumises qu'à la législation d'un seul État membre.
- 23 Il en découle que les ressortissants d'un État membre de l'Union européenne qui exercent leur activité lucrative en Suisse, mais résident dans un pays membre de l'Union européenne sont soumis aux dispositions du droit suisse (principe du pays de l'emploi) et sont donc obligatoirement assurés en vertu de la LAA. À noter qu'une personne qui bénéficie de prestations en espèces de courte durée du fait ou à la suite de son activité salariée est considérée comme exerçant cette activité (art. 11 par. 2 du règlement 883/2004). Ainsi, la personne domiciliée dans un État membre de l'Union européenne qui est incapable d'exercer son activité salariée en Suisse à la suite d'un accident et perçoit des indemnités journalières de ce fait est assimilée à une personne active et reste soumise à la législation suisse.
- 24 Lorsqu'une personne, de nationalité suisse ou ressortissante d'un État membre de l'Union européenne, est occupée simultanément comme travailleur salarié (« exerce normalement une activité salariée »²⁸) soit sur le territoire de plusieurs États membres, soit en Suisse et sur le territoire d'un ou de plusieurs États membres de l'Union européenne, elle est soumise à la législation d'un seul État (principe de l'unicité du droit applicable). Il s'agit de l'État membre de résidence²⁹ si elle exerce une partie substantielle de son activité dans cet État, indépendamment du nombre d'employeurs. Pour déterminer si une part substantielle de l'activité salariée – soit « une part quantitativement importante de l'ensemble des activités du travailleur salarié » sans qu'il s'agisse nécessairement de la majeure partie de ces activités – est exercée dans un État, les critères du temps de travail et/ou de la rémunération doivent être pris en compte ; la réunion de moins de 25 % de ces critères dans le cadre d'une évaluation globale indiquera qu'une partie substantielle des activités n'est pas exercée dans l'État concerné³⁰.
- 25 Pour la situation dans laquelle la personne concernée n'exerce pas une partie substantielle de son activité dans l'État membre de résidence, l'art. 13 par. 1 let. b du règlement 883/2004³¹ prévoit plusieurs cas de figure en fonction du nombre d'emplois. Lorsque l'intéressé travaille pour un employeur ou pour plusieurs employeurs qui ont leur siège ou domicile dans le même État membre, il est soumis à la législation de cet État membre (point i et ii). Il est en revanche soumis à la législation de l'État membre dans lequel il réside, lorsqu'il est employé par deux ou plusieurs employeurs qui ont leur siège ou domicile dans un État membre autre que l'État de résidence (point iv). Lorsque le travailleur exerce plu-

26 Voir à ce sujet, *infra* n° 727 ss.

27 Selon l'art. 1 let. a du règlement 883/2004, la qualification d'« activité salariée » dépend de la législation de sécurité sociale de l'État membre dans lequel l'activité est exercée (ou la situation assimilée se produit).

28 Pour une définition de l'exercice normal d'une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres, voir art. 14 par. 5 du règlement 987/2009.

29 Sur la notion de résidence au sens du droit communautaire, voir ATF 138 V 533 consid. 4.

30 Art. 14 par. 8 du règlement 987/2009.

31 Dans sa version modifiée par le Règlement (CE) n° 465/2012 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 (JO L 149/4 du 8 juin 2012), repris par la Suisse dès le 1^{er} janvier 2015 (RO 2015 345).

sieurs activités auprès d'employeurs qui ont leur siège ou domicile dans deux États membres, dont l'un est l'État de résidence, il est soumis à la législation de l'État membre dans lequel l'employeur ou l'entreprise a son siège ou son domicile, autre que l'État de résidence (point iii).

En ce qui concerne les travailleurs détachés, l'art. 12 par. 1 du règlement 883/2004 prévoit une période d'exemption de vingt-quatre mois, pendant laquelle la personne détachée par son employeur pour effectuer un travail pour son compte dans un autre État membre reste soumise à la législation de l'État d'envoi. Le détachement doit par ailleurs réaliser les conditions suivantes. Le travailleur ne doit pas être envoyé en remplacement d'une autre personne dont la période de détachement se termine³²; le détachement ne doit pas pouvoir être utilisé pour occuper des postes permanents grâce à l'envoi successif de travailleurs différents, mais affectés au même travail, à des fins identiques. Le travailleur ne doit pas forcément relever normalement de l'entreprise qui le détache, mais peut être recruté en vue de son détachement dans un autre État membre. Il doit cependant être, juste avant le début de son activité salariée, déjà soumis à la législation de l'État membre dans lequel est établi son employeur³³. Celui-ci est tenu, de son côté, de continuer à exercer normalement ses activités sur le territoire de l'État où l'entreprise est située, ce qui est le cas lorsque celle-ci y effectue généralement des activités substantielles autres que des activités de pure administration interne³⁴. Cette condition vise à empêcher qu'une entreprise (notamment de travail intérimaire) fasse valoir les règles sur le détachement, alors qu'elle n'a qu'un siège fictif dans l'État compétent.

Il incombe à l'employeur en Suisse qui souhaite bénéficier du détachement pour son travailleur de présenter une demande d'attestation de détachement à la caisse de compensation de l'AVS compétente. Si les conditions du détachement sont réalisées, celle-ci lui délivre l'attestation qui permet au travailleur suisse ou au ressortissant de l'Union européenne, occupé par un employeur en Suisse qui l'envoie à l'étranger, d'être exempté de l'assujettissement dans l'État sur le territoire duquel il est envoyé (formulaire A1). L'institution compétente pour délivrer l'attestation a le devoir de procéder à une appréciation correcte des faits pertinents en relation avec le détachement et de garantir ainsi que les mentions y figurant soient bien complétées³⁵. Selon la pratique administrative³⁶, l'attestation de détachement lie les autorités de sécurité sociale de l'État dans lequel s'exerce l'activité temporaire, tant que celle-ci n'est pas retirée ou annulée par l'institution compétente de l'État d'envoi. Par ailleurs, dans le cas où l'assureur-accidents a connaissance, en fonction du domaine d'activités de l'entreprise qui lui est soumise, du fait que des travailleurs sont employés à l'étranger pour de courtes durées, il est tenu d'attirer l'attention des personnes concernées sur la nécessité de demander l'attestation de détachement. À dé-

32 Art. 12 par. 1 du règlement 883/2004 (dans sa version modifiée par le Règlement (CE) n° 465/2012 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 [JO L 149/4 du 8 juin 2012], repris par la Suisse dès le 1^{er} janvier 2015 [RO 2015 345]).

33 Art. 14 par. 1 du règlement 987/2009. Pendant la durée du détachement, il doit par ailleurs exister un lien de subordination direct (lien organique) relevant du droit du travail entre le travailleur salarié et son employeur (cf. arrêts de la CJCE du 5 décembre 1967, Van der Vecht, 19/67, Rec. p. 446 et du 17 décembre 1970, Manpower/Caisse d'assurance maladie, 35/70, Rec. p. 1251).

34 Ce qui peut se vérifier par le biais de « tous les facteurs caractérisant les activités de l'entreprise en question » (art. 14 par. 2 du règlement 987/2009); on peut penser à des critères tels que le type d'activités exercées, le chiffre d'affaires réalisé pendant une certaine période, le lieu du siège de l'entreprise et de son administration, ou l'effectif de son personnel administratif travaillant (cf. arrêts de la CJCE du 9 novembre 2000, Plum, C-404/98, Rec. p. I-9379, et du 10 février 2000, FTS [Fitzwilliam Technical Services], C-202/96, Rec. p. I-883, point 43).

35 Cf. le ch. 7 de la Décision n° 181 de la Commission administrative des Communautés européennes pour la sécurité sociale des travailleurs migrants, du 13 décembre 2000 (JO L 329/73 du 14 décembre 2001).

36 OFAS, Memento « La sécurité sociale des travailleurs détachés CH-UE », édition avril 2012. Sur la portée de l'attestation de détachement, voir aussi FRÉSARD/MÉTRAL, p. 180 ss.

faut, il peut être obligé en vertu des règles sur la protection de la bonne foi de verser les prestations d'assurance comme s'il avait d'emblée assuré le travailleur détaché³⁷.

- 28 La *prolongation de la durée de détachement* est possible, pour autant que l'État depuis lequel a lieu le détachement et celui où l'activité est exercée concluent un accord particulier sur ce point (cf. art. 16 par. 1 du règlement 883/2004). En Suisse, il appartient à l'OFAS de donner son accord à la prolongation de la durée de détachement d'un travailleur occupé par un employeur qui a son domicile ou son siège dans un État membre de l'Union européenne. L'employeur soumettra une demande à l'OFAS, qui tentera de trouver un accord particulier avec l'institution compétente de l'État dans lequel la personne détachée exerce son activité. En cas de conclusion d'un tel accord, l'OFAS envoie à l'employeur une attestation précisant que la législation suisse reste applicable.
- 29 En dehors du champ d'application de l'ALCP, des conventions bilatérales de sécurité sociale contiennent également des dispositions en matière de détachement de travailleurs qui l'emportent sur la législation interne et qui sont en principe applicables quelle que soit la nationalité du travailleur détaché³⁸.
- 30 Signalons pour terminer que l'art. 5 OLAA règle l'assurance pour une activité permanente ou passagère à l'étranger des travailleurs des entreprises de transport et des administrations publiques, conformément à la délégation de compétence de l'art. 2 al. 3 LAA³⁹.

III. Le champ d'application dans le temps

Bibliographie : BRUCHEZ CHRISTIAN, La nouvelle assurance-maternité et ses effets sur le droit du contrat de travail, SJ 2005 II 247 ss ; GUIGNARD DANIEL, Le début et la fin de l'assurance-accidents (LAA), thèse, Lausanne 1997 ; HOLLIGER-HAGMANN EUGÉNIE, 30 Tage weiter versichert: Nachdeckung, Schweizer Versicherung 12/2011, p. 49 ; KOLLER THOMAS, Soll man vor Antritt einer neuen Stelle vor Mitternacht ins Bett ? – Bemerkungen zu einer fragwürdigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Unfallversicherungsrecht, in: Jusletter du 11 octobre 2010 ; SCHÜRER CHRISTIAN, Der Beginn des Versicherungsschutzes nach dem Unfallversicherungsgesetz, in: R. Schaffhauser/F. Schlauri (édit.), Sozialversicherungsrechtstagung 2002, Saint-Gall 2002, p. 159 ss.

- 31 Aux termes de l'art. 3 al. 1 LAA, l'assurance produit ses effets dès le jour où le travailleur commence ou aurait dû commencer le travail en vertu de l'engagement, mais en tout cas dès le moment où il prend le chemin pour se rendre au travail.
- 32 En principe, la couverture d'assurance débute, *au plus tard*, au moment où effectivement la personne commence le travail. Le début de l'assurance dépend donc d'un fait (le commencement du travail) et non pas d'un rapport juridique⁴⁰.
- 33 La notion du début effectif du travail doit être interprétée largement en ce sens que l'assurance peut déjà produire ses effets avant le commencement de l'activité pour laquelle le travailleur a été engagé, au moment où il s'acquitte d'obligations découlant du contrat de travail et présentant le caractère d'actes de préparation au travail⁴¹. Constitue, par

37 Arrêt 8C_475/2009 du 22 février 2010. Sur l'obligation d'informer de l'assureur, voir *infra* n° 696 ss.

38 Par exemple l'art. 7 de la Convention du 24 février 1994 de sécurité sociale entre la Confédération suisse et le Canada (RS.0.831.109.232.1).

39 Les art. 11 et 15 du règlement 883/2004 prévoient également des règles spéciales pour les fonctionnaires, les agents contractuels des Communautés européennes et les gens de mer.

40 ATF 136 V 339 consid. 6.1 et 6.2, qui confirme les principes dégagés par le passé (ATF 118 V 177 consid. 1a ; ATFA 1963 p. 236 consid. 4 ; arrêt U 6/99 du 10 mai 2001 consid. 3a). *Contra* SCHÜRER, p. 174 sv., GUIGNARD, p. 95 ss, et KOLLER, selon lesquels le travailleur devrait être assuré dès le jour où débute le rapport (juridique) de travail en vertu du contrat de travail.

41 Arrêt U 6/99 du 10 mai 2001 consid. 3b.

Erstes Kapitel

Die AHV als Teil der schweizerischen Sozialversicherung

§ 1 Einordnung der AHV

Dem Konzept der schweizerischen Sozialversicherung entspricht es, bestimmte *Risiken* zu 1
umschreiben, bei deren Eintritt Leistungen erbracht werden. Dabei kann sich das einzelne
Sozialversicherungsgesetz auf ein einziges Risiko beschränken¹, doch regeln die schweize-
rischen Gesetze überwiegend mehrere Risiken zugleich².

Das *Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung* (AHVG)³ erfasst die
Risiken des Todes und des Alters. Eine Leistungspflicht beim Eintritt eines dieser bei-
den Risiken wird daneben durch weitere sozialversicherungsrechtliche Erlasse geord-
net⁴. Innerhalb des Drei-Säulen-Prinzips⁵ gehört die AHV zusammen mit der IV zur
ersten Säule, welche eine angemessene Deckung des Existenzbedarfes ermöglichen
soll⁶. Diese Ausgestaltung der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge in drei
Säulen wird durch die Bundesverfassung in Art. 111 BV vorgegeben; diese Bestim-
mung und das durch sie festgelegte Drei-Säulen-Prinzip bilden das Kernelement der
schweizerischen Sozialverfassung⁷. Die AHV basiert auf dem Grundsatz der versiche-
rungstechnischen Solidarität⁸ und stellt von ihrer Konzeption her eine Volksversiche-
rung dar⁹.

Eine erste *Verfassungsbestimmung* zur AHV war in der Abstimmung vom 6. Dezember 2
1925 angenommen worden¹⁰. Eine wichtige Weichenstellung erfolgte im Jahr 1972, als mit
Art. 34^{quater} aBV ein Drei-Säulen-Prinzip eingeführt wurde¹¹. Die heutige verfassungs-
rechtliche Grundlage für die AHV findet sich in Art. 112 BV. Diese Bestimmung enthält
die zentralen Elemente für die Ausgestaltung der AHV, nämlich das Versicherungsobliga-
torium, die angemessene Deckung des Existenzbedarfes durch die Renten, die Beschrän-
kung der Maximalrente auf das Doppelte der Minimalrente, das Mindesterfordernis der
Anpassung der Renten an die Preisentwicklung und bestimmte Grundsätze für die Finan-

1 So regelt das Bundesgesetz über die Familienzulagen in der Landwirtschaft (FLG) ausschliesslich das Ri-
siko der familienbedingten Mehrkosten.

2 Das Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) lässt die ge-
regelten Risiken bereits im Titel erkennen; das Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) regelt
neben dem Unfall auch das Risiko der Berufskrankheit; das Bundesgesetz über die Krankenversicherung
(KVG) erfasst subsidiär auch das Risiko des Unfalles (vgl. Art. 1a Abs. 2 lit. b KVG).

3 Zur Entwicklung der AHV vgl. GRANACHER, Zehn Jahre AHV, S. 240 ff.; GRANACHER, AHV nach 20 Jah-
ren, S. 165 ff.; BINSWANGER, AHV-Gesetzgebung, S. 226 ff.; GRANACHER, AHV 1948, S. 258 ff.; GRAF,
S. 291 ff.; BERENSTEIN, L'assurance vieillesse; BINSWANGER, Geschichte der AHV; TSCHUDI, Entstehung;
zu ökonomischen Aspekten vgl. MÜLLER, Entstehung und Entwicklung der AHV, passim.

4 Vgl. für das Risiko Alter Art. 4 Abs. 1 ELG, Art. 13 ff. BVG, Art. 19 Abs. 2 UVG (Ausrichtung der Rente
bis zum Tod), Art. 47 MVG; vgl. sodann für das Risiko Tod Art. 4 Abs. 1 ELG, Art. 18 ff. BVG, Art. 14
Abs. 1 lit. a und b KVG, Art. 28 ff. UVG, Art. 51 ff. MVG.

5 Vgl. dazu TSCHUDI, Drei-Säulen-Prinzip, S. 1 ff.; GREBER/DUC/SCARTAZZINI, Rz 14 ff. der Einleitung; ER-
WIN MÜRER, in: Verfassungsrecht der Schweiz, S. 975.

6 Vgl. Art. 34^{quater} Abs. 2 aBV.

7 So KIESER, in: St. Galler Kommentar zur BV, Art. 111 Rz 1 ff.

8 Grundsätzlich zur Solidarität BAUMANN, passim; STAUFFER, S. 837 ff.

9 Dazu BGE 131 V 103 f.

10 Zur Entstehungsgeschichte der Bestimmung vgl. BURKHARDT, Kommentar zu Art. 34^{quater} BV.

11 Abstimmung vom 3. Dezember 1972; Näheres dazu bei MAURER, SVR I, S. 102 f.

zierung der AHV. Mit dieser Verfassungsbestimmung wurden die bisherigen verfassungsrechtlichen Grundlagen der AHV im Wesentlichen unverändert weitergeführt¹².

§ 2 Entstehung und Revisionen des AHVG¹³

- 3 Auf *gesetzlicher Ebene* erfolgte die Einführung der AHV nicht ohne Schwierigkeiten. Ein zunächst ausgearbeitetes Ausführungsgesetz – die sogenannte Lex Schulthess¹⁴ – wurde nämlich in der Volksabstimmung vom 6. Dezember 1931 verworfen; das Gesetz sah durch einheitliche Beiträge finanzierte Einheitsrenten vor, wobei ein allgemeines Volksobligatorium festgelegt wurde¹⁵.

Im Jahr 1946 berieten die eidgenössischen Räte einen neuen Gesetzesentwurf, welcher die Grundlage für das heutige AHVG bilden sollte. Gegen das von der Bundesversammlung am 20. Dezember 1946 verabschiedete Gesetz wurde in der Folge das Referendum ergriffen, wobei in der Volksabstimmung vom 6. Juli 1947 dem Gesetz zugestimmt wurde. Es trat per 1. Januar 1948 in Kraft¹⁶.

Geradezu idyllisch wirkt – im Vergleich zur heutigen Gesetzgebung – die Schilderung der Entstehung des per 1. Januar 1948 in Kraft gesetzten AHVG durch den Gesetzesredaktor: Es «schien die Zeit gekommen, um an die Ausarbeitung des Gesetzesentwurfs heranzugehen. Um mich auf diese Arbeit konzentrieren zu können, zog ich mich in mein Elternhaus im Thurgau zurück (...) Nach fünf Wochen kam ich mit einem fast fertigen, 102 Artikel umfassenden Vorentwurf nach Bern zurück»¹⁷.

- 4 Das AHVG ist in der Folge verschiedentlich *revidiert* worden¹⁸, ohne dass dessen grundsätzliche Entscheidungen umgestossen worden wären. Dabei betraf die 1. AHV-Revision die Rentenansprüche der Übergangsgeneration¹⁹; die 2. Revision verbesserte die Teil- und Übergangsrenten²⁰; mit der 3. Revision wurden die Einkommensgrenzen für die Übergangsrenten aufgehoben²¹; die 4. AHV-Revision brachte eine Reihe von Leistungsverbesserungen, insbesondere eine Erhöhung der Renten sowie die Herabsetzung des Rentenalters für Frauen²²; die 5. Revision betraf die Rentenformel und hob die ordentlichen Renten an²³; wesentliche Leistungsverbesserungen sah sodann die 6. Revision vor, mit welcher zugleich das Rentenalter der Frauen auf 62 Jahre gesenkt wurde²⁴; die 7. Revision führte mit dem Rentenaufschub flexibilisierte Altersgrenzen ein und bewirkte Renten- und Beitrags-erhöhungen²⁵; durch die 8. Revision wurde ein weiterer Schritt von der Basisrente zur existenzsichernden Rente vorgenommen und ferner die Stellung der Frau neu geregelt²⁶;

12 Vgl. dazu KIESER, in: St. Galler Kommentar zur BV, Art. 112 Rz 1 ff.

13 Für eine Übersicht vgl. BAG/MÜLLER/SCHÜPBACH, passim; KOLLY/MÜLLER/SCHÜPBACH, S. 370 ff.; KOLLY/SCHLUEP, S. 379 ff.

14 Bundesrat SCHULTHESS war Vorsteher des für den Gesetzesentwurf federführend zeichnenden Departementes.

15 Vgl. BBl 1929 II 224 ff.; vgl. ferner GRANACHER, Zehn Jahre AHV, S. 241.

16 Der Zeitpunkt des Inkrafttretens wurde auf Gesetzesebene geregelt (vgl. Art. 154 Abs. 1 AHVG).

17 So die Schilderung durch BINSWANGER, AHV-Gesetzgebung, S. 231, 234.

18 Übersichten über die einzelnen Revisionen bei GRANACHER, AHV nach 20 Jahren, S. 168 ff.; vgl. zu den Auseinandersetzungen um die Revisionen auch BORNER/SOMMER, S. 235 ff.

19 Bundesgesetz vom 21. Dezember 1950, in Kraft seit 1. Januar 1951.

20 Bundesgesetz vom 30. September 1953, in Kraft seit 1. Januar 1954.

21 Bundesgesetz vom 22. Dezember 1955, in Kraft seit 1. Januar 1956.

22 Bundesgesetz vom 21. Dezember 1956, in Kraft seit 1. Januar 1957.

23 Bundesgesetz vom 23. März 1961, in Kraft seit 1. Juli 1961/1. Januar 1962.

24 Bundesgesetz vom 19. Dezember 1963, in Kraft seit 1. Januar 1964.

25 Bundesgesetz vom 4. Oktober 1968, in Kraft seit 1. Januar 1969.

26 Bundesgesetz vom 30. Juni 1972, in Kraft seit 1. Januar 1973/1. Januar 1975.

die 9. Revision strebte an, das finanzielle Gleichgewicht der AHV wieder herzustellen²⁷.

Per 1. Januar 1997 trat die 10. AHV-Revision in Kraft²⁸. Nach den Vorstellungen des bundesrätlichen Gesetzesvorschlages wurde – mit einer «kleinen» Revision – angestrebt, weitere Schritte hin zu einer Gleichberechtigung von Mann und Frau zu machen; sodann sollte dem Wunsch nach mehr Flexibilität Rechnung getragen werden, und es wurden verschiedene sozialpolitische Massnahmen empfohlen²⁹. Dieser Vorschlag wurde in den parlamentarischen Beratungen in verschiedenen Punkten wesentlich neu gestaltet³⁰. Insbesondere entschied sich der Nationalrat im März 1993 für einen dahingehenden Systemwechsel, dass in der AHV ein «Splitting-Modell» zu verwirklichen sei; es sollten ein individueller Anspruch auf die Rente sowie Erziehungs- und Betreuungsgutschriften eingeführt werden. Zugleich wurde beschlossen, das Rentenalter der Frau auf 64 Jahre anzuheben³¹. Der Ständerat schloss sich im Juni 1994 im Wesentlichen diesen Vorschlägen an³². Gegen das am 7. Oktober 1994 im Parlament verabschiedete Gesetz³³ wurde das Referendum ergriffen; in der Volksabstimmung vom 25. Juni 1995 wurde das Gesetz angenommen³⁴.

Die (in der Volksabstimmung abgelehnte) 11. AHV-Revision³⁵ strebte an, unter Berücksichtigung der demografischen Entwicklung³⁶ die langfristige Finanzierung sicherzustellen³⁷. Daneben sollte auch die vollständige Gleichberechtigung von Frauen und Männern realisiert werden. Das Rentenalter der Frauen wurde auf 65 Jahre angehoben, und für die Hinterlassenenleistungen wurde ein neues System ausgearbeitet, wobei insbesondere für Witwen Leistungsver schlechterungen resultierten. Schliesslich sollte der Rhythmus der Rentenanpassungen verlangsamt werden³⁸. In der aufgrund eines Gesetzesreferendums durchgeführten Volksabstimmung wurde die Vorlage zur 11. AHV-Revision am 16. Mai 2004 verworfen³⁹.

In der Folge arbeitete das Parlament gestützt auf einen bundesrätlichen Gesetzesentwurf⁴⁰ erneut eine Vorlage zu einer *umfassenden Revision* der AHV aus. Diese wurde indessen – nach langen und intensiven politischen Bemühungen und Diskussionen – in der parlamentarischen Herbstsession 2002 abgelehnt⁴¹. In der Folge zeigten die vom Eidgenössischen Departement des Innern durchgeführten Hearings, dass diejenigen Massnahmen, welche in den bisherigen Diskussionen unbestritten waren und in der Durchführung Fortschritte und Vereinfachungen mit sich bringen, möglichst rasch beschlossen und umgesetzt werden sollten⁴². Deshalb unterbreitete der Bundesrat am 3. Dezember 2010 dem Parlament eine Botschaft, welche auf die

27 Bundesgesetz vom 24. Juni 1977, in Kraft seit 1. Mai 1978/1. Januar 1979.

28 Zu Fragen der Verfassungsmässigkeit der 10. AHV-Revision vgl. DUC, 10^e révision de l'AVS, S. 57 ff. Für eine Bilanz zur 10. AHV-Revision vgl. ESCHMANN, S. 73 ff.

29 Vgl. BBl 1990 II 11 f.

30 Vgl. für eine Gegenüberstellung der bundesrätlichen Vorlage und der Beschlüsse des Parlamentes CHSS 1994, S. 259 ff.

31 Vgl. dazu AB NR 1993, S. 207 ff.; vgl. sodann BRECHBÜHL, Splitting-Modell, S. 6 ff.

32 Vgl. AB 1994 S, S. 546 ff.

33 Vgl. BBl 1994 III 1804.

34 Vgl. BBl 1995 III 1213. Es resultierte ein Ja-Stimmen-Anteil von 60,7 %; vgl. auch CHSS 1995, S. 203.

35 Materialien dazu: Bundesrätliche Botschaft in BBl 2000 1865 ff.; Schlussabstimmung im Parlament am 3. Oktober 2003 (BBl 2003 6589, 6629); Volksabstimmung am 16. Mai 2004.

36 Dazu GENTINETTA/ZENKER, *passim*. Zur wirtschaftlichen Stellung von älteren Personen vgl. WANNER, S. 137 ff.

37 Vgl. dazu PILLER, S. 11 ff.

38 Vgl. dazu PILLER, S. 11 ff.; für eine Übersicht vgl. auch CHSS 2004, S. 74 ff. (Schwerpunktnummer zur 11. AHV-Revision).

39 Vgl. zu einer zunächst vorbereiteten Neufassung der 11. AHV-Revision CHSS 2005, S. 62.

40 Vgl. BBl 2006 1957 ff.

41 Dazu BECK, S. 141 ff.

42 So BBl 2011 546.

«Verbesserung der Durchführung» gerichtet war⁴³. In dieser Vorlage wurden die Beiträge der Nichterwerbstätigen, der Beitragsbezug, die Organisation der AHV sowie die Schaffung eines Ergänzungsleistungsregisters thematisiert. Das Parlament folgte den bundesrätlichen Vorschlägen und die entsprechende Revision trat am 1. Januar 2012 in Kraft⁴⁴.

- 8 Am 21. November 2012 verabschiedete der Bundesrat Leitlinien und am 21. Juni 2013 Eckwerte, gestützt auf welche in der Folge die Reform *Altersvorsorge 2020* ausgearbeitet wurde. Mit dieser Reform soll ein gesamtheitlicher Ansatz umgesetzt werden, welcher Transparenz und Vertrauen schafft. Am 20. November 2013 eröffnete der Bundesrat das Vernehmlassungsverfahren. Die weiteren Schritte der allfälligen Gesetzesreform sind im Zeitpunkt der Abfassung des vorliegenden Beitrags noch nicht bekannt.

§ 3 Entwicklungstendenzen

- 9 Das Feststellen von *Entwicklungstendenzen* fällt in der AHV eher schwer. Zwar befindet sich dieser Sozialversicherungszweig in ständiger Revision, doch sind die gesetzgeberisch festgelegten Änderungen oft uneinheitlich. Verfassungsrechtlich ist vorgegeben, dass die AHV-Renten den *Existenzbedarf* angemessen zu decken haben⁴⁵. Nicht alle Gesetzesrevisionen tragen zur Erreichung dieses Zieles bei, wobei dabei jeweils der Frage der Finanzierbarkeit der jeweiligen Leistung Rechnung getragen wurde⁴⁶. Es zeigt sich aber, dass die Rentenleistungen dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe auf die lange Sicht deutlich angenähert werden konnten⁴⁷. Daneben strebten die Gesetzesrevisionen die *Gleichstellung von Mann und Frau* an⁴⁸.
- 10 Eine andere generelle Entwicklung betrifft das Abstellen auf *familienrechtliche Beziehungen*. Das Sozialversicherungsrecht spiegelt dabei wesentlich wieder, wie sich die gesellschaftlichen Verhältnisse verändern. Bei der Ausarbeitung dieses Sozialversicherungszweiges in den 40-er Jahren des letzten Jahrhunderts stellte der Gesetzgeber wesentlich

43 Dazu BBI 2011 543 ff.

44 Vgl. dazu WECK, 11. AHV-Revision, S.141 ff.; Übersicht über die bundesrätliche Vorlage in CHSS 2006, S.71 ff.

45 Vgl. Art. 112 Abs. 2 lit. b BV. Dieses Ziel ist nicht bloss anzustreben, sondern tatsächlich zu erreichen, wobei der Begriff des Existenzbedarfes verlangt, dass Leistungen gewährt werden, welche deutlich über diejenigen hinausgehen, auf die ein grundrechtlicher Anspruch besteht (so KIESER, in: St. Galler Kommentar zur BV, Art. 112 Rz 15 ff.).

46 Besonders deutlich insoweit etwa die im Rahmen der – in der Volksabstimmung verworfenen – 11. AHV-Revision vorgeschlagene Anpassung des Rentenanpassungsrythmus, welcher von zwei Jahren (vgl. Art. 33^{ter} Abs. 1 AHVG) auf drei Jahre hätte erhöht werden sollen.

47 Die Geldleistungen der AHV betrugen im Jahr 1948 CHF 122 Mio. und erreichten im Jahr 2012 CHF 38,612 Mrd., was eine Entwicklung um den Faktor 31,9 bedeutet. Freilich stieg auch die erfasste beitragspflichtige Lohnsumme und zwar von CHF 10,5 Mrd. auf CHF 265 Mrd. (Entwicklung um den Faktor 25,3; dazu CHSS 2004, S. 76; neuere Zahlen gegenwärtig noch nicht verfügbar). Die AHV profitierte aber auch von den Beitragssatzerhöhungen von ursprünglich 4,8 % auf 8,4 % (bei Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit), von der Ausweitung der Beitragspflichten (etwa auf Taggelder), von der Ausdehnung der Beitragspflicht auf erwerbstätige Altersrentnerinnen und Altersrentner und von hinzugetretenen Erträgen aus der Mehrwertsteuer.

48 Näheres dazu und insbesondere zu den Diskussionen um das Rentenalter Rz 540, 598.

49 Typisch etwa die Ehepaar-Altersrente (vgl. Art. 22 AHVG; in Kraft bis 31. Dezember 1996), deren Berechnung zudem auf das durchschnittliche Jahreseinkommen des Ehemannes abstellte (vgl. Art. 32 Abs. 1 AHVG; in Kraft bis 31. Dezember 1996).

50 Kennzeichnend etwa die – betraglich hohen – Kinder- und Waisenrenten; vgl. Art. 22^{ter}, Art. 25 AHVG.

51 Typisch dafür etwa die Umschreibung der Beschwerdelegitimation in Art. 84 Abs. 1 AHVG (in Kraft bis 31. Dezember 2002), wonach die Legitimation den «Blutsverwandten in auf- und absteigender Linie» (sowie den Geschwistern) zustand.

auf eherechtliche Beziehungen⁴⁹ und auf solche zu Kindern⁵⁰ – bzw. Eltern⁵¹ – ab; dabei ordnete er in mancher Hinsicht dem traditionellen Familienbild (erwerbstätiger Ehemann) Bedeutung zu⁵².

Zunehmend lässt die Gesetzgebung solche Beziehungen aber ausser Acht; kennzeichnend dafür sind etwa der Wegfall der Zusatzrente für den Ehegatten⁵³, die in mancher Hinsicht geschlechtsneutrale Ausgestaltung des Anspruchs auf Witwen- bzw. Witwerrente⁵⁴ oder die Umschreibung der Beschwerdelegitimation, welche nicht mehr auf familienrechtliche Beziehungen abstellt⁵⁵. Freilich bleiben andere Eckpfeiler des Rentensystems, welche auf familienrechtlichen Beziehungen fussen, bestehen, wobei vorab finanzielle Überlegungen prägend sind⁵⁶. 11

52 Beispiele: Anspruch nur auf Witwen-(nicht aber auf Witwer-)Rente (vgl. Art. 23 AHVG; in Kraft bis 31. Dezember 1996); Berechnung der Ehepaar-Altersrente nach Massgabe des durchschnittlichen Jahreseinkommens des Ehemannes (vgl. Art. 32 Abs. 1 AHVG; in Kraft bis 31. Dezember 1996).

53 Vgl. Art. 22^{bis} AHVG (in Kraft bis 31. Dezember 1996); vgl. zur heutigen Regelung die in Art. 22^{bis} AHVG verankerte Besitzstandsgarantie.

54 Vgl. Art. 23 f. AHVG.

55 Vgl. Art. 59 ATSG und dazu KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 59 Rz 27 ff.

56 Typisch etwa die bei Ehepaaren bestehende Rentenplafonierung (dazu Rz 603 ff.), welche in gewisser Hinsicht das Gegenstück zur Beitragsbefreiung des nichterwerbstätigen Ehegatten (dazu Rz 167 ff., 330, 577.) sein mag. Immerhin gilt aber auch hier, dass im Prinzip die Renten zivilstandsunabhängig berechnet werden (dazu auch BGE 126 V 221 oben).

Zweites Kapitel

Internationales Recht über Soziale Sicherheit im Bereich der AHV⁵⁷

§ 4 Überblick

- 12 Das internationale Recht hat bei der Sozialen Sicherheit eine *erhebliche Bedeutung*⁵⁸. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Freiheit, den Wohnsitz von einem Staat in den anderen zu verlegen, genutzt wird, dass die zunehmend arbeitsteilige Wirtschaft das Zu- und Abwandern von Arbeitnehmenden, deren Familienangehörigen und Selbständigerwerbenden fördert und dass in den Staatsangehörigkeiten Wechsel eintreten können. Die zunächst ausschliesslich vom innerstaatlichen Recht geregelte Soziale Sicherheit kann deshalb ihre Zielsetzung nur noch erreichen, wenn auch internationale Sachverhalte einer zureichenden Lösung zugeführt werden. Diese Entwicklung verläuft auf mehreren Ebenen.
- 13 Zum einen erfasst die *nationale Gesetzgebung autonom* entsprechende Sachverhalte⁵⁹, was zu einigen entsprechenden Regelungen im AHVG geführt hat; es wird etwa
- die versicherungsrechtliche Situation von Schweizer Bürgerinnen und Bürgern bei bestimmten Tätigkeiten im Ausland geregelt (Art. 1a Abs. 1 lit. c AHVG)
 - die Weiterführung der AHV bzw. der Beitritt zur AHV bei Auslandtätigkeit geordnet (Art. 1a Abs. 3 und Abs. 4 AHVG)
 - die freiwillige Versicherung bei ausländischem Wohnsitz normiert (Art. 2 AHVG)
 - die Auszahlung von Teilrenten im Ausland geregelt (Art. 44 AHVG)
 - die beitragsrechtliche Erfassung des im Ausland erzielten Erwerbseinkommens geregelt (Art. 6^{ter} AHVG).
- 14 Zum anderen gelangen *Normen des internationalen Rechts* zur Anwendung, wobei hier neben den bilateralen Abkommen über Soziale Sicherheit den multilateralen Abkommen wesentliche Bedeutung zukommt und zudem mit dem Freizügigkeitsabkommen (FZA) auch ein sogenanntes gemischtes Abkommen vorliegt.
- 15 *Abkommen über Soziale Sicherheit* bezwecken zum einen, die nationalen Gesetzgebungen zu koordinieren, wobei insbesondere die Situation derjenigen Personen zu erfassen ist, welche das Wohn- oder Beschäftigungsland wechseln. Diese Abkommen werden in aller Regel bilateral abgeschlossen. Zum andern werden Abkommen über Soziale Sicherheit geschaffen, um die Geltung bestimmter Mindestnormen zu erreichen; solche Abkommen werden im Bereich der Sozialen Sicherheit insbesondere vom Europarat, von der Internationalen Arbeitsorganisation und von der UNO ausgearbeitet. Beide Arten von Abkommen haben für die Schweiz und die von ihr zu regelnde Alters- und Hinterlassenenvorsorge Bedeutung⁶⁰. Dies zeigt sich daran, dass nach dem Inkraft-

57 Eingehend dazu der Beitrag von GREBER/KAHIL-WOLFF (im vorliegenden Band enthalten).

58 Literatur zum internationalen Recht in der AHV: BERENSTEIN, *Le droit international de la sécurité sociale*, S. 121 ff. Vgl. ferner die Angaben in Rz 36.

59 Beispiel bildet etwa Art. 34 Abs. 2 KVG, wonach der Bundesrat bestimmen kann, dass die obligatorische Krankenpflegeversicherung Leistungen übernimmt, welche aus medizinischen Gründen im Ausland erbracht wurden; freilich fehlt es bislang an einer entsprechenden Regelung (dazu BGE 128 V 77 ff.).

60 Für eine Übersicht vgl. BROMBACHER, S. 263 ff.

Chapitre I

Les fondements légaux^{6,7}

§ 1 Les bases constitutionnelles

La base constitutionnelle du régime suisse d'assurance-invalidité se trouve aux articles 111 à 113 de la Constitution fédérale, qui enjoignent à la Confédération de prendre les mesures afin d'assurer une prévoyance suffisante pour les cas de vieillesse, de décès et d'invalidité, cette prévoyance devant résulter d'une assurance fédérale, de la prévoyance professionnelle et de la prévoyance individuelle. La Confédération veille à ce que l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité fédérale ainsi que la prévoyance professionnelle puissent remplir leur fonction de manière durable. Elle peut obliger les cantons à accorder des exonérations fiscales aux institutions relevant de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité fédérale ou de la prévoyance professionnelle, ainsi que des allègements fiscaux aux assurés et à leurs employeurs sur les cotisations versées et les sommes qui sont l'objet d'un droit d'expectative. En collaboration avec les cantons, elle encourage la prévoyance individuelle, notamment par des mesures fiscales et par une politique facilitant l'accession à la propriété.⁸

La conception moderne dite des trois piliers remonte à la 6^e révision de l'assurance-vieillesse et survivants. Le Message du Conseil fédéral du 16 septembre 1963 relatif à cette révision s'exprimait ainsi à ce propos : « Abstraction faite des obligations morales et familiales, on recourt généralement à trois moyens pour assurer la population contre les conséquences économiques de la vieillesse, de la mort et de l'invalidité ; la prévoyance personnelle (économies, assurance individuelle), l'assurance collective professionnelle (assurances-pensions, de groupe et d'association), l'assurance sociale avec l'aide complémentaire »⁹. C'est le 3 décembre 1972 que le peuple et les cantons ont accepté à une forte majorité l'article 34^{quater} nouveau Cst.¹⁰, consacrant le principe des trois piliers. Selon cette conception, la population suisse doit être assurée contre les vicissitudes de l'existence par l'assurance sociale (premier pilier : assurance-vieillesse, survivants et invalidité, éventuellement prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et

6 STÉPHANE BLANC, La procédure administrative en assurance-invalidité, p. 23 ss ; UELI KIESER, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, p. 9 ss.

7 Lorsqu'on doit résoudre un problème dans le domaine des assurances sociales, on peut se référer à la Constitution fédérale, mais cela n'est pas d'un grand secours ! Faut-il rappeler, en effet, qu'il n'existe pas en Suisse de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales. Il sied dès lors plutôt de consulter les lois fédérales et leurs dispositions d'exécution, éventuellement les règles cantonales, les dispositions internes des institutions d'assurance (parfois très importantes), les conventions et autres instruments internationaux ainsi que la jurisprudence (celle du Tribunal fédéral notamment, mais sans oublier celle des Cours de justice européennes).

8 10. *Disposition transitoire ad article 112 (Assurance-vieillesse, survivants et invalidité)*

Tant que l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité fédérale ne couvre pas les besoins vitaux, la Confédération verse aux cantons des aides destinées à financer des prestations complémentaires.

11. *Disposition transitoire ad article 113 (Prévoyance professionnelle)*

Les assurés qui font partie de la génération d'entrée et qui, pour cette raison, ne disposent pas d'un temps de cotisation complet doivent recevoir, en fonction de leur revenu, la protection minimale accordée par la loi après une période dont la durée varie entre dix et vingt ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi.

9 FF 1963 II 500.

10 Pour un aperçu de l'article 34^{quater} aCst., voir le commentaire de cette disposition par PIERRE-YVES GREBER, in Jean-François Aubert, Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, Bâle/Zurich/Berne 1987-1996.

invalidité¹¹), par l'assurance collective professionnelle (deuxième pilier ; on peut signaler en passant le rôle de deuxième pilier que jouent l'assurance-accidents obligatoire et l'assurance militaire, dont les rentes d'invalidité sont en principe viagères et jouent donc, à un certain moment, le rôle d'une rente de vieillesse)¹², et enfin par les mesures de prévoyance individuelle (troisième pilier)¹³.

- 3 La voie prescrite par le constituant pour réaliser le premier pilier est celle d'une loi instituant une assurance-vieillesse, survivants et invalidité obligatoire pour l'ensemble de la population, servant à celle-ci des prestations en espèces et en nature, et les rentes devant couvrir les besoins vitaux dans une mesure appropriée.¹⁴ Mentionnons pour mémoire l'article 41^{er} alinéa 3^{bis} aCst. relatif à la garantie de financement de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité au cas où celui-ci ne serait plus assuré à cause de l'évolution de la pyramide des âges. Aujourd'hui, l'article 130 Cst. (relatif à la taxe sur la valeur ajoutée) dispose à son alinéa 3 que si, par suite de l'évolution de la pyramide des âges, le financement de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité n'est plus assuré, la Confédération peut, dans une loi fédérale, relever d'un point au plus le taux de la taxe sur la valeur ajoutée.
- 4 Le premier pilier, c'est le régime de base de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (l'assurance fédérale mentionnée plus haut). Son but est de couvrir les besoins vitaux « de manière appropriée » (article 112 alinéa 2 Cst.). Que faut-il entendre par « besoins vitaux » ? Au départ, les rentes du premier pilier étaient limitées à un strict minimum et ne suffisaient même pas à conférer aux bénéficiaires un minimum vital. Il ne s'agissait alors que de l'une des ressources à disposition des intéressés. Cette conception a prévalu jusqu'à la 8^e révision de l'assurance-vieillesse et survivants (soit jusqu'au début de 1973). Certes, un correctif avait été apporté en 1966, avec la mise en place du régime des prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, destiné à garantir, lui, la couverture des besoins vitaux pour les bénéficiaires des rentes de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité dans le besoin (on voit là les limites du régime des prestations complémentaires, qui ne peuvent concerner que des personnes au bénéfice de certaines prestations de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, non des personnes qui ne disposent tout simplement pas du minimum vital¹⁵). On peut dire, avec Pierre-Yves Greber¹⁶, que

11 On sait que l'article 11 disp. trans. aCst. prévoyait un régime de prestations complémentaires destiné primitivement à durer aussi longtemps que ce but ne serait pas atteint. Or, la 10^e révision de l'assurance-vieillesse et survivants a transféré au régime des prestations complémentaires les rentes de besoin de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité – ce qui était difficilement conciliable avec l'article 11 susmentionné (voir JEAN-LOUIS DUC, La 10^e révision de l'assurance-vieillesse et survivants et la Constitution fédérale, in RSAS 1990 p. 57 ss ; PIERRE-YVES GREBER, in Jean-François Aubert [et al., éd.], Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, Bâle/Zurich/Berne 1987-1996, N 9 ss ad article 11 disp. trans aCst., p. 7 ss. Voir également Pratique VSI 1996 p. 250). On soulignera que le ch. 10 déjà cité des disp. trans. de la nouvelle Constitution dispose tout de même que tant que l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité fédérale ne couvre pas les besoins vitaux, la Confédération verse aux cantons des aides destinées à financer des prestations complémentaires.

12 On notera en passant que la dernière LAM a partiellement remis en cause cette conception. Elle contient en effet une disposition aux termes de laquelle la rente d'invalidité est transformée en rente de vieillesse calculée sur la base de la moitié du gain annuel déterminant dès le moment où l'assuré invalide atteint l'âge de bénéficier de l'assurance-vieillesse et survivants. La question de la nature des rentes d'invalidité viagères de la prévoyance professionnelle une fois atteint l'âge de la retraite est importante lorsqu'il s'agit de décider si un assuré est surindemnié (voir à cet égard JEAN-LOUIS DUC, Prévoyance professionnelle – Examen de deux situations particulières, in RSAS 2003 p. 339 ss).

13 Même s'il peut arriver que les assurés se contentent d'un système à deux piliers.

14 Rappel : 10. Disposition transitoire ad article 112 Cst. (Assurance-vieillesse, survivants et invalidité). Tant que l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité fédérale ne couvre pas les besoins vitaux, la Confédération verse aux cantons des aides destinées à financer des prestations complémentaires.

15 Voir les articles 2a, 2b et 2c LPC.

16 GREBER, Droit suisse de la sécurité sociale, p. 165.

« le changement important apporté par la révision de l'article 34^{quater} Cst. consiste(ait) dans l'abandon de la conception des rentes de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité réduites au strict minimum », le constituant assignant comme but au régime de base de pensions de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité « la couverture des besoins vitaux », ce qui est plus que le minimum biologique. Selon le Conseil fédéral, il s'agit des « moyens d'existence nécessaires », « proportionnés aux conditions actuelles et assurant aux personnes âgées un genre de vie simple, mais tout de même digne d'un être humain »¹⁷. Quant aux termes « de manière appropriée », ils sont destinés à tenir compte du fait que les besoins vitaux varient d'un individu à l'autre en laissant une certaine marge d'appréciation au législateur.

S'agissant du deuxième pilier, le constituant a chargé la Confédération de légiférer sur la 5
prévoyance professionnelle, en respectant les principes suivants : la prévoyance professionnelle conjuguée avec l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité permet à l'assuré de maintenir de manière appropriée son niveau de vie antérieur ; la prévoyance professionnelle est obligatoire pour les salariés (la loi pouvant prévoir des exceptions) ; l'employeur assure ses salariés auprès d'une institution de prévoyance (la Confédération lui donnant au besoin la possibilité d'assurer ses salariés auprès d'une institution de prévoyance fédérale) ; les personnes exerçant une activité indépendante peuvent s'assurer auprès d'une institution de prévoyance à titre facultatif ; la Confédération peut déclarer la prévoyance professionnelle obligatoire pour certaines catégories de personnes exerçant une activité indépendante, d'une façon générale ou pour couvrir des risques particuliers. La prévoyance professionnelle est financée par les cotisations des assurés ; lorsque l'assuré est salarié, l'employeur prend à sa charge au moins la moitié du montant de la cotisation. Les institutions de prévoyance doivent satisfaire aux exigences minimales fixées par le droit fédéral ; la Confédération peut, pour résoudre des problèmes particuliers, prévoir des mesures s'appliquant à l'ensemble du pays.

La prévoyance professionnelle, deuxième pilier du système, doit, « compte tenu des pres- 6
tations de l'assurance de base », permettre le maintien du niveau de vie antérieur « de manière appropriée » toujours (article 113 alinéa 2 Cst.). C'est le 25 juin 1982, après une longue gestation, que la LPP a enfin vu le jour. On admet généralement que le maintien du niveau de vie antérieur est garanti par une rente globale des deux premiers piliers correspondant à 60 % du salaire pour une personne seule (dernier salaire brut d'une personne ayant eu une carrière normale – ce qui représente environ 70 % du salaire net dont l'assuré est privé). Pour les personnes mariées, il faut ajouter un supplément. Or, on constate que le premier pilier suffit déjà, dans certains cas, à garantir un revenu de cet ordre. C'est la raison pour laquelle le législateur a introduit dans la LPP le (discuté et contesté) montant de coordination. La répartition de ces 60 % entre les premier et deuxième piliers variera ensuite selon les échelons de salaire, en raison de la valeur dégressive, en pour-cent, des rentes de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité.

Le troisième pilier est constitué par les mesures de prévoyance individuelle (épargne, assu- 7
rances individuelles). On distingue le troisième pilier A (soit la prévoyance liée, soumise à des règles que l'on trouve dans l'OPP 3) et le troisième pilier B (prévoyance dite libre). C'est la première de ces formes qui donne lieu à des déductions fiscales relativement importantes, les exigences auxquelles il faut satisfaire garantissant que les cotisations seront affectées exclusivement et irrévocablement à des formes reconnues de prévoyance professionnelle (voir l'article 82 LPP, l'article 111 alinéas 3 et 4 Cst. prévoyant, lui, que la Confédération, en collaboration avec les cantons, encourage la prévoyance individuelle, notam-

17 FF 1975 II 1628.

ment par des mesures fiscales et par une politique facilitant l'accès à la propriété – qui constitue une forme de prévoyance professionnelle¹⁸).

- 8 On ne s'intéressera dans cette contribution qu'à l'assurance-invalidité régie par la Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI).

§ 2 Les bases légales du droit suisse¹⁹

I. La LPGA²⁰

- 9 La 5^e révision de l'assurance-invalidité a modifié certaines dispositions de la LPGA pour mieux définir la notion d'invalidité. Selon le Conseil fédéral, il n'est souvent pas facile de déterminer si l'incapacité de travail ou de gain découle effectivement d'une atteinte à la santé ou si elle s'explique par d'autres raisons (problèmes sociaux, manque de formation, exagération des manifestations subjectives de l'atteinte à la santé, etc.). Les notions d'invalidité et d'incapacité de gain sont définies aux articles 7 et 8 LPGA²¹ de manière uniforme pour toutes les assurances sociales. Trois éléments sont nécessaires pour que l'on puisse admettre l'existence d'une invalidité : une atteinte à la santé qui se répercute sur la capacité de travail (élément médical), une incapacité de gain (élément économique) et un lien causal entre les deux. En outre, l'« exigibilité » constitue un élément central de l'évaluation de l'invalidité (voir l'article 16 LPGA). Et le Conseil fédéral de noter que, depuis de longues années, la jurisprudence avait cherché à concrétiser progressivement des principes essentiels permettant de déterminer si l'on est en présence d'une invalidité : primauté de la réadaptation sur la rente, exigibilité de mesures, exclusion de causes étrangères à l'invalidité, obligation pour la personne assurée de réduire le dommage²² et de collaborer, etc.
- 10 Au vrai, le lien que tend à faire le législateur entre les nouvelles mesures de réadaptation et la limitation de l'accès à la rente est difficile à suivre. Les notions d'exigibilité, tout comme d'exclusion du droit à une rente si l'incapacité est due à certains critères tels que l'âge avancé, l'absence de formation, l'ignorance de la langue ou la conjoncture, ne sont pas nouvelles. La lecture comparative des articles 28 LAI et 7 LPGA anciens et nouveaux n'annonçait pas des modifications fondamentales de l'évaluation de l'invalidité²³. Pourtant,

18 Voir la Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle, modifiant la LPP.

19 LOCHER, Grundriss, p. 47 ss, 83 ss.

20 On consultera utilement Pratique VSI 2002 p. 203 ss, à propos de l'entrée en vigueur de la LPGA et de son importance dans l'AVS/AI notamment.

Valterio, Commentaire thématique, p. 765 ss.

21 VALTERIO, Commentaire thématique, p. 327 ss.

22 Renvoi soit à la partie de cet ouvrage consacrée aux troubles somatoformes et à la jurisprudence développée à leur propos (N^{os} 269 ss).

23 **Ancien droit**

Article 28 LAI

L'assuré a droit à une rente s'il est invalide à 40 % au moins.

Article 29 LAI

Le droit à la rente prend naissance au plus tôt à la date à laquelle :

a) l'assuré présente une incapacité de travail de 40 % au moins, ou

b) l'assuré a présenté, en moyenne, une incapacité de travail de 40 % au moins pendant une année sans interruption notable.

Article 7 LPGA

Est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur un marché du travail équilibré dans son domaine d'activité, si cette diminution résulte d'une

le Conseil fédéral déclarait dans son message²⁴ que « l'accès à la rente AI sera restreint par une adaptation de la notion d'invalidité et du droit à la rente ».²⁵

Or, la 5^e révision LAI a permis d'inscrire dans le texte de la loi des principes juridiques essentiels au sujet de l'exclusion des facteurs étrangers à l'invalidité et au principe de l'exigibilité. Ainsi, on a peine à suivre le Conseil fédéral lorsqu'il déclare²⁶ que « par cette règle-

atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles.

Nouveau droit

Article 28 LAI

L'assuré a droit à une rente si :

- a) sa capacité de gain ou sa capacité d'accomplir ses travaux habituels ne peut être rétablie, maintenue ou améliorée par des mesures de réadaptation raisonnablement exigibles
- b) s'il a présenté une incapacité de travail d'au moins 40 % durant une année sans interruption notable et
- c) si, au terme de cette année, il est encore invalide à 40 % au moins.

Article 7 LPGA

¹ Est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur un marché du travail équilibré dans son domaine d'activité, si cette diminution résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles.

² Seules les conséquences de l'atteinte à la santé sont prises en compte pour juger de la présence d'une incapacité de gain. De plus, il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable.

24 Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (5^e révision de l'AI) du 25 juin 2005, in FF 2005 I 4215 et ss, particulièrement p. 4216.

25 Il développe son raisonnement sur les limitations de l'accès à la rente AI en retenant en particulier que : « les prestations de service et les mesures en vue d'une réadaptation rapide et efficace (...) ont en fin de compte pour objectif d'éviter autant que possible l'octroi de rente et, partant, de freiner rapidement et efficacement l'accroissement important du nombre de rentes AI. Pour compléter cette stratégie, il est prévu de restreindre l'accès à la rente AI par une adaptation de la notion d'invalidité et une modification de la loi concernant le droit à la rente ».

Le Conseil fédéral poursuit sur l'exigibilité, élément central de l'évaluation de l'invalidité, retenant que cette notion n'est pas concrétisée dans la loi mais définie en particulier dans la jurisprudence. Le Conseil fédéral examine alors de quelle manière on pourrait restreindre la notion d'invalidité. Son premier constat est celui qu'il faut prévoir une restriction dans la LPGA où la notion d'invalidité est définie de manière uniforme pour toutes les assurances sociales. Le Conseil fédéral relève que la restriction de la notion d'invalidité peut s'appuyer soit sur l'élément médical de l'invalidité (atteinte à la santé se répercutant sur la capacité de travail), soit sur l'élément causal (lien de causalité entre l'atteinte à la santé et l'incapacité de gain). Il est également possible de restreindre la notion d'exigibilité.

Le Conseil fédéral explique qu'il estime inadéquat de recourir à une définition plus stricte de l'élément médical (problème de délimitation, interdiction de discrimination). Il décide par contre de retenir une définition plus stricte de l'élément causal. Dans son message, il rappelle que la jurisprudence a maintes fois concrétisé la disposition de l'article 7 LPGA en contribuant à délimiter l'incapacité de gain due à l'invalidité par rapport à celle attribuable à d'autres restrictions. Il en déduit toutefois que « la réglementation selon laquelle seule l'atteinte à la santé peut être prise en compte pour la capacité de gain doit être expressément inscrite dans la loi pour compléter la définition de l'invalidité en vigueur. » Il est fait référence ici aux facteurs dits étrangers à l'invalidité, tels que l'âge, le manque de formation, les difficultés à se faire comprendre, un pur phénomène de dépendance, les circonstances socioculturelles, l'exagération des manifestations subjectives de l'atteinte à la santé, etc. En ce qui concerne la notion d'exigibilité, le Conseil fédéral retient que le principe de l'exigibilité doit être expressément inclus dans la définition de l'invalidité contenue dans la LPGA. C'est ainsi que l'article 7 alinéa 2 lettre b LPGA prescrit désormais qu'il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable. Au sujet de ces termes nouveaux, le Conseil fédéral s'explique : « On peut présumer qu'une personne faisant valoir le droit à une rente va difficilement considérer comme surmontable les conséquences de l'atteinte à sa santé. C'est pourquoi la loi doit prescrire le point de vue objectif. Il sera dit expressément que la perception subjective de la personne assurée n'est plus déterminante pour établir si l'on peut raisonnablement exiger d'elle de fournir une prestation de travail et, partant, de réaliser un gain. »

Mais le Conseil fédéral va plus loin et rappelle une autre nouveauté de la 5^e révision LAI : « L'appréciation de ce qui est raisonnablement exigible d'un point de vue objectif et de ce qui ne l'est pas est du ressort des offices AI, sur la base des indications médicales fournies par les SMR. Dans ce domaine, les SMR – dont les compétences sont précisées dans la loi – joueront dorénavant un rôle capital, car ils évalueront l'exigibilité d'une prestation de travail à l'aide de profils d'exigences et de capacités qui doivent encore être élaborés (cf. article 59 alinéa 3, LAI [nouveau]). Cette condition constitue une réglementation plus stricte de l'accès à la rente que celle en vigueur à l'heure actuelle. »

26 Message précité, p. 4287.

mentation explicite, les principes mentionnés revêtiront une importance accrue dans l'application de la loi et seront propres à contribuer à réduire le nombre de nouvelles rentes. »²⁷.

Soit le législateur a voulu retranscrire dans la loi les principes consacrés par la jurisprudence et il n'y avait pas lieu de prévoir pour conséquence une réduction du nombre de nouvelles rentes, soit il y voyait un autre sens. Faut-il en déduire que la clef du mystère se trouve dans l'attribution d'une compétence plus large au SMR²⁸ en terme d'exigibilité ?²⁹ Cette question est examinée ci-après.

- 11 En matière de rentes, une adaptation de la notion d'invalidité, dans un sens restrictif, ne devrait pas enfreindre dans la pratique l'interdiction de discrimination de la Constitution fédérale (article 8 alinéa 2 Cst. : nul ne doit subir de discrimination du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique). Si seule l'incapacité de gain résultant d'atteintes à la santé doit être prise en compte, et non des facteurs (dits étrangers à l'invalidité), tels que l'âge, le manque de formation, les difficultés à se faire comprendre, un pur phénomène de dépendance, les circonstances socio-culturelles, l'exagération des manifestations subjectives de l'atteinte à la santé, ou encore l'état du marché de l'emploi, etc.), force est de remarquer que les compétences attribuées à l'administration (offices AI, SMR) laissent planer une grande insécurité juridique, notamment lorsqu'on confie aux services médicaux régionaux le soin d'établir par exemple si une personne peut ou doit travailler assise ou debout, à l'extérieur ou dans un local chauffé, si elle peut soulever et porter des charges, etc. On verra que l'article 7 alinéa 2 LPGA précise à cet égard qu'il n'y a incapacité de gain que si celle-ci « n'est pas objectivement surmontable », ce qui signifie que la personne assurée devrait ne pas pouvoir surmonter objectivement par ses propres efforts les répercussions négatives de ses problèmes de santé sur sa capacité de gain. Cette question devrait donc être résolue objectivement, la perception subjective de la personne assurée n'étant pas déterminante pour établir si l'on peut raisonnablement exiger d'elle de fournir une prestation de travail et, partant, de réaliser un gain. L'élément déterminant serait ainsi de savoir si l'on peut exiger objectivement d'un assuré qu'il exerce une activité lucrative en dépit de ses problèmes de santé (douleurs par exemple) perçus subjectivement. Il y a là une source potentielle de malentendus voire d'injustices, en particulier lorsqu'il faudra décider si des mesures raisonnablement exigibles pour éviter ou réduire l'invalidité comprennent un changement de profession³⁰ ou de domaine d'activité (un tel examen ne saurait à nos yeux en tout cas pas conduire à exiger d'une ménagère qui ne peut plus accomplir ses travaux habituels d'exercer une activité lucrative, et vice-versa, dans le seul but d'éviter le versement d'une rente). Tout cela est très beau, mais suppose un fonctionnement parfait de l'administration de l'assurance-invalidité. Or, il est permis de nourrir des doutes quant à l'efficacité des mesures prévues au regard des expériences faites dans le domaine de l'instruction des demandes. On peut craindre que les organes de l'assurance ne se

27 La Circulaire sur l'invalidité et l'impotence dans l'assurance-invalidité (CIIAI), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, va également dans ce sens. D'emblée, elle précise que « les règles pour l'accès à la rente sont adaptées aux nouvelles dispositions et l'accent est mis davantage sur l'obligation de réduire le dommage et de collaborer. »

28 Service médical régional de l'Office de l'assurance-invalidité.

29 Voir MONNARD SÉCHAUD CORINNE, La cinquième révision de la loi sur l'assurance-invalidité vue par l'avocat, IRAL, tome 36, Berne 2009, p. 158-164.

30 I 750/04 : changement de profession raisonnablement exigible ; interdiction de discrimination ; communauté des gens du voyage.

ATF 138 I 205 (9C_540/2011) : raisonnement sur la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure les gens du voyage peuvent bénéficier d'une protection particulière, en tenant compte de leurs particularités ethnoculturelles. Lorsqu'il s'agit de déterminer le degré d'invalidité d'un assuré qui appartient à la communauté des gens du voyage, il convient de tenir compte des circonstances particulières qui régissent l'aménagement de son quotidien.

trouvent en pratique dans l'impossibilité de faire correctement face à leurs tâches et que les assurés ne soient plus ou moins systématiquement renvoyés à leur obligation de réduire le dommage³¹ spontanément, sans l'aide de l'assurance³².

Aux termes de l'article 1 LAI, les dispositions de la Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) s'appliquent à l'assurance-invalidité (article 1a à 26^{bis} et 28 à 70 LAI), « à moins que la présente loi ne déroge expressément à la LPGA ». Les articles 32 et 33 LPGA s'appliquent également à l'encouragement de l'aide aux invalides (articles 71 à 76 LAI). 12

Selon les dispositions transitoires de l'article 82 LPGA, les dispositions matérielles de la LPGA ne sont pas applicables aux prestations en cours et aux créances fixées avant son entrée en vigueur. Sur demande, les rentes d'invalidité ou de survivants réduites ou refusées en raison d'une faute de l'assuré seront cependant réexaminées et, si nécessaire, fixées à nouveau conformément à l'article 21 alinéas 1 et 2 LPGA, au plus tôt à compter de l'entrée en vigueur de la LPGA (alinéa 1). Le praticien devra donc songer à en requérir l'application, selon le cas d'espèce. 13

Le lecteur voudra bien se référer à la contribution du présent ouvrage réservée à la LPGA ainsi qu'aux ouvrages cités dans la bibliographie pour un commentaire plus détaillé de ses dispositions. On notera cependant que lorsque la LPGA a repris des notions de la législation existante et/ou de la jurisprudence, les décisions du Tribunal fédéral conservant leur validité sous l'empire de la LPGA³³. 14

II. La LAI

La loi fédérale régissant la matière est la Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI). Il sied de rappeler que les règles légales sont constamment en révision, dans le vaste domaine des assurances sociales. La législation est extraordinairement mouvante, et il importe de vérifier périodiquement sinon systématiquement si les textes que l'on entend appliquer n'ont pas subi de modification³⁴. 15

Il y aurait lieu d'examiner la question de l'interprétation des lois d'assurance sociale³⁵. Pour sa part, et en bref, le Tribunal fédéral déclare que la loi s'interprète en premier lieu 16

31 Voir DUC JEAN-LOUIS, Les dérives de l'obligation de diminuer le dommage, *in* RSAS 2011 p. 244 ss.

32 8C_510/2011 : l'invitation à l'assuré par l'office AI à la réadaptation par soi-même n'est pas une décision susceptible de recours.

9C_363/2011 : article 17 LPGA ; en cas d'amélioration médicalement attestée de sa capacité de travail, l'assuré est en principe orienté vers la réadaptation par soi-même. Particularités si la personne concernée a dépassé l'âge de 50 ans ou qu'elle est bénéficiaire d'une rente depuis plus de 15 ans ; traitement des cas-limite de réadaptation.

33 Voir, pour un exemple, l'arrêt du 5 février 2004 du Tribunal fédéral – en la cause U 167/03 (avec l'entrée en vigueur du nouveau droit, immédiatement applicable en ce qui concerne les normes procédurales, l'article 108 LAA, qui garantissait l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite, a été abrogé. Toutefois, le législateur en a repris le contenu dans la LPGA, si bien que la jurisprudence y relative reste d'actualité).

34 On ne fera que mentionner au passage les problèmes de droit transitoire suscités par les nombreuses révisions. Voir p.ex. ATF 115 V 347 (protection de la situation acquise) et 113 V 54 (dans le domaine de l'assurance-accidents, en cas de maladie professionnelle – à la suite de l'élargissement de la liste des affections concernées).

35 Le lecteur que la question intéresse plus spécialement pourra se référer à l'ouvrage publié dans le cadre de l'enseignement de 3^e cycle de droit romand (1988) : Les règles d'interprétation, Principes communément admis par les juridictions, Fribourg 1989 (en ce qui concerne l'assurance sociale : JEAN-LOUIS DUC, Les méthodes d'interprétation utilisées par le Tribunal fédéral des assurances, p. 179 ss).

Maurer (SVR I, p. 220 ss) insistait à l'époque, à juste titre, sur certaines caractéristiques du droit des assurances sociales. Il évoquait tout d'abord le fait que la législation se composait (à l'époque) d'une dizaine de lois, dont certaines remontaient au début du siècle et d'autres étaient au contraire récentes. Il en résultait

selon sa lettre. Toutefois, si le texte n'est pas absolument clair, ou si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il y a lieu de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit notamment du but de la règle, de son esprit ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose. Le sens qu'elle prend dans son contexte est également important. D'autre part, le Tribunal fédéral, s'il est lié par la loi, s'écartera exceptionnellement de celle-ci lorsque son interprétation littérale conduirait à des résultats manifestement insoutenables (« zu offensichtlich unhaltbaren Ergebnissen »), qui contrediraient la véritable intention du législateur. La Haute Cour a d'autre part rappelé qu'il n'est pas possible d'invoquer un message du Conseil fédéral à l'appui d'une pratique administrative que le texte même de la loi adoptée par le Parlement n'a pas consacrée et que le juge ne peut se distancer du texte de cette dernière que si la solution qu'elle propose est inadmissible. A défaut de caractère inadmissible de la solution se dégageant de la loi, force est d'admettre qu'il ne peut y avoir eu inadvertance du législateur. En outre, examinant un problème du point de vue d'une éventuelle lacune de la loi, le Tribunal fédéral a jugé que, dans des cas exceptionnels – en faveur ou en défaveur du justiciable – une norme ne devait pas être appliquée, dans la mesure où les exigences de la bonne foi imposent clairement une autre solution (« sofern das Gebot von Treu und Glauben deutlich eine andere Lösung gebietet »). Car, bien que le juge ne puisse refuser d'appliquer la loi parce qu'il préférerait une autre solution que celle qu'elle institue, il y aura toujours des cas qui, s'ils étaient tranchés conformément à la lettre du texte légal, conduiraient à des conséquences tellement choquantes que le juge ne saurait faire autrement que de rechercher une autre solution, et cela, par égard envers l'esprit de la loi. Il ne s'agit pas, alors, de s'écarter de cette dernière pour des raisons d'équité. L'arrêt précise, semble-t-il, les rapports entre les principes applicables en matière de lacunes de la loi et les règles d'interprétation de celle-ci. Une lacune improprement dite laissera le cas échéant place à l'application des principes qui veulent que le juge s'écarte, exceptionnellement, d'une solution consacrée par la loi qui entraînerait des résultats manifestement insoutenables³⁶.

certaines défauts : définitions non uniformes, absence de concordance des solutions apportées à des problèmes similaires, coordination inexistante ou imparfaite, etc. Le droit des assurances sociales est d'autre part en constante mutation ; son importance pratique est considérable, au regard du nombre impressionnant des cas à traiter chaque année (plusieurs millions). Aussi le Tribunal fédéral a-t-il très tôt cherché à harmoniser les notions et solutions, chaque fois que cela était possible, par exemple en appliquant dans l'ensemble des assurances sociales la même définition de la maladie, de l'accident ou de l'invalidité. Quant à la grande quantité des affaires à liquider, elle appelle sans doute l'aménagement de solutions simples et pratiques, propres à éviter des discussions et, partant, des litiges inutiles. La LPGA a sensiblement amélioré la situation, qui cependant est loin d'être parfaite.

Voir aussi KIESER, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, p. 9 à 17 ; GÄCHTER THOMAS, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, p. 89 ss (méthodes d'interprétation du Tribunal fédéral), p. 278 ss (lacunes de la loi).

- 36 Pour un résumé de la jurisprudence, voir p.ex. Pratique VSI 2003 p. 145 (ici reproduit en partie) : « La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. Si le texte n'est pas tout à fait clair et que diverses interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit notamment du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose. Il n'y a lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair par voie d'interprétation que lorsque des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause. De tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi (ATF 125 II 196 consid. 3a, 244 consid. 5a, 125 V 130 consid. 5, 180 consid. 2a, et références citées). Dans le cadre d'une interprétation basée sur la Constitution ou conforme à celle-ci, il y a lieu, en outre, selon la jurisprudence et pour autant que cela soit compatible avec les éléments d'interprétation susmentionnés découlant directement de la norme légale, de tenir compte du principe de l'égalité de traitement, encore que le sens clair d'une norme légale ne saurait céder le pas à une interprétation conforme à la constitution (ATF 126 V 97 consid. 4b, 121 V 352 consid. 5, 119 V 130 consid. 5b, et références citées = VSI 1993 p. 136). L'interprétation conforme à la Constitution se justifie principalement pour des motifs inhérents à l'unité de l'ordre juridique et à la suprématie de la Constitution (ULRICH HÄFELIN, Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in *Recht und Prozess als Gefüge*, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Berne 1981, p. 241-259, en particulier p. 242). Comme

Rappelons enfin que, selon l'article 1 alinéa 3 CC, dans son activité, le juge devrait (il le doit même, aux termes de cette disposition) s'inspirer des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. A cet égard, Claude Du Pasquier³⁷ relève ce qui suit : « La fonction de la doctrine consiste [...] à scruter le droit positif, à l'organiser en un ensemble cohérent et logique, à le critiquer aussi et à rechercher comment l'améliorer ».

Le lecteur constatera rapidement que l'on trouve à côté des lois principales nombre de dispositions d'exécution auxquelles il est indispensable de se référer pour avoir une vision exacte de la situation juridique.

III. La LAVS

La LAI comporte de nombreux renvois à la LAVS. A côté de références dans les dispositions particulières, l'article 66 LAI précise qu'à moins de disposition contraire, les règles de la LAVS concernant le traitement de données personnelles, les employeurs, les caisses de compensation, le règlement des comptes et des paiements, la comptabilité, la révision des caisses et les contrôles des employeurs, la couverture des frais d'administration, la prise en charge des coûts et des taxes postales, la Centrale de compensation, le numéro d'assuré, ainsi que l'effet suspensif sont applicables par analogie.

La responsabilité pour les dommages est régie par l'article 78 LPG³⁸.

la nouvelle constitution fédérale n'a rien changé de fondamental à la structure de l'ordre juridique interne (GEORG MÜLLER, *Formen der Rechtssetzung*, in Ulrich Zimmerli [édit.], *Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft*, Berner Tage für die juristische Praxis [BTJP] 1999, Berne 2000, p. 249-266, en particulier p. 250 ; voir aussi l'article 182 alinéa 1 Cst.), les normes doivent être interprétées, sous la nouvelle Constitution fédérale, de manière conforme aux valeurs sur lesquelles elles reposent (ATF 126 V 97 consid. 4b) ».

L'arrêt rappelle aussi que « l'interprétation grammaticale repose sur l'équivalence fondamentale des trois langues officielles (article 9 alinéa 1 de la Loi fédérale du 21 mars 1986 sur les recueils de lois et la Feuille fédérale ; RS 170.512) et [que] ce mode d'interprétation n'a qu'une importance secondaire lorsque les trois versions linguistiques divergent entre elles ou même se contredisent (ATF 119 V 127 consid. 4a et références citées = VSI 1993 p. 133 s.) » et que « les travaux préparatoires représentent, notamment lorsqu'il s'agit de lois récentes, un moyen d'exploration important dont il convient de faire un usage régulier en matière d'interprétation (ATF 125 V 131 consid. 5 i.f. et références citées). Dans les cas où une disposition est peu claire ou autorise des interprétations différentes ou même contradictoires, ils peuvent être d'une aide précieuse pour déterminer le sens d'une norme et éviter ainsi des interprétations erronées. Toutefois, selon une jurisprudence bien établie, ils ne permettent pas de conclure directement au sens juridique d'une norme légale, car, une fois édictée, la loi échappe à ses créateurs et vit sa propre existence juridique (ATF 124 V 189 consid. 3a). Enfin, les travaux préparatoires ne sont d'aucun secours lorsqu'ils ne fournissent pas une réponse claire (ATF 124 V 190 consid. 3a et références citées) ».

Voir également ATF 130 V 49, 80, 229, 277, 294, 309, ATF 129 II 114, 353, ATF 129 V 95, 102, 258, 283, ATF 128 II 340, 128 V 102, 116, 199, ATF 126 V 57, 125 II 480, 125 V 355, 177, ATF 124 V 185, 123 V 290, 119 V 425, 112 V 168, 111 V 124, 110 V 117, 109 V 60, 107 V 214, 105 V 44, 101 V 184, 98 V 75 et 81 ; ATFA 1969 p. 210, 1968 p. 108, 1952 p. 209, 1951 p. 205 ; Pratique VSI 2003 p. 202, 1999 p. 226 (en cas de différences entre les textes italien, français et allemand) ; RAMA 1984 n° K 593 p. 228.

Sur l'importance des travaux préparatoires, voir p.ex. ATF 130 V 294, 126 V 435, 124 II 193, 124 III 126, 124 V 185.

Sur la question des lacunes de la loi, voir p.ex. encore ATF 129 V 1, 127 V 41, 439, 119 V 250 (et les références).

Quelques arrêts plus récents : 2C_628/2013 du 27 novembre 2013, 1C_127/2013 du 28 août 2013, 9C_691/2012 du 1^{er} mai 2013, 1C_555/2011 du 18 juin 2012.

37 CLAUDE DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 3^e éd., Neuchâtel 1948, p. 68.

38 KIESER, *Kommentar 2*, p. 981 ss ; LOCHER, *Grundriss*, p. 177-178.

IV. Les dispositions d'exécution

- 21 Les dispositions d'exécution de la LAI se trouvent principalement dans son règlement d'exécution³⁹. Mais d'autres textes encore devront être consultés : il s'agit notamment de l'Ordonnance du 9 décembre 1985 concernant les infirmités congénitales⁴⁰, ou encore de l'Ordonnance du 29 novembre 1976 concernant la remise de moyens auxiliaires par l'assurance-invalidité^{41,42}, sans parler des ordonnances régulièrement promulguées pour adapter certaines règles légales à l'évolution des prix et des salaires dans les régimes de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-invalidité.
- 22 Le Tribunal fédéral peut en principe examiner la légalité des ordonnances du Conseil fédéral (ordonnances dépendantes), qui se fondent sur un mandat légal ; il vérifie si elles respectent les limites des attributions que la loi délègue au Conseil fédéral. Si la loi accorde à celui-ci un large pouvoir d'appréciation pour régler une matière par voie d'ordonnance, il doit se borner à examiner si les dispositions incriminées sortent manifestement du cadre des compétences légales accordées au Conseil fédéral ou si, pour d'autres motifs, elles sont contraires à la Constitution ou à la loi. Il ne saurait toutefois substituer sa propre appréciation à celle du Conseil fédéral et ne peut pas davantage examiner l'opportunité des dispositions litigieuses. Selon la jurisprudence constante qui s'est développée sous l'empire de la Constitution fédérale en vigueur jusqu'à fin 1999, une réglementation édictée par le Conseil fédéral est contraire à la Constitution si elle ne repose pas sur des motifs fondés, si elle n'a pas de sens ou de but ou si elle fait des distinctions injustifiées. Il en va de même si l'ordonnance néglige d'opérer les distinctions qui s'imposaient. Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale du 18 avril 1999, le principe général de l'égalité de traitement que doivent respecter les ordonnances du Conseil fédéral découle désormais de l'article 8 Cst., qui décrète que tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Comme le principe de l'égalité de traitement fixé par l'article 8 alinéa 1 Cst. ne subit pas de modifications quant au fond, l'ancienne jurisprudence est aussi applicable, sous l'empire de la nouvelle Constitution fédérale, à l'examen préalable des ordonnances dépendantes⁴³.

V. Les directives de l'administration⁴⁴

- 23 L'autorité fédérale de surveillance, à savoir l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), a promulgué et édicte régulièrement un grand nombre de directives, circulaires et autres instructions à l'intention de l'administration, dans le but d'assurer une application

39 Règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RAI ; RS 831.201).

40 OIC ; RS 831.232.21.

41 OMAI ; RS 831.232.51.

42 L'Ordonnance du 11 septembre 1972 sur la reconnaissance d'écoles spéciales dans l'assurance-invalidité a été abrogée du fait que sa base légale a disparu avec la suppression de l'article 19 LAI.

43 Sur ces divers points, voir ATF 129 V 267, 327 (avec les références), ATF 125 V 21, ATF 124 II 241, 581, ATF 124 V 12, 185 (et les références citées) ; Pratique VSI 2000 p. 283 (examen de la conformité d'ordonnances dépendantes après l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale. Cette dernière est applicable dans le cadre de l'examen de la conformité d'ordonnances dépendantes dans un procès en cours, même si le jugement entrepris est antérieur au 1^{er} janvier 2000. La jurisprudence rendue sous l'empire de la Constitution fédérale en vigueur jusqu'à la fin de l'année 1999 au sujet du contrôle préalable des ordonnances dépendantes reste valable sous le nouveau droit), 1993 p. 230.

RAYMOND SPIRA, Le contrôle juridictionnel des ordonnances administratives en droit fédéral des assurances sociales, in Aubert Jean-François/Bois Philippe (édit.), *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel 1983, p. 803 ss. DOROTHEA RIEDI HUNOLD, Die Rechtsprechung der beiden sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts der Jahre 2007 bis 2009 im Rahmen des abstrakten Normenkontrolle, RSAS 2012 p. 41 ss. Quelques arrêts plus récents : 2C_153/2013 du 16 août 2013, ATF 137 III 217, ATF 137 V 321, ATF 134 II 337.

44 En matière d'assurance-invalidité, voir articles 59 alinéa 1 et 64a alinéa 1 let. b LAI.

uniforme et correcte des règles légales. Ces textes sont très utiles pour le justiciable également, qui a la possibilité d'y accéder sur le site de l'administration fédérale⁴⁵.

Selon la jurisprudence, qui contient de nombreuses références à la doctrine, de même que 24
n'importe quelle ordonnance administrative, les directives de l'autorité de surveillance sont des instructions données aux organes d'application de l'assurance sur la façon dont ils doivent exercer leurs compétences. Destinées à assurer une application uniforme des prescriptions légales par l'administration, de telles instructions n'ont d'effet qu'à l'égard de cette dernière. Elles ne créent pas de nouvelles règles de droit et ne peuvent contraindre les administrés à adopter un certain comportement, actif ou passif. Non publiées au recueil officiel des lois fédérales, ces directives donnent le point de vue d'un organe de l'Etat sur l'application des règles de droit et non pas une interprétation contraignante de celle-ci. Sans se prononcer sur leur validité car, ne constituant pas des décisions, elles ne peuvent être attaquées en tant que telles, le juge en contrôle librement la constitutionnalité et la légalité, à l'occasion de l'examen d'un cas concret. Il ne s'en écarte toutefois que dans la mesure où elles établissent des normes qui ne sont pas conformes aux dispositions légales applicables⁴⁶.

VI. La jurisprudence

Enfin, la jurisprudence joue un rôle très important en matière d'assurances sociales, dès 25
lors qu'elle ne devrait en principe pas être modifiée sans motifs pertinents.

Le Tribunal fédéral n'a pas besoin de base légale particulière pour modifier sa jurisprudence 26
ou la différencier par la suite. S'il arrive à la conclusion que des motifs décisifs justifient un changement de jurisprudence, il peut modifier sa pratique. Face au postulat de la sécurité du droit, un revirement de jurisprudence ne se justifie en principe que lorsque la nouvelle solution correspond à une connaissance plus approfondie de l'intention du législateur, à un changement des circonstances extérieures ou à l'évolution des conceptions juridiques. Il est ainsi possible de modifier une pratique qui se révèle erronée ou dont le durcissement est considéré comme approprié en raison de la modification de la situation ou à la suite d'abus répétés⁴⁷.

Chaque année, des centaines d'arrêts du Tribunal fédéral, voire d'autres autorités également, 27
sont publiés dans divers recueils ou revues⁴⁸. Cela vaut particulièrement pour l'assurance-invalidité.

45 <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/index/category:33/lang:fre>.

46 KIESER, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, p. 27 à 30; RYSER, Die Bedeutung der Verwaltungsweisungen für die Bemessung der Invalidität und Hilflosigkeit.

Voir p.ex. ATF 129 V 226, 126 V 64, 124 V 257, 123 II 16, 123 V 70 (et références), ATF 114 V 13 (contrôle de la conformité à la loi et à la Constitution des directives administratives), 110 V 89, 107 V 153, etc.

47 On consultera DU PASQUIER, *op. cit.*, p. 63 n° 82; KIESER, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, p. 37 ss; BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, 4^e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, p. 84 ss; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. I, Les fondements généraux, 2^e éd., Berne 1994, p. 73 ss. S'agissant de la jurisprudence, voir p.ex. : ATF 129 V 370 3, 128 III 257, 127 II 289, 127 V 268, 126 V 36, 125 III 312, 124 V 118, 386, 123 V 156, 121 V 80, 111 V 161 et les références (une pratique qui se révèle erronée ou dont l'application a conduit à des abus répétés ne peut être maintenue), 110 V 117, 108 V 13, 107 V 1, 79 et les références, ATF 106 V 198 (une évolution du droit, ou des mœurs, peut justifier un revirement de jurisprudence); Pratique VSI 2002 p. 64; RCC 1992 p. 134, 1987 p. 620; RAMA 1990 n° U 106 p. 275.

48 Liste (non exhaustive) :

ATF (Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse), cinquième partie surtout (ATFA jusqu'en 1969). Les arrêts cités avec leur date et leur référence peuvent être consultés sur le site des Tribunaux fédéraux, www.bger.ch/fr/index.htm.

RCC (Revue à l'intention des caisses de compensation ; en allemand : ZAK), publication de l'OFAS, jusqu'en 1992.

Pratique VSI (Jurisprudence et pratique administrative AVS/AI/PC/APG/AF/PP), publication de l'OFAS

§ 3 Le droit international de la sécurité sociale⁴⁹

- 28 Le but de cette étude étant essentiellement de présenter le droit interne suisse, on ne traitera pas cet objet, en se contentant de renvoyer à la contribution de Bettina Kahil-Wolff figurant dans ce ouvrage.
- 29 Un certain nombre de dispositions légales tiennent compte des accords conclus dans ce domaine.

ayant remplacé la RCC depuis 1993. Dès 2005, voir Bulletins AVS à l'adresse www.sozialversicherungen.admin.ch (sous la rubrique AVS, puis *Messages*); renvoi aux arrêts importants du Tribunal fédéral à SVR (Sozialversicherungsrecht Rechtsprechung, à l'adresse www.sozialversicherungen.admin.ch. Les modifications d'ordonnances (textes et commentaires) peuvent être consultées à l'adresse www.bsv.admin.ch, dans la rubrique *lois* spécifique à chaque branche d'assurances sociales.

FLORENCE AUBRY GIRARDIN, Publication de la jurisprudence en matière d'assurance sociale, in CHSS 1/2002 p. 52 à 55; LOCHER, Grundriss, p. 99-100 n° 56.

Site du Tribunal fédéral (<http://www.bger.ch/fr/index.htm>)

Jurisprudence – Jurisprudence gratuit – Autres arrêts dès 2000 (cocher *droit des assurances sociales*) – indiquer la référence de l'arrêt (p.ex. 9C_776/2010).

Université de Neuchâtel

Assurances sociales – Droit pour le praticien

Présentation d'arrêts avec commentaires.

⁴⁹ Voir p.ex. ROLAND BIEBER/FRANCESCO MAIANI, Précis de droit européen, avec des contributions de Bettina Kahil-Wolff, Berne 2004; DANIEL FELDER/CHRISTINE KADDOUS (édit.), Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaires), Bilaterale Abkommen Schweiz – EU (Erste Analysen), Dossiers de droit européen, Bâle (et al.) 2001; KIESER, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, p. 17 à 25, ainsi que les notes suivantes.

en droit interne toujours – la possibilité de réduire des prestations à raison de la commission d'un crime ou d'un délit⁵⁷⁰, mais aussi à raison de la commission d'une faute intentionnelle, que l'on se gardera de confondre avec l'atteinte portée volontairement au corps humain (dommage intentionnel; « Artefakt »)⁵⁷¹. Or, l'atteinte portée volontairement à la santé est en principe exclue de l'assurance⁵⁷², tandis que la même atteinte résultant d'une faute commise intentionnellement pourra donner lieu à une sanction. Mais une faute intentionnelle n'est pas forcément grave, et il serait à nos yeux choquant de sanctionner dans l'assurance-invalidité une faute qui ne serait que légère. Il faut admettre que le législateur de la LPGa a entendu reprendre les règles en vigueur, en les adaptant – mal – aux normes du droit international⁵⁷³.

S'agissant de savoir si l'élément intentionnel est présent, on se trouvera souvent en présence d'une forme de l'intention que l'on désigne par les termes de « dol éventuel ». Selon Alfred Maurer, le dol éventuel n'est pas assimilé à l'intention, en droit des assurances⁵⁷⁴. 365

On reviendra plus loin sur la question du dommage intentionnel. 366

Il est enfin admis que l'auteur d'un dommage demeure responsable, lorsqu'il s'est mis intentionnellement ou par négligence dans un état d'incapacité de discernement pour commettre l'acte projeté⁵⁷⁵. Or, on peut être victime d'un dommage en se trouvant involontairement dans un état d'ébriété, par exemple (cela est vrai pour la consommation d'autres drogues également). Dans un tel cas, l'inconscience pourra être admise, mais les prestations pourront éventuellement être réduites, le cas échéant, pour faute grave. L'incapacité de discernement pourra donc être invoquée pour excuser la faute commise mais, selon les cas, le comportement fautif lors de l'acte ayant produit l'incapacité de discernement jouera un rôle (cette situation se présentera, par exemple, lorsqu'un assuré en état d'ébriété se sera confié à un conducteur incapable de conduire une voiture sans pouvoir apprécier cette incapacité en raison de sa propre ivresse). Plus délicate en revanche est la situation créée par le fait de s'enivrer, dans l'intention de causer l'inconscience désirée pour commettre un délit. L'exclusion de la possibilité d'invoquer l'inconscience causée volontaire- 367

570 9C_785/2010: il faut que le cas d'assurance survienne en commettant le délit; il doit exister un lien matériel et temporel entre la survenance du cas d'assurance et le crime ou le délit; ainsi, un assuré qui a exercé une contrainte contre un policier au sens de l'article 285 CP et qui s'est fait tirer dessus n'a droit à aucune prestation d'assurance (8C_737/2009). Il en va de même d'un assuré blessé suite à un accident alors qu'il circule en état d'ébriété, ATF 119 V 241 (en l'espèce, délit – au sens du droit suisse – retenu à la suite d'un accident de la circulation). Voir DUC JEAN-LOUIS/MONNARD CORINNE, Coordination entre assurance-vieillesse et survivants, assurance-accidents suivant la LAA et prévoyance professionnelle obligatoire, PJA 2006 p. 114 ss.

BERENSTEIN, à propos de la réduction des prestations en raison d'une faute dans la survenance de l'éventualité d'après la législation interne et les conventions internationales en matière de sécurité sociale, RSAS 1996, p. 117 à 128; ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Die Aufhebung der Leistungskürzung bei grobfahrlässig herbeigeführten Nichtberufsunfällen, RSAS 1995, p. 321 ss.

571 I 50/97.

572 L'article 37 alinéa 1 LAA le rappelle expressément – ce qui au vrai est inutile, dès lors que la notion d'accident suppose une atteinte involontaire. Il est néanmoins intéressant de souligner que cette disposition n'est pas censée déroger à l'article 21 alinéa 1 LPGa, ce dont on peut déduire qu'elle en confirme simplement le contenu, sous réserve des frais funéraires, qui sont alloués.

573 Rappelons que la notion de faute grave recouvre l'intention, d'une part, et la négligence grave, d'autre part.

574 S'agissant de la tentative de suicide dans l'assurance-accidents, ALFRED MAURER, Le suicide et la tentative de suicide dans l'assurance-accidents (LAA/OLAA), in Risques totalement ou partiellement exclus de l'assurance sociale (y compris la prévoyance professionnelle), Colloque de Lausanne 1989, IRAL, Lausanne 1990, p. 49, 55.

575 HENRI DESCHENAUX/PIERRE TERCIER, La responsabilité civile, Berne 1982, p. 80 N 11, à propos de l'article 54 alinéa 2 CO, application d'une règle générale (la faute est présumée; il incombe à l'auteur du dommage d'établir qu'il s'est trouvé dans un état d'incapacité sans sa faute). Arrêts cités: ATF 104 IV 249, 103 II 335 consid. 4.

ment pour commettre un acte déterminé constitue une conséquence logique du refus ou de la réduction des prestations à l'occasion de certains comportements. Encore faudrait-il conduire le raisonnement logique jusqu'au bout et ne pas sanctionner l'assuré plus lourdement qu'il ne l'aurait été s'il avait agi dans un état normal.

- 368 En bref, il faut comprendre l'article 21 LPGa comme continuant de permettre une réduction des prestations en cas de faute grave intentionnelle.⁵⁷⁶
- 369 La question du rapport de causalité entre la faute et l'atteinte devra toujours être examinée. Il faut que le comportement fautif soit à l'origine du dommage, pour que la faute puisse être sanctionnée⁵⁷⁷. Ainsi, une réduction ne pourra pas intervenir en cas d'accident de voiture, lorsque le fait que les pneus étaient lisses n'a joué aucun rôle lors de la survenance de l'accident, la chaussée étant sèche ; ou le piéton ivre, titubant, happé par une voiture qui a dérapé sur le verglas : dans une telle éventualité, il ne pourra pas se voir reprocher une faute en raison de son ivresse⁵⁷⁸.
- 370 Rappelons enfin que, selon les dispositions transitoires de l'article 82 alinéa 1 LPGa, les dispositions matérielles de la LPGa ne sont pas applicables aux prestations en cours et aux créances fixées avant son entrée en vigueur. Cependant, sur demande, les rentes d'invalidité ou de survivants réduites ou refusées en raison d'une faute de l'assuré seront réexaminées et, si nécessaire, fixées à nouveau conformément à l'article 21 alinéas 1 et 2, au plus tôt à compter de l'entrée en vigueur de la LPGa.

§ 58 L'application dans l'assurance-invalidité⁵⁷⁹

- 371 La LAI règle les conséquences d'un manquement aux obligations de l'assuré de réduire le dommage et de coopérer. Elle énumère les obligations dont le non-respect entraîne une réduction ou un refus des prestations sans qu'une procédure de sommation avec délai de réflexion soit nécessaire, et fixe les conditions d'une réduction ou d'un refus des prestations en espèces et en nature.

⁵⁷⁶ 9C_174/2012, 9C_785/2010, ATF 134 V 315, K 158/03.

⁵⁷⁷ RIEMER-KAFKA, Pflicht, p. 143 ss.

ATF 125 V 237 (consid. 5 : « selon la jurisprudence rendue à propos de l'article 7 alinéa 1 LAI, la rente qui est réduite en vertu de cette disposition le reste aussi longtemps qu'il subsiste un rapport de causalité entre la faute de l'assuré et l'invalidité. Une réduction limitée dans le temps n'est admissible qu'exceptionnellement, lorsque, déjà au moment de la fixation de la rente, il est vraisemblable que la cause de l'invalidité consistant dans le comportement gravement fautif de l'assuré n'aura plus d'importance après une période pouvant être déterminée approximativement, parce que d'autres facteurs seront alors au premier plan. Aussi est-il logique de faire dépendre la durée de la sanction des conséquences de la faute sur l'atteinte à la santé (ATF 119 V 248 s. consid. 4b et les références) [...] L'article 7 alinéa 1 LAI repose [...] sur l'idée que l'incapacité de travail découlant de l'atteinte à la santé peut se modifier postérieurement à l'octroi de la rente. Dans ce cas, les conséquences de la faute sur l'atteinte à la santé peuvent, au cours du temps, perdre de leur importance face à l'ensemble des autres facteurs dont découle le dommage »), 109 V 150 et références (omission du port de la ceinture de sécurité ; sur la base des expériences confirmées scientifiquement, l'existence d'un rapport de causalité adéquate entre l'omission du port de la ceinture et les lésions subies doit, en règle ordinaire, être considérée comme établie) ; RAMA 1994 n° U 198 p. 220 (omission de boucler la ceinture de sécurité à l'arrière d'un véhicule non considérée comme fautive – à défaut d'obligation juridique), 1986 n° U 9 p. 343 (en matière de ceinture de sécurité).

⁵⁷⁸ 9C_785/2010 : il faut que le cas d'assurance survienne en commettant le délit ; il doit exister un lien matériel et temporel entre la survenance du cas d'assurance et le crime ou le délit ; ainsi, un assuré qui a exercé une contrainte contre un policier au sens de l'article 285 CP et qui s'est fait tirer dessus n'a droit à aucune prestation d'assurance (8C_737/2009).

ALFRED MAURER, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Berne 1985, p. 465 N 1223 ; ULRICH MEYER-BLASER, Kausalitätsfragen aus dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts, in RSAS 1994 p. 81 ss.

⁵⁷⁹ VALTERIO, Commentaire thématique, p. 822.

L'article 7b LAI dispose que les prestations peuvent être réduites ou refusées conformément à l'article 21 alinéa 4 LPGa, si l'assuré a manqué aux obligations prévues par l'article 7 LAI ou par l'article 43 alinéa 2 LPGa (alinéa 1). En dérogation à l'article 21 alinéa 4 LPGa, les prestations peuvent être réduites ou refusées sans mise en demeure et sans délai de réflexion si l'assuré ne s'est pas annoncé sans délai à l'AI malgré l'injonction donnée par l'office AI en vertu de l'article 3c alinéa 6 LAI et que cette omission a prolongé ou aggravé l'incapacité de travail ou l'invalidité, a manqué à son obligation de communiquer au sens de l'article 31 alinéa 1 LPGa a obtenu ou tenté d'obtenir indûment des prestations de l'AI, ne communique pas à un office AI les renseignements dont ce dernier a besoin pour remplir les tâches qui lui sont assignées par la loi (alinéa 2). La décision de réduire ou de refuser des prestations doit tenir compte de toutes les circonstances, en particulier de la gravité de la faute de l'assuré (alinéa 3)⁵⁸⁰. 372

On notera que l'article 7b modifié LAI déroge à l'article 21 alinéa 1 LPGa en disposant que les indemnités journalières et les allocations pour impotents ne peuvent être ni refusées, ni réduites. L'article 21 LPGa reste donc applicable aux autres prestations, en particulier aux mesures de traitement. 373

La première question à trancher est celle de savoir si les organes de l'assurance sont tenus de sanctionner une attitude fautive qui est à l'origine du cas d'assurance. Les auteurs penchent pour l'affirmative, malgré les termes de l'article 21 LPGa, sous peine de créer des inégalités de traitement que rien ne justifie⁵⁸¹. 374

L'obésité, l'alcoolisme, le tabagisme, la dépendance à des drogues de toutes sortes, etc., peuvent en principe donner lieu à des sanctions, si l'on ne se trouve pas en présence d'une simple négligence et si aucune maladie ne peut excuser les abus qui sont reprochés aux as- 375

580 9C_961/2008: obligation de collaboration de la personne assurée et sanction en cas de violation de ce devoir. Dans le cas concret, la suppression de la rente sur la base de l'article 17 LPGa ainsi que de l'article 21 alinéa 4 LPGa n'entre pas en considération; par contre, une violation de l'obligation de collaboration au sens de l'article 28 alinéa 2, ainsi que de l'article 43 alinéa 3 LPGa et de l'article 73 RAI est donnée dans le cas concret, raison pour laquelle la rente peut être supprimée sur cette base. ATF 138 V 63 (8C_195/2011): l'article 7b alinéa 2 LAI constitue une exception à la mise en demeure et au délai de réflexion prévus par la LPGa. Cette disposition ne constitue cependant pas à elle seule un motif suffisant pour révoquer une décision entrée en force. Une telle décision doit plutôt être annulée préalablement sur la base d'un motif de révocation (reconsidération, révision), avant que ne se pose éventuellement la question d'une sanction contre l'assuré concerné.

581 Arrêt 9C_174/2012. L'ATF 125 V 237 (consid. 4 i.f.) semblait déjà aller dans ce sens. Les considérants de la Haute Cour méritent d'être cités: « Comme d'autres normes du droit des assurances sociales sanctionnant le comportement fautif de l'ayant droit, l'article 18 alinéa 1, seconde phrase LAVS, a pour but d'épargner à la communauté des assurés des charges qui pourraient être évitées. Il est formulé de telle manière que les organes d'application de la loi bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation. Comme le démontrent les travaux préparatoires, il existe en effet un étroit parallélisme entre cette disposition de la LAVS et l'article 7 alinéa 1 LAI (FF 1958 II 1310). Or, aux termes du message du Conseil fédéral relatif à un projet de loi sur l'assurance-invalidité ainsi qu'à un projet de loi modifiant celle sur l'assurance-vieillesse et survivants du 24 octobre 1958, l'article 7 LAI a été rédigé « dans le souci d'offrir aux organes d'exécution une marge d'appréciation aussi large que possible, afin qu'ils puissent, dans cet épineux domaine, tenir compte des particularités du cas d'espèce sans être liés par des règles impératives. La disposition en question revêt par conséquent un caractère non impératif, et les diverses sanctions, qui vont de la réduction temporaire à la suppression définitive, ont été prévues sous une forme toute générale » (FF 1958 II 1187 s.). Par ailleurs, la proposition du Conseil fédéral – formulée dans la seconde phrase du projet d'article 7 alinéa 1 LAI et la troisième du projet d'article 18 alinéa 1 LAVS – de retirer définitivement les rentes dans les cas particulièrement graves (FF 1958 II 1320, 1340) a été rejetée par la Commission du Conseil des Etats (procès-verbal de la séance des 9 et 10 avril 1959, p.25 ss).

Cela étant, le fait que l'article 18 alinéa 1, seconde phrase LAVS est rédigé – comme l'article 7 alinéa 1 LAI – sous la forme d'une norme potestative (« *Kann-Vorschrift* ») ne permet toutefois pas d'inférer que les organes d'exécution ont la liberté de décider si une sanction doit ou non être prononcée. Ceux-ci ont seulement la compétence – c'est-à-dire le droit et l'obligation – de prononcer une sanction lorsque les conditions légales sont réunies (cf. ATF 111 V 194 s. consid. 4a) ».

surés. Or, dans l'assurance-invalidité, le Tribunal fédéral a jugé que la réduction pouvait être limitée dans le temps, ou une décision de réduction révisée⁵⁸².

- 376 Dans l'assurance-invalidité, il n'existe aucune disposition visant spécifiquement les dangers extraordinaires et les entreprises téméraires. On devra appliquer, de l'avis des auteurs, les dispositions relatives à la faute grave, à défaut de norme légale spéciale. En présence d'une entreprise dès l'abord téméraire, au sens de la législation sur l'assurance-accidents⁵⁸³, se posera la question de savoir si le fait d'affronter une telle entreprise constitue en soi une faute grave. La réponse est sans doute négative⁵⁸⁴.

§ 59 La tentative de suicide

- 377 Un cas de dommage intentionnel que l'on rencontre fréquemment est celui du suicide⁵⁸⁵ (il y a bien entendu d'autres formes d'automutilation). Il faut faire une distinction entre le suicide (le résultat, soit la mort, est atteint), d'une part, et, d'autre part, la tentative de suicide (le résultat est manqué). C'est évidemment le suicide manqué qui posera des problèmes dans l'assurance-invalidité.
- 378 C'est l'article 21 LPGa qu'il faudra appliquer, sauf aux allocations pour impotents (article 7b alinéa 4 LAI). Interprété à la lettre, l'article 21 alinéa 1 LPGa vise le dommage intentionnel⁵⁸⁶. Mais on a vu qu'il va plus loin, en sanctionnant aussi le dommage consécutif à une faute grave, laquelle ne saurait consister en une simple négligence, fût-elle grave elle aussi. Mais l'article 21 alinéas 2 et 3 LPGa dispose que les prestations en espèces dues aux proches ou aux survivants de l'assuré ne sont réduites ou refusées que si ceux-ci ont provoqué la réalisation du risque intentionnellement ou en commettant intentionnellement un

582 Ne pas oublier l'article 82 LPGa.

Arrêt 9C_123/2012 (en matière d'alcoolisme primaire); ATF 119 V 171 (les normes de droit international en matière de sanctions sont directement applicables et l'emportent sur l'article 7 alinéa 1 LAI; par conséquent, elles ne permettent pas la réduction d'une rente de l'assurance-invalidité en raison de la faute grave non intentionnelle commise par un assuré – changement de jurisprudence), 241 (modifiant la jurisprudence en matière de consommation abusive d'alcool et de tabac et prescrivant l'adaptation à la nouvelle pratique des rentes en cours; les prestations doivent en principe être réduites aussi longtemps qu'il subsiste un lien de causalité entre le comportement délictueux de l'assuré – en l'occurrence, une violation des règles de la circulation routière – et l'invalidité; l'arrêt examine encore le problème d'une éventuelle *reformatio in peius*), 410 (réduction des prestations pour faute grave non intentionnelle; en matière de réduction pour alcoolisme ou pour abus de tabac, les rentes en cours, c'est-à-dire réduites en vertu d'une décision passée en force, doivent être adaptées à la jurisprudence), 111 V 186 (en cas de consommation abusive d'alcool et de tabac, lorsqu'il y a, à côté d'un comportement gravement fautif de l'assuré, des facteurs pathogènes dont l'assuré n'est pas responsable), 197 (abus de tabac, notion et preuve de l'amendement permettant de renoncer à une sanction; conditions mises au prononcé d'une sanction au cours d'une procédure de révision), 201 (sanction selon l'article 7 LAI ainsi que Convention n° 128 OIT et CESS; les normes de ces instruments ne sont pas *self-executing*; elles ne font pas obstacle à la réduction d'une rente d'invalidité en raison de la faute grave non intentionnelle commise par un assuré – rappel: cette jurisprudence a été abandonnée dans les ATF 119 V 171, 241 et 410); RAMA 1994 n° U 193 p. 152 (accident de la circulation), 1993 n° U 164 p. 57 (caractère définitif de la réduction des prestations dans l'assurance-accidents); RCC 1988 p. 600 (amendement d'un fumeur), 1987 p. 109 (amendement de l'assuré; avertissement requis quant aux conséquences qui découleraient d'une rechute), 1986 p. 563 et 567 (amendement de l'assuré; sanction prononcée lors d'une procédure de révision), 1983 p. 113 (sanction prononcée lors d'une procédure de révision).

583 Voir la contribution du présent ouvrage consacrée à l'assurance-accidents.

584 JEAN-LOUIS DUC, Les entreprises téméraires dans l'assurance sociale, in RDS 1984 I p. 225 ss.

585 STÉPHANE MOHAROS, Le suicide en assurances sociales, Etude de droit suisse, in CGSS 2000, n° 25, p. 97 ss.

586 L'ancien article 7 alinéa 1 LAI devait déjà permettre de refuser les prestations en présence d'une lésion volontaire.

