

RKUV / RAMA / RAMI 2/2005

Kranken- und Unfallversicherung
Rechtsprechung und Verwaltungspraxis

Assurance-maladie et accidents
Jurisprudence et pratique administrative

Assicurazione malattia e infortuni
Giurisprudenza e prassi amministrativa



BAG OFSP UFSP SFOPH

Impressum

Ausgabe/Edition/Edizione: 2/2005

Herausgeber/Editeur/Editore:

© Bundesamt für Gesundheit (BAG)

© Office fédéral de la santé publique (OFSP)

© Ufficio federale della sanità pubblica (UFSP)

Redaktion/Rédaction/Redazione:

Marc Léderrey, Monika Schuler,

Bernard Schuler, Helen Kaufmann

Weitere Informationen/Autres informations/Altre informazioni:

BAG, Kranken- und Unfallversicherung

Hessstrasse 27e, 3003 Bern

Telefon 031 322 90 22, Telefax 031 322 78 80

E-Mail: anne-marie.flury@bag.admin.ch (UV/AA/AInf)

Vertrieb/Distribution/Distribuzione:

BBL, Vertrieb Publikationen, CH-3003 Bern

OFCL, Diffusion publications, CH-3003 Berne

UFCL, Distribuzione pubblicazioni, CH-3003 Berna

Internet-Bestellung/Commande par Internet/Ordinazione per Internet:

www.bbl.admin.ch/Bundespublikationen

Auflage/Tirage/Tiratura: 1670

Erscheint 5–6 mal jährlich/Paraît 5–6 fois par année/Pubblicato 5–6 volte l'anno

Abonnementspreis inkl. MWSt: Fr. 27.60

Prix d'abonnement TVA incluse: fr. 27.60

Prezzo d'abbonamento IVA compresa: fr. 27.60

BBL-Artikelnummer: 316.99705

BAG-Publikationsnummer: BAG KUV 5.05 1670kombi 66EXT05001

Gedruckt auf chlorfrei gebleichtem Papier

Mai 2005/mai 2005/maggio 2005

Inhalt

Sommaire

Sommario

■ **Krankenversicherung/Assurance-maladie/Assicurazione malattia**

71 ■ Richtige Besetzung des Schiedsgerichts

KV 318 Urteil des EVG vom 22. Dezember 2004 (K 97/04)

77 ■ Interprétation de la notion de canton de résidence

KV 319 Arrêt du TFA du 17 janvier 2005 (K 108+111/04)

83 ■ Erlöschen des Anspruchs auf ausstehende Leistungen oder Beiträge

KV 320 Urteil des EVG vom 21. Januar 2005 (K 99/04)

88 ■ Vorleistungspflicht der Krankenversicherung im Verhältnis zur Unfallversicherung

KV 321 Urteil des EVG vom 27. Januar 2005 (K 166/03)

92 ■ Suspension des prestations

KV 322 Arrêt du TFA du 28 janvier 2005 (K 117/04)

97 ■ Etendue du pouvoir d'examen du juge sur les tarifs de primes

KV 323 Arrêt du TFA du 1er février 2005 (K 45/03)

109 ■ Morbus Hodgkin: Sperma-Kryokonservierung

KV 324 Urteil des EVG vom 17. Februar 2005 (K 23/04)

■ **Unfallversicherung/Assurance-accidents/Assicurazione infortuni**

112 ■ Bestimmung des Valideneinkommens; Lohnentwicklung

U 538 Urteil des EVG vom 2. November 2004 i. Sa. B. (U 66/02)

119 ■ Unfallbegriff

U 539 Urteil des EVG vom 10. November 2004 i. Sa. L. (U 203/04)

123 ■ Komplementärrenten

U 540 Urteil des EVG vom 19. November 2004 i. Sa. R. (U 283/03)

137 ■ Höchstbetrag des versicherten Lohnes

U 541 Urteil des EVG vom 2. Dezember 2004 i. Sa. (U 384/01)

144 ■ Schreckereignis

U 542 Urteil des EVG vom 7. Dezember 2004 i. Sa. M. (U 46/04)

151 ■ Droit à l'indemnité pour changement d'occupation

U 543 Arrêt du TFA du 6 janvier 2005 dans la cause P. (U 132/03)

Richtige Besetzung des Schiedsgerichts

KV 318 Urteil des EVG vom 22. Dezember 2004 (K 97/04)

- **Gemäss Urteil K 27/04 vom 20. Oktober 2004 verletzt die Mitwirkung von nicht formgültig gewählten und damit nicht im Amt stehenden Schiedsrichtern am Schiedsgerichtsentscheid die Garantie eines durch Gesetz geschaffenen, zuständigen unabhängigen und unparteiischen Gerichts nach Art. 30 Abs. 1 BV.**

Dies ist auch der Fall, wenn im Sühneverfahren nach zürcherischem Schiedsgerichtsverfahren in Sozialversicherungsstreitigkeiten Fachrichter mitwirken, die nicht formgültig gewählt sind. Da ihnen formelle Richtereigenschaft zukommt, ist das Sühneverfahren unter Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils zu wiederholen.

- **Selon l'arrêt K 27/04 du 20 octobre 2004, le fait que des juges-arbitres qui n'ont pas été désignés en bonne et due forme et qui ne sont ainsi pas en fonction participent à la décision du tribunal arbitral viole la garantie constitutionnelle d'un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial (art. 30, al. 1, Cst.).**

Tel est également le cas de l'intervention de juges spécialisés non désignés en bonne et due forme, dans la phase de conciliation prévue par la procédure arbitrale zurichoise pour les litiges relevant des assurances sociales. Dans la mesure où il leur incombe de revêtir la qualité formelle de juges, la procédure de conciliation doit être refaite sous peine d'une annulation du jugement de l'instance inférieure.

- **Conformemente alla sentenza K 27/04 del 20 ottobre 2004, la partecipazione all'emissione della sentenza arbitrale da parte di giudici arbitrali non validamente eletti e, di conseguenza, non ufficialmente in carica, viola, giusta l'articolo 30 capoverso 1 Cost., la garanzia del diritto d'essere giudicato da un tribunale fondato sulla legge, competente nel merito, indipendente e imparziale.**

Questo vale anche quando nella procedura di conciliazione secondo il diritto arbitrale di Zurigo in caso di controversie in materia di assicurazioni sociali, collaborano giudici specializzati non validamente eletti. Poiché formalmente è riconosciuta loro la qualità di giudice, la procedura di conciliazione va ripetuta e la sentenza pronunciata dall'istanza inferiore annullata.

Auszug aus den Erwägungen:

...

2.

2.1 Im Rahmen der von Amtes wegen vorzunehmenden Prüfung der formalen Gültigkeitsvoraussetzungen des vorinstanzlichen Verfahrens beurteilt das Eidgenössische Versicherungsgericht frei und ohne an die erhobenen Einwände gebunden zu sein, ob die – als nicht willkürlich befundene – Auslegung und Anwendung kantonalen Rechts mit der in Art. 30 Abs. 1 BV gewährleisteten Garantie eines durch Gesetz geschaffenen, zuständigen, unabhängigen und unparteiischen Gerichts vereinbar ist (BGE 129 V 338 Erw. 1.3.2 mit Hinweisen). Diese kognitionsrechtliche Ordnung ist hier insofern von Bedeutung, als gemäss Art. 89 Abs. 5 KVG die nähere Ausgestaltung des schiedsgerichtlichen Verfahrens in Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern grundsätzlich Sache der Kantone ist (RKUV 2003 Nr. KV 250 S. 220 Erw. 3.2 mit Hinweisen; vgl. zu alt Art. 25 Abs. 4 KUVG BGE 115 V 261 Erw. 2c).

2.2 Nach der Rechtsprechung ist eine Entscheidung willkürlich, wenn sie eine Norm oder einen klaren und unumstrittenen Rechtsgrundsatz offensichtlich schwer verletzt, sich mit sachlichen Gründen schlechthin nicht vertreten lässt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Willkürliche Rechtsanwendung liegt nicht schon vor, wenn eine andere Lösung in Betracht zu ziehen oder sogar vorzuziehen wäre (BGE 129 I 9 Erw. 2.1, 58 Erw. 4, 127 I 41 Erw. 2a; zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangene, weiterhin geltende Rechtsprechung: BGE 125 I 168 Erw. 2a, 125 II 15 Erw. 3a, 124 I 316 Erw. 5a, 124 V 139 Erw. 2b, je mit Hinweisen). Dabei genügt es nicht, wenn sich lediglich die Begründung des angefochtenen Entscheides als unhaltbar erweist. Die Aufhebung eines Entscheides rechtfertigt sich nur, wenn dieser auch im Ergebnis verfassungswidrig ist (BGE 119 Ib 385 unten, 117 Ia 139 Erw. 2c mit Hinweisen).

3.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat mit dem Urteil S. vom 20. Oktober 2004 (K 27/04) entschieden, dass nach zürcherischem Recht das Amt als (nicht leitendes) Mitglied des Schiedsgerichts zwingend einen entsprechenden (Erneuerungs-)Wahlbeschluss des Regierungsrates voraussetzt. Andernfalls fällt mit Ablauf der Amtsdauer – spätestens Ende Juni des Wahljahres – die formelle Richtereigenschaft dahin. Die Auslegung der einschlägigen Wahlvorschriften, wonach die Mitwirkung von Schiedsrichtern an einem nach Ablauf der Amtszeit und vor einer allfälligen Wiederwahl gefällten Entscheid betreffend Rückforderung von Vergütungen wegen unwirtschaftlicher Behandlung zulässig ist, muss als willkürlich im Sinne von Art. 9 BV bezeichnet werden (Erw. 4). Ebenfalls ist die Garantie eines durch Gesetz geschaffenen, zuständigen, unabhängigen und unparteiischen Gerichts nach Art. 30 Abs. 1 BV verletzt (Erw. 5).

4.

Auf Grund der Akten steht fest, dass die beiden Schiedsrichter Dr. T. und M. zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Sühneverfahrens, insbesondere anlässlich der Sühneverhandlung vom 13. Dezember 2001, nicht mehr im Amt standen, da ihre Amtszeit bereits am 30. Juni 2001 abgelaufen war. Zwar wurden auch diese beiden Schiedsrichter am 8. Januar 2002 vom Regierungsrat «rückwirkend» in ihrem Amt bestätigt bzw. wiedergewählt. Dadurch wurde jedoch für den Zeitraum zwischen dem Ende der Amtsdauer bis zur formellen Wiederwahl die mangelnde Richtereigenschaft nicht wiederhergestellt (vgl. den Hinweis auf die Rechtsprechung oben in Erw. 3). Nach dem Gesagten mangelte es den beiden Schiedsrichtern Dr. T. und M. während der Sühneverhandlung vom 13. Dezember 2001 an der Richtereigenschaft und es stellt sich die Frage, ob auch der hier angefochtene Schiedsgerichtsentscheid aufzuheben und die Sache zur Durchführung eines neuen Sühneverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Denn im Unterschied zu dem bereits beurteilten Sachverhalt mangelte es vorliegend nicht den Richtern, welche das vorinstanzliche Urteil gefällt haben, sondern den am Sühneverfahren beteiligten Fachrichtern des Schiedsgerichts an der formellen Richtereigenschaft.

5.

5.1 Gemäss Art. 89 Abs. 5 KVG ist die nähere Ausgestaltung des schiedsgerichtlichen Verfahrens in Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern grundsätzlich Sache der Kantone (RKUV 2003 Nr. KV 250 S. 220). Insbesondere schreibt das Bundesrecht kein Vermittlungsverfahren vor. Der Umstand, dass bundesrechtlich kein Sühneverfahren vorgeschrieben ist, verbietet den Kantonen nicht, ein solches vorzusehen. Im Kanton Zürich ist

es gestützt auf die Verordnung über das Schiedsgericht in Sozialversicherungsstreitigkeiten vom 10. Dezember 1964 (ZGS 832.11) vorgeschrieben. Nach § 17 der Verordnung kann auf das Sühneverfahren nur verzichtet werden, wenn vor einer vertraglich vereinbarten Sühneinstanz ein fruchtloser Sühneversuch stattgefunden hat oder wenn eine Partei ohne zureichenden Grund zur Sühneverhandlung nicht erschienen ist.

5.2 Das vom Kanton Zürich festgelegte Schiedsgerichtsverfahren ist bundesrechtskonform. Der Umstand, dass das Krankenversicherungsgesetz kein Sühneverfahren vorschreibt, entbindet die kantonalen Instanzen nicht von der Pflicht, das Sühneverfahren gemäss ihrer eigenen Rechtsordnung verfassungsgemäss durchzuführen, da sich die verfassungsmässige Besetzung des Gerichts (Art. 30 BV) auch auf das kantonale Verfahren bezieht (vgl. zum Ganzen: *Häfelin/Haller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht; Ein Grundriss, 4. Aufl., Zürich 1998, Rz Nr. 850 ff; Kölz in: *Jean-François Aubert* et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel 1987-1996, N 13 zu Art. 58 aBV). Der Beizug von Schiedsrichtern zum Sühneverfahren ist nicht in jedem Fall vorgesehen. Wenn indessen die Wichtigkeit des Streites es erfordert oder eine Partei es verlangt, zieht nach § 18 der kantonalen Verordnung das leitende Mitglied zwei Schiedsrichter zum Sühneverfahren bei (vgl. auch *Christian Zünd*, Kommentar zum Gesetz über das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich vom 7. März 1993, Diss. Zürich 1998, S. 257).

6.

Im vorliegenden Sühneverfahren erachtete der Instruktionsrichter den Beizug von Fachrichtern für erforderlich. Vom Beschwerdegegner wurde er verlangt. Es kann demnach nicht gesagt werden, der Beizug sei für das Sühneverfahren nicht vorgesehen oder notwendig gewesen, und auf die formelle Richtereigenschaft der beigezogenen Fachrichter habe aus diesem Grund verzichtet werden können. Da das Gericht im Rahmen des Sühneverfahrens nicht zur Fällung eines Entscheides befugt war, sondern einzig vermittelnde Befugnisse hatte, könnte eingewendet werden, den beigezogenen Richtern habe die formelle Richtereigenschaft nicht zukommen müssen, da ihre Mitwirkung nicht zu einer Bindung von Rechtsunterworfenen geführt habe. Diese Argumentation greift indessen zu wenig weit. Nach der Verordnung über das Schiedsgericht in Sozialversicherungsstreitigkeiten bildet das Sühneverfahren Teil des Schiedsgerichtsverfahrens nach Art. 89 KVG. Gemäss § 18 der Verordnung kann das leitende Mitglied zum Sühneverfahren nur Schiedsrichter beiziehen, welche die Voraussetzungen gemäss § 3 Abs. 2 der Verordnung erfüllen. Die Verordnung stellt demnach an die Schiedsrichter im

Sühneverfahren dieselben Voraussetzungen wie an diejenigen des Hauptverfahrens.

7.

Der Beschwerdeführer schlug die beiden im Sühneverfahren mitwirkenden Schiedsrichter mit Schreiben vom 31. August 2001 aus einer Liste von insgesamt 14 Personen vor. Später lehnte er dieselben Richter ab. Da er zum Zeitpunkt seines Vorschlages noch nicht wusste, dass es den besagten Richtern an der formellen Richtereigenschaft fehlte, und da er diesen Mangel mit Eingabe vom 26. März 2002 rechtzeitig rügte, als er bekannt wurde, lässt sich daraus kein treuwidriges Verhalten (*venire contra factum proprium*) ableiten.

8.

Zwar steht fest, dass nichts gegen die richterliche Unabhängigkeit der beiden betroffenen Richter sprach. Dies ist indessen im vorliegenden Zusammenhang nicht von Belang, weil Art. 30 Abs. 1 BV nicht nur den Anspruch des Betroffenen auf Beurteilung seiner Streitsache durch einen unabhängigen und unparteilichen Richter gewährleistet, sondern sich dieser Anspruch vielmehr in erster Linie auf die richtige Besetzung des Gerichts bezieht. Der Einwand, dass gegen die beiden Richter keine Ablehnungsgründe vorgelegen hätten, ist daher unbehelflich.

9.

Der Einwand, der Einfluss der Fachrichter im Sühneverfahren sei unbedeutend, da das Verfahren in erster Linie vom leitenden Richter und vom Sekretär geführt werde, weshalb ihre formelle Richtereigenschaft nicht wichtig sei, würde sich schon deshalb verbieten, weil der verfassungsmässige Anspruch auf das richtig bestellte Gericht formeller Natur ist. Es kann darauf nicht verzichtet werden. Überdies geht die zürcherische Verfahrensordnung selbst davon aus, dass den im Sühneverfahren mitwirkenden Fachrichtern eine nicht unerhebliche Bedeutung zukommt. § 10 Abs. 3 der Verordnung sieht vor, dass Schiedsrichter, welche bereits im Sühneverfahren beigezogen worden sind, im Hauptverfahren nicht mehr mitwirken dürfen. Dieser Ausschlussgrund ergibt sich aus dem Umstand, dass Fachrichtern bei der Ausarbeitung eines Vermittlungsvorschlages, wie er im Sühneverfahren den Parteien regelmässig unterbreitet wird, eine mitentscheidende Bedeutung zukommt; sie sollen daher im Hauptverfahren – anders als das leitende Mitglied des Gerichts – durch andere Fachrichter ersetzt werden; damit ist noch nicht gesagt, diese Schiedsrichter wären, würden sie im Hauptverfahren mitwirken, vorbefasst im Sinne von Art. 30 BV. Die kantonale Regelung deutet aber

immerhin darauf hin, dass den Fachrichtern regelmässig ein bedeutender Einfluss auf den Verfahrensausgang beigemessen wird.

10.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die formelle Richtereigenschaft auch Fachrichtern zukommt, die im Sühneverfahren nach zürcherischem Schiedsgerichtsverfahren in Sozialversicherungsstreitigkeiten mitwirken. Wenn es wie hier an dieser Voraussetzung mangelte, ist das Sühneverfahren unter Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils zu wiederholen. Bei diesem Ausgang erübrigt es sich, die zahlreichen zusätzlichen, vom Beschwerdeführer in seiner umfangreichen Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhobenen Rügen weiter zu erörtern.

11.

Das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht ist kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario). Die Gerichtskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt oder durfte sich die unterliegende Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sehen, so können die Kosten verhältnismässig verlegt werden (Art. 156 Abs. 1 und Abs. 3 OG in Verbindung mit Art. 135 OG). Vorliegend sind die Krankenversicherer in der Hauptsache unterlegen. Demgegenüber ist der Beschwerdeführer lediglich mit ungeprüft gebliebenen Rügen in Nebenpunkten nicht durchgedrungen. Von einer anteilmässigen Kostenverteilung ist daher abzusehen.

Vom Grundsatz der Kostenbefreiung des Kantons gemäss Art. 156 Abs. 2 OG ist abzuweichen, wenn der angefochtene Entscheid in qualifizierter Weise die Pflicht zur Justizgewährleistung verletzt und dadurch den Parteien Kosten verursacht hat (Urteile A. AG vom 28. Februar 2002 [B 84/02] Erw. 4.2, wiedergegeben in SZS 2004 S. 151, und T. vom 18. Oktober 2000 [I 704/99]; in diesem Sinne bereits RKUV 1999 Nr. U 331 S. 128 Erw. 4). In Anwendung dieser Rechtsprechung sind die Gerichtskosten dem Kanton Zürich aufzuerlegen. Das Gemeinwesen hat überdies dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer eine Parteientschädigung zu entrichten (Art. 159 Abs. 5 OG in Verbindung mit Art. 156 Abs. 6 OG; Urteil S. vom 31. Juli 2002 [K 56/02] Erw. 7 mit Hinweis auf ZAK 1987 S. 269 f. Erw. 6).

Interprétation de la notion de canton de résidence

KV 319 Arrêt du TFA du 17 janvier 2005 (K 108+111/04)

- **Par «canton de résidence» («Wohnkanton»; «cantone di domicilio») au sens de l'art. 41 al. 3 LAMal, il faut entendre le canton de domicile selon les art. 23 ss CC.**
- **Unter «Wohnkanton» («canton de résidence»; «cantone di domicilio») im Sinne von Art. 41 Abs. 3 KVG ist der Wohnsitzkanton gemäss den Art. 23 ff. ZGB zu verstehen.**
- **Per «cantone di domicilio» («Wohnkanton»; «canton de résidence») ai sensi dell'art. 41 cpv. 3 LAMal si deve intendere il cantone di domicilio giusta gli art. 23 segg. CC.**

I.

A.

S., née en 1969, est gravement handicapée. Elle a été placée à la Fondation H. à R., dans le canton de Berne, qui est une institution pour handicapés. Ses papiers sont déposés à L., canton de Vaud, où elle a grandi et où vivent ses parents. Elle passe un week-end sur deux ainsi que sept semaines entières dans l'année (vacances) auprès de ces derniers.

S. est affiliée auprès de la section vaudoise de la CPT Caisse-maladie pour l'assurance obligatoire des soins, ainsi que pour une assurance complémentaire des frais d'hospitalisation, classe de prestations 1 (division commune d'un hôpital dans toute la Suisse, pour autant que celui-ci ait été intégré dans la planification hospitalière du canton d'implantation).

Le 28 juin 2003, l'assurée a été admise au Centre de psychiatrie de P., dans le canton de Berne. Elle présentait alors un tableau psychotique avec mise en danger d'elle-même et de ses proches.

Le 8 août 2003, le Centre psychiatrique de P. a présenté à l'Etat de Vaud une demande de garantie de paiement pour un traitement hors du canton de résidence selon l'art. 41 al. 3 LAMal. Par décision du 2 septembre 2003, le Service cantonal vaudois de la santé publique a rejeté la demande, au motif que la patiente résidait dans le canton de Berne, de sorte que son admission

à la clinique psychiatrique de P. ne pouvait pas être considérée comme une hospitalisation extra-cantonale au sens de l'art. 41 al. 3 LAMal.

B.

Représentée par ses parents, V. et D., S. a recouru contre cette décision auprès du Tribunal des assurances du canton de Vaud. La caisse-maladie CPT a été appelée en cause.

Statuant le 24 mars 2004, le tribunal cantonal a rejeté le recours.

C.

Tant S. que la caisse-maladie CPT ont interjeté un recours de droit administratif contre ce jugement. Toutes les deux concluent, en substance, à la prise en charge par l'Etat de Vaud de la différence entre les coûts facturés par le Centre de psychiatrie de P. et les tarifs de cet établissement pour les habitants du canton de Berne.

Le Service cantonal de la santé publique a conclu au rejet des recours. De son côté, l'Office fédéral de la santé publique n'a pas présenté d'observations.

II.

Par les considérants suivants, le Tribunal fédéral des assurances a admis les recours de droit administratif et a renvoyé la cause à l'office intimé pour qu'il rende une nouvelle décision au sens des considérants:

...

4.

La question du choix du fournisseur de prestations et de la prise en charge des coûts est réglée à l'art. 41 LAMal. Selon l'art. 41 al. 3 LAMal, si, pour des raisons médicales, l'assuré recourt aux services d'un hôpital public ou subventionné par les pouvoirs publics situé hors de son canton de résidence, ce canton prend en charge la différence entre les coûts facturés et les tarifs que l'hôpital applique aux résidents du canton (première phrase; paiement de la différence des coûts: ATF 123 V 290¹ et 310²). La notion de «raisons médicales» est explicitée à l'art. 41 al. 2 LAMal. Sont réputées raisons

¹ voir RAMA 1998 n° KV 20 p. 13 ss

² voir RAMA 1998 n° KV 21 p. 33 ss

médicales le cas d'urgence et le cas où les prestations nécessaires ne peuvent être fournies : a) au lieu de résidence ou de travail de l'assuré ou dans les environs s'il s'agit d'un traitement ambulatoire; b) dans le canton où réside l'assuré, s'il s'agit d'un traitement hospitalier ou semi-hospitalier, ou dans un hôpital en dehors de ce canton, qui figure sur la liste dressée par le canton où réside l'assuré, en application de l'art. 39 al. 1 let. e LAMal.

5.

5.1 Dans le cas particulier, il n'est pas contesté que la condition de l'urgence était réalisée. La question est de savoir si l'assurée a dû ou non se rendre dans un établissement hors de son canton de résidence ou, en d'autres termes, quel était son canton de résidence au sens de l'art. 41 al. 3 LAMal. Si l'on admet qu'il s'agissait du canton de Berne, le problème d'une prise en charge de la différence des coûts ne se pose pas. Dans le cas contraire, il appartiendrait au canton de Vaud de prendre en charge cette différence. Plus précisément, le litige porte sur l'interprétation de la notion de canton de résidence selon l'art. 41 al. 3 LAMal.

5.2 Les premiers juges interprètent cette notion comme étant le domicile au sens de l'art. 23 CC. Ils retiennent que le domicile des parents de l'assurée recourante, à L., est son unique rattachement avec le canton de Vaud. Le Centre psychiatrique de P. a estimé qu'il n'était pas judicieux de transférer la patiente dans un établissement vaudois. Aussi bien doit-on admettre, selon la juridiction cantonale, que la localité de R. est la résidence prépondérante de l'intéressée, d'autant plus que ses séjours à L. ont pour seul but de faire des visites à la famille. En conséquence, l'Etat de Vaud n'est pas tenu de prendre en charge le coût supplémentaire découlant de l'hospitalisation de l'assurée dans un établissement bernois.

Pour les recourants, en revanche, le placement dans un établissement ne constitue pas le domicile, même s'il a lieu pour une durée indéterminée. L'art. 41 al. 3 LAMal doit être mis en relation avec le domicile fiscal de l'assuré. Cette disposition vise la situation de la personne qui se fait hospitaliser hors du canton où elle paie ses impôts; en l'occurrence, l'intéressée est imposée dans le canton de Vaud.

5.3 La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. Selon la jurisprudence, 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. Si le texte n'est pas absolument

clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (ATF 130 II 71 consid. 4.2, 130 V 50 consid. 3.2.1, 232 consid. 2.2, 129 V 284 consid. 4.2³ et les références).

5.4 A l'égard de l'art. 41 al. 3 LAMal, une interprétation littérale ne saurait être retenue, déjà pour le motif que, sur le point ici en discussion, les versions allemande, française et italienne du texte divergent. En effet, le terme «canton de résidence» est rendu en allemand par «Wohnkanton» et par «cantone di domicilio» en italien.

5.5 Les travaux préparatoires ne fournissent pas de réponse à la question posée. Selon le message du Conseil fédéral concernant la révision de l'assurance-maladie du 6 novembre 1991, la nouvelle réglementation découlant de l'art. 41 al. 3 LAMal devait servir à la péréquation des charges et à la coordination renforcée entre les cantons. [...]

5.6 L'approche systématique apparaît en revanche déterminante. Il existe en ce qui concerne l'obligation pour les cantons de contribuer aux frais du traitement hospitalier un lien matériel et économique étroit entre l'art. 49 LAMal et l'art. 41 al. 3 première phrase LAMal (ATF 130 V 479 consid. 5.3.3⁴). Selon l'art. 49 al. 1 LAMal, pour rémunérer le traitement hospitalier, y compris le séjour à l'hôpital (art. 39 al. 1 LAMal), les parties à une convention conviennent de forfaits; pour les habitants du canton, ces forfaits couvrent au maximum, par patient ou par groupe d'assurés, 50 pour cent des coûts imputables dans la division commune d'hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics (première et deuxième phrases). D'après l'al. 2 de la même disposition, les parties à une convention peuvent prévoir que des prestations diagnostiques ou thérapeutiques spéciales ne soient pas comprises dans le forfait, mais facturées séparément; pour ces prestations, elles peuvent prendre en compte, pour les habitants du canton, les coûts imputables à raison d'un maximum de 50 pour cent, s'agissant d'hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics. La rémunération au sens de cette réglementation épuise toutes les prétentions de l'hôpital pour la division commune (protection tarifaire; art. 49 al. 4 LAMal; voir également *Guy Longchamp*, Conditions et étendue du droit aux prestations de l'assurance-

³ voir RAMA 2003 n° U 484 p. 209 ss

⁴ voir RAMA 2004 n° KV 308 p. 470 ss

maladie sociale, thèse, Berne 2004, p. 332 sv.). La partie restante est donc en principe financée par les recettes fiscales.

En raison de l'obligation d'affiliation à l'assurance-maladie (art. 3 LAMal), le nombre des assurés et celui des contribuables (personnes physiques) se recouvre en principe et dans une très large mesure dans un canton. Si les patients provenant d'autres cantons bénéficiaient du même tarif hospitalier, cela aurait pour conséquence, pour les cantons dits importateurs de patients, de devoir subventionner les contribuables d'autres cantons. La coordination entre les cantons deviendrait pratiquement impossible. Ainsi, les cantons disposant d'une infrastructure hospitalière de pointe tenteraient de dissuader les patients de l'extérieur de se faire soigner dans leurs établissements : ces mêmes patients, payant leurs impôts dans un autre canton, seraient une charge pour les finances du canton importateur (sur ces questions, voir *Lucas Crivelli/Jason Hauser/Peter Zweifel*, Prestations hospitalières en dehors du canton de domicile, Une évaluation de l'art. 41.3 LAMal sous un angle économique, Publication du Concordat des assureurs-maladie suisses, 1997, p. 30). L'application de l'art. 41 al. 3 LAMal implique donc un rattachement avec l'assujettissement fiscal du patient.

5.7 En matière d'interdiction de la double imposition (art. 46 al. 2 aCst. et art. 127 al. 3 première phrase Cst.), le domicile fiscal des personnes physiques correspond, en règle ordinaire, au domicile civil, c'est-à-dire le lieu où la personne réside avec l'intention de s'établir durablement (art. 23 al. 1 CC), ou le lieu où se situe le centre de ses intérêts (ATF 125 I 467 consid. 2b et 56 consid. 2). De manière plus générale, même si la loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD; RS 642.11) et la loi sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID; RS 642.14) connaissent une définition du domicile (art. 3 LIFD et art. 3 LHID) qui n'est plus, à l'instar des anciennes lois fiscales, calquée sur la définition du droit civil, la notion de domicile fiscal reste néanmoins très proche de celle du droit civil (*Walter Ryser/Bernard Rolli*, Précis de droit fiscal suisse, 4e éd., Berne 2002, p. 31[14 A 207]; *Jean-Marc Rivier*, Droit fiscal suisse, 2ème éd. 1998, note 2b p. 311; arrêt A. du 26 juillet 2004 [2A.475/2003].

Sur le vu de ce qui précède, il se justifie donc d'interpréter la notion de canton de résidence au sens de l'art. 41 al. 3 LAMal comme étant le canton de domicile selon les art. 23 ss CC. La doctrine, du reste, s'exprime, de manière plus ou moins explicite dans ce sens (*Gebhard Eugster*, Krankenversicherung in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], p. 167, note de bas de page 746; voir aussi *Alfred Maurer*, Das neue Krankenversicherungsrecht, 1996, p. 75, où cet auteur fait référence au «Wohnsitzkanton»;

dans le même sens: *Tomas Poledna/Brigitte Berger*, Öffentliches Gesundheitsrecht, Berne 2002, p. 57 ch. 114; voir également *Ariane Ayer/Béatrice Despland*, Loi fédérale sur l'assurance-maladie, édition annotée, Genève 2004, p. 89 avec un renvoi à un jugement du Tribunal administratif du canton de Lucerne publié dans SVR 1998 KV n° 17 p. 57).

5.8 ...

6.

6.1 Aux termes de l'art. 26 CC, le séjour dans une localité en vue d'y fréquenter des écoles, ou le fait d'être placé dans un établissement d'éducation, un hospice, un hôpital, une maison de détention, ne constituent pas le domicile. Cette disposition ne contient qu'une présomption qui peut être renversée lorsqu'une personne entre de son plein gré dans un établissement afin d'y faire le centre de son existence. Dans ce cas, le séjour dans l'établissement ne sert pas un but spécifique (éducation, soins, traitement ou exécution d'une peine) et la constitution d'un domicile volontaire peut être admise (arrêt K. du 18 juin 2004 consid. 4.2 non publié aux ATF 130 V 404).

6.2 En l'espèce, il est constant que l'assurée séjourne dans un établissement au sens de l'art. 26 CC (voir à ce propos *Jacques-Michel Grossen*, Personnes physiques, Traité de droit privé suisse, Tome II, 2, p. 70; *Daniel Staehelin*, Commentaire bâlois, n. 7 ad art. 26 CC). Il n'est d'autre part pas contesté par les parties qu'elle a grandi chez ses parents à L., où elle a fait sa scolarité (Ecole U. et Ecole O.). Le placement de l'assurée a été décidé par les parents de celle-ci d'entente avec le médecin traitant. L'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud, qui verse des prestations d'assurance, a donné son accord. Deux week-ends par mois et sept semaines entières par année, l'assurée revient chez ses parents. Du point de vue fiscal, elle est imposée dans le canton de Vaud. Hormis son séjour en établissement, elle ne paraît pas avoir noué de liens particuliers avec le canton de Berne. Il apparaît qu'elle n'a pas rompu avec son ancien domicile ni manifesté son intention de s'établir de façon durable dans ce canton.

Dans ces conditions, il faut d'admettre que l'assurée a son domicile civil dans le canton de Vaud. Il appartient donc à ce canton, conformément à l'art. 41 al. 3 LAMal, de payer la différence des coûts résultant de l'hospitalisation d'urgence de l'intéressée.

...

Erlöschen des Anspruchs auf ausstehende Leistungen oder Beiträge

KV 320 Urteil des EVG vom 21. Januar 2005 (K 99/04)

- **Die in Art. 24 Abs. 1 ATSG enthaltene fünfjährige Frist regelt ausschliesslich die Geltendmachung der Leistungs- oder Beitragsforderung, nicht aber deren Vollstreckung (Erw. 2.1.1 und 2.1.2).**
- **Le délai de cinq ans de l'art. 24, al. 1, LPGA règle exclusivement l'exercice du droit aux prestations et aux cotisations, mais ne s'applique pas à l'exécution de ces créances (cons. 2.1.2 et 2.2).**
- **Il termine di cinque anni, di cui all'articolo 24 capoverso 1 LPGA, disciplina esclusivamente l'esercizio del diritto alle prestazioni e ai contributi, ma non la loro esecuzione (cons. 2.1.2 e 2.2).**

A.

A.a Mit Zahlungsbefehl vom 5. März 1996 betrieb die Artisana Kranken- und Unfallversicherung (seit 1. Januar 1997: Helsana Versicherungen AG, nachfolgend: Helsana) die 1963 geborene B., Mutter zweier 1990 und 1991 geborener Kinder, für in der Zeit von Januar bis November 1994 angefallene Prämienausstände im Betrag von Fr. 4197.60 (zuzüglich Verzugszins von 5 % seit 20. Januar 1994, Mahn- und Inkassospesen von Fr. 40.– sowie Betreuungskosten in Höhe von Fr. 75.–). An ihrer Forderung festhaltend beseitigte die Helsana den in der Folge durch die Versicherte erhobenen Rechtsvorschlag (Verfügung vom 1. Mai 1996, Einspracheentscheid vom 15. August 1996). Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich hiess die hiegegen eingereichte Beschwerde mit Entscheid vom 28. September 1999 insofern gut, als es den angefochtenen Einspracheentscheid, soweit die geforderten Verzugszinsen und Mahnspesen betreffend, aufhob; im Übrigen wies es die Rechtsvorkehr ab, indem es B. zur Bezahlung von Fr. 4197.60 zuzüglich Betreuungskosten von Fr. 75.– verpflichtete und den Rechtsvorschlag in diesem Umfang beseitigte. Auf Verwaltungsgerichtsbeschwerde hin bestätigte das Eidgenössische Versicherungsgericht den kantonalen Entscheid (Urteil vom 25. Juli 2000).

A.b Am 21. Oktober 2002 stellte die Helsana in Bezug auf die geschuldeten Prämien sowie Gläubigerkosten in Höhe von Fr. 75.– erneut ein Betreibungsbegehren, woraufhin der Zahlungsbefehl vom 24. Oktober 2002 erlassen

wurde. Den am 5. November 2002 erklärten Rechtsvorschlag hob sie am 2. Dezember 2002 hinsichtlich des Prämienbetrags, der Gläubigerkosten sowie der Betreuungskosten von Fr. 70.– verfügungsweise auf. An diesem Ergebnis hielt die Helsana mit Einspracheentscheid vom 16. September 2003 unter Hinweis darauf fest, dass die Betreuungskosten bereits von Gesetzes wegen der Gläubigerin zustünden.

B.

Die dagegen eingelegte Beschwerde wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich ab und hob den Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes X. (Zahlungsbefehl vom 24. Oktober 2002) für den Betrag von Fr. 4197.60 zuzüglich Gläubigerkosten in Höhe von Fr. 75.– auf (Entscheid vom 22. Juni 2004).

C.

B. lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen und beantragen, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides, des Einspracheentscheides vom 16. September 2003 sowie der Rechtsöffnungsverfügung vom 2. Dezember 2002 sei der am 28. Oktober 2002 (recte: 5. November 2002) erhobene Rechtsvorschlag als begründet zu bestätigen.

Während die Helsana auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliesst, verzichtet das Bundesamt für Gesundheit (BAG) auf eine Vernehmung.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus den folgenden Erwägungen abgewiesen:

1.

1.1 Streitig und zu prüfen ist, ob die Helsana die von der Beschwerdeführerin für sich und ihre Kinder für die Zeit von Januar bis November 1994 geschuldeten Prämien (samt Akzessorien), deren Rechtmässigkeit das Eidgenössische Versicherungsgericht mit Urteil vom 25. Juli 2000 in grundsätzlicher Hinsicht festgestellt hat und die im vorliegenden Verfahren nicht mehr zu prüfen ist, noch einfordern kann.

1.2 ...

2.

2.1

Die Vorinstanz hat unter Verweis auf die massgebliche, in BGE 122 V 331 dargelegte Rechtsprechung richtig erkannt, dass, da weder das bis Ende 1995 gültig gewesene KUVG noch das seither geltende KVG eine entsprechende Bestimmung enthält (vgl. nunmehr aber Art. 24 Abs. 1 des am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG] vom 6. Oktober 2000), und – wie im kantonalen Entscheid in für das Eidgenössische Versicherungsgericht verbindlicher Weise (vgl. Erw. 1.2 hievor) implizit festgestellt wurde – auch keine entsprechenden statutarischen Vorschriften der Beschwerdegegnerin bestehen, Art. 16 AHVG analog anzuwenden ist, wenn es um die Verwirkung des Forderungsanspruchs von Krankenkassen für nicht entrichtete Versicherungsprämien geht. Gemäss Art. 16 Abs. 1 Satz 1 AHVG können Beiträge, die nicht innert fünf Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, für welches sie geschuldet sind, durch Verfügung geltend gemacht werden, nicht mehr eingefordert oder entrichtet werden. Art. 16 Abs. 2 Satz 1 AHVG bestimmt, dass die nach Abs. 1 geltend gemachte Beitragsforderung drei Jahre – gemäss der bis 31. Dezember 1996 in Kraft gestandenen Fassung – bzw., seit 1. Januar 1997, fünf Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres erlischt, in welchem sie rechtskräftig wurde.

2.1.1 Die Beschwerdegegnerin hat am 1. Mai 1996, bestätigt durch Einspracheentscheid vom 15. August 1996, gegenüber der Versicherten die Prämienforderung für die Monate Januar bis November 1994 im Gesamtbetrag von Fr. 4197.60 (zuzüglich Akzessorien) verfügt und den im Betreibungsverfahren erhobenen Rechtsvorschlag beseitigt. Damit hat sie die Forderung für ausstehende Versicherungsprämien rechtsgenüglich im Sinne von Art. 16 Abs. 1 Satz 1 AHVG geltend gemacht. Rechtskräftig festgesetzt wurde die Prämienforderung mit Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 25. Juli 2000, sodass sie am 1. Januar 1997, d.h. bei In-Kraft-Treten der Gesetzesänderung vom 7. Oktober 1994 (10. AHV-Revision), noch nicht erloschen war. Nach Massgabe von lit. b Abs. 2 der Schlussbestimmungen zur 10. AHV-Revision gelangt folglich Art. 16 Abs. 2 Satz 1 AHVG in der seit 1. Januar 1997 geltenden Fassung zur Anwendung (fünfjährige Verwirkungsfrist), weshalb die Forderung erst Ende 2005 untergeht.

2.1.2 Daran ändert der auf den 1. Januar 2003 in Kraft getretene Art. 24 Abs. 1 ATSG, wonach der Anspruch auf ausstehende Beiträge fünf Jahre nach dem Ende des Kalenderjahres erlischt, für welches der Beitrag geschuldet war, nichts. Obgleich der Wortlaut der Bestimmung – insbesondere die Verwendung des Begriffs «ausstehend» – die Auffassung zuliesse, dass

Beiträge innert der fünfjährigen Frist sowohl festgesetzt als auch erbracht bzw. entrichtet werden müssten, wofür im Übrigen auch die Gesetzesmaterialien gewisse Hinweise enthalten (unveröffentlichter Bericht des altNationalrats *Allenspach* an die nationalrätliche Kommission über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 11. August 1996, in welchem auf S. 53 festgehalten wird, «dass die Fünfjahresfrist für die Festsetzung der Forderung und deren Vollstreckung gilt»), stehen dieser Lesart gewichtige Gründe entgegen. Zunächst wurde im bisherigen Recht, welches diesbezüglich grundsätzlich nicht verändert werden sollte (BBI 1999 V 4575), zwischen Festsetzung und Vollstreckung eine klare Zweiteilung vorgenommen (vgl. Art. 16 Abs. 1 und 2 AHVG). Des Weiteren wäre – würde Art. 24 Abs. 1 ATSG derart ausgelegt – in Art. 16 Abs. 2 AHVG eine Abweichung von der genannten Bestimmung aufzunehmen gewesen, worauf der Gesetzgeber aber trotz sorgfältiger Prüfung verzichtet hat (vgl. BBI 1999 V 4757). Schliesslich würde es zu nicht hinnehmbaren Unbilligkeiten führen, wenn die Entrichtung (und nicht nur die Festsetzung) der ausstehenden Beiträge innert fünf Jahren zu erfolgen hätte, da damit zufällige Momente einbezogen würden, die zudem eine wesentliche Erschwerung der Vollstreckung gegenüber dem bisherigen Recht mit sich brächten. Vor diesem Hintergrund ist Art. 24 Abs. 1 ATSG in dem Sinne zu verstehen, dass damit ausschliesslich die Geltendmachung der Beitragsforderung, d.h. die Festsetzungsverwirkung, nicht aber deren Vollstreckung geregelt werden sollte (vgl. zum Ganzen: *Ueli Kieser*, ATSG-Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, Zürich 2003, Rz 4, 18 und 21 zu Art. 24). Enthält das ATSG somit keine Bestimmung zur Frage der Vollstreckungsverjährung und -verwirkung, ist diesbezüglich, soweit vorhanden, auf die einzelgesetzliche Regelung zurückzugreifen. Diese findet sich für die vorliegend zu prüfende Prämienforderung im Krankenversicherungsbereich weiterhin – unter analoger Anwendung (vgl. Erw. 2.1 hievor) – in Art. 16 Abs. 2 Satz 1 AHVG (vgl. auch *Kieser*, a.a.O., Rz 5 und 6 zu Art. 24 [für den Krankenversicherungsbereich: insbesondere Rz 28 zu Art. 24]).

2.2 Entgegen den Vorbringen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde steht diesem Ergebnis – wie das kantonale Gericht bereits in seinem letztinstanzlich vollumfänglich bestätigten Entscheid vom 28. September 1999 zutreffend erkannt hat – weder der Umstand, dass die Helsana die Prämien für die Monate Januar bis Juni 1994 zuvor bereits im Jahre 1994 betreibungsrechtlich geltend gemacht hatte, noch der Hinweis entgegen, wonach «der 1993 mit der ELVIA Versicherung/Grütli eingegangene Versicherungsvertrag (...) nach VVG abgeschlossen» worden sei. Soweit die Versicherte in der beschriebenen Verjährungs- und Verwirkungsregelung für Beitragsforderungen sodann eine Ungleichbehandlung gegenüber dem Rückerstattungsanspruch

der versicherten Person ihrerseits auf zu viel bezahlte Beiträge gemäss Art. 16 Abs. 3 Satz 1 AHVG bzw. Art. 25 Abs. 3 ATSG sieht (einjährige Frist ab Kenntnismahme; fünfjährige Frist nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Beiträge bezahlt worden sind), verkennt sie den unterschiedlichen Bedeutungsgehalt der beiden Anspruchsarten. Während es bei der Einforderung der Beiträge seitens der Verwaltung um die Durchsetzung der Beitragspflichten – und damit die Wahrnehmung öffentlicher Interessen – an sich geht, bestehen Sinn und Zweck des (Beitrags-)Rückerstattungsanspruchs der versicherten Person einzig darin, aus Gründen der Rechtssicherheit und aus verwaltungstechnischen Erwägungen (...) nach Ablauf eines bestimmten Zeitraumes in einem bestimmten Schuldverhältnis zwischen AHV (oder – analog – der sozialen Krankenversicherung) und beitragspflichtiger Person Ruhe einkehren zu lassen (BGE 119 V 300 Erw. 4a¹ mit Hinweis). Demgegenüber unterliegen die – in der Sache eher vergleichbaren – Rückerstattungsansprüche von Krankenversicherern (auf bereits erbrachte aber nicht geschuldete Leistungen) und Versicherten (auf zu viel bezahlte Beiträge) derselben Verwirkungsordnung (Art. 16 Abs. 3 Satz 1 [Beiträge] und Art. 47 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 2 AHVG [Leistungen; in Kraft gestanden bis 31. Dezember 2002]; Art. 25 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 2 Satz 1 [Leistungen] und Abs. 3 ATSG [Beiträge]; BGE 119 V 301 Erw. 4c mit Hinweisen). Gleiches gilt ferner für den Anspruch auf noch ausstehende Leistungen oder Beiträge (Beiträge: Art. 16 Abs. 1 Satz 1 sowie Abs. 2 Satz 1 AHVG, Art. 24 Abs. 1 ATSG; Leistungen: Art. 46 Abs. 1 AHVG [in der bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Fassung]; Art. 46 Abs. 1 AHVG [in der seit 1. Januar 2003 geltenden Fassung] in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 ATSG).

Der vorinstanzliche Entscheid ist damit rechtens.

¹ siehe RKUV 1994 Nr. K 926 S. 1 ff.

Vorleistungspflicht der Krankenversicherung im Verhältnis zur Unfallversicherung

KV 321 Urteil des EVG vom 27. Januar 2005 (K 166/03)

- Die Bestimmungen des ATSG zur Vorleistungspflicht der Krankenversicherung entsprechen denjenigen des alten Rechts. Die Krankenversicherung ist im Falle einer Heilbehandlung im Verhältnis zur Unfallversicherung u.a. dann vorleistungspflichtig, wenn die Unfallkausalität der Gesundheitsschädigung streitig ist. In einem solchen Fall sind die für die Leistungsausrichtung erheblichen Fragen auf Grund des KVG zu beantworten. Erfolgt eine medikamentöse Behandlung gestützt auf eine Diagnose, die sich nachträglich als falsch herausstellt, ist dies kein Grund für die Verneinung der Vorleistungspflicht des Krankenversicherers. Diese entfällt erst, wenn die durchgeführte Behandlung den Kriterien des Art. 32 KVG offensichtlich nicht entspricht (Erw. 2 und 3).

Keine Vorleistungspflicht der Krankenversicherung besteht für Medikamente, die nicht auf der Spezialitätenliste aufgeführt sind, sowie für Massnahmen, die im Ausland durchgeführt wurden, ohne dass die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt waren (Erw. 4).

- Les dispositions de la LPGA sur la prise en charge provisoire des prestations par l'assurance-maladie correspondent à celles de l'ancien droit. En cas de traitement médical, l'assurance-maladie est notamment tenue de prendre provisoirement en charge les prestations en relation avec l'assurance-accidents lorsque la question de la causalité de l'atteinte à la santé est litigieuse. Dans cette hypothèse, l'étendue du droit aux prestations doit être fixée selon les dispositions de la LAMal. Le seul fait que le traitement médicamenteux a été prodigué sur la base d'un diagnostic qui s'est révélé faux postérieurement ne constitue pas un motif pour nier l'obligation de l'assurance-maladie de prendre provisoirement en charge les prestations. Cette obligation tombe seulement si le traitement en cause ne remplit manifestement pas les critères de l'art. 32 LAMal (cons. 2 et 3).

L'assurance-maladie n'est pas tenue de prendre provisoirement en charge des médicaments qui ne figurent pas sur la liste des spécialités, ou des mesures dispensées à l'étranger sans que les conditions en fussent remplies (cons. 4).

- **Le disposizioni della LPGA relative all'obbligo di prestazione anticipata dell'assicurazione malattia corrispondono a quelle del vecchio diritto. In caso di cura medica in relazione con l'assicurazione contro gli infortuni, l'assicurazione malattia è fra l'altro tenuta ad assumere in via anticipata le prestazioni se è litigioso il nesso causale tra danno alla salute e infortunio. In tale evenienza, le questioni relative al pagamento delle prestazioni si determinano secondo la LAMal. Il solo fatto che la cura medica sia stata dispensata sulla base di una diagnosi rivelatasi successivamente errata non permette di negare l'obbligo di prestazione anticipata dell'assicuratore malattia. Questo obbligo decade soltanto se la cura in questione non adempie manifestamente i criteri di cui all'art. 32 LAMal (cons. 2 e 3).**

L'obbligo di prestazione anticipata dell'assicurazione malattia dev'essere negato in ordine a medicinali che non figurano nell'elenco delle specialità come pure a provvedimenti intrapresi all'estero senza che ne fossero date le condizioni (cons. 4).

Auszug aus den Erwägungen:

...

2.

Begründet ein Versicherungsfall einen Anspruch auf Sozialversicherungsleistungen, bestehen aber Zweifel darüber, welche Sozialversicherung die Leistungen zu erbringen hat, so kann die berechtigte Person Vorleistung verlangen (Art. 70 Abs. 1 ATSG). Vorleistungspflichtig ist die Krankenversicherung für Sachleistungen und Taggelder, deren Übernahme durch die Krankenversicherung, die Unfallversicherung, die Militärversicherung oder die Invalidenversicherung umstritten ist (Art. 70 Abs. 2 lit. a ATSG). Die berechtigte Person hat sich bei den in Frage kommenden Sozialversicherungen anzumelden (Art. 70 Abs. 3 ATSG). Die Vorleistungspflicht der Krankenversicherung gemäss Art. 70 Abs. 2 lit. a ATSG entspricht derjenigen des bisherigen Rechts (*Kieser*, ATSG-Kommentar, N 35 zu Art. 70). Der mit dem altrechtlichen, gestützt auf Art. 78 Abs. 1 lit. a KVG (in der bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Fassung) erlassenen Art. 112 KVV (gültig bis 31. Dezember 2002) geregelte Zweifelsfall betraf ausschliesslich Tatbestände, bei denen unbestritten ist, dass eine bestimmte Leistung erbracht werden muss, hingegen zweifelhaft ist, welcher von zwei Versicherern diese Leistung schuldet (Urteil T. vom 26. April 2001, K 146/99). Soweit von Art. 70 Abs. 2 lit. a ATSG Sachleistungen erfasst sind, muss ein Zweifel über die Leistungspflicht bei einer Heilbehandlung bestehen, weil die Krankenpflegeversiche-

rung grundsätzlich nur Leistungen mit einer diagnostischen, therapeutischen oder pflegerischen Zielsetzung erbringt. Es geht somit um Untersuchungen, Behandlungen, Pflegemassnahmen, Analysen, Arzneimittel und bestimmte Mittel und Gegenstände (*Kieser*, a.a.O., N 12 zu Art. 70).

Nach Art. 71 ATSG erbringt der vorleistungspflichtige Versicherungsträger die Leistungen nach den für ihn geltenden Bestimmungen. Wird der Fall von einem anderen Träger übernommen, so hat dieser die Vorleistungen im Rahmen seiner Leistungspflicht zurückzuerstatten. Art. 71 Satz 1 ATSG stellt ebenfalls keine Neuerung dar, sondern entspricht altArt. 112 Abs. 1 KVV. Ist somit gestützt auf Art. 70 ATSG die Vorleistungspflicht bestimmt worden, richtet sich in der Folge die Leistungspflicht nach den Bestimmungen der für den betreffenden Sozialversicherungszweig massgebenden Regelung, was bedeutet, dass sämtliche für die Leistungsausrichtung erheblichen Fragen nach diesen Bestimmungen zu beantworten sind (*Kieser*, a.a.O., N 3 und 4 zu Art. 73). Erfolgt eine medikamentöse Behandlung auf Grund einer Diagnose, die sich nachträglich als falsch herausstellt, ist dies kein Grund für die Verneinung der Vorleistungspflicht. Massgebend ist, dass eine Verdachtsdiagnose eine Behandlung rechtfertigen kann und diese aus medizinischer Sicht im Durchführungszeitpunkt prospektiv als indiziert erscheint. Tauchen im Nachhinein, beispielsweise gestützt auf ein fachärztliches Gutachten, Zweifel an der ursprünglichen Diagnose auf, führt dies nicht dazu, dass die seinerzeit auf Grund der Verdachtsdiagnose veranlasste, als wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich gemäss Art. 32 KVG erachtete Behandlung nunmehr als unwirksam, unzweckmässig oder unwirtschaftlich bezeichnet werden kann mit der Folge, dass der Krankenversicherer sich unter Berufung auf Art. 32 KVG der Vorleistungspflicht gestützt auf Art. 71 Satz 1 ATSG entschlagen könnte. Die Vorleistungspflicht des Krankenversicherers entfällt erst, wenn die durchgeführte Behandlung den Kriterien des Art. 32 KVG offensichtlich nicht entspricht.

3.

Im vorliegenden Fall steht fest, dass der Beschwerdeführer an erheblichen, behandlungsbedürftigen gesundheitlichen Beeinträchtigungen leidet, deren Ursache noch nicht geklärt ist. Während die Zürich als zuständige Unfallversicherung ihre Leistungspflicht nach umfangreichen Abklärungen gemäss Verfügung vom 8. Januar 2003 verneint hat mit der Begründung, dass es sich bei den geklagten Beschwerden nicht um Unfallfolgen handelt und ein Zeckenbiss als Ursache nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sei, vertritt der Versicherte die Auffassung, seine Beschwerden seien unfallkausal. Über seine mit der entsprechenden Begründung erhobene Einsprache wurde, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden.

Streitig und zu prüfen ist, ob die Assura als Krankenversicherer des Beschwerdeführers auf Grund der gesetzlichen Vorleistungspflicht die im Zusammenhang mit der Behandlung des seitens der beteiligten Ärzte vermuteten Zeckenbisses im Jahr 1999 stehenden Rechnungen zu übernehmen hat.

3.1 Aus den vorstehend (Erw. 2 hievor) dargelegten Grundsätzen folgt, dass der Krankenversicherer im Falle einer Heilbehandlung im Verhältnis zur Unfallversicherung vorleistungspflichtig ist, wenn feststeht, dass eine bestimmte Leistung erbracht werden muss, aber unklar ist, ob der behandelte Gesundheitsschaden auf einen Unfall (eine unfallähnliche Körperschädigung; eine Berufskrankheit) oder eine Krankheit zurückzuführen ist. Dies bedeutet, dass der Krankenversicherer gerade in Fällen, in welchen die Unfallkausalität einer Gesundheitsschädigung streitig ist und von den beteiligten Ärzten kontrovers beurteilt wird, grundsätzlich vorleistungspflichtig ist.

3.2 Die Assura kann sich demnach nicht unter Hinweis auf Art. 71 Satz 1 ATSG und eine Stellungnahme ihres Vertrauensarztes oder anderer am Verfahren beteiligter Mediziner mit Erfolg auf fehlende Wirtschaftlichkeit der durchgeführten Behandlungen im Sinne von Art. 32 in Verbindung mit Art. 56 KVG berufen, weil sie aus dem Gutachten des Prof. M. schliesst, der Kausalzusammenhang zwischen (allfälligem) Zeckenbiss und den Gesundheitsstörungen des Beschwerdeführers sei nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen, weshalb die durchgeführten Behandlungen medizinisch nicht indiziert gewesen seien. Denn so lange die im Hinblick auf eine Borreliose-Erkrankung in Folge Zeckenbisses angeordnete medikamentöse Therapie auf Grund einer Verdachtsdiagnose zum damaligen Zeitpunkt aus medizinischer Sicht unter Berücksichtigung des dem behandelnden Arzt zustehenden Ermessens gerechtfertigt erschien, ist die Vorleistungspflicht der Assura gegeben. Mit ihrer Auffassung verkennt die Assura das Wesen der Vorleistungspflicht gemäss Art. 70 Abs. 2 lit. a ATSG, mit welcher lediglich geregelt wird, welcher der Versicherer im Zweifelsfall eine Leistung, die erbracht werden muss, zunächst schuldet. Dass im vorliegenden Fall Versicherungsleistungen in Form von Heilbehandlung und Arzneimitteln zu erbringen waren, steht damit fest.

4.

Gestützt auf Art. 70 Abs. 2 lit. a ATSG ist die Assura nach dem Gesagten grundsätzlich vorleistungspflichtig, wobei sich ihre Vorleistungspflicht nach Massgabe der Bestimmungen des KVG richtet.

...

Suspension des prestations

KV 322 Arrêt du TFA du 28 janvier 2005 (K 117/04)

- **Aujourd'hui comme par le passé, le maintien d'une suspension du droit aux prestations après la clôture de la faillite reste incompatible avec l'art. 265 al. 2 LP, nonobstant les dispositions d'exécution adoptées par le Conseil fédéral.**
- **Heute, wie auch in der Vergangenheit, ist ein über den Abschluss des Konkurses hinaus dauernder Leistungsaufschub ungeachtet der vom Bundesrat erlassenen Vollzugsbestimmungen mit Art. 265 Abs. 2 SchKG nicht vereinbar.**
- **Attualmente, come in passato, il mantenimento di una sospensione del diritto alle prestazioni dopo la chiusura del fallimento rimane incompatibile con l'articolo 265 capoverso 2 LEF, nonostante le disposizioni d'esecuzione adottate dal Consiglio federale.**

I.

A.

Depuis le 1er novembre 1995, D., né en 1946, est affilié à la Caisse-maladie KBV pour l'assurance obligatoire des soins. Sa faillite personnelle a été ouverte le 15 avril 1999. Depuis le 1er mai 1999, ses primes sont intégralement prises en charge par l'Etat de Vaud, agissant par l'organe cantonal de contrôle de l'assurance-maladie et accidents (OCC).

Le 3 décembre 2001, la caisse s'est vu délivrer un acte de défaut de biens après faillite à hauteur de 11'381 fr., pour des arriérés de primes relatives aux mois de février 1996 à avril 1999. Le 10 juin 2003, l'OCC a rejeté une demande de la caisse tendant à la prise en charge par l'Etat du montant impayé de 11'381 fr.

B.

D. a demandé à la caisse la prise en charge d'honoraires médicaux et de frais de pharmacie pour un montant total de 1'939 fr. 35 (pour une période de traitement de janvier 2003 à avril 2003). Par décision du 19 juin 2003, confirmée par une décision sur opposition du 19 août 2003, la caisse a refusé de prendre en charge ces frais, faisant valoir qu'elle suspendait le paiement de toute prestation, avec effet au 3 décembre 2001, jusqu'à ce que les primes

restées impayées ensuite de la délivrance de l'acte de défaut de biens soient intégralement payées.

C.

Par jugement du 10 mars 2004, le Président du Tribunal des assurances du canton de Vaud a rejeté le recours formé contre cette décision par l'assuré.

D.

D. interjette un recours de droit administratif contre ce jugement en concluant à la prise en charge par la caisse de «tous les frais médicaux et pharmaceutiques (...) en suspens depuis 1999, sous réserve de la part restant à la charge de l'assuré selon la LAMal».

La caisse conclut au rejet du recours. Quant à l'Office fédéral de la santé publique, il ne s'est pas déterminé à son sujet.

II.

Par les considérants suivants, le Tribunal fédéral des assurances a admis le recours de droit administratif:

1.

La question est de savoir si la caisse est en droit du suspendre le droit aux prestations du recourant tant et aussi longtemps que ce dernier ne s'acquitte pas du montant de 11'381 fr.

2.

Selon l'art. 9 al. 1 OAMal (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002), si, malgré sommation, l'assuré ne paie pas les primes ou participations aux coûts échues, l'assureur doit engager une procédure de poursuite. Si cette procédure aboutit à un acte de défaut de biens, l'assureur en informe l'autorité compétente d'aide sociale (...).

D'après l'art. 9 al. 2 OAMal, après avoir reçu un acte de défaut de biens et informé l'autorité d'aide sociale, l'assureur peut suspendre la prise en charge des prestations jusqu'à ce que les primes ou participations aux coûts arriérées soient entièrement payées; il devra prendre en charge les prestations pour la période de suspension dès qu'il aura reçu ces paiements.

2.1 Du point de vue intertemporel, ces dispositions sont applicables à la présente cause (ATF 127 V 467 consid. 1, 121 V 366 consid. 1b; cf. aussi ATF

129 V 456 consid. 1¹). Il est à relever, quoi qu'il en soit, que cette réglementation a été reprise à l'art. 90 al. 3 et 4 OAMal, en vigueur depuis le 1er janvier 2003. A, part des modifications d'ordre purement rédactionnel, le Conseil fédéral a apporté une adjonction à l'art. 90 al. 3 OAMal en prévoyant, en plus du paiement des primes et des participations, le paiement d'intérêts moratoires et de frais de poursuite (cf. ATF 129 V 459 sv. consid. 3).

2.2 La jurisprudence interprète ces dispositions en ce sens que la suspension de la prise en charge des prestations prend fin lorsque sont payées les primes (frais accessoires inclus) ayant fait l'objet de l'acte de défaut de biens à l'origine des procédures de communication à l'autorité d'aide sociale et de suspension de prestations. Cette suspension ne peut pas être maintenue si des poursuites pour d'autres primes impayées sont en cours (ATF 129 V 455).

3.

3.1 Sous l'empire de la LAMA, les caisses-maladie n'avaient pas le droit, sauf motif particulier, d'exclure un membre pour défaut de paiement des cotisations d'assurance et de participations aux frais. Elles étaient libres, en revanche, de prononcer une mesure moins grave comme la suspension du droit aux prestations d'assurance, laquelle pouvait être maintenue tant que subsistaient des arriérés de cotisations et de participations (ATF 111 V 318²; RAMA 1992 n° K 896 p. 138, 1990 n° K 847 p. 252).

Toujours sous le régime de la LAMA, le Tribunal fédéral des assurances a jugé qu'une suspension des prestations qui se prolonge au-delà de la clôture de la faillite de l'assuré n'était pas compatible avec l'art. 265 al. 2 LP (RAMA 1995 no K 961 p. 52). Selon cette disposition, dans sa version en vigueur depuis le 1er janvier 1997, une nouvelle poursuite ne peut être requise sur la base de l'acte de défaut de biens après faillite que si le débiteur revient à meilleure fortune; sont également considérées comme meilleure fortune les valeurs dont le débiteur dispose économiquement. Dans l'arrêt B. du 2 décembre 2004 (K 139/03), le Tribunal fédéral des assurances a laissé indécis le point de savoir si cette jurisprudence restait applicable après l'entrée en vigueur de la LAMal. Le présent litige exige que la question soit tranchée. Il convient d'y répondre par l'affirmative, pour les mêmes motifs que ceux retenus par le tribunal en 1995.

¹ voir RAMA 2003 n° KV 258 p. 288 ss

² voir RAMA 1986 n° K 673 p. 157 ss

3.2 L'art. 265 al. 2 LP vise en effet à permettre au débiteur de se relever de sa faillite et de se construire une nouvelle existence, à savoir de se rétablir sur le plan économique et social, sans être constamment soumis aux poursuites des créanciers perdants de la faillite. Le débiteur doit ainsi avoir acquis de nouveaux actifs auxquels ne correspondent pas de nouveaux passifs, c'est-à-dire de nouveaux actifs nets (ATF 129 III 388 consid. 5.1.1). Une suspension durable des prestations au-delà de la clôture de la faillite n'est pas compatible avec ce but. La continuation d'un blocage des prestations éluderait les effets juridiques de l'acte de défaut de biens après faillite si l'assureur pouvait invoquer, à l'appui de cette mesure, une créance qu'il ne peut faire valoir en poursuite qu'à la condition d'un retour à meilleure fortune du débiteur.

3.3 L'entrée en vigueur de la LAMal n'a pas remis en cause ces motifs (dans ce sens: *Gebhard Eugster*, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, p. 184 et note de bas de page 825; voir aussi *Jean-Louis Duc*, Quelques aspects de la demeure de l'assuré dans le cadre de la LAMal, in: La défaillance de paiement, Retard et défaut de paiement, Fribourg 2002, p. 184). L'exécution des obligations financières de l'assuré (paiement des primes selon les art. 61 ss LAMal et des participations selon l'art. 64 LAMal), de même que les conséquences de la non-exécution de ces obligations, par des mesures spécifiques au droit de l'assurance-maladie, ne sont réglées ni par la LAMal ni dans une norme de délégation qui serait contenue dans cette loi et qui chargerait le Conseil fédéral de réglementer ces questions. Le régime de suspension des prestations pour non-paiement des cotisations, formalisé à l'art. 90 OAMal, s'inscrit dans le fil de la jurisprudence établie sous le régime de la LAMA. L'OAMal est une ordonnance fondée sur les art. 96 LAMal et 81 LPGa, qui chargent le Conseil fédéral d'édicter des dispositions aux fins d'exécution de la loi. Une ordonnance d'exécution de la loi a pour fonction de concrétiser les dispositions légales et, le cas échéant, de combler des lacunes d'importance secondaire, dans la mesure où l'exécution de la loi l'exige; les normes d'exécution doivent cependant s'en tenir au cadre légal et ne peuvent en particulier contenir des règles nouvelles qui limiteraient les droits des administrés et leur imposeraient de nouveaux devoirs ou encore contourneraient les dispositions d'une loi autre que l'ordonnance a pour fonction de concrétiser (voir ATF 126 V 269 consid. 4b).

3.4 Dès lors, aujourd'hui comme par le passé, le maintien d'une suspension du droit aux prestations après la clôture de la faillite reste incompatible avec l'art. 265 al. 2 LP, nonobstant les dispositions d'exécution adoptées par le Conseil fédéral.

4.

Enfin, comme la question de la compensation n'est pas soulevée par les parties, il n'y a pas lieu de se prononcer à ce stade.

5.

De ce qui précède, il résulte que le recours est bien fondé.

Etendue du pouvoir d'examen du juge sur des tarifs de primes de l'assurance obligatoire des soins

KV 323 Arrêt du TFA du 1^{er} février 2005 (K 45/03)

- Les droits garantis par l'art. 6 par. 1 CEDH n'autorisent pas un Etat contractant à soustraire la validité d'une clause tarifaire de l'assurance-maladie obligatoire à tout contrôle juridictionnel lorsqu'un assuré est touché par une décision prise en application de cette clause dans une situation concrète (cons. 4 à 4.3).

Etendue du contrôle par le juge d'une clause tarifaire appliquée dans un cas particulier (cons. 5.2 à 5.3).

La limitation du pouvoir d'examen du juge au contrôle de la légalité de la clause tarifaire litigieuse est conforme aux exigences de la CEDH (cons. 5.4).

- Die von Art. 6 Ziff. 1 EMRK garantierten Rechte erlauben es einem Vertragsstaat nicht, die Rechtmässigkeit einer Tarifiklausel der obligatorischen Krankenpflegeversicherung jeglicher gerichtlichen Kontrolle zu entziehen, wenn eine versicherte Person von einer im Einzelfall in Anwendung dieser Klausel ergangenen Verfügung betroffen ist (Erw. 4 bis 4.3).

Umfang der richterlichen Überprüfung einer im Einzelfall angewandten Tarifiklausel (Erw. 5.2 bis 5.3).

Die Beschränkung der richterlichen Überprüfungsbefugnis auf eine Kontrolle der Gesetzmässigkeit der streitigen Tarifiklausel ist mit den Anforderungen der EMRK vereinbar (Erw. 5.4).

- I diritti garantiti dall'art. 6 n. 1 CEDU non autorizzano uno Stato contraente a sottrarre a ogni controllo giudiziario la validità di una clausola tariffaria dell'assicurazione malattia obbligatoria se un assicurato è toccato da una decisione presa in applicazione di questa clausola in una situazione concreta (cons. 4-4.3).

Estensione del controllo giudiziario di una clausola tariffaria applicata in una fattispecie concreta (cons. 5.2-5.3).

La limitazione del potere d'esame giudiziario a un controllo di legalità della clausola tariffaria litigiosa è conforme alle esigenze poste dalla CEDU (cons. 5.4).

I.

A.

M. est affilié à la Mutuelle Valaisanne, Assurance maladie et accident (ci-après: la Mutuelle), pour l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie.

Le 23 octobre 2000, la Mutuelle lui a notifié un nouveau certificat d'assurance, aux termes duquel la prime mensuelle de l'assurance obligatoire des soins avec franchise annuelle de 1'200 fr., d'un montant de 200 fr. 10, a été portée, à partir du 1er janvier 2001, à 218 fr.

L'assuré ayant contesté cette augmentation, la caisse a confirmé sa position par décision du 20 décembre 2000, confirmée sur opposition le 23 février 2001.

B.

Saisi d'un recours contre la décision sur opposition, le Tribunal administratif du canton de Genève (aujourd'hui, en matière d'assurances sociales: Tribunal cantonal des assurances sociales) l'a déclaré irrecevable, motif pris qu'il n'était pas compétent *ratione materiae* (jugement du 7 août 2001).

C.

Par arrêt du 31 mai 2002 (K 120/01), le Tribunal fédéral des assurances a admis le recours formé contre ce jugement par M.. Il a annulé ledit prononcé et renvoyé l'affaire à la juridiction cantonale pour décision sur le fond, après examen des autres conditions de recevabilité du recours contre la décision sur opposition du 23 février 2001. Il a considéré, en résumé, que la juridiction cantonale ne pouvait pas se fonder sur l'art. 129 al. 1 let. b OJ pour refuser d'entrer en matière sur le recours portant sur un tarif de primes d'assurance. En effet, cette norme est une disposition applicable dans la procédure de recours de droit administratif devant l'autorité de dernière instance mais ne s'applique pas dans la procédure de recours devant un tribunal cantonal des assurances compétent pour connaître des litiges en matière d'assurance-maladie.

D.

Le 29 octobre 2002, la juridiction cantonale a invité la Mutuelle à produire «toutes les pièces visées à l'art. 85 OAMal pour les périodes déterminantes pour la prime 2001, ainsi que les rapports de l'organe de révision pour les mêmes périodes (art. 86 OAMal).

Par ailleurs, elle a requis l'Institution commune LAMal et Santé Suisse de lui indiquer l'augmentation des coûts de la santé durant les années 1999, 2000 et 2001, sur le plan suisse et à Genève en particulier. Le 4 novembre 2002, l'Institution commune LAMal a adressé à la juridiction cantonale la statistique de la compensation définitive des risques 2001. Le 8 novembre suivant, Santé Suisse lui a fait parvenir un extrait de l'évolution des coûts en Suisse et dans le canton de Genève pour les années 1999 à 2001.

De son côté, la Mutuelle a produit les pièces mentionnées à l'art. 85 OAMal «concernant les périodes déterminantes pour fixation de la prime 2001», ainsi que les rapports de l'organe de révision, en insistant sur le caractère confidentiel de ces documents. La juridiction cantonale ayant constaté que les pièces produites concernaient seulement l'année 2001, elle a requis la Mutuelle de fournir les documents relatifs aux années 1999 et 2000. Par le ministère de son avocat, celle-ci a demandé à la juridiction cantonale de constater que la production des documents concernant les années 1999 et 2000 était sans objet pour l'issue du litige.

Par jugement du 11 mars 2003, la juridiction cantonale a rejeté le recours en tant qu'il était recevable.

E.

M. interjette recours de droit administratif contre ce jugement, dont il demande l'annulation, en concluant, sous suite de frais et dépens, au renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour instruction complémentaire et nouvelle décision.

L'intimée conclut, sous suite de dépens, à l'irrecevabilité du recours et à la confirmation du jugement entrepris. De son côté, l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) propose de déclarer le recours irrecevable.

II.

Par les considérants suivants, le Tribunal fédéral des assurances a admis le recours de droit administratif:

1.

1.1 Le Tribunal fédéral des assurances connaît en dernière instance des recours de droit administratif contre des décisions au sens des art. 97, 98 let. b à h, et de l'art. 98a, en matière d'assurances sociales (art. 128 OJ). Toutefois, aux termes de l'art. 129 al. 1 let. b OJ, le recours de droit administratif n'est pas recevable contre des décisions concernant des tarifs.

1.2 Selon la jurisprudence, le recours de droit administratif n'est irrecevable que contre des décisions qui ont pour objet l'établissement ou l'approbation d'un tarif dans son ensemble ou lorsqu'il vise directement des clauses tarifaires particulières en tant que telles. En revanche, la voie du recours de droit administratif est ouverte contre des décisions qui sont prises en application d'un tarif dans une situation concrète. Il n'en demeure pas moins que, même dans cette éventualité, le Tribunal fédéral des assurances n'a pas le pouvoir de se prononcer sur tous les postes du tarif en question, y compris la relation qui existe entre ceux-ci; il doit bien plutôt se borner à contrôler la légalité du poste tarifaire incriminé, appliqué dans un cas précis (ATF 126 V 345 consid. 1¹, 125 V 104 consid. 3b² et les références).

2.

Par un premier moyen, le recourant fait valoir que cette jurisprudence ne peut s'appliquer dans le domaine de l'assurance-maladie, dans la mesure où elle prescrit l'irrecevabilité du recours de droit administratif dans des litiges portant sur des clauses tarifaires en tant que telles. Selon lui, ces primes perçues obligatoirement sur l'ensemble de la population varient en fonction de critères arbitraires qui reposent essentiellement sur des projections et sur des comptabilités non analytiques établies par des institutions de droit privé. L'exclusion de la voie juridictionnelle dans ce domaine constitue donc une violation de l'art. 6 par. 1 CEDH et de l'art. 30 al. 1 Cst. Ces dispositions confèrent aux assurés le droit de s'adresser à un tribunal qui doit être en mesure de contrôler, sur le vu de la comptabilité de l'assureur-maladie, si les principes de l'égalité de traitement, de l'équivalence et de la couverture des frais ont été respectés.

3.

3.1 Selon l'art. 6 par. 1, première phrase, CEDH, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui

¹ voir RAMA 2001 n° KV 149 p. 58 ss

² voir RAMA 1999 n° KV 77 p. 310 ss

décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.

3.2 La jurisprudence et la doctrine consacrent le principe de la primauté du droit international sur le droit interne (ATF 125 II 425, 122 II 239 consid. 4e, 487 consid. 3a, 119 V 177 consid. 4a, et les arrêts cités; *Auer/Malinverni/Hottelier*, Droit constitutionnel suisse, vol. I, p. 649 ss; *Haefliger/Schürmann*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2ème éd., Berne 1999, p. 39 et les références de doctrine). Ce principe découle de la nature même de la règle internationale, hiérarchiquement supérieure à toute règle interne (ATF 122 II 487 consid. 3a). Il en résulte que le juge ne peut pas appliquer une loi fédérale qui violerait un droit fondamental consacré par une convention internationale (ATF 125 II 425, 119 V 178 consid. 4b, et les références; *Auer/Malinverni/Hottelier*, op. cit., p. 653; *Haefliger/Schürmann*, op. cit., p. 41).

3.3 L'art. 6 par. 1 CEDH est applicable notamment en cas de contestations sur des droits et obligations «de caractère civil». Selon la notion large consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme [ACEDH] *Schuler-Zgraggen*, du 24 juin 1993, Série A, vol. 263), cette notion comprend les litiges concernant tous les régimes fédéraux d'assurances sociales en Suisse, en matière aussi bien de prestations (ATF 122 V 50 consid. 2a, 120 V 6, 119 V 379) que de cotisations, singulièrement de primes d'assurance-maladie (ATF 121 V 111 consid. 3a).

Encore faut-il que la contestation porte sur des droits ou des obligations reconnus par la législation interne (*Haefliger/Schürmann*, op. cit., p. 135; *Pettiti/Decaux/Imbert*, La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, Paris 1995, p. 250). En l'occurrence, il est indéniable que le paiement des primes de l'assurance-maladie obligatoire repose sur une obligation découlant du droit fédéral (art. 61 LAMal; art. 89 ss OAMal).

4.

Vu ce qui précède, le point litigieux est celui de savoir si l'art. 129 al. 1 let. b OJ viole un droit garanti par l'art. 6 par. 1 CEDH. En d'autres termes, cette disposition confère-t-elle à un assuré touché par une décision prise en application d'un tarif des primes de l'assurance-maladie obligatoire le droit de faire examiner par une autorité juridictionnelle la validité de la clause tarifaire en question et, le cas échéant, dans quelle mesure ? 4.1 Selon la jurisprudence des organes de Strasbourg, la CEDH a pour but de protéger des droits

non pas théoriques ou illusoirs, mais concrets et effectifs (ACEDH *Airey*, du 9 octobre 1979, Série A, vol. 32 par. 24; ACEDH *Artico*, du 13 mai 1980, Série A, vol. 37 par. 33). Aussi, l'art. 6 par. 1 CEDH consacre-t-il d'abord le droit d'accès au juge (ACEDH *Golder*, du 21 février 1975, Série A, vol. 18 par. 35).

Toutefois, ce droit n'est pas absolu. Selon la jurisprudence de la Cour européenne, il doit faire l'objet d'une réglementation par l'Etat, laquelle peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des ressources de la communauté et des besoins des individus. Par «ressources de la communauté», il faut entendre notamment l'assistance judiciaire qui est soumise à des règles budgétaires et par «besoins des individus» les limitations relatives à l'accès aux tribunaux des mineurs et des aliénés, qu'il faut protéger. Malgré la marge d'appréciation dont ils jouissent, les Etats ne peuvent restreindre le droit d'accès au juge d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance. En outre, des limitations ne sont admissibles au regard de l'art. 6 par. 1 CEDH que si elles visent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens et le but visé (ACEDH *Ashingdane*, du 28 mai 1985, Série A, vol. 93 par. 57; ACEDH *Golder*, du 21 février 1975, déjà cité).

4.2 En l'occurrence, force est de constater qu'un contrôle juridictionnel étendu à la validité d'une clause tarifaire particulière de l'assurance-maladie obligatoire est susceptible d'entraîner une augmentation importante du nombre des recours. En outre, une telle solution se heurte au fait que des tarifs ne se prêtent pas aisément à un contrôle juridictionnel (cf. *Robert Myffeler*, Les primes de l'assurance-maladie ne peuvent pas être contestées, in: Sécurité sociale, 2002 n° 6 p. 365), ce qui est de nature à entraîner une augmentation importante de la charge de travail des tribunaux.

Ces considérations méritent d'être prises en compte. Toutefois, sur le vu de la jurisprudence restrictive de la Cour européenne des droits de l'homme, elles n'apparaissent pas suffisantes pour soustraire la validité d'une clause tarifaire de l'assurance-maladie obligatoire à tout contrôle juridictionnel lorsqu'un assuré est touché par une décision prise en application de cette clause dans une situation concrète.

4.3 Dans son projet de loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF), le Conseil fédéral a proposé à l'art. 78 al. 1 que les décisions prises dans certaines matières (par exemple la sûreté intérieure ou extérieure, les marchés publics, etc.) soient soustraites au contrôle du Tribunal fédéral dans le cadre du recours en matière de droit public. Cette disposition ne contient toutefois pas d'exclusion analogue à l'art. 129 al. 1 let. b OJ. Certaines parties consultées

ayant proposé d'exclure explicitement les décisions portant sur des tarifs (cf. Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001 [FF 2001 4074]), le Conseil fédéral a justifié l'abandon de l'exception contenue à l'art. 129 al. 1 let. b OJ au motif que cette exception a un caractère uniquement déclaratoire, dans la mesure où elle concerne des actes qui ne sont pas des décisions, les actes d'approbation d'actes normatifs ayant en effet eux-mêmes un caractère normatif (FF 2001 4120).

Ces considérations ne sont toutefois pas pertinentes dans le cas d'espèce. En effet, le litige ne concerne pas une décision de l'OFAS prise dans le cadre de la procédure d'approbation des tarifs des primes de l'assurance obligatoire des soins (art. 61 al. 4 [depuis le 1er juin 2002 art. 61 al. 5] LAMal, art. 92 OAMal), mais porte sur le point de savoir si un assuré touché par une décision prise en application d'un tarif des primes de l'assurance-maladie obligatoire dans une situation concrète peut exiger du juge qu'il examine la validité de la clause tarifaire en question. A cet égard, force est de constater que le projet de LTF ne contient pas de norme équivalant à l'art. 129 al. 1 let. b OJ actuel.

5.

5.1 Le droit d'accès au juge consacré à l'art. 6 par. 1 CEDH commande notamment que le tribunal soit apte à décider, c'est-à-dire à «trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence» (ACEDH *Bellos*, du 29 avril 1998, Série A, vol. 132 par. 64). Une fois admis que la validité d'une clause tarifaire de l'assurance-maladie obligatoire ne peut être soustraite à tout contrôle juridictionnel, il n'apparaît toutefois pas contraire à l'art. 6 par. 1 CEDH, compte tenu de la marge d'appréciation dont disposent les Etats contractants (cf. en matière fiscale, ACEDH *National & Provincial Building Society* du 23 octobre 1997, Recueil 1997-VII, p. 2325), de restreindre le pouvoir d'examen du juge appelé à statuer sur la validité d'une clause tarifaire particulière en tant que telle.

5.2 Cela étant, il n'y a pas lieu de revenir sur la jurisprudence selon laquelle le recours de droit administratif est irrecevable contre des décisions qui ont pour objet l'établissement ou l'approbation d'un tarif dans son ensemble ou lorsqu'il vise directement des clauses tarifaires particulières en tant que telles. En revanche, il convient de déterminer le pouvoir d'examen du juge, lorsque le recours est dirigé contre une décision prise en application d'une clause tarifaire de l'assurance-maladie obligatoire dans une situation concrète.

Dans ses déterminations sur le recours, l'OFAS soutient que le Tribunal fédéral des assurances doit se limiter à examiner si l'assuré a été classé correctement dans la région de prime déterminante et dans la classe d'âge correspondante, ou encore si le tarif approuvé par l'OFAS, la franchise et les rabais ont été appliqués correctement à l'intéressé.

5.2.1 Dans un arrêt RAMA 1989 n° K 821 p. 336, concernant une affaire tombant sous le coup de la LAMA, le Tribunal fédéral des assurances a considéré que le juge a, dans tous les cas, le pouvoir de contrôler si la clause tarifaire déterminante a été appliquée et si elle l'a été correctement.

A cet effet, il peut vérifier si les règles légales de la LAMA concernant la fixation des tarifs de cotisations ont été respectées et si la disposition tarifaire en cause ne viole pas le principe de l'égalité de traitement, pour autant que la loi ne prévoie pas explicitement des différences de traitement. Le cas échéant, le contrôle porte essentiellement sur le point de savoir si un assuré, dans un groupe de risques autorisé par la loi, a droit, pour les mêmes cotisations, à des prestations moins élevées que d'autres assurés du même groupe ou si, pour les mêmes prestations, il doit payer des cotisations plus élevées que d'autres assurés du même groupe, et cela sans qu'un motif relevant de la technique d'assurance le justifie et sans que la loi prévoie de différence de traitement (RAMA 1989 n° K 821 p. 338 consid. 1b/aa).

Dans le même arrêt, le Tribunal a relevé que les cotisations ne peuvent faire l'objet d'un contrôle de l'opportunité que dans une mesure très limitée. En particulier, le juge n'a pas le pouvoir d'examiner si la cotisation exigée correspond au risque spécifique présenté par chaque assuré pris individuellement. Le seul point pouvant faire l'objet d'un contrôle judiciaire est bien plutôt celui de savoir si, au sein d'un même groupe de risques – tels ceux que l'on rencontre dans la pratique et qui sont autorisés par la loi – les cotisations sont raisonnablement proportionnées aux prestations (principe de l'équivalence). La fixation des cotisations est fondée toutefois essentiellement sur des prévisions, de sorte que, compte tenu de la liberté d'appréciation dont jouit l'administration, d'une part, et de la relative insécurité des prévisions effectuées, d'autre part, elle ne saurait être remise en cause qu'en cas d'arbitraire.

En résumé, le Tribunal a considéré que le juge peut uniquement effectuer un contrôle de l'opportunité lorsque, s'agissant d'un groupe de risques déterminé, il existe une disproportion évidente entre les charges et les cotisations exigées et que des prestations de solidarité ne sont pas exigibles de la part

des assurés concernés ou, à tout le moins, pas dans une telle mesure. En d'autres termes, le contrôle judiciaire peut s'exercer uniquement en cas de violation du principe de proportionnalité (RAMA 1989 n° K 821 p. 338 s. consid. 1 b/bb).

5.2.2 Sous l'empire de la LAMal, le principe de l'équivalence ne joue pratiquement plus aucun rôle, puisque désormais les prestations légales sont les mêmes pour les différents assureurs (art. 34 al. 1 LAMal) et qu'en règle générale, les assurés affiliés à un même assureur-maladie s'acquittent d'un même montant des primes (art. 76 al. 1 LAMal; *Gebhard Eugster*, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR] p. 28, note de bas de page 104). Dès lors, il paraît opportun de s'écarter des principes développés sous l'empire de la LAMA (ATF 112 V 287 s. consid. 3³ et 295 consid. 3b⁴; RAMA 1989 n° K 821 p. 338 s. consid. 1b). Il convient bien plutôt de considérer que l'échelonnement d'un tarif des primes ne repose pas exclusivement sur la valeur de la prestation assurée mais procède également d'autres critères – d'ordre social, politique ou technique – qui sont, dans certaines circonstances, difficilement accessibles au simple citoyen (ATF 116 V 133 consid. 2a et les références, cf. aussi *Stephan Bernhard*, Primes d'assurance-maladie 1996 – vérification et approbation par l'OFAS, in: Sécurité sociale 1996 p. 32 s.; *Rudolf Gilli*, Augmentation des primes ne signifie pas nécessairement recettes supplémentaires: principes de la détermination des primes, in: infosantésuisse, 11/2002, p. 17; *Veränderungen im Bereich der Prämien genehmigung aufgrund des KVG: Schlussbericht*, in: Beiträge zur Sozialen Sicherheit, Forschungsbericht Nr. 23/03; L'OFAS doit seconcentrer sur la solvabilité des assureurs: analyse et recommandations relatives à l'approbation des primes, in: infosantésuisse, 3/2004 p. 13). Etant donné l'autonomie des assureurs dans la fixation des primes (art. 61 al. 1 LAMal), ainsi que la liberté d'appréciation étendue de l'Office fédéral de la santé publique (autrefois, l'OFAS) dans l'approbation des tarifs des primes (art. 61 al. 5 LAMal [jusqu'au 31 mai 2002 art. 61 al. 4 LAMal]; art. 92 OAMal) et du Conseil fédéral en tant qu'autorité de recours interne à l'administration (décision du Conseil fédéral du 22 octobre 1997 dans la cause S. Gesundheitsorganisation contre Département fédéral de l'Intérieur et OFAS, in: RAMA 1997 n° KV 18 p. 420 consid. 7.2), il ne convient pas que l'autorité juridictionnelle appelée à trancher un cas concret puisse, d'une manière indirecte, substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité administrative. Aussi, le juge est-il appelé à faire preuve d'une grande retenue lors du contrôle d'une décision prise en application d'une clause tarifaire

³ voir RAMA 1986 n° K 698 p. 431 ss

⁴ voir RAMA 1987 n° K 725 p. 132 ss

dans une situation concrète. Dans un arrêt ATF 125 V 21⁵, le Tribunal fédéral des assurances a défini la retenue dont le juge doit faire preuve dans un litige en matière de liste des prestations obligatoirement à la charge de l'assurance. Il a considéré que le juge, lors du contrôle de la légalité de dispositions d'application prises par l'autorité administrative, est en principe habilité à examiner le contenu d'une liste de maladies à prendre en considération ou de prestations; du moment que l'établissement de telles listes requiert le concours de commissions consultatives de spécialistes, le Tribunal fédéral des assurances ne dispose pas des connaissances nécessaires pour se faire une opinion sur la question sans recourir à l'avis d'experts. Le Tribunal en déduit qu'il n'y a, en principe, plus de place pour un examen mené en parallèle par la voie judiciaire lorsque se pose la question des conditions d'admission dans des domaines médicaux complexes (ATF 125 V 30 s. consid. 6a).

5.3 Vu ce qui précède, on ne saurait partager le point de vue de l'OFAS, selon lequel le Tribunal fédéral des assurances doit se limiter à examiner si l'assuré a été classé correctement dans la région de prime déterminante et dans la classe d'âge correspondante, ou encore si le tarif approuvé par l'OFAS, la franchise et les rabais ont été appliqués correctement à l'intéressé. Dans le cadre du contrôle de la légalité de la clause en question, il doit bien plutôt examiner si celle-ci est conforme au système de la répartition des dépenses (art. 60 al. 1 LAMal) et au principe du financement autonome de l'assurance obligatoire des soins (art. 60 al. 2 et 3 LAMal). En particulier, il lui incombe de vérifier si la clause contestée repose, en ce qui concerne les charges et les produits, sur une comptabilité distincte pour l'assurance-maladie sociale et, dans ce cadre, une comptabilité séparée pour l'assurance obligatoire ordinaire des soins, pour les formes particulières d'assurance au sens de l'art. 62 LAMal et pour l'assurance d'indemnités journalières (art. 81 al. 1 OAMal). L'exigence d'une comptabilité distincte doit être contrôlée également en ce qui concerne les frais d'administration (art. 84 OAMal).

Appelé dans un cas particulier à se prononcer sur la légalité d'une position d'un tarif des primes de l'assurance-maladie obligatoire, le juge des assurances sociales devra faire appel à des spécialistes des organes de fixation et d'approbation des tarifs de primes. Au demeurant, il faut tenir compte d'une autre particularité propre aux litiges en matière de tarifs de primes de l'assurance-maladie: la production des comptes des assureurs peut poser des problèmes procéduraux très délicats au regard des droits des parties (droit de l'assuré de consulter les pièces, d'en effectuer des copies) ou du droit au secret des affaires (le risque étant que la comptabilité d'un assureur se

⁵ voir RAMA 1999 n° KV 67 p. 137 ss

retrouve chez un concurrent). C'est pourquoi la plupart des questions auxquelles le juge pourrait être amené à donner des réponses dans le cadre du contrôle qui lui incombe peuvent s'appuyer sur le témoignage (écrit ou oral) de l'organe de révision (art. 86 OAMal), dont l'indépendance est présumée de par la loi.

5.4 La limitation du pouvoir d'examen du juge appelé à examiner la validité d'une décision prise en application d'une clause tarifaire de l'assurance-maladie obligatoire dans une situation concrète n'apparaît pas contraire au droit d'accès au juge consacré à l'art. 6 par. 1 CEDH. Cette disposition pose seulement l'exigence qu'un administré puisse faire valoir ses droits devant une juridiction apte à connaître des questions aussi bien de droit que de fait. Le juge doit pouvoir corriger d'éventuelles erreurs de droit et de fait, ainsi qu'examiner la cause sous l'angle de la proportionnalité. En revanche, la jurisprudence des organes de la CEDH n'exige pas que la juridiction saisie ait un plein pouvoir d'appréciation (*Mark E. Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, 2ème édition, Zurich 1999, p. 271 ch. 427). Certes, le contrôle judiciaire doit être effectif (*Meyer-Blaser*, Die Bedeutung von Art. 4 Bundesverfassung für das Sozialversicherungsrecht, in: RDS 111/1992 II/3, p. 459 ch. 9), mais le juge ne doit pas substituer son pouvoir d'appréciation à celui de l'administration, ce qui aurait pour conséquence de détourner l'art. 6 par. 1 CEDH de son but (*Heiner Wohlfart*, Anforderungen der Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 98a OG an die kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetze, in: AJP/PJA 1995 p. 1430).

6.

6.1 En l'espèce, le recours de droit administratif, dirigé contre une décision prise en application d'un tarif dans une situation concrète, est recevable.

6.2 La juridiction cantonale a rejeté le recours de l'assuré en tant qu'il était recevable. Elle l'a jugé irrecevable, dans la mesure où il tendait à obtenir du juge qu'il examinât la validité de la clause tarifaire sur laquelle reposait la décision de primes du 23 février 2001. Elle l'a considéré comme mal fondé, dans la mesure où la décision attaquée reposait sur un classement correct de l'intéressé dans la région de prime déterminante et dans la classe d'âge correspondante, ainsi que sur une application exacte de la franchise choisie.

Dans son recours de droit administratif, l'assuré ne conteste pas son classement dans le tarif des primes selon les différents critères objectifs ci-dessus exposés, mais reproche à la juridiction cantonale de ne pas être entrée en matière sur ses conclusions à mesure qu'elles tendaient au contrôle par le

juge de la validité de la clause tarifaire contestée. Il convient donc de renvoyer la cause à la juridiction cantonale pour qu'elle entre en matière sur les griefs soulevés par l'intéressé et qu'elle en examine le bien-fondé au regard des principes exposés au considérant 5.

7.

Le litige ne concernant pas l'octroi ou le refus de prestations d'assurance, la procédure n'est pas gratuite (art. 134 OJ a contrario). L'intimée, qui succombe, supportera les frais de la cause.

Par ailleurs, les conditions auxquelles un avocat qui agit dans sa propre cause a droit exceptionnellement à une indemnité de dépens (ATF 110 V 134 s. consid. 4d) ne sont pas réalisées en l'occurrence.

Morbus Hodgkin: Sperma-Kryokonservierung

KV 324 Urteil des EVG vom 17. Februar 2005 (K 23/04)

- **Anspruch auf Übernahme der Kosten einer Sperma-Kryokonservierung im Falle eines an Morbus Hodgkin erkrankten Versicherten verneint.**
- **Le droit à la prise en charge des coûts d'une conservation du sperme par congélation dans le cas d'un assuré souffrant de la maladie de Hodgkin a été nié.**
- **Il diritto all'assunzione dei costi di una conservazione dello sperma con congelamento nel caso di un assicurato che soffre della malattia di Hodgkin è stato negato.**

Auszug aus den Erwägungen:

...

2.

Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin die Kosten im Zusammenhang mit einer Sperma-Kryokonservierung im Falle des an Morbus Hodgkin erkrankten Versicherten zu übernehmen hat.

2.1 Die Vorinstanz hat eine Übernahme als Präventivmassnahme zu Recht verneint mit der Begründung, in der Liste des Art. 12 KLV, welche abschliessenden Charakter habe (vgl. dazu auch *Alfred Maurer*, Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel 1996, S. 47 f.; Gebhard Eugster, Krankenversicherung, in: *Koller/Müller/Rhinow/Zimmerli*, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], S. 86 f.), sei die Vorkehr nicht enthalten. Ergänzend ist anzufügen, dass – wie das Eidgenössische Versicherungsgericht unlängst entschieden hat (Urteil E. vom 27. Oktober 2004, K 92/04) – Art. 26 KVG nicht verlangt, dass der Bundesrat oder das Eidgenössische Departement des Innern sämtliche Präventivmassnahmen in der Liste aufnimmt und der Verordnungsgeber diesbezüglich vielmehr über einen grossen Gestaltungsspielraum verfügt. In diesem Sinne entspricht es dem vom Gesetzgeber vorgesehenen System, dass der Verordnungsgeber in Art. 12 KVG nur eine beschränkte Anzahl medizinischer Präventivmassnahmen aufgenommen hat. Die Nichtaufnahme der angebehrten Massnahme in der Liste des Art. 12 KLV ist

weder gesetzwidrig noch fällt sie aus dem Rahmen der delegierten Kompetenz. Der Beschwerdeführer bringt nichts vor, was das Eidgenössische Versicherungsgericht trotz der gebotenen Zurückhaltung (vgl. auch BGE 125 V 30 Erw. 6a¹, 124 V 195 Erw. 6²) veranlassen könnte, eine Aufnahme in die Liste ernsthaft in Prüfung zu ziehen.

2.2 Im Weiteren hat es die Vorinstanz auch abgelehnt, die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die Sperma-Kryokonservierung als Massnahme zur Behandlung einer sekundären Krankheitsfolge zu übernehmen. Zur Begründung führte sie an, dass es zwar zutreffe, dass die Beseitigung sekundärer krankheitsbedingter Beeinträchtigungen therapeutischen Charakter habe und grundsätzlich ebenfalls Krankheitsbehandlung im Sinne von Art. 25 Abs. 1 KVG darstelle (vgl. auch *Eugster*, a.a.O., S. 55 Rz 109); indessen setzte eine Übernahme unter diesem Titel voraus, dass die Sterilität bereits vorliege, was beim Beschwerdeführer noch nicht der Fall sei. Werde bloss die Behandlung möglicher zukünftiger Krankheitsfolgen vorweggenommen, liege wiederum eine (nur im Rahmen des Art. 26 KVG in Verbindung mit Art. 12 KLV von der Grundversicherung zu tragende) Massnahme der Prävention vor.

Dieser Auffassung ist beizupflichten. Nichts zu seinen Gunsten abzuleiten vermag der Beschwerdeführer aus dem von ihm im letztinstanzlichen Verfahren eingereichten Bericht des Dr. med. S., Oberarzt am Spital X., vom 20. Januar 2004, gemäss welchem ein (offenbar vom Januar 2004 stammendes) Spermogramm ergeben hat, dass als direkte Folge der Chemotherapie-Behandlung eine komplette Azoospermie vorliege, wobei angenommen werden müsse, dass das Keimepithel durch die kombinierte Chemo-Radiotherapie vollständig zerstört worden sei. Denn dieser Befund aus dem Jahr 2004 ändert nichts daran, dass die Spermienasservierung vor der Chemotherapie, deren ungünstige Auswirkungen auf die Fertilität die Massnahme gerade mildern sollte, vorgenommen werden musste (vgl. Bericht der Dr. med. P., Spital Y., vom 23. Juni 2003), weil sie ihren Zweck nur erreichen konnte, wenn sie vor Eintritt der möglichen sekundären Krankheitsfolge (Sterilität) stattfand. In diesem Sinne wurde mit der Spermienasservierung die Milderung einer künftigen möglichen (sekundären) Krankheitsfolge vorweggenommen, weshalb sie als Massnahme der medizinischen Prävention zu qualifizieren ist (unter welchem Titel – wie in Erw. 2.1 dargelegt – eine Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin zu verneinen ist).

¹ siehe RKUV 1999 Nr. KV 67 S. 137 ff.

² siehe RKUV 1998 Nr. KV 40 S. 379 ff.

2.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin die Übernahme der Kosten der Sperma-Kryokonservierung im Falle des an Morbus Hodgkin erkrankten Versicherten zu Recht abgelehnt hat, wie die Vorinstanz zutreffend entschieden hat.

Bestimmung des Valideneinkommens ; Lohnentwicklung

U 538 Urteil des EVG vom 2. November 2004 i. Sa. B. (U 66/02)

- **Bestimmung des Valideneinkommens ; Lohnentwicklung (Art. 18 Abs. 2 UVG; Art. 28 Abs. 2 IVG, Art. 16 ATSG):**

Gewährt der Arbeitgeber (aus wirtschaftlichen Gründen) keine Lohn erhöhungen, schlägt dies im Rahmen der Invaliditätsbemessung auch auf die Bestimmung des Valideneinkommens durch, indem die Anrechnung einer der statistisch festgestellten Nominallohnentwicklung entsprechende Lohnverbesserung nicht zulässig ist. Hält die Lohnstagnation indessen über mehrere Jahre an, kann die Annahme, der Arbeitnehmer hätte, wäre er gesund geblieben, dennoch keinen Stellenwechsel ins Auge gefasst, nicht mehr als realistisch betrachtet werden, weshalb es sich nach einer gewissen Zeit rechtfertigt, bei der Bestimmung des Valideneinkommens die vom BFS ermittelte Nominallohnentwicklung zu berücksichtigen. Im konkreten Fall wurde die gegenüber dem Vorjahr erfolgte Nominallohnentwicklung berücksichtigt, nachdem es fünf Jahre lang zu keinen Lohnanpassungen mehr gekommen war (Erw. 4).

- **Détermination du revenu de personne valide; évolution du salaire (art. 18, al. 2, LAA; art. 28, al. 2, LAI et art. 16 LPGa):**

Le fait que (pour des motifs économiques) l'employeur n'accorde pas d'augmentations de salaire a également des répercussions, dans le cadre de l'évaluation de l'invalidité, sur la détermination du revenu de personne valide en ce sens que la prise en compte d'une amélioration du salaire correspondant à l'évolution du salaire nominal fixée statistiquement n'est pas permise. Cependant, si la stagnation du salaire dure plusieurs années, la supposition que le travailleur, s'il était en pleine santé, n'aurait pas envisagé de changer d'emploi ne peut plus être considérée comme réaliste, raison pour laquelle il se justifie après un certain temps de tenir compte de l'évolution du salaire nominal calculée par l'OFS, lors de la détermination du revenu de personne valide. En l'espèce, l'évolution du salaire nominal intervenue par rapport à l'année précédente a été prise en considération après une période de cinq ans sans aucune adaptation de salaire (cons. 4).

- **Determinazione del reddito realizzato da una persona non invalida; evoluzione dei salari (art. 18 cpv. 2 LAINF; art. 28 cpv. 2 LAI, art. 16 LPG):**

Se il datore di lavoro (per motivi economici) non accorda aumenti di salario, ciò si ripercuote anche sulla determinazione del reddito realizzato da una persona non invalida, nel quadro della valutazione del grado d'invalidità, in quanto il conteggio di un aumento di salario equivalente all'evoluzione nominale dei salari statisticamente stabilita non è ammissibile. Se la stagnazione del salario persiste per diversi anni, la supposizione che la persona salariata, qualora fosse rimasta sana, non avrebbe preso in considerazione un cambiamento d'impiego, non può più essere considerata realista. Di conseguenza, dopo un certo periodo è giustificato determinare il reddito realizzato da una persona non invalida tenendo conto dell'evoluzione nominale dei salari calcolata dall'UFS. Nella fattispecie, è stata presa in considerazione l'evoluzione nominale dei salari avvenuta rispetto all'anno precedente dopo che per cinque anni non vi erano più stati adeguamenti salariali (cons. 4).

Auszug aus den Erwägungen:

...

4.

Um den Invaliditätsgrad festlegen zu können, bleibt zu prüfen, welche erwerblichen Auswirkungen auf Grund der gesundheitsbedingten Beeinträchtigungen des Leistungsvermögens zu erwarten sind. Im Rahmen des durchzuführenden Einkommensvergleichs (Art. 18 Abs. 2 UVG; vgl. Erw. 1.1 hievor) ist der ohne Behinderung mutmasslich erzielbare Verdienst (Valideneinkommen; nachstehende Erw. 4.1) den hypothetischen Einkünften gegenüberzustellen, welche trotz der gesundheitlichen Schädigung zumutbarerweise noch realisiert werden könnten (Invalideneinkommen; Erw. 4.2). Da ein Rentenanspruch gegenüber der Unfallversicherung unbestrittenermassen erst ab 1. Januar 2000 besteht, sind für die Invaliditätsbemessung die einkommensmässigen Verhältnisse im Jahr 2000 massgebend (Erw. 2.2.2 hievor).

4.1

4.1.1 Was das Valideneinkommen anbelangt, sind Vorinstanz und SUVA zu Recht von den Angaben der Firma L. AG als ehemaliger Arbeitgeberfirma ausgegangen. In der Regel hat der Einkommensvergleich in der Weise zu erfolgen, dass die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen ziffernmässig möglichst genau ermittelt und einander gegenübergestellt werden (BGE 128

V 30 Erw. 1, 104 V 136 Erw. 2a und b). Entgegen der vom heutigen Beschwerdegegner im vorinstanzlichen Verfahren vertretenen Ansicht ist bei der Ermittlung des Valideneinkommens auf konkrete Lohnauskünfte des bisherigen oder früheren Arbeitgebers abzustellen, wenn angenommen werden kann, dass die versicherte Person, wäre sie nicht invalid geworden, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit weiterhin beim selben Arbeitgeber tätig wäre. Insoweit kann auf die zutreffenden Erwägungen im kantonalen Entscheid verwiesen werden, welchen seitens des Eidgenössischen Versicherungsgerichts nichts beizufügen ist. Wie die Vorinstanz erkannt hat, wäre der Beschwerdegegner ohne seinen Unfall vom 19. März 1996 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit weiterhin in der Firma L. AG beschäftigt. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass er sich einen neuen Arbeitsplatz gesucht und dabei einen beruflichen Aufstieg realisiert hätte oder aus andern Gründen zu einer höheren Entlohnung gelangt wäre, liegen jedenfalls nicht vor. Gemäss Auskunft der Firma L. AG vom 19. März 1998 und 17. Dezember 1999 hätte der Beschwerdegegner nach wie vor – auch noch im Jahre 1999 – den selben Lohn erhalten, den er vor dem Unfall vom 19. März 1996 und auch schon seit Beginn des Arbeitsverhältnisses am 1. September 1994 bezogen hat, nämlich Fr. 4000.– pro Monat zuzüglich 13. Monatslohn. Wiederholt hat die Firma zu Protokoll gegeben, dass in den Jahren nach dem Unfall aus wirtschaftlichen Gründen keine Lohnerhöhung hätte gewährt werden können. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb solche auf Grund statistischer Erhebungen dennoch als Valideneinkommen angerechnet werden sollten. Dafür, dass die Vorinstanz für das Jahr 2000 gestützt auf die «Lohnentwicklung für Männer gemäss Nominallohnindex» eine Saläranhebung um Fr. 5055.– berücksichtigt hat, fehlt im angefochtenen Entscheid denn auch jegliche Begründung.

Bleiben auf Grund der finanziellen Situation des Arbeitgebers Lohnanpassungen aus, bildet dies für den Arbeitnehmer zumindest in den ersten Jahren in aller Regel noch keinen Anlass, sich nach einer beruflichen Veränderung umzusehen, welche unter Umständen doch auch mit erheblichen Umtrieben und finanziellen Einbussen verbunden sein könnte. Dass die Firma L. AG offenbar während längerer Zeit nicht mehr in der Lage war, Lohnerhöhungen zu gewähren, ändert deshalb zunächst noch nichts daran, dass bezüglich des Valideneinkommens auf die Lohnverhältnisse in der früheren Arbeitgeberfirma abzustellen ist. Hält eine solche Lohnstagnierung indessen, wie vorliegend, über mehrere Jahre an, wächst die Differenz zu andernorts gebotenen branchenüblichen Löhnen stetig an, weshalb die Annahme, der Arbeitnehmer würde dennoch keinen Stellenwechsel ins Auge fassen, nach einigen Jahren nicht mehr als realistisch betrachtet werden kann. Nachdem es in der Firma L. AG seit 1995 und damit während über fünf Jahren zu keinen Lohnanpassungen mehr gekommen ist, rechtfertigt es sich daher, bei der Ermittlung

des Valideneinkommens ab dem Jahr 2000 zumindest die statistisch ausgewiesene Nominallohnentwicklung zu berücksichtigen.

Als Einkommen für das Jahr 1995 haben nach den zutreffenden Feststellungen der Vorinstanz Fr. 52'280.– durch den Auszug aus dem Individuellen Konto der Invalidenversicherung und die von der IV-Stelle eingeholte Auskunft der Arbeitgeberfirma vom 31. Oktober 1996 als belegt zu gelten. In dem für den Einkommensvergleich massgebenden Jahr 2000 machte die Nominallohnentwicklung bei Männern gegenüber dem Vorjahr 1,2% aus (Nominallohnindex, Männer, 1996-2001, in: Lohnentwicklung 2001, vom Bundesamt für Statistik [BFS] herausgegebene kommentierte Ergebnisse und Tabellen, S. 32 Tabelle T 1.1.93; vgl. BGE 129 V 410 Erw. 3.1.2). Berücksichtigt man diese Lohnsteigerung, ergibt sich für das Jahr 2000 ein aus der Tätigkeit in der Firma L. AG resultierendes Valideneinkommen von Fr. 52'907.40.

4.1.2 Anders als die SUVA in ihrer Verfügung vom 16. März 2000 und im Einspracheentscheid vom 13. Juli 2000 hat die Vorinstanz – wie übrigens auch die IV-Stelle – die Einkünfte, welche der Beschwerdegegner ohne seinen Unfall mit seiner Nebenbeschäftigung in der Firma G. AG hätte realisieren können, nicht als anrechenbares Valideneinkommen anerkannt. Zur Begründung dazu hat sie die kurze Dauer des erst seit 1. Juni 1995 bestehenden Anstellungsverhältnisses angeführt und ist zum Schluss gelangt, da eine regelmässig und über längere Zeit betriebene Nebenerwerbstätigkeit nicht vorliege, sei das Einkommen aus der Tätigkeit für die Firma G. AG bei der Ermittlung des Valideneinkommens ausser Acht zu lassen. In dem in RKUV 2003 Nr. U 476 S. 107 teilweise publizierten Urteil vom 29. November 2002 (U 130/02) hat das Eidgenössische Versicherungsgericht demgegenüber unter Hinweis auf seine Rechtsprechung (vgl. RKUV 2000 Nr. U 400 S. 381, 1989 Nr. U 69 S. 181 Erw. 2c; ZAK 1980 S. 593 Erw. 2a) festgehalten, dass im Rahmen des Einkommensvergleichs ein Nebenerwerb als Valideinkommen zu berücksichtigen ist, sofern er mit überwiegender Wahrscheinlichkeit weiterhin realisiert worden wäre, wenn der Versicherte gesund geblieben wäre; dies gelte ohne Rücksicht auf den hiefür erforderlichen zeitlichen oder leistungsmässigen Aufwand.

Zutreffend ist zwar, dass der Beschwerdegegner seiner Nebenbeschäftigung erst seit dem 1. Juni 1995 und damit im Unfallzeitpunkt vom 19. März 1996 erst seit rund 9 ½ Monaten nachging. Nichts weist indessen darauf hin, dass er diese Tätigkeit, wäre er nicht verunfallt, über kurz oder lang wieder aufgeben hätte. Die diesbezügliche Annahme der Vorinstanz muss vielmehr als unrealistisch bezeichnet werden, machte doch der mit diesem Nebenerwerb

erzielbare Verdienst von jährlich Fr. 10'470.– bis zum Unfallereignis vom 19. März 1996 immerhin annähernd 17% des gesamten Jahreseinkommens von damals Fr. 62'750.– (Fr. 52'280.– + Fr. 10'470.–) aus. Ohne dazu gezwungen zu sein, hätte der Beschwerdegegner als Familienvater mit zwei noch in Ausbildung stehenden Kindern wohl kaum auf diesen erheblichen Einkommensbestandteil verzichtet, zumal er sich bei seiner Anstellung als Klima- und Lüftungsmonteur nach eigenen Angaben mit einer eher bescheidenen Entlohnung begnügen musste. Gemäss Auskunft des Bereichsleiters der Firma G. AG vom 7. Juni 1999 handelte es sich bei den Reinigungsaufgaben zudem um eine leichte Arbeit, weshalb nicht zu befürchten war, dass der als äusserst zuverlässig geschilderte Beschwerdegegner mit der Ausübung dieser Nebenerwerbstätigkeit auf die Dauer überfordert gewesen wäre. Es kann demnach davon ausgegangen werden, dass die Stelle in der Firma G. AG ohne den Unfall vom 19. März 1996 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht aufgegeben worden wäre, sodass der dabei erzielbare Lohn entsprechend dem ursprünglichen Vorgehen der SUVA in der Verfügung vom 16. März 2000 und im Einspracheentscheid vom 13. Juli 2000 als Valideneinkommen Berücksichtigung zu finden hat.

Auch die Firma G. AG hat gegenüber der SUVA wiederholt klar ausgesagt, dass es wegen ihrer finanziellen Lage in den Jahren nach dem Unfall vom 19. März 1996 nicht zu Lohn erhöhungen gekommen wäre. Das hypothetische Valideneinkommen stimmt deshalb zumindest in den ersten Jahren nach dem Unfall mit dem Lohn überein, den der Beschwerdegegner in den Jahren 1995 und 1996 effektiv erzielt hat. Aus den in vorstehender Erw. 4.1.1 dargelegten Gründen rechtfertigt es sich indessen auch hier, ab dem Jahr 2000 die Nominallohnentwicklung zu berücksichtigen. Ausgehend vom 1995/96 erzielten Gehalt von 12 Monatslöhnen zu Fr. 872.50, mithin einem Jahreseinkommen von Fr. 10'470.–, sind demnach unter Berücksichtigung der im Jahr 2000 gegenüber dem Vorjahr eingetretenen Nominallohnentwicklung von 1,2% (Nominallohnindex, Männer, 1996-2001, a.a.O., S. 32 Tabelle T 1.1.93; vgl. BGE 129 V 410 Erw. 3.1.2) Fr. 10'595.60 als Valideneinkommen anzurechnen.

4.1.3 Aus der hauptberuflichen Tätigkeit als Klima- und Lüftungsmonteur resultiert nach dem Gesagten ein hypothetisches Valideneinkommen von Fr. 52'907.40 jährlich (Erw. 4.1.1 hievor) und aus der nebenerwerblichen Beschäftigung als Reiniger ein solches von Fr. 10'595.60 (Erw. 4.1.2). Gesamthaft ist damit als Valideneinkommen der Betrag von Fr. 63'503.– und nicht wie im Urteil des kantonalen Gerichts ein solcher von bloss Fr. 57'335.– einzusetzen.

4.2

4.2.1 Das Vorgehen des kantonalen Gerichts, welches bezüglich des trotz Gesundheitsschädigung erzielbaren Verdienstes auf den Lohn eines Einrichters/Instruktors in der Einrichtung für Behinderte X. von jährlich Fr. 10'140.- abstellte, entspringt offensichtlich dem Bedürfnis, einen konkret greifbaren Wert heranziehen zu können. Die Vorinstanz trägt dabei aber dem Umstand nicht Rechnung, dass diese Entlohnung besondere Verhältnisse berücksichtigt, welche beim Beschwerdegegner nicht vorliegen. Weder ist er auf eine Tätigkeit in einer geschützten Umgebung angewiesen, noch sagt ihm eine solche zu. Die Anstellung in der Einrichtung für Behinderte X. wurde ihm denn auch nur unter der Voraussetzung eines vorgängigen Arbeitstrainings in Aussicht gestellt. Es sind verschiedene Umstände denkbar, welche zu einem Rückzug dieses Angebots hätten führen oder die Anstellung sonst wie hätten scheitern lassen können, nicht zuletzt deshalb, weil dem Beschwerdegegner offensichtlich die Motivation für die vorgesehene Tätigkeit fehlte. Auch von einem stabilen Arbeitsverhältnis, das als Grundlage für die Invaliditätsbemessung zu berücksichtigen wäre, kann nicht gesprochen werden. Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung kann daher zur Bestimmung des Invalidenlohnes nicht der in einer geschützten Werkstätte realisierbare Verdienst beigezogen werden.

4.2.2 Da der Beschwerdegegner nach seinem Unfall vom 19. März 1996 keine Erwerbstätigkeit mehr aufgenommen hat, welche über seine effektiven Verdienstmöglichkeiten Aufschluss geben könnte, sind diese marktgerecht zu ermitteln und nicht auf eine bestimmte allenfalls konkret in Betracht fallende Anstellung auszurichten. Nach Rechtsprechung und ständiger Praxis rechtfertigt es sich unter solchen Umständen, bei der Festlegung des Invalideneinkommens die vom Bundesamt für Statistik (BFS) im Rahmen der periodisch durchgeführten Lohnstrukturhebung (LSE) ermittelten Tabellenlöhne beizuziehen (BGE 126 V 76 f. Erw. 3b/bb mit Hinweisen). Danach betrug der monatliche Bruttolohn (Zentralwert) sämtlicher Wirtschaftszweige im privaten Sektor für Männer mit einfachen und repetitiven Tätigkeiten (Anforderungsniveau 4) im Jahre 1998 Fr. 4268.- (LSE 1998 S. 25 Tabelle TA 1). Weil diesem Wert eine wöchentliche Arbeitszeit von lediglich 40 Stunden zu Grunde liegt, muss er auf die im Jahr 2000 aktuell gewesene Normalarbeitszeit von 41,8 Stunden pro Woche (Die Volkswirtschaft 2003, Heft 7, S. 90 Tabelle B 9.2) hochgerechnet werden, womit sich der Betrag von Fr. 4460.05 ergibt. Weiter ist die seit 1998 bis 2000 eingetretene Nominallohnentwicklung zu berücksichtigen, welche - jeweils gegenüber dem Vorjahr - 1999 0,1% und im Jahr 2000 1,2% betrug (Nominallohnindex, Männer, 1996-2001, a.a.O., S. 32 Tabelle T 1.1.93; BGE 129 V 410 Erw. 3.1.2). Dies führt zu einem Monatslohn von Fr. 4518.10 resp. einem Jahreseinkommen von Fr. 54'217.10.

Im Hinblick darauf, dass gesundheitlich beeinträchtigte Personen die für Gesunde geltenden Lohnansätze in der Regel nicht erreichen, rechtfertigt es sich, angesichts der erheblichen körperlichen Einschränkungen vom ermittelten Betrag von Fr. 54'217.10 den nach der Rechtsprechung höchstmöglichen Abzug von 25% (BGE 126 V 79 f. Erw. 5b) zuzulassen, womit noch Fr. 40'662.85 verbleiben. Hievon sollte der Beschwerdegegner wegen seiner um 50% verminderten Leistungsfähigkeit (Erw. 3.3 hievor) zumutbarerweise die Hälfte, mithin Fr. 20'331.40 jährlich, realisieren können. Dieser Betrag ist als für das Jahr 2000 massgebendes Invalideneinkommen zu betrachten.

4.2.3 Ein hievon abweichendes Ergebnis lässt sich auch mit der von der SUVA vorgenommenen Ermittlung des Invalideneinkommens, welche unter Bezugnahme auf intern zusammengetragene Dokumentationen einzelner Arbeitsplätze erfolgte, nicht begründen (vgl. auch BGE 129 V 472). Abgesehen davon, dass die IV-Stelle, mit deren Invaliditätsbemessung diejenige im Unfallversicherungsbereich zu koordinieren ist (Erw. 2.2 hievor), nicht über diese internen Arbeitsblätter verfügt, ging die SUVA noch von einer in einer leidensangepassten Tätigkeit uneingeschränkten Leistungsfähigkeit aus, was nicht gerechtfertigt ist (Erw. 3.3).

Unfallbegriff

U 539 Urteil des EVG vom 10. November 2004 i. Sa. L. (U 203/04)

■ Unfallbegriff (Art. 4 ATSG):

Unfallbegriff nicht erfüllt, wenn ein Taucher bei normal verlaufenem Tauchgang plötzlich Lähmungserscheinungen in einem Arm erleidet. Der normale Wasserdruck auf den Körper ist kein ungewöhnlicher äusserer Faktor (Erw. 2.2).

■ Notion d'accident (art. 4 LPGA) :

Les éléments constitutifs de la notion d'accident ne sont pas réalisés lorsqu'un plongeur souffre subitement de sensations de paralysie à un bras lors d'une plongée qui s'est déroulée normalement. La pression normale de l'eau sur le corps n'est pas une cause extérieure extraordinaire (cons. 2.2).

■ Nozione di infortunio (art. 4 LPGA) :

Se un sommozzatore durante un'immersione svoltasi in modo normale subisce gli effetti di una paralisi ad un braccio ciò non rientra nella nozione di infortunio. La pressione normale che l'acqua esercita sul corpo non è un fattore esterno straordinario (cons. 2.2).

I.

A.

L. (geb. 1952) ist bei der Helsana Versicherungen AG obligatorisch kranken- und bei der Zürich Versicherungsgesellschaft unfallversichert. Am 15. Januar 2003 erlitt er bei einem Tauchgang ein Dekompressionstrauma und ist seither querschnittgelähmt. Mit Verfügung vom 28. Mai 2003 lehnte die Zürich Leistungen auf Grund dieses Ereignisses ab, da kein Unfall im Rechtssinn vorliege. Hiegegen erhob die Helsana Einsprache, welche die Zürich mit Entscheid vom 30. Juli 2003 abwies.

B.

Die von der Helsana dagegen erhobene Beschwerde hiess das Versicherungsgericht des Kantons Aargau mit Entscheid vom 28. April 2004 insofern gut, als es die Sache an die Zürich zurückwies, damit sie im Sinne der

Erwägungen verfare. Das kantonale Gericht erachtete den Unfallbegriff als erfüllt.

C.

Die Zürich lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen und beantragen, der kantonale Entscheid sei aufzuheben.

Die Helsana schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, während das Bundesamt für Gesundheit auf eine Vernehmlassung verzichtet. Der als Mitbeteiligter beigeladene L. äussert sich zur Sache, ohne einen konkreten Antrag zu stellen.

II.

Das eidgenössische Versicherungsgericht hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus den folgenden Erwägungen gutgeheissen:

1.

Das kantonale Versicherungsgericht hat die gesetzliche Bestimmung zum Begriff des Unfalls (Art. 4 ATSG; vgl. auch altArt. 6 Abs. 1 UVG und Art. 9 Abs. 1 UVV) und die dazu ergangene Rechtsprechung (BGE 121 V 38 Erw. 1a; RKUV 1996 Nr. U 253 S. 204 Erw. 2c) richtig dargelegt, worauf verwiesen wird.

2.

Streitig und zu prüfen ist, ob das Ereignis vom 15. Januar 2003 als Unfall zu qualifizieren ist oder nicht.

2.1 Gemäss Bericht vom 4. März 2003 gab der Versicherte an, beim Auftauchen habe er im Bereich von 5 Metern unter dem Wasserspiegel Lähmungen in den Armen verspürt, sich an der Oberfläche übergeben müssen und sei bewusstlos geworden. Aus den Aufzeichnungen des Tauchcomputers ergibt sich, dass bereits in einer Tiefe von rund 7,5 Metern ein Alarm ausgelöst wurde. Hernach hielt das Alarmzeichen mit kurzem Unterbruch zwischen etwa 6,5 – 6 Metern bis zum Auftauchen an die Oberfläche an. Gemäss Aussagen des Partners gegenüber der Polizei habe der Versicherte bei bisher problemlos verlaufenem Aufstieg auf etwa fünf Metern Tiefe ein Zeichen gemacht, das er noch nie benutzt habe. Hernach sei er ohne den üblichen Halt auf drei Metern Tiefe bis an die Oberfläche gestiegen, jedoch nicht panikartig. «Ich denke, dass er die Situation im Griff hatte». An der Oberflä-

che sei er zunächst noch bei Bewusstsein gewesen und habe mit den Flossen nachgeholfen. Später sei er bewusstlos geworden.

2.2 Im Urteil S. vom 13. Juli 1998 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht erwogen, dass der normale Wasserdruck auf den Körper kein relevanter äusserer Faktor ist. Dies gilt auch für die Druckveränderung, die durch den normalen Bewegungsablauf des Tauchers beim Ab- und Auftauchen bewirkt wird. Die Veränderung (Zu- oder Abnahme) des Menge des Gases, das sich in Blut und Gewebe lösen lässt, ist ein körperinterner physiologischer Vorgang. Von einem äusseren Faktor kann erst dann gesprochen werden, wenn ein in der Aussenwelt auftretendes Ereignis den normalen Bewegungsvorgang des Tauchers, also das Verhältnis zwischen Körper und Aussenwelt gewissermassen «programmwidrig» beeinflusst und z.B. beim Auftauchen den Wasserdruck plötzlich stark abfallen lässt. Mit *Maurer* (Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Bern 1985, S. 176 f.) ist in einem solchen Fall der äussere Faktor infolge der eingetretenen Programmwidrigkeit zugleich ein ungewöhnlicher. In diesem Sinne ist denn auch der ungewöhnliche äussere Faktor zu bejahen, wenn beim Ein- und Ausschleusen mit einem Senkkasten wegen eines Mangels an den Apparaturen oder unrichtiger Bedienung derselben eine allzu rasche Kompression oder Dekompression stattfindet (EVGE 1954 S. 249, 1938 S. 66 f.). Jedoch lässt sich nicht sagen, dass beim Tauchen in eine Tiefe, wie sie der Versicherte auf dem hier streitigen Tauchgang erreicht hat, der Wasserdruck generell einen ungewöhnlichen äusseren Faktor darstellt. Ungewöhnlichkeit kann erst angenommen werden, wenn eine Programmwidrigkeit den Auftauchvorgang beeinflusst und zufolge Fehlverhaltens des Tauchers den Druck zu schnell absinken lässt. Aus *Rumo-Jungo*, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, 3. Auflage, Zürich 2003, S. 31, lässt sich nichts anderes ableiten. Namentlich wird dort entgegen der Behauptung der *Helsana* nicht gesagt, dass allzu rasche Dekompressionen generell den Unfallbegriff erfüllen würden. Vielmehr wird an dieser Stelle lediglich die Kasuistik des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zitiert.

2.3 Im Lichte dieser Rechtsprechung ist der Unfallbegriff vorliegend nicht erfüllt. Es ist kein ungewöhnlicher, äusserer Faktor wahrzunehmen. Der Versicherte hat einen routinemässigen Tauchgang unternommen und sich dabei normal verhalten. Das einzige, was von aussen auf ihn eingewirkt und die nachfolgende Lähmung verursacht haben kann, ist der sich verändernde Druck des Wassers. Dieser wurde aber nicht durch irgend etwas «Programmwidriges» von ausserhalb beeinflusst. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Druckveränderungen, welchen der Versicherte beim gesamten Tauchgang ausgesetzt war, sich im üblichen Rahmen hielten. Auch ein

Fehlverhalten des Versicherten bis zum Beginn der Lähmungserscheinungen ist nicht zu erkennen. Demnach ist im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass trotz des normalen Ablaufs kurz vor Erreichen einer Tiefe von fünf Metern an einem Arm Lähmungserscheinungen auftraten. Hernach stieg der Versicherte möglicherweise zu schnell an die Oberfläche. Die Aussagen seines Partners relativieren die von ihm selbst erst nachträglich erwähnte Panik indessen. Die Panik an sich wäre zudem nicht als äusserer Faktor und überdies als Folge, nicht als Auslöser des Dekompressionstrauma zu betrachten.

2.4 Was in der Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin hiegegen vorgebracht wird, vermag zu keinem andern Ergebnis zu führen. Ob der Unfallbegriff erfüllt ist, ist eine Rechtsfrage (RKUV Nr. U 86 S. 50). Die Hinweise auf die medizinische Literatur zur Thematik von Dekompressionsunfällen hilft daher nicht weiter. Die dortigen Ausführungen ändern nichts daran, dass vorliegend der für den Unfallbegriff erforderliche ungewöhnliche äussere Faktor fehlt. Entgegen den von der Beschwerdegegnerin zitierten Lehrmeinungen besteht kein Anlass, den sich mit dem Auf- bzw. Abtauchen verändernden Wasserdruck bereits für sich allein als ungewöhnlichen äusseren Faktor zu betrachten und damit von der Rechtsprechung gemäss dem erwähnten Urteil S. abzuweichen.

Komplementärrenten

U 540 Urteil des EVG vom 19. November 2004 i. Sa. R. (U 282/03 vereint mit U 283/03)

■ Komplementärrenten (Art. 20 Abs. 2 UVG; Art. 32 Abs. 2 UVV):

Im Rahmen von Art. 24 Abs. 2 UVV ist lediglich die allgemeine Lohnentwicklung, nicht aber andere den versicherten Verdienst beeinflussende Änderungen in den erwerblichen Verhältnissen relevant. Bei der erstmaligen Zusprechung einer Rente der Invaliden- und der Unfallversicherung nach einem Unfall ist eine Komplementärrente somit nach der Grundregel festzulegen. Es besteht diesbezüglich keine vom Gericht auszufüllende Lücke.

■ Rentes complémentaires (art. 20, al. 2, LAA et art. 32, al. 2, OLAA):

Dans le cadre de l'art. 24, al. 2, OLAA, est seule déterminante l'évolution générale des salaires et non pas d'autres modifications de la situation salariale influant sur le gain assuré. Lorsqu'une rente de l'assurance-invalidité et de l'assurance-accidents sont allouées pour la première fois à la suite d'un accident, il s'agit de fixer une rente complémentaire selon la règle de base. Il n'existe à ce propos aucune lacune à combler par le tribunal.

■ Rendite complementari (art. 20 cpv. 2 LAINF; art. 32 cpv. 2 OAINF):

Nel quadro dell'articolo 24 capoverso 2 OAINF è rilevante solo l'evoluzione generale dei salari, non invece altri cambiamenti relativi alle condizioni di lavoro che influiscono sul reddito assicurato. Al momento della prima concessione di una rendita dell'assicurazione invalidità e dell'assicurazione infortuni in seguito ad infortunio, una rendita complementare deve quindi essere fissata in conformità alla norma di base. In questo senso il tribunale non è chiamato a colmare nessuna lacuna.

I.

A.

Der 1940 geborene R. war seit 17. Januar 1995 für die Firma N., an vier Tagen pro Woche als Taxichauffeur tätig und damit bei der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) obligatorisch gegen die Folgen von Unfall

und Berufskrankheit versichert. Am 4. Februar 1995 kollidierte er mit seinem Personenwagen auf der Autobahn mit einem von hinten kommenden Fahrzeug. Dabei zog er sich gemäss Zeugnis des Dr. med. B. vom 8. März 1995 ein Distorsionstrauma der Halswirbelsäule sowie eine Rippenbogenkontusion zu. Die SUVA anerkannte ihre Leistungspflicht und bejahte mit Verfügung vom 22. Oktober 1998 einen Anspruch auf Taggeld in Höhe von Fr. 43.–. Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 1. März 1999 fest. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern wies die vom Versicherten dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 29. Oktober 1999 ab. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat den Entscheid mit Urteil vom 17. Januar 2001 bestätigt.

Die Invalidenversicherung, bei welcher sich R. am 21. Juni 1996 ebenfalls zum Leistungsbezug angemeldet hatte, sprach ihm nach Abklärung der medizinischen und erwerblichen Situation mit Wirkung ab 1. Februar 1996 aufgrund eines Invaliditätsgrades von 76% eine ganze Rente nebst Zusatzrente für die Ehefrau zu (Verfügung vom 5. April 2000). Dabei stellte sie im Wesentlichen auf das von der Schweizerischen Mobiliar Versicherungsgesellschaft in Auftrag gegebene Gutachten des Dr. med. C. von der Klinik E., vom 11. Februar 1999 ab. Nach Einholung der kreisärztlichen Beurteilung des Dr. med. G. vom 24. Juli 2000 gewährte die SUVA dem Versicherten mit Verfügung vom 18. Oktober 2001 auf der Basis einer Erwerbsunfähigkeit von 100% ab 1. August 2001 eine Komplementärrente zur Rente der Invalidenversicherung in der Höhe von Fr. 136.– und eine Integritätsentschädigung von Fr. 17'817.–, entsprechend einer Integritätseinbusse von 18,33%. Der Berechnung der Komplementärrente legte sie 90% des versicherten Verdienstes von Fr. 20'472.– (d.h. Fr. 1535.40 im Monat) und zwei Drittel der Rente der Invalidenversicherung von monatlich Fr. 2100.– (somit Fr. 1400.–) zugrunde. Wegen der dagegen erhobenen Einsprache holte sie die ärztliche Beurteilung des Dr. med. I. vom Ärzteteam Unfallmedizin vom 6. Mai 2002 ein. Gestützt darauf erhöhte sie in teilweiser Gutheissung der Einsprache die Integritätseinbusse auf 30%, während sie an der verfügten Komplementärrente festhielt (Einspracheentscheid vom 19. Juni 2002).

B.

Beschwerdeweise liess R. beantragen, der Einspracheentscheid sei bezüglich der Invalidenrente aufzuheben und es sei diese zu erhöhen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hiess – nach Beizug der Akten der Invalidenversicherung – die Beschwerde in dem Sinne teilweise gut, als es die Komplementärrente auf monatlich Fr. 333.– festsetzte; im Übrigen wies es die Beschwerde ab. Bei der Rentenberechnung ging es von einem anrechenbaren versicherten Verdienst von Fr. 1535.40 und einer um einen Drittel redu-

zierten IV-Rente von Fr. 1400.– aus, welche es wegen unfallfremder Faktoren um 20% auf monatlich Fr. 1120.– kürzte. Die so errechnete, maximal in Betracht fallende Komplementärrente von Fr. 415.40 reduzierte es im Hinblick auf die unfallfremden Faktoren um 20%, was zu einem monatlichen Rentenanspruch von Fr. 333.– führte.

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt R. das Rechtsbegehren stellen, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids seien der versicherte Verdienst vom Gericht angemessen zu erhöhen und bei der Differenzberechnung weniger als die Hälfte der IV-Rente zu berücksichtigen.

Während das Bundesamt für Sozialversicherung (seit 1. Januar 2004 im Bundesamt für Gesundheit), auf eine Vernehmlassung verzichtet, schliesst die SUVA auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde des R..

D.

Die SUVA führt ebenfalls Verwaltungsgerichtsbeschwerde und stellt den Antrag, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids sei der Einspracheentscheid vom 19. Juni 2002 zu bestätigen.

Während das Bundesamt für Sozialversicherung auf eine Vernehmlassung verzichtet, lässt R. Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde der SUVA beantragen.

II.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerden U 282/03 aus den folgenden Erwägungen abgewiesen bzw. U 283/03 gutgeheissen:

1.

Da den beiden Verwaltungsgerichtsbeschwerden derselbe Sachverhalt zu Grunde liegt, sich die gleichen Rechtsfragen stellen und die Rechtsmittel den nämlichen vorinstanzlichen Entscheid betreffen, rechtfertigt es sich, die beiden Verfahren zu vereinigen und in einem einzigen Urteil zu erledigen (BGE 128 V 126 Erw. 1 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 128 V 194 Erw. 1).

2.

Am 1. Januar 2003 ist das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 in Kraft getreten. Es

ist auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar, da nach dem für die Beurteilung massgebenden Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Einspracheentscheids (hier: 19. Juni 2002) eingetretene Rechts- und Sachverhaltsänderungen vom Sozialversicherungsgericht nicht berücksichtigt werden (BGE 127 V 467 Erw. 1, 121 V 366 Erw. 1b).

3.

Streitig und zu prüfen ist zunächst die Höhe des versicherten Verdienstes, welcher der Rentenberechnung zugrunde zu legen ist.

3.1 Gemäss Art. 15 UVG werden Taggelder und Renten nach dem versicherten Verdienst bemessen (Abs. 1). Als versicherter Verdienst gilt für die Bemessung der Taggelder der letzte vor dem Unfall bezogene Lohn, für die Bemessung der Renten der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogene Lohn (Abs. 2). Laut Art. 22 Abs. 4 UVV gilt als Grundlage für die Bemessung der Renten der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bei einem oder mehreren Arbeitgebern bezogene Lohn, einschliesslich noch nicht ausbezahlter Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch besteht. Dauerte das Arbeitsverhältnis nicht das ganze Jahr, so wird der in dieser Zeit bezogene Lohn auf ein volles Jahr umgerechnet. Bei einer zum voraus befristeten Beschäftigung bleibt die Umrechnung auf die vorgesehene Dauer beschränkt. Nach Art. 15 Abs. 3 UVG erlässt der Bundesrat Bestimmungen über den versicherten Verdienst in Sonderfällen. Gestützt auf diese Bestimmung hat er in Art. 24 Abs. 2 UVV folgende Vorschrift erlassen: Beginnt die Rente mehr als fünf Jahre nach dem Unfall oder dem Ausbruch der Berufskrankheit, so ist der Lohn massgebend, den der Versicherte ohne den Unfall oder die Berufskrankheit im Jahre vor dem Rentenbeginn bezogen hätte, sofern er höher ist als der letzte vor dem Unfall oder dem Ausbruch der Berufskrankheit erzielte Lohn.

3.2 SUVA und kantonales Gericht haben den versicherten Verdienst ermittelt, indem sie von dem vom Eidgenössischen Versicherungsgericht mit Urteil vom 17. Januar 2001 im Rahmen der Festlegung des Taggeldes bestätigten Bemessung des versicherten Verdienstes von Fr. 19'378.– ausgingen und diesen unter Berücksichtigung der seit 1995 eingetretenen Teuerung auf Fr. 20'472.– beziffert haben. In jenem Urteil hatte das Eidgenössische Versicherungsgericht mit Blick auf das konkrete Arbeitsverhältnis sowie unter Berücksichtigung der Entlohnung des ebenfalls als Taxifahrer angestellten Arbeitskollegen L. den von der SUVA errechneten jährlichen Verdienst als angemessenen Durchschnittslohn bezeichnet. Dieser Berechnung lagen die vom Versicherten vor dem Unfallereignis in der Zeit vom 17. Januar bis 3. Februar

1995 an 15 Werktagen erzielten Tagesumsätze von Fr. 2465.35 und eine vereinbarte umsatzabhängige Provision von 45,5% zugrunde.

Der Versicherte macht demgegenüber unter Hinweis auf Art. 24 Abs. 2 UVV geltend, der versicherte Verdienst sei nicht gestützt auf das Einkommen festzusetzen, das er als Taxifahrer im Zeitraum vom 17. Januar bis 3. Februar 1995 und somit während seiner Einarbeitungszeit als ortsunkundiger Anfänger erzielt habe, sondern nach Massgabe des Lohnes, den er ohne den Unfall im Jahre vor dem Rentenbeginn bezogen hätte. Die überwiegende Wahrscheinlichkeit spreche dafür, dass er im Jahre 2000/2001 als Taxifahrer einen ortsüblichen Verdienst von rund Fr. 3650.– im Monat erwirtschaftet hätte.

3.3 Entgegen der Auffassung des Versicherten besteht kein Anlass, von der Rentenbemessung nach dem effektiven Jahreslohn vor dem Unfall abzuweichen. Wie das kantonale Gericht unter Hinweis auf BGE 127 V 173 Erw. 3b zutreffend erwogen hat, soll Art. 24 Abs. 2 UVV lediglich verhindern, dass die versicherte Person zufolge Verzögerung in der Rentenfestsetzung einen Nachteil erleidet, wenn die Löhne steigen. Sie will diese jedoch nicht besser stellen gegenüber Versicherten, deren Rente innert fünf Jahren nach dem Unfall festgesetzt wird, indem auch individuellen Lohnentwicklungen Rechnung getragen wird. Vielmehr ist im Rahmen von Art. 24 Abs. 2 UVV lediglich die allgemeine Lohnentwicklung, nicht aber andere den versicherten Verdienst beeinflussende Änderungen in den erwerblichen Verhältnissen relevant. Etwas anderes lässt sich dem in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Versicherten erwähnten, in RKUV 1999 Nr. U 340 S. 404 publizierten Urteil nicht entnehmen. Was sodann gegen die Sichtweise von SUVA und Vorinstanz unter Berufung auf RKUV 2000 Nr. U 400 S. 381 eingewendet wird, ist unbehelflich. Denn dieses Urteil bezieht sich auf die Berechnung des Lohnes aus Überstunden, bezüglich welcher mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststand, dass solche in der Zeit vor dem Unfall geleistet wurden und ohne die gesundheitlichen Beeinträchtigungen weiterhin erbracht worden wären. Im vorliegenden Fall verhält es sich insofern anders, als die Akten keine Anhaltspunkte für ein beim damaligen Arbeitgeber bereits vor dem Unfall erzielter Zusatzeinkommen geben, welches bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes unberücksichtigt geblieben wäre. Was die vom Versicherten geltend gemachte fehlende Berufserfahrung betrifft, lässt sich diese nach der dargelegten, zu Art. 24 Abs. 2 UVV ergangenen Rechtsprechung (vgl. BGE 127 V 173 Erw. 3b) nicht unter diese Bestimmung subsumieren. Ebenso wenig gibt sie Anlass zur Anwendung von Art. 24 Abs. 3 UVV. Dieser sieht vor, dass bei einem Versicherten, welcher wegen beruflicher Ausbildung am Tage des Unfalles nicht den Lohn eines Versicherten mit voller Leistungsfähigkeit derselben Berufsart bezog, der versicherte Verdienst

von dem Zeitpunkt an, da er die Ausbildung abgeschlossen hätte, nach dem Lohn festgesetzt wird, den er im Jahr vor dem Unfall als voll Leistungsfähiger erzielt hätte. Diese Bestimmung verlangt somit, dass die berufliche Ausbildung selbst kausal sein muss für den kleineren, berufsunüblichen Lohn (RKUV 2002 Nr. U 455 S. 148 Erw. 3b). Wie das Eidgenössische Versicherungsgericht im Urteil vom 17. Januar 2001 (U 428/99) festgehalten hat, stellt der ermittelte Verdienst von Fr. 19'443.40 (bzw. Fr. 19'378.–) im Jahr mit Blick darauf, dass der Versicherte nur an vier Wochentagen mit unterdurchschnittlicher Präsenz- und Arbeitszeit sowie erst seit kurzem als Taxichauffeur tätig war, unter Berücksichtigung der Entlohnung seines Arbeitskollegen, einen angemessenen Durchschnittslohn dar und zwar selbst dann, wenn die Vertragsparteien – bei 100%igem Pensum, branchenüblicher Arbeits- und Präsenzzeit und nach angemessener Einarbeitungszeit – einen Ziellohn von Fr. 3500.– vereinbart haben. Weder eine Steigerung der Arbeitszeit noch eine Lohnerhöhung nach erfolgter Einarbeitung des lediglich als Aushilfschauffeur angestellt gewesenen Versicherten sind ausgewiesen. Eine beabsichtigte künftige Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses müsste jedoch durch konkrete, vor dem Unfall getroffene Vorkehren nachgewiesen sein (RKUV 1997 Nr. U 280 S. 279 Erw. 2b). Der Versicherte stand vielmehr in einem gewöhnlichen (Teilzeit-)Arbeitsverhältnis, auf welches rechtsprechungs-gemäss die Regelung von Art. 15 Abs. 2 UVG in Verbindung mit Art. 22 Abs. 4 UVV Anwendung findet (RKUV 2002 Nr. U 455 S. 147 Erw. 3a). Die SUVA hat nicht dafür einzustehen, dass er eine Stelle mit tiefem Lohnniveau angenommen hat. Im vorliegenden Fall anders zu entscheiden würde zu Ungleichbehandlungen führen, indem Versicherte, deren Rente vor Ablauf der Fünfjahresfrist beginnt, nicht zu einer höheren Berechnungsbasis gelangen könnten, weil bei ihnen die Grundregel (Art. 15 Abs. 2 UVG) Anwendung fände. Zudem würde das Äquivalenzprinzip durchbrochen, indem die Versicherungsleistungen auf einer anderen Basis festgelegt würden, als sie im Zeitpunkt des Unfalles galten. Es lässt sich demnach nicht beanstanden, dass SUVA und Vorinstanz bei der Bestimmung des versicherten Verdienstes von dem in der Firma N. vor dem Unfall erzielten Einkommen ausgingen. Dass der versicherte Verdienst dabei rechnerisch nicht korrekt festgelegt worden wäre, wird nicht behauptet.

4.

Streitig und zu überprüfen ist weiter die Berechnung der Komplementärrente.

4.1 Nach Art. 20 Abs. 1 UVG beträgt die Invalidenrente bei Vollinvalidität 80% des versicherten Verdienstes; bei Teilinvalidität wird sie entsprechend gekürzt. Hat der Versicherte Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung oder der Alters- und Hinterlassenenversicherung, so wird ihm eine

Komplementärrente gewährt; diese entspricht der Differenz zwischen 90% des versicherten Verdienstes und der Rente der IV oder der AHV, höchstens aber dem für Voll- oder Teilinvalidität vorgesehenen Betrag. Die Komplementärrente wird beim erstmaligen Zusammentreffen der erwähnten Renten festgesetzt und lediglich späteren Änderungen der für Familienangehörige bestimmten Teile der Rente der IV oder der AHV angepasst (Art. 20 Abs. 2 UVG).

4.2 Gestützt auf Art. 20 Abs. 3 UVG hat der Bundesrat in Art. 31 ff. UVV nähere Vorschriften zur Berechnung der Komplementärrenten erlassen. Diese Bestimmungen sind auf den 1. Januar 1997 revidiert worden (Verordnungsänderung vom 9. Dezember 1996, AS 1996 3456). Art. 31 UVV enthält Vorschriften zur Berechnung der Komplementärrenten im Allgemeinen. Nach Abs. 4 werden Kürzungen nach den Art. 36 bis 39 UVG bei den Komplementärrenten vorgenommen. Die Teuerungszulagen werden auf der gekürzten Komplementärrente berechnet. Art. 32 UVV regelt die Berechnung der Komplementärrenten in Sonderfällen: Entschädigt eine Rente der IV auch eine nicht nach UVG versicherte Invalidität, wird bei der Berechnung der Komplementärrente nur jener Teil der Rente der IV berücksichtigt, welcher die obligatorisch versicherte Tätigkeit abgilt (Abs. 1). Wird infolge eines Unfalles eine Rente der IV erhöht oder eine Hinterlassenenrente der AHV durch eine Rente der IV abgelöst, so wird nur die Differenz zwischen der vor dem Unfall gewährten Rente und der neuen Leistung in die Berechnung der Komplementärrente einbezogen. In den Fällen von Art. 24 Abs. 4 wird die Rente der IV voll angerechnet (Abs. 2).

4.3 Art. 32 Abs. 2 UVV bezweckt, im Rahmen der Komplementärrentenberechnung nur jenen Teil der Rente der Invalidenversicherung zu berücksichtigen, der wegen des Unfalles ausgerichtet wird. Der eine Krankheit entschädigende Teil dieser Rente wird dagegen nicht in die Berechnung einbezogen. Es soll mithin in beiden Vergleichsgrössen einzig die unfallbedingte Invalidität massgeblich sein, was dem Prinzip der sachlichen Kongruenz entspricht. Der Unfallversicherer soll nicht vom Umstand profitieren, dass die versicherte Person schon eine Rente der Invalidenversicherung bezieht, welche in keinem Zusammenhang mit dem Unfallereignis steht (*Jean-Maurice Frésard*, L'assurance-accidents obligatoire, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, S. 41 Fn 155). Die Bestimmung geht von einer bereits bestehenden Rente der Invalidenversicherung aus, die nachträglich aufgrund einer zusätzlichen unfallbedingten Invalidität erhöht wird (RKUV 2001 Nr. U 443 S. 550 Erw. 5). Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat diese Bestimmung analog auf Fälle anwendbar erklärt, in denen zu einer unfallbedingten eine krankheitsbedingte Invalidität hinzutritt und eine Rente

der IV revisionsweise aus unfallfremden Gründen erhöht wird, was gemäss Art. 34 UVV zu einer Abänderung der Komplementärrente führt. Dabei hat es festgestellt, dass das Fehlen einer entsprechenden Regelung nur auf einem Versehen des Verordnungsgebers beruhen kann und beide Sachverhalte klarerweise gleich zu behandeln sind (RKUV 2001 Nr. U 443 S. 551 Erw. 5).

5.

5.1 Die SUVA hat gestützt auf Art. 32 Abs. 1 UVV bei der Rente der Invalidenversicherung einen Abzug von einem Drittel vorgenommen, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Versicherte nur teilzeitlich erwerbstätig war. Diesen auf Fr. 1400.– gekürzten Betrag hat sie den 90% des versicherten Verdienstes von Fr. 1535.40 gegenüber gestellt. Sie ging dabei von der Überlegung aus, dass der einem verminderten Arbeitspensum entsprechende versicherte Verdienst nach UVG zu einem geringeren Erwerbsausfall führe, als die mit der IV-Rente zu entschädigende, nach Art. 28 Abs. 2 IVG aufgrund hypothetischer Einkommenswerte zu berechnende Erwerbseinbusse. Mit dem vorgenommenen Abzug von einem Drittel (anstelle von 1/5, wie er bei den vom Versicherten vor dem Unfall effektiv geleisteten vier Arbeitstagen pro Woche an sich gerechtfertigt gewesen wäre), ist die SUVA dem Versicherten nach Auffassung der Vorinstanz in grosszügiger Weise entgegengekommen. Dieser Punkt ist unangefochten geblieben und gibt zu keinen Weiterungen Anlass.

5.2 Die Vorinstanz hat des Weitern erwogen, das Prinzip der sachlichen Kongruenz finde nicht nur auf die in RKUV 2001 Nr. U 443 S. 547 miteinander verglichenen Sachverhalte Anwendung, sondern sei nach dessen Sinn und Zweck auch dann zu berücksichtigen, wenn bereits vor dem Unfall ein krankheitsbedingter Gesundheitsschaden bestanden habe, welcher indessen noch nicht zu einem Anspruch auf eine IV-Rente begründenden Invaliditätsgrad von mindestens 40% geführt habe. Auch in einem solchen Fall sei nur derjenige Teil der IV-Rente in die Berechnung der Komplementärrente der Unfallversicherung einzubeziehen, welcher die unfallbedingte, nicht jedoch die rein krankheitsbedingte Invalidität abdecke. Aus dem neuropsychologischen Gutachten des Dr. med. C. vom 11. Februar 1999 ergebe sich, dass bei einer medizinisch-theoretischen Invalidität von insgesamt 70-80% ein Anteil von 20% auf eine vorbestandene depressive Tendenz zurückzuführen sei. Demgemäss seien von der (um einen Drittel reduzierten) IV-Rente von Fr. 1400.– wegen unfallfremder Faktoren nur 80%, d.h. Fr. 1120.– bei der Differenzberechnung in Anschlag zu bringen.

5.3 Die SUVA stellt sich auf den Standpunkt, da der Versicherte vor dem Unfall keine IV-Rente bezogen habe, gebe es keine vorbestandene Invalidität,

welche bei der Berechnung der Komplementärrente zu berücksichtigen wäre. Die erstmalige Zusprechung einer Rente der Invaliden- und der Unfallversicherung nach einem Unfall stelle keinen Sonderfall im Sinne von Art. 32 UVV dar. Da Art. 20 Abs. 2 UVG keinen allgemeinen Grundsatz der sachlichen Kongruenz statuiere, komme diese nur zur Anwendung, soweit der Verordnungsgeber dies vorsehe. Eine analoge Anwendung der vom Bundesrat geregelten Sonderfälle auf andere Sachverhalte sei grundsätzlich ausgeschlossen, es sei denn, es liege eine Verordnungslücke vor, wofür indessen keine Anhaltspunkte bestünden, da Gesetz und Verordnung für die vorliegende Konstellation eine Lösung vorsähen.

5.4 Der Versicherte vertritt die Auffassung, mit der am 1. Januar 1997 in Kraft getretenen Verordnungsänderung habe der Verordnungsgeber die generelle Berücksichtigung des Grundsatzes der sachlichen Kongruenz bei der Ermittlung der Komplementärrenten vorsehen wollen. Weil bewusst nicht abschliessend für sämtliche denkbaren Konstellationen eine Regelung getroffen worden sei, müsse die Praxis diese generelle Zielsetzung weiterentwickeln. Aus den Akten ergebe sich, dass die Invalidenversicherung auch unfallfremde Gesundheitsschäden mitberücksichtigt habe. Die SUVA habe ebenfalls einen krankhaften Vorzustand angenommen, indem sie die Integritätsentschädigung unter diesem Titel um 50% gekürzt habe.

6.

6.1 Die gesetzliche Regelung von Art. 20 Abs. 2 UVG geht von der grundsätzlich vollen Anrechnung der IV- und AHV-Renten aus (BGE 115 V 270 Erw. 2a), und zwar unabhängig davon, ob die Renten in Zusammenhang mit dem gemäss UVG versicherten Unfall stehen (*Jean-Maurice Frésard*, Rentes complémentaires de l'assurance-accidents obligatoire: Quelques effets indésirables de la simplicité, in: Schweizerische Versicherungszeitschrift [SVZ], 60/1992 S. 292). Das Gesetz lässt jedoch Ausnahmen zu, wobei dem Verordnungsgeber gestützt auf Art. 20 Abs. 3 UVG ein weiter Ermessensspielraum zusteht (BGE 115 V 282). Mit der auf den 1. Januar 1997 in Kraft gesetzten Änderung der Ausführungsbestimmungen über die Komplementärrenten der obligatorischen Unfallversicherung soll nach dem Willen des Verordnungsgebers der Grundsatz der sachlichen Kongruenz der anrechenbaren Leistungen vermehrt berücksichtigt werden. Es war indessen nicht seine Absicht, den Kongruenzgrundsatz im Rahmen der Komplementärrentenregelung generell einzuführen, wie dies in der Literatur postuliert wurde (vgl. dazu *Erich Peter*, Die Koordination von Invalidenrenten im Sozialversicherungsrecht, unter besonderer Berücksichtigung der intersystemischen Probleme in der Invalidenversicherung, der Unfallversicherung und der obligatorischen beruflichen Vorsorge, Diss. Freiburg 1996, S. 266). Vielmehr sollten punktuell

le Korrekturen vorgenommen werden, um die Bestimmungen der obligatorischen Unfallversicherung an die 10. AHV-Revision anzupassen und eine nach Auffassung von Lehre, Rechtsprechung und Fachkreisen ungenügende Regelung zu verbessern (vgl. Erläuterungen des BSV zur Verordnungsänderung vom 9. Dezember 1996, RKUV 1997 S. 45; BGE 126 V 509 Erw. 2b mit Hinweisen). Dementsprechend bestimmt Art. 32 Abs. 1 UVV, dass bei der Berechnung der Komplementärrente nur jener Teil der Rente der IV berücksichtigt wird, welcher die obligatorisch versicherte Tätigkeit abgilt, womit dem Grundsatz der sachlichen Kongruenz Rechnung getragen wird (RKUV 1997 S. 49). Ausdruck des Kongruenzgrundsatzes bilden auch die Bestimmungen von Art. 32 Abs. 2 UVV (vgl. *Jean-Maurice Frésard*, L'assurance-accidents obligatoire, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, S. 41 Fn 155) und Art. 32 Abs. 3 UVV; hinzuweisen ist ferner auf Art. 43 Abs. 1 UVV). In BGE 130 V 44 Erw. 4.1 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht – mit Blick auf diese Verordnungsänderungen – bestätigt, dass sich Art. 20 Abs. 2 UVG kein allgemeiner Grundsatz der sachlichen Kongruenz entnehmen lässt, welcher eine Beschränkung des Leistungsanspruchs auf eine Komplementärrente auch beim Zusammentreffen einer Invalidenrente der UV mit einer Altersrente der AHV vorsieht. Art. 20 Abs. 2 UVG schliesse die Anwendung des Kongruenzgrundsatzes zwar nicht aus, schreibe ihn aber auch nicht vor. Im Ergebnis gelte der Grundsatz, soweit der Verordnungsgeber es vorsehe. Dies hat auch bezüglich des Zusammentreffens einer Invalidenrente der UV mit einer IV-Rente zu gelten (RKUV 2004 Nr. U 516 S. 424).

6.2 Aus diesem Grunde hat es das Eidgenössische Versicherungsgericht – unter Verneinung eines Versehens des Verordnungsgebers – beispielsweise abgelehnt, im Rahmen laufender Leistungen in analoger Anwendung von Art. 32 Abs. 1 UVV Änderungen der Bemessungsmethode des Invaliditätsgrades gemäss IVG (Wechsel von der allgemeinen Einkommensvergleichsmethode zur gemischten Methode) zu berücksichtigen. Eine Anpassung der Komplementärrente erfolge nur, wenn die Voraussetzungen von Art. 33 Abs. 2 UVV gegeben seien (RKUV 2004 Nr. U 516 S. 424). Eine vom Gericht auszufüllende Verordnungslücke wurde auch verneint beim Zusammentreffen einer vor Eintritt ins AHV-Rentenalter zugesprochenen UVG-Rente mit einer Altersrente der AHV, die eine ausschliesslich krankheitsbedingte IV-Rente ablöst, weil Art. 33 Abs. 1 UVV eine laufende Komplementärrente voraussetze und auf die erstmalige Festsetzung von Komplementärrenten nicht Anwendung finden könne (BGE 130 V 44 Erw. 4.2). Ebenfalls abgelehnt wurde eine sinngemässe Anwendung von Art. 32 Abs. 3 UVV auf diese Konstellation. Das Eidgenössische Versicherungsgericht wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass dem Bundesrat aufgrund von Art. 20 Abs. 3 UVG ein sehr weiter Spielraum

des Ermessens zusteht und er die Sonderfälle, bei denen die Berechnung der Komplementärrenten in einer vom gesetzlichen Grundsatz abweichenden Weise zu erfolgen hat, unter Beachtung der durch das Willkürverbot gesetzten Grenzen grundsätzlich abschliessend umschreiben kann. In diesem Rahmen sei der Ordnungsgeber frei, auch solche Fälle in der Verordnung zu regeln, bei denen man mit vertretbaren Argumenten geteilter Meinung darüber sein kann, ob sie zu den Sonderfällen gehören sollen, und umgekehrt für andere Fälle keine besonderen Vorschriften zu erlassen, welche an sich auch als regelungswürdig bezeichnet werden können (BGE 115 V 282 Erw. 3b/bb). Dementsprechend sei eine analoge Anwendung der vom Bundesrat geregelten Sonderfälle auf andere Sachverhalte grundsätzlich ausgeschlossen (BGE 130 V 45 Erw. 4.3 mit einer Zusammenfassung der Rechtsprechung zur Annahme von Ordnungslücken im Zusammenhang mit Art. 32 und 33 UVV).

6.3 Aufgrund seines Wortlautes regelt Art. 32 Abs. 2 UVV die Erhöhung einer bereits bestehenden Rente der Invalidenversicherung, die nachträglich aufgrund einer zusätzlichen unfallbedingten Invalidität erhöht wird. Er gilt – wie bereits erwähnt – nach der Rechtsprechung analog auch für den umgekehrten Fall, dass zu einer unfallbedingten später eine krankheitsbedingte Invalidität tritt und deswegen die Rente der Invaliden-, nicht aber diejenige der Unfallversicherung erhöht wird (RKUV 2001 Nr. U 443 S. 550 Erw. 5). In beiden Fällen geht es um die Erhöhung der Rente der Invalidenversicherung. Im vorliegenden Fall bezog der Versicherte bisher keine Rente der Invalidenversicherung. Vielmehr steht die erstmalige Ausrichtung von Rentenleistungen in Zusammenhang mit einem Unfallereignis zur Diskussion. Hinsichtlich dieser Sachverhaltskonstellation fehlt es an konkreten Anhaltspunkten dafür, dass der Ordnungsgeber im Sinne eines qualifizierten Schweigens eine Sonderregelung ausschliessen wollte. Es liegt aber auch keine vom Gericht auszufüllende Lücke vor. Denn es kann nicht gesagt werden, dass sich Gesetz und Verordnung für die sich stellende Rechtsfrage keine Antwort entnehmen lässt. Es ist weder anzunehmen, der Gesetz- oder Ordnungsgeber habe sich offenkundig über gewisse Tatsachen geirrt oder es hätten sich die Verhältnisse seit Erlass des Gesetzes oder der Verordnung in einem Masse gewandelt, dass die Vorschrift unter gewissen Gesichtspunkten nicht oder nicht mehr befriedigt und ihre Anwendung rechtsmissbräuchlich würde (BGE 130 V 47 Erw. 4.3). Auch ist nicht davon auszugehen, dass die geltende Regelung zu Ergebnissen führt, die sich mit den Verfassungsgrundsätzen der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) und dem des Willkürverbots (Art. 9 BV; BGE 129 I 3 Erw. 3) nicht vereinbaren lassen. Die Nichtvornahme einer von der gesetzlichen Grundregel der vollen Anrechenbarkeit der IV-Renten abweichenden Ordnung für Fälle, bei denen wie vorliegend nach einem Unfall

erstmals Renten der Invaliden- und der Unfallversicherung zugesprochen werden, kann jedenfalls nicht als willkürlich und mit dem Rechtsgleichheitsgebot als schlechthin unvereinbar bezeichnet werden. Im Lichte des dem Bundesrat zustehenden weiten Auswahlermessens ist es daher nicht Sache des Sozialversicherungsgerichts, sondern allenfalls des Gesetz- oder Verordnungsgebers, eine andere Regelung zu treffen. Werden nach einem Unfall erstmals Renten der Invaliden- und der Unfallversicherung zugesprochen, kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass diese auf der durch den Unfall verursachten gesundheitlichen Beeinträchtigung oder auf einer unfallbedingten, richtunggebenden Verschlimmerung eines krankhaften Vorzustandes basieren oder doch zumindest weitgehend unfallkausal sind. Wie der vorliegende Fall zeigt, erweist sich die Aufteilung in krankheitsbedingte und unfallbedingte Komponenten im Nachhinein oft als schwierig, wenn Invaliden- und Unfallversicherung im Zusammenhang mit einem Unfallereignis je eine ganze Invalidenrente ausrichten und bei der Bestimmung des Invaliditätsgrades die Frage, ob und allenfalls in welchem Ausmass unfallfremde Gesundheitsschädigungen vorliegen, somit nicht abschliessend beurteilt werden musste. Hinzu kommt, dass die SUVA dem Versicherten mit einem Abzug von 1/3 von der zu berücksichtigenden IV-Rente in grosszügiger Weise entgegengekommen ist, sieht Art. 32 Abs. 1 UVV doch lediglich ein Ausscheiden derjenigen Teile der IV-Rente vor, welche nicht UVG-versicherte Tätigkeiten abgelten. Nichts zu seinen Gunsten abzuleiten vermag der Versicherte schliesslich aus der von der SUVA bei der Bemessung des Integritätsschadens vorgenommenen Kürzung, da dort andere Beurteilungskriterien zur Anwendung kommen. Es bleibt damit bei der maximal in Betracht kommenden Komplementärrente gemäss Berechnung der SUVA von Fr. 136.–.

7.

Die Vorinstanz hat nebst der Reduktion der in die Komplementärrentenberechnung miteinbezogenen Invalidenrente wegen unfallfremder Faktoren um 20% auch die maximal in Betracht kommende Komplementärrente im Hinblick auf einen vorbestandenen Gesundheitsschaden des Versicherten um 20% gekürzt. Die SUVA bezeichnet diese Vorgehensweise als gesetzwidrig.

7.1 Nach Art. 36 Abs. 2 UVG werden die Invalidenrenten, Integritätsentschädigungen und die Hinterlassenenrenten angemessen gekürzt, wenn die Gesundheitsschädigung nur teilweise die Folge eines Unfalles ist (Satz 1); Gesundheitsschädigungen vor dem Unfall, die zu keiner Verminderung der Erwerbsfähigkeit geführt haben, werden dabei nicht berücksichtigt (Satz 2). Art. 31 Abs. 4 UVV, welcher diese Leistungskürzung bei der Komplementärrente vorsieht, ist gesetz- und verfassungsmässig (vgl. BGE 122 V 351 zu der

bis 31. Dezember 1996 gültig gewesenen, gleichlautenden Fassung in Art. 33 Abs. 2 UVV).

7.2 Nach der Rechtsprechung setzt die Anwendung von Art. 36 Abs. 2 UVG das Vorliegen adäquat kausaler Unfallfolgen voraus. Diese Bestimmung schränkt das Kausalitätsprinzip lediglich insofern ein, als ein Vorzustand, welcher vor dem Unfall zu keiner Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit geführt hat, zu keiner Leistungskürzung Anlass geben soll (BGE 126 V 117 Erw. 3b mit Hinweis). Wenn die Vorinstanz ausführt, die Komplementärrente sei gemäss Art. 36 Abs. 2 UVG in Verbindung mit Art. 47 UVV wegen unfallfremder Faktoren um 20% zu reduzieren, kann ihr nicht gefolgt werden. Bei gegebener Unfallkausalität setzt die Anwendung dieser Bestimmung voraus, dass ein krankhafter Vorzustand eine längerdauernde Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit zur Folge hatte und somit invalidisierenden Charakter aufwies. Die Erwerbsunfähigkeit muss zudem einen erheblichen Grad erreichen, damit sie zur Begründung einer Rentenkürzung herangezogen werden kann (BGE 121 V 332 Erw. 3b).

7.3 Dr. med. C. bejahte im Gutachten vom 11. Februar 1999 das Vorliegen von krankhaften Vorzuständen. Er weist dabei auf ein Multiinfarktsyndrom bei instabiler Hypertonie und Tabakabusus hin. Diese hätten wahrscheinlich zu unspezifischen kognitiven Störungen geführt, welche aber, soweit eruierbar, vor dem Unfall keine klinische Bedeutung gehabt hätten. Auch sei anzunehmen, dass der Versicherte im Zeitpunkt des Unfalles Hirnveränderungen aufgewiesen habe, ohne dass diese aber seine neuropsychologischen Leistungen beeinträchtigt hätten. Depressive Symptome seien zumindest in intermittierender Art schon vor dem Unfall vorhanden gewesen und hätten 1991 zu einer schweren Depression mit psychosomatischen Beschwerden geführt. Nach dem Unfall seien erneut depressive Symptome aufgetreten, welche eine Hospitalisation notwendig gemacht hätten. Die schon vor dem Unfall vorhanden gewesenen psychischen Probleme bezeichnet Dr. med. C. als unfallfremde, den Heilverlauf beeinflussende Faktoren. Zur medizinischen Vorgeschichte hält der Gutachter fest, der Versicherte habe gemäss eigenen Angaben zur Zeit des Unfalles keine Beschwerden gehabt. Gemäss Zeugnis des Hausarztes Dr. med. B. vom 19. Februar 1992 habe sich der Patient bei der letzten Konsultation im Januar 1992 in sehr guter körperlicher Verfassung befunden. Der Psychiater Dr. med. H. führte im von der IV-Stelle Bern eingeholten Arztbericht vom 8. November 1996 aus, es lägen psychische Einschränkungen in Form von Verhaltensstörungen vor, welche als Normvariante aufzufassen seien. Diese seien vorbestehend und entsprächen einer Charakterveranlagung und nicht einer Krankheit, welche eine Arbeitsunfähigkeit begründen würde.

7.4 Aus diesen Angaben erhellt, dass der Versicherte vor dem Unfall an keinen erheblichen, zu einer längeren Erwerbsunfähigkeit führenden und damit invalidisierenden Charakter aufweisenden Gesundheitsschäden litt. Dies ergibt sich auch daraus, dass er eine Bewilligung als Taxifahrer erhalten hat. Bei diesen Gegebenheiten lässt sich eine Kürzung der Komplementärrente wegen eines vorbestandenen Gesundheitszustandes nicht rechtfertigen. Es bleibt somit bei der von der SUVA verfügten Komplementärrente von Fr. 136.– im Monat.

Höchstbetrag des versicherten Lohnes

U 541 Urteil des EVG vom 2. Dezember 2004 i. Sa. L. (U 384/01)

- **Höchstbetrag des versicherten Lohnes (Art. 15 UVG; Art. 22 Abs. 1, 2 und 4; Art. 23 Abs. 7 UVV):**

Bei der Bemessung der Taggelder ist auch im Sonderfall einer Lohnanpassung nach langdauernder Heilbehandlung der im Zeitpunkt des Unfallereignisses geltende Höchstbetrag des versicherten Lohnes zu berücksichtigen.

- **Montant maximum du gain assuré (art. 15 LAA ; art. 22, al. 1, 2 et 4 ; art. 23, al. 7, OLAA):**

Pour le calcul des indemnités journalières, il faut également tenir compte du montant maximum du gain assuré en vigueur au moment de l'accident dans le cas particulier d'une adaptation de salaire après un traitement thérapeutique de longue durée.

- **Importo massimo del salario assicurato (art. 15 LAINF; art. 22 cpv. 1, 2 e 4; art. 23 cpv. 7 OAINF):**

Anche nel caso particolare di un adeguamento salariale dopo una cura medica di lunga durata, nel calcolo delle indennità giornaliere si deve tener conto dell'importo massimo del salario assicurato vigente al momento dell'infortunio.

I.

A.

Die 1961 geborene L. arbeitete seit August 1989 als Treuhänderin/Finanzplanerin in der Firma Z. AG in X.. Sie war obligatorisch bei der Helsana Unfall AG gegen die Folgen von Berufs- und Nichtberufsunfall versichert. Am 2. April 1999 erlitt sie als Beifahrerin in dem von ihrem Ehemann gelenkten Auto einen Verkehrsunfall. Im Spital von Y. wurde laut Arztzeugnis vom 3. Mai 1999 ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule diagnostiziert. Die Helsana Unfall AG erbrachte die gesetzlichen Leistungen und richtete ein Taggeld basierend auf einem versicherten Verdienst von Fr. 97'200.– aus. In der Unfallmeldung hatte die Arbeitgeberin angeführt, das Jahreseinkommen betrage Fr. 109'650.–. Mit Verfügung vom 27. Juni 2000 lehnte es die Helsana Unfall AG ab, dem Gesuch der Versicherten um Erhö-

hung des versicherten Verdienstes gemäss dem vom Bundesrat in der Verordnung über die Unfallversicherung auf den 1. Januar 2000 neu festgesetzten Höchstbetrag von Fr. 106'800.– zu entsprechen. Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 1. Februar 2001 fest, weil für die Bestimmung des höchstversicherten Verdienstes die im Zeitpunkt des Unfallereignisses gültig gewesenen Verordnungsbestimmungen massgebend seien.

B.

L. liess gegen den Einspracheentscheid der Helsana Unfall AG Beschwerde erheben und beantragen, es seien ihr ab 1. Januar 2000 Taggelder gestützt auf einen versicherten Verdienst von Fr. 106'800.– auszurichten. Mit Entscheidung vom 8. August 2001 wies das Versicherungsgericht des Kantons Basel-Landschaft (heute: Kantonsgericht Basel-Landschaft) die Beschwerde ab.

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt L. das vorinstanzlich gestellte Rechtsbegehren erneuern. Während die Helsana Unfall AG auf eine Vernehmlassung verzichtet, schliesst das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV), (seit 1. Januar 2004 im Bundesamt für Gesundheit) auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

D.

Am 2. Dezember 2004 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht eine parteiöffentliche Beratung durchgeführt.

II.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus den folgenden Erwägungen abgewiesen:

1.

Am 1. Januar 2003 ist das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 in Kraft getreten. Mit ihm sind zahlreiche Bestimmungen im Unfallversicherungsbereich geändert worden. Weil in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben, und weil ferner das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Einspracheentscheids (hier: 1. Februar 2001) eingetre-

tenen Sachverhalt abstellt, sind im vorliegenden Fall die neuen Bestimmungen nicht anwendbar (BGE 129 V 4 Erw. 1.2).

2.

2.1 Ist die versicherte Person infolge des Unfalles voll oder teilweise arbeitsunfähig, so hat sie Anspruch auf ein Taggeld (Art. 16 Abs. 1 UVG). Taggelder und Renten werden nach dem versicherten Verdienst bemessen (Art. 15 Abs. 1 UVG). Als versicherter Verdienst gilt für die Bemessung der Taggelder der letzte vor dem Unfall bezogene Lohn, für die Bemessung der Renten der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogene Lohn (Art. 15 Abs. 2 UVG). In Art. 22 UVV wird festgehalten, was im allgemeinen als massgebender Lohn und damit als versicherter Verdienst zu qualifizieren ist. Dieser bildet die Bemessungsgrundlage für das Taggeld und die Renten (abstrakte Bemessungsmethode; *Maurer*, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Bern 1985, S. 321). Art. 22 Abs. 3 UVV bestimmt: Als Grundlage für die Bemessung der Taggelder gilt der letzte vor dem Unfall bezogene Lohn, einschliesslich noch nicht ausbezahlter Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch besteht. Die schematische Lösung, wonach auf den vor dem Unfall bezogenen Lohn abgestellt wird, kann von den wirklichen Lohnverhältnissen und -entwicklungen während der Dauer der Arbeitsunfähigkeit stark abweichen. Art. 15 Abs. 3 Satz 3 UVG erteilt dem Bundesrat daher die Kompetenz zum Erlass von Bestimmungen über den versicherten Verdienst in Sonderfällen, namentlich bei langdauernder Taggeldberechtigung (lit. a). Gestützt hierauf hat der Bundesrat in Art. 23 UVV unter dem Titel «Massgebender Lohn für das Taggeld in Sonderfällen» und in Art. 24 UVV betreffend den massgebenden Lohn für die Renten ergänzende Vorschriften erlassen. Art. 23 Abs. 7 UVV lautet: Hat die Heilbehandlung wenigstens drei Monate gedauert und wäre der Lohn der versicherten Person in dieser Zeit um mindestens 10 Prozent erhöht worden, so wird der massgebende Lohn für die Zukunft neu bestimmt.

2.2 Nach Art. 15 Abs. 3 Satz 1 UVG setzt der Bundesrat den Höchstbetrag des versicherten Verdienstes fest und bezeichnet die dazu gehörenden Nebenbezüge und Ersatzeinkünfte. Dabei sorgt er dafür, dass in der Regel mindestens 92%, aber nicht mehr als 96% der versicherten Arbeitnehmer zum vollen Verdienst versichert sind (Satz 2). Gemäss Art. 22 Abs. 1 UVV in der vom 1. Januar 1991 bis 31. Dezember 1999 in Kraft gestandenen Fassung belief sich der Höchstbetrag des versicherten Verdienstes auf Fr. 97'200.– im Jahr und Fr. 267.– im Tag. Mit Verordnungsänderung vom 28. September 1998, in Kraft seit 1. Januar 2000, hat der Bundesrat den Höchstbetrag des versicherten Verdienstes neu auf Fr. 106'800.– im Jahr und Fr. 293.– im Tag festgesetzt (AS 1998 III 2588).

3.

3.1 Das kantonale Gericht hat erwogen, es sei der bei Eintritt des Versicherungsfalles geltende Höchstbetrag des versicherten Verdienstes massgebend. Art. 22 Abs. 3 UVV bezeichne als Grundlage für die Bemessung der Taggelder den letzten vor dem Unfall bezogenen Lohn. Nachdem der Bundesrat im Zusammenhang mit der Erhöhung des Höchstbetrages des versicherten Verdienstes keine Übergangsregelung vorgesehen habe, sei der allgemeinen Regelung folgend der Eintritt des befürchteten Ereignisses als Anknüpfungspunkt zu betrachten. In BGE 123 V 133 habe das Eidgenössische Versicherungsgericht zudem bestätigt, dass bei einer Änderung des in der Verordnung festgelegten Höchstbetrages des versicherten Verdienstes im Verlaufe des Jahres vor dem Unfall für die Berechnung der Invalidenrente der Verordnungstext im Unfallzeitpunkt massgebend sei. Ausgehend vom Unfallereignis vom 2. April 1999 sei der versicherte Verdienst somit auf Fr. 97'200.– festzusetzen.

3.2 Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, ab Januar 2000 hätte sie ein Einkommen von Fr. 150'000.– bis Fr. 180'000.– erzielen können, nachdem sich die Arbeitgeberin mit einem anderen Treuhandbüro zusammengeschlossen habe und sie für einen Einsatz auf der ersten Führungsebene vorgesehen worden sei. Werde nach dem Unfallereignis der höchstversicherte Jahresverdienst heraufgesetzt und weise die versicherte Person nach, dass ihr Lohn um 10% gestiegen wäre, sei das Taggeld auf der Basis der neuen Höchstgrenze des versicherten Jahresverdienstes zu berechnen. In BGE 123 V 133 sei es lediglich um die Bestimmung des versicherten Verdienstes für die Berechnung einer Invalidenrente gegangen, ohne dass ein Sonderfall vorgelegen hätte. Ein Abstellen auf den Unfallzeitpunkt auch bei Erfüllung der Sachverhaltsvoraussetzungen von Art. 23 Abs. 7 UVV und Art. 24 Abs. 2 UVV habe weder der Gesetz- noch der Verordnungsgeber vorgesehen. In diesen Fällen rechtfertige es sich vielmehr, der Neufestsetzung des höchstversicherbaren Jahresverdienstes Rechnung zu tragen.

3.3 Das BSV stellt sich auf den Standpunkt, der Bundesrat habe nicht normiert, dass ein während der Heilungsdauer angehobener höchstversicherter Verdienst auch für bereits laufende Taggelder gelten solle. Mangels einer Sonderbestimmung finde daher der Grundsatz von Art. 15 Abs. 2 UVG Anwendung, wonach auf den Unfallzeitpunkt abzustellen sei. Wäre im Bereich von Art. 23 Abs. 7 UVV der nach dem Unfall erhöhte Höchstbetrag des versicherten Verdienstes massgebend, käme dies einer ungerechtfertigten Vorzugsbehandlung gegenüber jenen Sachverhalten gleich, bei welchen die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Norm nicht erfüllt seien.

4.

Im von der Vorinstanz erwähnten – in BGE 123 V 133 publizierten – Fall hatte der Unfallversicherer geltend gemacht, bei der Festsetzung des für die Berechnung der Invalidenrente massgebenden versicherten Jahresverdienstes sei dem jeweils geltenden Höchstbetrag des versicherten Lohnes pro rata temporis Rechnung zu tragen. Das Eidgenössische Versicherungsgericht ist dieser Auffassung nicht gefolgt, da sie sich auf keine gesetzliche oder verordnungsmässige Grundlage zu stützen vermöge. Aufgrund allgemeiner übergangsrechtlicher Überlegungen ging es davon aus, dass der Verordnungstext im Unfallzeitpunkt massgebend sei, wenn der Bundesrat im Verlaufe des Jahres vor dem Unfall den in der Verordnung festgelegten Höchstbetrag des versicherten Verdienstes ändere. Dabei hat es erwogen, der Leistungsanspruch leite sich von einem zeitlich bestimmten Sachverhalt ab, nämlich dem Unfallereignis. Die dannzumal geltende Rechtslage begründe den Anspruch auf eine Invalidenrente. Der Augenblick des Unfallereignisses sei daher für die Bestimmung des höchstversicherten Verdienstes massgebend (BGE 123 V 135 Erw. 2c). Diese Rechtsprechung bezog sich auf tatsächliche Verhältnisse, in denen der versicherte Verdienst für die Renten nach der Grundregel von Art. 15 Abs. 2 UVG und Art. 22 Abs. 4 UVV zu bemessen war. Zu prüfen ist nachstehend, ob sie auch Gültigkeit hat, wenn der versicherte Verdienst für die Berechnung der Taggelder gestützt auf die Sonderregel von Art. 23 Abs. 7 UVV festgelegt wird.

5.

5.1 Nach dem vom Eidgenössischen Versicherungsgericht in seiner Rechtsprechung immer wieder bestätigten intertemporalrechtlichen Grundsatz sind der Beurteilung einer Sache jene Rechtsnormen zugrunde zu legen, die in Geltung standen, als sich der zu den materiellen Rechtsfolgen führende und somit rechtserhebliche Sachverhalt verwirklichte (BGE 129 V 4 Erw. 1.2, 126 V 136 Erw. 4 b mit Hinweisen). Bei dieser Regel handelt es sich um eine Richtlinie, die nicht stereotyp anzuwenden ist. Vielmehr entscheidet sich auch die Frage nach der intertemporalrechtlichen Geltung einer Norm primär nach den allgemeinen, anerkannten Auslegungsgrundsätzen (BGE 126 V 136 Erw. 4c, 123 V 29 Erw. 3b).

5.2 Art. 15 UVG beschränkt sich auf den Grundsatz, wonach als versicherter Verdienst für die Bemessung der Taggelder der letzte vor dem Unfall bezogene Lohn gilt (Abs. 2), und überlässt die näheren Bestimmungen über die Festsetzung des versicherten Verdienstes, insbesondere auch dessen Höchstbetrag, und den versicherten Verdienst in Sonderfällen dem Verordnungsgeber (Abs. 3). Während Art. 22 UVV Vorschriften zur Berechnung des

versicherten Verdienstes im Allgemeinen enthält, hat der Bundesrat Sonderregelungen im Hinblick auf die Taggeldberechnung in Art. 23 UVV und für die Bemessung der Renten in Art. 24 UVV erlassen. Bezüglich der in den Sondernormen aufgeführten Tatbestände wird das Äquivalenzprinzip, wonach der versicherte Verdienst in der Regel nicht über dem Einkommen liegen darf, auf dem Prämien erhoben wurden (vgl. Art. 115 UVV), zumindest teilweise, durchbrochen (vgl. RKUV 1998 Nr. U 319 S. 599 Erw. 3b). Es werden an der auf den Unfallzeitpunkt abstellenden abstrakten Berechnungsmethode der Grundregel von Art. 15 Abs. 2 UVG und Art. 22 Abs. 3 und 4 UVV Korrekturen vorgenommen, um unbefriedigende Ergebnisse auszuschliessen oder zumindest zu mildern. So hat der Bundesrat in Art. 23 Abs. 7 UVV für den Fall einer langdauernden Heilbehandlung die Berücksichtigung einer Erhöhung des versicherten Verdienstes nach dem Unfall vorgesehen. Dieser Bestimmung lässt sich nicht entnehmen, ob bei einer Lohnerhöhung für die Taggeldberechnung der im Zeitpunkt des für die Zukunft neu zu bestimmenden massgebenden Lohnes geltende Höchstbetrag des versicherten Verdienstes zu veranschlagen ist, oder ob bei Anwendung der Sonderregelung der Höchstbetrag nach den allgemeinen Regeln von Art. 15 Abs. 2 UVG gemäss der unfallzeitlich in Kraft stehenden Ordnungsbestimmung in die Taggeldbemessung einzubeziehen ist. Anders als beim massgebenden Lohn hat der Bundesrat mit Bezug auf den Höchstbetrag des versicherten Verdienstes keine Sonderregelung getroffen. Er hat auch davon abgesehen, zu bestimmen, ob bei einer Erhöhung des Höchstbetrages des versicherten Verdienstes der neue Höchstbetrag auf die laufenden, also nicht abgeschlossenen Versicherungsfälle anzuwenden sei, wie dies beispielsweise *Maurer* (vgl. a.a.O., S. 323) postuliert hat. Aufgrund des ihm in Art. 15 Abs. 3 UVG eingeräumten Ermessensspielraums wäre es dem Bundesrat offen gestanden, unter Beachtung der durch das Willkürverbot gesetzten Grenzen eine entsprechende Regelung zu treffen.

5.3 Hinsichtlich der streitigen Rechtsfrage liegt keine vom Gericht auszufüllende Verordnungslücke vor. Denn es kann nicht gesagt werden, dass sich Gesetz und Verordnung diesbezüglich keine Antwort entnehmen lässt. Es handelt sich allenfalls um eine unechte Lücke, indem Gesetz und Verordnung zu keinem befriedigenden Ergebnis führen. Solche rechtspolitischen Mängel hat das Gericht im Allgemeinen jedoch hinzunehmen. Sie regelbildend zu schliessen, steht ihm dort zu, wo der Gesetz- oder Ordnungsgeber sich offenkundig über gewisse Tatsachen geirrt hat oder wo sich die Verhältnisse seit Erlass des Gesetzes oder der Verordnung in einem Masse gewandelt haben, dass die Vorschrift unter gewissen Gesichtspunkten nicht oder nicht mehr befriedigt und ihre Anwendung rechtsmissbräuchlich wird (BGE 130 V 47 Erw. 4.3 mit Hinweis). Dies ist indessen nicht der Fall. Vielmehr ist vom

Grundsatz gemäss Art. 15 Abs. 2 UVG auszugehen, dass sich der versicherte Verdienst nach den Verhältnissen bis zum Zeitpunkt des Unfallereignisses zu richten hat. Dass diesem Grundsatz generelle Bedeutung zukommt, ergibt sich aus Art. 22 Abs. 3 und 4 UVV unter dem Titel Versicherter Verdienst «Im Allgemeinen». In derselben Verordnungsbestimmung hat der Bundesrat auch den Höchstbetrag des versicherten Verdienstes festgesetzt (vgl. Abs. 1). Daraus und aus dem Fehlen einer Sondernorm ist zu schliessen, dass er den Höchstbetrag des versicherten Verdienstes generell abstrakt auf den Unfallzeitpunkt festlegen wollte, ohne dass bei Änderungen in den konkreten Verhältnissen entsprechende Anpassungen vorzunehmen wären. Der Höchstbetrag kann daher auch im Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 7 UVV nicht nachträglich korrigiert werden. Die in BGE 123 V 133 begründete Rechtsprechung, wonach für die Bestimmung des höchstversicherten Verdienstes der im Zeitpunkt des Unfallereignisses in Kraft stehende Verordnungstext massgebend ist, gibt somit einen generellen Grundsatz wieder und behält daher ihre Gültigkeit analog auch für jene Fälle, in denen der versicherte Verdienst für die Bemessung des Taggeldes oder der Renten nicht in Anwendung von Art. 22 Abs. 3 und Abs. 4 UVV, sondern gestützt auf eine Sondernorm gemäss Art. 23 UVV oder Art. 24 UVV erfolgt.

5.4 Nicht gefolgt werden kann der Meinung der Beschwerdeführerin, wonach im Rahmen von Art. 23 Abs. 7 UVV nicht nur eine Neuberechnung des Taggeldes für die Zukunft vorzunehmen ist, sondern auch die neue Höchstgrenze des versicherten Jahresverdienstes zu berücksichtigen ist, ansonsten jene Personen, die im Unfallzeitpunkt mehr als den damals höchstversicherten Jahresverdienst erzielten, schlechter gestellt würden als jene, die weniger verdienten und von einer Erhöhung des Salärs im Sinne von Art. 23 Abs. 7 UVV profitieren könnten. So zu entscheiden würde bedeuten, eine Sonderregelung zu treffen für Sachverhalte, bezüglich welcher der Verordnungsgeber keine Ausnahmen vorgesehen hat. Zwar mag es im vorliegenden Fall als unbefriedigend erscheinen, dass die Heraufsetzung des Höchstbetrages des versicherten Verdienstes auf den 1. Januar 2000 nicht mitberücksichtigt wird. Es ist jedoch nicht Sache des Sozialversicherungsgerichts, sondern allenfalls des Gesetz- oder Verordnungsgebers, eine andere Regelung vorzusehen.

Schreckereignis

U 542 Urteil des EVG vom 7. Dezember 2004 i. Sa. M. (U 46/04)

■ Schreckereignis (Art. 6 Abs. 1 UVG; Art. 9 Abs. 1 UVV):

Leistungspflicht des Unfallversicherers verneint für ein Schreckereignis, bei dem die betroffene Person versehentlich in eine Polizeübung geriet und sich einer vermeintlichen Täterschaft gegenüber wähnte, über den Irrtum jedoch umgehend aufgeklärt wurde. Während es als fraglich erscheint, ob ein solcher Vorfall überhaupt den Unfallbegriff erfüllt, ist jedenfalls die Adäquanz des Kausalzusammenhangs zwischen dem Ereignis und den anschliessend aufgetretenen psychischen Problemen zu verneinen (Erw. 4.2).

■ Événement terrifiant (art. 6, al. 1, LAA ; art. 9, al. 1, OLAA):

Obligation de l'assureur-accidents d'allouer des prestations niée dans un cas d'événement terrifiant où la personne concernée a été par mégarde impliquée dans un exercice de police et a cru à tort être prise pour un délinquant présumé, l'erreur lui ayant cependant immédiatement expliquée. Alors que l'on peut douter qu'un tel incident puisse en soi réaliser les éléments constitutifs de la notion d'accident, il y a lieu en tous les cas de nier l'adéquation du lien de causalité entre l'événement en question et les problèmes psychiques survenus par la suite (cons. 4.2).

■ Avvenimento terrificante (art. 6 cpv. 1 LAINF; art. 9 cpv. 1 OAINF):

L'obbligo dell'assicuratore-infortuni di fornire prestazioni è negato nel caso di un avvenimento terrificante in cui la persona interessata inavvertitamente è rimasta coinvolta in un'esercitazione di polizia credendosi confrontata a presunti autori di reato, ma è stata immediatamente informata dell'errore. Se è legittimo chiedersi se un tale avvenimento rientri nella nozione di infortunio, è in ogni caso da negare l'adeguatezza del nesso causale tra l'avvenimento ed i problemi psichici sorti in seguito (cons. 4.2).

I.

A.

Die 1968 geborene M. war seit 1. Mai 1996 als Gouvernante im Hotel W. tätig. In dieser Eigenschaft war sie bei der «Zürich» Versicherungsgesellschaft (nachfolgend «Zürich») gegen Unfälle versichert. Am 14. Februar 2002 kam es anlässlich einer von der Polizei im Hotel W. durchgeführten Übung, bei welcher eine gesuchte Testperson festzunehmen war, zu einem Zwischenfall. M., welche von der Übung nichts wusste, war dabei, die Minibar der Hotelzimmer zu kontrollieren. Zu diesem Zweck klopfte sie auch an die Zimmertür, in welcher die Testperson einquartiert war und trat ein, nachdem sie keine Antwort erhalten hatte. Gemäss ihren Aussagen stand sie daraufhin zwei schwarz maskierten Einsatzkräften mit Kampfmütze gegenüber. Als sie das Zimmer reflexartig habe verlassen wollen, sei sie von einer dritten Person daran gehindert und von einem der Maskierten an den Handgelenken festgehalten worden. Dann sei sie ohnmächtig geworden und könne daher nicht mehr genau sagen, was dann passiert sei. Nach den Angaben der Polizei wurde M. von drei maskierten Polizeigrenadieren angesprochen, worauf sie stark erschrocken sei. Nachdem das Missverständnis erkannt worden sei, hätten sie die Masken abgenommen, den Polizeiausweis gezeigt und die Situation erklärt. Seither leidet M. an psychischen Beschwerden und geht keiner Erwerbstätigkeit mehr nach. Der von ihr gleichentags aufgesuchte Dr. med. B. diagnostizierte gemäss Arztzeugnis vom 3. März 2002 eine anhaltende (schwere) Angststörung nach psychischem Trauma. Wegen einer Erschöpfungssymptomatik mit Angst, Traurigkeit, Schlaflosigkeit, Nahrungsverweigerung, Gedankenkreisen und Gedankeneinengung wies Dr. med. L. sie in die Klinik O. ein, wo sie vom 17. Februar bis 8. März 2002 hospitalisiert war. Laut Bericht vom 10. April 2002 diagnostizierten die Ärzte eine akute Belastungsreaktion (ICD-10 F43.0). Vom 20. August bis 26. Oktober 2002 hielt sich die Versicherte in der Klinik R. auf. Dem Bericht der dortigen Ärzte vom 2. Dezember 2002 ist die Diagnose einer chronischen posttraumatischen Belastungsstörung (ICD-10 F43.1) mit depressiver und psychotischer Verarbeitung und einer schweren depressiven Episode mit psychotischen Symptomen (ICD-10 F32.3); DD: akute polymorphe psychotische Störung mit Symptomen einer Schizophrenie (ICD-10 F23.1) zu entnehmen. Mit Verfügung vom 27. März 2003 verneinte die «Zürich» das Vorliegen eines Unfalles und lehnte den Anspruch auf Versicherungsleistungen ab. Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 27. Juni 2003 fest.

B.

Die hiegegen von M. erhobene Beschwerde hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz mit Entscheid vom 14. Januar 2004 gut, indem es die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung des Leistungsanspruchs an die «Zürich» zurückwies.

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt die «Zürich» Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und Bestätigung des Einspracheentscheids vom 27. Juni 2003.

Das kantonale Gericht lässt sich in abweisendem Sinne vernehmen. Das Bundesamt für Gesundheit und die CSS Versicherung als beigeladener Krankenversicherer von M. verzichten auf eine Vernehmlassung. M. beantragt Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

II.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus den folgenden Erwägungen gutgeheissen:

1.

1.1 Am 1. Januar 2003 ist das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 in Kraft getreten. Mit ihm sind zahlreiche Bestimmungen im Unfallversicherungsbereich geändert worden. In zeitlicher Hinsicht sind jedoch grundsätzlich diejenigen Rechtsätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 127 V 467 Erw. 1); dies ist vorliegend vor dem 1. Januar 2003 geschehen, da das Schreckereignis vor diesem Datum erfolgt ist und im Übrigen für die Zeit ab diesem Vorfall Leistungen verlangt werden. Daran ändert nichts, dass der Einspracheentscheid der «Zürich» erst im Juni 2003 ergangen ist.

1.2 Das kantonale Gericht hat die Bestimmungen über den Unfallbegriff (Art. 6 Abs. 1 UVG, Art. 9 Abs. 1 UVV [in der bis 31. Dezember 2002 in Kraft gestandenen Fassung] sowie die Voraussetzungen, unter welchen ein Schreckereignis den Unfallbegriff erfüllt (BGE 129 V 179 Erw. 2.1; RKUV 2000 Nr. U 365 S. 89) zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

1.3 In BGE 129 V 180 Erw. 2.2 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht erwogen, zeichne sich der zu beurteilende Vorfall dadurch aus, dass die

versicherte Person keine Verletzungen des Körpers erlitten habe, bereite die Frage Schwierigkeiten, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Unfall anzunehmen sei, wenn das Ereignis den Körper überhaupt nicht oder doch nur unwesentlich verletze, hingegen derart wirke, dass es eine psychische Störung verursache. *Maurer* (Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, S. 184) mahne unter Hinweis auf *Piccard* (in: *Gelpke/Schlatter*, Unfallkunde für Ärzte und Juristen, 2. Aufl. Bern 1930, S. 23 ff.) zur Zurückhaltung und spreche psychischen Affektionen, die weder die Folge einer plötzlichen schweren Körperschädigung noch auch umgekehrt die unmittelbare Ursache einer solchen seien, die Eigenschaft eines Unfalles im Rechtssinne ab. Ob bei Ereignissen, bei denen weder die versicherte Person noch Drittpersonen verletzt oder getötet werden, namentlich bei deliktischen Handlungen wie Raubüberfall, Drohung, Erpressung etc. die bisherige Rechtsprechung zum Begriff des Schreckereignisses modifiziert werden soll, hat das Gericht in diesem Urteil offen gelassen. Ebenfalls offen gelassen hat es diese Frage wie auch, ob der Vorfall als ausserordentliches Schreckereignis im Sinne der bisherigen Rechtsprechung zu qualifizieren sei im Fall C. vom 19. März 2003 (U 15/00), in welchem es um die Bedrohung mit einem Messer ging. Verneint hat das Gericht das Vorliegen eines aussergewöhnlichen Ereignisses bei einer Spitalangestellten, die sich an einer Spritze verletzte, welche vorher für einen HIV-positiven Patienten mit Hepatitis C gebraucht worden war, wobei sich herausstellte, dass der Vorfall keine Ansteckung mit dem Virus zur Folge hatte (BGE 129 V 405 Erw. 3).

1.4 Im erwähnten BGE 129 V 177 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht festgehalten, dass der adäquate Kausalzusammenhang zwischen einem Schreckereignis ohne körperliche Verletzungen und den nachfolgend aufgetretenen psychischen Störungen nach der allgemeinen Adäquanzformel zu beurteilen ist. Es verneinte bei einer Versicherten, die als Spielsalonaufsicht überraschend nach Geschäftsschluss von einem verummten Mann mit der Pistole bedroht und zur Geldherausgabe gezwungen worden war, den adäquaten Kausalzusammenhang. Von Bedeutung war dabei, dass ein solches Ereignis nicht geeignet war, einen dauernden, erheblichen psychischen Schaden mit anhaltender Erwerbsunfähigkeit zu verursachen. Das Gericht folgte dabei der Auffassung des beteiligten Psychiaters, wonach die übliche und einigermaßen typische Reaktion auf einen solchen Überfall erfahrungsgemäss darin bestehen dürfte, dass zwar eine Traumatisierung stattfindet, diese aber vom Opfer in aller Regel innert einiger Wochen oder Monate überwunden wird. Dieselben Überlegungen kamen auch im Urteil C. vom 19. März 2003 (U 15/00) zur Anwendung, bei welchem es um eine erpresserische Drohung mit dem Messer zur Eintreibung von Schulden ging. Obwohl dem Ereignis eine gewisse Eindrücklichkeit nicht abzuspüren war,

kam das Gericht zum Schluss, dass es nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht geeignet ist, langjährige Angst- und depressive Zustände auszulösen.

2.

Das kantonale Gericht ging davon aus, dass es sich beim Vorfall vom 14. Februar 2002 um ein aussergewöhnliches und qualifiziertes Schreckereignis und damit um einen Unfall im Sinne von Art. 9 Abs. 1 UVV handelt. Dieser stelle unbesehen des detaillierten Geschehensablaufs ein Ereignis dar, das den Rahmen von Situationen sprengt, welche bei einer objektiven Betrachtungsweise als alltäglich oder gewöhnlich qualifiziert werden könnten und sei hiesigen Realitäten und Vorstellungsvermögen weitgehend fremd. Die Versicherte habe beim Anblick der maskierten Polizisten durchaus Anlass gehabt zu glauben, es handle sich um Kriminelle, Terroristen oder – wie sie selber annahm – Mafiosi. Das Ereignis sei daher von seiner Eindringlichkeit und Heftigkeit her geeignet gewesen, selbst einen gesunden Menschen (zumindest vorübergehend) aus dem seelischen Gleichgewicht zu werfen. Die Vorinstanz erachtete es zudem als nachvollziehbar, dass das Schreckereignis nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine (vorläufige) ganze oder teilweise Arbeitsunfähigkeit bei der unmittelbar Betroffenen zur Folge hatte. Die «Zürich» habe daher abzuklären, ob und allenfalls in welchem Zeitpunkt gemäss dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung die psychischen Folgen des Ereignisses vom 14. Februar 2002 als abgeklungen zu gelten hätten und anschliessend über den Umfang des Anspruchs zu befinden.

3.

Auch angesichts des vorliegend zu beurteilenden Vorfalls, bei dem die Beschwerdegegnerin – im Gegensatz etwa zum bereits erwähnten in BGE 129 V 402 publizierten Fall – keine Verletzungen des Körpers erlitten hat, bereitet die Frage einmal mehr Schwierigkeiten, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Unfall anzunehmen ist (vgl. Erw. 1.3). Angesichts des professionellen Vorgehens der Polizei ist das Ereignis als aussergewöhnlich zu qualifizieren. Es löste denn auch verständlicherweise bei der Beschwerdegegnerin – welche den vermeintlichen Angreifern wehrlos gegenüberstand – einen entsprechenden psychischen Schock aus. Wie die Beschwerdeführerin indessen zu Recht einwendet, gilt es den Zwischenfall vom 14. Februar 2002 in seiner Gesamtheit zu würdigen. Dabei kommt es nicht auf die Wirkung des äusseren Faktors an, sondern auf diesen selber (BGE 129 V 180 Erw. 2.1). Auszugehen ist somit vom augenfälligen Geschehensablauf. Zu diesem gehört, dass sich die Bedrohung umgehend erkennbarerweise als zweifelsfrei unreal erwies. Damit verliert die äussere Einwirkung massgebend an Heftig-

keit und daher an der notwendigen Eindeutigkeit ungewöhnlichen Geschehens, so dass ungewiss wird, ob sie wirklich die Ursache der anhaltenden Störung des seelischen Gleichgewichts war. Die Frage, ob das Schreckereignis die qualifizierten Merkmale aufweist, um als Unfallereignis gelten zu können, braucht indessen auch im vorliegenden Fall nicht abschliessend beurteilt zu werden, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen (vgl. Erw. 4.2).

4.

4.1 Ob zwischen dem Vorfall vom 14. Februar 2002 und den nachfolgend aufgetretenen psychischen Beschwerden ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht, hat die Vorinstanz nicht ausdrücklich geprüft. Weil die «Zürich» im Einspracheentscheid vom 27. Juni 2003 in ihrer Eventualbegründung für den Fall, dass von einem aussergewöhnlichen Schreckereignis auszugehen sei, den natürlichen Kausalzusammenhang nicht in Frage gestellt hat, ging sie davon aus, diese Frage sei nicht streitig. In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde bestätigt die «Zürich», dass sie den natürlichen Kausalzusammenhang stillschweigend bejaht habe. In den medizinischen Unterlagen werde diese Frage zwar nicht ausdrücklich beantwortet, doch müsse aufgrund der gestellten Diagnosen einer Angststörung nach psychischem Trauma (Bericht Dr. med. B. vom 3. März 2002), einer akuten Belastungsreaktion (Bericht der Klinik O. vom 10. April 2002) und einer posttraumatischen Belastungsstörung mit depressiver und psychotischer Verarbeitung (Bericht der Klinik R. vom 2. Dezember 2002) davon ausgegangen werden, die Ärzte hätten angenommen, dass die Gesundheitsstörung ohne das Ereignis vom 14. Februar 2002 nicht, oder jedenfalls nicht zu diesem Zeitpunkt eingetreten wäre. Der Hausarzt Dr. med. L. ging demgegenüber ursprünglich von einer Erschöpfungsdepression aus (Überweisungsscheiben vom 18. Februar 2002). Eine Rückweisung der Sache zwecks Einholung eines medizinischen Gutachtens erübrigt sich. Denn selbst wenn – auch aufgrund zusätzlicher Abklärungen – der natürliche Kausalzusammenhang zu bejahen ist, fehlt es am adäquaten Kausalzusammenhang, welcher nach Massgabe der allgemeinen Adäquanzformel zu beurteilen ist (BGE 129 V 185 Erw. 4.2).

4.2 Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung ist der Vorfall vom 14. Februar 2002 – unter Berücksichtigung der weiten Bandbreite der Versicherten – nicht geeignet, eine psychische Störung mit anhaltender vollständiger Erwerbsunfähigkeit herbeizuführen. Wer bloss einen Moment lang einer vermeintlichen Gefahr ausgesetzt ist, kann sich normalerweise vom Schreck rasch erholen, sobald er feststellt, dass die Gefahr nur in seiner Vorstellung bestand. Es verhält sich somit anders als bei einer wirklichen Gefahrenlage, die während längerer Zeit in der Erinnerung

haften bleibt und noch als schrecklich empfunden wird. Selbst wenn das Schreckereignis als Unfall zu qualifizieren wäre, gebricht es somit an der erforderlichen Voraussetzung des adäquaten Kausalzusammenhangs, weshalb die Leistungspflicht der Beschwerdeführerin zu verneinen ist.

Droit à l'indemnité pour changement d'occupation

U 543 Arrêt du TFA du 6 janvier 2005 dans la cause C. (U 132/03)

- **Droit à l'indemnité pour changement d'occupation (art. 86 al. 1 let. b OPA) :**

La durée de 300 jours prévue à l'art. 86 al. 1 let. b OPA correspond au total des jours pendant lesquels le travailleur a effectivement exercé l'activité dangereuse et non au total des jours où l'assuré a été lié par contrat à une entreprise comportant une activité dangereuse ou occupé à une autre activité dans une telle entreprise. Dans la mesure où il se réfère à une durée minimale d'emploi de 300 jours, comme condition du droit à l'indemnisation, l'ATF 126 V 366 cons. 4b ne peut plus être suivi. (cons. 4) (changement de jurisprudence)

- **Anspruch auf eine Übergangsentschädigung (Art. 86 Abs. 1 lit. b VUV):**

Mit der in Art. 86 Abs. 1 lit. b VUV vorgesehenen Dauer von 300 Tagen ist die Gesamtheit der Tage gemeint, an welchen der Arbeitnehmer die gefährdende Tätigkeit tatsächlich ausgeübt hat, und nicht die Gesamtheit der Tage, an welchen der Versicherte vertraglich an einen Betrieb gebunden war, in dem die gefährdende Arbeit vorkam, oder in einem solchen Betrieb mit einer andern Tätigkeit betraut war. Soweit BGE 126 V 366 Erw. 4b eine minimale Anstellungsdauer von 300 Tagen als Entschädigungsvoraussetzung statuiert, kann daran nicht festgehalten werden. (Erw. 4) (Änderung der Rechtsprechung)

- **Diritto all'indennità per cambiamento d'occupazione (art. 86 cpv. 1 lett. b OPI):**

La durata di 300 giorni prevista dall'art. 86 cpv. 1 lett. b OPI corrisponde al totale dei giorni durante i quali il lavoratore ha effettivamente esercitato l'attività pericolosa e non al totale dei giorni durante i quali l'assicurato è stato contrattualmente vincolato a un'impresa comportante un'attività pericolosa oppure occupato in altra attività all'interno di tale impresa. Nella misura in cui fa dipendere da una durata minima d'impiego di 300 giorni il diritto all'indennità, la giurisprudenza pubblicata in DTF 126 V 366 cons. 4b non può più essere seguita. (cons. 4) (cambiamento di giurisprudenza)

I.

A.

C., né le 30 juin 1956, a été engagé à partir du 4 septembre 2000 en qualité de poseur de sol par l'entreprise F. SA. A ce titre, il était assuré auprès de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (CNA) contre le risque d'accidents, professionnels ou non, et de maladie professionnelle.

Le 15 mai 2001, C. a consulté le docteur D., généraliste, pour un eczéma important des mains favorisé par l'usage des résines et durcisseurs dans son travail. Le 6 juin 2001, son employeur a annoncé le cas à la CNA, en indiquant qu'il avait travaillé pour la dernière fois dans l'entreprise le 29 mai 2001. Après instruction au plan médical, la CNA a déclaré C. inapte à tous travaux au contact de résines époxy avec effet immédiat, par décision du 3 août 2001. Le 13 août 2001, F. SA a informé l'assuré que, suite à la décision de la CNA, elle devait résilier son contrat de travail.

Le 28 août 2001, H. SA a signé un contrat de travail avec C., selon lequel l'entreprise l'engageait en qualité de poseur de revêtements de sols à partir du 1er septembre 2001. Du 19 au 30 septembre 2001, il a interrompu son activité pour raison médicale (certificat du 27 septembre 2001 du docteur G.). Le 30 septembre 2001, H. SA a résilié le contrat de travail pour le 31 octobre 2001. Par décision du 2 novembre 2001, la CNA a étendu l'incapacité de l'assuré à la profession de poseur de sols.

Le 6 décembre 2001, C. a demandé à être mis au bénéfice d'une indemnité pour changement d'occupation. Par décision du 21 mai 2002, la CNA a nié le droit de l'assuré à une telle indemnité, car il n'avait pas exercé l'activité dangereuse pendant au moins 300 jours au cours des deux années ayant précédé la notification des décisions d'incapacité. Sur opposition, la CNA a confirmé son point de vue dans une nouvelle décision du 20 septembre 2002.

B.

Par jugement du 7 mai 2003, le Tribunal administratif de la République et canton de Neuchâtel a admis le recours formé par C. contre cette décision et annulé celle-ci.

C.

La Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents interjette recours de droit administratif contre ce jugement, en concluant à son annulation.

C. conclut, sous suite de dépens, au rejet du recours. De son côté, l'Office fédéral des assurances sociales (actuellement en la matière, l'Office fédéral de la santé) en propose l'admission.

II.

Par les considérants suivants, le Tribunal fédéral des assurances a admis le recours de droit administratif :

1.

Est litigieux le droit de l'intimé à l'indemnité pour changement d'occupation; il s'agit plus particulièrement de savoir si celui-ci a exercé l'activité dangereuse pendant au moins 300 jours au cours des deux années qui ont précédé immédiatement la notification des décisions d'exclusion.

2.

2.1 A teneur de l'art. 84 al. 2 LAA, les organes d'exécution peuvent exclure d'un travail qui les mettrait en danger, les assurés particulièrement exposés aux accidents et maladies professionnels. Le Conseil fédéral règle la question des indemnités à verser aux assurés qui, par suite de leur exclusion de l'activité qu'ils exerçaient précédemment, subissent un préjudice considérable dans leur avancement et ne peuvent pas prétendre d'autres prestations d'assurance.

Édicté sur la base de cette délégation législative, l'art. 86 al. 1 de l'ordonnance du 19 décembre 1983 sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles (OPA) prévoit que le travailleur qui a été définitivement ou temporairement exclu d'un travail ou qui a été déclaré apte à l'accomplir à certaines conditions reçoit de l'assureur une indemnité pour changement d'occupation lorsqu'il a exercé, chez un employeur assujéti à l'assurance, l'activité dangereuse pendant au moins 300 jours au cours des deux années qui ont précédé immédiatement la notification de la décision ou le changement d'occupation effectivement survenu pour raisons médicales (let. b).

2.2 L'indemnité pour changement d'occupation ne constitue pas une prestation d'assurance au sens strict du terme mais une prestation accordée en relation avec la prévention des accidents et maladies professionnels (ATF 126 V 204 cons. 2c et les références citées; RAMA 2000 n° U 382 p. 254 3a) et suppose, partant, l'existence d'une mesure relevant de ce domaine, soit une décision d'exclusion au sens des art. 84 al. 2 LAA et 78 OPA (art. 86 al. 1 OPA; arrêt non publié G. du 28 décembre 2001 [U 514/00]).

3.

Les premiers juges ont retenu que le délai de l'art. 86 al. 1 let. b OPA n'avait pas trait à la durée d'exposition à la substance nocive, mais uniquement à la durée de l'occupation dans l'entreprise; dès lors, ils ont considéré que les trois cents jours mentionnés dans cette disposition ne concernaient pas uniquement des jours ouvrables. L'assuré ayant été occupé durant plus de trois cents jours par l'entreprise – les conditions prévues à l'art. 86 al. 1 let. a et let. c OPA étant par ailleurs réunies – il avait droit à une indemnité pour changement d'occupation.

De son côté, la recourante, qui s'en tient à sa pratique et se réfère à la jurisprudence de l'Autorité de céans (en dernier lieu, arrêt K. du 14 février 2002; U 253/01), interprète de manière littérale la disposition réglementaire en exigeant du travailleur l'exercice effectif pendant au moins trois cents jours de l'activité dangereuse. Pendant la période la plus favorable à l'assuré, qui allait du 4 septembre 2000 au 1er novembre 2001, le nombre de jours ouvrables n'avait été que de 295, dont il convenait par ailleurs de déduire quatre semaines de vacances obligatoires.

4.

4.1 Dans la mesure où l'application des dispositions régissant l'indemnité pour changement d'occupation est en cause, le sens et la portée de ces dispositions doivent être déterminés selon les règles usuelles d'interprétation de la loi. Ainsi, il faut en premier lieu se fonder sur la lettre de la disposition en cause (interprétation littérale). Si le texte de cette dernière n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté de son auteur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique). Le sens que prend la disposition dans son contexte est également important (ATF 129 V 263 s. cons. 5.1 et les arrêts cités; voir aussi ATF 130 II 71 cons. 4.2, 130 V 50 cons. 3.2.1, 129 II 356 cons. 3.3, 129 V 165 cons. 3.5, 284 cons. 4.2 et les références¹).

4.2 Le sens littéral de l'art. 86 al. 1 let. b OPA est clair. Cette disposition réglementaire s'applique, selon le texte français, lorsque le travailleur «a exercé, chez un employeur assujetti à l'assurance, l'activité dangereuse pendant au moins 300 jours au cours des deux années qui ont précédé immédiatement la notification de la décision ou le changement d'occupation

effectivement survenu pour raisons médicales»; selon le texte allemand, «wenn der Arbeitnehmer in einem Zeitraum von zwei Jahren unmittelbar vor Erlass der Verfügung oder vor einem medizinisch notwendigen und tatsächlich vollzogenen Wechsel der Beschäftigung bei einem der Versicherung unterstellten Arbeitgeber mindestens 300 Tage lang die gefährdende Arbeit ausgeübt hat»; selon le texte italien, «qualora il lavoratore abbia esercitato, presso un datore di lavoro assoggettato all'assicurazione, l'attività pericolosa durante almeno 300 giorni nel corso dei due anni immediatamente precedenti l'emanazione della decisione o il cambiamento d'occupazione effettivamente avvenuto per motivi medici». Que l'on considère le texte français, allemand ou italien, la durée de 300 jours prévue à l'art. 86 al. 1 let. b OPA correspond au total des jours pendant lesquels le travailleur a effectivement exercé l'activité dangereuse et non au total des jours où l'assuré a été lié par contrat à une entreprise comportant une activité dangereuse ou occupé à une autre activité dans une telle entreprise.

4.3 Ainsi que l'OFAS le relève avec raison, c'est le seul sens qui puisse être donné à l'al. 1 let. b de l'art. 86 OPA, si l'on considère cette disposition dans son ensemble. En effet, selon l'al. 3 de cet article, si le travailleur n'a pas exercé l'activité dangereuse pendant la durée de 300 jours prévue à l'al. 1, let. b, pour la seule raison que le genre de ce travail ne le permettrait pratiquement pas, il a néanmoins droit à l'indemnité pour changement d'occupation s'il a régulièrement travaillé. Cette disposition met ainsi en évidence qu'à l'art. 86 al. 1 let. b OPA, l'activité dangereuse doit avoir été exercée concrètement pendant au moins 300 jours. La Cour de céans a déjà confirmé cette interprétation de manière implicite ou expresse, notamment en dernier dans l'arrêt non publié K. déjà mentionné.

4.4 Aussi, dans la mesure où il fait mention d'une durée minimale d'emploi de 300 jours, comme condition du droit à l'indemnisation, l'ATF 126 V 366 cons. 4b ne peut plus être suivi. En revanche, en tant qu'il a déclaré l'art. 86 al. 1 let. b OPA conforme au droit fédéral, l'arrêt ne peut être que confirmé. En effet, le raisonnement à la base de celui-ci demeure valable si l'on prend en considération une durée minimale d'exercice de l'activité dangereuse de 300 jours : l'extension de la durée d'occupation dans l'entreprise qu'elle entraîne avant l'octroi des mesures financières pour changement d'occupation, s'inscrit encore dans la marge d'appréciation laissée au Conseil fédéral pour régler la question des indemnités à verser aux assurés qui subissent un préjudice considérable en raison d'une décision d'exclusion.

4.5 Aussi, les premiers juges ne pouvaient-ils, sans violer le droit fédéral, considérer que le délai de 300 jours pouvait correspondre à la durée de

l'emploi dans l'entreprise et non à la période pendant laquelle l'activité dangereuse avait été effectivement exercée.

5.

La pratique de la recourante, consistant à calculer la durée de 300 jours en fonction des jours ouvrables, n'est donc pas contraire à l'art. 86 al. 1 let. b OPA, pour autant que l'activité dangereuse n'ait pas été exercée en dehors des jours ouvrables.

5.1 L'intimé a été engagé par F. SA dès le 4 septembre 2000. Par décision du 3 août 2001, la CNA l'a déclaré inapte à tous travaux au contact de résines époxy, avec effet immédiat. A partir du 1er septembre 2001, l'intimé a été engagé par H. SA. Par décision du 2 novembre 2001, la CNA a étendu l'inaptitude à la profession de poseur de sols. Rien au dossier n'indique que l'intimé aurait exercé l'activité dangereuse en dehors des jours ouvrables.

5.2 Il est manifeste qu'au cours des deux années qui ont précédé immédiatement la notification de la décision du 3 août 2001, l'intimé n'a pas exercé l'activité dangereuse auprès de F. SA pendant une durée minimale de 300 jours. Ainsi, selon le décompte des jours ouvrables établi par la recourante, ceux-ci se sont élevés à 230 au 31 juillet 2001, alors que l'activité a cessé en réalité le 29 mai 2001.

Le décompte prenant en compte les jours ouvrables au cours des deux années qui ont précédé la notification de la décision du 2 novembre 2001, plus favorable à l'intimé, totalise 295 jours, dont il y aurait lieu de déduire les vacances prises pendant cette période. Ce total est inférieur aux 300 jours requis; aussi, la question de savoir si un cumul des jours d'activité dangereuse, réalisés auprès de différents employeurs, est possible, peut rester ouverte.

5.3 Il s'ensuit que l'intimé n'a pas exercé l'activité dangereuse pendant la durée de 300 jours prévue à l'art. 86 al. 1 let. b OPA et qu'il n'a pas droit à l'indemnité pour changement d'occupation.

