

Rolnummer 6374
Arrest nr. 42/2017 van 30 maart 2017

## A R R E S T

---

*In zake* : de prejudiciële vragen over de artikelen 1382, 1383 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 136, § 2, van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, gesteld door het Hof van Beroep te Gent.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters E. De Groot en J. Spreutels, en de rechters L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul, F. Daoût, T. Giet en R. Leysen, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter E. De Groot,

wijst na beraad het volgende arrest :

\*

\* \*

## I. *Onderwerp van de prejudiciële vragen en rechtspleging*

Bij arrest van 18 februari 2016 in zake Dirk Baekelant tegen de vzw « Maria Middelaers », Alexis Vercruyssen, Jacobus Van Tichelen en de Landsbond der Christelijke Mutualiteiten, waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 4 maart 2016, heeft het Hof van Beroep te Gent de volgende prejudiciële vragen gesteld :

« 1. Schenden de artikelen 1382, 1383 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, inhoudende een verbod van discriminatie, wanneer ze zo geïnterpreteerd worden dat een slachtoffer van een schadegeval waarbij de schade bestaande uit arbeidsongeschiktheid en inkomstenverlies gekwalificeerd wordt als een verlies van een kans, een hogere vergoeding kan bekomen dan een van een schadegeval waarbij een zelfde even grote schade bestaande uit arbeidsongeschiktheid en inkomstenverlies gekwalificeerd wordt als een effectieve materiële schade ?

2. Schenden de artikelen 1382, 1383 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek in samenlezing met artikel 136 § 2 van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen gecoördineerd op 14 juli 1994 de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, inhoudende een verbod op discriminatie, wanneer ze zo geïnterpreteerd worden dat een ziekteverzekeringsinstelling die uitkeringen (dagvergoedingen) betaalt aan een verzekerde, slachtoffer van een schadegeval waarvoor een derde aansprakelijk is, waarbij de schade van de verzekerde wordt omschreven als verlies van een kans, haar uitkeringen niet kan verhalen op de derde aansprakelijke, en een ziekteverzekeringsinstelling die uitkeringen (dagvergoedingen) betaalt aan een verzekerde, slachtoffer van een schadegeval waarvoor een derde aansprakelijk is, waarbij de schade van de verzekerde wordt omschreven als een effectieve materiële schade aan inkomstenverlies, haar uitkeringen wel kan verhalen op de derde aansprakelijke, terwijl in beide gevallen de gezondheidssituatie van de verzekerde dezelfde is, terwijl er in beide gevallen een derde aansprakelijke is, terwijl in beide gevallen dezelfde uitkeringen worden betaald en terwijl in beide gevallen de verzekerde zelf minstens aanspraak kan maken op een volledige betaling van de uitkeringen ongeacht wat hij bij de aansprakelijke derde nog verder zal recupereren ?

3. Schenden de artikelen 1382, 1383 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek in samenlezing met artikel 136 § 2 van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen gecoördineerd op 14 juli 1994 de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, inhoudende een verbod op discriminatie, wanneer ze zo geïnterpreteerd worden dat een ziekteverzekeringsinstelling die uitkeringen (dagvergoedingen) betaalt aan een verzekerde, slachtoffer van een schadegeval waarvoor een derde aansprakelijk is, waarbij de schade van de verzekerde wordt omschreven als verlies van een kans, haar uitkeringen niet kan verhalen op de derde aansprakelijke, en de verzekerde zelf, die van de ziekteverzekeringsinstelling als gevolg van zijn arbeidsongeschiktheid uitkeringen heeft ontvangen waardoor de ziekteverzekeringsinstelling ten belope van het bedrag van de uitkeringen wettelijk in de rechten van de verzekerde is gesubrogeerd, wel een vergoeding kan ontvangen, omschreven als een vergoeding voor een verlies van een kans, wanneer zowel de door de ziekteverzekeringsinstelling gedane uitkeringen als de aan de verzekerde toe te kennen vergoeding berekend worden op basis van het werkelijk inkomstenverlies van het slachtoffer ? ».

Memories zijn ingediend door :

- Dirk Baekelant, bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. L. De Somer, advocaat bij de balie te Antwerpen;
- de Landsbond der Christelijke Mutualiteiten, bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. P. Van Rompaey, advocaat bij de balie te Antwerpen;
- de Ministerraad, bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. P. Slegers en Mr. A. Baeyens, advocaten bij de balie te Brussel.

De Ministerraad heeft ook een memorie van antwoord ingediend.

Bij beschikking van 8 februari 2017 heeft het Hof, na de rechters-verslaggevers L. Lavrysen en J.-P. Snappe te hebben gehoord, beslist dat de zaak in staat van wijzen is, dat geen terechtzitting zal worden gehouden, tenzij een partij binnen zeven dagen na ontvangst van de kennisgeving van die beschikking een verzoek heeft ingediend om te worden gehoord, en dat, behoudens zulk een verzoek, de debatten zullen worden gesloten op 8 maart 2017 en de zaak in beraad zal worden genomen.

Aangezien geen enkel verzoek tot terechtzitting werd ingediend, is de zaak op 8 maart 2017 in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

## II. *De feiten en de rechtspleging in het bodemgeskil*

De Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen heeft een ziekenhuis en twee geneesheren burgerlijk aansprakelijk gesteld voor een medische fout bij de behandeling van D. Baekelant. Het Hof van Beroep te Antwerpen heeft die aansprakelijkheid bevestigd en heeft voor de tijdelijke en blijvende arbeidsongeschiktheid een schadevergoeding toegekend vanwege het verlies van een kans. Het besliste echter dat die schadevergoeding, gelet op de subrogatie waarin artikel 136, § 2, vierde lid, van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994 (hierna : ZIV-Wet), voorziet, volledig aan de Landsbond der Christelijke Mutualiteiten toekwam, omdat die reeds uitkeringen had verricht aan D. Baekelant voor een hoger bedrag dan de toegekende schadevergoeding. Het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde dat de vermelde uitkeringen en de toegekende schadevergoeding dezelfde schade betreffen. De vaststelling dat de vergoedbare schade het verlies van een kans betreft, zou daaraan geen afbreuk doen.

Het Hof van Cassatie verwerpt dat standpunt. De rechter kan schadevergoeding toekennen voor het verlies van een kans op het verwerven van een voordeel of het vermijden van een nadeel indien het verlies van een kans te wijten is aan een fout. Enkel de economische waarde van de verloren gegane kans komt voor vergoeding in aanmerking. Die waarde kan niet bestaan in het volledige bedrag van het uiteindelijk geleden nadeel of verloren voordeel. Daaruit leidt het Hof van Cassatie af dat het verlies van een kans op herstel van de arbeidsongeschiktheid geen schade is zoals bedoeld in artikel 136, § 2, van de ZIV-Wet. Bij arrest van 23 september 2013 verbreekt het Hof van Cassatie het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen in zoverre dat uitspraak doet over de vordering van de eiser met betrekking tot het inkomstenverlies.

Het Hof van Beroep te Gent, waarnaar de zaak werd verwezen, is zoals het Hof van Cassatie van oordeel dat het verlies van een kans en het verlies van verdienvermogen niet dezelfde schade betreffen. In het geval van verlies van een kans komt niet het volledige nadeel voor vergoeding in aanmerking, maar slechts het deel dat door het verlies van een kans is ontstaan. Dat neemt niet weg dat het slachtoffer *in casu* een verlies van

verdienvermogen lijdt, dat mede werd veroorzaakt door het verlies van een kans. De economische waarde van die verloren gegane kans is andere schade dan die welke wordt gedekt door de vergoeding die de Landsbond der Christelijke Mutualiteiten wegens arbeidsongeschiktheid heeft uitgekeerd. Om die reden kan dat ziekenfonds, als gesubrogeerde in de rechten van D. Baekelant, geen aanspraak maken op de terugbetaling van zijn uitkeringen.

Op verzoek van de Landsbond der Christelijke Mutualiteiten stelt het Hof van Beroep te Gent de hierboven aangehaalde prejudiciële vragen.

### III. *In rechte*

- A -

A.1. De Landsbond der Christelijke Mutualiteiten is van oordeel dat de prejudiciële vragen bevestigend moeten worden beantwoord. Zijn verzekerde heeft de kans verloren om door arbeid inkomen te verwerven. Die kans heeft een economische waarde, bepaald op basis van de mogelijke omvang van het te verwerven inkomen. De uitkeringen van de verzekeringsinstelling worden op dezelfde basis bepaald. Zij vergoeden slechts een gedeelte van het verlies, afhankelijk van de gezinstoestand en de duur van de arbeidsongeschiktheid. De verzekeringsinstelling treedt in de plaats van de verzekerde ingevolge de betaling van een voorschot met een economische waarde, ter vergoeding van een verlies met een soortgelijke economische waarde. Het wettelijke subrogatierecht van de verzekeringsinstelling zou dus op dezelfde wijze van toepassing moeten zijn in geval van verlies van een kans als in geval van een vaststaand verlies.

Een andere interpretatie zou volgens de verzekeringsinstelling tot de merkwaardige vaststelling leiden dat het slachtoffer van een ongeval waarvan de schade als het verlies van een kans wordt gekwalificeerd, een vergoeding kan ontvangen die hoger is dan het bedrag van de werkelijk geleden schade. Wanneer bijvoorbeeld het verlies van een kans 60 pct. bedraagt en het slachtoffer een uitkering wegens arbeidsongeschiktheid ontvangt die 65 pct. van zijn loon bedraagt, dan zou het slachtoffer zonder wettelijk subrogatierecht van de verzekeringsinstelling 125 pct. van de werkelijk geleden schade vergoed krijgen. Het slachtoffer zou met andere woorden beide vergoedingen kunnen cumuleren wanneer staande wordt gehouden dat zij van verschillende aard zijn.

Volgens de verzekeringsinstelling houdt de interpretatie van de in het geding zijnde bepalingen volgens welke zij uitkeringen niet kan terugvorderen wanneer de schade van haar verzekerde wordt omschreven als het verlies van een kans, een discriminatie in ten opzichte van de situatie waarin de verzekerde inkomstschade lijdt die niet wordt omschreven als het verlies van een kans. Er zou geen objectieve verantwoording zijn voor het daaruit voortvloeiende verschil in behandeling van slachtoffers en evenmin voor het daaruit voortvloeiende verschil in behandeling van verzekeringsinstellingen. In beide gevallen is de gezondheidssituatie van de verzekerde identiek. In beide gevallen is er een zelfde derde aansprakelijke. In beide gevallen worden dezelfde uitkeringen betaald en in beide gevallen kan de verzekerde minstens aanspraak maken op een volledige betaling van die uitkeringen, ongeacht wat hij bij de aansprakelijke derde nog zal recupereren.

A.2. De appellante voor de verwijzende rechter is van oordeel dat de prejudiciële vragen ontkennend moeten worden beantwoord. De daarin vermelde situaties zouden niet vergelijkbaar zijn omdat de vergoeding voor het verlies van een kans andere schade vergoedt dan schade wegens inkomstenverlies. De uitkering van een verzekeringsinstelling strekt niet ertoe de schade wegens het verlies van een kans te vergoeden, maar de schade die bestaat in het verlies of de vermindering van het vermogen om door het verrichten van arbeid inkomsten te verwerven die tot het levensonderhoud kunnen bijdragen. Beide situaties zouden dermate verschillend zijn dat er geen vaststelling van discriminatie uit kan voortvloeien. Indien de situaties toch vergelijkbaar zouden zijn, zouden de in het geding zijnde bepalingen het gelijkheidsbeginsel niet schenden in zoverre de uitbetalingen door de verzekeringsinstelling slechts ten belope van het verlies van een kans in mindering kunnen worden gebracht van de toegekende schadevergoeding.

A.3. De Ministerraad verduidelijkt allereerst dat artikel 136, § 2, van de ZIV-Wet niet verwijst naar de effectieve of werkelijke schade, maar naar de werkelijke schadeloosstelling die aan de verzekerde is verleend. Bovendien bepaalt het artikel niet dat die schadeloosstelling de volledige schade moet dekken. Voorts preciseert de Ministerraad dat het verlies aan verdienvermogen zoals bedoeld in artikel 100, § 1, van de ZIV-Wet nooit de

volledige schade dekt, maar enkel de economische waarde ervan. Het betreft het vermogen van een sociaal verzekerde om door te werken in zijn of haar levensonderhoud te voorzien. Ten slotte opent niet elk verlies aan verdienvermogen het recht op uitkeringen. Dat is pas het geval wanneer het verlies aan verdienvermogen ten minste 66 pct. bedraagt.

Wat de eerste prejudiciële vraag betreft, meent de Ministerraad dat het erin vermelde verschil in behandeling niet bestaat. Noch de ZIV-Wet noch de artikelen 1382, 1383 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek laten een meer dan integrale schadevergoeding toe. Wanneer een slachtoffer na tegemoetkoming van de verzekeringsinstelling een vergoeding van de schade voor het verlies van een kans op volledige genezing vordert, moet de rechter in voorkomend geval vaststellen dat het slachtoffer daardoor geen aanvullende schade ondervindt. Het verschil in behandeling zou bijgevolg niet voortvloeien uit de vermelde bepalingen, maar uit de onjuiste toepassing daarvan.

Wat de tweede prejudiciële vraag betreft, merkt de Ministerraad op dat het verlies van een kans op volledige genezing een andere schade is dan de effectieve schade wegens arbeidsongeschiktheid waarvoor de ZIV-Wet in tegemoetkoming voorziet. De subrogatieregeling strekt ertoe verzekeringsprestaties die worden gecumuleerd met schadeloosstelling uit andere wetgeving te recupereren. Wanneer evenwel de schade niet dezelfde is, kan geen subrogatie optreden. Het daaruit voortvloeiende verschil in behandeling zou een redelijk verband van evenredigheid vertonen tussen de aangewende middelen en het beoogde doel, namelijk de vergoeding van het slachtoffer. Niets zou de verzekeringsinstelling verhinderen een eigen vordering in te stellen tegen degene die aansprakelijk is voor de schade.

Wat de derde prejudiciële vraag betreft, voert de Ministerraad aan dat het in die vraag om verschillende situaties gaat die verschillend worden behandeld. Het slachtoffer van een onvolledige genezing lijdt immers een eigen en specifieke schade, namelijk de niet volledige genezing. Die schade valt volgens het Hof van Cassatie niet samen met de arbeidsongeschiktheid van hetzelfde slachtoffer. Het verschil in behandeling steunt op een objectief en redelijk criterium en heeft geen onredelijke gevolgen.

In zijn memorie van antwoord verduidelijkt de Ministerraad ten slotte de draagwijdte van het begrip « subrogatie » of « indeplaatsstelling », met talrijke verwijzingen naar de rechtsleer. De subrogatie heeft als doel dat het slachtoffer sneller wordt betaald en dat de derde-betaler de verhaalmogelijkheden van het slachtoffer mag overnemen. *In casu* komen de verzekeringsinstellingen niet tegemoet voor de betaling van het verlies van een kans op genezing. Het zou bijgevolg verantwoord zijn dat de verzekeringsinstelling geen indeplaatsstelling geniet.

- B -

B.1. De prejudiciële vragen hebben betrekking op de artikelen 1382, 1383 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek (eerste vraag), in samenhang gelezen met artikel 136, § 2, van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994 (hierna : ZIV-Wet) (tweede en derde vraag).

B.2.1. Artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt :

« Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden ».

B.2.2. Artikel 1383 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt :

« Ieder is aansprakelijk niet alleen voor de schade welke hij door zijn daad, maar ook voor die welke hij door zijn nalatigheid of door zijn onvoorzichtigheid heeft veroorzaakt ».

B.2.3. Artikel 1384 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt :

« Men is aansprakelijk niet alleen voor de schade welke men veroorzaakt door zijn eigen daad maar ook voor die welke veroorzaakt wordt door de daad van personen voor wie men moet instaan, of van zaken die men onder zijn bewaring heeft.

De vader en de moeder zijn aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door hun minderjarige kinderen.

De meesters en zij die anderen aanstellen, voor de schade door hun dienstboden en aangestelden veroorzaakt in de bediening waartoe zij hen gebezigd hebben.

De onderwijzers en de ambachtslieden, voor de schade door hun leerlingen en leerjongens veroorzaakt gedurende de tijd dat deze onder hun toezicht staan.

De hierboven geregelde aansprakelijkheid houdt op, indien de ouders, onderwijzers en ambachtslieden bewijzen dat zij de daad welke tot die aansprakelijkheid aanleiding geeft, niet hebben kunnen beletten ».

B.2.4. Uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie blijkt dat de werkelijk geleden schade moet worden onderscheiden van de schade die bestaat in het verlies van een kans. De vaststelling dat de werkelijk geleden schade niet voor vergoeding in aanmerking komt omdat geen zeker oorzakelijk verband bestaat tussen de fout en de werkelijke schade, sluit niet uit dat het verlies van een kans wordt vergoed indien een zeker oorzakelijk verband bestaat tussen de fout en de verloren gegane kans. Die kans heeft aldus een eigen economische waarde. Zij verschilt van andere onderdelen van de voor vergoeding in aanmerking komende schade doordat ermee wordt verwezen naar een toekomstig, doch slechts waarschijnlijk voordeel.

De benadeelde kan aldus schadevergoeding verkrijgen voor het verlies van een kans ook al zou zonder de fout het verhoopte resultaat niet met zekerheid zijn verkregen. Het volstaat daarvoor dat tussen de fout en het verlies van een kans een noodzakelijk verband bestaat en dat het verlies een reële kans betreft. De vergoeding bestaat niet in het volledige bedrag van het uiteindelijk geleden nadeel of het verloren voordeel, maar in de eigen economische

waarde van de verloren gegane kans (Cass., 15 mei 2015, *Arr. Cass.*, 2015, nr. 311; Cass., 21 april 2016, C.15.0286.N).

De schadevergoeding die de benadeelde voor het verlies van een kans ontvangt, is bijgevolg geen gedeeltelijke vergoeding van de werkelijk geleden schade, maar een integrale vergoeding van de verloren gegane kans. De economische waarde van die kans wordt doorgaans bepaald door het voordeel dat de benadeelde mocht verwachten wanneer de kans werkelijkheid wordt, te vermenigvuldigen met de graad van waarschijnlijkheid van verwezenlijking van de kans.

### B.3.1. Artikel 136, § 2, van de ZIV-Wet bepaalt :

« De bij deze gecoördineerde wet bepaalde prestaties worden geweigerd indien voor de schade voortvloeiend uit ziekte, letsels, functionele stoornissen of overlijden, krachtens een andere Belgische wetgeving, een vreemde wetgeving of in het gemeen recht werkelijk schadeloosstelling is verleend. Belopen de bedragen welke krachtens die wetgeving of het gemeen recht worden verleend evenwel minder dan de prestaties van de verzekering, dan heeft de rechthebbende recht op het verschil ten laste van de verzekering.

Voor de toepassing van deze paragraaf is het bedrag van de door de andere wetgeving verleende prestaties gelijk aan het brutobedrag verminderd met het bedrag van de socialezekerheidsbijdragen welke op die prestaties worden ingehouden.

De prestaties worden, onder door de Koning bepaalde voorwaarden, toegekend in afwachting dat de schade effectief wordt vergoed krachtens een andere Belgische wetgeving, een vreemde wetgeving of het gemeen recht.

De verzekeringsinstelling treedt rechtens in de plaats van de rechthebbende; deze indeplaatsstelling geldt, tot beloop van het bedrag van de verleende prestaties, voor het geheel van de sommen die krachtens een Belgische wetgeving, een buitenlandse wetgeving of het gemeen recht verschuldigd zijn en die de in het eerste lid bedoelde schade geheel of gedeeltelijk vergoeden.

De overeenkomst die tot stand gekomen is tussen de rechthebbende en degene die schadeloosstelling verschuldigd is, kan niet tegen de verzekeringsinstelling worden aangevoerd zonder haar instemming.

Degene die schadeloosstelling verschuldigd is, verwittigt de verzekeringsinstelling van zijn voornemen om de rechthebbende schadeloos te stellen; hij maakt aan de verzekeringsinstelling, indien deze geen partij is, een kopij over van de tot stand gekomen akkoorden of gerechtelijke beslissingen. De verzekeringsmaatschappijen burgerlijke aansprakelijkheid worden gelijkgesteld met degene die schadeloosstelling is verschuldigd.

Indien degene die schadeloosstelling verschuldigd is, nalaat de verzekeringsinstelling in te lichten overeenkomstig het vorige lid, kan hij tegen laatstgenoemde de betalingen die hij verrichtte ten gunste van de rechthebbende niet aanvoeren; ingeval van dubbele betaling blijven deze definitief verworven in hoofde van de rechthebbende.

De verzekeringsinstelling heeft een eigen recht van terugvordering van de verleende prestaties tegenover het Gemeenschappelijk waarborgfonds bedoeld in artikel 49 van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, in de gevallen bedoeld bij artikel 50 van diezelfde wet ».

B.3.2. De in de voormelde bepaling bedoelde prestaties zijn *in casu* de uitkeringen bestemd om het verlies aan economische geschiktheid van de arbeidsongeschikte werknemer te compenseren.

In artikel 100, § 1, van de ZIV-Wet worden drie voorwaarden vastgesteld om een dergelijke uitkering te genieten. De werknemer dient elke werkzaamheid te hebben onderbroken; die onderbreking moet het rechtstreekse gevolg zijn van het intreden of het verergeren van letsels of functionele stoornissen; die laatste moeten zijn vermogen tot verdienen met minstens twee derden verminderen.

De vermindering van zijn vermogen tot verdienen mag niet worden gelijkgesteld met het concrete loonverlies dat de betrokkene lijdt als gevolg van het stopzetten van zijn werkzaamheid. Die vermindering dient immers te worden bepaald door de situatie van de betrokkene te toetsen aan een referentieberoep, waarbij met name rekening wordt gehouden met zijn « stand » en « opleiding », alsook met zijn beroep of de verschillende beroepen die hij gelet op zijn beroepsopleiding zou kunnen uitoefenen.

B.3.3. Op grond van artikel 136, § 2, vierde lid, van de ZIV-Wet treedt de verzekeringsinstelling, ten belope van het bedrag van de verleende prestaties, in de plaats van de verzekerde voor het vorderen van de gemeenrechtelijke schadevergoeding van de personen die voor de arbeidsongeschiktheid aansprakelijk zijn.

Bij zijn arrest van 23 september 2013 heeft het Hof van Cassatie (Cass., 23 september 2013, *Arr. Cass.*, 2013, nr. 472) geoordeeld :

« 4. De in artikel 136, § 2, ZIV-wet bedoelde schade wegens arbeidsongeschiktheid bestaat in het verlies of de vermindering van het vermogen om, door het verrichten van



arbeid, inkomsten te verwerven die tot het levensonderhoud kunnen bijdragen. Dit is dezelfde schade als die waarop de gemeenrechtelijke vergoeding voor arbeidsongeschiktheid betrekking heeft.

5. Degene die schadevergoeding vordert moet bewijzen dat er tussen de fout en de schade, zoals die zich heeft voorgedaan, een oorzakelijk verband bestaat. Dit verband veronderstelt dat, zonder de fout, de schade niet had kunnen ontstaan, zoals ze zich heeft voorgedaan.

De rechter kan vergoeding toekennen voor het verlies van een kans op het verwerven van een voordeel of het vermijden van een nadeel indien het verlies van deze kans te wijten is aan een fout.

Enkel de economische waarde van de verloren gegane kans komt voor vergoeding in aanmerking. Deze waarde kan niet bestaan uit het volledige bedrag van het uiteindelijk geleden nadeel of het verloren voordeel.

6. Hieruit volgt dat het verlies van een kans op herstel van de arbeidsongeschiktheid geen schade is zoals bedoeld in artikel 136, § 2, ZIV-wet.

7. De appelrechters oordelen dat :

- de schade van de eiser volgens het tussenarrest van 18 september 2006 bestaat in het verlies van een kans op functioneel herstel;

- de omvang van het verlies van deze kans moet vastgesteld worden op 43 % ingevolge de onzorgvuldigheden van dr. D. en de derde verweerder en op 33 % ingevolge de onzorgvuldigheden van de tweede verweerder;

- de werkelijke schade van de eiser wegens inkomstenverlies voor de periode tijdelijke arbeidsongeschiktheid 44.612,33 euro en voor de periode van blijvende arbeidsongeschiktheid 449.250,74 euro, hetzij samen 498.863,06 [lees : 493.863,06] euro, bedraagt;

- de schadevergoeding verschuldigd voor het inkomstenverlies van de eiser ingevolge het verlies van een kans dient bepaald te worden op 493.863,06 euro x 43 %, hetzij 212.361,11 euro;

- de Landsbond der Christelijke Mutualiteiten uitkeringen tot beloop van 250.075,28 euro heeft verricht aan de eiser.

8. De appelrechters die in die omstandigheden oordelen dat de vergoeding voor inkomstenverlies volledig toekomt aan het ziekenfonds omdat het om één en dezelfde schade gaat en het feit dat het verlies van een kans hier vergoedbare schade vormt, daaraan geen afbreuk doet, verantwoorden hun beslissing niet naar recht ».

B.3.4. Uit dat arrest vloeit voort dat de economische waarde van de verloren gegane kans andere schade betreft dan de schade wegens arbeidsongeschiktheid die de verzekeringsinstelling heeft vergoed zodat die verzekeringsinstelling niet in de plaats kan

treden van de verzekerde teneinde de uitgekeerde bedragen terug te vorderen van de personen die voor de schade van de verzekerde aansprakelijk zijn.

B.4. De verwijzende rechter wenst van het Hof te vernemen of de artikelen 1382, 1383 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek, afzonderlijk beschouwd (eerste prejudiciële vraag) of in samenhang gelezen met artikel 136, § 2, van de ZIV-Wet (tweede en derde prejudiciële vraag), de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schenden, doordat zij in de voormelde interpretatie van het Hof van Cassatie tot een verschil in behandeling leiden van zowel de slachtoffers van een schadegeval als van de verzekeringsinstellingen die uitkeringen hebben betaald aan het verzekerde slachtoffer.

Wanneer de schade bestaande uit arbeidsongeschiktheid en inkomstenverlies als verlies van een kans wordt gekwalificeerd, zouden de slachtoffers volgens de verwijzende rechter een hogere vergoeding kunnen ontvangen dan wanneer dezelfde schade als een werkelijk geleden schade wordt gekwalificeerd (eerste prejudiciële vraag).

Verzekeringsinstellingen die uitkeringen hebben betaald aan het slachtoffer van een schadegeval waarvoor een derde aansprakelijk is, kunnen hun uitkeringen niet verhalen op de derde aansprakelijke wanneer de schade van de verzekerde wordt omschreven als verlies van een kans, terwijl zij die uitkeringen wel kunnen verhalen wanneer de schade van de verzekerde wordt omschreven als een werkelijk geleden schade (tweede prejudiciële vraag) en terwijl ook de verzekerde zelf, die reeds de uitkeringen van de verzekeringsinstelling heeft ontvangen, een vergoeding voor het verlies van een kans kan ontvangen (derde prejudiciële vraag).

B.5. De subrogatie van de verzekeringsinstelling heeft krachtens artikel 136, § 2, van de ZIV-Wet betrekking op vergoeding van « schade voortvloeiend uit ziekte, letsels, functionele stoornissen of overlijden, [waarvoor] krachtens een andere Belgische wetgeving, een vreemde wetgeving of in het gemeen recht werkelijk schadeloosstelling is verleend ». Zij heeft geen betrekking op de vergoeding van schade voortvloeiend uit het verlies van een kans.

De in de prejudiciële vragen vermelde verschillen in behandeling zijn alle een gevolg van dat onderscheid. Gelet op hun onderlinge samenhang dienen de prejudiciële vragen samen te worden onderzocht.

B.6. Het onderscheid tussen de vergoeding van de werkelijk geleden schade, die de verzekeringsinstelling kan terugvorderen, en de vergoeding van de schade voortvloeiend uit het verlies van een kans, die de verzekeringsinstelling niet kan terugvorderen, berust op een objectief criterium dat evenwel niet in verband staat met het nagestreefde doel.

Het slachtoffer van een schadegeval heeft immers in het stelsel van ziekte en invaliditeit slechts recht op uitkeringen in zoverre zijn schade niet op een andere wijze wordt vergoed. Dat uitgangspunt strekt met name ertoe te vermijden, enerzijds, dat de gemeenschap instaat voor kosten die door een aansprakelijke derde werden veroorzaakt en, anderzijds, dat de rechthebbende de uitkeringen wegens arbeidsongeschiktheid op ongerechtvaardigde wijze met de gemeenrechtelijke vergoeding cumuleert.

De verzekeringsinstelling treedt in de plaats van de rechthebbende om de gemeenrechtelijke vergoeding te recupereren. Geen enkel gegeven kan verantwoorden dat de gemeenrechtelijke vergoeding voor het verlies van een kans niet door de verzekeringsinstelling kan worden gerecupereerd, noch dat het slachtoffer de gemeenrechtelijke vergoeding voor het verlies van een kans zou ontvangen zonder dat de verzekeringsinstelling haar prestaties, ten belope van de toegekende gemeenrechtelijke vergoeding, kan terugvorderen.

Het niet toestaan, ten behoeve van de instellingen van de ziekteverzekering, van subrogatie voor de vergoeding van schade voortvloeiend uit het verlies van een kans of van de mogelijkheid tot terugvordering van de verleende prestaties ten belope van de toegekende gemeenrechtelijke vergoeding, vormt een buitensporige last voor de vermelde instellingen en voor de financiën van de ziekteverzekering en leidt bovendien tot een ongerechtvaardigd verschil in behandeling van de verzekerden.

B.7. Artikel 136, § 2, van de ZIV-Wet, in samenhang gelezen met de artikelen 1382, 1383 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek, schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in zoverre het de verzekeringsinstellingen niet in de plaats stelt van de verzekerde voor de vergoeding van schade voortvloeiend uit het verlies van een kans of hun niet het recht verleent de uitgekeerde prestaties terug te vorderen ten belope van de aan de verzekerde toegekende gemeenrechtelijke vergoeding voor het verlies van een kans.

B.8. De in het geding zijnde bepalingen zouden niet op een grondwetsconforme wijze kunnen worden geïnterpreteerd zonder afbreuk te doen aan de zelfstandige betekenis van de schade die bestaat in het verlies van een kans. Het staat aan de wetgever dat onderdeel van de voor vergoeding in aanmerking komende schade in beschouwing te nemen, door de subrogatie van de verzekeringsinstellingen tot de vergoeding van de verloren gegane kans uit te breiden of door in een recht van terugvordering van hun prestaties te voorzien ten belope van de aan de verzekerde toegekende gemeenrechtelijke vergoeding van de verloren gegane kans. In afwachting van het optreden van de wetgever, dient de rechter naar gelang van de omstandigheden de vermelde subrogatie of het vermelde recht van terugvordering toe te staan.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

Artikel 136, § 2, van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in zoverre het de vergoeding van schade voortvloeiend uit het verlies van een kans, zoals bedoeld in de artikelen 1382, 1383 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek, buiten beschouwing laat.

Aldus gewezen in het Nederlands en het Frans, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op 30 maart 2017.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

E. De Groot