

Commissie van Advies Volledige Schadevergoeding (CAVS)

2018/031 van 16 maart 2018

CAVS: voorzitter: Prof. mr. S.D. Lindenbergh; leden: Mr. J.P. de Jong en Dhr. H.J. Kleian

Gedeeltelijke of volledige toerekening van de schade?

Loopbaanverloop.

Bijverdiencapaciteit. Bevestiging eerder advies inzake bijverdiencapaciteit: de Commissie heeft als uitgangspunt geformuleerd dat het in het algemeen aannemelijk is dat tot 100% van de laatstgenoten bezoldiging extra inkomen wordt verworven, tenzij in een specifieke situatie wordt aangetoond dat er sprake is van feiten en omstandigheden op grond waarvan van een hoger of lager percentage moet worden uitgegaan.

Toerekening van de schade. Het ontslag van betrokkene is gebaseerd op een rapport betreffende een Militair Geneeskundig onderzoek waarin als een van de medische diagnoses m.b.t. de dienstongeschiktheid PTSS met dienstverband is vermeld. Dat betekent dat een conditio sine qua non-verband tussen de uitzending en het uitvallen van betrokkene vaststaat. Onder de gegeven omstandigheden ziet de Commissie dan – mede gelet op het karakter en de daarmee samenhangende toegangseisen van de UVS - geen aanleiding voor een gedeeltelijke toerekening van de schade van B. Dat zou naar maatstaven van civiel recht immers slechts anders zijn wanneer B. zelf, met inachtneming van zijn persoonskenmerken, onvoldoende aan zijn herstel zou hebben bijgedragen, of wanneer voldoende aannemelijk zou zijn dat hij ook zonder het specifieke letsel met dienstverband zou zijn uitgevallen.

(de onderstaande tekst is geanonimiseerd en bevat niet de woordelijke weergave van de tekst van het advies)

Advies

inzake het geschil tussen de Minister van Defensie (Mindef) - en de heer B., vertegenwoordigd door mr. H.J.M.G.M. van der Meijden.

Het geschil betreft een zevental geschilpunten ten aanzien van de berekening van de schade van belanghebbende:

1. het hypothetisch verloop van de loopbaan van belanghebbende tot de datum van zijn leeftijdsontslag;

2. vergoedingen conform de functie van
3. hoogte inkomen tijdens de UKW-periode;
4. de inkomenssituatie in de huidige situatie met de dienstverbandaandoening;
5. de inkomenssituatie met uitzendgerelateerde psychische klachten;
6. toerekening van het percentage van de schade aan de uitzendgerelateerde klachten;
7. vordering terzake fiscaal te compenseren verliezen.

Verloop van de procedure

- Op 17 januari 2018, aangevuld met een schrijven van 31 januari 2018, diende mr. H.J.M.G.M. van der Meijden namens belanghebbende een verzoek in om advies;
- op 8 februari 2018 werd van de Hoofd Directeur Personeel (HDP) namens Mindef een reactie ontvangen);
- op 21 februari 2018 werd het verzoek besproken door de Commissie;
- op 16 maart 2018 heeft de Commissie het advies vastgesteld.

Grondslag voor behandeling door CAVS

Bij besluit van de Minister van Defensie van 27 november 2015, nr BS2015021472, is per 1 september 2015 de commissie van advies volledige schadevergoeding (CAVS) ingesteld, hierna te noemen de Commissie. Op grond van artikel 3 van voornoemd besluit brengt de Commissie op verzoek van de Minister advies uit over de aan de schadeberekening ten grondslag liggende uitgangspunten, indien de belanghebbende als bedoeld in artikel 1 van de uitvoeringsregeling volledige schadevergoeding (UVS) en de Minister hieromtrent geen overeenstemming hebben bereikt. In casu is er sprake van een dergelijk geval. Het verzoek is namens belanghebbende ingediend door mr. Van der Meijden. De Hoofd Directeur Personeel (HDP) van het ministerie heeft te kennen gegeven dat het geschil als verwoord door mr. Van der Meijden inderdaad aan de orde is.

Beschouwing

1. Inleiding

Uit de stukken blijkt dat er sedert mei 2015 overleg is geweest tussen het Diensten Centrum Juridische Dienstverlening (DCJDV), zijnde behandelaar namens het Ministerie van Defensie, en B. over een schadevergoeding aan B. Daarbij is een aantal punten van bespreking aan de orde geweest, waarbij over zeven punten geen overeenstemming is bereikt:

1. Het hypothetisch verloop van de loopbaan van belanghebbende tot de datum van zijn leeftijdsontslag. Belanghebbende stelt dat hij een loopbaantraject zou hebben doorlopen met als eindrang DCJDV heeft voorgesteld om ervan uit te gaan dat belanghebbende op 1 januari 2017 de rang van .. (t.w. een (1) rang lager dan gevorderd) als maximum zou hebben bereikt.

2. Vergoedingen conform de functie van Uit het verzoek om advies alsmede uit de reactie van de HDP blijkt dat tussen partijen overeenstemming bestaat over dit punt, zodat dit onderwerp geen verdere behandeling behoeft.
3. Inkomsten van B. gedurende de periode na zijn leeftijdsontslag in de situatie zonder dienstverbandaandoening. B. stelt dat hij jaarlijks ... euro had kunnen bijverdienen gedurende de periode na het leeftijdsontslag. DCJDV stelt dat niet is aangetoond dat B. een dergelijk inkomen zou hebben kunnen verwerven en gaat uit van een bijverdiencapaciteit tot 100% van de laatst genoten bezoldiging.
- 4 - 6. De inkomenssituatie in de situatie vanaf 1 juli 2017 met de dienstverbandaandoening en de toerekening van het inkomensverlies aan het dienstverband. De Commissie begrijpt deze geschilpunten aldus dat B. stelt dat een bruto-inkomen tot een bedrag van ... euro per jaar een redelijk uitgangspunt is, mits de volledige schade (100%) wordt toegerekend, en dat DCJDV met dat bedrag akkoord gaat, zij het tot een toerekening aan het dienstverband van 40% in plaats van 100%.
7. Ten aanzien van de schadevergoeding stelt B. dat deze netto wordt uitgekeerd, vervolgens wordt gebruteerd, en de loonheffing wordt afgedragen. B. stelt dat zich daarbij een vergelijking met het traject brutoloon naar nettoloon opdringt. De ingehouden loonheffing is op naam van B. geregistreerd en verrekeningen met andere jaren staan open. B. ziet niet in waarom dit voordeel hem wordt onthouden. DCJDV beschouwt het niet kunnen verrekenen van de fiscaal compenseerbare verliezen in dit verband niet als schadepost. De netto uitkering in het kader van de UVS, waarbij de loonheffing voor rekening van de staat komt, dient los gezien te worden van de eventueel fiscaal te compenseren verliezen van zijn activiteiten van B. in zijn relatie tot de fiscus. Indien en voor zover het wel als schadepost aangemerkt dient te worden, meent DCJDV dat deze in alle redelijkheid niet aan het ministerie toegerekend kan worden.

2. Overwegingen

2.1. Valt belanghebbende onder de UVS?

Alvorens in te gaan op de onderscheiden punten van geschil acht de Commissie het van belang om te beoordelen of B. aanspraak kan maken op de UVS en zo daarvan sprake is, wat de consequenties daarvan zijn. De beantwoording van deze vraag heeft gevolgen voor de behandeling van een aantal geschilpunten.

Belanghebbende in de UVS is de beroepsmilitair, aan wie na 1 juli 2007 ontslag is verleend en bij wie een bepaalde mate van invaliditeit met dienstverband is vastgesteld na het bereiken van een medische "eindtoestand". Hiervoor is niet een mate van invaliditeit van ten minste 10% vereist. B. in de onderhavige situatie was beroepsmilitair, en een aantal malen uitgezonden geweest. In 2005 openbaarden zich de in het dossier genoemde klachten, waarbij onder meer PTSS (met verlaat begin) is vastgesteld die in verband wordt gebracht met de uitzendingen als militair .

Nu is vastgesteld dat B. lijdt aan PTSS die in verband wordt gebracht met zijn uitzendingen als militair, en bij hem als gevolg daarvan een bepaalde mate van invaliditeit met dienstverband is

vastgesteld, concludeert de Commissie dat hij belanghebbende is in de zin van het Besluit aanvullende arbeidsongeschiktheid- en invaliditeitsvoorzieningen (Besluit AO/IV) en o.g.v. artikel 1 van de UVS derhalve aanspraak kan maken op een volledige vergoeding van zijn naar de maatstaven van civiel recht vast te stellen (rest-)schade.

2.2. Het hypothetisch loopbaanverloop van belanghebbende tot de datum van zijn leeftijdsontslag.

De Commissie stelt voorop dat het bij de vaststelling van het verlies aan arbeidsvermogen als gevolg van de dienstverbandaandoening gaat om een vergelijking tussen het inkomen dat belanghebbende zonder de dienstaandoening zou hebben genoten en het inkomen dat hij met de dienstaandoening nog geniet. Bij de vaststelling van het eerste gaat het om een inschatting van de goede en kwade kansen aan de hand van de redelijke verwachtingen ten aanzien van het toekomstige loopbaanverloop in de situatie zonder dienstaandoening. Onder de goede kansen wordt in dit verband bijvoorbeeld begrepen het volbrengen van de loopbaan met promoties; onder de kwade kansen bijvoorbeeld het missen van bevorderingen, het geheel of gedeeltelijk beëindigen van de dienstbetrekking door reorganisatie, of uitval wegens ziekte (voor zover niet toe te schrijven aan het dienstverband) of om andere redenen.

Ten aanzien van het hypothetische loopbaanverloop van B. zonder beperkingen adviseert de Commissie het gebruikelijke verloop van de militaire loopbaan van een persoon als B. als vertrekpunt te nemen en dat toe te spitsen op de kenmerken van de positie van B.

Het normale verloop van de loopbaan van iemand als B. zou bij goed functioneren hebben ingehouden dat hij als gebrevetteerde officier bij de Koninklijke Landmacht een aantal (zware) functies zou hebben vervulde in de rang van majoor, waarna hij, afhankelijk van het niveau van functievervulling en de beschikbaarheid van hogere functies, had kunnen doorstromen naar functies met een hogere rang. Gedurende dat traject zijn er een aantal zogenoemde “meetmomenten”, waarop de gebrevetteerde officier wordt beoordeeld.

B. was ten tijde van zijn uitval nog geen drie jaren als gebrevetteerde officier werkzaam. De Commissie kan uit het dossier niet opmaken dat betrokkene het eerste “meetmoment” heeft bereikt en daarbij op grond van zijn functioneren in een “zware” functie is beoordeeld. Mr. Van der Meijden heeft een opsomming gegeven van het loopbaanverloop van een aantal (naar zijn mening vergelijkbare) officieren. De Commissie merkt hierover op dat deze officieren niet goed met elkaar te vergelijken zijn. Niet alle officieren uit de vergelijking hadden een vergelijkbare opleiding gehad, sommigen hadden al een functie vervuld in de (hogere) rang, of hadden een hogere vervolgopleiding in het buitenland gevolgd, en tevens hebben niet alle officieren uit de vergelijking de eindrang, als gesteld door de raadsman, gehaald.

De Commissie heeft voorts kennis genomen van het aanbod van DCJDV om B. financieel te behandelen als zou hij – als (rang) ... – de functie van ... hebben bekleed. De Commissie acht het – gelet op het voorgaande – redelijk om ten aanzien van het hypothetisch loopbaanverloop van B. uit te gaan van de eindrang van

2.3. Bijverdiencapaciteit na de datum van leeftijdsontslag

B stelt dat hij tijdens de periode na het leeftijdsontslag ... euro per jaar zou hebben bijverdiend. In het advies van 7 juli 2016, nr. 2016/071 heeft de Commissie als uitgangspunt geformuleerd dat het niveau van de uitkering tijdens de periode na leeftijdsontslag in het algemeen voldoende wordt geacht om rond te komen tot de pensioengerechtigde leeftijd. De Commissie acht het desondanks aannemelijk dat

militairen na het leeftijdsontslag inkomen bijverdienen. Aangezien er ten algemene onvoldoende inzicht bestaat in de mate en hoeveelheid van het bijverdienen na het leeftijdsontslag heeft de Commissie als uitgangspunt geformuleerd dat het in het algemeen aannemelijk is dat tot 100% van de laatstgenoten bezoldiging extra inkomen wordt verworven, tenzij in een specifieke situatie wordt aangetoond dat er sprake is van feiten en omstandigheden op grond waarvan van een hoger of lager percentage moet worden uitgegaan.

De Commissie constateert dat het bedrag dat B. zou kunnen bijverdienen tijdens zijn UKW periode mede gebaseerd is op de veronderstelling dat B. de eindrang van ... zou hebben bereikt. Hierover heeft de Commissie zich hiervoor al uitgelaten.

De Commissie heeft kennis genomen van de activiteiten van B. De informatie uit het dossier ten aanzien van de resultaten over de afgelopen jaren van die activiteiten geeft niet de aanwijzing dat sprake zal zijn van bijverdienen van ... euro per jaar.

De Commissie heeft geconstateerd dat voor het overige van dergelijke feiten of omstandigheden niet is gebleken. De Commissie adviseert daarom uit te gaan van een bijverdiencapaciteit tot 100% van de laatstgenoten bezoldiging, daarbij uitgaande van de situatie dat B. zijn door de Commissie geadviseerde loopbaanpatroon voor wat betreft de eindrang zou hebben doorlopen.

2.4. De inkomenssituatie met uitzendinggerelateerde psychische klachten (geschilpunt 4 en 5) en de toerekening van de schade (geschilpunt 6)

Gelet op hetgeen hiervoor in de Inleiding is overwogen, adviseert de Commissie voor de inkomenssituatie vanaf 2017 uit te gaan van een bruto bedrag per jaar van € De Commissie heeft onder 2.1. reeds overwogen dat het uitgangspunt van de UVS is dat de naar civielrechtelijke maatstaven vast te stellen schade dient te worden vergoed. Gelet op het medisch dossier van B. gaat de Commissie ervan uit dat B. zonder de uitzendingen geen PTSS zou hebben opgelopen en niet zou zijn uitgevallen. Aan B. is ontslag verleend per Dit ontslag is gebaseerd op een rapport betreffende een Militair Geneeskundig onderzoek (MGO) waarin als een van de medische diagnoses m.b.t. de dienstongeschiktheid PTSS met dienstverband is vermeld. Dat betekent dat een *conditio sine qua non*-verband tussen de uitzending en het uitvallen van B. vaststaat. Onder de gegeven omstandigheden ziet de Commissie dan – mede gelet op het karakter en de daarmee samenhangende toegangseisen van de UVS zoals hiervoor onder 2.1 verwoord – geen aanleiding voor een gedeeltelijke toerekening van de schade van B. Dat zou naar maatstaven van civiel recht immers slechts anders zijn wanneer B. zelf, met inachtneming van zijn persoonskenmerken, onvoldoende aan zijn herstel zou hebben bijgedragen, of wanneer voldoende aannemelijk zou zijn dat hij ook zonder het specifieke letsel met dienstverband zou zijn uitgevallen (Vgl. HR 8 februari 1985, NJ 1986/137 en HR 27 november 2015, NJ 2016/138.) Daarvoor heeft de Commissie geen aanwijzingen kunnen vinden.

Dat betekent dat de Commissie adviseert om 100% van het inkomensverlies toe te rekenen en om uit te gaan van het volledige bedrag van € ...

2.5. Vordering terzake de fiscaal compenseerbare verliezen

De Commissie kan, gelet op de overgelegde stukken en vanwege het ontbreken van een fiscaal (pre-) advies terzake geen zelfstandige beoordeling geven van dit voorgelegde fiscale geschilpunt. De Commissie kan over dit punt geen inhoudelijk advies uitbrengen en geeft partijen in overweging dit geschilpunt voor te leggen aan de Belastingdienst of aan een (onafhankelijk) fiscaal adviseur.

3. Advies

De Commissie adviseert om bij de vaststelling van de schade van B. uit te gaan van:

1. het verloop van de loopbaan van belanghebbende met een eindrang van ...
2. een bijverdiencapaciteit gedurende de periode van het leeftijdsontslag tot 100% van de dan laatstgenoten bezoldiging met inachtneming van een fictieve eindrang van ...;
3. een percentage van 100 en een bedrag per jaar van ...euro (bruto) ten aanzien van de berekening van de schade, alsmede ten aanzien van de inkomenssituatie met uitzendgerelateerde psychische klachten.