

Commissie van advies volledige schadevergoeding (CAVS)

2023/091 van 11 december 2023

CAVS: voorzitter: Mr. J. Sap; leden: Mr. J.P. de Jong en Dhr. H.J. Kleian

Situatie voor datum officiële bijzondere invaliditeitsverhoging (BIV)-uitkering bij handhaving in de dienst; Hypothetische bevordering en BIV

Situatie voor datum officiële BIV-uitkering bij handhaving in de dienst

De commissie stelt vast dat al voor 1993 in de regelgeving de mogelijkheid bestond dat een militair die ongeschikt is voor de dienst, maar wordt gehandhaafd in de dienst, recht heeft op een bijzondere invaliditeitsverhoging. Daargelaten dat belanghebbende mogelijk op eerdere momenten aanvragen had kunnen doen of rechtsmiddelen had kunnen aanwenden, neemt dit niet weg dat de staatssecretaris in deze ook een eigen verantwoordelijkheid heeft. De staatssecretaris had als goed werkgever belanghebbende kunnen en moeten wijzen op de mogelijkheid om een BIV aan te vragen, dan wel ambtshalve dit traject moeten opstarten toen duidelijk werd of redelijkerwijs duidelijk had kunnen zijn dat belanghebbende ondanks zijn blijvende medische beperkingen zou worden gehandhaafd in de dienst. De commissie adviseert als uitgangspunt te nemen de situatie dat op het moment dat belanghebbende werd toegelaten tot de KMA in 1998 een BIV zou zijn toegekend met de toen geldende rekengrondslag, de eventuele later aangepaste rekengrondslagen en toekenningsduur.

Hypothetische bevordering en BIV

De commissie is van oordeel dat de rekengrondslag voor de BIV wordt bepaald door het feitelijke salaris dat de militair ontvangt en niet door een hypothetisch salaris. De commissie adviseert om als uitgangspunt te nemen dat de hypothetische benoeming tot luitenant-kolonel niet leidt tot een aanpassing van de rekengrondslag voor de BIV.

Advies

nummer: 2023/091

inzake het geschil tussen de heer X (hierna te noemen: belanghebbende), vertegenwoordigd door mr. I.M. van Loo en de Staatssecretaris van Defensie (hierna te noemen: de Staatssecretaris).

Het geschil

Partijen hebben een verschil van mening over de afwikkeling van de schade, meer specifiek over:

- Hoe dient te worden omgegaan met de niet toegekende uitkering bijzondere invaliditeitsverhoging (BIV) voor de periode tussen het ongeval van 25 oktober 1993 en de start van de officiële BIV op 9 december 2019?
- Hoe dient te worden omgegaan met de hypothetische bevordering tot luitenant-kolonel (lkol) per 1 januari 2020 in relatie tot aanpassing BIV naar inkomen van lkol?

Opmerkingen van de commissie over de ontvankelijkheid

Omdat belanghebbende formeel niet aan de voorwaarden voldoet om in aanmerking te komen voor de Regeling Volledige Schadevergoeding (RVS), heeft de commissie beraadslaagd of zij de adviesaanvraag wel of niet in behandeling zal nemen. Omdat de staatssecretaris heeft verklaard dat hij bereid is de schade te regelen analoog aan de RVS en dat belanghebbende de restschade die in verband staat met de dienstaandoening vergoed krijgt, heeft de commissie besloten de adviesaanvraag in behandeling te nemen. Hierbij geldt wel als beperking dat de commissie alleen advies zal geven op

geschilpunten die de commissie normaal behandelt, dus alleen geschilpunten over (de uitgangspunten die ten grondslag liggen aan) de schadeberekening van de restschade. Over geschilpunten die niet de restschade betreffen, kan en zal de commissie geen advies geven.

Grondslag voor behandeling door CAVS

Bij besluit van de Minister van Defensie van 17 oktober 2020, nr. BS2020019500, is per 28 oktober 2020 de Commissie van Advies Volledige Schadevergoeding (CAVS) ingesteld, hierna te noemen: de Commissie. Op grond van artikel 4 van voornoemd besluit brengt de Commissie op verzoek van de Minister (of Staatssecretaris) van Defensie, 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 (of Staatssecretaris) van Defensie hieromtrent geen overeenstemming hebben bereikt. In casu is sprake van een dergelijke situatie.

Beschouwing

1. Inleiding

Relevante feiten en omstandigheden

Op 5 september 1982 is belanghebbende in dienst getreden bij het ministerie van Defensie. Tijdens een uitzending (UNPROFOR T6) naar Busocava te Bosnië is belanghebbende op 25 oktober 1993 met een konvooi in een hinderlaag gereden. Hierbij is belanghebbende door twee kogels zwaargewond geraakt aan zijn linker-bovenarm. Na zijn repatriëring naar Nederland heeft belanghebbende diverse operaties tot herstel van de verwondingen moeten ondergaan en een langdurig en zwaar revalidatietraject gevolgd. Wegens de blijvende fysieke beperkingen heeft belanghebbende zich laten omscholen naar bedrijfsmaatschappelijk werker binnen Defensie.

Belanghebbende heeft op eigen initiatief de BMB keuring aangevraagd, omdat hij een afronding wenste voor einde diensttijd. Op 8 juli 2019 heeft belanghebbende een militair geneeskundig onderzoek ondergaan, waarvan op 3 oktober 2019 uitslag werd ontvangen. De Geneeskundige Commissie van BMB heeft belanghebbende blijvend dienstongeschikt bevonden voor het verder vervullen van de militaire dienst. Ook is naar voren gekomen dat er sprake is van een dienstverbandaandoening. Het geadviseerde percentage militair invaliditeitspensioen bedraagt daarbij 35%. Er is sprake van een medische eindtoestand.

Na de dienstongeschiktheidsverklaring was belanghebbende verbaasd dat hij er per toeval achter moest komen dat hij op eigen initiatief dispensatie diende aan te vragen. Belanghebbende leefde in de veronderstelling dat de dispensatie reeds rond was sinds 1993.

Bij brief van 9 december 2019 is aan belanghebbende de formele schriftelijke dispensatie verleend. In deze brief is nadrukkelijk genoemd dat er sprake is van specifieke omstandigheden, welke er bij hoge uitzondering toe hebben geleid dat niet tot ontslag is overgaan. Belanghebbende is daarbij gehandhaafd als militair. Op 5 maart 2020 heeft belanghebbende verzocht om de toekenning van een BIV, alsmede om de toekenning van bijzondere voorzieningen. Dit met terugwerkende kracht tot de datum van het ongeval op 25 oktober 1993.

Bij beslissing van 28 april 2020 heeft het ABP een BIV toegekend van 7,5%. Tegen deze beslissing heeft belanghebbende bezwaar gemaakt, omdat volgens belanghebbende reeds in oktober 1993 al dispensatie is verleend en niet pas op 9 december 2019. Bij beslissing op bezwaar d.d. 2 september 2020 is het bezwaar ongegrond verklaard en de ingangsdatum van de BIV gehandhaafd op 9 december 2019.

Ondanks het ernstige ongeval met grote (fysieke) beperkingen tot gevolg, is belanghebbende in dienst gebleven bij Defensie. De fysieke beperkingen hebben hem belemmerd om zijn oude functie weer te gaan vervullen en in 1994 is belanghebbende begonnen met een omscholingstraject tot bedrijfs-

maatschappelijk werker. Op dit moment is belanghebbende werkzaam in een functie in de rang van majoor. Gezien het gegeven dat hij feitelijk ongeschikt is bevonden voor de militaire dienst en bij wijze van hoge uitzondering toch als militair is gehandhaafd, is er voor belanghebbende geen mogelijkheid meer tot bevordering naar een hogere rang. In functionerings-verslagen staat echter vastgelegd dat belanghebbende wel geschikt wordt geacht voor een hogere rang. Op grond van artikel 39 lid 1 AMAR zal belanghebbende bij het bereiken van de leeftijd van zestig jaren in 2024 met leeftijdsontslag militairen gaan. Hij heeft daarbij gekozen voor de oude diensteinderegelings.

Op 20 februari 2020 is namens belanghebbende een verzoek om volledige schadevergoeding bij de staatssecretaris ingediend. De staatssecretaris heeft aangegeven dat de restschade van belanghebbende wordt vergoed analoog aan de RVS.

Geschilpunten

Partijen hebben een verschil van mening over de afwikkeling van de schade, meer specifiek over:

- Hoe dient te worden omgegaan met de niet toegekende uitkering BIV voor de periode tussen het ongeval van 25 oktober 1993 en de start van de officiële BIV op 9 december 2019?
- Hoe dient te worden omgegaan met de hypothetische bevordering tot lkol per 1 januari 2020 in relatie tot aanpassing BIV naar inkomen van lkol?

1.1 Standpunten over de vraag hoe dient te worden omgegaan met de niet toegekende uitkering BIV voor de periode tussen het ongeval van 25 oktober 1993 en de start van de officiële BIV op 9 december 2019

Belanghebbende stelt zich op het standpunt dat er sprake is van bijzondere feiten en omstandigheden op grond waarvan de betrokken normen van de BIV niet leiden tot een billijk resultaat.

Belanghebbende stelt dat hij niet voldoende is gecompenseerd door de hoogte van de BIV, omdat hij de BIV pas krijgt van 9 december 2019 en niet vanaf 25 oktober 1993. Bovendien vordert hij geen uitkering van smartengeld *naast* de BIV, maar vraagt hij om een smartengeldvergoeding voor de periode dat belanghebbende volgens hem ten onrechte geen BIV toegekend heeft gekregen, namelijk de periode van datum ongeval op 25 oktober 1993 tot start van de officiële BIV op 9 december 2019. Volgens belanghebbende stond de medische eindsituatie reeds lange tijd vast en is in oktober 1993 de toezegging gedaan dat – ondanks zijn feitelijke dienstongeschiktheid – hij niet ontslagen zou worden. Belanghebbende kon namelijk kiezen om in dienst te blijven omdat handhaving (dispensatie) in 1993 was verstrekt door generaal A en de toenmalige minister van Defensie. Belanghebbende ging ervan uit dat een in 1993 gedane uitspraak van een minister van Defensie en de generaal waarde zou hebben, nu deze in het bijzijn van de chirurg en de pers zijn gedaan. Belanghebbende voelde zich gedispenseerd en verwachtte dat zijn smart gecompenseerd zou worden door de BIV. Echter, de Directeur Personeel van staf CLAS heeft pas op 9 december 2019 de dispensatiebrief getekend en hiermee werd de ingangsdatum van de BIV door het ABP volgens belanghebbende geheel willekeuring bepaald op 9 december 2019, terwijl dit oktober 1993, danwel na de medische keuring in 1997 had moeten zijn.

Volgens belanghebbende voorzien de huidige regelingen niet (volledig) in een casus als deze. Er is immers sprake van een dienstongeschikte militair, die al jarenlang dispensatie heeft, doch ook al jaren wel al blijvend invalide is. Deze situatie is uniek binnen de krijgsmacht.

De terugwerkende kracht van de BIV tot 1993 respectievelijk 1997 is afgewezen op basis van de regelgeving, zodat in de RVS compensatie geboden dient te worden, nu er vanaf 1993 schade is geleden, danwel vanaf het moment van de medische keuring op 16 mei 1997. Toen was de medische eindtoestand bekend. Daarnaast is de toezegging handhaving gedaan in oktober 1993. Dat de terugwerkende kracht van de BIV bij de RVS aan de orde moest komen, blijkt volgens belanghebbende ook tijdens de bezwaarschriftenprocedure tegen het besluit van het ABP om de BIV per 9 december 2019 toe te kennen. Het ABP is niet bevoegd om de BIV met terugwerkende kracht toe te kennen.

Op grond van art. 6:106 BW bestaat recht op smartengeld in geval van letsel. Direct na het ongeval op 25 oktober 1993 was er sprake van letsel bij belanghebbende. Het leed is immers geleden direct na het ongeval en niet pas na 9 december 2019. In het geval dat belanghebbende na het ongeval van 25 oktober 1993 al direct een schriftelijke vastlegging van de mondeling toegezegde dispensatie toegekend had gekregen, had hij al sinds dat moment een BIV ontvangen. Nu geldt dit niet en wordt belanghebbende ten onrechte benadeeld.

Bovendien is volgens belanghebbende de staatssecretaris nalatig geweest in zijn zorgplicht. Belanghebbende heeft op eigen initiatief de BMB keuring moeten aanvragen. Na de dienstongeschiktheidsverklaring kwam belanghebbende er per toeval achter dat hij op eigen initiatief dispensatie diende aan te vragen. Belanghebbende leefde immers in de veronderstelling dat de dispensatie reeds rond was in 1993. Ook heeft belanghebbende zelf initiatief genomen ten aanzien van het aanvragen van zijn BIV en het voorleggen van de kwesties aan het ABP. Verder heeft belanghebbende geen hulp gehad van een zorgcoördinator omdat hij nog in dienst is. Een zorgcoördinator wordt aangewezen bij het verlaten van de dienst.

Primair stelt belanghebbende zich op het standpunt dat vanaf oktober 1993 de uitkering plaats te vinden, subsidiair vanaf 16 mei 1997. Het kan immers niet zo zijn dat door de loyaliteit van belanghebbende om het land te willen blijven dienen, hij nu de compensatie misloopt die anderen wel hebben gekregen omdat zij wel ontslag hebben genomen of zijn ontslagen of aan wie wel correct de dispensatie schriftelijk is verstrekt door Defensie.

De staatssecretaris stelt zich op het standpunt dat gelet op de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) van 28 juni 2007¹ wat betreft de immateriële schade hij kan volstaan met uitkering van de BIV. In deze uitspraak heeft de CRvB geoordeeld dat de regelgever voor de toekenning en de hoogte van de BIV concrete maatstaven heeft geformuleerd om invulling te geven aan het uitgangspunt dat de hoogte van de vergoeding voor immateriële schade naar billijkheid moet worden vastgesteld. In deze maatstaven zijn de ernst van de situatie van het slachtoffer tot uitdrukking gebracht. De maatstaven ten aanzien van de aanspraak op de BIV zijn eerst bij formele wet en later bij AMvB vastgesteld en dat maakt dat het volgens de CRvB niet voor de hand ligt de uitkomst in ieder geval opnieuw op billijkheid te toetsen. De uitkomst zal als bindend moeten worden aanvaard, tenzij bijzondere feiten of omstandigheden naar voren komen op grond waarvan de betrokken normen klaarblijkelijk niet leiden tot een billijk resultaat. Volgens de staatssecretaris is het feit dat over een bepaalde periode geen BIV wordt toegekend geen bijzonder feit of bijzondere omstandigheid die leidt tot een onbillijk resultaat. Ook laat de uitgekeerde BIV en de toe te kennen jaarlijkse vergoeding t/m 2031 volgens de staatssecretaris zien dat het leed van belanghebbende, waarbij een vergelijking wordt gemaakt met andere zaken, voldoende wordt gecompenseerd. De Staatssecretaris stelt daarom dat wat betreft de immateriële schade hij mag volstaan met uitkering van de BIV.

Tenslotte merkt de staatssecretaris op dat het op de weg van belanghebbende had gelegen om de bestuursrechtelijke rechtsgang, die open stond tegen de beslissing van het ABP van 28 april 2020, verder te bewandelen in de zin van het instellen van beroep tegen de beslissing op bezwaar van 2 september 2020 en eventueel hoger beroep. In de beslissing op bezwaar van 2 september 2020 werd bovendien nog meegegeven dat voor zover belanghebbende meent dat door de staatssecretaris ten onrechte niet eerder formeel is besloten tot handhaving, belanghebbende zich tot Defensie dient te wenden met betrekking tot het betreffende besluit tot handhaving. Voor zover de staatssecretaris kan nagaan, is dit niet gebeurd.

1.2 Standpunten over de vraag hoe dient te worden omgegaan met de hypothetische bevordering tot lkol per 1 januari 2020 in relatie tot aanpassing BIV naar inkomen van lkol?

¹ ECLI:NL:CRvB:2007:BA9032

Het standpunt van belanghebbende is dat de BIV vanaf 1 januari 2020 dient te worden aangepast naar het salaris van een lkol, omdat belanghebbende en de staatssecretaris akkoord zijn met een hypothetische bevordering tot lkol per 1 januari 2020. In de hypothetische situatie zou belanghebbende per 1 januari 2020 zijn bevorderd, dan geldt er toch ook een hypothetische BIV per 1 januari 2020.

Ook is belanghebbende van mening dat de commissie bevoegd is om advies uit te brengen over dit geschilpunt, omdat de regelgeving wordt bepaald door de staatssecretaris. Het ABP is de uitkerende instantie. Het is belanghebbende volstrekt onduidelijk wanneer hij beroep dient te doen op het ABP of bij de staatssecretaris.

Primair stelt de staatssecretaris zich op het standpunt dat De (bepaling van de) berekeningsgrondslag en de bevoegdheid tot het vaststellen van de hoogte van de BIV liggen bij het ABP. Dit punt past daarom niet in de onderhavige restschadeprocedure.

Subsidiar stelt de staatssecretaris zich op het standpunt dat de BIV moet worden beschouwd als een immateriële schadevergoeding oftewel smartengeld. De BIV komt tot uitkering in de feitelijke situatie. In de hypothetische situatie denken we het ongeval weg en heeft belanghebbende geen aanspraak op een BIV (of immateriële schadevergoeding of smartengeld). Er is dan ook geen grond of reden om de berekeningsgrondslag van de BIV aan te passen aan de hand van het hypothetische inkomen dat belanghebbende zou hebben verdiend in de rang van lkol.

2. Overwegingen

2.1 Overwegingen aangaande de vraag hoe dient te worden omgegaan met de niet toegekende uitkering BIV voor de periode tussen het ongeval van 25 oktober 1993 en de start van de officiële BIV op 9 december 2019

De commissie stelt vast dat al voor 1993² in de regelgeving de mogelijkheid bestond dat een militair die ongeschikt is voor de dienst, maar wordt gehandhaafd in de dienst, recht heeft op een bijzondere invaliditeitsverhoging.

Daargelaten dat belanghebbende mogelijk op eerdere momenten aanvragen had kunnen doen of rechtsmiddelen had kunnen aanwenden, neemt dit niet weg dat de staatssecretaris in deze ook een eigen verantwoordelijkheid heeft. De staatssecretaris had als goed werkgever belanghebbende kunnen en moeten wijzen op de mogelijkheid om een BIV aan te vragen, dan wel ambtshalve dit traject moeten opstarten toen duidelijk werd of redelijkerwijs duidelijk had kunnen zijn dat belanghebbende ondanks zijn blijvende medische beperkingen zou worden gehandhaafd in de dienst. De vraag is dan vanaf welk moment die verplichting op de staatssecretaris rustte en hoe de ingangsdatum van de BIV moet worden vastgesteld.

Op 21 juli 1997 heeft belanghebbende een geneeskundig onderzoek ondergaan waarbij medische beperkingen zijn vastgesteld (geen zware belasting linker schouder/arm). Ondanks dat deze keuringsarts zich niet uitspreekt of er sprake is van een medische eindtoestand of dat belanghebbende dienstongeschiktheid is, is het gelet op het dossier wel aannemelijk dat dit feitelijk wel het geval was. Immers in het rapport van de commissie geneeskundig onderzoek militairen van 1 oktober 2019 staat op pagina XIII dat sprake is van een medische eindtoestand, omdat belanghebbende in de loop van de jaren diverse keren aan de linkerarm is geopereerd en desondanks al 25 jaar sprake is van een status quo. Aangaande de blijvende dienstongeschiktheid wordt in het rapport op pagina XII opgemerkt dat in het lichamelijk onderzoek de beperkingen in zijn linkerschouder- en linker ellebooggewricht worden bevestigd. Gelet op de blijvende aard van de beperkingen wordt de prognose voor de verdere

² Zie artikel K2 Algemene militaire pensioenwet

uitoefening van de militaire dienst ongunstig geacht. Naar oordeel van de commissie is het aannemelijk dat op 21 juli 1997 duidelijk werd dat belanghebbende feitelijk dienstongeschikt was.

In 1998 mocht belanghebbende de KMA gaan volgen. Deze opleiding is bedoeld voor personen die na de afronding van de opleiding functies binnen de krijgsmacht gaan vervullen in de officiersrang. Door belanghebbende aan te wijzen voor de KMA- opleiding wordt naar oordeel van de commissie duidelijk dat defensie belanghebbende wil handhaven ondanks dat in 1997 is vastgesteld dat belanghebbende medische beperkingen heeft en feitelijk dienstongeschikt was.

Dit leidt ertoe dat de commissie is van oordeel dat het voldoende aannemelijk is dat als het formele traject in 1998 nadat belanghebbende was aangewezen om de KMA te mogen volgen was opgestart, belanghebbende conform de toen fungerende regelgeving recht had gekregen op een BIV. Het had toen ook op de weg van de staatsecretaris gelegen om belanghebbende hierop te wijzen dan wel het aanvraagtraject zelf in gang te zetten. Omdat de staatssecretaris als goed werkgever toentertijd belanghebbende hierop had moeten wijzen, dan wel ambtshalve de aanspraak had moet toekennen is hij verantwoordelijk voor de schade die is ontstaan uit dit nalaten. Als uitgangspunt voor de berekening van de schade moet worden uitgegaan van de situatie dat op het moment dat belanghebbende werd toegelaten tot de KMA in 1998 een BIV zou zijn toegekend met de toen geldende rekengrondslag, de eventuele later aangepaste rekengrondslagen en toekenningsduur.

2.2 Overwegingen aangaande de vraag Hoe dient te worden omgegaan met de hypothetische bevordering tot luitenant- kolonel (lkol) per 1 januari 2020 in relatie tot aanpassing BIV naar inkomen van lkol?

De commissie stelt vast dat de rekengrondslag en daardoor de hoogte van de BIV en eventuele verhogingen daarvan worden bepaald door de regelgeving. De commissie acht zich niet bevoegd te adviseren over aanpassing van de rekengrondslag, wel over de vraag of er restschade is.

De commissie stelt verder vast dat de hoogte van de BIV is gekoppeld aan de hoogte van het inkomen als militair. Daarom controleert het ABP in het begin van het jaar of het salaris een wijziging heeft ondergaan³.

Partijen zijn het met elkaar eens dat belanghebbende in de hypothetische situatie per 1 januari 2020 zou zijn bevorderd tot lkol. Daadwerkelijk bevordering tot lkol met het daarbij behorende salaris was door het besluit van de Commandant Landstrijdkrachten van 9 december 2019 (het dispensatiebesluit) niet meer mogelijk. Het verschil tussen feitelijk inkomen als majoor en het inkomen dat hypothetisch als lkol zou zijn ontvangen wordt nu uitgekeerd als schade. Dit schadebedrag telt niet mee in de rekengrondslag van de BIV.

De commissie is van oordeel dat de rekengrondslag voor de BIV wordt bepaald door het feitelijke salaris dat de militair ontvangt en niet door een hypothetisch salaris. De commissie is dan ook van oordeel dat de hypothetische benoeming tot lkol dan ook niet leidt tot een aanpassing van de rekengrondslag voor de BIV.

3. Advies aangaande de geschilpunten

De commissie adviseert om bij beantwoording van de vraag hoe dient te worden omgegaan met de niet toegekende uitkering BIV voor de periode tussen het ongeval van 25 oktober 1993 en de start van de officiële BIV op 9 december 2019 als uitgangspunt te nemen de situatie dat op het moment dat belanghebbende werd toegelaten tot de KMA in 1998 een BIV zou zijn toegekend met de toen geldende rekengrondslag, de eventuele later aangepaste rekengrondslagen en toekenningsduur.

³ Zie Brief ABP d.d. 28 april 2020.

De commissie adviseert om bij beantwoording van de vraag hoe dient te worden omgegaan met de hypothetische benoeming tot luitenant- kolonel (lkol) per 1 januari 2020 in relatie tot aanpassing BIV naar inkomen van lkol, als uitgangspunt te nemen dat de hypothetische benoeming tot lkol niet leidt tot een aanpassing van de rekengrondslag voor de BIV.