

Commissie van advies volledige schadevergoeding (CAVS)

2023/064 van 18 september 2023

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

**Restcapaciteit ondanks dat belanghebbende voor de toepassing van de sociale zekerheidswetgeving geheel arbeidsongeschikt was verklaard?
Focus op re-integratie of alleen op vaststellen verdien capaciteit?**

Restcapaciteit ondanks dat belanghebbende voor de toepassing van de sociale zekerheidswetgeving geheel arbeidsongeschikt was verklaard?

De commissie is van oordeel dat ondanks het vaststaande feit dat belanghebbende voor de toepassing van de sociale zekerheidswetgeving geheel arbeidsongeschikt was verklaard, voor de bepaling van de omvang van de schade niet als geheel arbeidsongeschikt behoort te worden beschouwd. De aard van de aandoening van belanghebbende is ook niet van dien aard dat die hoe dan ook iedere vorm van loonvormende arbeid uitsluit, hetgeen bij andere, veelal meer psychische aandoeningen, mogelijk wel het geval is. Bij de afwikkeling van de schade dient derhalve als uitgangspunt te worden genomen dat er een mogelijke restverdien capaciteit is.

Focus op re-integratie of alleen op vaststellen verdien capaciteit?

De commissie adviseert om gezamenlijk een arbeidsdeskundige te laten onderzoeken of, gelet op de medische toestand van belanghebbende, er reële mogelijkheden zijn voor re-integratie voor belanghebbende. Verder adviseert de commissie dat de staatssecretaris een vorm van financiële garantie geeft als blijkt dat belanghebbende na een succesvolle re-integratie later aantoonbaar uitvalt als gevolg van de dienstverbandaandoening, zodat hij in dat geval door die uitval geen financieel nadeel lijdt. Ook adviseert de commissie bij het onderzoeken van de verdien capaciteit ten behoeve van de schaderegeling als uitgangspunt te nemen dat onderzocht dient te worden wat de praktische restverdien capaciteit is en welke functie(s) er passend zouden zijn voor hoeveel uur per week.

Advies

nummer: 2023/064

inzake het geschil tussen de heer X (hierna te noemen: belanghebbende), vertegenwoordigd door mr. S. van Beest en de staatssecretaris van Defensie (hierna te noemen: staatssecretaris).

Het geschil

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

Primair

of in de schaderegeling in de situatie met ongeval (dus de daadwerkelijke situatie) dient te worden uitgegaan van het daadwerkelijke inkomen (IVA-uitkering en ABP-uitkering) of van de aanname dat er restverdien capaciteit is?

Subsidiair

mocht de commissie van advies volledige schadevergoeding (hierna: de commissie) adviseren om als uitgangspunt te nemen dat er restcapaciteit is, dan verschillen de partijen van mening of de focus in de eerste plaats vooral dient te liggen op een daadwerkelijke re-integratie of alleen op het vaststellen van een verdien capaciteit ten behoeve van de schaderegeling.

Opmerkingen van de commissie bij het verloop van de procedure

De commissie heeft de staatssecretaris de mogelijkheid gegeven te reageren op de nieuwe argumenten en de nieuwe producties die zijn genoemd en gevoegd bij de reactie op het verweerschrift. Hierbij gold de restrictie dat de dupliek zich diende te beperken tot deze nieuwe argumenten en nieuwe producties. Voor zover in de dupliek nieuwe argumenten zijn opgenomen of nieuwe producties zijn gevoegd die niet voldoen aan deze restrictie, zijn deze niet meegenomen bij het opstellen van het advies.

Grondslag voor behandeling door de commissie

Bij besluit van de minister van Defensie van 17 oktober 2020, nr. BS2020019500, is per 28 oktober 2020 de commissie ingesteld. 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

Belanghebbende is gedurende zijn militaire loopbaan in totaal drie keer uitgezonden geweest naar Afghanistan. De eerste keer was van 1 augustus 2006 tot december 2006 (Battle Group 1). De tweede keer was van 5 december 2007 tot april 2008 (Battle Group 5). De laatste keer was van 9 maart 2009 tot 7 juni 2009 (Battle Group 9). Tijdens de laatste uitzending was belanghebbende op 7 juni 2009 betrokken bij een bermbomexplosie in Uruzgan. Ter plaatse werd een amputatie van de linker onderarm uitgevoerd. Aan zijn rechterbeen had belanghebbende een wond die ter plaatse werd schoongemaakt en gesloten. Aan het linkerbeen waren ook scherfverwondingen, welke ter plaatse zijn schoongemaakt.

Belanghebbende is op de datum van de bermbomexplosie, 7 juni 2009, ziekgemeld. Na een periode van behandeling en revalidatie, waarbij belanghebbende onder meer een onderarmprothese aangemeten kreeg, is belanghebbende in 2010 gestart met de universitaire opleiding klinische psychologie. In 2014 behaalde belanghebbende zijn bachelor. In eerste instantie was het de bedoeling dat hij – na een overbruggingsjaar – in september 2015 zou gaan starten met de masterstudie sport- en prestatie psychologie. Dit plan is niet doorgegaan, omdat belanghebbende de mogelijkheid kreeg fulltime deel te nemen aan de zwemselectie voor de paralympische topsport. Dit werd gefaciliteerd door Defensie. Belanghebbende is na een paar jaar gestopt met zijn deelname aan de zwemselectie. Belanghebbende is per 1 augustus 2016 eervol ontslagen op medische gronden bij Defensie. Op dit moment verricht belanghebbende geen arbeid.

Op 29 februari 2012 werd belanghebbende gezien door een arts van het Bureau Medische Beoordelingen van het ministerie van Defensie (BMB). BMB concludeerde dat er sprake was van een oorzakelijk verband tussen de militaire dienst en de letsels als gevolg van het bermbomincident op 7 juni 2009 (amputatie van de linker onderarm, littekens op beide benen en weefselverlies van het linkerbeen). Belanghebbende werd ook blijvend dienstongeschikt geacht.

Op 16 juli 2015 ontving belanghebbende de beslissing van het UWV dat hij vanaf 27 augustus 2015 een loongerelateerde WGA-uitkering ontvangt. Ook werd het arbeidsongeschiktheidspercentage vastgesteld op 100%. Bij beslissing van 6 september 2016 heeft het UWV besloten dat belanghebbende vanaf 27 augustus 2015 een IVA-uitkering ontvangt.

Bij besluit van 28 juli 2016 heeft de minister van Defensie een militair invaliditeitspensioen van 65%, een bijzondere invaliditeitsverhoging van 30% en een arbeidsongeschiktheidspensioen toegekend vanaf 1 augustus 2016. Ook werd bepaald dat het militair invaliditeitspensioen niet tot uitbetaling komt, omdat de som van de WGA-uitkering en het AOM een hoger bedrag belopen. Bij besluit van 12 april 2017 werd aan belanghebbende bericht dat zijn militair invaliditeitspensioen ongewijzigd blijft na herbeoordeling. Er is sprake van een medische eindtoestand.

Geschilpunten

Niet ter discussie staat dat belanghebbende voldoet aan de voorwaarden om in aanmerking te komen voor de Regeling volledige schadevergoeding (Rvs).

Uit het dossier blijkt dat partijen hebben gecorrespondeerd over de volgende punten:

- Of in de schaderegeling in de situatie met ongeval (dus de daadwerkelijke situatie) dient te worden uitgegaan van het daadwerkelijke inkomen (IVA-uitkering en ABP-uitkering) of van de aanname dat er restverdiencapaciteit is; en
- Of, als er wel restverdiencapaciteit wordt aangenomen, de focus in de eerste plaats vooral dient te liggen op een daadwerkelijke re-integratie of alleen op het vaststellen van een verdiencapaciteit ten behoeve van de schaderegeling.

Partijen hebben over bovenstaande geschilpunten geen overeenstemming kunnen bereiken.

1.1 Standpunten aangaande de vraag of in de schaderegeling in de situatie met ongeval (dus de daadwerkelijke situatie) dient te worden uitgegaan van het daadwerkelijke inkomen (IVA-uitkering en ABP-uitkering) of van de aanname dat er restverdiencapaciteit is

Belanghebbende stelt zich op het standpunt dat er van de daadwerkelijke inkomenssituatie (IVA- en ABP-uitkering) uitgegaan dient te worden. Van restverdiencapaciteit is geen sprake. Dit is immers vastgesteld door het UWV. Ook blijkt uit de stukken van het UWV dat verbetering van de belastbaarheid is uitgesloten. Verder had de staatssecretaris de mogelijkheid tegen de toekenning van de IVA-uitkering in bezwaar te gaan en heeft dat niet gedaan. Derhalve is dit besluit in rechte vast komen te staan.

Ook is belanghebbende van opvatting dat zijn casus vergelijkbaar is met de casus in het advies van de commissie van 6 juli 2017¹. In die casus was door het UWV ten aanzien van belanghebbende een arbeidsongeschiktheidspercentage vastgesteld van 100%. Gelet daarop, gelet op de aard van de aandoening van belanghebbende en gelet op diens vergeefse inspanningen tot herstel en re-integratie achtte de Commissie het toen redelijk om bij de vaststelling van de door belanghebbende te genieten inkomsten voor de toekomst uit te gaan van 100% arbeidsongeschiktheid.

Tenslotte volgt de staatssecretaris volgens belanghebbende in andere zaken normaal gesproken de UWV beslissing.

De staatssecretaris stelt zich op het standpunt dat bij de afwikkeling van de schade moet worden uitgegaan van de aanname dat er sprake is van restverdiencapaciteit. Volgens de staatssecretaris is het evident dat het UWV aan belanghebbende een WIA-uitkering heeft toegekend op basis van 100% arbeidsongeschiktheid. Waar de belanghebbende alleen naar de eindconclusie van het UWV kijkt, meent de staatssecretaris dat het in dit specifieke en bijzondere geval van belang is om met name te kijken naar de onderzoeken van de verzekeringsarts en de arbeidsdeskundige voorafgaand aan dat besluit. De WIA-uitkering is aan belanghebbende toegekend, omdat er op theoretische gronden tot een vaststelling van een arbeidsongeschiktheidspercentage van 100 is gekomen. Doordat er in het CBBS-systeem van het UWV geen functies staan voor functioneel éénarmigen kon het UWV niet anders dan

¹ Advies CAVS:2017/07.

de arbeidsongeschiktheid vaststellen op 100%. Belanghebbende is dus niet volledig arbeidsongeschikt geacht, omdat hij 'geen benutbare mogelijkheden heeft' of omdat – na een vergelijking met andere functies - is vastgesteld dat hij minder dan 20% van zijn oude loon kon verdienen. Alleen omdat er geen functies voor éénarmigen in het CBBS-systeem staan, is aan belanghebbende de WIA-uitkering toegekend. Dit terwijl de verzekeringsarts in haar beschouwing had genoteerd dat belanghebbende mogelijkheden heeft, rekening houdend met het feit dat hij éénarmig is. Zij schreef letterlijk: "Hij heeft duurzaam benutbare mogelijkheden". Verder heeft de arbeidsdeskundige bij het arbeidsdeskundig persoonsprofiel onder andere genoteerd: *"Er zijn werkzaamheden die uitgevoerd kunnen worden, echter zal er in de meeste gevallen geen sprake zijn van het leveren van een volledige arbeidsprestatie. Qua re-integratie zijn er mogelijkheden in aangepaste werkzaamheden op het opleidingsniveau van belanghebbende."*

Verder verschilt de situatie van belanghebbende volgens de staatssecretaris van de situatie die aan de orde was in het advies van 6 juli 2017. In die casus heeft de commissie niet alleen gekeken naar het percentage dat door het UWV bij die veteraan was vastgesteld, maar ook naar de aard van de aandoening van die veteraan en de vergeefse inspanningen tot herstel en re-integratie. Juist die laatste twee factoren verschillen volgens de staatssecretaris in de situatie van belanghebbende. Belanghebbende heeft immers een fysieke aandoening, waarmee hij volgens de verzekeringsarts van het UWV -rekening houdend met zijn beperkingen - duurzaam benutbare mogelijkheden heeft. Ook kan er ten aanzien van belanghebbende nog niet gesproken worden van vergeefse inspanningen tot re-integratie na afloop van de topsportcarrière.

1.2 Standpunten over de vraag of als er wel restverdiencapaciteit wordt aangenomen of de focus in de eerste plaats vooral dient te liggen op een daadwerkelijke re-integratie of alleen op het vaststellen van een verdiencapaciteit ten behoeve van de schaderegeling

Het standpunt van belanghebbende is dat re-integratie in dit stadium niet meer aan de orde is gelet op de reeds langdurig doorlopen trajecten. Belanghebbende heeft zeven jaar lang gere-integreerd. Gedurende deze lange periode is belanghebbende continu begeleid geweest door Defensie. Tevens heeft belanghebbende het keuringstraject inzake het militair invaliditeitspensioen doorlopen en is aan hem een militair invaliditeitspensioen toegekend. Ook bestaat er bij een IVA-uitkering geen re-integratieverplichting.

Verder vraagt belanghebbende zich af of van hem gevergd kan worden dat hij zijn IVA-uitkering verliest, door te re-integreren. Hij zou dan dus alle zekerheid opgeven voor een, voor hem, onzeker bestaan. Zelfs als belanghebbende al aan het werk zou komen met zijn klachten en beperkingen dan heeft de staatssecretaris onvoldoende oog voor het reële risico dat cliënt gezien zijn jonge leeftijd in de toekomst uit komt te vallen.

Volgens belanghebbende dient de focus te liggen op het vaststellen van een verdiencapaciteit ten behoeve van de schaderegeling. Er dient te worden onderzocht of er sprake is van praktische restverdiencapaciteit en zo ja, wat de praktische restverdiencapaciteit dan is en welke functie(s) passend zouden zijn en voor hoeveel uur per week.

Mocht de commissie van opvatting zijn dat belanghebbende mee dient te werken aan re-integratie dan benadrukt belanghebbende dat dan wel alle genoemde onderzoeken in het verzoekschrift uitgevoerd dienen te worden (dus eerst een orthopeed en vervolgens een verzekeringsarts en arbeidsdeskundige). Dit omdat de FML van het UWV wel de armproblematiek beschrijft, maar niet de andere lichamelijke gevolgen (zoals o.a. last van overbelasting van de rechterarm en rug ten gevolge van de dienstverbandaandoening en de beperkingen vanwege het grote linker/rechterzijde verschil).

De staatssecretaris staat positief tegenover het subsidiaire verzoek van de belanghebbende. Als de commissie adviseert om nader onderzoek te laten doen, stelt de staatssecretaris voor om de focus in de eerste plaats vooral te leggen op een daadwerkelijke re-integratie en dus niet alleen op het

vaststellen van een verdien capaciteit ten behoeve van de schaderegeling. Eerst moet worden ingezet op re-integratie. Uit de nota van toelichting bij de Regeling volledige schadevergoeding blijkt dat een zo goed mogelijk herstel en re-integratie voorop staan, gevolgd door schadevergoeding in geld, waar nodig. De staatssecretaris vindt dat niet kan worden uitgegaan van de aanname dat belanghebbende geen mogelijkheden meer heeft op re-integratie naar loonvormende arbeid. Dit zou ook blijken uit het arbeidsdeskundig persoons-profiel waarin staat: *Qua re-integratie zijn er mogelijkheden in aangepaste werkzaamheden op het opleidingsniveau van belanghebbende.*

Volgens de staatssecretaris dient er iets genuanceerder te worden gekeken naar hoe de re-integratie tot nu toe is verlopen. Het klopt dat er vele jaren zijn verstreken, maar dat is logisch in het licht van de universitaire opleiding die belanghebbende heeft gevolgd en de unieke kans die hij heeft gekregen om zich volledig op een topsportcarrière te richten. Volgens de staatssecretaris is het echter niet zo dat in die jaren is gebleken dat belanghebbende niet naar een baan is te re-integreren. Tot een poging om belanghebbende na zijn tijdelijke topsportcarrière naar werk te re-integreren is het immers nog niet gekomen.

Over de vraag of van belanghebbende gevergd kan worden dat hij zijn IVA-uitkering verliest, omdat hij dan alle zekerheid zou opgeven voor een voor hem onzeker bestaan, merkt de staatssecretaris het volgende op. De vrees voor uitval uit het werk als gevolg van een dienstverbandaandoening is een zorg die vaker is geuit door veteranen. Om die zorg weg te nemen, kan er bij de eindafwikkeling na een re-integratie een voorbehoud worden afgesproken voor de situatie dat belanghebbende in de toekomst zijn werkzaamheden niet meer (in dezelfde omvang) kan verrichten door de dienstverbandaandoening. Met zo'n voorbehoud kan de schaderegeling op een later moment heropend worden als dat nodig is. Een vrees voor latere uitval hoeft dus niet in de weg te staan aan een re-integratie.

2. Overwegingen

2.1 Overwegingen aangaande de vraag of in de schaderegeling in de situatie met ongeval (dus de daadwerkelijke situatie) dient te worden uitgegaan van het daadwerkelijke inkomen (IVA-uitkering en ABP-uitkering) of van de aanname dat er restverdien capaciteit is

De allereerste vraag die de commissie dient te beantwoorden is of de staatssecretaris voor de schadeafwikkeling juridisch gebonden is aan het oordeel van het UVW dat er geen restverdien capaciteit is. De commissie beantwoordt deze vraag negatief. Volgens vaste jurisprudentie is arbeidsongeschiktheid in de zin van sociale zekerheidswetgeving niet hetzelfde als de beperking van het vermogen om door arbeid geld te verdienen in de zin van het aansprakelijkheidsrecht. De regels die gelden voor de bepaling van de mate van arbeidsongeschiktheid ingevolge de WIA komen niet overeen met de normen waaraan een vordering vanwege verlies aan verdienvermogen in een onrechtmatige daad actie dient te worden getoetst.

De commissie stelt vast dat de arbeidsdeskundige in haar rapport van 14 juli 2015 schrijft dat zij geen verdien capaciteit kon vaststellen, omdat in het CBBS geen functies zijn te duiden voor een werknemer die functioneel éénarmig is. Om deze reden is de mate van arbeidsongeschiktheid 80-100%. Verder schrijft zij in het arbeidsdeskundig persoonsprofiel: *Er zijn werkzaamheden die uitgevoerd kunnen worden, echter zal er in de meeste gevallen geen sprake zijn van het leveren van een volledige arbeidsprestatie.* Ook de verzekeringsarts schrijft dat belanghebbende over benutbare mogelijkheden beschikt.

Gelet op het bovenstaande is de commissie van oordeel dat ondanks het vaststaande feit dat belanghebbende voor de toepassing van de sociale zekerheidswetgeving geheel arbeidsongeschikt was verklaard, voor de bepaling van de omvang van de schade niet als geheel arbeidsongeschikt behoort te worden beschouwd. De aard van de aandoening van belanghebbende is ook niet van dien aard dat die hoe dan ook iedere vorm van loonvormende arbeid uitsluit, hetgeen bij andere, veelal meer psychische

aandoeningen, mogelijk wel het geval is. Bij de afwikkeling van de schade dient derhalve als uitgangspunt te worden genomen dat er een mogelijke restverdiencapaciteit is.

2.2 Overwegingen aangaande de vraag of, als er wel restverdiencapaciteit wordt aangenomen, de focus in de eerste plaats vooral dient te liggen op een daadwerkelijke re-integratie of alleen op het vaststellen van een verdiencapaciteit ten behoeve van de schaderegeling

Aangezien de commissie zoals beschreven in subparagraaf 2.1 van oordeel is dat er een mogelijke restverdiencapaciteit moet worden aangenomen, zal de commissie ook zijn advies formuleren aangaande het subsidiaire verzoek.

De commissie is er gelet op het dossier onvoldoende van overtuigd dat een onderzoek naar mogelijkheden om te re-integreren niet langer aan de orde is, mede omdat de arbeidsdeskundige op 25 juni 2015 vaststelt dat het re-integratieresultaat niet bevredigend was, omdat belanghebbende niet structureel werkzaam was terwijl hij arbeidsmogelijkheden heeft. Dat er goede redenen waren dat belanghebbende toen niet structureel werkzaam was, in verband met het volgen van een studie en het op topniveau zwemmen, maakt dit niet anders. Juist dat belanghebbende ondanks zijn beperkingen een universitaire studie heeft voltooid en topsport heeft bedreven en dat in combinatie met zijn nog relatieve jonge leeftijd en getoonde doorzettingsvermogen, maakt dat de commissie er zonder nader onderzoek niet van is overtuigd dat er geen re-integratiemogelijkheden zijn.

De commissie adviseert om een gezamenlijk te benoemen arbeidsdeskundige te laten onderzoeken of gelet op de medische toestand van belanghebbende, er reële mogelijkheden zijn voor re-integratie van belanghebbende. Als de arbeidsdeskundige van oordeel is dat hij om zijn onderzoek goed uit te kunnen voeren inbreng van andere deskundigen nodig heeft, dienen partijen daaraan mee te werken.

Om de vrees van belanghebbende weg te halen dat hij na succesvolle re-integratie een financieel risico loopt indien hij later aantoonbaar zou uitvallen als gevolg van de dienstverbandaandoening, dient de staatssecretaris een vorm van financiële garantie te geven dat in dat geval belanghebbende door die uitval geen financieel nadeel lijdt.

Ten slotte is de commissie van oordeel dat bij het onderzoeken van de verdiencapaciteit ten behoeve van de schaderegeling dient te worden onderzocht wat de praktische restverdiencapaciteit is en welke functie(s) er passend zouden zijn en voor hoeveel uur per week. Anders dan de staatssecretaris betoogt, kan het uitgangspunt niet zijn dat (uitsluitend) een theoretische verdiencapaciteit wordt vastgesteld. Het gaat er immers om dat betrokkene daadwerkelijk door middel van aangepaste arbeid inkomen kan verwerven en niet of die mogelijkheid in theorie bestaat. Dit betekent ook dat na het hiervoor genoemde onderzoek betrokkene daadwerkelijk wordt begeleid naar een dergelijke functie en de feitelijke situatie maatgevend is voor de verdere begroting van de schade.

3. Advies aangaande de geschilpunten

De commissie adviseert om bij de vaststelling van de schade als uitgangspunt te nemen dat er mogelijke restverdiencapaciteit is.

De commissie adviseert om gezamenlijk een arbeidsdeskundige te laten onderzoeken of, gelet op de medische toestand van belanghebbende, er reële mogelijkheden zijn voor re-integratie voor belanghebbende. Als de arbeidsdeskundige van oordeel is dat hij om zijn onderzoek goed uit te kunnen voeren inbreng van andere deskundigen nodig heeft, verlenen partijen daaraan hun medewerking.

De commissie adviseert dat de staatssecretaris een vorm van financiële garantie geeft als blijkt dat belanghebbende na een succesvolle re-integratie later aantoonbaar uitvalt als gevolg van de dienstverbandaandoening, zodat hij in dat geval door die uitval geen financieel nadeel lijdt.

De commissie adviseert bij het onderzoeken van de verdiencapaciteit ten behoeve van de schaderegeling als uitgangspunt te nemen dat onderzocht dient te worden wat de praktische restverdiencapaciteit is en welke functie(s) er passend zouden zijn voor hoeveel uur per week.