

Onderzoek naar de fiscale positie van de Bijzondere invaliditeitsverhoging

Prof. mr. G. Boot
Prof. dr. A.O. Lubbers

1. Inleiding

Op 25 maart 2022 heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan in een zaak over de gevolgen voor de heffing van loonbelasting van een door een brandweerman ontvangen smartengelduitkering. In dit arrest – dat bekend is geworden als het *Brandweermanarrest* – heeft de Hoge Raad bepaald dat een smartengelduitkering geen loon is, tenzij de werkgever meer vergoedt dan uit zijn aansprakelijkheid voortvloeit. Naar aanleiding van deze uitspraak zijn vragen aan de Staatssecretaris van Financiën gesteld over de gevolgen van de beslissing van de Hoge Raad voor de ontvangers van letselschadevergoedingen.¹

Enkele oud-militairen hebben naar aanleiding van het *Brandweermanarrest* betoogd dat de uitkering die zij ontvangen uit hoofde van Bijzondere invaliditeitsverhoging (hierna: BIV) – welke uitkering het karakter van smartengeld heeft – ook belastingvrij zou moeten zijn.

Naar aanleiding van een artikel in Algemeen Dagblad over deze problematiek² zijn door Kamerlid Idsinga tijdens het vragenuur in de Tweede Kamer op 27 juni 2023 vragen gesteld.³ Deze vragen zijn door de staatssecretaris van Financiën op 26 oktober 2023 beantwoord in een Kamerbrief met uitleg.⁴ Op 25 januari 2024 heeft de Minister van Defensie een Kamerbrief over – kort gezegd – de toereikendheid van de BIV naar de Kamer gestuurd.⁵

De brief van 7 juni 2024

Nadat het consumenten tv-programma RADAR op 26 februari 2024 aandacht heeft besteed aan de BIV, heeft het Kamerlid Idsinga om een plenair debat in de Tweede Kamer gevraagd. Voorafgaande aan dit debat, dat plaatsvond op 13 juni 2024, hebben de staatssecretarissen van Financiën en van Defensie op 7 juni 2024 een Kamerbrief aan de Tweede Kamer gestuurd.⁶

In die brief wordt onder meer de achtergrond van de BIV belicht en worden de gevolgen van het *Brandweermanarrest* besproken. Tevens wordt ingegaan op een aanpassing die naar aanleiding van dit arrest in de loonbelasting is doorgevoerd met betrekking tot de BIV. Geconcludeerd wordt dat de netto-BIV de schade volledig dekt en dat de BIV op een juiste wijze fiscaal wordt behandeld.

Voorts wordt in de brief verslag gedaan van onderzoek dat is verricht naar mogelijkheden die tegemoetkomen aan de wens geen belasting te heffen over de BIV. Twee varianten worden in de brief besproken:⁷

- “1. een volledige vrijstelling van belastingheffing (inkomstenbelasting en loonbelasting) zodat noch de oud-militairen noch Defensie belasting betalen over de BIV; en
2. een vrijstelling voor de oud-militairen die de BIV ontvangen in combinatie met belastingheffing die voor rekening van Defensie komt en blijft (loonbelasting in de vorm van eindheffing).”

Uit de brief volgt dat ook een derde variant, die is aangeduid als ‘bruteren’, is onderzocht.⁸

De moties

Tijdens dit debat zijn twee moties ingediend.

In de motie van het Kamerlid Van Oostenbruggen c.s. is de regering verzocht een onafhankelijke juridische en fiscale analyse te laten verrichten naar de fiscale positie van de BIV.⁹ Daarbij zouden in

¹ Deze vragen zijn door de staatssecretaris van Financiën op 2 juni 2022 beantwoord (Tweede Kamer, vergaderjaar 2021–2022, 2955, Aangangsel)

² “Actie gewonde veteranen tegen ‘diefstal’ door Belastingdienst”, Algemeen Dagblad van 23 juni 2023.

³ *Kamerstukken II* 2023/24, 31 066, nr. 13.

⁴ *Kamerstukken II* 2023/24, 31 066, nr. 1315.

⁵ Minister van Defensie 25 januari 2024, BS2024000727.

⁶ *Kamerstukken II* 2023/24, 31 066, nr. 1392.

⁷ Zie de paragraaf “Nader onderzoek vooruitlopend op debat”.

⁸ *Kamerstukken II* 2023/24, 31 066, nr. 1392, p. 6.

⁹ *Kamerstukken II* 2023-2024, 31 066, nr. 1408.

ieder geval de conclusies van de staatssecretaris van Financiën rondom de loon- en inkomstenbelasting moeten worden betrokken, als ook aspecten rondom terugwerkende kracht.

In de motie van het Kamerlid Van Eijk c.s. wordt de regering verzocht om voor- en nadelen van de drie beschreven varianten verder uit te werken en uitgebreider te toetsen op precedentwerking, doorwerking op andere regelingen, gelijke behandeling, draagkracht, budgettaire consequenties en uitvoerbaarheid en de Kamer hierover te informeren.¹⁰

Onderzoeksopdracht

Aan ons is verzocht de in de motie Van Oostenbruggen c.s. gevraagde onafhankelijke juridische en fiscale analyse naar de fiscale positie van de BIV uit te voeren. Het Ministerie van Financiën en het Ministerie van Defensie willen met een open blik bezien of de uitleg van de van toepassing zijnde fiscale regelgeving en de daarmee ingenomen standpunten op een correcte wijze hebben plaatsgevonden. Anderzijds is ons gevraagd de voor- en nadelen van de drie varianten die in de Kamerbrief van 7 juni 2024 zijn beschreven, verder uit te werken en uitgebreider te toetsen.

Werkwijze

Op 14 oktober 2024 heeft bij het Ministerie van Financiën een startbijeenkomst plaatsgevonden. Daarbij hebben wij van vertegenwoordigers van het Ministerie van Financiën en van het Ministerie van Defensie een toelichting gekregen op de opdracht. Daarbij is op hoofdlijnen een schets gegeven van de BIV en van de uitvoering van die regeling in de praktijk. Tevens is aandacht besteed aan de fiscale behandeling van de BIV zoals die tot dan toe had plaatsgevonden en aan de Kamermoties. Ten slotte zijn afspraken gemaakt met betrekking tot het tijdpad van het onderzoek.

Na een eerste bestudering van de materie hebben wij op 20 december 2024 gesproken met vertegenwoordigers van een aantal vakbonden die de belangen van (invalide) militairen behartigen. Deze bijeenkomst stelde ons in staat informatie te verzamelen over schadevergoedingsregelingen voor militairen en om eventuele knelpunten in het huidige stelsel te signaleren.

Op 4 februari 2025 hebben wij gesproken met vertegenwoordigers van het Ministerie van Defensie die te maken hebben met de vergoeding van schade aan gewond geraakte militairen. Aan deze vertegenwoordigers hebben wij vragen kunnen stellen over de toepassing van de schadevergoedingsregelingen in de praktijk.

2. Regelingen voor invaliditeit militairen

Militairen die in het kader van hun militaire dienst 'gewond' raken, hebben van oudsher recht op een financiële voorziening. Die voorziening houdt verband met de materiële en de immateriële schade, die gevolg kan zijn van het werken als militair en de risico's die dat werken met zich brengt. Hieronder zal een kort historisch overzicht worden gegeven van de noodzaak van het treffen van dergelijke voorzieningen, als ook van de regelingen die betrekking hebben op materiële schade (inkomens- en andere schade) als ook van immateriële schade.

2.1. Kort historisch overzicht

Voor gewond en daarmee gedeeltelijk of geheel dienstongeschikt geraakte militairen hebben sinds zeer lange tijd andere regelingen gegolden dan voor arbeidsongeschikte burgers.¹¹ Van 1814 tot 1922 gold voor gewond geraakte militairen een rangen- en standen pensioen. De aan de militair toe te kennen uitkering was gekoppeld aan zijn rang en stand, en betrof een van tevoren vastgesteld jaarbedrag. Dit systeem werd met de Pensioenwet voor de landmacht en de Pensioenwet voor de zeemacht, beiden uit 1922, losgelaten. Er werd vanaf toen rekening gehouden met de mate van invaliditeit (0%, 25%, 50%, 75% of 100%) en de pensioengrondslag, die gekoppeld was aan het salaris. Die regeling was geïnspireerd door de voor burgers geldende Ongevallenwet 1921 en de Pensioenwet 1922, maar week daar toch ook vanaf. Ook de in 1966 ingevoerde Algemene militaire

¹⁰ *Kamerstukken II* 2023-2024, 31 066, nr. 1409.

¹¹ Zie onder andere J.G.F.M. van Kessel, *Arbeidsongeschiktheid van militairen, ambtenaren en werknemers: een studie over vergoeding van loonschade bij arbeidsongeschiktheid met de militaire pensioenwetgeving als uitgangspunt*, proefschrift Radboud Universiteit Nijmegen, 1981.

pensioenwet kende van de Algemene Burgerlijke Pensioenwet afwijkende bepalingen. De aard van de door militairen te verrichten werkzaamheden en de daarmee samenhangende risico's werden daarvoor als reden voor die afwijking genoemd. De Algemene militaire pensioenwet werd uiteindelijk vervangen door de Kaderwet militaire pensioenen.

Dat voor gewond geraakte militairen ook een bijzondere invaliditeitsverhoging werd toegekend, meestal smartengeld genoemd, heeft een nog veel oudere traditie. In de memorie van antwoord bij de totstandkoming van de Algemene militaire pensioenwet¹² werd gememoreerd dat een dergelijk smartengeld al werd gekend sedert de tijd van Prins Maurits (dus begin 17^e eeuw), terwijl dit in de burgerpensioenwetgeving nooit is overgenomen.¹³

Waar het in het verleden meestal ging om lichamelijk letsel, is tegenwoordig meestal sprake van psychisch letsel. Dat strookt ook met een algemene ontwikkeling, dat arbeidsongeschiktheid in de burgermaatschappij in toenemende mate een psychische component heeft. Of arbeidsongeschiktheid een fysieke of psychische achtergrond heeft, is voor de ene regeling wel relevant, en voor de andere niet. In theorie staat de oorzaak van arbeidsongeschiktheid los van de beoordeling welke materiële en welke immateriële schade is geleden.

2.2. Huidig wettelijk kader vergoeding voor gewond geraakte en/of arbeidsongeschikte militairen

Op dit moment zijn de voor de vraagstelling belangrijkste regelingen de volgende:

- Kaderwet Militaire Pensioen¹⁴
- Besluit bijzondere militaire pensioenen¹⁵
- Besluit aanvullende arbeidsongeschiktheids- en invaliditeitsvoorzieningen militairen¹⁶ (hierna ook: besluit AO/IV).
- Regeling Volledige Schadevergoeding (hierna ook: RVS) en de Uitvoeringsregeling volledige schadevergoeding (RVS/UVS)¹⁷

2.3. Materiële schade

Omdat dit onderzoek zich richt op de BIV en daarmee de vergoeding voor *immateriële* schade, zal de regeling omtrent de vergoeding van *materiële* schade slechts summier worden besproken.

Indien een militair een ongeval overkomt en dit leidt tot ziekte, bestaat gedurende twee jaar doorbetaling van loon. Daarna zal, wanneer de arbeidsongeschiktheid nog voortduurt, vaak recht bestaan op een WIA-uitkering (te weten een IVA-uitkering bij volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid of een WGA-uitkering bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van minimaal 35% of volledige arbeidsongeschiktheid die echter nog niet duurzaam is).¹⁸ Vaak zal het dienstverband tijdens het ontvangen van de WIA-uitkering tot een einde komen.

Op de (destijds WAO- en thans) WIA-uitkering bestaan diverse suppletiemogelijkheden. Een belangrijke daarvan betreft het Invaliditeitspensioen (Militair Invaliditeitspensioen, vaak afgekort tot MIP)¹⁹. Een bijzonderheid van het Invaliditeitspensioen is dat het een eigen berekeningsgrondslag heeft, en slechts wordt uitgekeerd voor zover het de som van de WIA-uitkering, de eventuele suppletie krachtens de suppletieregeling en het arbeidsongeschiktheidspensioen van de militair overschrijdt. Op een MIP bestaat recht bij invaliditeit van 10% of hoger door een bijzonder dienstongeval. De berekening van het invaliditeitspercentage vindt niet plaats op basis van een inkomensvergelijking,

¹² Kamerstukken II 1965/66, 8199, nr. 10 (memorie van antwoord).

¹³ Kamerstukken II 1965/66, 8199, nr. 10 (memorie van antwoord).

¹⁴ BWBR0011955.

¹⁵ BWBR0012222.

¹⁶ BWBR0012223.

¹⁷ RVS, BWBR0035751, Stb. 2014, 251, in werking getreden op 19 juni 2014. De UVS dateert van 15 november 2014.

¹⁸ Vóór 2005 gold de WAO. Deze wet kende een lagere arbeidsongeschiktheidsdrempel dan de WIA (namelijk van 15%) en een meestal hogere uitkering dan met toepassing van de WIA. Voor dit advies is het onderscheid tussen WAO en WIA niet van belang, nu de BIV is gekoppeld aan de (ongekorte) MIP, en de MIP onafhankelijk van WAO of WIA wordt uitgerekend.

¹⁹ Art. 7 AO/IV.

maar is gebaseerd op het verlies van (lichaams)functies²⁰. Het MIP komt pas na ontslag tot uitbetaling. Bijzonderheid van het MIP is dat neveninkomsten niet in mindering worden gebracht op het invaliditeitspensioen. Het MIP geldt tot pensioengerechtigde leeftijd.

Ten slotte kan recht bestaan op het Garantiepensioen. Dat kan aan de orde zijn wanneer de som van de WIA-uitkering plus suppletie plus het verhoogde arbeidsongeschiktheidspensioen plus het invaliditeitspensioen lager is dan het aan dezelfde militaire dienstbetrekking te onttelen ouderdomspensioen.

2.4 Immateriële schade

Het Burgerlijk Wetboek bepaalt in art. 6:95 BW dat schade kan bestaan uit vermogensschade en ander nadeel. Met 'ander nadeel' wordt bedoeld op immateriële schade, en de vergoeding daarvan ook wel smartengeld.

Art. 6:106 BW bepaalt dat de benadeelde voor immateriële schade recht heeft op een 'naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding'. Deze billijkheid geeft de rechter een bepaalde mate van vrijheid bij het bepalen van de hoogte van de verschuldigde schadevergoeding. Deze discretionaire bevoegdheid kan meebrengen dat de rechter onder omstandigheden een vergoeding geheel kan afwijzen²¹. Desalniettemin bestaat, indien aan de voorwaarden zoals opgenomen in art. 6:106 BW is voldaan, een recht op die schadevergoeding. Het is geen gunst.²²

In vergoeding van immateriële schade voor gewonde militairen wordt voorzien door de Bijzondere Invaliditeitsverhoging (afgekort tot BIV).²³ De BIV is direct gekoppeld aan het MIP. Voorwaarde is dat een medische eindtoestand is bereikt. In dat geval kan een BIV worden toegekend van 0% tot 40% van de berekeningsgrondslag van de MIP (dus zonder dat daarop de overige uitkeringen zoals WIA in mindering worden gebracht). De BIV wordt periodiek (maandelijks) uitbetaald, tot aan het moment van overlijden, dus ook na pensioendatum. Of een militair in aanmerking komt voor een BIV hangt af van de mate van invaliditeit (te weten minimaal 10% volgens de BIV-criteria) en de ontslagdatum.

2.5. Overige (volledige) schadevergoeding

Naast de hiervoor in paragraaf 2.3 en 2.4 genoemde mogelijkheden bestaat de Regeling volledige schadevergoeding (RVS) en de Uitvoeringsregeling volledige schadevergoeding (RVS/UVS). De toe te kennen volledige schadevergoeding wordt ook 'VS' genoemd.

Een VS wordt alleen toegekend indien sprake is van enige mate van 'Invaliditeit met dienstverband'²⁴. Deze laatste term is gedefinieerd in art. 2, lid 3 Besluit AO/IV. Van militairen bij wie enige mate van invaliditeit met dienstverband is vastgesteld en van wie na ontslag en na toekenning van de hiervoor genoemde (bijzondere) regelingen nog niet alle schade is gedekt, kunnen voor deze restschade een beroep doen op de volledige schadevergoeding.²⁵

De RVS is daarmee een sluitstuk van schadeloosstelling van de militair met blijvend letsel dat verband houdt met de bijzondere omstandigheden tijdens de dienst en die de dienst heeft verlaten. Indien aan deze voorwaarden is voldaan, hoeft de (civiele) aansprakelijkheid ('is er sprake van een tekortschieten in de zorgplicht van de werkgever', dan wel is sprake van onrechtmatigheid?) van het Ministerie van Defensie niet meer afzonderlijk te worden vastgesteld.

²⁰ Wat dat betreft is de vorm van het letsel, fysiek of psychisch, wel van belang. In gevallen waarbij PTSS een rol speelt, wordt gewerkt met het PTSS WIA IP protocol Defensie 2007.

²¹ HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1337.

²² Zelfs op grond van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens kan sprake zijn van een recht op immateriële schadevergoeding. Zo is volgens vaste rechtspraak van het EHRM over art. 6 EVRM uitgangspunt dat het uitblijven van een rechterlijke beslissing binnen redelijke termijn leidt tot spanning en frustratie, hetgeen een grond vormt voor toekenning van een vergoeding voor immateriële schade (zie onder meer EHRM 29 maart 2006, nr. 62361/00, ECLI:NL:XX:2006:AX7382 (Riccardi Pizzati tegen Italië)). Dit is ook voor het nationale recht de maatstaf (vgl. HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX8360).

²³ Art. 3 Besluit bijzondere militaire pensioenen.

²⁴ Art. 2 AO/IV: een arbeidsongeschiktheid ten gevolge van ziekten of gebreken, die in overwegende mate hun oorzaak vinden in de aard van de aan de militair opgedragen werkzaamheden of in de bijzondere omstandigheden, waaronder zij moesten worden verricht, en niet aan zijn schuld of onvoorzichtigheid zijn te wijten.

²⁵ Art. 11a Besluit bijzondere militaire pensioenen en art. 8a AO/IV, alsmede de Uitvoeringsregeling volledige schadevergoeding.

Bij de totstandkoming van de RVS is van regeringszijde opgemerkt dat de VS uitsluitend materiële restschade betreft, en geen immateriële schade. De minister van Defensie beslist over toekenning van de RVS, soms na advies van de Commissie van Advies Volledige Schadevergoeding (CAVS)²⁶. De adviezen van de CAVS zijn openbaar en plegen hierbij in de regel te worden gevolgd.

3. De fiscale aspecten van de BIV-uitkering

3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk beoordelen wij of de BIV-uitkering op juiste wijze in de belastingheffing wordt betrokken.

Met het oog op die beoordeling bespreken wij in paragraaf 3.2 kort de systematiek van de loonbelasting en de inkomstenbelasting. Daarbij richten wij ons onder meer op de vraag op welke wijze 'loon' in de belastingheffing wordt betrokken.

Vervolgens brengen wij in paragraaf 3.3 de rechtspraak van de Hoge Raad in kaart met betrekking tot de vraag of de schadevergoeding die een werknemer van zijn werkgever ontvangt omdat hij in het kader van zijn werkzaamheden letsel heeft opgelopen, tot het 'loon' behoort. Daarbij besteden wij onder meer aandacht aan het door de Hoge Raad op 25 maart 2022 gewezen *Brandweermanarrest*.

In paragraaf 3.4 bespreken wij op welke wijze de BIV vóór en na het *Brandweermanarrest* in de belastingheffing wordt betrokken. In die paragraaf ligt de nadruk op het standpunt van de Belastingdienst ten aanzien van de belastbaarheid van de BIV naar aanleiding van het *Brandweermanarrest* en de wijziging van de regelgeving in de sfeer van de loonbelasting naar aanleiding van dat arrest.

Ten slotte beoordelen wij in paragraaf 3.5 aan de hand van regelgeving en rechtspraak of de BIV-uitkering op de juiste wijze in de belastingheffing wordt betrokken.

3.2. De loonbelasting en de inkomstenbelasting

In dit rapport staan twee belastingen centraal: de loonbelasting en de inkomstenbelasting. Hierna geven wij een korte beschrijving van deze belastingen en hun wisselwerking. Daarbij beperken wij ons tot die aspecten die van belang zijn voor onze onderzoeksopdracht.

Loonbelasting

Loonbelasting wordt geheven over het belastbare loon.²⁷ Loon wordt in de Wet LB 1964 gedefinieerd als:²⁸

“al hetgeen uit een dienstbetrekking of een vroegere dienstbetrekking wordt genoten.”

Onder 'loon' valt derhalve niet alleen de arbeidsbeloning die een werknemer ontvangt voor de door hem in een maand verrichte arbeid, maar bijvoorbeeld ook de pensioenuitkering die wordt ontvangen omdat door een gepensioneerde werknemer in het verleden arbeid is verricht.

De inhoudingsplichtige – dit is de werkgever of bijvoorbeeld degene die de pensioenuitkering doet – is gehouden de loonbelasting in te houden op het tijdstip waarop het 'loon' wordt uitgekeerd aan de (gepensioneerde) werknemer.²⁹ Vervolgens draagt de inhoudingsplichtige de ingehouden loonbelasting af aan de Belastingdienst.³⁰

²⁶ Volgens het Onderzoeksrapport “Evaluatie Regeling Volledige Schadevergoeding: de ervaring van betrokkenen” van de Auditdienst Rijk van 22 februari 2022, werd de CAVS van 2014 tot september 2021 maar in 18 zaken om advies gevraagd op een totaal aantal zaken van 865.

²⁷ Art. 9 Wet LB 1964.

²⁸ Art. 10, lid 1, Wet LB 1964.

²⁹ Art. 27, lid 2, Wet LB 1964.

³⁰ Art. 27, lid 5, Wet LB 1964.

Aldus is sprake van een efficiënt heffingssysteem. De belasting wordt ingehouden bij de bron en namens de werknemer door de werkgever³¹ afgedragen. De werknemer wordt niet geconfronteerd met een aangifteplicht, ontvangt geen belastingaanslag en hoeft niet te reserveren voor een belastingbetaling na afloop van het belastingjaar.

Inkomstenbelasting

Inkomstenbelasting wordt geheven over drie belastbare inkomens: belastbaar inkomen uit werk en woning (box 1), belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang (box 2) en belastbaar inkomen uit sparen en beleggen (box 3).³²

Tot het inkomen uit werk en woning worden mede gerekend (1) het belastbare loon en (2) de belastbare periodieke uitkeringen en verstrekkingen die door de belastingplichtige worden genoten.³³

De inkomstenbelasting betreft het 'loon' dat door de belastingplichtige is genoten en waarop al loonbelasting is ingehouden, in beginsel opnieuw in de belastingheffing.³⁴ Vervolgens wordt op het bedrag van de verschuldigde inkomstenbelasting het bedrag van de ingehouden loonbelasting in mindering gebracht. De loonbelasting is aldus een *voorheffing* op de inkomstenbelasting.³⁵ Langs deze weg wordt over het genoten loon slechts één keer belasting geheven.

Voor belastingplichtigen die buiten 'loon' geen ander inkomen hebben en een beperkt vermogen hebben, vormt de loonbelasting de eindheffing. Zij worden niet tevens in de heffing van inkomstenbelasting betrokken. Dit betekent dat zij geen aangifte IB/PVV behoeven te doen. Het scheelt de Belastingdienst ook werk, want er hoeft in die gevallen evenmin een aanslag IB/PVV te worden opgelegd.

Omdat de loonbelasting een efficiënt heffingssysteem is, wordt ook in gevallen waarin geen sprake is van 'loon' van dit heffingssysteem gebruik gemaakt. Zie in dat kader art. 34 Wet LB 1964 op grond waarvan ter vergemakkelijking van de heffing van inkomstenbelasting nadere regels kunnen worden gesteld op basis waarvan loonbelasting mede wordt geheven van natuurlijke personen die:

“termijnen van lijfrente of andere periodieke uitkeringen of verstrekkingen genieten”

Van deze mogelijkheid is gebruik gemaakt in art. 11 Uitvoeringsbesluit LB 1965.

3.3. Zijn letselschadevergoedingen 'loon uit dienstbetrekking'?

Indien een werknemer in het kader van zijn werkzaamheden letsel oploopt en hij van zijn werkgever een schadevergoeding ontvangt, rijst de vraag of deze schadevergoeding tot het 'loon' behoort. In dat geval dient op die schadevergoeding loonbelasting te worden ingehouden.

De rechtsontwikkeling op het punt van de belastbaarheid van schadevergoedingen startte – voor zover hier van belang – met een zaak die de Hoge Raad in 1983 heeft beslist.³⁶ In die zaak ging het om de belastbaarheid van een vergoeding die door een werkgever aan een werknemer werd toegekend omdat deze als gevolg van een ongeval immateriële schade had geleden en te maken had met een verlies aan arbeidskracht.³⁷ De Hoge Raad oordeelde:

“dat door een werkgever op grond van diens aansprakelijkheid voor een aan zijn werknemer overkomen ongeval aan deze werknemer betaalde vergoedingen voor immateriële schade en verlies aan arbeidskracht - behoudens bijzondere omstandigheden, zoals bepaalde afspraken in de arbeidsovereenkomst, waaromtrent te dezen echter niets is vastgesteld - niet zo zeer

³¹ Of bijvoorbeeld degene die de pensioenuitkering doet.

³² Art. 2.3 Wet IB 2001.

³³ Art. 3.1, lid 2, Wet IB 2001.

³⁴ Art. 3.30 Wet IB 2001.

³⁵ Art. 9.2 Wet IB 2001.

³⁶ Wij laten het arrest HR 4 april 1979, nr. 19 253, BNB 1979/209, onbesproken omdat uit dat arrest enkel blijkt dat een door een gewond geraakte militair ontvangen periodiek invaliditeitspensioen en een eenmalige extra uitkering zozeer hun grond vinden in de (vroegere) dienstbetrekking van de militair dat de uitkeringen moeten worden aangemerkt als loon uit dienstbetrekking.

³⁷ HR 29 juni 1983, nr. 21 435, BNB 1984/2. Dit arrest wordt in de literatuur ook wel aangeduid als 'Smeerkuilarrest' of 'Smeerkuilarrest'.

hun grond vinden in de dienstbetrekking dat zij als daaruit genoten moeten worden aangemerkt;
dat het Hof derhalve ten onrechte heeft geoordeeld dat hetgeen belanghebbende ter zake van immateriële schade en verlies van arbeidskracht is vergoed als loon uit dienstbetrekking moet worden aangemerkt;”

Uit dit arrest kan worden afgeleid dat als *hoofdregel* geldt dat door de werkgever betaalde vergoedingen voor immateriële schade en verlies aan arbeidskracht in beginsel niet tot het loon behoren, tenzij de schadevergoeding berust op afspraken in de arbeidsovereenkomst (*uitzonderingsbepaling*). Indien de uitzonderingsbepaling aan de orde is, behoort de schadevergoeding in beginsel wel tot het loon.

In een zaak die 10 jaar later door de Hoge Raad werd beslist, ging het om een dienstplichtig militair die tijdens een schietoefening blijvend letsel had opgelopen.³⁸ Aan die militair is in verband met dit letsel een invaliditeitspensioen, vermeerderd met een invaliditeitsverhoging, toegekend gegrond op de Algemene militaire pensioenwet. De inspecteur stelde zich op het standpunt dat sprake was van loon.

De uitkeringen vinden volgens de Hoge Raad zozeer hun grond in de door de militair vervulde publiekrechtelijke dienstbetrekking dat zij als daaruit genoten moeten worden aangemerkt. Daarbij wijst de Hoge Raad erop dat de uitkeringen voortkomen uit een rechtspositionele regeling waaraan invalide ex-militairen rechten ontleen in gevallen waarin een verband bestaat tussen de invaliditeit en de uitoefening van de militaire dienst. In dit arrest paste de Hoge Raad de door hem in 1983 geformuleerde *uitzonderingsbepaling* toe.

Van Dijk, die dit arrest in de fiscale vakliteratuur becommentarieerde, was kritisch over de toepassing van de uitzonderingsbepaling in het onderhavige geval en schreef:

“3. De Hoge Raad geeft een motivering waarom de uitzondering van toepassing is. De uitkeringen vloeien voort uit een rechtspositionele regeling, waaraan de ex-militairen rechten ontleen steeds indien verband bestaat tussen invaliditeit en de uitoefening van de militaire dienst. Het komt mij voor dat het voor de toepassing van de uitzondering niet genoeg is dat een bepaalde voorziening in de arbeidsovereenkomst is opgenomen. Indien de voorziening echter niet uitgaat boven hetgeen ook op andere gronden gevorderd zou kunnen worden, met name uit hoofde van onrechtmatige daad, lijkt het mij niet aanvaardbaar om de uitkering tot het loon te rekenen. Waarom zou men deze werknemer slechter behandelen dan een werknemer waarvoor geen uitdrukkelijke regeling is opgenomen, maar die toch in dezelfde materiële positie verkeert?

4. Indien de Hoge Raad zou hebben aangenomen dat niet sprake is van loon uit (vroegere) dienstbetrekking, zouden de uitkeringen toch belastbaar zijn geweest als periodieke uitkering.”

De annotator is derhalve van mening dat voor de toepassing van de uitzonderingsbepaling – waardoor een schadevergoeding wordt aangemerkt als loon uit dienstbetrekking – niet voldoende is dat op dit punt regels zijn opgenomen in de arbeidsovereenkomst. Het wordt volgens Van Dijk pas ‘loon’ indien langs die weg méér kan worden gevorderd dan op andere gronden als schadevergoeding kan worden gevorderd.

In 2022 moest de Hoge Raad een zaak beslissen waarin het ging om een brandweerman die blijvend letsel heeft opgelopen bij de uitoefening van zijn werkzaamheden en om die reden een eenmalige vergoeding wegens geleden immateriële schade had ontvangen.³⁹

De Hoge Raad komt in het *Brandweermanarrest* tegemoet aan de hiervóór weergegeven kritiek van Van Dijk en beslist dat indien bij of krachtens de arbeidsovereenkomst geen hogere vergoedingen voor immateriële schade en verlies aan arbeidskracht zijn voorzien dan worden bepaald door de op de werkgever rustende aansprakelijkheid, geen sprake is van ‘loon’. Daarbij grijpt hij terug op zijn arrest uit 1983:

³⁸ HR 3 november 1993, nr. 29 466, BNB 1994/22 met noot J.E.A.M. van Dijk.

³⁹ HR 25 maart 2022, nr. 21/01143, BNB 2022/81.

“(…) Met de woorden “zoals bepaalde afspraken in de arbeidsovereenkomst” heeft de Hoge Raad tot uitdrukking gebracht dat op de hoofdregel – vergoedingen van immateriële schade en verlies aan arbeidskracht worden niet als loon aangemerkt – een uitzondering kan worden gemaakt indien en voor zover de werkgever aan zijn erkenning van aansprakelijkheid een hogere vergoeding verbindt dan rechtstreeks uit die aansprakelijkheid voortvloeit. Wanneer de werkgever niet zo’n hogere vergoeding aan die erkenning verbindt, brengt de vastlegging in de arbeidsovereenkomst materieel geen verandering in de rechten die de werknemer als gevolg van het ongeval heeft. Dan is er ook geen reden om over de belastbaarheid van de vergoeding anders te oordelen dan in het geval van de werknemer ten aanzien van wie in de arbeidsovereenkomst niets is geregeld omtrent een vergoeding als hiervoor bedoeld. Indien bij of krachtens de arbeidsovereenkomst geen hogere vergoedingen voor immateriële schade en verlies aan arbeidskracht zijn voorzien dan bepaald worden door de op de werkgever rustende aansprakelijkheid, doet de uitzondering op de hoofdregel zich daarom niet voor.”

Deze regels gelden ook, aldus de Hoge Raad, indien het gaat om schadevergoedingen die zijn toegekend door werkgevers met een publieke taak.

Mertens schrijft in een commentaar bij dit arrest dat het lastig verklaarbare verschil tussen letselschadevergoedingen van werkgevers die niet op een arbeidsvoorwaarde berusten (onbelast) en letselschadevergoedingen die dat wel doen (belast) ten principale door de Hoge Raad is weggenomen.⁴⁰

Na dit *Brandweermanarrest* geldt derhalve als hoofdregel dat een letselschadevergoeding geen ‘loon’ is, ook als die schadevergoeding voortkomt uit een bepaling in de arbeidsovereenkomst. Slechts indien op grond van die bepaling een hogere vergoeding voor immateriële schade en verlies aan arbeidskracht zijn voorzien dan bepaald worden door de op de werkgever rustende aansprakelijkheid, is sprake van loon uit dienstbetrekking (*uitzonderingsbepaling*).

3.4. De fiscale behandeling van de BIV vóór en na het Brandweermanarrest

Hierna beantwoorden wij de vraag op welke wijze de BIV vóór en na het *Brandweermanarrest* in de belastingheffing is betrokken.

3.4.1. De fiscale behandeling van de BIV vóór het Brandweermanarrest

Het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (APB), dat de BIV-uitkeringen doet, is in de periode vóór het *Brandweermanarrest* ervan uitgegaan dat de BIV tot het loon uit dienstbetrekking behoort. Dit betekende dat het ABP.⁴¹

“(…) destijds loonbelasting en premie volksverzekeringen [heeft] ingehouden en de uitkering voor de heffing van de inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet als loon aangemerkt. De BIV werd in dat geval automatisch voorgevuld in de aangifte inkomstenbelasting en premie volksverzekeringen, evenals de daarop ingehouden loonbelasting en premie volksverzekeringen. De BIV-gerechtigden hoefden daardoor alleen te controleren of de BIV juist in hun aangifte inkomstenbelasting en premie volksverzekeringen was verwerkt. Indien een BIV-gerechtigde nog niet de pensioengerechtigde leeftijd had bereikt, werd de inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet door het ABP betaald en hoefde de BIV-gerechtigde voor deze bijdrage over de BIV geen aangifte te doen. Na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd werd de inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet door het ABP ingehouden en werd deze bijdrage voorgevuld op de aangifte van de BIV-gerechtigde.”

Vóór het *Brandweermanarrest* werd de ontvanger van een BIV-uitkering op het punt van zijn fiscale verplichtingen derhalve ‘ontzorgd’ doordat loonbelasting werd ingehouden, in beginsel geen ‘bijbetaling’ in de sfeer van de inkomstenbelasting plaatsvond en bovendien sprake was van een op het punt van de BIV-uitkering ‘voorgevulde’ aangifte IB/PVV.

⁴⁰ In zijn BNB-noot bij dit arrest, punt 8.

⁴¹ Zie Nota van toelichting bij het Eindejaarsbesluit 2023 (Stb. 2023, 511), p. 66.

3.4.2. Het standpunt van de Belastingdienst naar aanleiding van het *Brandweermanarrest*

Naar aanleiding van het *Brandweermanarrest* heeft de Belastingdienst zich in de vorm van een kennisgroepstandpunt uitgelaten over de vraag of – kort gezegd – de BIV al dan niet tot het loon uit dienstbetrekking behoort.⁴²

De Belastingdienst komt tot de conclusie dat geen sprake is van loon uit dienstbetrekking omdat de BIV niet meer bedraagt dan datgene waartoe de werkgever verplicht zou zijn op grond van zijn aansprakelijkheid:

“De BIV was al opgenomen in de Algemene militaire pensioenwet (hierna: AMPW) uit 1966 (...). Uit latere Kamerstukken blijkt dat de BIV met name is bedoeld om immateriële schade te compenseren bij invaliditeit ontstaan in dienstverband (...). In 2001 zijn de rechten op militair arbeidsongeschiktheids- en invaliditeitspensioen uit de AMPW overgeheveld naar het Besluit [aanvullende arbeidsongeschiktheids- en invaliditeitsvoorzieningen militairen]. Volgens de nota van toelichting op de invoering van het Besluit zijn de situaties waaronder sprake kan zijn van een BIV en niveaus daarvan uit de voormalige AMPW en vroegere militaire pensioenwetten overgenomen (...). (...)

Hieruit leidt de kennisgroep af dat de BIV een maandelijks forfaitaire vergoeding is om immateriële schade te vergoeden (smartengeld), niet zijnde inkomensschade (vergelijk CRvB 28 juni 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BA9032). Het komt de kennisgroep voor dat de regelgever de hoogte van de forfaitaire bedragen naar billijkheid heeft vastgesteld. Gelet op wet- en regelgeving en jurisprudentie op het gebied van werkgeversaansprakelijkheid komen de bedragen de kennisgroep ook niet excessief voor. Bovendien leent de aard van de vergoeding zich niet voor een rekenkundige benadering. Er zijn (vooraf) daarom onvoldoende argumenten om te onderbouwen dat de BIV meer bedraagt dan datgene waar de werkgever toe verplicht zou zijn op grond van zijn aansprakelijkheid.”

Aan dit standpunt – waaruit volgt dat de BIV geen loon uit dienstbetrekking vormt – kan door het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (hierna: ABP) als uitkerende instantie en de militairen vertrouwen worden ontleend.⁴³

Het standpunt van de Belastingdienst leidt ertoe dat het ABP als uitkerende instantie geen loonbelasting mag inhouden. Militairen behoeven de BIV-uitkering ook niet in aanmerking te nemen in hun aangiftebiljet IB/PVV onder ‘loon’. Dat betekent echter niet dat de BIV-uitkering voor de heffing van inkomstenbelasting onbelast is.

3.4.3. Periodieke uitkeringen belast in de inkomstenbelasting

Hoewel de BIV-uitkering op basis van het standpunt van de Belastingdienst geen ‘loon’ is, betekent het niet dat die uitkering voor de heffing van inkomstenbelasting onbelast is. Zo merkte Van Dijk in zijn annotatie bij BNB 1994/22 op dat periodieke invaliditeitsuitkeringen, indien zij niet tot het loon behoren, worden belast als periodieke uitkeringen.

Rangorderegeling

Voordat wij ingaan op de fiscale behandeling van periodieke uitkeringen, besteden wij aandacht aan de rangorderegeling van art. 2.14 Wet IB 2001. Dit artikel houdt, voor zover van belang, in:

“1. Indien een voordeel op grond van meer dan een hoofdstuk, afdeling of paragraaf als bestanddeel, al dan niet vrijgesteld, van een van de belastbare inkomens zou kunnen worden aangemerkt, wordt het voordeel uitsluitend op grond van het als eerste opgenomen hoofdstuk of de als eerste opgenomen afdeling of paragraaf aangemerkt als bestanddeel van het desbetreffende belastbare inkomen.”

⁴² KG:204:2024:5.

⁴³ Dat aan kennisgroepstandpunten vertrouwen kan worden ontleend, is nog niet expliciet door de Hoge Raad beslist, maar kan worden afgeleid uit jurisprudentie met betrekking tot de toepassing van het vertrouwensbeginsel in zaken waarin beleid naar aanleiding van een WOB-verzoek is bekendgemaakt (HR 9 april 2021, nr. 19/03791, BNB 2021/95 en HR 11 juni 2021, nr. 20/00892, BNB 2021/131). Zie ook Brief Staatssecretaris van Financiën van 21 oktober 2022, 2022-0000258236, V-N 2022/48.13.24, waaruit volgt dat de adviezen van een Kennisgroep dezelfde betekenis hebben als formeel vastgesteld beleid.

De rangorderegeling is door L.G.M. Stevens aldus toegelicht:⁴⁴

“Het boxenstelsel kent een verplichte boxenvolgorde. In artikel 2.14, eerste lid, Wet IB 2001 wordt dit beginsel verwoord. Dat wil zeggen dat vermogensbestanddelen die inkomen genereren dat in box 1 of 2 is belast, dan wel expliciet van belastingheffing zijn vrijgesteld, niet meer in aanmerking worden genomen voor de in box 3 geregelde vermogensrendementsheffing. Deze verplichte rangorde geldt trouwens niet alleen voor de boxen, maar is ook van toepassing binnen een box voor de daarin opgesomde inkomensbestanddelen.”

Voor de fiscale behandeling van de BIV-uitkering is relevant te constateren dat, door de werking van de rangorderegeling van art. 2.14 Wet IB 2001, niet zou worden toegekomen aan de vraag of deze uitkering kan worden belast als periodieke uitkering indien die uitkering weliswaar loon is, maar expliciet is vrijgesteld. Daarvan is in het onderhavige geval echter geen sprake. De Hoge Raad heeft in het *Brandweermanarrest* geoordeeld dat een letselschadevergoeding geen ‘loon’ is. Hij heeft echter niet geoordeeld dat de vergoeding weliswaar ‘loon’ is maar onder een vrijstelling valt. Dit betekent dat hierna moet worden onderzocht of de BIV-uitkering een (belaste) periodieke uitkering is.

Periodieke uitkeringen

Wij brengen hierna in kaart op welke wijze periodieke uitkeringen in de heffing van inkomstenbelasting worden betrokken.

Art. 3.100 Wet IB 2001 rekent tot de belastbare periodieke uitkeringen en verstrekkingen

“de aangewezen periodieke uitkeringen en verstrekkingen”

In art. 3.101 Wet IB 2001 is nader beschreven wat onder ‘aangewezen periodieke uitkeringen en verstrekkingen’ moet worden verstaan:

“1. Aangewezen periodieke uitkeringen en verstrekkingen zijn de periodieke uitkeringen en verstrekkingen die:
a. worden ontvangen op grond van een publiekrechtelijke regeling;
(...)”

De Wet IB 2001 geeft echter geen definitie van het begrip ‘periodieke uitkering’. In de vakliteratuur wordt – mede naar aanleiding van de jurisprudentie van de Hoge Raad – betoogd:⁴⁵

“een periodieke uitkering of verstrekking is een uitkering of verstrekking welke een onderdeel is of kan zijn van een reeks van uitkeringen of verstrekkingen waarvan het totale beloop afhankelijk is van een toekomstige onzekere gebeurtenis, zulks beoordeeld vanuit de schuldenaar en naar het moment waarop de uitkeringen of verstrekkingen een aanvang nemen, een en ander voor zover de uitkeringen en verstrekkingen niet een onderdeel vormen van een complex van rechten en verplichtingen die bij voortduring tegenover elkaar staan.”

Een invaliditeitsuitkering die maandelijks wordt uitgekeerd en afhankelijk is van het leven van de (voormalige) werknemer, zoals de BIV-uitkering, valt onder de definitie van ‘periodieke uitkering’.

Art. 3.104 Wet IB 2001 bevat een opsomming van publiekrechtelijke uitkeringen die door de wetgever zijn *vrijgesteld*.

De gedachte achter deze vrijstellingsbepaling is af te leiden uit de wetgeschiedenis van art. 30b Wet IB 1964, de voorganger van art. 3.104 Wet IB 2001. In de vakliteratuur wordt op dat punt opgemerkt:⁴⁶

“In (...) art. 30b Wet IB 1964 (...) vond vrijstelling van publiekrechtelijke periodieke uitkeringen en verstrekkingen aanvankelijk op incidentele wijze plaats; telkenmale werd een bepaalde

⁴⁴ L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001* (Fiscale Handboeken nr. 2), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 91.

⁴⁵ Vakstudie *Inkomstenbelasting*, art. 3.100 Wet IB 2001, aant. 2.1.1.

⁴⁶ Vakstudie *Inkomstenbelasting*, art. 3.104 Wet IB 2001, aant. 1.4.1.

periodieke uitkering of verstrekking (...) vrijgesteld. Naar aanleiding van het deelrapport 7, 'Heroverweging Groei Belastingdienst', van het rapport 'Heroverweging collectieve uitgaven' (Kamerstukken II 1980/81, 16 625, nr. 12) heeft echter een meer fundamentele beschouwing over defiscalisering van publiekrechtelijke uitkeringen en verstrekkingen plaatsgevonden. De conclusie daarbij was dat vrijstelling op zijn plaats is als de uitkering of verstrekking dient betrokkene in staat te stellen een bepaalde noodzakelijke uitgave te doen die niet past in een bij zijn inkomen door de overheid normaal geacht bestedingspatroon (met andere woorden, vrijstelling is op zijn plaats in de gevallen waarin het ontvangen van de uitkering of verstrekking de draagkracht van betrokkene niet verhoogt)."

De wetgever beoogt derhalve publiekrechtelijke periodieke uitkeringen die niet het karakter van vrij besteedbaar inkomen hebben, vrij te stellen.

Een voorbeeld van zo'n vrijgestelde uitkering die dient ter bestrijding van kosten van voorzieningen van medisch sociale aard is opgenomen in art. 3:104, onderdeel o, Wet IB 2001. Aldus zijn vrijgesteld:

"de vaste vergoedingen voor behandeling of verpleging, bedoeld in de algemene maatregel van bestuur gebaseerd op artikel 11a van de Wet buitengewoon pensioen 1940–1945, onderscheidenlijk artikel 15 van de Wet buitengewoon pensioen Indisch verzet en artikel 3 van de Wet buitengewoon pensioen zeelieden-oorlogsslachtoffers, alsmede bij ministeriële regeling aan te wijzen voorzieningen voor militaire oorlogs- of dienstsachtoffers die verband houden met invaliditeit;"

In art. 17, lid 3, Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001 wordt vervolgens invulling gegeven aan het laatste deel van onderdeel o:

"Als voorzieningen voor militaire oorlogs- of dienstsachtoffers die verband houden met invaliditeit als bedoeld in artikel 3.104, onderdeel o, van de wet worden aangewezen: voorzieningen in de zin van de Voorzieningenregeling voor militaire oorlogs- en dienstsachtoffers."

De BIV-uitkering valt echter niet onder een in art. 3.104 Wet IB 2001 opgenomen vrijstelling. Er is mitsdien sprake van een belaste 'periodieke uitkering'.

Conclusie

Het hiervóór in paragraaf 3.4.2 behandelde Kennisgroepstandpunt dat de BIV-uitkering niet kan worden aangemerkt als loon uit dienstbetrekking leidt niet tot de conclusie dat de BIV-uitkering onbelast is. Wij komen tot de conclusie dat de BIV-uitkering moet worden aangemerkt als een niet-vrijgestelde periodieke uitkering die in de heffing van inkomstenbelasting wordt betrokken.

3.4.4. De BIV (opnieuw) onder de loonbelasting gebracht

Naar aanleiding van het *Brandweermanarrest* is art. 11, lid 1, onderdeel aa, Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965 ingevoerd. Deze bepaling, die terugwerkende kracht tot en met 25 maart 2022 heeft, bewerkstelligt dat loonbelasting wordt geheven van natuurlijke personen die de volgende inkomsten genieten:

"uitkeringen op grond van artikel 3 van het Besluit bijzondere militaire pensioenen of op grond van de artikelen 8 of 11, tweede lid, van het Besluit aanvullende arbeidsongeschiktheids- en invaliditeitsvoorzieningen militairen."

De invoering van deze bepaling is als volgt toegelicht (voetnoten weggelaten):⁴⁷

"Op 25 maart 2022 wees de Hoge Raad arrest in een zaak waarin een brandweerman een eenmalige letselschadevergoeding had ontvangen voor immateriële schade (smartengeld). De Hoge Raad besliste, anders dan voorheen, kort gezegd dat een dergelijke uitkering niet tot het loon behoort, tenzij de werkgever meer vergoedt dan uit zijn aansprakelijkheid voortvloeit.

⁴⁷ Kamerstukken II 2023/24, 31066, nr. 1315, p. 2-3.

Langs deze meetlat gelegd, behoort ook de BIV niet tot het loon. Daarmee is de fiscale kous evenwel niet af. Anders dan de brandweerman in het arrest ontvangen de BIV-gerechtigden het smartengeld in de vorm van een periodieke (maandelijkse) uitkering. Ondanks dat geen sprake is van loon, is deze periodieke uitkering belast voor de inkomstenbelasting. Dat vloeit voort uit het belastingstelsel. Daarmee hoort de BIV tot het inkomen. Vanwege het inkomens karakter van de BIV behoort defiscalisering niet tot de mogelijkheden. De BIV is namelijk niet afgestemd op het inkomen en evenmin bedoeld om bepaalde noodzakelijke kosten te bestrijden.

Wie een belaste periodieke uitkering ontvangt, moet deze zelf in zijn aangifte inkomstenbelasting verwerken. De belasting erover betaalt hij vervolgens als hij na afloop van het desbetreffende kalenderjaar de aanslag inkomensheffing ontvangt, of hij betaalt vooruit via een voorlopige aanslag inkomensheffing. In dat laatste geval kan het voorkomen dat de definitieve aanslag nog tot een bij te betalen of terug te ontvangen bedrag leidt. Voor een aantal periodieke uitkeringen is geregeld dat daarop door de uitkerende instantie loonheffing wordt ingehouden. Dat heeft als voordeel dat de belastingheffing al meteen is voldaan waardoor daarover na afloop van het kalenderjaar geen bijbetaling hoeft plaats te vinden. Ook worden in dat geval zowel de uitkering als de inhouding erop vooringevuld in de aangifte inkomstenbelasting. Het ABP is ook na 25 maart 2022 loonheffing blijven inhouden. Daarmee worden de BIV-gerechtigden ontzorgd. Zij hoeven immers ook voor betalingen na 25 maart 2022 alleen te controleren of de BIV juist in hun aangifte is verwerkt. Het is passend bij de situatie om de BIV-gerechtigden te blijven ontzorgen en de fiscale behandeling van de BIV te laten aansluiten bij de huidige werkwijze. Dat betekent dat het ABP loonheffing inhoudt op de BIV en de Belastingdienst de BIV en de inhouding daarop voorinvult in de aangifte inkomstenbelasting. Op deze wijze ontvangen de BIV-gerechtigden net als voorheen de BIV waarop zij recht hebben en hebben zij geen ander omkijken naar het invullen van hun aangiftebiljet dan het controleren van de juistheid en de volledigheid ervan.

Om dit in regelgeving vast te leggen, zal ik een aanpassing doen in artikel 11 van het Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965, die terugwerkt tot de datum van het arrest.”

Zie ook de Nota van toelichting bij deze bepaling:⁴⁸

“Voor een aantal periodieke uitkeringen is in artikel 11 UBLB 1965 geregeld dat daarop door de uitkerende instantie loonbelasting en premie volksverzekeringen worden ingehouden (en dat de betreffende uitkeringen als loon uit vroegere dienstbetrekking worden aangemerkt). Over deze periodieke uitkeringen betaalt de uitkerende instantie de inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet totdat degene die de uitkering ontvangt de pensioengerechtigde leeftijd bereikt. Nadat de pensioengerechtigde leeftijd is bereikt, wordt deze bijdrage door de uitkerende instantie ingehouden en afgedragen. Dat heeft als voordeel dat in ieder geval een deel van de verschuldigde inkomstenbelasting, premie volksverzekeringen en inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet al bij ontvangst van de uitkering is voldaan, waardoor daarover na afloop van het kalenderjaar minder bijbetaling (of terugbetaling) hoeft plaats te vinden. Ook worden in dat geval zowel de uitkeringen als de inhouding erop vooringevuld in de aangifte inkomstenbelasting en premie volksverzekeringen. Ook de ingehouden inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet wordt vooringevuld in de aangifte. Indien de uitkerende instantie deze bijdrage betaalt, dan hoeft de ontvanger van de uitkering hiervoor geen aangifte te doen. Met dit wijzigingsbesluit wordt geregeld dat dit ook gaat gelden voor de BIV. Op deze wijze ontvangen de BIV-gerechtigden net als voorheen de BIV waarop zij recht hebben en hebben zij in veel gevallen geen ander omkijken naar het invullen van hun aangiftebiljet dan het controleren van de juistheid en de volledigheid van de vooringevulde gegevens. Ook hoeven zij tot aan de pensioengerechtigde leeftijd de inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet niet zelf te dragen. Om dit wettelijk te regelen wordt aan artikel 11, eerste lid, UBLB 1965 een onderdeel toegevoegd.”

⁴⁸ Zie Nota van toelichting bij het Eindejaarsbesluit 2023 (Stb. 2023, 511), p. 67.

Conclusie

Art. 11, onderdeel aa, Uitvoeringsbesluit LB 1965 brengt de BIV-uitkering onder de heffing van loonbelasting. Deze bepaling is ingevoerd om de BIV-gerechtigden te ontzorgen en de fiscale behandeling te laten aansluiten bij de situatie vóór het *Brandweermanarrest*.

3.5. Beoordeling fiscale behandeling BIV-uitkering

Vóór het *Brandweermanarrest* werd door het APB en de Belastingdienst ervan uitgegaan dat de BIV-uitkering tot het loon uit dienstbetrekking behoort. Door het APB werd om die reden loonbelasting en premie volksverzekeringen ingehouden en de uitkering werd voor de heffing van de inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet als loon aangemerkt. De ontvangen BIV-uitkering werd automatisch voorgevuld in de aangifte IB/PVV. Dit had voor de ontvanger van een BIV-uitkering als voordeel dat het doen van aangifte IB/PVV werd vergemakkelijkt en dat na afloop van een jaar in beginsel geen (inkomsten)belasting behoefde te worden 'bijbetaald' in verband met de ontvangen BIV-uitkering.

Na het *Brandweermanarrest* geldt als hoofdregel dat een letselschadevergoeding geen 'loon' is, ook niet als die schadevergoeding voortkomt uit een bepaling in de arbeidsovereenkomst. Slechts indien op grond van die bepaling een hogere vergoeding voor immateriële schade en verlies aan arbeidskracht zijn voorzien dan bepaald worden door de op de werkgever rustende aansprakelijkheid, is sprake van loon uit dienstbetrekking (*uitzonderingsbepaling*).

De Belastingdienst is in de vorm van een kennisgroepstandpunt naar aanleiding van het *Brandweermanarrest* tot de conclusie gekomen dat de BIV-uitkering geen loon uit dienstbetrekking vormt, omdat de BIV niet meer bedraagt dan datgene waartoe het Ministerie van Defensie verplicht zou zijn op grond van zijn civielrechtelijke aansprakelijkheid. Wij hebben geen aanwijzingen gevonden dat de BIV structureel meer bedraagt dan waartoe het Ministerie van Defensie op grond van het civiele recht verplicht zou zijn te vergoeden. Daarvan uitgaande, onderschrijven wij de conclusie van de Belastingdienst in het kennisgroepstandpunt dat de BIV-uitkering geen loon uit dienstbetrekking zou behoeven te vormen.

Echter, wij hebben hiervóór in paragraaf 3.4.3 onderbouwd dat de BIV-uitkering – hoewel na het *Brandweermanarrest* duidelijk was dat geen sprake is van loon uit dienstbetrekking – niet kan worden aangemerkt als *onbelaste* uitkering. De Wet IB 2001 merkt deze uitkering aan als een periodieke uitkering die wordt ontvangen op grond van een publiekrechtelijke regeling (zie art. 3:101 Wet IB 2001).⁴⁹ Voor deze periodieke uitkering kent de Wet IB 2001 geen vrijstelling. Dit is naar onze mening te verklaren, omdat de BIV-uitkering niet ertoe strekt – kort gezegd – de ontvanger van die uitkering in staat te stellen een bepaalde noodzakelijke uitgave te doen die niet past in een bij zijn inkomen door de overheid normaal geacht bestedingspatroon. De conclusie die wordt getrokken in de Kamerbrief van 7 juni 2024⁵⁰ – inhoudende dat de BIV-uitkering voor de heffing van inkomstenbelasting wordt aangemerkt als belaste periodieke uitkering – is derhalve juist.

De ontvanger van een belaste periodieke uitkering, zoals een BIV-uitkering, moet de ontvangen uitkering in beginsel zelf in zijn aangifte IB/PVV opnemen. Vervolgens zal een definitieve aanslag IB/PVV opgelegd, waarbij rekening wordt gehouden met eventuele voorlopige aanslagen IB/PVV die aan de ontvanger van de periodieke uitkering zijn opgelegd.

Voor een aantal periodieke uitkeringen is geregeld dat daarop door de uitkerende instantie loonheffing wordt ingehouden. Dat heeft als praktische voordeel dat op het moment van het uitbetalen van de uitkering meteen belastingheffing plaatsvindt (loonheffing), waardoor daarover na afloop van het kalenderjaar in beginsel geen 'bijbetaling' in de sfeer van de inkomstenbelasting hoeft plaats te vinden. Ook worden in dat geval zowel de uitkering als de inhouding erop voorgevuld in de aangifte inkomstenbelasting. Dit dient het gemak van de ontvanger van de periodieke uitkering.

Tegen deze achtergrond moet de hiervóór in paragraaf 3.4.4 behandelde invoering van art. 11, lid 1, onderdeel aa, Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965 worden gezien. Het gevolg van deze wijziging is

⁴⁹ Ten overvloede merken wij op dat wij geen aanwijzing hebben gevonden dat er (ooit) een toezegging zou zijn gedaan dat de BIV-uitkering een 'netto' uitkering is.

⁵⁰ *Kamerstukken II* 2023/24, 31 066, nr. 1392, p. 3

dat ook na het Brandweermanarrest door het APB loonheffing wordt ingehouden op BIV-uitkeringen met als rechtvaardiging om de ontvanger van de BIV-uitkering te ontzorgen. Om die reden kunnen wij ons goed vinden in deze oplossing. Wij benadrukken dat de invoering van deze bepaling niet leidt tot een belastingheffing ter zake van de BIV-uitkering die na het *Brandweermanarrest* niet zou bestaan. Zoals wij hiervóór hebben geconstateerd, is de BIV-uitkering voor de heffing van inkomstenbelasting belast als periodieke uitkering.

Dat art. 11, lid 1, onderdeel aa, Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965 met *terugwerkende kracht* tot en met 25 maart 2022 is ingevoerd, heeft een goede reden. Het zou voor de ontvanger van een BIV-uitkering onpraktisch zijn indien voor de heffing van inkomstenbelasting toch over een deel van de in het jaar 2022 ontvangen BIV-uitkeringen (uitgekeerd in de periode na het Brandweermanarrest en tot de invoering van art. 11, lid 1, onderdeel aa, Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965) inkomstenbelasting 'bijbetaald' moet worden omdat geen loonbelasting is ingehouden. Ook hier staat ontzorging van de ontvangers van de BIV-uitkering voorop.

Wij onderschrijven derhalve de fiscale behandeling van de BIV zoals die door de staatssecretaris van Financiën is uiteengezet in zijn brief van 26 oktober 2023.⁵¹

4. Alternatieven

4.1. Is er reden na te denken over alternatieven?

Vanaf de invoering van de BIV werd op de verstrekte uitkering, met toepassing van het *Smeerkuilarrest* uit 1983, loonbelasting ingehouden. Vanaf 25 maart 2022 zou dat op grond van het *Brandweermanarrest*, en zonder de in paragraaf 3.4.4 besproken wijziging van het Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965, niet meer hebben hoeven, ware het niet dat de BIV-uitkering vanwege de periodiciteit van de uitkering (dan) ook onder de inkomstenbelasting zou zijn gevallen en zou worden belast als periodieke uitkering.

Dat roept de vraag op of de BIV, die bij *invoering* in het algemeen als een adequate voorziening werd beschouwd, dat nu misschien niet meer in alle gevallen is, of in meer gevallen dan voorheen niet meer is.

Als de BIV op dit moment als een adequate voorziening kan worden beschouwd, dan ligt het niet voor de hand één van de drie alternatieve varianten te omarmen die zijn voorgesteld in de brief van de staatssecretarissen van Financiën en van Defensie van 7 juni 2024.⁵² Die varianten hebben immers alle drie als consequentie dat de netto-uitkering wordt verhoogd: of door de ontvanger van de BIV-uitkering in feite vrij te stellen van belasting (varianten 1 en 2; hierna ook: defiscaliseren) of door de BIV-uitkering te bruteren (variant 3).

Of de BIV in 2007 een adequate voorziening vormde, was onderwerp van een procedure bij de Centrale Raad van Beroep in 2007. De Centrale Raad van Beroep kreeg toen twee vragen aangaande de BIV voorgelegd: (i) kan er, naast de BIV, voor een invalide geworden militair nog recht bestaan op (aanvullend) smartengeld en (ii) kan de op grond van de BIV toegekende immateriële schadevergoeding worden verrekend met eventueel toe te kennen materiële schadevergoeding?

De eerste, in casu door de militair gestelde, vraag had als kennelijke achtergrond dat de BIV-uitkering (wellicht) 'niet genoeg' was. De tweede, door de staatssecretaris van Defensie, voorgelegde vraag had als kennelijk uitgangspunt dat de BIV-regeling (wellicht) 'te hoog' was, althans hoger dan civielrechtelijk verschuldigd.

De Centrale Raad van Beroep beantwoordde beide vragen ontkennend. Omdat veelvuldig naar deze uitspraak wordt verwezen – onder andere voor het betoog dat de BIV-regeling nog steeds een adequate voorziening is – worden de relevante overwegingen van de Centrale Raad van Beroep hierna geciteerd:

⁵¹ *Kamerstukken II 2023/24*, 31 066, nr. 1315, p. 2-3.

⁵² *Kamerstukken II 2023/24*, 31 066, nr. 1392.

“3.1. De Raad stelt voorop dat de BIV een krachtens wettelijk voorschrift getroffen rechtspositionele voorziening is, die deel uitmaakt van de door het ambtenarenrecht beheerste rechtsverhouding tussen partijen. De geschiedenis van de totstandkoming van de Wet overheidspersoneel onder de werknemersverzekeringen - waarbij onder meer de militaire pensioenwetgeving is gewijzigd - laat zien dat de toenmalige BIV met name was bedoeld om de immateriële schade te compenseren en daarom ook wel als smartengeld wordt aangeduid (Kamerstukken II 1996-1997, 25 282, nr. 7, p. 32). Voor de toekenning en de hoogte van de BIV zijn concrete maatstaven geformuleerd, waarbij - kort gezegd - de vastgestelde mate van invaliditeit bepalend is voor het percentage van de uitkering. Bij de wijziging van de militaire pensioenregelgeving nadien zijn deze maatstaven op hoofdlijnen gehandhaafd. Op deze wijze heeft de regelgever kennelijk invulling willen geven aan het uitgangspunt dat de hoogte van de vergoeding voor immateriële schade naar billijkheid dient te worden vastgesteld.

3.2. De Raad overweegt voorts, zoals ook is overwogen in zijn uitspraak van 5 september 2002, TAR 2002, 166, dat vaststelling van de vergoeding van immateriële letselschade wordt gekenmerkt door de geringe objectieve bepaalbaarheid van de in aanmerking te nemen factoren. Relevant zijn de aard van de aansprakelijkheid, alsmede de aard, de duur en de intensiteit van de pijn, het verdriet en de gederfde levensvreugde die voor het slachtoffer het gevolg zijn van de ziekte of het ongeval. Het aldus te bepalen bedrag zal het bij het slachtoffer ontstane leed, dat immers niet op geld waardeerbaar is, nimmer kunnen compenseren. Gelet op deze onbepaaldheid van de te wegen factoren kan het, teneinde willekeur te voorkomen, dienstig zijn meer eenheid in de rechtstoepassing te brengen door het formuleren van concrete maatstaven, waarin de ernst van de situatie van het slachtoffer tot uitdrukking wordt gebracht. In een geval zoals hier aan de orde, waarin eerst bij formele wet en later bij Amvb zulke maatstaven zijn vastgesteld en op grond daarvan nader omschreven aanspraak op een BIV is toegekend, ligt het niet voor de hand de uitkomst daarvan in ieder individueel geval opnieuw op billijkheid te toetsen. Die 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.”

Naar aanleiding van het betoog van de staatssecretaris van Defensie overweegt de Centrale Raad van Beroep vervolgens:

“3.3. Met dit karakter van de aanspraak die de ambtenaar aan de regeling inzake de BIV kan ontleenen is niet verenigbaar dat een gedeelte van de BIV in een concreet geval als bovenmatig wordt aangemerkt en om die reden, krachtens voordeelstoerekening of anderszins, op schadeposten van materiële aard in mindering wordt gebracht. Verder heeft de Raad geen aanknopingspunten gevonden voor het oordeel dat in dit geval sprake is van bijzondere omstandigheden zoals onder 3.2., slot, bedoeld. Daarbij is mede in aanmerking genomen dat aan betrokkene op betrekkelijk jonge leeftijd een aanspraak is toegekend op periodieke uitkering van - onder andere - de BIV en dat niet is gebleken dat, bijvoorbeeld vanwege een door de ziekte beperkte levensverwachting, aan die uitkering de gebruikelijke betekenis moet worden ontzegd. Evenmin is naar voren gekomen dat een periodieke uitkering onvoldoende zou aansluiten bij de aard van het letsel en het daaruit voortvloeiende lijden van betrokkene. De onder 3. omschreven beroepsgronden van partijen treffen dus geen doel.”

De Centrale Raad van Beroep kent dus, naast de BIV-uitkering, geen extra smartengeld toe omdat “het niet voor de hand ligt” dat “in ieder individueel geval opnieuw op billijkheid” moet worden getoetst. Wel kunnen “bijzondere feiten of omstandigheden naar voren komen op grond waarvan de betrokken normen klaarblijkelijk niet leiden tot een billijk resultaat.”

De Centrale Raad van Beroep sluit dus aanvullend smartengeld niet uit, maar daarvoor zijn bijzondere feiten of omstandigheden nodig. Voor die aanvulling is alleen dan plaats wanneer het resultaat van de BIV ‘klaarblijkelijk’ niet leidt tot een billijk resultaat.

Door de minister van Defensie is op 25 januari 2024 aan de Tweede Kamer geschreven⁵³:

“Bij verschillende individuele letselschadeclaims en claims in het kader van de Regeling Volledige Schadevergoeding van oud-militairen tegen Defensie is nagegaan hoe de BIV die de oud-militair ontvangt, zich verhoudt tot de smartengeldvergoeding die in een individuele letselschadeclaim zou moeten worden toegekend. Dit met als doel om na te gaan of de oud-militair nog een nabetaling moet krijgen voor smartengeld, bovenop de (netto) uitbetaalde BIV. Daaruit is gebleken dat daar geen aanleiding voor was.”

De staatsecretarissen van Financiën en van Defensie schreven aan de Tweede kamer op 7 juni 2024⁵⁴ in vergelijkbare bewoordingen, en verwezen ook naar de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep.

Wij hebben niet kunnen achterhalen op welk individuele onderzoeken – waarbij in een aantal individuele situaties de hoogte van de BIV-aanspraken is vergeleken met de hoogte van de naar verwachting toe te kennen civiele rechten - deze uitspraken zijn gebaseerd. Ook zijn ons geen uitspraken van de Commissie van Advies Volledige Schadevergoeding (hierna: CAVS) bekend waarbij de hoogte van de BIV vergeleken wordt met de hoogte van naar verwachting toe te kennen civiele rechten. Wel heeft de CAVS in haar advies 2022/051 van 1 september 2022 over de hoogte van aan politiefunctionarissen op grond van het Besluit algemene rechtspositie politie (verder: Barp) toe te kennen smartengeld overwogen:

“dat een politiefunctionaris onder deze omstandigheden op grond van het Barp een hoger bedrag aan smartengeld krijgt toegekend dan in de civielrechtelijke schadevergoedingspraktijk gebruikelijk is, is begrijpelijk en te rechtvaardigen.”

Hoewel art. 54a Barp en de BIV-regeling ieder hun eigen wijze hebben om de hoogte van smartengeld te kunnen bepalen, hebben beide een vergelijkbare grondslag, te weten een vergoeding voor schade in verband met de gevaarstelling van de activiteiten. Ten aanzien van art. 54a Barp werd in de nota van toelichting overwogen dat deze uitkering haar grondslag vindt in gevaarstelling in zijn beroepsuitoefening.⁵⁵ Een vergelijkbare grondslag derhalve als voor militairen. Wij sluiten daarom niet uit dat de uitspraak van het CAVS ook op de BIV-regeling van toepassing zou kunnen zijn. Dat zou dan betekenen dat de CAVS ook van oordeel is dat de BIV tot smartengeldvergoedingen leidt die, in ieder geval onder omstandigheden, hoger zijn dan de civielrechtelijke norm. Wat betreft het begrip ‘civielrechtelijke norm’ (oftewel: hetgeen op grond van het civiele recht, in het bijzonder de artikelen 6:95 en 6:106 BW) verschuldigd is, past echter een kanttekening. Smartengeld is financiële compensatie voor immateriële schade. Reeds daaruit volgt dat de hoogte van dat (verschuldigde) smartengeld niet eenvoudig, en ook niet op exacte wijze, valt vast te stellen. De wet stelt de hoogte van het toe te kennen smartengeld niet vast (anders dan dat dit ‘naar billijkheid’ geschiedt), en ook in de civiele rechtspraak zijn tot op heden geen algemene gezichtspunten ontwikkeld over de hoogte daarvan, in relatie tot vormen van immateriële schade. Wel is in de juridische literatuur een (periodiek) overzicht gegeven van de casuïstiek van zaken waarbij smartengeld is toegekend. Begonnen als themanummer van het tijdschrift Verkeersrecht, is in 2025 de 30^e druk van het Smartengeldboek verschenen. Vanuit de Erasmus Universiteit Rotterdam is in september 2024 een consultatieversie verschenen van De Rotterdamse Schaal, ordening van smartengeldbedragen bij letsel en andere persoonsaantasting. De Rotterdamse Schaal bevat een ordening van smartengeldbedragen bij letsel en beoogt een hulpmiddel te zijn bij de vaststelling van de omvang van smartengeld in concrete gevallen, doordat het casuïstiek ordent per vorm van letsel en daarmee een indicatie geeft van een passend smartengeldbedrag voor een bepaald gevalstype. Zowel op basis van het Smartengeldboek als van De Rotterdamse Schaal is hooguit een bandbreedte aan te geven van bedragen aan smartengeld die in een concreet geval als billijk zouden kunnen worden aangemerkt.

Ook wanneer ervan wordt uitgegaan dat op grond van de BIV in de regel een uitkering wordt toegekend die gelijk of zelfs hoger is dan hetgeen civielrechtelijk aan immateriële schadevergoeding verschuldigd zou zijn, dan sluit dat niet uit dat de BIV-regeling in individuele gevallen toch onder de civielrechtelijke lat komt. Dat ligt in ieder geval voor de hand in situaties waarbij grote immateriële

⁵³ 25 januari 2024, ref. BS2024000727.

⁵⁴ TK 2023-2024, 31 066, nr. 1392.

⁵⁵ Besluit van 9 maart 1999, houdende wijziging van het Besluit algemene rechtspositie politie in verband met verantwoordelijkheid van de politiewerkgever bij dienstongeval van ambtenaren van politie, Stb. 1999, 131.

schade is geleden, maar betrokkene een korte levensverwachting heeft. Dat laatste leidt dan immers tot een kortdurende BIV, en daarmee een relatief laag in totaliteit uit te keren bedrag. Wij hebben vernomen dat in dergelijke, zeer uitzonderlijke, gevallen al een hogere (extra) vergoeding dan op grond van het BIV wordt toegekend.

Toch valt niet helemaal goed te begrijpen waarom bij de vaststelling van Volledige Schadevergoeding, alleen naar de *materiële* schadeposten wordt gekeken. In de Nota van Toelichting van het besluit van 19 juni 2014 tot wijziging van de bepalingen inzake volledige schadevergoeding voor militaire oorlogs- en dienstslachtoffers en voor slachtoffers van bedrijfsongevallen onder militairen en onder burgerambtenaren van Defensie alsmede tot invoering van een «ereschuldregeling» voor veteranen werd over immateriële schadevergoeding het volgende opgemerkt:

“Volledige schadevergoeding

Bij de toekenning van een MIP zal, als er een medisch eindsituatie is bereikt, ook gezien worden of er naast de rechtspositionele aanspraken nog restschade is. Om dit te beoordelen wordt aan de hand van civielrechtelijke normen de schade begroot. De aanvullende schadevergoeding wordt vastgesteld door toepassing van de afdelingen 6.1.10 en 6.1.11 van het Burgerlijk wetboek. Bij het vaststellen van de aanvullende schadevergoeding wordt alleen naar de materiële schadeposten gekeken. Een smartengeld wordt niet toegekend nu de bijzondere invaliditeitsverhoging als zodanig gezien moet worden. Dit is in lijn met de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 28 juni 2007 (LJN BA9032).”

Met deze opmerking wordt aan de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep een wel erg ruime toepassing toegekend: de Centrale Raad van Beroep sluit immers niet uit dat in individuele gevallen de BIV niet tot een billijk resultaat leidt. Deze Nota van Toelichting neemt als algemeen uitgangspunt dat wanneer er vanuit civielrechtelijk oogpunt restschade is, deze dient te worden vergoed. Uit de in 2014 ingevoerde regeling blijkt niet dat destijds (bewust) is gekozen voor een regeling die wat betreft het toe te kennen smartengeld tot een lager bedrag zou kunnen leiden dan dat wat civielrechtelijk verschuldigd zou zijn. Wanneer het uitgangspunt is dat restschade (dat wil zeggen: schade waarvoor niet voorzien wordt met het bestaande stelsel van regelingen) dient te worden vergoed, dan missen wij een valide onderbouwing waarom dit uitgangspunt wel geldt voor *materiële* restschade, maar niet geldt voor *immateriële* restschade.

Dat er geen behoefte is aan een ‘immateriële restschade’ regeling, omdat de BIV al zo royaal is, is geen afdoende verklaring. Een regeling die voor velen adequaat is (dat wil zeggen: de civielrechtelijk vastgestelde verschuldigde schade dekt) sluit niet uit dat dat voor sommige anderen toch niet het geval is. Ook de Centrale Raad van Beroep sluit dat niet uit, zij het dat de Raad als criterium noemt dat het resultaat ‘klaarblijkelijk’ niet leidt tot een ‘billijk resultaat’. Daarin klinkt een enigszins terughoudende toetsing door.

Hoewel op grond van de hiervóór genoemde Nota van Toelichting vergoeding van immateriële ‘rest’schade niet mogelijk lijkt te zijn, verzet de tekst van de RVS dan wel de RVS/UVS zich niet expliciet tegen het toekennen van immateriële ‘rest’schade. Art. 2 van de RVS/UVS bepaalt immers:

- “1. De volledige schadevergoeding is een aanvulling op andere pensioenen, uitkeringen, voorzieningen en verstrekkingen die ten aanzien van de schade zijn en worden verstrekt aan de belanghebbende.
2. (...)
3. De hoogte van de volledige schadevergoeding wordt, voor zover niet anders bepaald, vastgesteld aan de hand van de Afdelingen 10⁵⁶ en 11 van titel 1, boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.”

Het volgens de toelichting van de RVS en de RVS/UVS categorisch uitsluiten van aanvullend smartengeld, naast de BIV, heeft daarmee een nadere onderbouwing.

⁵⁶ Waartoe behoren de artt. 6:95 en 106 BW.

4.2. Mogelijkheden tot wijziging

Bij de uitwerking van de aanpassing van de huidige regeling van de BIV zijn uiteraard budgettaire overwegingen van belang, maar ook de wijze waarop de huidige regelingen tot stand zijn gekomen. De huidige regelingen zijn immers de resultante van een lange traditie, waarbij de uitwerking in nauw overleg met de sociale partners tot stand is gekomen. Het ligt dan niet voor de hand dat in dat stelsel, plotseling en eenzijdig, door de regelgever een ingrijpende wijziging wordt aangebracht. Of anders gezegd: bij het veranderen van het stelsel is terughoudendheid een verstandige raadgever. Daarbij plegen wijzigingen in nauw overleg met de sociale partners tot stand te komen, hetgeen bijdraagt aan de acceptatie van de regelingen, wat weer recht doet aan de bijzondere positie waaraan militairen worden blootgesteld.

In theorie zou kunnen worden besloten om de BIV-uitkering uit de loonbelasting te halen en vrij te stellen op grond van art. 3:104 Wet IB 2001 (variant 1). Dit kan in beginsel met als argument het 'defiscaliseren' van de uitkeringen. Dat betekent dat over de uitkeringen die nu bruto worden toegekend, en waarop thans loonbelasting in mindering wordt gebracht, na de wijziging van de regelgeving, geen loon- of inkomstenbelasting is verschuldigd. De genoten smartengelduitkering wordt daarmee voor de ontvanger van die uitkering substantieel hoger dan thans het geval is. Dit geldt ook bij variant 2, waarbij de loonbelasting voor rekening van Defensie komt in de vorm van een eindheffing.

Wij hebben niet kunnen constateren dat algemeen onderzoek is gedaan naar de verhouding van de hoogte van de BIV-uitkering ten opzichte van hetgeen civielrechtelijk aan smartengeld verschuldigd is. Voor een dergelijk onderzoek zou niet alleen naar een groot aantal casus over de concrete toepassing van de BIV moeten worden gekeken. Ook zou moeten worden vastgesteld welke bandbreedte aan civielrechtelijke smartengelduitkering in die gevallen zou gelden. Een dergelijke vaststelling is niet eenvoudig, en een dergelijk onderzoek dus al helemaal niet. Pas na het doen van een dergelijk (grootschalig) onderzoek zou geconcludeerd kunnen worden of defiscalisering dan wel brutering van de BIV-uitkering nodig zou zijn. Op dit moment hebben wij echter geen enkele reden te veronderstellen dat de BIV in het algemeen lager uitkomt dan de bandbreedte aan civielrechtelijk te verwachten bedragen. Wij zien daarmee, zolang genoemd onderzoek niet heeft plaatsgevonden, geen reden thans te adviseren tot defiscalisering of brutering van de BIV-uitkeringen.

Wij zouden de in de Tweede Kamer als mogelijkheid genoemde suggestie⁵⁷, om van de periodieke BIV een *eenmalige* uitkering ('kapitalisatie') te maken, (ook) niet willen overnemen. Niet alleen zou het karakter van de BIV, die nu een levenslange uitkering vormt, dan ingrijpend veranderen. De ervaring leert dat het in één keer ontvangen van een bedrag dat is bedoeld schade over een lange periode te dekken, tot problemen kan leiden: eenmaal ontvangen geld kan snel worden opgemaakt.⁵⁸

Vanwege het voorgaande zien wij geen reden om ingrijpende wijzigingen van de bestaande regelingen voor te stellen.

Wel hebben wij geconstateerd dat in individuele – wellicht uitzonderlijke – gevallen de BIV tot een (ook naar civiele maatstaven) laag bedrag leidt. De Centrale Raad van Beroep houdt met die mogelijkheid rekening door in genoemde uitspraak uit 2007 te overwegen dat "bijzondere feiten of omstandigheden naar voren [kunnen] komen op grond waarvan de betrokken normen klaarblijkelijk niet leiden tot een billijk resultaat". Ook thans wordt daarmee rekening gehouden, al is het, zo begrepen wij, sporadisch voorgekomen dat naast de BIV-regeling aanvullend smartengeld is toegekend. De grondslag hiervoor zou kunnen zijn art. 115 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (waar het betreft een schadeloosstelling) en art. 26 van het Inkomstenbesluit militairen (waar het betreft de hardheidsclausule).

Overwogen zou kunnen worden een specifieke juridische grondslag te creëren door het mogelijk te maken op grond van de RVS ook immateriële schade te kunnen verzoeken. Wij hebben de indruk dat dit slechts in een zeer beperkt aantal gevallen nodig zal zijn (dat wil zeggen dat de situatie zich voordoet dat de BIV-aanspraak onder de civielrechtelijke bandbreedte komt). Enerzijds zou daarom kunnen worden betoogd dat het om een zo klein aantal gevallen gaat, en waar in de praktijk nu al een oplossing voor gevonden wordt, dat een aanvullende wettelijke regeling niet nodig is. Anderzijds kan

⁵⁷ Zie Debat over belastingheffing over smartengeld van invalide veteranen, 13 juni 2024, TK 84-12-1/12.

⁵⁸ Zie in dat verband onder andere M. Hebly, Schadevaststelling en tijd, proefschrift Erasmus Universiteit 2019 en van dezelfde auteur: Begroting van personenschade: welke lessen zijn er nog te leren?, BJU 2024.

worden betoogd dat ook als het om een zeer klein aantal gevallen gaat, het goed is dat de gewonde militair in de uitzonderlijke situatie dat de BIV-uitkering onder de civielrechtelijke bandbreedte komt, 'recht' heeft op aanvullend smartengeld.

De hierboven genoemde mogelijkheid betreft een 'mogelijkheid' en geen 'verplichting' of 'automatisme'. Wanneer het voor gewond geraakte militairen mogelijk wordt gemaakt op grond van de RVS en RVS/UVS (nogmaals: in de bijzondere gevallen dat de BIV-regeling tot een uitkomst leidt die lager ligt dan de civielrechtelijke bandbreedte) ook aanvullend smartengeld te verzoeken, dan kunnen zij dat doen, maar ze kunnen er ook van afzien. Wanneer toekenning van een dergelijk aanvullend smartengeld voor hen, om de een of andere reden nadelig zou zijn (vanwege de doorwerking van ontvangen bedragen op andere regelingen), dan mag worden verondersteld dat de gewond geraakte militairen die aanvulling niet zullen verzoeken, mede vanwege de ervaring dat zij bij een aanvraag bij het CAVS door deskundigen worden bijgestaan.

De precedentwerking van een dergelijke aanvullende mogelijkheid lijkt dan ook niet groot te zijn, vanwege de bijzondere risico's die aan het werk van militair verbonden zijn, en de op grond daarvan van oudsher afwijkende regelingen die voor hen zijn getroffen.

5. Conclusie

In het *Brandweermanarrest* heeft de Hoge Raad bepaald dat een smartengelduitkering geen loon is, tenzij de werkgever meer vergoedt dan uit zijn aansprakelijkheid voortvloeit. Enkele oud-militairen hebben naar aanleiding van het *Brandweermanarrest* betoogd dat de uitkering die zij ontvangen uit hoofde van Bijzondere invaliditeitsverhoging (BIV) – welke uitkering het karakter van smartengeld heeft – ook belastingvrij zou moeten zijn.

In een tweetal Kamermoties is gevraagd een onafhankelijke juridische en fiscale analyse te laten verrichten naar de fiscale behandeling van de BIV en naar drie alternatieve fiscale varianten die in het kader van een Kamerdebat zijn geopperd.

Wij zijn door het Ministerie van Financiën en het Ministerie van Defensie gevraagd met een open blik te bezien of de uitleg van de van toepassing zijnde fiscale regelgeving en de daarmee ingenomen standpunten op een correcte wijze hebben plaatsgevonden. Verder is ons gevraagd de voor- en nadelen van de drie varianten die in de Kamerbrief van 7 juni 2024 zijn beschreven, verder uit te werken en uitgebreider te toetsen.

Het springende punt in de fiscale behandeling van de BIV is dat na het *Brandweermanarrest* weliswaar kon worden betoogd dat de BIV geen loon uit dienstbetrekking vormt, maar dit arrest leidt niet tot de conclusie dat een BIV-uitkering voor de ontvanger voortaan onbelast is. Dit is terug te voeren op de omstandigheid dat de BIV-uitkering voor de heffing van inkomstenbelasting wordt aangemerkt als een belaste periodieke uitkering die wordt ontvangen op grond van een publiekrechtelijke regeling.

Gegeven de belastbaarheid van de BIV voor de heffing van inkomstenbelasting, onderschrijven wij de aanpassing in de fiscale regelgeving om na het *Brandweermanarrest* op BIV-uitkeringen nog steeds loonheffingen in te houden. Hiervoor is een goede rechtvaardiging aanwezig, namelijk dat de ontvanger van een BIV-uitkering wordt ontzorgd op het punt van zijn of haar fiscale verplichtingen terwijl geen sprake is van een verzwaring van de belastingdruk. Dat die aanpassing met terugwerkende kracht heeft plaatsgevonden – zodat de BIV-uitkering onafgebroken onder de loonbelasting valt – ligt vanuit het motief van ontzorging van de ontvanger van de BIV-uitkering voor de hand.

Wij onderschrijven derhalve de fiscale behandeling van de BIV zoals door de staatssecretaris van Financiën is uiteengezet in zijn brief van 26 oktober 2023.

Als de BIV op dit moment als een adequate voorziening kan worden beschouwd, dan ligt het niet voor de hand één van de drie alternatieve varianten te omarmen die zijn voorgesteld in de brief van de staatssecretarissen van Financiën en van Defensie van 7 juni 2024. Die varianten hebben immers alle drie als consequentie dat ontvanger van de BIV-uitkering per saldo een substantieel hogere netto-uitkering krijgt.

Voor het substantieel verhogen van de netto-BIV-uitkering zou naar onze mening slechts reden zijn indien de BIV-uitkering in het algemeen lager uitkomt dan de bandbreedte aan bedragen die op basis van het civiele recht als schadevergoeding zouden worden toegekend. Op dat punt hebben wij geen aanwijzingen gevonden.

Om die reden zien wij geen reden thans te adviseren tot defiscalisering of brutering van de BIV-uitkeringen.

Evenmin zouden wij de in de Tweede Kamer als mogelijkheid genoemde suggestie om van de periodieke BIV een *eenmalige* uitkering te maken, willen overnemen. Niet alleen zou het karakter van de BIV, die nu een levenslange uitkering vormt, dan ingrijpend veranderen. De ervaring leert dat het in één keer ontvangen van een bedrag dat is bedoeld schade over een lange periode te dekken, tot problemen kan leiden: eenmaal ontvangen geld kan snel worden opgemaakt.

Voor het substantieel verhogen van de netto-BIV-uitkering is uiteraard het perspectief van de ontvanger van belang en spelen budgettaire overwegingen een rol, maar ook de wijze waarop de huidige regelingen tot stand zijn gekomen. De huidige regelingen zijn immers de resultante van een lange traditie, waarbij de uitwerking in nauw overleg met de sociale partners tot stand is gekomen. Het ligt dan niet voor de hand dat in dat stelsel, plotseling en eenzijdig, door de regelgever een ingrijpende wijziging wordt aangebracht.

Hoewel wij – in het licht van het voorgaande – geen wijzigingen willen voorstellen in de fiscale behandeling van de BIV, doen wij de suggestie om Regeling Volledige Schadevergoeding (RVS) op één punt aan te passen.

Indien in individuele – wellicht uitzonderlijke – gevallen de BIV tot een (ook naar civiele maatstaven) laag bedrag leidt, komt het sporadisch voor dat naast de BIV-regeling aanvullend smartengeld wordt toegekend. Voor toekenning van een dergelijke aanvullende uitkering ontbreekt een specifieke juridische grondslag. Overwogen zou kunnen worden die juridische grondslag te creëren door het mogelijk te maken op grond van de RVS ook immateriële schade te kunnen verzoeken. Wij hebben de indruk dat dit slechts in een zeer beperkt aantal gevallen nodig zal zijn. Om die reden lijkt de precedentwerking van die aanvullende mogelijkheid niet groot te zijn.

Amsterdam/Den Haag, 27 maart 2025

Prof. mr. G. Boot⁵⁹

Prof. dr. A.O. Lubbers⁶⁰

⁵⁹ Hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit Leiden, raadsheer Gerechtshof Amsterdam en raadsheer Centrale Raad van Beroep.

⁶⁰ Hoogleraar belastingrecht aan de Universiteit Leiden en partner Lubbers, Boer & Douma.