

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten Generaal  
Postbus 20018  
2500 EA Den Haag

Den Haag

7 december 2004

Ons kenmerk

HRM/2004/57417

Onderwerp

Onderzoek landsadvocaat

Geachte Voorzitter,

Naar aanleiding van de bevindingen uit het onderzoek van de Algemene Rekenkamer met betrekking tot de personele uitgaven aan hogere ambtenaren van het Ministerie van OCenW, heb ik, zoals toegezegd in het debat met uw Kamer op 14 september jl., de landsadvocaat gevraagd na te gaan in hoeverre de mogelijkheid bestaat om over te gaan tot terugvordering van de, bij wege van (extra) beloning, verrichte betalingen aan ambtenaren van mijn ministerie in schaal 16 en hoger. Verder heb ik de landsadvocaat verzocht te bezien of er mogelijk aanleiding bestaat tot het doen van aangifte terzake van eventuele strafbare feiten, die in dit verband zouden kunnen zijn gepleegd.

Bij het onderzoek van de landsadvocaat hebben onder andere de volgende overwegingen gespeeld:

- Terugvordering van aan een ambtenaar gedane betalingen is slechts mogelijk wanneer die betalingen *onverschuldigd* zijn gedaan. Daarbij kan het *in de eerste plaats* gaan om foutieve of abusievelijk gedane betalingen. Vastgesteld is, dat slechts in een uitzonderlijk geval sprake is van een foutieve of abusievelijk gedane betaling.
- *In de tweede plaats* kan het gaan om betalingen, die bewust zijn gedaan, maar die berusten op een toekenningsbesluit, dat in strijd met de wet is (bijvoorbeeld: een besluit waarbij een niet wettelijk toegestane toeslag aan een ambtenaar is toegekend). Omdat het toekenningsbesluit – ook al is dat besluit in strijd met de wet - een (rechtsgeldige) titel voor de betaling vormt, zal in dat geval eerst het toekenningsbesluit (zo nodig met terugwerkende kracht) moeten worden ingetrokken. Daarnaast zal een besluit tot terugvordering moeten worden genomen.
- Om tot een in rechte verdedigbare intrekking van een toekenningsbesluit te kunnen overgaan moet – gelet op de eenduidige rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep –
  - (1) het toekenningsbesluit in strijd met de wet of anderszins onrechtmatig zijn,
  - (2) het intrekkingbesluit/terugvorderingbesluit recht doen aan het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel en
  - (3) daarnaast berusten op een afweging van de betrokken belangen.

- In de meeste gevallen zal een ambtenaar er redelijkerwijs op mogen vertrouwen dat het toekenningsbesluit bewust is genomen en daarom niet naderhand zal worden ingetrokken.
- Het ontbreken van een toekenningsbesluit maakt een betaling echter nog niet onverschuldigd, althans niet wanneer dat ontbreken uitsluitend is te wijten aan een administratieve onnauwkeurigheid en daaraan wel een beslissing of opdracht tot betaling ten grondslag ligt. In dat geval is de betaling immers welbewust gedaan.
- In de gevallen waarin een toekenningsbesluit in strijd met een BBRA-bepaling is geweest, had dat besluit steeds wel op een ander artikel in het BBRA kunnen worden gebaseerd
- Het BBRA strekt er niet toe om het bevoegd gezag bindend op te leggen welke maximale beloning aan een ambtenaar mag worden toegekend; veeleer moet het BBRA worden beschouwd als een stelsel van regels, dat voor ambtenaren aanspraken op bezoldiging vastlegt. Het bevoegd gezag kan van het BBRA afwijken. Doet het bevoegd gezag dat welbewust, dan is terugvordering niet mogelijk. Bovendien zijn de bepalingen van het BBRA zo ruim geformuleerd, dat de toegekende extra beloningen (nagenoeg) steeds onder een van de artikelen van het BBRA kunnen worden gebracht
- Vastgesteld moet worden dat met name aan de hoogst ingeschaalde ambtenaren vaker dan bij anderen periodieke toeslagen zijn toegekend en dat deze toeslagen soms een (niet onaanzienlijk) hoger bedrag dan de in de beleidsregels vastgelegde grens van 10% belopen. Voor zover hogere toeslagen zijn gegeven heeft de secretaris-generaal daarvoor, zoals de beleidsregels voorschrijven, toestemming gegeven.

Naar aanleiding van bovenstaande overwegingen en bevindingen is de landsadvocaat tot de volgende conclusies gekomen:

- Nu aan de betalingen steeds een rechtsgeldig en bevoegd genomen toekenningsbesluit ten grondslag ligt én deze betalingen niet in strijd met de wet of het voor het ministerie geldende beleid zijn, bestaat er geen juridische grond om de toekenningsbesluiten in te trekken. Zelfs wanneer de toekenningsbesluiten niet in overeenstemming zouden zijn met de wet en/of het beleid zou overigens een intrekking met terugwerkende kracht vrijwel altijd een ontoelaatbare inbreuk op het rechtzekerheids- en vertrouwensbeginsel opleveren. Het gaat immers steeds om door een bevoegde ambtenaar (de secretaris-generaal, een directeur-generaal) genomen besluiten, die niet zo apert in strijd zijn met regelgeving of redelijkheid, dat de betreffende ambtenaren er rekening mee zouden moeten houden dat deze toekenningsbesluiten zouden kunnen worden ingetrokken.
- Er bestaat derhalve geen verdedigbare juridische basis voor besluiten tot intrekking van toekenningsbesluiten en tot terugvordering van op deze besluiten gebaseerde betalingen.
- Mede gelet op het voorgaande zijn er geen aanwijzingen voor strafbare feiten aangetroffen.

Gelet op het bovenstaande is het voor mij niet mogelijk het bestaande arbeidsvoorwaardenpakket van een individuele ambtenaar open te breken. Het is derhalve op juridische gronden voor mij niet mogelijk over te gaan tot terugvorderingsacties. Wel heb ik reeds onderzocht of er op vrijwillige basis tot terugvordering wordt overgegaan. Dit heeft er toe geleid dat door twee ambtenaren op mijn verzoek terugbetaling heeft plaatsgevonden tot een bedrag van € 10.000,00. Voorts is bij twee ambtenaren een toeslag beëindigd.

Daarnaast wordt voor het toekennen van een toelage boven de door OCW gestelde maxima een richtlijn opgesteld.

Van de 21 ontbrekende/niet volledige KB's zijn 11 KB's hersteld. Drie KB's zijn aangevraagd. Zeven gevallen worden niet hersteld:

1. Eén geval betreft een functie die administratief in een verkeerde schaal geplaatst was, schaal 17 waar het schaal 14 moet zijn.
2. Bij één geval gaat het om een tijdelijke functie op schaal 16 waarvoor geen KB noodzakelijk is.
3. De ingangsdatum van één KB is gekoppeld aan de ingangsdatum van de invulling van de betreffende functie. Dit is correct, de functie werd per 1 oktober vervuld.  
Echter, de toenmalige DG heeft met betrokkene afgesproken dat deze met terugwerkende kracht per 1 februari in schaal 16 bezoldigd zou worden.
4. Bij de overige ontslag-KB's is geconstateerd dat er een verkeerde rechtsgrond of een verkeerde schaal is opgenomen. De geconstateerde fouten hebben geen (financiële) consequenties voor de voormalige medewerkers.

Ten gevolge van de geconstateerde fouten bij de aanstelling is een "Checklist aanstelling" opgesteld. Dit is een aanvulling op de bestaande Administratieve Organisatie / Interne Controle en dient om op eenvoudige wijze te kunnen bepalen of aan alle criteria is voldaan. Een vergelijkbare checklist is tevens opgesteld voor de ontslagprocedure.

Ik vertrouw erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

De Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap,

(Maria J.A. van der Hoeven)