



# Rapport

**Datum: 23 december 2005**  
**Rapportnummer: 2005/396**

## Klacht

Verzoekster klaagt erover dat de Visadienst van het Ministerie van Buitenlandse Zaken, ondergebracht bij de Immigratie en Naturalisatiedienst (IND), namens de minister van Buitenlandse Zaken op 28 april 2005 een negatief advies heeft uitgebracht omtrent de afgifte van een machtiging tot voorlopig verblijf aan haar partner omdat hij ten tijde van de behandeling van het verzoek in Nederland verbleef.

## Beoordeling

### I. Bevindingen

1. Verzoekster diende op 1 december 2004 een verzoek om advies in omtrent de afgifte van een machtiging tot voorlopig verblijf (mvv) aan haar partner, met wie zij sinds begin 2004 een relatie had. Haar partner verbleef op dat moment in Nederland; hij was in afwachting van een nieuw besluit op zijn bezwaarschrift tegen de afwijzing van zijn aanvraag om een verblijfsvergunning bij zijn uit een eerdere relatie geboren zoontje, met wie hij omgang had. Het eerdere besluit op het bezwaarschrift was bij brief van 12 mei 2004 namens de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie ingetrokken; daarbij was verzoeksters partner meegedeeld dat hij het nieuwe besluit in Nederland mocht afwachten.

2. Op 28 april 2005 adviseerde de minister van Buitenlandse Zaken negatief, omdat verzoeksters partner gedurende de beoordeling van het verzoek om advies in Nederland had verbleven, en niet in het land van herkomst of bestendig verblijf.

Verzoekster wendde zich daarop tot de Nationale ombudsman.

3. In reactie op de klacht liet de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie weten de klacht ongegrond te achten. Tijdens het onderzoek stelde de Nationale ombudsman de minister de vraag waarom de rechtmatigheid van het verblijf in Nederland van een persoon, die in afwachting is van een beslissing op een bezwaarschrift (zie Achtergrond, onder 2.) en ten behoeve van wie een verzoek om advies omtrent de afgifte van een mvv is ingediend, geen reden is om af te wijken van het beleid dat een vreemdeling zich ook gedurende de beoordeling van een verzoek om advies in het land van herkomst of bestendig verblijf dient te bevinden (zie Achtergrond, onder 1.). De minister liet weten dat die omstandigheid voor haar geen reden is om af te wijken van het beleid. Zij gaf aan dat de ratio van het mvv-beleid is, dat het de overheid in staat stelt te onderzoeken of de vreemdeling aan alle voor toelating gestelde voorwaarden voldoet, zonder daarbij door diens aanwezigheid hier te lande voor een voldongen feit te worden geplaatst. De mvv-aanvraag van een vreemdeling die niet rechtmatig in Nederland verblijft wordt afgewezen; de aanvraag wordt eveneens afgewezen indien de vreemdeling rechtmatig in Nederland verblijft in afwachting van een beslissing op een bezwaarschrift, aldus de minister. Zij gaf aan dat dit betekende dat de vreemdeling zich ook gedurende de

beoordeling van een verzoek omtrent afgifte van een mvv-advies, de referent-procedure, niet in Nederland dient op te houden. De achterliggende gedachte hierbij is volgens de minister dat een mvv niet kan worden verleend om de binnenkomst in Nederland achteraf te legaliseren. De omstandigheid dat de vreemdeling in afwachting is van een beslissing op bezwaar gericht tegen een eerdere afwijzing van een aanvraag om een verblijfsvergunning, leidt daarom niet tot de conclusie dat moet worden afgeweken van het beleid zoals dat is vastgelegd in B1/1.1.4. van de Vc, aldus de minister.

4. De minister van Buitenlandse Zaken verwees in reactie op de klacht naar de reactie van de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie.

## II. Beoordeling

5. Het redelijkheidsvereiste houdt in dat bestuursorganen de in het geding zijnde belangen tegen elkaar afwegen en dat de uitkomst hiervan niet onredelijk is. Dit impliceert dat een bestuursorgaan van een beleidslijn moet afwijken indien toepassing van dat beleid in een individueel geval onredelijk is.

6. De Nationale ombudsman kan zich vinden in de ratio van het mvv-vereiste, en, zoals hij eerder heeft aangegeven in zijn rapport 2005/153 (zie Achtergrond, onder 5.), hij kan zich in zijn algemeenheid eveneens vinden in de daaruit voortvloeiende eis dat een vreemdeling zich ook ten tijde van de behandeling van het verzoek om een advies in het buitenland bevindt: als de vreemdeling zich daar reeds bevindt, wat doorgaans het geval zal zijn, is het redelijk om te eisen dat deze niet naar het land van beoogd verblijf reist totdat de mvv-procedure in zijn geheel positief is afgerond. Indien echter de vreemdeling ten tijde van de behandeling van het verzoek om een advies rechtmatig in Nederland verblijft, kan, nu het met name gaat om een beoordeling van de positie van de referent (zie Achtergrond, onder 3. en 4.), niet worden ingezien dat die enkele omstandigheid tot een negatief advies zou moeten leiden. Indien immers aan de overige voorwaarden is voldaan, dient de vreemdeling alsnog de mvv-aanvraag in het buitenland in te dienen, en aldaar de beoordeling ervan af te wachten. In zoverre staat het verblijf in Nederland niet in de weg aan de mogelijkheid te onderzoeken of de betrokken vreemdeling voldoet aan alle eisen die voor toelating worden gesteld, en wordt de overheid ook niet door de aanwezigheid in Nederland voor een voldongen feit geplaagd. Dat verzoeker ten tijde van het verzoek om advies rechtmatig in Nederland verbleef in afwachting van een beslissing op zijn bezwaarschrift, had de minister er dan ook toe moeten brengen in verzoekers geval van het beleid af te wijken. Door dat niet te doen is niet voldaan aan het redelijkheidsvereiste.

De onderzochte gedraging is derhalve niet behoorlijk.

## Conclusie

De klacht over de onderzochte gedraging van de Visadienst is gegrond, wegens schending van het redelijkheidsevereiste.

## Onderzoek

Op 2 mei 2005 ontving de Nationale ombudsman een verzoekschrift van mevrouw A. te Eindhoven, met een klacht over een gedraging van de Visadienst van het ministerie van Buitenlandse Zaken, ondergebracht bij de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND).

Naar deze gedraging, die wordt aangemerkt als een gedraging van de minister van Buitenlandse Zaken en de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie gezamenlijk, werd een onderzoek ingesteld.

In het kader van het onderzoek werd de minister van Buitenlandse Zaken en de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie verzocht op de klacht te reageren en een afschrift toe te sturen van de stukken die op de klacht betrekking hebben.

Tijdens het onderzoek kregen de ministers en verzoekster de gelegenheid op de door ieder van hen verstrekte inlichtingen te reageren.

Tevens werd de ministers een specifieke vraag gesteld.

Het resultaat van het onderzoek werd als verslag van bevindingen gestuurd aan betrokkenen.

Verzoeker, de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie en de minister van Buitenlandse Zaken deelden mee zich met de inhoud van het verslag te kunnen verenigen.

### Informatieoverzicht

De bevindingen van het onderzoek zijn gebaseerd op de volgende informatie:

1. Brief van de IND van 12 mei 2004 aan verzoeker inzake intrekking besluit/toestaan nieuw besluit in Nederland af te wachten;
2. Advies van de minister van Buitenlandse Zaken van 28 april 2005;
3. Verzoekschrift van 29 april 2005;
4. Standpunt minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie van 22 juli 2005;
5. Standpunt minister van Buitenlandse Zaken van 19 augustus 2005;
6. Reactie verzoekster van 31 augustus 2005.

## Bevindingen

Zie onder Beoordeling.

## Achtergrond

### 1. Vreemdelingencirculaire

“B1/1.1.1.

(...)

De aanvraag tot het verlenen van een machtiging tot voorlopig verblijf van een vreemdeling die niet rechtmatig in Nederland verblijft wordt afgewezen (zie REK-uitspraak van 16 maart 1995; RV 1995, 44). De machtiging tot voorlopig verblijf wordt verleend om legale binnenkomst in Nederland mogelijk te maken voor een vreemdeling die verblijf langer dan drie maanden in Nederland beoogt. Een machtiging tot voorlopig verblijf kan niet worden verleend om de binnenkomst in Nederland achteraf te legaliseren. Indien de vreemdeling op grond van artikel 8, aanhef en onder f, dan wel h, van de Vreemdelingenwet rechtmatig in Nederland verblijft, wordt de aanvraag tot het verlenen van een machtiging tot voorlopig verblijf eveneens afgewezen. Indien de vreemdeling op grond van artikel 8, aanhef en onder i van de Vreemdelingenwet rechtmatig in Nederland verblijft gedurende de vrije termijn en er sprake is van een aanvraag tot het verlenen van een machtiging tot voorlopig verblijf, staat zulks niet noodzakelijk aan een inhoudelijke beoordeling van deze aanvraag in de weg. Uit de lengte van de periode waarin en het doel waarvoor de vreemdeling in Nederland verblijft moet wel blijken dat dit verblijf in Nederland niet gericht is op het omzeilen van het vereiste van een machtiging tot voorlopig verblijf...”

#### 1.1.2 Aanvraag en advies

Een aanvraag tot het verlenen van een machtiging tot voorlopig verblijf wordt door de vreemdeling ingediend bij de Nederlandse diplomatieke of consulaire vertegenwoordiging. De vreemdeling wacht de uitkomst van de aanvraag tot het verlenen van een machtiging tot voorlopig verblijf af in het land van herkomst of bestendig verblijf, met inachtneming van hetgeen bovenstaand is bepaald ten aanzien van verblijf in de vrije termijn.

Indien de vreemdeling beschikt over een referent hier te lande, kan laatstgenoemde verzoeken om een advies in verband met een door de vreemdeling in het land van herkomst of bestendig verblijf in te dienen aanvraag tot het verlenen van een machtiging tot voorlopig verblijf. Het verzoek om advies wordt gericht aan de Visadienst. Gelet op de ratio van het mvv-vereiste dient de vreemdeling zich ook gedurende de beoordeling van het verzoek om advies omtrent afgifte van een mvv in het land van herkomst of bestendig verblijf te bevinden.

#### 1.1.4 Verzoek om advies

Voorafgaande aan de indiening van de aanvraag om een machtiging tot voorlopig verblijf bij de diplomatieke of consulaire vertegenwoordiging in het buitenland, kan een hier te lande verblijvende referent door middel van een model M138 verzoeken om een advies in verband met het voornemen van een vreemdeling om een machtiging tot voorlopig verblijf aan te vragen in het buitenland. Gelet op de ratio van het mvv-vereiste dient de vreemdeling zich ook gedurende de beoordeling van het verzoek om advies omtrent afgifte van een mvv in het land van herkomst of bestendig verblijf te bevinden...”

#### 2. Vreemdelingenwet 2000

##### Art. 8

“De vreemdeling heeft in Nederland uitsluitend rechtmatig verblijf:

(...)

h. in afwachting van de beslissing op een bezwaarschrift of een beroepschrift, terwijl bij of krachtens deze wet of op grond van een rechterlijke beslissing uitzetting van de aanvrager achterwege dient te blijven totdat op het bezwaarschrift of het beroepschrift is beslist.”.

#### 3. TBV 2002/22: Mvv-procedure Stscrt. 28 juni 2002, nr. 121, pag. 14

“(...)

#### 4. Verzoek om advies

Nieuw is dat voorafgaande aan de indiening van de aanvraag om een mvv door betrokkene een hier te lande verblijvende referent door middel van een nieuw model M138 kan verzoeken om een advies in verband met het voornemen van een vreemdeling om een mvv-aanvraag in te dienen in het buitenland. In het advies geeft de Visadienst aan de referent aan of er gezien de door hem verschaft informatie bezwaar bestaat tegen de inwilliging van een aanvraag om een mvv. Het verstrekte advies heeft uitsluitend betrekking op de positie van de referent...”

#### 4. Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 12 januari 2004, nr. 200306128/1, JV 2004/82

De Afdeling heeft op 12 januari 2004, in rechtsoverweging 2.4.1 het volgende overwogen: “Dat oordeel van de minister over de situatie van referent vormt een onderdeel van de beoordeling van een aanvraag van een mvv, doch is geen vereiste voor het indienen daarvan en is, indien het is gegeven in de referentenprocedure, los van de beoordeling van een door de wet geëiste aanvraag van de vreemdeling tot verlening van een mvv, ook niet gericht op enig rechtsgevolg. Het in de wet voorziene rechtsgevolg, de rechtmatigheid van

de beoogde overkomst van de vreemdeling voor verblijf langer dan drie maanden, is verbonden aan verlening op aanvraag van de vreemdeling van een daartoe vereiste mvv. Hoewel een negatief schriftelijk oordeel grond biedt om de aanvraag van de mvv af te wijzen, kan een enkele schriftelijke mededeling dat, indien bij gelijkblijvende omstandigheden een aanvraag van een mvv zal worden ingediend, deze zal moeten worden afgewezen, omdat aan een van de terzake gestelde vereisten niet wordt voldaan, daarom niet met een afwijzend besluit op zo een aanvraag gelijk worden gesteld." Vervolgens heeft de AbRS in rechtsoverweging 2.4.2 onder meer overwogen: "Er bestaat onvoldoende grond om partijen te volgen in hun betoog dat het in de brief van (...) neergelegde oordeel van de minister niettemin gelijk gesteld dient te worden met een besluit, als bedoeld in artikel 8:1 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb), omdat het voor de vreemdeling of referent als belanghebbende onevenredig bezwarend is om slechts in het kader van de afwijzing van een aanvraag van een mvv een negatief oordeel omtrent de situatie van de referent in bezwaar en in rechte aan te kunnen vechten. De vreemdeling, ten behoeve van wie een referentenprocedure is gevoerd en aldus een oordeel van de minister is ingewonnen, zal, indien hij in rechte wenst op te komen tegen een negatief oordeel van de minister, een aanvraag tot verlening van een mvv kunnen indienen. Dit is voor hem niet onevenredig bezwarend, (...)"

##### 5. Rapport 2005/153 van de Nationale ombudsman van 23 mei 2005

In de zaak die heeft geleid tot dit rapport had verzoeksters partner een verzoek ingediend omtrent de afgifte van een machtiging tot voorlopig verblijf (mvv) aan verzoekster. Zij verbleef ten tijde van dat verzoek in Nederland, maar haar partner had in anticipatie op een eventueel nieuw in te dienen aanvraag om een verblijfsvergunning onder de beperking "verblijf bij partner", waarbij in beginsel het vereiste geldt dat men in het bezit is van een mvv, alvast een verzoek om een advies ingediend. De behandeling van zo'n in het land van herkomst in te dienen mvv-aanvraag, die ook aldaar moet worden afgewacht, verloopt sneller als eenmaal een positief advies is uitgebracht, zo redeneerden verzoekers, en daarmee zou de scheiding tussen verzoekster en haar kinderen zo kort mogelijk zijn. Verzoekster klaagde erover dat minister van Buitenlandse Zaken een negatief advies had uitgebracht, omdat zij op het moment van de adviesaanvraag in Nederland had verbleven, en niet in het land van herkomst of bestendig verblijf, alwaar de uitkomst van het verzoek om een advies diende te worden afgewacht.

De Nationale ombudsman kon zich zijn algemeenheid wel vinden in het standpunt van de minister dat de eis dat een vreemdeling zich ook gedurende de beoordeling van een verzoek om advies omtrent de afgifte van een mvv moet bevinden in het land van herkomst voortvloeit uit de ratio van het mvv-vereiste. Een dergelijke eis, hoezeer die ook voor de hand moge liggen, dient echter wel kenbaar te zijn voor betrokkenen, aldus de Nationale ombudsman. Dit was in de zaak van verzoekers echter niet het geval geweest, nu het betreffende beleid pas was gewijzigd, nadat verzoeker een verzoek om advies had ingediend.

Daar kwam nog bij dat verzoekster ten tijde van het verzoek om advies rechtmatig in Nederland verbleef, in afwachting van een beslissing op haar bezwaarschrift. Dit is wezenlijk anders dan een verblijf op grond van een (reeds verlopen) toeristenvisum. Deze omstandigheid had de minister ertoe moeten brengen in verzoeksters geval van het - nog niet kenbaar gemaakte - beleid af te wijken. De minister kon dan ook niet in redelijkheid op grond van dat beleid tot een negatief advies komen. De Nationale ombudsman achtte de gedraging niet behoorlijk, en de klacht gegrond wegens schending van het redelijkheidsbeginsel.