



Rapport

Datum: 12 april 2006

Rapportnummer: 2006/141

Klacht

Verzoeker klaagt erover dat het hoofd van de Visadienst namens de minister van Buitenlandse Zaken in het advies van 18 november 2004, gegeven naar aanleiding van een daartoe strekkend verzoek van 31 augustus 2004 van zijn partner inzake de verlening van een machtiging tot voorlopig verblijf, zich op het standpunt heeft gesteld dat zijn partner niet beschikte over duurzame middelen van bestaan.

Beoordeling

Algemeen

I. Bevindingen

1. Verzoeker, van Colombiaanse nationaliteit, wilde in Nederland gaan wonen bij zijn Nederlandse partner. Met het oog op zijn overkomst naar Nederland en de daarvoor benodigde machtiging tot voorlopig verblijf (mvv) diende zijn partner via hun gemachtigde op 27 augustus 2004 een verzoek in bij de Visadienst van het Ministerie van Buitenlandse Zaken, ondergebracht bij de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND), om een advies omtrent de afgifte van een mvv. In dit kader moest zij aantonen duurzaam (voor minimaal één jaar) te beschikken over voldoende middelen van bestaan. Hiertoe legde zij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een uitzendbureau over. Nadat de Visadienst het verzoek op 31 augustus 2004 had ontvangen, stelde die dienst verzoekers partner bij brief van 13 oktober 2004 in de gelegenheid om bepaalde ontbrekende gegevens over te leggen. Het verzoek betrof de inkomensgegevens van verzoekers partner over de drie jaar voorafgaande aan het verzoek om advies.
2. Na ontvangst van dit verzoek liet verzoekers partner de Visadienst bij brief van 1 november 2004 weten dat de Visadienst haar arbeidsovereenkomst kennelijk aanmerkte als een uitzendovereenkomst met een uitzendbeding (in welk geval ook een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd onverwijld kan worden ingetrokken; N.o.; zie Achtergrond, onder 4.) maar dat hiervan geen sprake was. De arbeidsovereenkomst was voor onbepaalde tijd aangegaan en de werkgever betaalde bij het ontbreken van werk of bij ziekte het salaris door. Zij concludeerde dan ook dat het niet nodig was om de door de Visadienst gevraagde inkomensgegevens over de afgelopen drie jaar over te leggen.
3. Op 18 november 2004 bracht de Visadienst namens de minister van Buitenlandse Zaken een advies uit. In het advies werd aangegeven dat alle arbeid bij een uitzendbureau als flexibele arbeid diende te worden beschouwd. Hoewel verzoekers partner een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had overgelegd, waarmee zij aannemelijk had gemaakt dat zij nog voor minimaal zes maanden uitzicht had op betaalde arbeid, was niet gebleken dat zij een ononderbroken arbeidsverleden van drie jaar had gehad. Op grond hiervan was het advies negatief.

4. Bij faxbericht van 24 november 2004 liet verzoekers partner aan de Visadienst weten dat niet alle arbeidsovereenkomsten bij een uitzendbureau dienen worden te beschouwd als flexibele arbeidsovereenkomsten. Dit is in elk geval niet zo, aldus verzoekers partner, wanneer een in rechte afdwingbare arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is afgesloten. Ook in haar geval was daarvan sprake. De arbeidsovereenkomst bevatte immers geen uitzendbeding. Zij verzocht om een spoedige reactie.

5. Bij brief van 10 december 2004 diende verzoekers partner een klacht in bij de Visadienst over het uitblijven van een reactie op het faxbericht van 24 november 2004. De Visadienst liet vervolgens namens de minister van Buitenlandse Zaken weten dat het verzoek om heroverweging was aangemerkt als een bezwaar tegen het advies. Vervolgens werd het bezwaarschrift bij beschikking van 22 december 2004 niet-ontvankelijk verklaard onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 12 januari 2004 (ABRvS;200306128/1) waarbij was bepaald dat een advies omtrent afgifte van een mvv geen besluit is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en dat derhalve tegen een negatief advies geen rechtsmiddelen openstaan (zie Achtergrond, onder 5.). Een vreemdeling die in rechte wenste op te komen tegen een negatief oordeel van de minister, kon een aanvraag om een mvv indienen. De Visadienst gaf aan dat het verzoekers partner vrij stond om een nieuw verzoek om een advies dan wel een aanvraag om een mvv in te dienen. Verzoeker wendde zich daarop tot de Nationale ombudsman.

6. In reactie op de klacht liet de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie bij brief van 1 april 2005, onder verwijzing naar eerder genoemde uitspraak van de ABRvS, weten geen aanleiding te zien om inhoudelijk te reageren op verzoekers klacht. De minister van Buitenlandse Zaken sloot zich bij brief van 3 juni 2005 bij het standpunt van de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie aan.

II. Beoordeling

7. De Nationale ombudsman heeft onder meer bij brief van 19 oktober 2005 aan de minister van Buitenlandse Zaken en de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie (zie Achtergrond, onder 6.) uiteengezet waarom hij van oordeel is dat de ministers wel inhoudelijk moeten reageren op klachten over adviezen omtrent de afgifte van een mvv. Hij heeft dit standpunt sindsdien in diverse rapporten onderstreept. Wat betreft verzoekers klacht oordeelt de Nationale ombudsman als volgt.

8. Het motiveringsvereiste houdt in dat het handelen van bestuursorganen feitelijk en logisch wordt gedragen door een kenbare motivering.

9. Als hoofdregel geldt dat vreemdelingen die in Nederland willen verblijven, zelfstandig en duurzaam moeten beschikken over voldoende middelen van bestaan. Dit vereiste is vastgelegd in de Vreemdelingenwet 2000 (zie Achtergrond, onder 1.) en nader uitgewerkt in het Vreemdelingenbesluit 2000 (zie Achtergrond, onder 3.) en de

Vreemdelingencirculaire 2000 (zie Achtergrond, onder 3.). Wanneer de partner of echtgenoot een mvv- adviesaanvraag indient, wordt onder meer aan dit vereiste getoetst. In het algemeen wordt ervan uitgegaan dat bedoelde middelen van bestaan bij arbeid in loondienst duurzaam zijn, indien zij nog één jaar beschikbaar zijn op het tijdstip waarop de aanvraag is ontvangen of de beschikking wordt gegeven.

In de Vreemdelingencirculaire wordt overwogen dat er in verband met de flexibilisering van de arbeidsmarkt door werkgevers steeds meer gebruik wordt gemaakt van kortdurende en flexibele arbeidsovereenkomsten. Hierdoor worden steeds minder arbeidsovereenkomsten met de minimale duur van één jaar afgesloten. Met het oog hierop is in het Vreemdelingenbesluit een uitzonderingsregel getroffen ten aanzien van de duurzaamheid van middelen van bestaan. Beschikt de aanvrager niet over inkomsten die nog voor een jaar beschikbaar zijn, of is er sprake van een flexibele arbeidsovereenkomst dan wordt aan de hand van het arbeidsverleden vastgesteld of de duurzaamheid van de inkomsten voor de toekomst is gegarandeerd. Bij werk via een uitzendbureau wordt er ingevolge de Vreemdelingencirculaire van uitgegaan dat er sprake is van flexibele arbeid, tenzij uit de overgelegde bescheiden uitdrukkelijk anders blijkt (zie Achtergrond, onder 2.).

10. Uit de bij de mvv- adviesaanvraag overgelegde gegevens kon worden opgemaakt dat verzoekers partner werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij een uitzendorganisatie en dat deze overeenkomst géén zogeheten uitzendbeding bevatte.

Zij had de Visadienst bovendien uitdrukkelijk op het ontbreken van het uitzendbeding in de arbeidsovereenkomst gewezen. Desondanks werden haar inkomsten als onvoldoende duurzaam gekwalificeerd. Uit het advies kan echter niet worden opgemaakt waarom, gelet op het hiervóór, onder 9., genoemde beleid, er in het geval van verzoekers partner toch sprake was van flexibele arbeid.

Dit is in strijd met het motiveringsvereiste.

De onderzochte gedraging is niet behoorlijk.

Conclusie

De klacht over de onderzochte gedraging van de Visadienst van het Ministerie van Buitenlandse Zaken, ondergebracht bij de Immigratie- en Naturalisatiedienst, is gegrond, wegens schending van het motiveringsvereiste.

Onderzoek

Op 12 januari 2005 ontving de Nationale ombudsman een verzoekschrift van de heer R., ingediend door de heer mr. B. Hiddinga, advocaat te Den Haag, met een klacht over een

gedraging van de Visadienst van het Ministerie van Buitenlandse Zaken, ondergebracht bij de Immigratie- en Naturalisatiedienst.

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 gezamenlijk verzocht op de klacht te reageren en een afschrift toe te sturen van de stukken die op de klacht betrekking hebben.

Vervolgens werd verzoeker in de gelegenheid gesteld op de verstrekte inlichtingen te reageren.

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

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

Verzoeker gaf binnen de gestelde termijn geen reactie.

Informatieoverzicht

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

Verzoek om advies van 27 augustus 2004;

Verzoek om aanvullende informatie van de Visadienst van 13 oktober 2004;

Brief van 1 november 2004 van gemachtigde aan de Visadienst;

Advies van 18 november 2004;

Verzoek om heroverweging van 24 november 2004 aan de Visadienst;

Klacht van 10 december 2004 aan de Visadienst;

Reactie van Visadienst van 22 december 2004;

Verzoekschrift van 11 januari 2005;

Reactie van minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie van 1 april 2005;

Reactie van minister van Buitenlandse Zaken van 3 juni 2005;

Reactie van gemachtigde van 18 juli 2005

Bevindingen

Zie onder Beoordeling.

Achtergrond

1. Vreemdelingenwet 2000

Artikel 16 lid 1 c

"1. Een aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd als bedoeld in artikel 14 kan worden afgewezen indien (...)

c. de vreemdeling niet zelfstandig en duurzaam beschikt over voldoende middelen van bestaan dan wel, indien de persoon bij wie de vreemdeling wil verblijven, niet zelfstandig en duurzaam beschikt over voldoende middelen van bestaan."

2. Vreemdelingencirculaire 2000

Hoofdstuk B1/1.1.4 (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."

Hoofdstuk B1/2.2.3

"2.2.3 Middelen van bestaan

(...)

Ingevolge artikel 16, eerste lid, aanhef en onder c, Vreemdelingenwet kan een aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd worden afgewezen indien de vreemdeling niet zelfstandig en duurzaam beschikt over voldoende middelen van bestaan dan wel, indien de persoon bij wie de vreemdeling wil verblijven, niet zelfstandig en duurzaam beschikt over voldoende middelen van bestaan. Ingevolge artikel 16, tweede lid, Vreemdelingenwet kunnen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld over de toepassing van deze grond. Deze regels zijn neergelegd in artikel

3.73 en verder Vreemdelingenbesluit.

(...)

Als hoofdregel geldt dat vreemdelingen die in Nederland willen verblijven, zelfstandig en duurzaam moeten beschikken over voldoende middelen van bestaan.

2.2.3.2. Duurzaamheid van inkomsten uit arbeid in loondienst

(...)

Flexibele arbeidsovereenkomsten en kortdurende arbeidscontracten

In verband met de flexibilisering van de arbeidsmarkt wordt door werkgevers steeds meer gebruik gemaakt van kortdurende en flexibele arbeidsovereenkomsten. Hierdoor worden minder arbeidsovereenkomsten met de minimale duur van één jaar afgesloten. Met het oog op deze ontwikkeling is in het Vreemdelingenbesluit een uitzonderingsregel getroffen ten aanzien van de duurzaamheid van de middelen van bestaan. Beschikt de aanvrager of degene bij wie verblijf wordt beoogd niet over inkomsten die op het moment van de aanvraag, het beslismoment of op enig tussenliggend moment nog voor een jaar beschikbaar zijn, of is er sprake van een flexibele arbeidsovereenkomst, dan wordt aan de hand van het arbeidsverleden vastgesteld of de duurzaamheid van de inkomsten voor de toekomst is gegarandeerd.

Oproep- of afroepcontracten, nul-urencontracten, min/max-contracten, uitzendwerk, losse dienstverbanden, seizoenswerk, voorovereenkomsten, en overeenkomsten met uitgestelde prestatieplicht worden wel "flexibele arbeidsovereenkomsten" genoemd. Als sprake is van arbeid voor een uitzendbureau, wordt aangenomen dat sprake is van flexibele arbeid als hier bedoeld, tenzij uit de overgelegde bescheiden uitdrukkelijk anders blijkt (zie artikel 3.76 Vreemdelingenbesluit en de toelichting hierop bij "Bewijsmiddelen en Wet flexibiliteit en zekerheid"). De minister begeeft zich immers bij de uitvoering van het bepaalde bij en krachtens de Vreemdelingenwet niet op het terrein van het arbeidsrecht. Inkomsten uit flexibele arbeidsovereenkomsten worden, gelet op het onzekere karakter dat werken op basis van dergelijke arbeidsovereenkomsten kenmerkt, niet aangemerkt als inkomsten die nog één jaar beschikbaar zijn (op het tijdstip waarop de aanvraag is ontvangen of de beschikking wordt gegeven, dan wel op enig moment tussen beide tijdstippen). Zij zijn derhalve niet duurzaam in de zin van artikel 3.75, eerste lid, Vreemdelingenbesluit. Hieraan doet de duur van de flexibele arbeidsovereenkomst niet af. Eigen aan de flexibele arbeidsovereenkomst is immers dat de hoogte van de inkomsten onregelmatig kan zijn."

3. Vreemdelingenbesluit 2000

Artikel 3.75

"1. De in artikel 16, eerste lid, onder c, van de Wet bedoelde middelen van bestaan zijn duurzaam, indien zij nog één jaar beschikbaar zijn op het tijdstip waarop de aanvraag is ontvangen of de beschikking wordt gegeven.

2. Middelen van bestaan verkregen uit eigen vermogen zijn duurzaam, indien zij gedurende een aaneengesloten periode van een jaar beschikbaar zijn geweest en nog één jaar beschikbaar zijn op het tijdstip waarop de aanvraag is ontvangen of de beschikking wordt gegeven.

3. In afwijking van het eerste lid, zijn middelen van bestaan verkregen uit arbeid in loondienst eveneens duurzaam, indien op het tijdstip waarop de aanvraag is ontvangen of de beschikking wordt gegeven gedurende een ononderbroken periode van drie jaren voldoende middelen van bestaan uit arbeid in loondienst zijn verworven en de middelen van bestaan gedurende nog zes maanden beschikbaar zijn. Indien tijdens de periode van drie jaren gedurende een periode van in totaal niet langer dan zesentwintig weken een werkloosheidsuitkering is ontvangen, wordt die uitkering gelijkgesteld met

inkomen uit arbeid in loondienst.

4. Bij ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld ten aanzien van de duurzaamheid van middelen van bestaan uit arbeid als zelfstandige."

Artikel 3.76

"Indien de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur is aangegaan, legt de vreemdeling bij zijn aanvraag daartoe strekkende bewijsmiddelen over."

4. Burgerlijk wetboek

Artikel 7:690

"De uitzendovereenkomst is de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde."

Artikel 691 lid 1, 2 en 3

"Op de uitzendovereenkomst is artikel 668a eerst van toepassing zodra de werknemer in meer dan 26 weken arbeid heeft verricht.

2. In de uitzendovereenkomst kan schriftelijk worden bedongen dat die overeenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer door de werkgever aan de derde als bedoeld in artikel 690 op verzoek van die derde ten einde komt. Indien een beding als bedoeld in de vorige volzin in de uitzendovereenkomst is opgenomen, kan

de werknemer die overeenkomst onverwijld opzeggen. (N.o.; het uitzendbeding)

3. Een beding als bedoeld in lid 2 verliest zijn kracht indien de werknemer in meer dan 26 weken arbeid voor de werkgever heeft verricht. Na het verstrijken van deze termijn vervalt de bevoegdheid van de werknemer tot opzegging als bedoeld in lid 2."

5. Uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 12 januari 2004 (nr. 200306128/1)

De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State overwoog in deze uitspraak onder meer dat een advies omtrent de afgifte van een machtiging tot voorlopig verblijf niet kan worden aangemerkt als een besluit waartegen rechtsmiddelen (bezwaar bij het bestuursorgaan zelf en beroep bij de rechter) openstaan.

6. Brief van de Nationale ombudsman van 19 oktober 2005 aan de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie en de minister van Buitenlandse Zaken

"...Het geven van een mvv-advies moet worden aangemerkt als een gedraging in de zin van artikel 9:1 Awb, waarover een klacht kan worden ingediend. Nu het advies na de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 12 januari 2004 niet langer behoort te worden aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 7:1 Awb, staat immers niet langer de mogelijkheid van bezwaar of beroep open. Daarbij is van belang dat de mvv-adviesprocedure in de Vreemdelingencirculaire als aparte procedure staat vermeld, en in die zin voldoende zelfstandige betekenis heeft om niet te worden gezien als de procedure ter behandeling van een aanvraag die opgaat in de mvv-procedure zelf.

Dit brengt mee dat de Nationale ombudsman bevoegd, en onder omstandigheden ook verplicht is om, wanneer er geen andere beletselen zijn, de klacht in onderzoek te nemen. In dat kader wordt dan aan u om een standpunt en om relevante informatie verzocht. Ik ben het dan ook niet eens met uw stelling dat het in behandeling nemen van een klacht over een mvv-advies ertoe strekt u te bewegen alsnog over te gaan tot de door de Afdeling uitgesloten heroverweging in rechte. De systematiek van de Awb brengt nu eenmaal mee dat wanneer er geen sprake is van een besluit (waaraan de mogelijkheid van bezwaar en beroep is gekoppeld in artikel 8:1), er wel sprake kan zijn van een gedraging die onderworpen is aan het klachtrecht van hoofdstuk 9 Awb.

Na zijn behoorlijkheidstoets kan de Nationale ombudsman tot het oordeel komen dat de klacht over een negatief advies gegrond is, en in een voorkomend geval zelfs de aanbeveling geven om het mvv-advies te herzien..."