



Rapport

Datum: 18 april 2006

Rapportnummer: 2006/148

Klacht

Verzoeker klaagt erover dat de minister van Buitenlandse Zaken in zijn advies van 8 december 2004 inzake de verlening van een machtiging tot voorlopig verblijf (mvv), naar aanleiding van zijn verzoek van 29 oktober 2004 daar om, heeft meegedeeld dat hij zich ten tijde van indiening van de mvv-adviesaanvraag door zijn gemachtigde in Nederland bevond en daardoor niet conform artikel 16a, eerste lid, aanhef en onder a, Vreemdelingenwet en hoofdstuk B1/1.1 van de Vreemdelingencirculaire de uitkomst van de aanvraag tot het verlenen van een mvv in het land van herkomst heeft afgewacht.

Beoordeling

1. Op 29 oktober 2004 diende de partner van verzoeker een verzoek om advies in bij de Visadienst inzake een machtiging tot voorlopig verblijf (mvv) ten behoeve van verzoeker. Op 8 november 2004 bracht de Visadienst een negatief advies uit. De Visadienst overwoog daarbij dat nu werd aangenomen dat verzoeker zich ten tijde van de indiening van het adviesverzoek in Nederland bevond niet werd voldaan aan hetgeen daarover is neergelegd in hoofdstuk B1/1.1 van de Vreemdelingencirculaire (zie Achtergrond, onder 1.).

2. Verzoekers gemachtigde diende bij brief van 10 december 2004 een klacht in bij de Visadienst over de motivering van het verstrekte advies. De Visadienst liet hierop op 26 januari 2005 weten de klacht kennelijk ongegrond te achten omdat een inhoudelijke behandeling van de klacht zou neerkomen op een herbeoordeling van het verstrekte advies hetgeen strijdig zou zijn met de bedoeling van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in de uitspraak van 12 januari 2004 (zie Achtergrond, onder 3.). In die uitspraak werd bepaald dat geen rechtsmiddelen openstaan tegen adviezen zoals die worden gegeven in de mvv-procedure.

De minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie en de minister van Buitenlandse Zaken reageerden in soortgelijke bewoordingen op de klacht zoals voorgelegd door de Nationale ombudsman.

3. Verzoeker klaagt erover dat de Visadienst een negatief advies heeft uitgebracht over een mogelijke mvv-aanvraag omdat hij zich ten tijde van die adviesaanvraag in Nederland bevond. Verzoeker gaf daarbij onder meer aan dat zijn aanwezigheid in Nederland een onjuist motief is om een negatief advies uit te brengen omdat het nog geen daadwerkelijke mvv-aanvraag betrof maar slechts een adviesaanvraag.

4. De Nationale ombudsman acht het geven van een mvv-advies een gedraging in de zin van artikel 9:1 Algemene wet bestuursrecht (zie Achtergrond, onder 5.) waarover een klacht kan worden ingediend, waarna in beginsel een behoorlijkheidstoets moet plaatsvinden. De Nationale ombudsman oordeelt als volgt over verzoekers klacht met

betrekking tot het afgegeven mvv-advies.

5. In het mvv-advies wordt overwogen dat de betrokken vreemdeling de uitkomst van de aanvraag tot het verlenen van een mvv in het land van herkomst dient af te wachten. Deze verplichting stelt de overheid in staat te onderzoeken of de vreemdeling aan alle voor toelating gestelde eisen voldoet zonder daarbij door diens aanwezigheid hier te lande voor een voldongen feit te worden geplaagd. Hierbij wordt verwezen naar hetgeen hierover is opgenomen in de Vreemdelingencirculaire (zie Achtergrond, onder 1.) De Visadienst bracht een negatief advies uit omdat werd aangenomen dat verzoeker gedurende de behandeling van de adviesaanvraag in Nederland verbleef, nu vaststond dat hij op het moment van indiening van het verzoek van zijn partner om advies inzake een in te dienen mvv-aanvraag in Nederland was.

6. Het motiveringsvereiste houdt in dat overheidshandelen feitelijk en logisch moet worden gedragen door de daaraan ten grondslag gelegde motivering. Dit impliceert dat de motivering van een advies dat advies moet kunnen dragen hetgeen betekent dat alle relevante feiten en omstandigheden daarbij betrokken moeten worden.

7. In deze zaak gaat het onder meer om de beleidsregel dat de behandeling van een mvv-aanvraag door degene die verblijf beoogt in Nederland in het land van herkomst dient te worden afgewacht. De Nationale ombudsman kan zich vinden in de ratio van het mvv-vereiste en eveneens kan hij zich in zijn algemeenheid, zoals ook aangegeven rapport 2005/396 (zie Achtergrond onder 6.) 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. De Nationale ombudsman gaf in rapport 2005/396 wel aan dat er aanleiding kan zijn van dit beleid af te wijken als betrokkene ten tijde van de adviesaanvraag rechtmatig in Nederland verblijft. Daarbij werd overwogen dat niet kan worden ingezien dat de enkele omstandigheid dat de vreemdeling rechtmatig in Nederland verblijft tijdens de behandeling van de adviesaanvraag zou moeten leiden tot een negatief advies nu het bij het mvv-advies met name gaat over de beoordeling van de positie van referent (zie Achtergrond, onder 4.) Van belang daarbij is dat indien aan de overige voorwaarden zou worden voldaan de vreemdeling alsnog de mvv-aanvraag in het buitenland moet indienen en aldaar de beoordeling daarvan dient af te wachten. De overheid wordt door zijn verblijf in Nederland niet voor een voldongen feit geplaagd.

8. In het advies van 8 december 2004 wordt allereerst uitgebreid uiteengezet waarom een vreemdeling zich ten tijde van een aanvraag van een mvv niet in Nederland mag bevinden waarbij vervolgens nog een onderscheid wordt gemaakt tussen (verschillende vormen van) rechtmatig en niet-rechtmatig verblijf in Nederland tijdens een mvv-aanvraag. Omdat volgens de Visadienst vaststond dat verzoeker zich ten tijde van de adviesaanvraag, 20

oktober 2004, in Nederland bevond, werd aangenomen dat hij ook ten tijde van het uitgebrachte advies, op 8 december 2004, in Nederland verbleef. Dit was reden om een negatief advies uit te brengen.

In het advies werd door de Visadienst alleen gesproken over de voorwaarde dat een vreemdeling de uitkomst van zijn mvv-aanvraag in het buitenland dient af te wachten. Er werd niet nader ingegaan op de omstandigheid dat nog geen mvv-aanvraag was ingediend maar alleen een adviesaanvraag was gedaan. Ook werd niet nader onderbouwd de stelling dat verzoeker, na indiening van de adviesaanvraag, nog steeds in Nederland had verbleven. Verzoekers gemachtigde is ook niet in de gelegenheid gesteld hierover informatie te verstrekken. Daarnaast werd in het advies op geen enkele wijze ingegaan op de positie van referent terwijl het mvv-advies juist betrekking heeft op de beoordeling van die positie. Uit het advies wordt niet duidelijk of er gezien de door de referent verstrekte informatie bezwaar bestond tegen de inwilliging van een nog aan te vragen mvv. Daarmee is in strijd gehandeld met het motiveringsbeginsel.

De onderzochte gedraging is niet behoorlijk

Dit is voor de Nationale ombudsman aanleiding een aanbeveling te doen.

Conclusie

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

aanbeveling

De Nationale ombudsman geeft de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie en de minister van Buitenlandse Zaken in overweging te bevorderen dat opnieuw wordt geadviseerd en dat daarbij gemotiveerd wordt ingegaan op de positie van referent.

Onderzoek

Op 7 februari 2005 ontving de Nationale ombudsman een verzoekschrift van de heer T., ingediend door de heer mr. B. Hiddinga te Den Haag, 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.

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.

Verzoekers gemachtigde berichtte dat het verslag hem geen aanleiding gaf tot het maken van opmerkingen.

A. feiten

1. Verzoekers partner diende op 29 oktober 2004 bij de Visadienst van het Ministerie van Buitenlandse Zaken, ondergebracht bij de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND), een verzoek in om advies inzake een machtiging tot voorlopig verblijf (mvv) ten behoeve van verzoeker. De Visadienst liet verzoekers gemachtigde bij brief van 8 december 2004 weten negatief te adviseren. Reden hiervoor was dat verzoeker zich op het moment van de adviesaanvraag in Nederland bevond. Hiervan werd uitgegaan nu verzoekers paspoort op 29 oktober 2004 werd afgegeven door het consulaat van de Dominicaanse Republiek te Amsterdam terwijl ook op die datum de adviesaanvraag werd ingediend. De Visadienst zette in het advies uiteen dat een vreemdeling de uitkomst van een aanvraag tot het verlenen van een mvv in het land van herkomst dient af te wachten. Hierbij verwees de Visadienst naar artikel 16, eerste lid, aanhef en onder a, van de Vreemdelingenwet (zie Achtergrond, onder 2.) en hoofdstuk B1/1.1 van de Vreemdelingencirculaire (zie Achtergrond, onder 1.). Daarnaast gaf de Visadienst aan dat de aanvraag tot het verlenen van een mvv eveneens wordt afgewezen indien een vreemdeling op grond van artikel 8, aanhef en onder f, dan wel h, van de Vreemdelingenwet rechtmatig in Nederland verblijft. Indien een 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 verlening van een mvv staat dit niet persé aan een inhoudelijke beoordeling van de mvv-aanvraag in de weg maar zal uit de lengte van de periode waarin en het doel waarvoor de vreemdeling in Nederland verblijft moeten blijken of dit verblijf er niet op is gericht om het mvv-vereiste te omzeilen.

2. Bij brief van 10 december 2004 diende verzoekers gemachtigde een klacht in bij de Visadienst over de motivering van het gegeven advies. Hij bracht onder meer naar voren dat verzoeker nog geen aanvraag om een mvv had ingediend, maar dat het hier alleen

ging om een door hem als gemachtigde ingediend verzoek om advies. Daarnaast wees hij erop dat het volgens de Visadienst wel mogelijk is dat een vreemdeling geoorloofd in Nederland is tijdens de mvv-procedure en dat alleen indien gebleken is van ontduiking van de mvv-procedure een negatief advies wordt gegeven. Verzoekers gemachtigde gaf vervolgens aan dat de Visadienst geen bewijs had aangevoerd waaruit bleek dat verzoeker had getracht de mvv-procedure te ontduiken. Daarnaast gaf verzoekers gemachtigde aan dat niet vaststond dat verzoeker na 29 oktober 2004, de datum van de indiening van de adviesaanvraag, nog in Nederland was gebleven.

3. Bij brief van 26 januari 2005 liet de Visadienst verzoekers gemachtigde weten de klacht kennelijk ongegrond te achten. Volgens de Visadienst beoogde verzoeker middels de klachtenprocedure een inhoudelijke herbeoordeling van het gegeven advies, hetgeen zou betekenen dat de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (zie Achtergrond, onder 3.) waarin werd bepaald dat geen rechtsmiddelen openstaan tegen een dergelijk advies, zou worden omzeild.

B. Standpunt verzoeker

Verzoekers standpunt staat samengevat weergegeven onder Klacht.

c. Standpunt minister voor vreemdelingenzaken en Integratie

Bij brief van 1 april 2005 reageerde de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie als volgt op de klacht:

“In de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRS) van 12 januari 2004 heeft de ABRS bepaald dat een verzoek om advies tot verlening van een mvv geen besluit is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en dat derhalve geen rechtsmiddelen openstaan tegen het negatieve advies (de referentprocedure).

Dezerzijds is consequent het standpunt ingenomen en uitgedragen dat niet meer inhoudelijk op een verzoek om advies wordt ingegaan nadat een negatief advies is afgegeven. Men dient dan een nieuw verzoek om advies dan wel een aanvraag in te dienen. Dit om te voorkomen dat een soort verkapte bezwaarprocedure in het leven wordt geroepen.

Met inachtneming van het vorenstaande zie ik geen aanleiding te reageren op de klacht van (verzoeker; N.o.). De klacht ziet immers niet op een gedraging, maar beoogt een inhoudelijke heroverweging van een negatief advies. Ik merk de klacht dan ook aan als een verkapt bezwaarschrift.

Indien (verzoeker; N.o.) in rechte wenst op te komen tegen dit advies, kan hij verzoeken om een nieuw advies, dan wel een aanvraag tot het verlenen van een mvv indienen bij de Nederlandse diplomatieke en/of consulaire vertegenwoordiging in zijn land van herkomst of

bestendig verblijf. “

d. Standpunt minister van Buitenlandse zaken

In reactie op de klacht liet de minister van Buitenlandse Zaken bij brief van 2 juni 2005 onder meer het volgende weten:

"Gezien de uitspraak van de Afdeling Bestuursrecht van de Raad van State die de Visadienst aanhaalt, verzet de Awb-systematiek zich tegen heroverweging van mvv-adviezen in de zin van artikel 7:1 van de Awb. Die rechtspraak bindt zowel belanghebbenden als de Visadienst. Er is dan ook terughoudendheid gepast met indiening, respectievelijk inhoudelijke behandeling van verzoeken die tot gevolg hebben dat op ándere grondslag dan artikel 7:1 van de Awb desalniettemin feitelijk wél zou worden overgegaan tot de door de Afdeling verworpen heroverweging. Als een klaagschrift zich qua formulering, strekking of doel feitelijk niet laat onderscheiden van de inhoud van een bezwaarschrift, kan dan ook reden bestaan om te oordelen dat het niet inhoudelijk wordt behandeld omdat dit zou leiden tot oneigenlijk gebruik van recht. Dit ook zonder toepassing van artikel 9:8 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Het verbod van oneigenlijk gebruik van recht geldt ook buiten bijzondere wettelijke bepalingen waarin het expliciet is vermeld. De wetsgeschiedenis van artikel 9:8 van de Awb biedt geen aanleiding om te veronderstellen dat de wetgever heeft beoogd om hetzelfde verbod voor het klachtrecht te begrenzen of buiten toepassing te verklaren.

Het staat overigens aan u ter beoordeling of artikel 9:8, tweede lid van de Awb zich verzet tegen behandeling van klaagschriften als het onderhavige.

Blijkens de strekking van de Afdelingsrechtspraak houdt de Awb-systematiek in dat een concrete mvv-aanvraag wordt ingediend als men meent dat in een voorafgaand mvv-advies geconstateerde problemen feitelijk niet aan de orde zijn of belang zou bestaan bij nieuwe beoordeling van feiten. Ook is vermeld dat dit niet onevenredig benadelend is. Ik onderschrijf dit. De Awb is van toepassing na indiening van concrete aanvragen. Daarbij worden gegevens aanvraaggegevens in de zin van de Awb en dient de Visadienst die ook integraal te herbeoordelen. Haar voorafgaande advies is immers niet gegeven op grond van de Awb of met toepassing daarvan. Ook om die reden is er geen (meer dan geringe) belangenschade bij een voorafgaand 'negatief' advies.

De Afdeling wijst er zelf ook op dat van belang is dat het enkele doel van mvv-adviesprocedures feitelijk is om vroegtijdig te worden geïnformeerd over eventuele problemen bij beoordeling van voorgenomen mvv-aanvragen. Hoe het advies dat wordt afgegeven ook uitvalt, er wordt in ieder geval aan de verzoeker tegemoet gekomen. Hij wordt, conform het doel van zijn verzoek, immers vroeg geïnformeerd over eventuele problemen met gegevens, ook als hij zelf meent dat die problemen feitelijk niet aan de orde zijn. Aldus is ook een 'negatief' advies 'inwilligend'. Onderwerp van mvv-adviesprocedures

is, anders dan bij een mvv-aanvraag, ook geen 'positieve' uitslag. Verzoeken om louter 'positief' advies worden ook niet als zodanig behandeld.

Als een verzoeker meent door een 'negatief' advies onevenredig nadeel te ondervinden, kan hij tegelijk een mvv-aanvraag én een klacht indienen. Daarmee brengt hij de gestelde belangenschade direct in geding in de concrete mvv-aanvraagprocedure waar die belangen en schade mee zouden samenhangen. Ook wordt een bij de totstandkoming van hoofdstuk 9 van de Awb al voorziene samenloop daarmee geconcretiseerd en dwingt hij de Visadienst bovendien niet tot gescheiden inzet van mensen en middelen voor inhoudelijk identieke kwesties.

Het ligt overigens ook voor de hand dat een voorgenomen mvv-aanvraag wordt ingediend als men zelf meent dat de aanvraaggegevens feitelijk in orde zijn. Hiervoor is geen 'positief' advies nodig. Bovendien staat direct het rechtsmiddel open om gestelde onevenredige belangenschade materieel verholpen te zien, zoals in feite beoogd. Daarbij wijs ik er nog op dat u in uw rapport over de visumketen van 10 juni 2003 zelf met zoveel woorden op meerdere plaatsen heeft vermeld dat wezenlijke belangen bestaan bij de afstemming en concentratie van voorzieningen met betrekking in toelatingskwesties en korte doorlooptijden, met behoud van zorgvuldigheid.

Het lijkt mij dat integrale toepassing van hoofdstuk 9 van de Awb in dit soort van zaken niet past. Het komt mij voor dat geen algemene verplichting tot klachtbehandeling bestaat als men met klaagschriften zoals die welke de Visadienst bedoelt, enerzijds kennelijk verzoekt om integrale heroverweging van een mvv-advies, terwijl er anderzijds geen mvv-aanvraagprocedure loopt waarmee het belang bij die beoogde heroverweging onlosmakelijk is verbonden.

Ik benadruk daarbij nog dat uit het enkele feit dat een handeling een gedraging betreft in de zin van artikel 9:1 van de Awb, niet volgt dat men belang heeft bij behandeling van een klaagschrift tegen die handeling. Dit zou immers artikel 9:8, tweede lid, van de Awb en artikel 9:23, aanhef en onder c, van de Awb buiten werking stellen."

E. Reactie verzoeker

Bij brief van 20 juni 2005 liet verzoekers gemachtigde onder meer nog weten dat de adviesprocedure, door de Visadienst uit efficiencyoverwegingen ingesteld, zijns inziens diende te worden beschouwd als een voorbereidingsprocedure waarop de afdelingen 3.2 tot en met 3.5 van de Awb van toepassing zijn hetgeen betekent dat ook een advies zorgvuldig moet worden totstandgebracht waarbij een belangenafweging dient te worden gemaakt.

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:

(...)

f. in afwachting van de beslissing op een aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning, bedoeld in de artikelen 14 en 28, terwijl bij of krachtens deze wet dan wel op grond van een rechterlijke beslissing uitzetting achterwege dient te blijven totdat op de aanvraag is beslist; (...)

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;

i. gedurende de vrije termijn, bedoeld in artikel 12, zolang het verblijf van de vreemdeling bij of krachtens artikel 12 is toegestaan.”

Artikel 16a, eerste lid, aanhef en onder a:

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

a. de vreemdeling niet beschikt over een geldige machtiging tot voorlopig verblijf die overeenkomt met het verblijfsdoel waarvoor de verblijfsvergunning is aangevraagd.”

3. 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, (...)"

4. 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.”

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

Bij brief van 10 oktober 2005 aan de ministers voor Vreemdelingenzaken en Integratie en Buitenlandse Zaken verzocht de Nationale ombudsman, na eerdere briefwisseling, opnieuw om inhoudelijk te reageren op onder meer verzoeksters klacht over het mvv-advies. In de brief was het volgende opgenomen:

"In uw brief van 31 augustus 2005 heeft u de aandacht van mijn ambtsvoorganger gevraagd voor de behandeling van klachten over adviezen met betrekking tot aanvragen om een machtiging tot voorlopig verblijf, in relatie tot de uitspraak die de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State daarover op 12 januari 2004 heeft gedaan. U wijst er in uw brief op dat de Afdeling heeft geoordeeld dat een dergelijk advies geen besluit betreft waartegen bezwaar kan worden gemaakt in de zin van de Algemene wet

bestuursrecht. U brengt naar voren dat de Nationale ombudsman na deze uitspraak een aantal klachten in behandeling heeft genomen, en u geeft aan dat u als betrokken ministers in die zaken principiële, gemotiveerde standpunten heeft ingenomen over de manier waarop met klachten over dit onderwerp moet worden omgegaan. Daaraan voegt u toe dat de Nationale ombudsman daarover in geen van die zaken een formeel standpunt heeft ingenomen, en u vraagt om dat alsnog te doen.

Van de klachten over negatieve adviezen zijn er inmiddels ongeveer 36 in onderzoek genomen. Dit is slechts een gedeelte van het totale aantal klachten dat over dit onderwerp is ontvangen. Van de overige klachten is een deel 'kennelijk ongegrond' verklaard en een deel wegens samenloop van de gedraging met een over deze gedraging lopende procedure (nog) niet in behandeling genomen of inmiddels beëindigd. Dit was het geval wanneer de betrokkene alsnog een machtiging tot voorlopig verblijf had aangevraagd, of had verzocht om een nieuw mvv-advies. In deze situaties stelt de Nationale ombudsman zich terughoudend op.

In één van de zaken die in onderzoek zijn genomen, is op 23 mei 2005 een rapport uitgebracht onder nummer 2005/153. Tijdens het onderzoek in deze zaak heeft u geen bezwaren naar voren gebracht, en heeft u de gevraagde informatie verstrekt en een standpunt ten aanzien van de klacht geformuleerd. Ook in het gebundelde onderzoek naar de klachtbehandeling door de IND dat op 21 juni 2005 uitkwam is deze problematiek aan de orde gesteld (rapportnummer 2005/177). In reactie op dit rapport liet de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie bij brief van 29 augustus 2005 weten dat de inhoud van het rapport voor haar geen aanleiding vormde tot het geven van een reactie. Van de minister van Buitenlandse zaken werd geen reactie ontvangen. Voorts heeft mijn ambtsvoorganger in zijn brief van 22 april 2005 aan de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie al een standpunt naar voren gebracht naar aanleiding van de reactie van deze minister in een lopend onderzoek (dossiernummer 2005.00126, verzoeksters klacht: No).

Gelet op het voorgaande heb ik uw brief beschouwd als een verzoek om het beleid van de Nationale ombudsman ten aanzien van het in onderzoek nemen van klachten met betrekking tot mvv-adviezen te heroverwegen.

U deelt in uw brief mee dat de Nationale ombudsman klachten over mvv-adviezen in onderzoek heeft genomen die er naar uw mening toe strekken u alsnog te bewegen over te gaan tot de door de Afdeling uitgesloten heroverweging in rechte. U bent van mening dat de betrokken vreemdeling, indien hij in rechte wil opkomen tegen een negatief advies, een aanvraag om een mvv kan indienen.

Het voorgaande geeft mij geen aanleiding het standpunt te herzien dat mijn ambtsvoorganger al bij het eerste door hem ingestelde onderzoek heeft ingenomen. 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."

6. Rapport Nationale ombudsman 2005/396

In rapport 2005/396 overwoog de Nationale ombudsman ten aanzien van verblijf in Nederland ten tijde van een verzoek om advies inzake een machtiging tot verblijf onder meer het volgende:

"De Nationale ombudsman kan zich vinden in de ratio van het mvv-vereiste, en, zoals hij eerder heeft aangegeven in zijn rapport 2005/153 (...), 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 geplaatst. 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.”