



Rapport

Datum: 28 april 2006

Rapportnummer: 2006/175

Klacht

Verzoeker klaagt erover dat het hoofd van de Visadienst namens de minister van Buitenlandse Zaken in de beslissing van 15 april 2004 op zijn verzoek van 15 februari 2004 om ambtshalve advies uit te brengen over een nog in te dienen aanvraag om verlening van een machtiging tot voorlopig verblijf (mvv) aan zijn echtgenote er abusievelijk van is uitgegaan dat zijn inkomen over de eerste vier weken van januari 2004 een maandinkomen was. Verzoeker klaagt er tevens over dat de Visadienst heeft verzuimd om het door de werkgever gereserveerde vakantiegeld bij het inkomen op te tellen.

Beoordeling

1. Voordat een aanvraag om een mvv wordt ingediend bij de Nederlandse vertegenwoordiging in het buitenland kan de in Nederland verblijvende referent hierover eerst een advies vragen aan de Visadienst. Indien wordt voldaan aan de toelatingsvoorwaarden wordt een positief advies gegeven en machtigt de Visadienst onder voorbehoud de Nederlandse vertegenwoordiging om de mvv af te geven. De referent wordt van de uitkomst van het advies op de hoogte gebracht en indien het een positief advies is erop gewezen dat de betrokkene voor het verkrijgen van een mvv een aanvraag moet indienen bij de Nederlandse vertegenwoordiging.
2. Verzoeker diende op 20 februari 2004 bij de Visadienst een (hernieuwd) verzoek in om advies over de verlening van een machtiging tot voorlopig verblijf (mvv) ten behoeve van zijn echtgenote in Soedan. Op 13 april 2004 reageerde de Visadienst op dit verzoek met een negatief advies. Volgens de Visadienst voldeed verzoeker niet aan het zogenoemde inkomensvereiste (zie Achtergrond, onder 2).
3. Verzoeker klaagt erover dat de Visadienst de hoogte van zijn inkomen op onjuiste wijze heeft berekend door ervan uit te gaan dat zijn inkomen over de eerste vier weken van januari 2004 een maandinkomen was. Verzoeker klaagt er tevens over dat de Visadienst heeft verzuimd om het door de werkgever gereserveerde vakantiegeld bij het inkomen op te tellen. Hierdoor is volgens verzoeker ten onrechte de conclusie getrokken dat hij niet voldeed aan het door de wet gestelde inkomensvereiste.
4. In hun reacties op de klacht lieten zowel de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie als de minister van Buitenlandse Zaken weten niet inhoudelijk te willen reageren op verzoekers klacht omdat dit zou leiden tot een inhoudelijke heroverweging van dat advies. Daarbij verwezen de ministers naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRS) van 12 april 2004 (zie Achtergrond onder 3.) waarin onder meer is opgenomen dat de referent die in rechte wil opkomen tegen een negatief advies van de minister, een aanvraag tot verlening van een mvv kan indienen waarna bij afwijzing van deze aanvraag de mogelijkheid open staat hiertegen een

bezwaarschrift in te dienen.

5. Het vereiste van administratieve nauwkeurigheid houdt in dat bestuursorganen secuur dienen te werken.

6. In het negatieve mvv-advies van 13 april 2004 was opgenomen dat verzoeker diende te beschikken over € 1103,34 netto per maand, om te voldoen aan de gestelde inkomenseis. Volgens de Visadienst werd niet aan die eis voldaan nu uit de salarisafrekeningen bleek dat zijn inkomen in de maand januari 2004 € 1085,43 bedroeg. Uit de door verzoeker aan de Visadienst verstrekte informatie over zijn inkomen blijkt echter dat zijn salaris niet werd berekend per maand maar over een periode van vier weken. Uit het advies valt op te maken dat de Visadienst heeft verzuimd om de vierwekelijkse uitbetaling om te rekenen naar een maandinkomen. Daarnaast heeft de IND verzuimd om het over de maand januari 2004 gereserveerde vakantiegeld ad € 124,42 bij het inkomen op te tellen, hoewel in het negatieve mvv-advies staat vermeld dat de middelen van bestaan worden berekend aan de hand van het netto-inkomen, inclusief vakantiegeld. Doordat de door verzoekster verstrekte inkomensgegevens niet adequaat zijn verwerkt, is in strijd gehandeld met het vereiste van administratieve nauwkeurigheid.

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 vereiste van administratieve nauwkeurigheid.

Onderzoek

Op 20 september 2004 ontving de Nationale ombudsman een verzoekschrift van de heer K., ingediend door de heer mr. S. Spans, advocaat te Utrecht, 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.

Verzoeker werd in de gelegenheid gesteld te reageren op de informatie die de ministers hadden verstrekt.

De ministers werd om nadere informatie verzocht.

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

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

De minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie en de minister van Buitenlandse Zaken gaven binnen de gestelde termijn geen reactie.

Bevindingen

De bevindingen van het onderzoek luiden als volgt:

A. feiten

1. Verzoeker diende op 24 juni 2002 bij de korpschef van het regionale politiekorps Brabant-Noord te 's Hertogenbosch een verzoek in om advies ten behoeve van een nog in te dienen aanvraag om verlening van een machtiging tot voorlopig verblijf (mvv) aan zijn echtgenote uit Soedan. Nadat een beslissing op dit verzoek uitbleef, diende verzoeker op 25 februari 2003 bij de Visadienst van het Ministerie van Buitenlandse Zaken, ondergebracht bij de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND), een klacht in over de lange duur van de behandeling door de Visadienst van de aanvraag. De minister van Buitenlandse Zaken liet bij brief van 3 april 2003 weten dat hij de klacht kennelijk gegrond achtte omdat niet binnen de (redelijke) beslistermijn op de aanvraag was beslist. De minister deelde verzoeker voorts mee dat op 5 maart 2003 op het verzoek was beslist.

2. Verzoeker diende op 2 april 2003 een bezwaarschrift in tegen de afwijzende beslissing van 5 maart 2003. De Visadienst deelde bij brief van 22 mei 2003 mee dat de besluitvorming over het bezwaarschrift nog enige tijd zou duren.

Nadat de beslissing op het bezwaarschrift verder uitbleef, diende verzoeker bij brief van 6 november 2003 een klacht in over de lange duur van de behandeling door de Visadienst van het bezwaarschrift. De minister van Buitenlandse Zaken liet in reactie op de klacht bij brief van 4 december 2003 weten dat hij de klacht kennelijk gegrond achtte en deelde mee dat binnen vier weken op het bezwaarschrift zou worden beslist of, indien nodig, verzoeker binnen die tijd zou worden geïnformeerd over de vervolprocedure.

3. Bij brief van 15 december 2003 verzocht de Visadienst verzoeker onder meer om toezending van recente salarisafschriften. Verzoekers gemachtigde zond de Visadienst de

gevraagde informatie per faxbericht van 24 december 2003.

4. Na de uitspraak van 12 januari 2004 van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State liet de minister van Buitenlandse Zaken verzoeker bij brief van 28 januari 2004 onder meer het volgende weten:

“... Bij uitspraak van 12 januari 2004 (nr. 200306128/1) heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State bepaald dat geen rechtsmiddelen openstaan tegen negatieve adviezen inzake verlening van een machtiging tot voorlopig verblijf.

Naar aanleiding van deze uitspraak ben ik in afwachting van nadere instructies ten aanzien van de voortgang van het onderhavige dossier en kan ik vooralsnog geen besluit nemen op het door u ingediende bezwaarschrift.

Ik bied u voor de opgelopen vertraging mijn oprechte verontschuldiging aan.”

5. De minister van Buitenlandse Zaken verklaarde bij beschikking van 5 februari 2004 verzoekers bezwaarschrift van 2 april 2003 niet-ontvankelijk, met verwijzing naar de bovengenoemde uitspraak van de Afdeling.

6. Verzoeker diende hierop op 20 februari 2004 bij de Visadienst een nieuw verzoek om advies in. In het kader van de behandeling van dit verzoek verzocht de minister van Buitenlandse Zaken verzoeker bij brief van 16 maart 2004 om toezending van drie recente salarisspecificaties.

7. De Minister van Buitenlandse Zaken besliste op 13 april 2004 negatief op het verzoek om advies. De minister deelde verzoeker hierbij onder meer het volgende mee:

“In geval van gezinshereniging geldt dat de in artikel 6, eerste lid, onder c, van de Wet (Vreemdelingenwet 2000; N.o.) bedoelde middelen van bestaan voldoende zijn, indien het netto inkomen ten minste gelijk is aan de toepasselijke bijstandsnorm voor de categorie echtparen en gezinnen of alleenstaande ouders, met inbegrip van vakantiegeld.

Thans is deze bijstandsnorm vastgesteld op een bedrag van € 1103,34 per maand. In dit geval is uit de overgelegde stukken niet gebleken dat de hoofdpersoon beschikt over een netto-maandinkomen dat tenminste gelijk is aan de eerder vermelde toepasselijke bijstandsnorm, immers uit de overgelegde salarisspecificaties is gebleken dat het hoogst genoten inkomen in 2004 in januari is genoten en inclusief incidentele toeslagen € 1085,43 bedraagt.

Derhalve is niet aangetoond dat de hoofdpersoon beschikt over voldoende middelen van bestaan.”

8. Verzoekers gemachtigde deelde de Visadienst bij brief van 12 mei 2004 mee dat het inkomen van verzoeker verkeerd was berekend. Omdat naar de mening van de gemachtigde verzoeker bij een juiste berekening van zijn inkomen wel voldeed aan de inkomenseis, verzocht de gemachtigde de Visadienst om herziening van de beslissing van 13 april 2004. Nadat een reactie op de brief van de gemachtigde uitbleef, zond zij op 14 juli 2004 een rappelbrief.

9. De minister van Buitenlandse Zaken deelde de gemachtigde bij brief van 6 augustus 2004 mee dat hij de brief van 12 mei 2004 interpreteerde als een bezwaarschrift. De minister liet weten dat verzoeker binnen vier weken een reactie mocht verwachten op dit bezwaarschrift. Met betrekking tot verzoekers klacht over de lange duur van de behandeling door de Visadienst van het bezwaarschrift liet de minister weten dat hij die klacht beoordeelde als kennelijk gegrond omdat niet binnen de wettelijke termijn op het bezwaarschrift was beslist.

10. De minister van Buitenlandse Zaken liet verzoeker bij beschikking van 27 september 2004 weten dat het bezwaarschrift niet-ontvankelijk was in verband met de uitspraak van 12 januari 2004 van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State.

11. Verzoekers gemachtigde had reeds bij brief van 17 september 2004 een klacht ingediend bij de Nationale ombudsman. Zij gaf aan dat de Visadienst in de beschikking van 13 april 2004 verzoekers inkomensgegevens op onjuiste wijze had beoordeeld door er ten onrechte van uit te gaan dat het inkomen over de eerste vier weken van januari 2004 een maandinkomen was. Volgens verzoekers gemachtigde had de Visadienst eveneens verzuimd om het door de werkgever gereserveerde vakantiegeld bij verzoekers inkomen op te tellen. Hierdoor kwam het netto inkomen van verzoeker over de maand januari 2004 €17,91 lager uit dan de vastgestelde inkomenseis van €1103,34.

B. Standpunt verzoeker

Verzoekster standpunt staat samengevat weergegeven onder Klacht.

C. Standpunt minister voor vreemdelingenzaken en integratie

Bij brief van 21 maart 2005 reageerde de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie onder meer als volgt op de klacht:

“U hebt mij verzocht te reageren op de klacht en aan te geven of ik (onderdelen van) de klacht gegrond acht.

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 ter 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 de heer K. 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 de heer K. 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

Bij brief van 23 mei 2005 reageerde de minister van Buitenlandse Zaken onder meer als volgt op de klacht:

“...Gezien de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak 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 andere 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.

Waar een verzoeker al stelt door een 'negatief advies onevenredig nadeel te ondervinden, staat het hem voorts vrij een mvv-aanvraag én tegelijk een klacht in te dienen. 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 het algemeen niet is te rechtvaardigen en dat er 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. nadere reactie minister voor vreemdelingenzaken en integratie

1. Bij brief van 22 april 2005 aan de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie bracht de Nationale ombudsman het volgende onder de aandacht:

“Met u ben ik van mening dat het niet de bedoeling is dat als uitvloeisel van de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State met betrekking tot mvv-adviezen de bezwaarschriftprocedure wordt vervangen door de klachtprocedure. Wil een betrokkene in rechte opkomen tegen een negatief mvv-advies dan staat de mogelijkheid open om een mvv-aanvraag in het buitenland in te dienen. Dit neemt niet weg dat het geven van een (negatief) mvv-advies door het Hoofd van de Visadienst van het ministerie van Buitenlandse Zaken, ondergebracht bij de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND), een gedraging is in de zin van artikel 9:1 Algemene wet bestuursrecht (Awb) waarover een klacht kan worden ingediend.

Naar mijn oordeel is de Nationale ombudsman dan ook in beginsel bevoegd om deze klachten te behandelen. Uiteraard vindt bij de beoordeling van de klacht een behoorlijkheidstoets plaats en geen inhoudelijke heroverweging. Dit kan meebrengen dat de Nationale ombudsman in een voorkomend geval tot het oordeel komt dat de klacht over het negatieve mvv-advies gegrond is en de aanbeveling zou kunnen doen om het mvv-advies te herzien.

Ik verzoek dan ook om een reactie op de klacht van verzoekster over het juist en zorgvuldig beoordelen van de door haar ingediende inkomensgegevens, zoals verwoord in de brief van de gemachtigde van 5 januari 2005 aan de Nationale ombudsman welke u reeds in kopie heeft ontvangen. (...).”

2. Bij brief van 5 juli 2005 reageerde de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie als volgt op de bovengenoemde brief van de Nationale ombudsman van 22 april 2005:

“Bij brief van 21 maart 2005 heb ik gereageerd op de klacht van de heer K. over het juist en zorgvuldig beoordelen van de door hem ingediende inkomensgegevens. Samengevat komt mijn reactie erop neer dat ik mij niet uitspreek over de inhoud van het mvv-advies, aangezien de klachtprocedure niet ziet op een inhoudelijke heroverweging, maar op een behoorlijkheidstoets. Naar aanleiding hiervan hebt u mij bij schrijven van 18 april 2005 verzocht mijn reactie te herzien en alsnog te reageren op de klacht van de heer K.

In mijn brief van 21 maart 2005 staat dat de klacht van de heer K. niet ziet op een gedraging. Dit standpunt herroep ik. Met u ben ik van oordeel dat het geven van een mvv-advies een gedraging is in de zin van art. 9:1 Awb. Uit de Memorie van Toelichting op dit artikel blijkt immers dat elk handelen of nalaten onder een gedraging valt. En volgens art.9:1 Awb heeft een ieder het recht om over een gedraging een klacht in te dienen.

Dat u in beginsel bevoegd bent deze klachten te behandelen is onloochenbaar. Ook deel ik uw standpunt dat geen inhoudelijke heroverweging, maar een behoorlijkheidstoets plaats dient te vinden.

Uit uw brief leid ik af dat u van oordeel bent dat een reactie op de klacht over het juist en zorgvuldig beoordelen van inkomensgegevens die zijn overgelegd in het kader van een mvv-advies, past binnen de grenzen van een behoorlijkheidstoets. Hierover verschil ik met u van mening. Mijns inziens roept u hiermee wel degelijk op tot een inhoudelijke heroverweging. Dit moge blijken uit het feit dat u bij een gegrond verklaring van de klacht de mogelijkheid openhoudt om een herziening van het mvv-advies aan te bevelen, hetgeen duidt op een heroverweging.

Door uw standpunt te volgen, zou ik de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State met betrekking tot mvv-adviezen omzeilen. Volgens deze jurisprudentie is het immers niet mogelijk in bezwaar te gaan tegen een mvv-advies. Met u ben ik van mening dat het niet de bedoeling kan zijn dat de onmogelijkheid om bezwaar aan te tekenen wordt gecompenseerd door middel van de klachtprocedure. Dit klemt te meer nu de Afdeling heeft bepaald dat in rechte kan worden opgekomen tegen een mvv-advies door een mvv-aanvraag in het buitenland te (laten) indienen.

Gelet op het vorenstaande blijf ik mij onthouden van een reactie op de klacht over het juist en zorgvuldig beoordelen van de door (verzoeker; No) overgelegde inkomensgegevens.”

F. Reactie verzoekster

Bij brief van 17 juni 2005 liet verzoekers gemachtigde onder meer weten dat verzoeker wenst te attenderen op het feit dat hij niet heeft geklaagd over de uitkomst van het negatieve advies als zodanig, maar over de wijze van totstandkoming ervan. Verzoekers gemachtigde deelt in zijn brief onder meer het volgende mee:

“In casu is een onjuist ambtelijk advies afgegeven hetgeen te wijten is aan (om)rekenfouten tijdens de Visadienst. In tegenstelling tot wat de Ministers aangeven is het begaan van dergelijke fouten wel degelijk aan te merken als een gedraging waartegen middels het indienen van een klacht kan worden opgekomen. Dat de uitkomst van een klachtprocedure mogelijk eveneens gevolgen heeft voor een aparte, eventueel nog in te dienen Mvv-aanvraag of een nieuw verzoek om ambtelijk advies doet hieraan naar het oordeel van klager niet af.”

G. nadere informatie

Bij brief van 19 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).

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.”

Achtergrond

1. Algemene wet bestuursrecht (Awb)

Artikel 9:1

“1. Een ieder heeft het recht om over de wijze waarop een bestuursorgaan zich in een bepaalde aangelegenheid jegens hem of een ander heeft gedragen, een klacht in te dienen bij dat bestuursorgaan.

2. Een gedraging van een persoon, werkzaam onder de verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, wordt aangemerkt als een gedraging van dat bestuursorgaan.”

Artikel 9:8

“1. Het bestuursorgaan is niet verplicht de klacht te behandelen indien zij betrekking heeft op een gedraging:

- a. waarover reeds eerder een klacht is ingediend die met inachtneming van de artikelen 9:4 en volgende is behandeld;
- b. die langer dan een jaar voor indiening van de klacht heeft plaatsgevonden;
- c. waartegen door de klager bezwaar gemaakt had kunnen worden,
- d. waartegen door de klager beroep kan worden ingesteld, tenzij die gedraging bestaat uit het niet tijdig nemen van een besluit, of beroep kon worden ingesteld;
- e. die door het instellen van een procedure aan het oordeel van een andere rechterlijke instantie dan een administratieve rechter onderworpen is, dan wel onderworpen is geweest of,
- f. zolang terzake daarvan een opsporingsonderzoek op bevel van de officier van justitie of een vervolging gaande is, dan wel indien de gedraging deel uitmaakt van de opsporing of vervolging van een strafbaar feit en terzake van dat feit een opsporingsonderzoek op bevel van de officier van justitie of een vervolging gaande is.

2. Het bestuursorgaan is niet verplicht de klacht te behandelen indien het belang van de klager dan wel het gewicht van de gedraging kennelijk onvoldoende is.

3. Van het niet in behandeling nemen van de klacht wordt de klager zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen vier weken na ontvangst van het klaagschrift schriftelijk in kennis gesteld. Artikel 9:12, tweede lid, is van overeenkomstige toepassing.”

Artikel 9:23, aanhef en onder c

“De ombudsman is niet verplicht een onderzoek in te stellen of voort te zetten indien:

- c. het belang van de verzoeker bij een onderzoek door de ombudsman dan wel het gewicht van de gedraging kennelijk onvoldoende is.”

2. Vreemdelingencirculaire 2000

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.

(...)

2.2.3.1 Zelfstandige middelen van bestaan

(...)

Zelfstandige inkomsten uit arbeid in loondienst

Als zelfstandige middelen van bestaan in de zin van de Vreemdelingenwet worden aangemerkt inkomsten uit arbeid in loondienst. Naast het loon (salaris, soldij) behoren daartoe tevens:

- vakantiegeld, vakantiebonnen (bouw) en reserveringen (uitzendbranche); (...);

een werknemer zal in veel gevallen netto op een hoger bedrag vakantiegeld uitkomen dan de vakantie-uitkering in de uitkering ingevolge de Wet werk en Bijstand; het kan dus voorkomen dat een werknemer zonder vakantiegeld onder de bijstandsnorm uitkomt, terwijl hij met vakantiegeld wel aan de norm voldoet;

- overwerkvergoeding, onregelmatigheidstoeslag en fooien, mits structureel; (...);

- uitbetaling van een dertiende maand, mits contractueel vastgelegd; en

- loon in natura, mits dit loon structureel is en contractueel vastgelegd; (...).

(...)"

3. 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.