



Rapport

Datum: 21 april 2005

Rapportnummer: 2005/129

Klacht

Verzoeker, een asielzoeker van Afghaanse nationaliteit, klaagt erover dat de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) zijn gemachtigde er niet van op de hoogte heeft gesteld dat hij op 5 januari 2004 aanvullend zou worden gehoord over zijn asielverzoek, waardoor hij zich onvoldoende heeft kunnen voorbereiden op het aanvullend gehoor en hij tijdens dat gehoor niet kon worden bijgestaan door zijn gemachtigde.

Beoordeling

I. Bevindingen

1. Verzoeker diende op 15 januari 2001 een asielverzoek in, dat bij beschikking van 22 augustus 2001 werd afgewezen. Bij uitspraak van 26 november 2003 verklaarde de Vreemdelingenkamer van de rechtbank Den Haag, nevenzittingsplaats Alkmaar, het hiertegen ingestelde beroep gegrond en vernietigde genoemde beschikking. Op 5 januari 2004 werd verzoeker aanvullend gehoord ten behoeve van een nieuw besluit op zijn asielverzoek door een medewerker van de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND).
2. Bij brief van 21 januari 2004 diende verzoekers gemachtigde bij de IND een klacht in tegen de gang van zaken waarbij verzoeker voor het aanvullend gehoor van 5 januari 2004 was uitgenodigd zonder dat de gemachtigde hierover was ingelicht. Hierdoor was verzoeker in zijn belangen geschaad, zo stelde de gemachtigde, aangezien hij niet in de gelegenheid was geweest verzoeker voor te bereiden op en bij te staan tijdens het aanvullend gehoor.
3. Op 10 maart 2004 verklaarde de IND namens de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie de klacht kennelijk ongegrond met de volgende motivering:

"Op 10 december 2003 is een vordering voor een aanvullend gehoor gefaxt naar de Vreemdelingendienst van de woonplaats van betrokkene met het verzoek deze zo spoedig mogelijk aan hem uit te reiken. De vordering van het nader gehoor is tijdig aan betrokkene kenbaar gemaakt. Het mag van hem verwacht worden dat hij, indien hij zijn gemachtigde bij het gehoor aanwezig wenst, hij zelf zijn gemachtigde hierover tijdig inlicht. Het is de Immigratie- en Naturalisatiedienst niet aan te rekenen dat hij dit niet gedaan heeft. Niet valt in te zien dat betrokkene door de gang van zaken rond de planning van het gehoor in zijn belang is geschaad."
4. In reactie op de bij de Nationale ombudsman ingediende klacht bracht de minister naar voren dat gezien de bijzondere omstandigheden van het vreemdelingenrecht de IND asielzoekers vordert voor een aanvullend gehoor via maatregelen van toezicht. Dit gebeurt op grond van de artikelen 54 jo 55 van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000; zie Achtergrond, onder 3.). Die artikelen regarden de asielzoeker persoonlijk en derogeren

op dit punt volgens de minister aan artikel 2:1 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb; zie Achtergrond, onder 1.). Die artikelen richten zich op de vreemdeling in persoon, en kunnen niet worden overgedragen op een gemachtigde. Houdt een vreemdeling zich niet aan die opgelegde verplichting, dan is dat een bij de Vw 2000 strafbaar gesteld feit (artikel 108). Volgens de minister wijkt de regeling in de Vw 2000 op dit punt af van het gestelde in de Awb, aangezien het een afdwingbare verplichting jegens de vreemdeling betreft. Jegens de gemachtigde bestaat geen afdwingbare verplichting. Derhalve kan de bepaling van artikel 2:1 Awb in deze gevallen niet worden toegepast, aldus de minister.

De minister achtte de klachten dan ook ongegrond.

Volgens de minister kan echter de gemachtigde tegelijk met de asielzoeker van het aanvullend gehoor op de hoogte worden gebracht. In de standaardvordering wordt volgens de minister een advies opgenomen om een gemachtigde - zo die bij de IND bekend is - in te lichten. Zowel de vreemdeling als de gemachtigde zijn dan op de hoogte van de plaats en het tijdstip van een gehoor.

II. Beoordeling

5. Het beginsel van fair play houdt voor bestuursorganen in dat zij burgers de mogelijkheid geven hun procedurele kansen te benutten.

Dit beginsel impliceert dat in de asielprocedure, zoals in dit geval met betrekking tot het aanvullend gehoor over een asielverzoek, een asielzoeker de kans dient te krijgen zich te laten bijstaan door een gemachtigde en het bestuursorgaan de gemachtigde - wanneer deze bekend is - ook tijdig hierover informeert.

6. In rapport 2004/086 (zie Achtergrond, onder 4.) heeft de Nationale ombudsman geconcludeerd dat gelet op artikel 2:1 Awb en de Memorie van Toelichting op dit wetsartikel (zie Achtergrond, onder 2.) een belanghebbende (asielzoeker) persoonlijk kan worden opgeroepen voor een aanvullend asielgehoor waarbij zijn persoonlijke aanwezigheid van belang is, echter niet buiten de gemachtigde om.

In verzoekers geval is dit niet anders; bijzondere omstandigheden die een afwijking van voornoemde regel rechtvaardigen, zijn niet gebleken.

7. Anders dan de minister meent, derogeren de artikelen 54 en 55 Vw 2000 niet aan artikel 2:1 Awb. Dit zou slechts anders zijn, wanneer overeenkomstig de wetsgeschiedenis van de AWB in die artikelen expliciet was opgenomen dat die toezichtsartikelen "in afwijking" van de Awb zouden gelden. Dit is niet het geval.

8. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat verzoekers gemachtigde, die als zodanig bekend was bij de IND, persoonlijk op de hoogte diende te worden gesteld van het aanvullend gehoor van verzoeker op 5 januari 2004. Dit had bijvoorbeeld kunnen gebeuren

door de gemachtigde tegelijkertijd een afschrift te sturen van de vordering waarmee verzoeker is opgeroepen om te verschijnen voor het aanvullend asielgehoor.

Door dit na te laten heeft de IND in strijd gehandeld met het beginsel van fair play.

De onderzochte gedraging is niet behoorlijk.

9. Uit het standpunt van de minister komt naar voren dat de minister het oordeel van de Nationale ombudsman over het aanvullend asielgehoor en het persoonlijk informeren van de gemachtigde, zoals neergelegd in rapport 2004/086, naast zich neerlegt. Dit vormt voor de Nationale ombudsman aanleiding om een aanbeveling te doen.

Conclusie

De klacht over de onderzochte gedraging van de Immigratie- en Naturalisatiedienst is gegrond wegens schending van het vereiste van fair play.

aanbeveling

De minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie wordt in overweging gegeven om te bevorderen, bijvoorbeeld door een desbetreffende aanpassing van de Vreemdelingencirculaire, dat wanneer een asielzoeker, van wie de gemachtigde bekend is, wordt opgeroepen voor een gehoor, dat niet buiten zijn gemachtigde om gebeurt.

Onderzoek

Op 13 april 2004 ontving de Nationale ombudsman een verzoekschrift van de heer A. te Dongen, ingediend door de heer mr. M.M. Volwerk, werkzaam bij de Stichting Rechtsbijstand Asiel Amsterdam, met een klacht over een gedraging van de Immigratie- en Naturalisatiedienst, Regionale directie Midden te Arnhem.

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

In het kader van het onderzoek werd 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 Immigratie- en Naturalisatiedienst, Regionale directie Midden en verzoeker de gelegenheid op de door ieder van hen verstrekte inlichtingen te reageren.

Tevens werd de minister het volgende voorgelegd en werd haar een tweetal vragen gesteld:

“In rapport 2004/086 heb ik geconcludeerd dat gelet op artikel 2:1 Algemene wet bestuursrecht (Awb) een belanghebbende (asielzoeker) persoonlijk kan worden opgeroepen voor een aanvullend asielgehoor, echter niet buiten de gemachtigde om. Uit uw reactie kan worden opgemaakt dat u deze opvatting niet volgt, echter zonder dat u dit anders dan met het bovenvermelde (de artikelen 54 en 55 Vw 2000 derogeren aan artikel 2:1 Awb) nader motiveert. Verder is in de brief van 11 mei 2004 (van de Nationale ombudsman; No) gewezen op rapport 2004/086 en is u gevraagd om aan te geven of in dit geval van verzoeker al dan niet sprake was van een uitzondering.

In verband hiermee verzoek ik u dan ook om gemotiveerd aan te geven waarom u het uitgangspunt zoals neergelegd in rapport 2004/086 betreffende het aanvullend gehoor en artikel 2:1 Awb niet volgt. Voorts verzoek ik u de vraag in de brief van 11 mei 2004 te beantwoorden over een mogelijke uitzondering op dit uitgangspunt in verzoekers geval.”

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

De minister voor Vreemdelingen en Integratie deelde mee zich met de inhoud van het verslag te kunnen verenigen.

De gemachtigde gaf binnen de gestelde termijn geen reactie.

Informatieoverzicht

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

1. Brief van de gemachtigde van 13 april 2004 waarbij hij een klacht indient over de klachtafhandeling door de IND bij brief van 10 maart 2004.
2. Reactie op de klacht van de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie van 2 juli 2004.
3. Brief van de Nationale ombudsman van 20 juli 2004 aan de minister met verzoek om een nadere reactie en beantwoording van een tweetal vragen.
4. Nadere reactie en beantwoording van die vragen door de minister bij brief van 20 september 2004.
5. Brief van verzoekers gemachtigde van 24 november 2004 met een reactie op genoemde brieven van de minister.

Bevindingen

Zie onder Beoordeling.

Achtergrond

1. Algemene wet bestuursrecht

Artikel 2:1

"1. Een ieder kan zich ter behartiging van zijn belangen in het verkeer met bestuursorganen laten bijstaan of door een gemachtigde laten vertegenwoordigen.

(...)."

Artikel 9:10

"1. Het bestuursorgaan stelt de klager en degene op wiens gedraging de klacht betrekking heeft, in de gelegenheid te worden gehoord.

2. Van het horen van de klager kan worden afgezien indien de klacht kennelijk ongegrond is dan wel indien de klager heeft verklaard geen gebruik te willen maken van het recht te worden gehoord.

(...)."

2. Memorie van Toelichting bij artikel 2:1 Awb (Parlementaire Geschiedenis Awb I, pagina 166 e.v.)

"In deze bepaling is in de eerste plaats het recht van de belanghebbende om zich in het verkeer met bestuursorganen te laten bijstaan neergelegd. Een belanghebbende kan zich om uiteenlopende redenen genoodzaakt zien, de hulp van een ander in te roepen, wanneer hij in enige procedure met de overheid is gewikkeld.

Vaak, maar niet in alle gevallen, zal daarbij de deskundigheid van de bijstandverlener voorop staan.

(...)

Naast het recht zich te laten bijstaan, is in artikel 2.1(.1) eveneens de regel neergelegd, dat iedere belanghebbende zich in het verkeer met bestuursorganen kan laten vertegenwoordigen. De belanghebbende kan zich door ieder ander laten vertegenwoordigen. In overeenstemming met hetgeen gebruikelijk is in het bestuurs(proces)recht, worden aan de vertegenwoordiger geen bijzondere eisen van deskundigheid of van andere aard gesteld. '

De door de belanghebbende ingeschakelde derde wordt in navolging van de wettelijke regelingen van bestuursprocesrecht aangeduid als gemachtigde.

(...).

De kern van vertegenwoordiging is dat handelingen van de vertegenwoordiger aan de vertegenwoordigde worden toegerekend.

(...)

De bevoegdheid van de belanghebbende om zich te laten vertegenwoordigen brengt met zich dat een bestuursorgaan niet de bevoegdheid heeft om te verlangen dat een belanghebbende persoonlijk, zonder bemiddeling van een gekozen gemachtigde, optreedt. Dat zal in het algemeen ook niet nodig zijn, omdat de rechtsgevolgen van de handelingen van de gemachtigde aan de belanghebbende worden toegerekend.

Soms kan echter een persoonlijk optreden van een belanghebbende gewenst zijn voor het goed voorbereiden van een beslissing. Men denke aan inlichtingen die de persoonlijke omstandigheden betreffen. De bepaling van artikel 2.1(.1) staat er op zichzelf niet aan in de weg dat het bestuursorgaan de belanghebbende in een dergelijk geval persoonlijk oproept, ook al heeft deze een gemachtigde aangewezen. Wel volgt uit de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak (17 december 1979, tB/S, II, nr. 58) en van de Centrale Raad van Beroep (23 april 1965, RSV 1965, n 90) dat dit niet buiten de gemachtigde om mag gebeuren. Zou de belanghebbende weigeren persoonlijk te verschijnen, dan zou het bestuursorgaan daaruit de consequentie kunnen trekken dat een voor de belanghebbende positieve beslissing niet verantwoord is omdat bepaalde essentiële gegevens niet voldoende vaststaan. Maar indien een persoonlijk optreden door het bestuur afgedwongen moet kunnen worden, in die zin dat het niet-verschijnen leidt tot niet-ontvankelijkheid of tot een sanctie, zoals een boete of een strafkorting, zal de formele wetgever daarvoor een regeling dienen te treffen. Dit gebeurt ook wel, bij voorbeeld in artikel 41, tweede lid, van de AWR, inhoudende dat bij het onderhoud tot het verstrekken van mondelinge inlichtingen de belanghebbende, desgevorderd, zijn vertegenwoordiger moet vergezellen.

Het optreden van een gemachtigde heeft tot gevolg dat het contact met de belanghebbende - afgezien van de hierboven besproken persoonlijke oproeping - in beginsel via de gemachtigde verloopt. Een bestuursorgaan dat, wetend dat een gemachtigde is aangesteld, bepaalde stukken niet (tevens) aan deze gemachtigde doet toekomen, kan daarom in strijd met het beginsel van een zorgvuldige voorbereiding handelen (...)

Niet altijd impliceert echter het optreden van een gemachtigde, dat ieder contact tussen bestuursorgaan en belanghebbende uitsluitend via de gemachtigde moet lopen. Veel zal van de omstandigheden afhangen. Zowel de aard van de contacten als de bedoeling van de belanghebbende zijn factoren die hierbij een rol kunnen spelen. Een vaste regel, geldende voor alle fasen van het bestuurlijke proces, is daarom niet te geven. Vooral tijdens de voorbereiding van de beschikking, wanneer velerlei contacten plaatsvinden, zou

een algemene regel zijn doel voorbij schieten. Wel is in hoofdstuk 6 een op de bezwaarschrift- en beroepsprocedure toegesneden regeling opgenomen, die het bestuursorgaan verplicht de stukken in ieder geval aan de gemachtigde te zenden.

De woorden "ter behartiging van zijn belangen" in het eerste lid zijn voor alle duidelijkheid opgenomen om aan te geven dat de bevoegdheid om een raadsman mee te nemen of zich te laten vertegenwoordigen, niet bij alle contacten met het bestuur bestaat. Indien een bestuursorgaan niet een beslissing voorbereidt waarbij de belangen van iemand betrokken zijn, maar bijvoorbeeld een onderzoek instelt naar de kennis, de gezondheid of de eigenschappen van een bepaalde persoon, zoals bij een examen, een medische keuring of een sollicitatie- of beoordelingsgesprek, zal de betrokkene zich niet met een beroep op deze bepaling kunnen laten vertegenwoordigen. De belanghebbende treedt in die gevallen niet op om zijn belangen te behartigen, maar om een onderzoek zoals aangegeven mogelijk te maken. Een examinandus zal daarom aan dit artikel geen recht kunnen ontnemen om een ander in zijn plaats een examen te laten afleggen. Ook in andere gevallen, zoals bij het vervullen van de dienstplicht, is plaatsvervangend uiteraard niet toegestaan. Dit vloeit overigens reeds voort uit het rechtskarakter van vertegenwoordiging, die immers in de eerste plaats ziet op het verrichten van rechtshandelingen. Dit betekent niet dat men zich in al deze gevallen evenmin mag laten bijstaan. Naast de gevallen waarin men zich noch mag doen vertegenwoordigen noch mag laten bijstaan, zijn er situaties dat tegen bijstand geen bezwaar behoeft te bestaan. Te denken is aan de reeds genoemde medische keuring, of aan een optreden voor de commissie van advies inzake gewetensbezwaren militaire dienst.

Ter voorkoming van misverstand zij opgemerkt dat artikel 2.1.1 wel weer aan de orde komt bij eventuele geschillen naar aanleiding van een keuring of een examen. Wanneer de belanghebbende de uitslag daarvan in een procedure bij een bestuursorgaan aanvecht, kan hij zich overeenkomstig het eerste lid van een raadsman of een gemachtigde voorzien."

3. Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000); in werking getreden op 1 april 2001.

Artikel 54

"1. Bij algemene maatregel van bestuur kan ten aanzien van vreemdelingen worden voorzien in een verplichting tot:

(...).

b. het verstrekken van gegevens welke van belang kunnen zijn voor de toepassing van de bij of krachtens deze wet gestelde regels;

(...)."

Artikel 55

“1. De vreemdeling die rechtmatig verblijf geniet op grond van artikel 8, onder f, dient zich, in verband met het onderzoek naar de inwilligbaarheid van de aanvraag om een verblijfsvergunning beschikbaar te houden op een door Onze Minister aangewezen plaats, overeenkomstig hem daartoe door de bevoegde autoriteit gegeven aanwijzingen.”

4. Rapport van de Nationale ombudsman nr. 2004/086 van 17 maart 2004

Rapport 2004/086 behandelt de klacht van een asielzoeker dat zijn gemachtigde niet op de hoogte was gesteld dat een aanvullend asielgehoor zou plaatsvinden.

Blijkens de Memorie van Toelichting (MvT) bij artikel 2:1 Algemene wet bestuursrecht (Awb) heeft het optreden van een gemachtigde tot gevolg dat het contact met de belanghebbende in beginsel via de gemachtigde verloopt.

De MvT maakt echter een uitzondering voor het geval dat een persoonlijk optreden van een belanghebbende gewenst is voor het goed voorbereiden van een beslissing. Genoemd wordt het verstrekken van inlichtingen die de persoonlijke omstandigheden betreffen. Het bestuursorgaan kan in een dergelijk geval de belanghebbende persoonlijk oproepen, ook al heeft deze een gemachtigde aangewezen. Wel volgt volgens de MvT uit de jurisprudentie dat dit, gelet op de mogelijke procesbelangen van de betrokkene, niet buiten de gemachtigde om mag gebeuren.

Gelet op het gestelde in de Memorie van Toelichting bij art. 2:1 Awb deed zich in verzoekers geval de uitzondering voor dat hij persoonlijk kon worden opgeroepen, echter niet buiten de gemachtigde om.

Volgens de minister was de gemachtigde bekend met het plannen van het aanvullend gehoor daar dit aan de Stichting Rechtsbijstand Asiel te Zwolle kenbaar was gemaakt via zogenoemde planlijsten van gehoren en de gemachtigde werkzaam was bij die stichting.

Uit het onderzoek is gebleken dat de planlijsten niet worden aangewend voor het informeren van de gemachtigde van de betrokkene. Alleen wanneer de betrokkene geen gemachtigde heeft, wordt daarin alsnog voorzien.

Nu niet de SRA verzoeker als gemachtigde vertegenwoordigde, had het op de weg van de IND gelegen om te verifiëren of het kenbaar maken door middel van de planlijsten aan de SRA er ook in verzoekers geval toe zou leiden dat zijn gemachtigde op de hoogte werd gesteld, dan wel de gemachtigde rechtstreeks over het aanvullend gehoor van verzoeker in te lichten, bijvoorbeeld door het (doen) zenden van een kopie van de oproep van dat gehoor. Het is niet juist dat dit is nagelaten. De klacht werd op dit punt gegrond verklaard.