

De staatssecretaris van asiel en migratie

p/a Postbus 20301  
2500 EH DEN HAAG

**Datum**

14 december 2022

**Contactpersoon**

**Onderwerp**

voorstel Wet gemeentelijke taak mogelijk maken  
asielopvangvoorzieningen

**Geachte**

Via de internetconsultatie werd de Wetenschappelijke Commissie (WeCo) van de NVvR in kennis gesteld van het wetsvoorstel inzake de gemeentelijke taak voor asielopvangvoorzieningen (ook wel de spreidingswet genoemd). De WeCo was graag eerder en direct (via een gevraagd advies) van dit wetsvoorstel op de hoogte gebracht. Hoewel de termijn van de consultatie is verstreken – die termijn was ook wel erg kort – hecht de WeCo eraan vanuit de beroepspraktijk van rechters en officieren van justitie toch enige op- en aanmerkingen te maken. Deze treft u bij dezen aan.

De WeCo beseft terdege dat het wetsvoorstel een reactie vormt op politieke en maatschappelijke onrust over de opvang van asielzoekers, en moet worden gesitueerd in het bredere kader van het – vaak verhitte en gepolariseerde debat over – migratiebeleid. Mede daarom is de WeCo terughoudend met het maken van inhoudelijke opmerkingen over het wetsvoorstel. Zij zal zich in dit advies concentreren op enkele onderwerpen met algemeen-bestuursrechtelijke implicaties, en dan vooral de manier waarop is voorzien in rechtsbescherming.

**Opvang van asielzoekers**

De WeCo erkent dat Nederland verplicht is om zorg te dragen voor de opvang van asielzoekers, dit zijn: personen die recht hebben op opvang terwijl over hun aanvraag – om verlening een verblijfsvergunning vanwege gevaar voor vervolging – nog geen definitieve beslissing is genomen. De WeCo benadrukt dat die verplichting niet alleen voortvloeit uit inter- en supranationaal recht, maar ook uit een *humanitaire* verantwoordelijkheid. Daarom ligt het in de rede om de uitvoering van de opvangplicht evenwichtig over alle gemeenten te verdelen. Hierbij is het zaak te voorkomen dat asielzoekers voortdurend moeten verhuizen, zeker als het gaat om schoolgaande kinderen. Kinderen zijn immers extra kwetsbaar en

hebben extra last van verhuizingen, aangezien dit gepaard gaat met de noodzaak om van school te veranderen.

De WeCo signaleert dat het voor zowel de omvang van de opvangopgave als het voorkomen van verhuizingen van wezenlijk belang is dat de procedure over het beslissen op asielaanvragen snel en zorgvuldig verloopt. Om die reden moeten de IND en de rechtspraak structureel beschikken over voldoende middelen voor het respectievelijk behandelen van de aanvragen en beoordelen van (hoger) beroepen tegen afwijzende besluiten. Verder behoort te worden gezorgd voor voldoende en kwalitatief goede rechtsbijstand van asielzoekers, en voor een effectief terugkeerbeleid voor wie geen recht heeft op verblijf in Nederland. Ook is van belang dat degenen die een verblijfsvergunning hebben gekregen (statushouders) snel reguliere huisvesting krijgen, zodat zij de opvang niet (uiteraard ongewild) 'verstoppert'.

### **Verdeling van asielzoekers onder regie van het Rijk**

Het gegeven dat de verplichting tot het opvangen van asielzoekers rust op de Nederlandse staat, maakt de keuze voor regie door het Rijk logisch. Die regie krijgt gestalte door zogeheten verdeelbesluiten die de minister van Justitie en Veiligheid (hierna: de minister) neemt. Zie artikel 5, eerste lid:

“Onze Minister neemt eens in de twee jaren voor 1 september van het kalenderjaar volgend op het in de artikelen 2 en 3 bedoelde kalenderjaar een besluit, per provincie, waarin het minimaal aantal vereiste opvangplaatsen, bedoeld in artikel 3, voor de duur van twee daarop volgende kalenderjaren voor asielzoekers over de in het besluit aangewezen gemeenten worden verdeeld.”

#### *Rol van de provincies*

Aan de verdeling van asielzoekers over de gemeenten gaat een verdeling over de provincies vooraf; zie artikel 3. De WeCo vindt die systematiek verstandig. Op deze manier wordt namelijk benadrukt dat het spreiden van de opvang van asielzoekers een verantwoordelijkheid van alle bestuurslagen – Rijk, provincies en gemeenten – is. De WeCo vraagt zich echter af welke juridische status het 'provincieverdeelbesluit' van de minister heeft.

Volgens artikel 3 wordt de verdeling van de quota over de provincies vastgesteld bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (amvb). Die formulering wijst erop dat het provincieverdeelbesluit sowieso een algemeen verbindend voorschrift is, ook als de minister dit besluit neemt. In dat geval is bestuursrechtelijk beroep – en bezwaar – tegen het provincieverdeelbesluit hoe dan ook uitgesloten, gelet op artikel 8:3, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb.

De toelichting, p. 12, duidt echter op de mogelijkheid tot het nemen van zogeheten 'concretiserende besluiten van algemene strekking' die zijn te vergelijken met verdeelbesluiten als bedoeld in artikel 5, eerste lid. In dat geval is het nog maar de vraag of dat besluit niet appellabel is, mede omdat het voor de WeCo niet meteen duidelijk is waarom het slechts om een 'indicatief' besluit zou gaan waaruit geen rechtsgevolgen voortvloeien (bedoeld zal zijn: dat niet is gericht op rechtsgevolg in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb), zoals op p. 12 wordt gesuggereerd.

Daarom vraagt de WeCo de staatssecretaris om opheldering, bij voorkeur in de tekst van het wetsvoorstel. In dit kader wijst de WeCo op haar beschouwingen onder het kopje 'Rechtsbescherming tegen het verdeelbesluit'.

### *Rol van de gemeenten*

Vervolgens vindt op grond van artikel 5 de verdeling van de asielzoekers over de gemeenten plaats. Dat betekent, gelet op de artikelen 6 en 7, dat de gemeenten verplicht zijn mee te werken aan het vestigen van opvanglocaties door het COA. De kern van die verplichting is te vinden in artikel 7: het binnen zes maanden verlenen van omgevings- en andere vergunningen voor het in gebruik nemen van de benodigde locaties (eerste lid), eventueel met behulp van wijziging van het ter plaatse geldende bestemmingsplan of een daarmee gelijk te stellen besluit (tweede lid).

Als een gemeente – lees: het college van burgemeester en wethouders (vergunning) en/of de gemeenteraad (bestemmingsplan) – haar taak op dit punt niet naar behoren verricht (in de zin van artikel 124, eerste lid, van de Gemeentewet), kan de minister ingrijpen, door de vereiste besluiten in plaats van het college van burgemeester en wethouders en/of de gemeenteraad te nemen. Het wetsvoorstel voorziet daarin door wijziging van – de lijst als bedoeld in – artikel 124b van de Gemeentewet. Overigens leidt de WeCo uit de toelichting, p. 2 en 15, af dat het begrip ‘niet naar behoren’ moet worden uitgelegd als: op voorhand weigeren om ‘legaliserende besluiten’ te nemen. Hierbij neemt de WeCo in aanmerking dat een gemeente geen invloed heeft op juridische stappen van omwonenden en andere belanghebbenden tegen omgevingsrechtelijke besluiten, en dat ook tegen een vervangend besluit van de minister rechtsmiddelen openstaan.

De WeCo adviseert de staatssecretaris om dit in de definitieve memorie van toelichting buiten twijfel te stellen.

De WeCo heeft begrip voor het creëren van een bevoegdheid van de minister tot het nemen van de zojuist aangeduide omgevingsrechtelijke besluiten. De WeCo rekent erop dat van die bevoegdheid slechts spaarzaam gebruik zal worden gemaakt. Ten eerste: aan het nemen van een verdeelbesluit gaat een intensief interbestuurlijk overleg vooraf, en dit moet voldoende zijn om te waarborgen dat bij die verdeling rekening wordt gehouden met lokale belangen (en emoties) die de gemeentebesturen en -raden behartigen. Ten tweede: behoud van de gemeentelijke autonomie behoort een uitgangspunt te blijven, zoals in de toelichting (p. 8) – terecht – met klem is gesteld.

In dat kader plaatst de WeCo een kanttekening. Gedwongen medewerking aan een evenwichtige spreiding van opvangplekken voor asielzoekers is een noodmaatregel die naar haar aard tijdelijk is, althans behoort te zijn. De daarbij behorende bevoegdheden zouden dezelfde strekking moeten krijgen. Bezien vanuit die invalshoek, ligt de bevoegdheid tot ‘plaatsvervangende’ wijziging van een bestemmingsplan minder voor de hand. Ten eerste en vooral: de wijziging van een bestemmingsplan heeft een duurzaam karakter. Ten tweede en bovendien: door het zelf vaststellen van een bestemmingsplan zet de minister een democratisch gekozen orgaan voor langere tijd buitenspel.

Daarom adviseert de WeCo de staatssecretaris om de in deze paragraaf besproken bevoegdheid te beperken tot het verlenen van een ‘bouwvergunning’ (artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wabo) en een ‘afwijkingvergunning’ (art. 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wabo) voor de duur van maximaal tien jaren (vgl. art. 4, onderdeel I I, van bijlage II die behoort bij het Besluit omgevingsrecht) – althans om in de definitieve memorie van toelichting te onderbouwen waarom het kunnen vaststellen van een ‘plaatsvervangend’ bestemmingsplan geschikt, noodzakelijk en evenwichtig is.

De WeCo merkt nog op dat een gemeente niet hoeft te zorgen voor het verlenen van omgevingsvergunningen en/of het vaststellen van bestemmingsplannen, als daar – ten tijde

van het nemen van het verdeelbesluit – al voldoende opvanglocaties van het COA in gebruik zijn om het aan de gemeente toebedeelde quotum asielzoekers te kunnen opvangen. In zo'n situatie lijken voor gemeenten ook overigens geen rechtsgevolgen uit een verdeelbesluit voort te vloeien. Ter vermijding van misverstanden voegt de WeCo daaraan toe dat een verdeelbesluit als bedoeld in artikel 5, eerste lid, wel op een rechtsgevolg is *gericht* – en dus te allen tijde moet worden aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb.

#### *Interbestuurlijk overleg en financiële prikkels*

De WeCo constateert dat de werkelijke verdeling van de opvang-opgave over de gemeenten tot stand komt in intensief interbestuurlijk overleg – via de 'Landelijke Regietafel' en de 'Provinciale Regietafels' – met de besturen van de provincies en de gemeenten. Dat verkleint de kans op ministeriële dwang bij het ter beschikking stellen van opvangplekken aan het COA, en op ministeriële 'doorzettingsmacht' als bedoeld in de artikelen 124 en 124b van de Gemeentewet.

Daarbij helpt misschien dat gemeenten mogelijkwijs een financiële bijdrage krijgen voor het structureel aanbieden van opvangcapaciteit. De WeCo vraagt zich af of zo'n 'bonus' – die een gemeente naar eigen inzicht kan besteden, dus ook aan andere zaken dan zorg voor asielzoekers – niet beter kan worden gebruikt voor het faciliteren van gemeenten bij de opvang, mede ter voorkoming van problemen rondom aantasting van de openbare orde.

#### **Rechtsbescherming tegen het verdeelbesluit**

De WeCo heeft hiervoor al gewezen op enige onduidelijkheid over beslissingen als bedoeld in artikel 3. De WeCo heeft ook een aantal opmerkingen over het verdeelbesluit als bedoeld in artikel 5.

Op p. 6 van de toelichting wordt volstaan met de enkele mededeling dat tegen het in artikel 5 bedoelde verdeelbesluit de rechtsmiddelen uit de Awb open staan. Dat lijkt de WeCo als constatering correct: het betreft een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan (de minister van Justitie en Veiligheid) die is gericht op publiekrechtelijke rechtsgevolgen (die nader worden omschreven in de artikelen 6 en 7). Meer precies is het een (concretiserend) besluit van algemene strekking.

Vervolgens constateert de WeCo dat in het wetsvoorstel geen enkele aandacht is besteed aan de potentiële gevolgen van de gekozen constructie voor de (bestuurs-)rechtspraak en het interbestuurlijk toezicht. De toelichting, de IAK en de effectentoets zwijgen hierover. De WeCo ervaart dit als een serieus gemis, en legt hierna uit waarom.

#### *Geschillen tussen overheden niet bij de (bestuurs)rechter*

De WeCo is in zijn algemeenheid van mening dat geschillen tussen overheden – zowel bestuursorganen (college van burgemeester en wethouders; minister van Justitie en Veiligheid; enz.) als publiekrechtelijke rechtspersonen (gemeente; Rijk; enz.) – niet thuishoren bij de bestuursrechter. Naar de overtuiging van de WeCo behoren dergelijke geschillen te worden beslecht binnen de bestuurlijke kaders zoals neergelegd in titel 10.2 van de Awb. In het verlengde daarvan vindt de WeCo dat de bestuursrechter niet mag worden ingezet als instantie die gebreken bij de effectuering van interbestuurlijk toezicht als het ware moet compenseren. De bestuursrechter heeft tot taak om burgers te beschermen tegen (de gevolgen van) onrechtmatig overheidsoptreden, en niet tevens om overheden te beschermen tegen elkaar. Dat geldt zeker bij onenigheid over politiek beladen kwesties zoals de opvang van asielzoekers.

Op basis van het vorenstaande vraagt de WeCo zich af of het wenselijk is een beslissing zoals een verdeelbesluit *überhaupt* vatbaar voor reguliere rechtsbescherming te laten zijn. De WeCo verzoekt de staatssecretaris dan ook om diens keuze op dit punt in de definitieve memorie van toelichting uitdrukkelijk toe te lichten

*Een lange keten: bezwaar, beroep en hoger beroep*

Nu het gaat om een besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Awb, kunnen belanghebbenden bezwaar maken bij de minister (artikel 8:1 van de Awb, in samenhang met artikel 7:1, eerste lid, van de Awb) en tegen diens beslissing op bezwaar beroep instellen (artikel 8:1 van de Awb) bij de rechtbank (artikel 8:6, eerste lid, van de Awb) binnen het rechtsgebied waar de eisende partij haar woonplaats heeft (artikel 8:7, tweede lid, van de Awb), dat zijn dus alle rechtbanken. Bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) is hoger beroep mogelijk (artikel 8:105, eerste lid, van de Awb).

In ieder geval drie aspecten vragen om een nadere uitleg.

*Ten eerste: de duur van de rechtsbeschermingsprocedure*

Een procedure in drie instanties kan enige jaren in beslag nemen voordat definitieve duidelijkheid bestaat over de rechtmatigheid van het verdeelbesluit, gezien de termijn voor het behandelen van achtereenvolgens het bezwaar, het beroep en het hoger beroep. Dat vindt de WeCo niet wenselijk, gezien de noodzaak tot snel en adequaat bestuurlijk optreden om mensonwaardige situaties te voorkomen op het moment dat het aantal asielzoekers plotseling sterk stijgt. De onthutsende beelden van bivakkerende asielzoekers in de buurt van AZC Ter Apel staan eenieder nog helder voor de geest.

Procedures bij een bestuursrechter komen nog sneller in beeld als de minister – op grond van artikel 5, derde lid, van het voorstel – het aanwijzingsbesluit tussentijds wijzigt (waarschijnlijk wegens een forse extra toestroom van asielzoekers waarmee aanvankelijk geen rekening was gehouden), terwijl dan juist spoed extra geboden zal zijn.

Een complicatie is ook nog dat verschillende belanghebbenden tegelijkertijd bij meer rechtbanken beslissingen op bezwaar over hetzelfde verdeelbesluit vanwege de hierboven genoemde competentieregels kunnen aanvechten. Er is ook geen voorziening getroffen om te waarborgen dat meer bezwaarschriften tegen één verdeelbesluit gezamenlijk worden behandeld en in één beslissing op bezwaar worden beslist.

Een en ander zal de slagvaardigheid en effectiviteit van deze spreidingswet niet ten goede komen, juist niet als de nood aan opvangcapaciteit het hoogst is.

*Ten tweede: de kring van bezwaar- en beroepsgerechtigden*

Evenmin is in de toelichting enige aandacht besteed aan de vraag wie als belanghebbende als bedoeld in artikel 1:2 van de Awb bij de verdeelbesluiten op grond van artikel 5 van het voorstel valt te kwalificeren.

In ieder geval is dat een college van burgemeester en wethouders (college) dat wordt geconfronteerd met verplichtingen als bedoeld in de artikelen 6 en 7 van het voorstel. Maar hoe zit het met colleges en burgemeesters van omliggende gemeenten? Als die bestuursorganen vrezen voor aantasting van de openbare orde door de komst van asielzoekers 'bij de burens', kunnen zij misschien met vrucht betogen 'de aan hun toevertrouwde belangen' – zie artikel 1:2, tweede lid, van de Awb – in het geding zijn.

Naar verwachting zijn de individuele burgers van een gemeente met een quotum geen belanghebbenden. Inwoners van een gemeente met een opvangquotum onderscheiden zich pas als belanghebbenden als zij de uitstralingseffecten van een locatie kunnen ondervinden waarover een besluit op grond van artikel 7 wordt genomen. De vergunningverlening en ruimtelijke inpassing van een nieuwe opvanglocatie, als die nodig is omdat een gemeente nog onvoldoende opvangcapaciteit heeft om het toebedeelde quotum te kunnen opvangen, blijft immers afhankelijk van die, appellabele, besluiten van gemeenteraden en colleges van burgemeester en wethouders (een bevoegdheid die de minister zo nodig kan uitoefenen op grond van artikel 124b van de Gemeentewet). De werkelijke bepaling van de opvanglocaties blijft dus aan de gemeentelijke overheid en is geen rechtsgevolg van het verdeelbesluit.

Toch is het belanghebbende-begrip van artikel 1:2 van de Awb dynamisch, zodat niet met zekerheid valt te zeggen wie belanghebbende is bij een verdeelbesluit. Dat betekent ook dat zich in bezwaar allerlei personen kunnen melden wier bezwaren niet-ontvankelijk worden verklaard, waartegen vervolgens wel weer (hoger) beroep openstaat.

Verder kan de rechtmatigheid van een verdeelbesluit in de zin van artikel 5 ook worden betwist door een rechtspersoon die statutair collectieve of algemene belangen behartigt en – via artikel 1:2, derde lid, van de Awb – wellicht als belanghebbende moet worden aangemerkt. Zowel rechtspersonen die zich tegen de opvang willen keren als rechtspersonen (bijvoorbeeld Vluchtelingenwerk Nederland) die zich juist inspinnen voor het opvangen van meer asielzoekers zouden dus bijvoorbeeld het verdeelbesluit kunnen aanvechten met het argument dat Nederland nog steeds niet voldoet aan normen die liggen besloten in supranationale verdragen.

*Ten derde: rechter moet zich mengen in interbestuurlijke verhoudingen*

Nog afgezien van particulieren die mogelijk ontvankelijk zijn in bezwaar en (hoger) beroep, blijkt uit het voorgaande dat de bestuursrechter mogelijk interbestuurlijke conflicten tussen bestuursorganen van verschillende bestuurslagen moet beslechten. Nog los van de vraag of dat de taak is van de bestuursrechter, die juist geacht wordt rechtsbescherming te bieden aan burgers tegen de overheid, is het spektakel van bestuursorganen die elkaar bij de rechter bekampen over de opvang van vluchtelingen een schouwspel dat het vertrouwen in de werking van de overheid niet zal bevorderen.

### **Conclusie: herbezinning**

Naar de overtuiging van de WeCo vergen de zojuist geschetste feiten en omstandigheden – zeker als deze in onderlinge samenhang worden beschouwd – tot een principiële (her)bezinning over de vraag of aanwijzingsbesluiten *überhaupt* vatbaar voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming zouden moeten zijn. De WeCo is dan ook van mening dat niet valt te ontkomen aan een gedegen onderbouwing van de keuze om verdeelbesluiten onderwerpen van bezwaar, beroep en hoger beroep te laten zijn.

De WeCo kan zich (primair) voorstellen dat verdeelbesluiten een plaats krijgen in artikel 1 van de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak (bijlage 2 bij de Awb, mede op grondslag van artikel 8:5), ook wel bekend als de ‘negatieve lijst’. Bovendien komt, zoals al gememoreerd, het verdeelbesluit tot stand in uitgebreid overleg tussen Rijk, provincies en gemeenten, waardoor in principe geen geschillen zouden moeten ontstaan die voor de rechter worden uitgevochten. Als de verantwoordelijke bestuursorganen van de drie bestuurslagen er onderling niet uitkomen en er toch een rechter aan te pas moet komen, is de toepassing van artikel 124b van de Gemeentewet wellicht het geëigende aangrijpingspunt.

De WeCo realiseert zich natuurlijk dat altijd de gang naar de gewone (burgerlijke) rechter openstaat. Uit artikel 6 van het EVRM volgt immers dat altijd rechtsbescherming mogelijk moet zijn en in het Nederlandse stelsel is dat gewaarborgd door de burgerlijke rechter als restrechter altijd bevoegd te maken. Maar de drempel om een procedure bij de burgerlijke rechter te entameren is aanzienlijk hoger dan de procedure bij de bestuursrechter.

Subsidiair acht de WeCo denkbaar dat belanghebbenden tegen verdeelbesluiten slechts rechtstreeks beroep bij de Afdeling kunnen instellen (artikel 2 van de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak), eventueel zonder mogelijkheid tot het maken van bezwaar (Regeling rechtstreeks beroep; bijlage I bij de Awb). Het verdeelbesluit kent een zeer uitgebreide bestuurlijke voorbereiding, zo blijkt uit de toelichting. Dan ligt een bezwaarprocedure niet erg voor de hand en zal die ook weinig zin meer hebben. Ook het bij wet inperken van de kring van beroepsgerechtigden behoort tot de mogelijkheden.

Overigens vereisen ook die keuzen een gedegen onderbouwing.

### **Ten slotte**

De WeCo kan zich vinden in de grondgedachte van het wetsvoorstel. Wel adviseert zij de staatssecretaris om zich kritisch te (her)bezinnen op de keuze om de verplichting tot opname van extra asielzoekers neer te leggen in een 'gewoon' Awb-besluit waartegen voor elke belanghebbende bezwaar, beroep bij diverse rechtbanken en hoger beroep bij de Afdeling openstaat.

De WeCo adviseert de staatssecretaris verder om over het resultaat van de (her)bezinning verantwoording af te leggen in een gedegen onderdeel van de definitieve memorie van toelichting.

De Wetenschappelijke Commissie van de NVvR,

voorzitter