

Wanneer een staat een visum weigert namens een andere staat

Vertegenwoordigingsafspraken in het EU-visumbeleid en het recht op effectieve rechtsbescherming

60

E.R. Brouwer*

Op grond van de Visumcode kunnen lidstaten elkaar vertegenwoordigen bij de weigering van een visumaanvraag.

Hierbij is onduidelijk in welke lidstaat tegen een weigering kan worden geprocedeerd. Volgens Nederlandse rechtspraak is dat in de vertegenwoordigende lidstaat. Deze uitleg is in strijd met het grondrecht op een effectief rechtsmiddel en algemene beginselen van bestuursrecht. Auteur bepleit een transparante en duidelijke regeling, en zolang deze ontbreekt, prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

I. Inleiding

De besluitvorming van staten over de toelating van vreemdelingen op hun grondgebied wordt gekenmerkt door een oud dilemma. Enerzijds willen staten de toegang zo eenvoudig mogelijk maken voor personen die vanwege economische belangen welkom zijn. Anderzijds trachten diezelfde staten illegale immigratie tegen te gaan en de binnenkomst van zogenaamde ‘ongewenste vreemdelingen’ te voorkomen. Deze ambiguïteit is ook zichtbaar op EU-niveau, waar maatregelen worden genomen enerzijds ter bevordering van mobiliteit naar en binnen de EU-lidstaten, en anderzijds ter bestrijding van illegale immigratie.¹ Een belangrijk instrument van staten om de toegang en toelating van personen op hun grondgebied te controleren, is het visum. Een visum is een door een staat afgegeven bewijs waarmee een visumplichtige reiziger vooraf toestemming krijgt om het grondgebied van die staat binnen te reizen. Ter verkrijging van dat visum dient de aanvrager in het land van herkomst aan te tonen dat

hij of zij voldoet aan de door de staat gestelde voorwaarden. De regels inzake de visumverlening voor kort verblijf (niet langer dan drie maanden) zijn op EU-niveau neergelegd in de Verordening (EG) 810/2009 of de Visumcode.² Ook zijn gemeenschappelijke lijsten vastgesteld met daarin landen waarvan de onderdanen visumplichtig zijn (zogenaamde ‘zwarte lijsten’) of van de visumplicht zijn vrijgesteld (‘witte lijsten’).³ Een praktisch probleem voor visumplichtige migranten die naar de EU willen komen, betreft de bereikbaarheid van consulaten. Doordat lidstaten niet in alle derde staten zijn vertegenwoordigd, of in grote staten slechts beperkt, moeten personen vaak duizenden kilometers reizen om een visum aan te vragen. Om de consulaire dienstverlening in het buitenland te verbeteren, werken lidstaten, aangemoedigd door de Europese Commissie, op dit gebied samen.⁴ Op basis van de Visumcode mogen lidstaten in bilaterale afspraken elkaar machtigen elkaars visumaanvragen te behandelen. Afhankelijk van de gesloten overeenkomst kan de vertegenwoordigende staat niet alleen een visum namens de vertegenwoordigde staat verstrekken, maar ook weigeren. De vraag is tegen welke staat een aanvrager moet procederen wanneer een staat namens een andere staat een visum weigert. Is dat de staat die de beslissing neemt, dus de vertegenwoordigende staat, of de staat waar de aanvrager naartoe wil, dus de vertegenwoordigde staat? In de procedures die tot nu toe in Nederland zijn gevoerd, stelt de Nederlandse overheid (daarin gesteund door de rechtspraak) zich op het standpunt dat de aanvrager in de staat die namens Nederland het besluit heeft genomen, een rechtsmiddel moet indienen. Dit betekent dat wanneer bijvoorbeeld een visum door een Frans consulaat is geweigerd, de aanvrager in Frankrijk moet procederen. De aanvrager wordt daarbij verondersteld de geldende procesregels, zoals beroepstermijnen en taal van de vertegenwoordigende staat, te kennen. In veel gevallen zal

* Mr. Evelien R. Brouwer is hoofddocent bij de sectie Migratierecht, VU Amsterdam. Met dank aan Kees Groenendijk, Pieter Boeles en Louis Middelkoop voor alle informatie, maar ook de gedachtewisseling tijdens het schrijven van deze bijdrage. Deze bijdrage maakt deel uit van haar NWO-Veni-onderzoek naar wederzijds vertrouwen in het EU-migratierecht.

1 Dit blijkt ook uit de rede van de in het najaar 2014 aangetreden eurocommissaris van Migratie, Binnenlandse Zaken en Burgerschap, Dimitri Avramopoulos, Rome 10 november 2014, Speech/14/1601. Hierin benadrukt hij enerzijds de noodzaak van strenge migratie- en grenscontrole en spreekt in termen van ‘vermijden’ en ‘uitwissen’ van het aan mensensmokkel ten grondslag liggende verdiensysteem, en wil hij anderzijds legale migratie bevorderen door een ‘aantrekkelijke, verwelkomende omgeving te scheppen voor migranten’.

2 Verordening (EG) 810/2009, *PbEU* 2009, L 243, 15 september 2009.

3 Verordening (EG) 539/2001, *PbEG* 2001, L 81, 21 maart 2001.

4 Zie bijvoorbeeld het rapport *A Smarter Visa Policy for Economic Growth*, COM(2014)165 van 1 april 2014.

de aanvrager echter geen contacten in de vertegenwoordigende staat hebben, waardoor procederen in die staat niet vanzelfsprekend is. Deze contacten zijn er meestal wel in de vertegenwoordigde staat of staat van bestemming; zoals te bezoeken gezinsleden of bedrijven of organisaties die de aanvrager hebben uitgenodigd.⁵ Daarnaast gaat het genoemde standpunt ervan uit dat de nationale rechter van de vertegenwoordigende staat, op gelijke wijze als de rechter van de te bezoeken staat zelf, in staat is het afwijzende besluit wat namens de te bezoeken staat is genomen, effectief te toetsen. Het vraagstuk met betrekking tot in welke lidstaat moet worden geprocedeerd, is niet beperkt tot Nederland. Ook in andere lidstaten wordt ervan uitgegaan dat wanneer een visum wordt geweigerd door een andere lidstaat, de visumaanvrager in de vertegenwoordigende staat in beroep moet gaan.⁶

De bilaterale afspraken inzake visumvertegenwoordiging illustreren bovendien een probleem wat aan meerdere samenwerkingsvormen in de Europese Unie op het gebied van vrijheid, veiligheid en justitie ten grondslag ligt: een spanning tussen wederzijds vertrouwen tussen lidstaten enerzijds en het recht op effectieve rechtsbescherming van individuen, zoals beschermd in artikel 47 EU-Handvest, anderzijds. Het Unierecht biedt hier een basis voor vergaande en in de toekomst mogelijk verplichte samenwerking tussen lidstaten, zonder dat de onderliggende normen zijn geharmoniseerd en de onderlinge competenties van autoriteiten en de toetsende rol van nationale rechters goed zijn geregeld. Het belang van een effectieve rechtsbescherming blijkt met name wanneer eerdere visumweigeringen als contra-indicatie worden gebruikt bij volgende visumaanvragen. Wordt een onrechtmatige visumweigerings niet gecorrigeerd, dan zal deze, ook door het gebruik van hierna te bespreken informatiesystemen, volgende aanvragen blijvend negatief beïnvloeden op basis van het zogenaamd vestigingsgevaar van de aanvrager.

In deze bijdrage zal ik aanvoeren dat zolang geen sprake is van een geharmoniseerd visumbeleid en gelijkwaardige rechtsbescherming in de lidstaten, de hier besproken uitleg in strijd is met artikel 47 EU-Handvest, maar ook met het doel van de Visumcode, namelijk bevordering van legale migratie en eerbiediging van grondrechten. Daarnaast zal ik aanvoeren dat in de huidige rechtspraak weinig consequent wordt omgegaan met de verhouding tussen nationaal bestuursrecht en Europees recht. In de volgende paragrafen volgt eerst een schets van het alge-

mene kader van de voorwaarden en procedures inzake visumaanvragen zoals die zijn neergelegd in de Visumcode. Vervolgens bespreek ik de in de Visumcode voorziene bevoegdheid van bilaterale vertegenwoordiging, de overeenkomsten die Nederland met andere lidstaten heeft gesloten en Nederlandse jurisprudentie hierover. Na een bespreking van de verschillende standpunten over de besproken praktijk, zoals een briefuitwisseling tussen de Nationale ombudsman en de Minister van Buitenlandse Zaken, volgt een korte analyse van het in 2014 ingediende voorstel van de Europese Commissie tot herziening van de Visumcode. Ten slotte ga ik in op de betekenis van het recht op effectieve rechtsbescherming in artikel 47 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: EU-Handvest) en het grondrecht op behoorlijk bestuur zoals neergelegd in artikel 41 EU-Handvest.

2. Het Schengenvisum

Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht in 1993 werd een communautaire bevoegdheid gecreëerd om regels op te stellen inzake een eenvormig visum en gemeenschappelijke visumlijsten.⁷ In 1995 werd in een verordening van 1995 vastgelegd van welke staten de onderdanen een visum nodig hebben om de buitengrenzen te overschrijden.⁸ Hierbij gaat het om een visum voor kort verblijf of een verblijf van maximaal drie maanden. Op de lijst met visumplichtige landen (ook zwarte lijsten genoemd) staan tegenwoordig meer dan 120 staten, waaronder Rusland, Libië, Iran, Irak, Turkije, Zuid-Afrika, Peru en alle Afrikaanse landen. Onderdanen van bijvoorbeeld de Verenigde Staten, Canada, Chili, Israël, maar ook Japan, Zuid-Korea en Singapore staan op de zogenaamde 'witte lijst' en zijn vrijgesteld van de visumplicht. De vaststelling van visumplichtige landen is gebaseerd op overwegingen van internationale betrekkingen, interne veiligheid en bestrijding van illegale immigratie.⁹ Op basis van deze gronden worden de lijsten regelmatig aangepast. Zo is in 2009 en 2010 de visumplicht opgeheven voor de westelijke Balkanstaten.¹⁰ In 2014 is Moldavië van de lijst visumplichtige staten gehaald om de toegang van de personen van dat land tot de EU te faciliteren in

- 5 Zie annotatie Pieter Boeles bij de uitspraak Rb. Den Haag 3 april 2013, *JV* 2013/242; Evelien Brouwer, *Waarom een Nigeriaan in België in beroep moet tegen de afwijzing van zijn Nederlandse visumaanvraag*, 25 februari 2014, <http://verblijfblog.nl> en Gerd Westendorp, 'Mag een beroep tegen weigering van een Schengenvisum bij de Franse IND worden ingediend in de Engelse taal?', *A&MR* 2014, afl. 7, p. 303-304.
- 6 Een algemene inventarisatie van de praktijk in de lidstaten ontbreekt tot nog toe, echter deze uitleg kan voor België worden afgeleid uit de uitspraak Raad voor de Vreemdelingenbetwistingen, 28 september 2010, nr. 48646, via www.rvv-ccf.be, voor Frankrijk uit de uitspraak van de Conseil du Contentieux des Etrangers van 14 januari 2014, arrêt no. 116 847 en voor Denemarken uit de informatie op de overheidswebsite over visumbeleid: <http://um.dk/en/travel-and-residence/short-stay-visas/where-denmark-is-represented-by-another-schengen-country/>.
- 7 Artikel 100c van het oude EG-Verdrag. Pas met het Verdrag van Amsterdam van 1997 werden alle overige aspecten van het visumbeleid gecommunautariseerd.
- 8 Verordening (EG) 2317/95 van 25 september 1995, inwerkingtreding 3 april 1996, *PbEG* 1995, L 234, vervangen door Verordening (EG) 539/2001, *PbEG* 2001, L 81/3, 21 maart 2001, welke verordening later regelmatig is aangepast. Zie voor een geschiedenis van het Europese visumbeleid: Elspeth Guild, 'The Border Abroad. Visas en Border Controls', in: Kees Groenendijk, Elspeth Guild & Paul Minderhoud, *In Search of Europe's Borders*, The Hague/New York: Kluwer Law International 2003.
- 9 Preamble 5 in de Verordening (EG) 539/2001, *PbEG* 2001, L 81, 21 maart 2001.
- 10 Dit zijn de Voormalige Joegoslavische Republiek, Macedonië, Servië, Albanië, en Bosnië en Herzegovina, zie het recente Commissie-verslag over de gevolgen van deze visaliberalisering, 25 februari 2015, COM(2015)58.

het kader van het Oostelijk Partnerschap programma.¹¹ Op basis van het reciprociteitsbeginsel van heeft de EU met diverse derde staten, zoals de Verenigde Staten en Canada, verdragen gesloten waarbij de onderlinge visumplicht werd opgeheven. Met betrekking tot Canada ontstond hierbij in 2009 een probleem toen deze staat alleen voor Tsjechië opnieuw de visumplicht invoerde als reactie op de komst van Roma die in Canada asiel aanvroegen. Na intensieve onderhandelingen werd eind 2013 een algemene handelsovereenkomst tussen de EU en Canada gesloten en tegelijkertijd de betreffende Canadese visumplicht weer ingetrokken.¹²

Voor de vraag of van een visumaanvrager een mogelijk immigratie- of veiligheidsrisico uitgaat, wordt met name gekeken naar diens land van herkomst.¹³ Deze categoriale benadering, gebaseerd op het zogenaamde 'landenrisico'-beleid, staat echter steeds meer ter discussie. Enerzijds zijn er twijfels over de effectiviteit om uitsluitend op basis van de nationaliteit het risico ten aanzien van interne veiligheid of illegale immigratie van een migrant te 'meten'. Anderzijds is het de vraag of, mede in het licht van het discriminatieverbod, er voldoende rechtvaardigingsgronden zijn voor het scherpe onderscheid op basis van nationaliteit tussen 'risicovolle' reizigers en 'risicoloze' reizigers.¹⁴ Verschillende lidstaten bepleiten een meer individuele benadering waarin het risico dat van de persoon zelf uitgaat, centraal staat.¹⁵ Begin 2014 stelt de Europese Commissie daarom voor om onderzoek te doen naar een gemeenschappelijk visumbeleid wat meer op individuele beoordeling is gebaseerd dan op nationaliteiten.¹⁶ De toepassing van databestanden in het kader van migratiecontrole, zoals het Visum Informatie Systeem (VIS), het Schengen Informatie Systeem (SIS) en bij vluchten passagiersgegevens, zou een dergelijke individuele aanpak vergemakkelijken.¹⁷ Echter ook een meer persoonsgerichte inreiscontrole kan leiden tot stelselmatige controle of weigering van bepaalde groepen. De selectie wordt dan immers uitgevoerd op basis van vooraf opgestelde risicoprofielen, waarbij behalve nationaliteit, ook andere, niet vastgelegde criteria zoals reisgedrag, leeftijd, beroep, godsdienst en geslacht een rol zullen spelen.

3. Visumaanvraag en besluitvormingsprocedure

Regels inzake het Europees visumbeleid werden tot 2009 in intergouvernamenteel verband vastgesteld in de zogenaamde gemeenschappelijke consulaire instructies.¹⁸ In 2009 werden deze instructies omgezet in bindende Uniewetgeving: de Visumcode of de Verordening (EG) 810/2009.¹⁹ In deze Visumcode werden voor het eerst gemeenschappelijke voorwaarden voor de aanvraag en verkrijging van het visum voor kort verblijf (nog steeds Schengenvisum genoemd) opgenomen. In Nederland is op 1 juni 2013 de Visumwet in werking getreden ter vervanging van de 200 jaar oude regeling in het Soeverein Besluit van 1813.²⁰ Bij een visumaanvraag wordt niet alleen het verblijfsdoel van de aanvrager getoetst, maar ook of de persoon een veiligheidsrisico of een risico van 'illegale immigratie' voor de Schengenstaten oplevert. Voor dit doel worden de identiteitspapieren van de aanvrager op authenticiteit gecontroleerd, maar ook of hij of zij in het hierboven genoemde SIS ter weigering van toegang staat geregistreerd.²¹ De Visumcode gaat ervan uit dat in beginsel iedere aanvraag in persoon bij de consulaire vertegenwoordiging moet worden ingediend. Het besluit op een visumaanvraag moet binnen vijftien (kalender)dagen worden genomen, maar deze termijn kan in individuele gevallen met maximaal dertig dagen worden verlengd wanneer aanvullend onderzoek nodig is en in uitzonderlijke gevallen zelfs met zestig dagen wanneer aanvullende documenten nodig zijn (artikel 23 lid 1, 2 en 3 Visumcode). De aanvrager die voor een bepaalde lidstaat een visum aanvraagt heeft het recht op informatie over de toepasselijke procedure in de taal van het land van bestemming. In alle consulaten moeten overeenkomstig artikel 11 lid 3 van de Visumcode de formulieren beschikbaar zijn in de taal van het gastland, dus ook wanneer een consulaat een andere staat vertegenwoordigt.²²

Waar vroeger een visum de vorm had van een stempel in het paspoort of reisdocument van de aanvrager, is in 1995 met de Verordening (EG) 1684/95 een uniform vi-

11 Verordening (EU) 2014/259, *PbEU* 2014, L 105, 8 april 2014.

12 Zie over dit onderwerp verschillende bijdragen in: Didier Bigo, Sergio Carrera & Elspeth Guild (red.), *Foreigners, refugees or minorities? Rethinking people in the context of border controls and visas*, Farnham/Burlington: Ashgate Publishing Limited 2013, p. 228 en Audrey Macklin, 'A safe country to emulate? Canada and the European refugee', in: Hélène Lambert, Jane McAdam & Mayellen Fullerton (red.), *The Global Reach of European Refugee Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 99-131.

13 Federica Infantino, 'Bordering at the Window: The Allocation of Schengen Visas at the Italian Embassy and Consulate in Morocco', in: Didier Bigo, Sergio Carrera & Elspeth Guild (red.), *Foreigners, refugees or minorities? Rethinking people in the context of border controls and visas*, Farnham/Burlington: Ashgate Publishing Limited 2013, p. 228.

14 Zie Elspeth Guild, *Moving the Borders of Europe* (oratie Nijmegen), 2001.

15 Zie de discussienota van het voorzitterschap van de EU over de toekomst van het Justitie en Binnenlandse Zaken beleid, 17 februari 2014, Raadsdocument 6420/14, p. 6.

16 Communication 'An Open and Secure Europe: making it happen', COM(2014)154, 11 maart 2014, p. 6.

17 Zie Evelien Brouwer, "'Slimme grenzen". Het gebruik van EU databestanden voor migratiecontrole', *A&MR* 2013, afl. 9, p. 461-467, <http://hdl.handle.net/1871/50394>.

18 Deze instructies werden pas in 2002, samen met de gemeenschappelijke regels inzake de buitengrenscontrole, gepubliceerd: *PbEG* 2002, C 313, 16 december 2002.

19 *PbEU* 2009, L 243, 15 september 2009.

20 Besproken door Pieter Boeles, 'In werking vanaf 1 juni 2013: De Visumwet', *A&MR* 2013, afl. 4, p. 200-206.

21 Verordening (EG) 1987/2006 van 20 december 2006, *PbEU* 2006, L 381, 28 december 2006.

22 Dit recht wordt ook benadrukt door de Europese Commissie in de mededeling inzake de uitvoering en ontwikkeling van het gemeenschappelijk visumbeleid voor snellere groei in de EU, COM(2012)649, 7 november 2012.

summodel ingevoerd: de zogenaamde ‘visumsticker’.²³ Op basis van latere amendementen van deze verordening zijn de vereisten voor deze visumsticker aangepast. Zo is het visum nu elektronisch af te lezen en kunnen de op het visum vermelde gegevens worden vergeleken met de opgenomen data in het eerdergenoemde VIS.²⁴ In dit systeem worden alle visumaanvragen, maar ook alle besluiten inzake verstrekking, intrekking of weigering van een visum geregistreerd. Hiermee kunnen de aangesloten staten informatie uitwisselen over verstrekte en geweigerde visa, maar ook gegevens controleren over de geldigheidsduur van een visum. Artikel 21 lid 9 Visumcode bepaalt dat een eerder geweigerd visum niet ‘automatisch’ mag leiden tot weigering van een nieuwe aanvraag. In de praktijk is het echter moeilijk te controleren of eerdere weigeringen niet toch in het nadeel van de aanvrager worden meegewogen.

In artikel 30 van de Visumcode is uitdrukkelijk neergelegd dat het bezit van een visum geen automatisch recht op toegang of ‘binnenkomst’ biedt. Dit heeft te maken met de overige voorwaarden waaraan een vreemdeling moet voldoen om het Schengengebied binnen te reizen. Op basis van artikel 5 van de Schengengrenscore moet een ‘derdelander’ (een persoon die geen Unieburger is of anderszins geen recht op vrij verkeer heeft zoals familieleden van Unieburgers, of Zwitsers, Noren en IJslanders) in het bezit zijn van een geldig reis- of grensoverschrijdingsdocument, een geldig visum voor zover verplicht en moet hij aantonen over voldoende middelen van bestaan te beschikken, zowel voor de duur van het voorgenomen verblijf als voor terugkeer. Ten slotte mag de persoon geen gevaar opleveren voor de openbare orde of veiligheid, gezondheid of internationale relaties van een van de Schengenstaten. Hiertoe wordt bij de grensoverschrijding nog eens gecontroleerd of de persoon niet ter weigering van toegang in het bovengenoemde SIS is gesignaleerd. Dit betekent dat wanneer een persoon in het SIS wordt opgenomen tussen het moment van visumverzekering en het moment van grensoverschrijding, hem of haar toch de toegang kan worden geweigerd.

4. Bilaterale regeling inzake visum-vertegenwoordiging

4.1. Visumcode

Om financiële, soms ook politieke of veiligheidsredenen, hebben EU-lidstaten de afgelopen jaren verschillende consulaten gesloten.²⁵ Door de opheffing van consulaire posten, of door de geografische grootte van een bepaald

land, moeten personen soms duizenden kilometers reizen om een visumaanvraag in te kunnen dienen.²⁶ Om ‘te voorkomen dat het de visumaanvragers onevenredige moeite vergt om toegang tot een consulaat te verkrijgen’ draagt de Visumcode lidstaten op zo veel mogelijk in alle derde landen waarvan onderdanen visumplichtig zijn, aanwezig of vertegenwoordigd te zijn en daar waar geen eigen consulaat mogelijk is, vertegenwoordiging via overeenkomsten te regelen.²⁷ In 2014, in haar mededeling inzake een gemeenschappelijk visumbeleid, heeft de Commissie lidstaten opgeroepen tot samenwerking en de organisatie van gezamenlijke consulaire afdelingen.²⁸ De consulaire samenwerking tussen EU-lidstaten is geregeld in artikel 8 en 41 van de Visumcode. De samenwerking kan bestaan uit het delen van een gezamenlijke locatie of personele staf, apparatuur of consulaat. Artikel 8 Visumcode noemt de bevoegdheid van lidstaten om bilaterale regelingen te sluiten inzake de vertegenwoordiging bij visumaanvragen. De vertegenwoordiging kan worden beperkt tot het verzamelen van visumaanvragen of het afnemen van biometrische gegevens, maar artikel 8 laat ook toe dat lidstaten elkaar machtigen voor de afgifte en weigering van visumaanvragen.

Op grond van artikel 8 lid 2 Visumcode moet het consulaat van de vertegenwoordigende staat, wanneer het overweegt een visum te weigeren, de aanvraag aan de bevoegde autoriteiten van de vertegenwoordigde staat voorleggen. Deze staat neemt vervolgens een ‘definitieve beslissing’ binnen de door de verordening aangegeven termijn.²⁹ Als uitzondering op de algemene regel, kan op basis van artikel 8 lid 4 onderdeel d een lidstaat een andere lidstaat machtigen om na onderzoek van de aanvraag het visum zelf af te geven dan wel te weigeren. Het begrip ‘machtiging’ wordt in de Visumcode niet nader toegelicht, maar artikel 8 lid 4 Visumcode schrijft wel voor wat in de bilaterale regelingen ten minste moet worden vastgelegd: de duur van de vertegenwoordiging, de voorziening van ruimte, personeel en betaling door de vertegenwoordigde staat en, voor zover van toepassing, of de aanvragen van bepaalde categorieën derdelanders moeten worden voorgelegd aan de centrale autoriteiten van de vertegenwoordigde staat voor voorafgaande consultatie, zoals voorzien in artikel 22 van de Visumcode. De bilaterale regelingen moeten op grond van artikel 8 lid 7 worden gemeld aan de Europese Commissie voor ze in werking treden of voor ze worden beëindigd.

4.2. Bestaande bilaterale afspraken met Nederland

De bilaterale overeenkomsten of regelingen worden nergens gepubliceerd, noch door de Nederlandse overheid, noch door de Europese Commissie. Op basis van een jaarlijks overzicht van de Commissie kan worden

²³ *PbEG* 1995, C 164, 14 juli 1995.

²⁴ Verordening (EG) 334/2002, *PbEG* 2002, L 53/7, 23 februari 2002 en Verordening (EG) 856/2008, *PbEU* 2008, L 235, 2 september 2008.

²⁵ Zie de Nota van de regering en discussie in Tweede Kamer over Modernisering Nederlandse Diplomatie, *Kamerstukken II* 2012/13, 32734, 15.

²⁶ Zie voor enkele voorbeelden van het ontbreken van of slecht te bereiken consulaten, Sergo Mananashvili, *Access to Europe in a Globalised World: Assessing the EU's Common Visa Policy in the Light of the Stockholm Guidelines*, EUI Working Papers, RSCAS 2013/74.

²⁷ Preambule nr. 4.

²⁸ Rapport van de Europese Commissie, *A Smarter Visa Policy for Economic Growth*, COM(2014)165 van 1 april 2014, paragraaf 3.3.4.

²⁹ Volgens de hierboven genoemde termijnen van artikel 23 lid 1, 2 en 3, dus afhankelijk van het benodigde onderzoek, 15, 30 of 60 dagen.

afgeleid in welke staat een lidstaat door een andere lidstaat wordt vertegenwoordigd. Hieruit blijkt dat Nederland in iets meer dan vijftig derde landen wordt vertegenwoordigd door andere lidstaten.³⁰ In veruit de meeste landen wordt Nederland door Frankrijk vertegenwoordigd zoals in Azerbeidzjan, Botswana, Tsjad en Niger en Nigeria en daarnaast door Duitsland (onder meer in Bahrein, Cambodja, Nepal), maar ook door Spanje en België. Overigens betekenen deze afspraken niet dat Nederland in die landen waar het zich laat vertegenwoordigen, geen eigen vertegenwoordiging meer heeft. Zo heeft Nederland in Nigeria, waar het door België en Frankrijk wordt vertegenwoordigd, nog steeds een eigen ambassade.³¹ De vertegenwoordiging zou dan om 'efficiency'-redenen plaatsvinden.³² Overigens worden in iets meer dan twintig landen, andere lidstaten door Nederland vertegenwoordigd bij visumaanvragen.³³

Zowel de status als de inhoud van de bilaterale afspraken van Nederland met andere lidstaten is ondoorzichtig. Voor het schrijven van deze bijdrage heb ik alleen informatie over de inhoud van de afspraken kunnen ontlenuen aan de stukken die tijdens de hierna te bespreken rechtszaken zijn voorgelegd. De vertegenwoordigingsregeling met de Franse autoriteiten is neergelegd in een zogenaamde 'note verbale' uit 2010, met daarin de derde landen waarin beide landen elkaar vertegenwoordigen.³⁴ Hierin is vastgelegd dat het consulaat van de vertegenwoordigende staat informatie verstrekt aan visumaanvragers, het visum kan afgeven, maar ook kan weigeren namens de vertegenwoordigde staat. Ook staat in de note verbale dat het vertegenwoordigende consulaat het beroep tegen de weigering behandelt in overeenstemming met het recht van de vertegenwoordigende staat. Volgens de Frans-Nederlandse afspraak kan de vertegenwoordigende staat over iedere vraag over de referenten of de ondersteuning van de visumaanvrager, contact opnemen met de centrale autoriteiten van de vertegenwoordigde staat. Wanneer deze niet binnen zeven dagen reageren op het informatieverzoek, mag de vertegenwoordigende staat ervan uitgaan dat er geen bezwaar bestaat tegen visumafgifte.

5. Recht op effectieve rechtsbescherming

5.1. *Recht op beroep: artikel 32 lid 3 van de Visumcode*

De Visumcode voorziet in een expliciet recht op beroep tegen een visumweigering in artikel 32 lid 3.³⁵ De opname van deze bepaling betekent uit oogpunt van rechtsbescherming een belangrijke vooruitgang, omdat in veel lidstaten voor de inwerkingtreding van de Visumcode geen rechtsmiddel tegen visumweigering openstond. Met betrekking tot weigeringen die op basis van een vertegenwoordigingsafpraak plaatsvinden, is de tekst van de huidige Visumcode echter niet duidelijk. Volgens artikel 32 lid 3 moet diegene aan wie een visum is geweigerd, procederen tegen de staat die de 'definitieve beslissing' (Engels: final decision) inzake de visumaanvraag heeft genomen. In de Visumcode wordt niet nader bepaald wat bij een afwijzend besluit namens een andere staat, de staat is die de 'definitieve beslissing' heeft genomen. Het eerdergenoemde artikel 8 lid 2 gaat uit van de vertegenwoordigde staat. Volgens deze bepaling nemen de autoriteiten van de vertegenwoordigde staat een 'definitieve beslissing' over de aanvraag, nadat deze door het consulaat van de vertegenwoordigende lidstaat is doorgezonden. In het kader van bilaterale afspraken waarin lidstaten elkaar machtigen een visum te weigeren, gaat het Visa Handboek uit van de vertegenwoordigende staat. Dit Visa Handboek is door de Commissie op basis van artikel 51 van de Visumcode ter uitvoering van de betreffende regels vastgesteld. Dit Handboek bepaalt dat bij bilaterale afspraken de vertegenwoordigende staat, de staat is die de definitieve beslissing neemt.³⁶ Zoals we hierna zullen zien, verwijzen bestuur en rechters naar deze uitleg in het Handboek ter onderbouwing van de stelling dat het rechtsmiddel in de vertegenwoordigende staat moet worden uitgeoefend. In de preambule van de tekst staat echter uitdrukkelijk dat het Handboek geen bindende verplichtingen creëert voor lidstaten en dat alleen de Visumcode zelf voor nationale rechters kan worden ingeroepen.³⁷

30 Overzicht van de Europese Commissie, 1 augustus 2014: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/borders-and-visas/visa-policy/docs/en_annex_28_ms_consular_representation_20.pdf. Volgens Isabelle Larbi-Ostendorf & Diana Comijs, 'Visumvertegenwoordiging', *A&MR* 2014, afl. 8/9, p. 339-344, zou het hierbij in totaal om 74 locaties gaan.

31 Zowel in Abuja als in Lagos heeft Nederland nog een ambassade, alleen het consulaat in Abuja is per 6 december 2013 gesloten. Informatie van de Nederlandse ambassade in Nigeria <http://nigeria.nlabassade.org/#slide-1> (bezoekt 28 oktober 2014).

32 Zie de brief van (toenmalig) Minister van Buitenlandse Zaken, Timmermans, van 10 maart 2014 aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2013/14, 32734, nr. 22.

33 Nederland gaf in 2008 en 2009 gemiddeld 13 500 visa af voor andere Schengenpartners; dit was ongeveer 4% van alle door Nederland afgegeven visa. *Consulaire dienstverlening doorgelicht 2007-2010*, IOB-rapport 338, Ministerie van Buitenlandse Zaken, p. 114.

34 Note verbale van 19 april 2010 en van 29 december 2010. In de laatste is de afspraak uitgebreid naar Lagos in Nigeria, ter vertegenwoordiging van Nederland door Frankrijk en Accra in Ghana, waar Nederland Frankrijk vertegenwoordigt. Deze documenten zijn verkregen via de in deze zaak betrokken advocate (uitspraak van Rb. Amsterdam 15 juli 2013, AWB 12/40238, niet gepubliceerd). Toen zij bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken om een Nederlandse versie verzocht, was het antwoord dat deze uitsluitend in het Frans zijn opgesteld en ze de documenten zelf moest vertalen.

35 De tekst hiervan luidt: 'Aanvragers aan wie een visum is geweigerd, kunnen in beroep gaan. Het beroep wordt ingesteld tegen de lidstaat die de definitieve beslissing over de aanvraag heeft genomen. De nationale wetgeving van die lidstaat is op het beroep van toepassing. De lidstaten vestrekken de aanvragers informatie over de procedure in geval van een beroep, zoals gespecificeerd in bijlage VI.'

36 Besluit van de Europese Commissie 19 maart 2010, 'establishing the Handbook for the processing of visa applications and the modification of issued visas', gewijzigd bij Besluit C(2011)5501, 4 augustus 2011, zie paragraaf 12.3. Gepubliceerd op http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/borders/docs/decision/5501/1_EN_ACT_part_v4.pdf.

37 Zie COM(2010)1620, p. 13.

Op basis van de Visumcode moeten lidstaten informatie over de bestaande procedure inzake het recht op beroep verstrekken. Artikel 32 lid 3 Visumcode verwijst daarbij naar het standaardformulier wat bij weigering van een visum aan de aanvrager moet worden uitgereikt en is opgenomen in Annex VI bij de Visumcode. Volgens dit standaardformulier moet de aanvrager worden geïnformeerd over de gronden van weigering, het rechtsmiddel zelf, bij welke autoriteit het beroep kan worden ingesteld en de termijn waarbinnen het rechtsmiddel moet worden ingediend. In de annex van de huidige Visumcode staat de informatie over het rechtsmiddel echter niet expliciet als in te vullen onderdeel op het formulier vermeld. Hierdoor bestaat het risico dat niet alle consulaten de bestaande rechtsmiddelen even nauwkeurig zullen vermelden.

5.2. Artikel 47 EU-Handvest

Het recht op effectieve rechtsbescherming is neergelegd in artikel 47 EU-Handvest. Dit grondrecht biedt eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, het 'recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden'.³⁸ In zijn rechtspraak heeft het HvJ EU vastgesteld dat dit recht zich ook uitstrekt tot derdelanders wier rechtspositie is geregeld in Unierecht, maar aan wie nog geen verblijfstitel is verstrekt.³⁹ Dit betekent dat Unierechtelijke beginselen van effectiviteit en gelijkwaardigheid ook van toepassing zijn op de rechten die uit de Visumcode voortvloeien.⁴⁰ Enerzijds zijn de lidstaten gehouden een effectief beroepsmiddel te bieden en de uitoefening daarvan niet onevenredig moeilijk te maken. Anderzijds mag de omvang van het beroepsrecht en de reikwijdte van inhoudelijke toetsing niet afhankelijk zijn van de vraag of er wel of niet een vertegenwoordigingsregeling van toepassing is. De noodzaak van een effectief rechtsmiddel geldt te meer daar waar de weigering van een visum voor kort verblijf zelf tot schending van mensenrechten kan leiden. Zo concludeerde de rechtbank Nantes in een zaak waar het Franse consulaat in Aleppo aan een Syrisch gezin een visum had geweigerd, dat het constitutionele recht op asiel van betrokkenen was geschonden.⁴¹ Doordat het visum was geweigerd zonder motivatie, was het de betrokkenen onmogelijk gemaakt hun asielaanvraag op het Franse territorium in te dienen, aldus de rechtbank.⁴² De Franse autoriteiten werd bevolen alsnog een visum af te geven. Hoewel deze zaak een inreis- en transitverbod betrof en geen visumweigering, concludeerde ook het

EHRM in *Nada/Zwitserland* dat bij grenscontrole en toegangswegering, mensenrechten gerespecteerd moeten worden.⁴³ In deze zaak vond het EHRM het Zwitserse inreisverbod waarmee de bewegingsvrijheid van klager was beperkt een onevenredige inmenging in zijn recht op privé- en gezinsleven zoals beschermd in artikel 8 EVRM. Hij werd hierdoor belet om niet alleen zijn familie en vrienden, maar ook zijn arts in Zwitserland te bezoeken. De uitspraken laten zien dat ondanks de ruime beleidsvrijheid van autoriteiten bij de beslissing over visumafgifte en toegang, deze niet onbeperkt is.

6. Jurisprudentie over het beroepsrecht bij vertegenwoordigingsafspraken

Nederlandse jurisprudentie over de vraag in welke lidstaat beroep moet worden aangetekend bij een visumweigering op basis van vertegenwoordigingsafspraken is schaars.⁴⁴ Een mogelijke reden hiervoor is dat iemand wiens aanvraag voor een visum voor kort verblijf is afgewezen, geen belang meer meent te hebben bij het instellen van beroep. Door het tijdsverloop tussen afwijzing en beslissing op beroep zal de uitkomst van dit rechtsmiddel voor betrokkene vaak geen zin hebben, gezien de reden of het doel van het beoogd verblijf. De hier besproken Nederlandse uitspraken en één Belgische beslissing betreffen alleen de samenwerkingsovereenkomsten tussen Nederland en België respectievelijk Frankrijk. Ik beschrijf deze jurisprudentie aan de hand van de belangrijkste geschilpunten: wat is een definitieve beslissing zoals bedoeld in de Visumcode; is er sprake van mandaat of delegatie, bestaat er een Europese doorzendplicht, en ten slotte is een effectief rechtsmiddel ook gewaarborgd in de vertegenwoordigende staat?

6.1. Wat is een definitieve beslissing?

In verschillende procedures is het bovengenoemde standpunt dat bezwaar en beroep tegen een visumweigering bij de staat moet worden ingediend die het besluit namens Nederland heeft genomen, aangevochten. In de gevonden uitspraken stellen de Nederlandse rechters zich formeel op en gaan mee met het argument van het Ministerie van Buitenlandse Zaken dat de aanvrager beroep moet instellen in de staat die de 'definitieve beslissing' inzake de visumaanvraag heeft genomen. In een beslissing van 9 december 2011 inzake een visumweige-

38 Deze voorwaarden zijn het recht op een eerlijke en openbare behandeling van de betreffende zaak binnen een redelijke termijn, de mogelijkheid zich te laten adviseren en het recht op bijstand wanneer dit noodzakelijk is om daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen.

39 Zie HvJ EU 17 januari 2013, C-23/12 (*Mohamad Zakaria*); HvJ EU 22 november 2012, C-277/11 (*M.M./Minister for Justice, Equality and Law Reform*).

40 Zie HvJ EU 4 december 1995, C-312/93 (*Peterbroeck*), r.o. 12 en HvJ EU 4 oktober 2012, C-249/11 (*Byankov*), r.o. 69-70.

41 Tribunal Administratif (TA) de Nantes 16 februari 2014, n° 1407765 en meer recent Tribunal Administratif (TA) de Nantes 16 september 2014, *Mme K. et autres*, Req. n° 1407765.

42 In de uitspraak van 16 februari 2014 werd het argument van de Franse regering dat de familie, een moeder met drie kinderen waarvan twee minderjarig, bescherming in het buurland Libanon hadden kunnen zoeken, als ongegrond terzijde geschoven. Volgens de rechter was het van algemene bekendheid dat betrokkenen in dit land geen bescherming zouden vinden, vanwege de enorme aantallen vluchtelingen aldaar.

43 EHRM 12 september 2012, 10593/08 (*Nada/Zwitserland*), zie paragraaf 198.

44 Zie ook Isabelle Larbi-Ostendorf & Diana Comijs, 'Visumvertegenwoordiging', *A&MR* 2014, afl. 8/9, p. 339-344, waarin elf uitspraken worden besproken.

ring door België namens Nederland, stelt de Rechtbank Roermond, dat ‘verweerder zich op goede gronden niet bevoegd heeft geacht om op het bezwaar te beslissen’.⁴⁵ Het betrof hier een visumweigering door het Belgische consulaat in Kinshasa in de Democratische Republiek Congo namens Nederland. Volgens de rechtbank zou, indien er al gebreken zouden kleven aan het besluit genomen door de Belgische autoriteiten, het niet aan het Nederlandse bestuur zijn om zich daarover uit te laten, omdat gelet op de bilaterale overeenkomst en de Visumcode, het aan de Belgische autoriteiten is dit te ‘toetsen aan en in overeenstemming met de Belgische nationale wetgeving’. Dezelfde rechtbank herhaalt dit standpunt in een zaak waarin Nederland is vertegenwoordigd door het Belgische consulaat in Pristina te Kosovo.⁴⁶ In deze procedure had de Minister van Buitenlandse Zaken de bilaterale overeenkomst voorgelegd ten aanzien van de machtiging van het Belgische consulaat in Kinshasa in de Democratische Republiek Congo om aan te tonen dat de Belgische autoriteiten namens Nederland de visumafgifte konden weigeren. De rechtbank neemt genoegen met deze overeenkomst en een op basis van artikel 8:29 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) alleen aan de rechter voorgelegd document, om vast te stellen dat er sprake was van een machtiging als bedoeld in artikel 8 lid 4 onderdeel d van de Visumcode.⁴⁷ De visumaanvrager stelt dat sinds de totstandkoming van de bilaterale overeenkomst het voor hem moeilijker is een visum te verkrijgen, nu in Nederland geen beroepsgang meer openstaat. Deze klacht wordt met een formeel argument verworpen: volgens de rechter kan of moet immers de Nederlandse minister niet met voorbijgaan aan de bilaterale overeenkomst en de Visumcode de beroepsgang aan zich trekken. Dezelfde interpretatie van ‘definitieve beslissing’ wordt ook gehanteerd door de Rechtbank Den Haag in een uitspraak van april 2014 in een zaak waar Nederland door het Belgische consulaat in Nigeria is vertegenwoordigd.⁴⁸ De rechtbank stelt eerst vast dat in de door het Ministerie van Buitenlandse Zaken overgelegde ‘note verbale’ uit 2010 niets over de vertegenwoordiging in Nigeria is geregeld. De stukken waarin dit wel was vastgelegd, moesten volgens de minister geheim blijven en de machtiging zelf zou in de zin van artikel 8 lid 4 onderdeel d zijn neergelegd in een mondelinge overeenkomst tussen Nederland en België. Anders dan de Rechtbank Roermond, neemt de Rechtbank Den Haag hier geen genoegen mee. Volgens de rechter moet ‘een dergelijke verstrekende overdracht van bevoegdheden op enige wijze objectief verifieerbaar (...) zijn’ en mocht de minister zich op deze grond niet onbevoegd verklaren van het bezwaar kennis te nemen. Deze conclusie heeft echter geen invloed op de einduitspraak. Op basis van de interpretatie van ‘definitieve beslissing’ in artikel 32 lid 3 van de

Visumcode, concludeert de rechtbank dat de Nederlandse autoriteiten onbevoegd zijn. De rechter onderbouwt hierbij niet waarom de weigering door de Belgische autoriteiten als definitieve beslissing moet worden aangemerkt. De vraag of de definitieve beslissing ‘bevoegdelijk’ is genomen dient volgens de rechtbank in de procedure in België aan de orde te komen. Hiermee wordt de door de rechter zelf aangezwengelde vraag naar de rechtsbasis voor de onderlinge machtiging, als een ‘hete aardappel’ doorgeschoven naar een buitenlandse rechter. In de enige Belgische uitspraak over vertegenwoordigingsregelingen die mij bekend is, past ook de Raad voor vreemdelingenbetwistingen bovengenoemde redenering van ‘definitieve beslissing’ toe.⁴⁹ Het betreft een zaak waar het Nederlandse consulaat in Colombo te Sri Lanka namens België het visum heeft geweigerd. Volgens de Raad dient op basis van artikel 32 lid 3 van de Visumcode het beroep tegen de bestreden beslissing te worden ingesteld tegen de Nederlandse bevoegde autoriteiten en is de Nederlandse nationale wetgeving van toepassing op het beroep. Het beroep tegen de visumweigering van het Nederlandse consulaat te Colombo wordt daarom niet-ontvankelijk verklaard. De hier besproken uitspraken betreffen de interpretatie van het Unierecht. De volgende paragrafen laten zien dat ook bij de uitleg van het Nederlandse bestuursrecht enkele kanttekeningen te plaatsen zijn.

6.2. *Delegatie of mandaat?*

In tot nu toe één zaak werd de Nederlandse rechter de vraag voorgelegd of bij de vertegenwoordigingsregeling sprake is van mandaat of delegatie.⁵⁰ De reden dat de aanvrager deze vraag voorlegt aan de rechter is niet onbegrijpelijk: bij mandaat, zoals voorzien in artikel 10:1 Awb, blijft de verantwoordelijkheid immers bij de mandaatgever. Volgens de aanvrager moest het beroep dan ook tegen de mandaatgever worden ingesteld. Volgens het Ministerie van Buitenlandse Zaken is echter sprake van delegatie in de zin van artikel 10:13 Awb, waarbij de hele verantwoordelijkheid aan de buitenlandse dienst is overgedragen. De Rechtbank 's-Hertogenbosch volgt het ministerie in dit standpunt. Volgens de rechtbank heeft Nederland op basis van de Visumcode de besluitvorming gedelegeerd aan het Franse consulaat in Nigeria. Nu Nederland de gehele bevoegdheid om te beslissen over aanvragen heeft overgedragen, kan volgens de rechtbank geen sprake zijn van mandaat. Verwijzend naar artikel 32 lid 3 Visumcode, stelt de rechtbank dat de Franse autoriteiten bevoegd zijn om te beslissen op het bezwaar. Het beroep op Unierechtelijke beginselen zoals evenredigheid, doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming, waarbij betrokkene verwijst naar de hoge kosten van procederen in Frankrijk en het ontbreken van gefinancierde rechtsbijstand, wordt

45 Rb. Roermond 9 december 2011, AWB 11/995, *JV* 2012/67.

46 Rb. Roermond 14 december 2011, AWB 11/10822, *JV* 2012/67.

47 Op grond van artikel 8:29 Awb kan een bestuursorgaan dat verplicht is informatie te geven, wanneer daarvoor gewichtige redenen bestaan, de rechter toestemming vragen om bepaalde informatie of stukken niet over te leggen of alleen ter kennisgeving aan de rechter.

48 Rb. Den Haag 3 april 2013, AWB 12/34042, *JV* 2013/242, m.nt. P. Boeles.

49 Raad voor de Vreemdelingenbetwistingen 28 september 2010, nr. 48646, via www.rvv-ccc.be.

50 Rb. Den Haag (zittingsplaats 's-Hertogenbosch) 13 november 2013, AWB 13/17665.

ook verworpen. De rechtbank concludeert dat ‘eiseres de afwijzing van haar visumaanvraag niet kan aanvechten in Nederland’ en zij ‘haar kritiek op de rechtsbescherming desgewenst in de procedure in Frankrijk aan de orde kan stellen’. De rechter ziet anders dan eiseres geen noodzaak om het Hof van Justitie prejudiciële vragen te stellen: de Visumcode zou een duidelijke regeling bieden en er is ‘geen sprake (...) van tot prejudiciële verwijzing nopende twijfel’.

6.3. Geen doorzendplicht

Waar in de hierboven genoemde zaak het nationale bestuursrecht wordt toegepast, wordt in andere uitspraken de toepassing daarvan juist ontkend of genegeerd. In beide gevallen is de gekozen uitleg in het nadeel van de aanvrager. In een zaak bij de Rechtbank Den Haag, waarin het Belgische consulaat namens Nederland een visum had geweigerd, beriep de visumaanvrager zich op de doorzendplicht in artikel 6:15 Awb.⁵¹ Het primaire betoog van aanvrager dat de Nederlandse en niet de Belgische autoriteiten bevoegd zijn om zijn beroep in behandeling te nemen, wordt afgewezen op basis van de hierboven al genoemde interpretatie van ‘definitieve beslissing’. De rechtbank verwerpt daarbij de stelling dat de Nederlandse autoriteiten waarbij het bezwaarschrift was ingediend, betrokkene ten minste hadden moeten doorverwijzen naar de Belgische autoriteiten, omdat artikel 6:15 Awb alleen tot doorverwijzing naar Nederlandse bestuursorganen zou verplichten.

In een zaak waarin het Frans consulaat in Nigeria een visumaanvraag namens Nederland had afgewezen, weigert de Rechtbank 's-Hertogenbosch in te gaan op de vraag of sprake is van schending van de doorzendplicht.⁵² Volgens de aanvrager hadden de Nederlandse autoriteiten bepaalde stukken moeten doorzenden aan de Franse autoriteiten. Omdat dit een onderwerp van feitelijke aard zou zijn, verklaart de rechter zich niet bevoegd daarover te oordelen.

6.4. Recht op beroep ook gewaarborgd in vertegenwoordigende staat

In de genoemde uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 24 april 2013 beriep eiseres zich ook op schending van het recht op een effectief rechtsmiddel zoals beschermd in artikel 13 EVRM, omdat ze in een vreemd land (België), in een vreemde taal moest procederen en in vergelijking met Nederland minder of geen recht had op gefinancierde rechtshulpverlening.⁵³ De rechtbank verwerpt dit bezwaar met de overweging dat een daadwerkelijk rechtsmiddel kan worden ingediend bij de Belgische autoriteiten. Nu België ook partij is bij het EVRM zijn de Belgische autoriteiten ‘daarmee gehouden (...)

dezelfde processuele en materiële rechten en plichten te waarborgen als Nederland’.⁵⁴ Op de vraag of een beroepsmogelijkheid in een andere lidstaat altijd een effectief rechtsmiddel garandeert in de zin van artikel 13 EVRM of artikel 47 EU-Handvest, en ook op de andere genoemde geschilpunten, zal ik nader in gaan in paragraaf 9.

7. Vragen in de Tweede Kamer en brieven van de Nationale ombudsman

Al in juli 2012 zijn Kamervragen gesteld aan de toenmalige Minister van Buitenlandse Zaken, Rosenthal, over of bij bilaterale vertegenwoordiging, visumaanvragers (of hun referenten) bij weigering inderdaad hun bezwaarschrift in een andere lidstaat dan Nederland moeten indienen en dit ook in de taal van die lidstaat dienen te doen.⁵⁵ De minister antwoordde hierop bevestigend, maar stelde dat het niet ongebruikelijk was om bij visumprocedures het aanleveren van vertalingen als vereiste te stellen. De minister noemde voorts twee alternatieven voor het invoeren van een rechtsmiddel. Ten eerste kon de betrokkene een nieuwe visumaanvraag indienen met een uitgebreidere onderbouwing: dit zou volgens de minister in een aantal gevallen ‘sneller zijn dan een beroepsprocedure’. Ten tweede kon betrokkene de aanvraag indienen bij een naburige Nederlandse post. Beide voorstellen geven geen blijk van praktische kennis: het eerste gaat ervan uit dat de eerste visumaanvraag onvoldoende zou zijn onderbouwd en miskent tegelijkertijd, wanneer de aanvraag wel onderbouwd is, dat een consulaat steeds op dezelfde gronden het visum kan weigeren zonder dat dit rechterlijk wordt getoetst. Het tweede voorstel gaat ervan uit dat er voor de aanvrager goed bereikbare Nederlandse consulaten zijn, terwijl het gebrek daaraan meestal de reden is van visumvertegenwoordiging.

In 2013 vraagt de Nationale ombudsman naar aanleiding van ontvangen klachten bij de Minister van Buitenlandse Zaken aandacht voor het gebrek aan rechtsbescherming bij visumweigering op basis van een vertegenwoordiging.⁵⁶ De Nationale ombudsman stelt dat betrokkenen onvoldoende worden geïnformeerd over bestaande rechtsmiddelen. Daarnaast meldt de ombudsman gevallen waarin aanvragers een bezwaarschrift tegen de weigering hadden ingediend, maar hierop nooit een reactie of ontvangstbevestiging ontvingen. Minister Timmermans, die als lid van de Tweede Kamer nog zelf eerdergenoemde vragen aan Minister Rosenthal had voorgelegd, ontkent nu dat sprake is van een probleem. In zijn reactie geeft hij aan dat de rechtsmiddelen zijn neergelegd in de Visumcode en dat het uitgangspunt dat een rechtsmiddel in de andere, vertegenwoordigende, lidstaat moet worden ingediend, voortvloeit uit deze regeling. Erkennende dat

51 Rb. Den Haag 24 april 2013, AWB 12/30040.

52 Rb. Den Haag (zittingsplaats 's-Hertogenbosch) 13 april 2013, AWB 13/17665.

53 Rb. Den Haag 24 april 2013, AWB 12/30040.

54 Zie ook uitspraak van Rb. Den Haag 3 april 2014, JV 2013/242.

55 Kamervragen van 19 juli 2012, *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, 3068.

56 Zie de brief van 24 oktober 2013 en de reactie van 17 december 2013 daarop van de Minister van Buitenlandse Zaken.

er verschillen bestaan in de nationale beroepsprocedures in visumzaken, stelt de minister dat ‘bij de toepassing van het interstatelijk vertrouwensbeginsel’ ervan uit moet worden gegaan dat het nationale recht niet in strijd is met artikel 6 EVRM en artikel 47 EU-Handvest. Het is opvallend dat de minister hier naar artikel 6 EVRM verwijst, omdat volgens jurisprudentie van het EHRM, het hierin neergelegde recht op een eerlijk proces niet van toepassing is op migratieprocedures, terwijl artikel 47 EU-Handvest dat wel is.⁵⁷ In een brief van 5 februari 2014 spreekt de Nationale ombudsman zijn teleurstelling uit over het gebrek aan oplossingen in de reactie van minister Timmermans op de brief van oktober 2013 en vraagt nogmaals aandacht voor het probleem.⁵⁸ In zijn nieuwe reactie van maart 2014, herhaalt de minister grotendeels de eerdere standpunten, maar belooft ook de informatievoorziening aan aanvragers te verbeteren.⁵⁹ In maart 2014 besteedt zowel het VPRO-radioprogramma ‘Argos’, als *De Groene Amsterdammer* uitgebreid aandacht aan het probleem van rechtsbescherming bij visumvertegenwoordiging.⁶⁰ Deze media-aandacht leidt echter niet tot verdere vragen in de Tweede Kamer.

8. Voorstel herziening Visumcode

8.1. Verplichte vertegenwoordiging

In het voorjaar van 2014 presenteert de Europese Commissie een voorstel tot herziening van de Visumcode.⁶¹ In dit voorstel wordt nog meer de nadruk gelegd op samenwerking tussen de lidstaten in het buitenland en wordt in bepaalde situaties vertegenwoordiging bij visumaanvragen zelfs verplicht gesteld. Hiermee speelt de Commissie in op de sluiting van consulaten door lidstaten in het buitenland en de geografische afstand die visumaanvragers steeds vaker moeten overbruggen om hun aanvraag in te dienen. In de beleidsnotitie die de Commissie met het voorstel publiceert, stelt de Commissie vast dat in negen landen die op de visumlijst staan helemaal geen vertegenwoordiging van EU-lidstaten aanwezig is, ook niet in de vorm van externe dienstverleners.⁶² Op basis van het voorstel zal wanneer in een derde staat de voor de verwerking van de visumaanvraag bevoegde lidstaat niet vertegenwoordigd is, de lidstaat die daar wel aanwezig is de visumaanvraag in behandeling moeten nemen. Hiermee wil de Commissie waarborgen dat betrokkenen altijd in hun woonland een visum kunnen aanvragen.⁶³

De algemene regeling inzake vertegenwoordiging is niet gewijzigd ten opzichte van de huidige Visumcode. Artikel

39 van het voorstel handhaaft de tekst uit het huidige artikel 8 op grond waarvan lidstaten elkaar kunnen vertegenwoordigen voor het onderzoeken van aanvragen voor en de afgifte van visa namens die lidstaat. Daarnaast blijft ook beperkte vertegenwoordiging mogelijk voor het in ontvangst nemen van visumaanvragen en de verwerking van biometrische gegevens. In de nieuwe bepaling over de vertegenwoordigingsregelingen, zijn echter beide paragrafen over visumweigering namens een andere lidstaat ingetrokken. Dit lijkt te betekenen dat, wanneer het voorstel wordt aangenomen, onder de nieuwe verordening een weigering namens een andere lidstaat niet langer is toegestaan, noch na voorafgaande consultatie, noch bij wijze van machtiging op basis van een bilaterale afspraak. Omdat nergens in de toelichting op het voorstel naar deze toch wezenlijke wijziging in de vertegenwoordigingsregeling wordt verwezen, lijkt het onwaarschijnlijk dat dit zo is bedoeld.⁶⁴ De nieuwe tekst laat de lidstaten geheel vrij in wat ze in hun vertegenwoordigingsregelingen opnemen en bevat ook geen expliciet verbod om elkaar te machtigen een visum namens een andere lidstaat te weigeren. De huidige bepalingen inzake de gemeenschappelijke aanvraagcentra en colocaties zijn in het voorstel geschrapt. Volgens de preambule zullen deze samenwerkingsvormen vervangen moeten worden door ‘Schengenvisumcentra’. In de bepalingen van de ontwerp-Visumcode zelf komt dit begrip niet voor. Het nieuwe artikel 38 lid 2 onderdeel b biedt een open norm voor samenwerking en schrijft enkel voor dat de lidstaten samenwerken met een of meer andere lidstaten in het kader van een vertegenwoordigingsregeling of een ‘andere vorm van consulaire samenwerking’.

8.2. Rechtsbescherming ongewijzigd, maar uitbreiding recht op informatie

In het ontwerp is de bepaling inzake het rechtsmiddel niet gewijzigd ten opzichte van de huidige tekst in artikel 32 lid 3. Volgens het voorgestelde artikel 29 lid 3 is nog steeds de staat die de definitieve beslissing neemt, de staat waartegen het beroep moet worden aangetekend. Wel is de plicht voor lidstaten om visumaanvragers te informeren over hun rechtsmiddelen in het voorstel uitgebreid. Zo dienen lidstaten bij weigering van een visumaanvraag, ‘uitvoerige’ informatie over de beroepsprocedures te verstrekken. Ook is de tekst van het standaardformulier wat bij weigering moet worden uitgereikt, aangescherpt. Volgens het voorstel moeten autoriteiten expliciet invullen welke rechtsmiddelen openstaan, welke beroepsinstantie bevoegd is en welke termijnen gelden. Ook moeten hierin contactgegevens worden vermeld van de bevoegde instantie waarbij beroep kan worden ingesteld,

57 EHRM 5 oktober 2000, 39652/98 (*Maaouia/Frankrijk*).

58 Zie www.nationaleombudsman-nieuws.nl/nieuws/2014/ombudsman-vraagt-timmermans-om-oplossingen.

59 Brief van 11 maart 2014, ook gepubliceerd op www.nationaleombudsman.nl.

60 ‘Argos’ (Welkom in Nederland?), VPRO Radio 1, 15 maart 2014, te beluisteren op <http://argos.vpro.nl/seizoenen/2014/afleveringen/15-03-2014> en Irene van der Linde, ‘Knielen, bidden, smeken voor een visum’, *De Groene Amsterdammer* 19 maart 2014.

61 COM(2014)164, 1 april 2014.

62 Europese Commissie, *A Smarter Visa Policy for Economic Growth*, COM(2014)165, p. 13.

63 COM(2014)164, p. 4 van de toelichting.

64 De Commissie heeft het enkel over stroomlijnen van vertegenwoordigingsregelingen, COM(2014)164, p. 7.

alsook van de organisatie waarbij informatie over de te volgen beroepsprocedure kan worden verkregen.⁶⁵

9. Wederzijds vertrouwen en effectieve rechtsbescherming

9.1. *Onderlinge verschillen in rechtsbescherming en niet-naleving Unierecht*

Wanneer het beginsel van wederzijds vertrouwen aan de orde is, wordt regelmatig, ook in de hierboven besproken uitspraken, aangevoerd dat effectieve rechtsbescherming ook in andere lidstaten is gegarandeerd, nu alle lidstaten partij zijn bij het EVRM en gebonden aan de toepasselijke normen van het Unierecht. Sinds de uitspraken van zowel het EHRM als het HvJ EU inzake de uitvoering van de Dublin Verordening, weten we dat deze automatische toepassing van wederzijds vertrouwen niet altijd opgaat.⁶⁶ Zoals het HvJ EU in 2011 concludeerde, vestigt het louter feit dat een staat internationale mensenrechtenverdragen heeft geratificeerd, niet het onweerlegbare vermoeden dat deze staat die verdragen naleeft.⁶⁷ Hoewel volledige evaluaties en statistieken inzake het visumbeleid van de EU-landen ontbreken, laten rapporten van de Europese Commissie en het Europees Agentschap voor Fundamentele Rechten (FRA)⁶⁸ zien dat in de EU-lidstaten grote verschillen bestaan in rechtsbescherming tegen visumweigering en dat de regeling in sommige lidstaten zelfs niet voldoet aan het Unierecht. Waar in de ene staat slechts een beroep bij het bestuursorgaan mogelijk is, kennen andere Schengenstaten een quasirechtelijk toetsingsmechanisme en weer andere staten een rechterlijke beroepsinstantie. In Nederland hebben aanvragers het recht op bezwaar en beroep tegen een visumweigering, maar is op basis van artikel 84 Vreemdelingenwet, hoger beroep uitgesloten. Waar Nederland ook bij beroep tegen visumweigering de mogelijkheid van gefinancierde rechtshulp kent, bestaat dit weer niet in Frankrijk of België. Uit de jaarrapporten van het FRA over zowel 2012 en 2013, blijkt ook dat de kans van inwilliging na beroep tegen de visumweigering in de verschillende Schengenstaten uiteenloopt.⁶⁹

In 2012 concludeerde de Europese Commissie dat de beroepsprocedures tegen visumweigering in een aantal lidstaten niet voldoen aan de eisen van het EU-Hand-

vest.⁷⁰ In oktober 2014 stuurt de Europese Commissie op basis van artikel 258 VWEU een ‘met redenen omkleed advies’ aan Tsjechië, Estland, Polen en Slowakije in verband met het gebrek aan een effectief rechtsmiddel tegen de weigering, intrekking of annulering van een visum.⁷¹ In deze lidstaten, die al begin 2013 een aanmaning van de Commissie ontvingen, hebben betrokkenen enkel een recht op beroep bij een niet-rechterlijk administratief orgaan. Als de lidstaten niet binnen twee maanden na dit verzoek hun wetgeving in overeenstemming hebben gebracht met de eisen van de Visumcode, kan de Commissie een infractie-procedure bij het HvJ EU starten. Ook de praktijk inzake de verwerking van visumaanvragen door de consulaten, verschilt per lidstaat. Uit een door de Europese Commissie in 2013 gehouden publieke consultatie, blijkt dat van de 1084 binnengekomen reacties, 24% van de visumaanvragers niet werd geïnformeerd over de mogelijkheid en de toepasselijke beroepstermijnen bij weigering. Meer dan de helft van de respondenten (53%) die bij meer dan één consulaat van de Schengenstaten een visum hadden aangevraagd, gaf aan dat per consulaat de procedures verschillend waren. Genoemde verschillen betroffen de ondersteunende documenten die bij een visumaanvraag zijn vereist en de vorm waarin die moeten worden overlegd (fax/e-mail vs. originele kopieën, of gewaarmerkte of notariële vertalingen van documenten), uiteenlopende wachttijden voor de afspraak, en omstandigheden tijdens de wachtperiode (binnen of buiten het gebouw) en duur van de visumprocedure. Volgens 46% van de respondenten zouden hun ervaringen bij de visumaanvraag hen ervan weerhouden om nog naar het Schengengebied te willen reizen.⁷²

9.2. *Discretionaire bevoegdheid en toetsende rol rechters*

Een andere kanttekening die kan worden gemaakt bij het standpunt dat het niet uitmaakt waar de aanvrager zijn of haar beroep instelt, betreft de discretionaire beslissingsbevoegdheid van de visumautoriteiten en de toetsingsmogelijkheden van nationale rechters. Hoewel het uitgangspunt van de Visumcode harmonisatie van het uitvoeringsrecht bij visumaanvragen is, hebben de lidstaten een ruime discretionaire vrijheid bij de beoordeling van visumaanvragen.⁷³ Dit is ook erkend door het Hof van

65 COM(2014) 164, 1 april 2014, bijlagen 1-13, zie bijlage 5.

66 EHRM 21 januari 2011, 30696/09 (*M.S.S./Belgium en Griekenland*) en HvJ EU 21 december 2011, C-411/10 (*NS/Secretary of State for the Home Department*). En recent EHRM 4 november 2014, 29217/12 (*Tarakhel/Zwitserland*).

67 C-411/10, r.o. 103.

68 <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/fundamental-rights-challenges-and-achievements-2011>, p. 86-87.

69 Vergelijk de cijfers van het FRA in het jaarrapport over 2012: in Nederland werd 8% ingewilligd, in België 0,7%, in Slowakije 6,4% en in Hongarije 17%, http://fra.europa.eu/sites/default/files/annual-report-2012_en.pdf, p. 90-91 en over 2013: Duitsland 5%, Denemarken 10% en Frankrijk 34%, p. 70-71.

70 Evaluatie van het EU-beleid om het visabeleid ten aanzien van legitieme reizigers te faciliteren. Roadmap van de Commissie 2012, 10/2012, DG HOME/Br.

71 Europese Commissie, Memo 14/589, 16 oktober 2014. In 2013 werden ook Finland en Hongarije op het ontbreken van een beroep bij de rechter gewezen, maar hier is de wetgeving aangepast.

72 Public consultation uitgevoerd door de Europese Commissie tussen 25 maart en 17 juni 2013, gepubliceerd 31 juli 2013, zie met name p. 9.

73 Zie preambule 3 van de Visumcode: ‘verdere harmonisatie van de nationale wetgeving en van de uitvoeringspraktijken van de plaatselijke consulaire vertegenwoordigingen, als onderdeel van een gelaagd systeem dat erop is gericht legaal reizen te bevorderen en illegale immigratie te bestrijden’.

Justitie van de EU in het arrest *Koushkaki*.⁷⁴ Hierin stelde het HvJ EU eerst vast dat het gemeenschappelijk visumstelsel een harmonisatie van de voorwaarden voor afgifte van visa veronderstelt, 'die uitsluit dat er tussen lidstaten verschillen bestaan met betrekking tot de vaststelling van de gronden voor weigering van dergelijke visa'.⁷⁵ Visumaanvragen, aldus het HvJ EU, mogen dan ook op geen andere dan in de Visumcode genoemde gronden worden geweigerd, omdat het in strijd zou zijn met het doel van de Visumcode, namelijk bevordering van legaal reizen, wanneer aan de grens andere dan in de Schengengrenscodes genoemde toegangsvoorwaarden worden gesteld.⁷⁶ Dit neemt niet weg dat bij de toepassing van deze gronden zelf de visumautoriteiten nog over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikken. Volgens het HvJ EU in het arrest *Koushkaki* hebben deze autoriteiten 'bij het onderzoek van die aanvraag over een ruime beoordelingsmarge met betrekking tot de toepassingsvoorwaarden van deze bepalingen en de beoordeling van de relevante feiten, om te bepalen of een van die weigeringsgronden aan de aanvrager kan worden tegengeworpen'.⁷⁷ Deze discretionaire bevoegdheid betreft in de eerste plaats gronden van openbare orde en veiligheid, maar ook de inschatting van het risico dat de visumaanvrager een 'overstayer' is, met andere woorden, niet zal vertrekken nadat zijn visum voor kort verblijf is verlopen. Volgens het eerdergenoemde Handboek bij de Visumcode dienen autoriteiten voor de inschatting van het veiligheidsrisico van de aanvrager, niet alleen het SIS te raadplegen, maar ook nationale databestanden 'in overeenstemming met het nationaal recht'.⁷⁸ Daarnaast wordt in de praktijk de besluitvorming in grote mate bepaald door de kennis, opleiding en persoonlijke achtergrond van de beslissende consulaire agenten.⁷⁹ Een voorbeeld hiervan betreft de lijst van documenten die de visumaanvrager moet overleggen bij zijn of haar visumaanvraag, neergelegd in Annex II van de Visumcode. Doordat deze lijst niet limitatief is, kunnen de lidstaten ook andere documenten verplicht stellen.⁸⁰

Het is aan de nationale rechter om de nationale regels die van toepassing zijn en om de vraag of de nationale autoriteiten het visum mochten weigeren, te toetsen aan de hand van de bepalingen en de weigeringsgronden in de Visumcode.⁸¹ Volgens het HvJ EU in het genoemde arrest *Koushkaki* vereist het beginsel van een aan het Unierecht conforme uitlegging van het nationale recht dat 'de nationale rechter het volledige nationale recht in

beschouwing neemt om te beoordelen in hoeverre dit zodanig kan worden toegepast dat het niet leidt tot een resultaat dat in strijd is met het Unierecht'.⁸² De huidige uitleg van de Visumcode op basis waarvan een buitenlandse rechter zich moet buigen over een beslissing of iemand toegang krijgt tot een andere lidstaat, staat op gespannen voet met het recht op effectieve rechtsbescherming. Zolang de voorwaarden van visumverkrijging niet volledig zijn geharmoniseerd en discretionaire bevoegdheid bestaat bij de toepassing van die gronden, zou deze toetsende rol bij de rechter van de vertegenwoordigde staat moeten liggen. Alleen deze rechters zullen zich bevoegd achten 'het volledige nationale recht' van de staat waarvoor het visum wordt gevraagd, te toetsen. In de nieuwe Visumcode dient hiertoe een duidelijke regeling te worden opgenomen. Hierbij kan lering worden getrokken uit de regeling inzake rechtsbescherming in de SIS II-Verordening.⁸³ Op basis van artikel 43 van deze verordening heeft een individu de keuze in welke lidstaat hij of zij een rechtsmiddel wil instellen inzake een hem of haar betreffende signalering in het SIS. De lidstaten zijn dan verplicht om wederzijds de onherroepelijke uitspraken van de naar nationaal recht bevoegde rechters of instanties uit te voeren.

9.3. Nationaal bestuursrecht en het recht op behoorlijk bestuur: een Europese doorzendplicht?

Hierboven wees ik al op de tegenstrijdigheid in de redenering van het Nederlandse bestuur ten aanzien van de toepassing van nationaal bestuursrecht. Enerzijds past de regering, daarin gevolgd door de rechter, de bestuursrechtelijke begrippen zoals mandaat en delegatie 'without much ado' toe op de besproken vertegenwoordigingsregelingen. Anderzijds weigert het bestuur het in dezelfde wet opgenomen beginsel van de doorzendplicht toe te passen, omdat dit niet zou gelden tussen de lidstaten onderling. Bij beide stellingen van de regering zijn kanttekeningen te plaatsen. Ten eerste kunnen de rechtsbegrippen mandaat en delegatie niet zonder meer op de visumvertegenwoordiging worden toegepast omdat deze de verdeling van verantwoordelijkheden tussen Nederlandse bestuursorganen onderling betreffen en niet zijn geschreven voor volkenrechtelijke of Unierechtelijke afspraken. De Nederlandse rechter kan zich niet zonder meer op deze basis onbevoegd verklaren. Boven-

74 HvJ EU 19 december 2013, C-84/12, JV 2014/57, m.nt. P. Boeles (*Koushkaki*).

75 R.o. 45.

76 R.o. 63. Een vergelijkbare conclusie is later door het HvJ EU herhaald voor de weigering van toegang aan de buitengrenzen aan een persoon die beschikte over een geldig Schengenvisum, HvJ EU 4 september 2014, C-575/12, JV 2014/344, m.nt. C.A. Groenendijk (*Air Baltic*), r.o. 67-69.

77 Zie r.o. 60-63.

78 Handboek Visumcode, paragraaf 7.7.

79 Federica Infantino, 'Bordering at the Window: The Allocation of Schengen Visas at the Italian Embassy and Consulate in Morocco', in: Didier Bigo, Sergio Carrera & Elspeth Guild (red.), *Foreigners, refugees or minorities? Rethinking people in the context of border controls and visas*, Farnham/Burlington: Ashgate Publishing Limited 2013, p. 237.

80 In het voorstel tot wijziging van de Visumcode is deze lijst overigens wel als limitatief voorzien. COM(2014)164, zie het voorgestelde artikel 13 en Annex II.

81 HvJ EU 19 december 2013, C-84/12 (*Koushkaki*), r.o. 75-77.

82 R.o. 76.

83 Zie uitvoerig hierover Evelien Brouwer, *Digital Borders and Real Rights. Effective remedies for third-country nationals in the Schengen Information System*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2008, p. 532 e.v.

dien voldoen de betreffende vertegenwoordigingsafspraken niet aan de voorwaarden van het Nederlandse bestuursrecht. Op grond van artikel 10:13 Awb is voor delegatie een formeel-wettelijke basis vereist welke er niet is voor de besproken bilaterale regelingen: deze zijn niet in het parlement aangenomen. Sterker nog, de afspraken zijn nergens gepubliceerd en de inhoud daarvan is geheim. Ook op inhoudelijke gronden is de bestuursvorm van delegatie niet geëigend voor het onderhavige onderwerp. De vertegenwoordigende staat zou dan een zelfstandige en uitsluitende bevoegdheid verkrijgen inzake de beslissing over wie wel of niet Nederlands grondgebied mag betreden. In de genoemde afspraken krijgt de vertegenwoordigende staat geen volledige bevoegdheid inzake de visumafgifte: Nederland blijft altijd bevoegd zelf een visum voor het eigen grondgebied te verstrekken of de vertegenwoordigende staat hiervoor instructies te geven. Sterker, het feit dat op basis van artikel 8 van de Visumcode kan worden bepaald dat aanvragen van bepaalde categorieën derdelanders altijd aan de centrale autoriteiten van de vertegenwoordigde staat moeten worden voorgelegd, is niet te rijmen met het in artikel 10:16 Awb neergelegde verbod om bij delegatie aanwijzingen voor individuele gevallen te geven.

De besproken vertegenwoordigingsregeling lijkt het meest aan te sluiten bij de vorm van mandaat zoals voorzien in artikel 10:1 Awb. Bij mandaat wordt het besluit namens de mandaatgever afgegeven, waarbij de mandaatgever instructies aan de gemandateerde kan geven en ook zelf bevoegd blijft over de visumaanvraag te beslissen. Echter, de Nederlandse regering ontkent zelf dat het hier om mandaat gaat.⁸⁴

De conclusie van Nederlandse rechters dat de doorzendplicht in de Awb niet is geschreven voor de verhouding tussen Europese staten onderling lijkt op het eerste gezicht juist. Mijn kanttekening betreft echter de weigering van de rechter om de doorzendplicht toe te passen zonder daarbij te toetsen of sprake kan zijn van een 'Europese doorzendplicht'. Een dergelijk recht zou kunnen worden afgeleid uit het recht op goed bestuur zoals beschermd in artikel 41 EU-Handvest. Op het eerste gezicht lijkt dit niet het geval. Ten eerste kan op basis van de letterlijke tekst van deze bepaling dit recht enkel tegenover de instellingen van de Europese Unie worden ingeroepen.⁸⁵ Ten tweede staat in artikel 41 zelf niets over een doorzendplicht. De eerste beperking is deels opgeheven door de uitleg van het HvJ EU in *M./Ierland* en ook in *H.N./Minister for Justice, Equality and Law Reform*.⁸⁶ In deze arresten, allebei over het asielprocesrecht, concludeerde het HvJ EU dat het in artikel 41 EU-Handvest neergelegde

recht een algemeen beginsel van Unierecht is, wat ook tegen nationale overheden kan worden ingeroepen. In *M./Ierland* onderstreepte het HvJ EU daarbij het beginsel van 'equality of arms' of het recht van burgers om in procedures tegen de overheid voldoende middelen van verweer te hebben: 'De verplichting om een besluit op voldoende specifieke en concrete wijze te motiveren zodat betrokkene in staat is te begrijpen waarom zijn verzoek is geweigerd, vormt dus het uitvloeisel van het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging', aldus het Hof.⁸⁷ In *H.N./Minister for Justice, Equality and Law Reform* is het HvJ EU zelfs nog iets explicieter: 'Aangezien in het hoofdgeding een lidstaat het Unierecht uitvoert, vinden de vereisten die voortvloeien uit het recht op behoorlijk bestuur, met name het recht van eenieder dat zijn zaken onpartijdig en binnen een redelijke termijn worden behandeld, dus toepassing in een procedure tot toekenning van de subsidiaire bescherming zoals die in het hoofdgeding, die wordt gevoerd door de bevoegde nationale autoriteit.'

De tweede vraag is of de doorzendplicht, naast de door het HvJ EU genoemde elementen van het beginsel van behoorlijk bestuur, als algemeen beginsel van Unierecht kan worden aangemerkt. Hoewel de doorzendplicht in de Nederlandse Awb is opgenomen, is dit geen vast onderdeel van de wetgeving in overige lidstaten. Wel zien we dit beginsel terug in de gedragscodes van de Europese instellingen. Zo bevat de 'Europese Code voor goed administratief gedrag' die geldt voor alle EU-instellingen, een expliciete verplichting tot doorverwijzing naar de bevoegde dienst van de instelling.⁸⁸ Artikel 15 van deze gedragscode bevat niet alleen een doorzendplicht, maar ook een plicht om de betrokkene over de doorzending te informeren.⁸⁹ Ook de Gedragscode op administratief gebied (Code of Good Administrative Behaviour) van de Europese Commissie zoals aangenomen in 2000 kent een met de 'doorzendplicht' vergelijkbaar beginsel voor informatieverzoeken aan de Commissie.⁹⁰ Wanneer een verzoek door een andere dienst van de Europese Commissie moet worden behandeld dan de dienst waaraan het verzoek is geadresseerd, 'moet de afzender in kennis worden gesteld van de naam en het kantooradres van diegene aan wie zijn brief is doorgegeven'. Dit betekent dus zowel een doorzendplicht voor de diensten van de Commissie als een verplichting om de betrokkenen hierover te informeren.

In een andere context heeft de Nederlandse regering overigens zelf het belang van een 'Europese doorzendplicht' benadrukt. In de discussie over de ontwerp Data Protectie Verordening wordt een doorzendplicht tussen

84 Op basis van artikel 10:4 Awb kan een mandaat ook worden verleend aan een niet-ondergeschikte, mits deze daarmee instemt.

85 Aanvankelijk bevestigd in HvJ EU 21 december 2011, C-482/10, AB 2012/254, m.nt. Widdershoven (*Cicala*). Zie over dit onderwerp ook A.P.W. Duijkersloot, R. Ortlep, M.J.M. Verhoeven & R.J.G.M. Widdershoven, 'Kroniek Europees Staats- en Bestuursrecht', *NTB* 2012/36, par. 4.1.

86 HvJ EU 22 november 2012, C-277/11 (*M./Ierland*), r.o. 83-84 en HvJ EU 8 mei 2014, C-604/12 (*H.N./Minister for Justice, Equality and Law Reform*).

87 R.o. 88, het HvJ EU verwijst hierbij naar zijn eerdere arrest *Sopropé* van 18 december 2008, C-349/07, waarin het recht op verdediging van burgers in een bestuursrechtelijk geding als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht werd erkend, r.o. 36.

88 De Europese code voor goed administratief gedrag (European Code for Good Administrative Behaviour), goedgekeurd door het Europees Parlement in 2001 en aangevuld door de Europese Ombudsman in 2012. Gepubliceerd op www.ombudsman.europa.eu/, geraadpleegd op 25 oktober 2014. 3. De ambtenaar wijst de burger of organisatie op eventuele fouten of weglatingen in documenten en stelt hen in de gelegenheid deze te corrigeren.

89 Deze bepaling verplicht de betreffende autoriteiten ook om de betrokkenen te wijzen op eventuele fouten of gebreken in de correspondentie en om hen in staat te stellen dit te herstellen.

90 Zie sectie 4 van deze Gedragscode voor de Commissie, gepubliceerd in *PbEG* 2000, L 267, 20 oktober 2000.

de toezichhouders bepleit, wanneer op basis van de competentieregeling een toezichthouder niet bevoegd is een gegevensverwerking waarover een klacht is ingediend zelf te onderzoeken.⁹¹

Hoewel dit zeker geen alternatief is voor een duidelijke regeling inzake rechtsbescherming, zou de erkenning van een Europese doorzendplicht de rechtspositie van aanvragers versterken. Wanneer dit nog een brug te ver is voor nationale rechters, kan dit expliciet worden opgenomen in de nieuwe Visumcode. Anders dan Larbi-Ostendorf en Comijs, meen ik echter dat de bestaande verplichting in de Visumcode om bij een afwijzend besluit te melden bij welke instantie rechtsmiddelen moeten worden ingesteld, het belang van een doorzendplicht niet opheft.⁹² Een dergelijke conclusie zou inhouden dat ook in het Nederlandse bestuursrecht bij een bestaande informatieplicht geen beroep op de doorzendplicht mogelijk is. Hun praktische bezwaar, dat niet-naleving van de Nederlandse doorzendplicht geen invloed heeft op de termijnverloop in de andere lidstaat en dus de aanvrager niet verder helpt, impliceert een pleidooi om ook dit (geen verloop van termijnen als de informatie- of doorzendplicht niet is nageleefd) op Europees niveau te regelen.

10. Conclusies

De Visumcode geeft lidstaten de bevoegdheid elkaar te vertegenwoordigen bij zowel het in behandeling nemen van visumaanvragen, als de afgifte en weigering van visa. Het doel van de Visumcode is harmonisatie van weigeringsgronden in die zin dat staten op geen andere dan in de Visumcode opgenomen gronden een visum mogen weigeren. Deze harmonisatie, zoals het HvJ EU in het arrest *Koushkaki* ook heeft erkend, gaat echter niet zo ver dat de toepassing van deze weigeringsgronden in alle lidstaten hetzelfde is. Bij de besluitvorming zelf behouden de nationale autoriteiten een ruime discretionaire bevoegdheid. De Visumcode, noch het in april 2014 voorgelegde voorstel tot herziening daarvan, is duidelijk over de vraag in welke lidstaat een visumaanvrager kan procederen wanneer zijn of haar visumaanvraag is afgewezen. Op basis van het begrip 'definitieve beslissing' in de Visumcode en de uitleg daarvan in het Visa Handboek, wordt er in het Nederlandse beleid en rechtspraak van uitgegaan dat dit de staat is van het consulaat dat namens Nederland het visum heeft geweigerd. Ter rechtvaardiging van deze uitleg worden begrippen uit het Nederlands bestuursrecht zoals mandatering en delegatie zonder meer op interstatelijke verhoudingen toegepast. Tegelijkertijd wordt voorbijgegaan aan de mogelijkheid van een Europese doorzendplicht op basis van het Unierechtelijke beginsel inzake behoorlijk bestuur.

De geschiedenis lijkt zich hier te herhalen. In de vorige eeuw beriep Nederland zich op de Benelux-overeenkomst en de afspraken die waren gemaakt met de twee andere lidstaten, voor de stelling dat een administratief (AROB) beroep tegen een weigering van een Benelux-visum niet bij de Nederlandse autoriteiten kon worden ingediend. Op basis van de internationale overeenkomst zou immers geen sprake zijn van een nationaal besluit, zo redeneerde Nederland, maar een besluit van een Benelux-orgaan. Dit standpunt, wat tot gevolg had dat feitelijk helemaal geen rechtsmiddel tegen visumweigering openstond, werd echter door de Benelux-Gerechtshof ontkracht.⁹³ Het geheime karakter en de onduidelijke status van de huidige bilaterale regelingen over de besluitvorming inzake de afgifte van een Schengenvisum zijn tot nu toe voor Nederlandse rechters geen reden geweest de gemaakte afspraken buiten toepassing te laten. Door het gebrek aan transparantie over de vertegenwoordigingsafspraken zijn aanvragers echter afhankelijk van de informatie die door consulaten bij negatieve besluiten worden verstrekt. Dit probleem wordt in de ontwerp-Visumcode niet opgelost. Hoewel de plicht tot informatieverstrekking aan de visumaanvrager wordt versterkt, wordt tegelijkertijd de wijze waarop lidstaten met elkaar afspraken kunnen maken, versoepeld. Ook leidt het voorstel, wanneer aangenomen, tot meer verplichte vertegenwoordig tussen lidstaten.

Het recht op toegang tot een effectief rechtsmiddel is in de Visumcode en in artikel 47 EU-Handvest neergelegd. Lidstaten zijn verplicht belemmeringen voor de uitoefening van dit recht zo veel mogelijk weg te nemen. Dit houdt in dat een aanvrager in die staat moet kunnen procederen waar een effectieve toetsing van het negatieve besluit is gewaarborgd. Met andere woorden, het beroep moet kunnen worden ingesteld bij een toegankelijke rechter die over alle relevante informatie beschikt. Dit vraagt om een eenduidige regeling in de Visumcode waarin in ieder geval moet worden gewaarborgd dat de aanvrager het recht op beroep heeft in de staat waarvoor een visum is aangevraagd.⁹⁴ Zoals hierboven bepleit, kan hierbij worden gekozen voor een vergelijkbare regeling zoals in de SIS II-Verordening, waarbij de aanvrager zelf kiest in welke staat hij of zij tegen de visumweigering in beroep wil gaan.

Tot nu toe zijn over de uitleg van de relevante bepalingen in de Visumcode nog geen prejudiciële vragen gesteld. Omdat in de Nederlandse Vreemdelingenwet hoger beroep in visumzaken is uitgesloten, is de lagere rechter ook meteen de hoogste rechter. Dit houdt in dat deze rechter op grond van artikel 267 VWEU een rechtsvraag over de toepassing of uitleg het Unierecht aan het HvJ EU moet voorleggen wanneer dit noodzakelijk is voor de uitspraak in de onderhavige zaak. Het bovenstaande laat zien dat voor wat betreft de rechtsbescherming bij visum-

91 Zie ontwerp artikel 51 van het voorstel COM(2012)11, 25 januari 2012. *Kamerstukken I 2013/14*, 32317, DA, 21 oktober 2013.

92 Zie Isabelle Larbi-Ostendorf & Diana Comijs, 'Visumvertegenwoordiging', *A&MR* 2014, afl. 8/9, p. 342.

93 BenGH 20 december 1988, *RV* 1988/43, m.nt. C.A. Groenendijk.

94 In november 2014, heeft de Commissie-Meijers hiertoe amendementen voorgesteld bij het nieuwe voorstel tot wijziging van de Visumcode, CM 1412, 3 november 2014, www.commissie-meijers.nl.

weigering, de Nederlandse rechters zich van deze plicht nog onvoldoende bewust zijn.