

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 191.551 van 18 maart 2009
in de zaak A. 187.249/XIV-30.258.**

In zake : XXX,
 die woonplaats kiest bij
 Advocaat E. DE SIMONE,
 kantoor houdende te 2018 ANTWERPEN,
 Broederminstraat 38

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door Minister van Binnenlandse
Zaken, thans de Minister van Migratie- en asielbeleid.

--

DE VOORZITTER VAN DE XIVe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat XXX, van Nigeriaanse nationaliteit, op
27 februari 2008 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het arrest nr. 6231 van
24 januari 2008 van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen;

Gelet op de beschikking nr. 2427 van 21 maart 2008 waarbij het
cassatieberoep toelaatbaar wordt verklaard;

Gelet op artikel 16 van het koninklijk besluit van 30 november 2006 tot
vaststelling van de cassatie-procedure bij de Raad van State;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van
wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door Auditeur M. STERCK, op grond van
artikel 16 van voormeld koninklijk besluit;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen en gelet op het
verzoek tot voortzetting teneinde te worden gehoord van de verzoekende partij;

Gelet op de beschikking van 20 oktober 2008 waarbij de terechtzitting
bepaald wordt op 14 januari 2009;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter A. BEIRLAEN;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat J. DE LIEN die, loco Advocaat E. DE SIMONE verschijnt voor de verzoekende partij en van Advocaat E. MATTERNE die, loco Advocaat C. DECORDIER verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Eerste Auditeur-afdelingshoofd R. VANDER ELSTRAETEN;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat :

1.1. XXx, van Nigeriaanse nationaliteit, dient op 7 november 2006 een aanvraag tot vestiging in in functie van zijn minderjarig kind, van Belgische nationaliteit.

1.2. Op 17 november 2006 neemt de Minister van Binnenlandse Zaken een beslissing tot weigering van de vestiging met bevel om het grondgebied van het Rijk te verlaten.

1.3. Verzoeker dient op 19 oktober 2007 een beroep tot nietigverklaring tegen deze beslissing in bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

1.4. Bij arrest nr. 6231 van 24 januari 2008 heeft de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen het beroep tot nietigverklaring verworpen

Dit is het bestreden arrest.

2. Over de gegrondheid van het beroep.

2.1.1. Overwegende dat, aangezien in het eerste middel wordt verwezen naar het tweede middel, het aangewezen is eerst het tweede middel te onderzoeken; dat verzoeker als tweede middel aanvoert:

“TWEEDE middel: Schending van art. 8 EVRM. Schending van art.3.1 van het Vierde Aanvullend Protocol bij het EVRM. Schending van art. 2 , 3, 30, en 31 van de EU

Richtlijn 2004/38 van 29 april 2004. Schending van art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Schending van art. 40 van de Vreemdelingenwet. Schending van het gelijkheidsbeginsel zoals vastgelegd in art. 10, 11 en 24 van de grondwet. Schending van art. 40 § 6 van de Vreemdelingenwet.

Verzoeker is conform art. 3. een begunstigde van Richtlijn 2004/38 in die zin dat hij conform art. 2.2.d een bloedverwant is in opgaande lijn van een EU onderdaan.

Artikel 2

Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

1. "burger van de Unie": eenieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit;

2. "familielid":

a) de echtgenoot;

b) de partner, met wie de burger van de Unie overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat een geregistreerd partnerschap heeft gesloten, voorzover de wetgeving van het gastland geregistreerd partnerschap gelijk stelt met huwelijk en aan de voorwaarden van de wetgeving van het gastland is voldaan;

c) de rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn alsmede die van de echtgenoot of partner als bedoeld onder b), beneden de leeftijd van 21 jaar of die te hunnen laste zijn;

d) de rechtstreekse bloedverwanten in opgaande lijn, alsmede die van de echtgenoot of partner als bedoeld onder b), die te hunnen laste zijn;

3. "gastland": de lidstaat waarheen de burger zich begeeft om zijn recht van vrij verkeer of verblijf uit te oefenen.

Artikel 3.1 luidt als volgt Begunstigden

1. Deze richtlijn is van toepassing ten aanzien van iedere burger van de Unie die zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, en diens familieleden als gedefinieerd in artikel 2, punt 2), die hem begeleiden of zich bij hem voegen.

Verzoeker meent dat de bestreden beslissing niet is genomen met inachtneming van de artikelen 30 en 31 van EU Richtlijn 2004/38.

De EU Richtlijn heeft sedert 1 mei 2006 directe werking daar de Belgische Staat heeft nagelaten de Richtlijn om te zetten naar nationaal recht. Directe werking betekent dat bepalingen, op voorwaarde dat ze voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk gedefinieerd zijn in de Richtlijn, toch van kracht worden in een lidstaat, zelfs wanneer de lidstaat in gebreke bleef om de betrokken bepalingen tijdig om te zetten in nationaal recht. Concreet heeft dit tot gevolg dat bestaande Belgische regelgeving die strijdig is met bepalingen van de Richtlijn die directe werking hebben, geen rechtsbasis meer heeft en door Belgische rechters buiten beschouwing zal moeten worden gelaten.

Dat de raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt dat de Richtlijn niet van toepassing zou zijn op interne materies. Dat dit evident een discriminatie uitmaakt. Dat in de redenering van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen de Belgische Staat strengere regels kan opleggen aan haar eigen onderdanen dan aan begunstigten van de richtlijn. Dat dit evident een ongelijkheid uitmaakt. Dat er geen enkele objectieve reden bestaat om EU onderdanen van andere lidstaten een gunstiger verblijfsregime toe te laten dan de eigen onderdanen, dat dit neerkomt op omgekeerde discriminatie.

Dat verzoeker de Raad verzocht een prejudiciële vraag hieromtrent te stellen.

Dat de Raad dit verzoek afwees omdat verzoeker dit niet in zijn verzoekschrift had vermeld maar enkel in de repliekmemoirie.

Dat verzoeker stelt dat de Raad ambtshalve de prejudiciële vraag kan stellen en in elk geval op geen enkele wijze het aspect van omgekeerde discriminatie behandelt.

Dat verder uit art. 40 § 6 blijkt dat vreemdelingen die in bovenvermelde categorie vallen gelijkgesteld worden met EG vreemdelingen, dat dit thans overeenkomt met het begrip EU onderdanen, dat zij derhalve gelijkgesteld worden.

Dat voor zover hierover betwisting zou bestaan verzoeker de Raad van State verzoekt een prejudiciële vraag te stellen hierover aan het Grondwettelijk Hof .

Dat hieruit volgt dat Richtlijn 2004/38 volle uitwerking dient te krijgen inclusief de procedurele waarborgen geboden door de Richtlijn waaronder:

Artikel 31.3: "De rechtsmiddelen voorzien in de mogelijkheid van onderzoek van de wettigheid van het besluit, alsmede van de feiten en omstandigheden die de voorgenomen maatregel rechtvaardigen. Zij garanderen tevens dat het besluit niet onevenredig is, met name gelet op de voorwaarden van artikel 28.

Verzoeker stelt vast dat de bestreden beslissing louter een administratieve beslissing betreft die niet werd genomen na een procedure zoals voorzien in artikel 31.3 van EU Richtlijn 2004/38 van 29 april 2004.

Verzoeker meent dan ook dat de bestreden beslissing noodzakelijkerwijze nietig is. Schending van art. 31 van de Richtlijn 2004/38

Artikel 31.3: "De rechtsmiddelen voorzien in de mogelijkheid van onderzoek van de wettigheid van het besluit, alsmede van de feiten en omstandigheden die de voorgenomen maatregel rechtvaardigen. Zij garanderen tevens dat het besluit niet onevenredig is, met name gelet op de voorwaarden van artikel 28.

Verzoeker werd louter een beslissing betekend waartegen enkel een beroep openstaat bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Wanneer deze bestreden beslissing vermeldt dat enkel een beroep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen mogelijk is tegen deze beslissing moet verzoekster vaststellen dat dit beroep niet beantwoordt aan de voorwaarden zoals gesteld in art.31 van de EU Richtlijn 2004/38. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen oordeelt immers enkel over de wettigheid van de bestreden beslissing en niet over de feiten die aanleiding hebben gegeven tot de beslissing zoals zij ook terecht aangeeft in de bestreden beslissing.

Dat de afwezigheid van deze procedurele waarborgen een foutieve implementatie van de richtlijn 2004/38 inhoudt.

Dat de bestreden beslissing foutief is wanneer zij vaststelt dat zij kan oordelen zonder volle rechtsmacht.

Schending van art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Richtlijn 2004/38 verwijst direct naar het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en dus ook naar art. 47 van het handvest.

In juni 2006 citeerde het Europees Hof van Justitie het Charter derwijze dat het zijn rechtstreekse werking bevestigde. Het stelde dat de vermelding in de preambule in de richtlijn voldoende was om het Charter van toepassing te maken (...).

Dat het Handvest thans sedert 12.12.2007 geen louter politieke verklaring is maar een verdrag.

Dat manifest foutief de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt dat het Handvest slechts juridische waarde zal hebben wanneer het is geratificeerd door alle lidstaten. Dat zulks onzin is. Dat het Handvest thans juridische waarde heeft door het adagium "patere legem quem ipse fecisti". Dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen dit aspect in zijn geheel ten onrechte afwijst.

Dat art. 47 als volgt luidt:

Recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht
Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden.

Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld.

Eenieder heeft de mogelijkheid zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen. Rechtsbijstand wordt verleend aan diegenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken, voorzover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen.

Dat de invulling van art. 47 gelijklopend is met de invulling van art. 6 EVRM met het verschil dat het toepassingsgebied zich uitstrekt niet alleen over burgerlijke en strafrechtelijke materies maar ALLE materies die het Europees recht regelt waaronder dus ook het recht op gezinshereniging. Dat de tekst zowel art. 13 EVRM als art. 6 EVRM incorporeert.

Dat de rechtspraak ivm art. 6 EVRM dan ook relevant is ter beoordeling van het feit of dat onderhavig beroep voldoet aan de voorwaarde zoals gesteld in het Europees Handvest.

Verzoeker stelt dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen volle rechtsmacht dient te hebben.

Verzoeker betoogt dat het principe dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen geen eigen onderzoek kan stellen in strijd is met het begrip "full jurisdiction" volle rechtsmacht zoals vastgelegd in het EVRM en dus indirect van toepassing via art. 47 van het Handvest (zie hierboven).

Van belang is om te beginnen dat artikel 6 lid 1 EVRM niet alleen toegang tot een rechter garandeert maar ook eisen stelt aan de rechterlijke toetsing van overheidsoptreden. In het kader van een procedure moet op grond van vaste jurisprudentie ten minste één rechterlijke instantie met volledige rechtsmacht ('full jurisdiction') de betreffende besluiten kunnen controleren (...).

De eis van 'full jurisdiction' houdt in dat de betreffende rechter de bevoegdheid moet hebben: 'to examine all questions of fact and law relevant to the dispute before it.' (...)

De rechter moet op grond van artikel 6 lid 1 EVRM dus alle voor het betreffende geschil relevante vragen van juridische en feitelijke aard kunnen onderzoeken. Het is belangrijk om expliciet te constateren dat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen rechtsvragen en feitelijke vragen (...).

Uit het voorgaande volgt dat de rechter om te voldoen aan de eisen van artikel 6 EVRM dus ook moet kunnen oordelen over de vaststelling van de feiten als deze relevant zijn in het geschil. Daarmee is van belang wat wordt bedoeld met 'facts relevant to the dispute'. Immers alleen met betrekking tot deze feiten geldt het vereiste van 'full jurisdiction'.

Daarmee is de vraag aan de orde hoe intensief de rechter terzake moet kunnen toetsen. Uitgangspunt van de jurisprudentie van het EHRM lijkt te zijn dat de rechter een eigen oordeel over de feiten moet geven hetgeen impliceert dat hij de bestuurlijke feitenvaststelling vol moet kunnen toetsen. Gewezen kan hier worden op de uitspraak van het EHRM in de zaak *Terra Woningen t. Nederland*. Daarin werd een schending van artikel 6 lid 1 EVRM aangenomen omdat de kantonrechter bij het vaststellen van een huurprijs niet zelfstandig wilde onderzoeken of er sprake was van bodemverontreiniging (een factor bij het bepalen van de huurprijs) en het standpunt van Gedeputeerde Staten daarover zonder meer overnam. Dit ondanks het feit dat partijen van mening verschilden over de vraag of er inderdaad sprake was van bodemverontreiniging. In de woorden van het Hof:

'54. In so doing the Schiedam District Court, a "tribunal" satisfying the requirements of Article 6 para. 1 (...) (as was not contested), deprived itself of jurisdiction to examine facts which were crucial for the determination of the dispute.

55. In these circumstances the applicant company cannot be considered to have had access to a tribunal invested with sufficient jurisdiction to decide the case before it. There has accordingly been a violation of Article 6 para. 1 (...).'

Vrij vertaald: 54 Door zo te handelen heeft de Rechtbank van Schiedam, een rechtbank die voldoet aan de vereisten van art. 6 par. 1 zichzelf beroofd van de bevoegdheid om de feiten te onderzoeken die cruciaal waren voor de beslechting van de zaak.

55. In deze omstandigheden kan de verzoekster niet beschouwd worden als toegang hebbende tot een rechtbank met een voldoende rechtsmacht om de zaak te behandelen. Er is een schending van art. 6. par. 1.

Uit het voorgaande zou kunnen worden afgeleid dat een meer terughoudende — marginale — toetsing van de feitenvaststelling nooit door de beugel zou kunnen, maar uit de zaak *Bryan t. Verenigd Koninkrijk* blijkt dat het EHRM onder bepaalde omstandigheden daarmee wel genoegen neemt (...). Deze zaak betrof een handhavingsbesluit op grond waarvan de heer Bryan twee huizen moest slopen en bouw materiaal moest verwijderen. Daartegen kwam hij vergeefs op bij het bestuursorgaan dat het besluit nam, waarna er beroep werd ingesteld bij de rechter. Daar kon echter de juistheid van de vastgestelde feiten die de basis vormden van het besluit niet meer direct

worden betwist. De rechter was alleen bevoegd ten aanzien van rechtsvragen en kon geen nader bewijs ontvangen. Wel had de rechter de bevoegdheid om te beoordelen of de procedure waarin de feiten waren vastgesteld rechtmatig was en of de feitenvaststelling 'perverse or irrational' was.

Beperkingen van rechterlijke controle op de bestuurlijke feitenvaststelling bevinden zich dus 'in de gevarenzone van artikel 6 EVRM', maar zijn gelet op de zaak Bryan niet zonder meer ongeoorloofd. Voor dergelijke beperkingen moet wel een overtuigende rechtvaardigingsgrond bestaan, zoals de aard van het materiële rechtsgebied en de daaraan verbonden bestuurlijke vrijheid en het gespecialiseerde karakter van de feitenvaststelling. Daarbij is van belang dat de bestuurlijke feitenvaststelling in een met voldoende waarborgen omklede - quasirechterlijke - gespecialiseerde administratieve voorprocedure heeft plaatsgevonden. Hieruit lijkt voort te vloeien dat het in dergelijke gevallen in het licht van artikel 6 EVRM ook mogelijk is grenzen te stellen aan het inbrengen van bepaald nieuw bewijsmateriaal in de rechterlijke procedure. Sommige bewijsmateriaal vergt immers een geheel nieuwe beoordeling door de rechter, iets waartoe hij echter juist niet in staat is gelet op, bijvoorbeeld, de daartoe vereiste specialisatie.

De beperkingen van rechterlijke controle op de bestuurlijke feitenvaststelling mogen in ieder geval nooit zo ver gaan dat de rechter zich geheel verlaat op het oordeel van het bestuur. Dat zou immers feitelijk betekenen dat de betrokkene opdat punt geen toegang heeft tot de rechter. Er moet in het kader van de rechterlijke procedure een debat kunnen worden gevoerd over de juistheid van het bestuurlijke feitenoordeel en de wijze waarop dat tot stand is gekomen. Het geheel uitsluiten daarvan kan blijkens de jurisprudentie van het EHRM niet door de beugel. Gewezen kan worden op de al genoemde zaak *Terra Woningen t. Nederland* en op de meer recente zaak *Chevrol t. Frankrijk* (...). Deze laatste zaak werd aan het EHRM voorgelegd nadat de Franse Raad van State (*Conseil d'Etat*) het beroep van verzoekster tegen de weigering haar Algerijnse artsexamen te erkennen had afgewezen. Daarbij heeft de Raad van State zijn eigen jurisprudentie gevolgd, waarbij hij, bij de beantwoording van de vraag of de betreffende verdragen toepasselijk waren, zich geheel heeft verlaten op het oordeel van een bestuursorgaan, ook waar dat de feitenvaststelling betrof. Het EHRM is daarover kritisch: ook al lijkt raadpleging van de minister door de Raad van State over de beoordeling van de voorwaarde van wederkerigheid bij de erkenning van diploma's noodzakelijk, door deze wijze van werken verplicht de Raad van State zich het oordeel te volgen van de minister, dat wil zeggen van een buiten de Raad staande en tot de uitvoerende macht behorende autoriteit, zonder het oordeel van die autoriteit aan kritiek of aan een contradictoir debat te onderwerpen. Het Hof is verder van oordeel dat met betrekking tot het inwinnen van het oordeel van de minister, dat bepalend zou zijn voor hetgeen in het geschil ter beslissing stond, voor appellante geen enkele voorziening openstond. Zij heeft geen enkele gelegenheid gekregen zich uit te spreken over het gebruik van het ministerieel oordeel, of over de formulering van de aan de minister gestelde vraag, of over de elementen van de beantwoording van die vraag. Appellante heeft aan de Raad van State verscheidene stukken overgelegd om aan te tonen dat de Algerijnse overheid de betreffende regelingen feitelijk wel degelijk toepaste. Deze stukken zijn zelfs niet onderzocht door de Raad, die derhalve niet heeft willen onderzoeken of zij een goede grondslag voor het betoog van appellante vormden. Aldus heeft de Raad zich gebonden geacht aan het oordeel van de minister, en zichzelf de bevoegdheid ontszegd om feitelijke gegevens die beslissend konden zijn voor het aan hem voorgelegde geschil in zijn beoordelingen te betrekken. Onder deze omstandigheden kan volgens het EHRM niet worden gezegd dat appellante toegang heeft gehad tot een rechterlijke instantie die een toereikende bevoegdheid had, dan wel erkende dat zij een dergelijke bevoegdheid had, om zich te buigen over alle feitelijke en juridische kwesties die relevant waren om het geschil te beoordelen.

Toegepast op onderhavig beroepsprocedure meent verzoekster dat de procedure aanvraag vestiging geenszins kan omschreven worden als een "quasi-jurisdictioneel

orgaan". Integendeel verzoeker werd bij de intrekking van de beslissing niet eens gehoord. Zelfs het hoorrecht werd niet op correcte wijze gewaarborgd.

Dat derhalve de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen diende over te gaan tot een volledig onderzoek van de feiten en zelfs moet overgaan tot een ambtshalve onderzoek van de feiten. Dat de Raad in principe zelfs gehouden is onderzoeksmaatregelen te bevelen wanneer zij zich in de onmogelijkheid zou bevinden de nodige relevante feiten in het dossier te treffen.

Dat daarentegen de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt dat zij geen enkele bevoegdheid hieromtrent heeft, meer nog uitdrukkelijk stelt geen volle rechtsmacht te hebben

Dat de bestreden beslissing de jure foutief gemotiveerd werd en dus art. 39/65 van de Vreemdelingenwet geschonden is door de foutieve motivering in rechte.

Schending van artikel 8 EVRM; Schending van art. 2 en 3 van de Richtlijn 2004/38 en van art. 40 van de Vreemdelingenwet.

Verzoeker betoogt dat de voorwaarde "ten laste zijn" opzij geschoven dient te worden gelet op de thans geldende rechtspraak van het Europees Hof van Justitie in deze materie.

Dat verzoeker verwijst naar het advies van de Commissie voor Advies voor Vreemdelingen dd. 8.12.2006 in een gelijkaardige zaak in de zaak nr. 5.612.029.

Dat de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie in principe de kwalificatie van het begrip familielid "ten laste" beschouwt voortvloeiend uit de feitelijke situatie die gekarakteriseerd is door de omstandigheid dat de materiële steun van het familielid verzekerd wordt door de titularis van het verblijfsrecht.

In de zaak CHEN t/ Secretary of state for the home department, in dewelke de situatie omgekeerd was dat de tenlasteneming niet verzekerd werd door de titularis van het verblijfsrecht, maar verzekerd werd door de aanvrager van het verblijfsrecht, heeft het Europees Hof van Justitie gesteld

"weigeren aan de ouders, inwoners van derdelanden, die effectief de bewaring/gezag hebben over het kind, om met dit kind in deze staat te verblijven, ontriefte deze laatste van elk nuttig recht op verblijf, dat evenwel bestaat in hoofde van dit kind, en dat het recht heeft om begeleid te worden door de persoon die hem effectief zijn bewaring verzekert." (vrije vertaling) (Zaak CHEN - C-2000/02)

Uit deze rechtspraak volgt dat het genot van het recht op verblijf dat een kind van jonge leeftijd geniet, noodzaakt dat dit kind door zijn ouder zal begeleid worden, die dit kind effectief verzorgt, en daarom deze persoon, derdelander, in de mogelijkheid moet gesteld worden om bij zijn kind te verblijven in het ontvangstland (CHEN - C-2000/02).

Dat deze rechtspraak ten zeerste pertinent is bij de beoordeling van onderhavige zaak. Dat anders oordelen zou maken dat art. 8 EVRM in combinatie met art. 3.1 van het Vierde Aanvullend Protocol bij het EVRM zou geschonden worden. Om het gezinsleven verder te waarborgen zou verzoekster enkel en alleen de aanvraag kunnen indienen wanneer zijn kind hem vergezelt naar zijn land van herkomst. Zodoende dwingt de Belgische Staat een eigen onderdaan het land te verlaten.

Tenslotte gaat de bestreden beslissing voorbij aan art. 8 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens van 4.11.1950. Verzoekster en haar kind hebben recht op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven. Geen inmenging van de overheid dan na proportionele afweging van de Belgische Staat om verzoekster van het grondgebied verwijderd te zien worden, en de nadelen voor verzoekster en haar gezin dat van elkaar gescheiden wordt.

Dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt dat een correcte toepassing van de Vreemdelingenwet geen grondrechten kan schenden ... De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt dat art. 8 EVRM niet absoluut is. Dat zij hiervoor geen redengeving kan aanbrengen in de bestreden beslissing. Dat zij op geen enkele wijze kan aantonen dat deze schendingen noodzakelijk zouden in een democratische samenleving. Dat zij de redenering omdraait, het uitgangspunt is het gezinsleven dat gerespecteerd dient te worden, de uitzondering moet gemotiveerd worden.

Dat op deze wijze er geeneens sprake kan zijn van een minimum aan motivering van de bestreden beslissing inzake de grondrechten van verzoeker.

Schending van de motiveringsverplichting

Dat de bestreden beslissing daarenboven ten onrechte verwijst naar artikel 4,3, c van de richtlijn 68/360, nu die richtlijn werd opgeheven door de richtlijn 38/2004.

Dat de aldus gegeven manifest onjuist want onwettig is en dus faalt in rechte, en derhalve een schending uitmaakt van de aangehaalde bepaling.

Dat verwerende partij zich wel degelijk vergist over de inwerkingtreding van richtlijn 2004/38. De werkingsdatum wordt vermeld in de Richtlijn zelf. Dat terwijl verwerende partij volhield in haar replieknota dat de Richtlijn pas inwerking trad op 01.05.2007 de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen van oordeel is dat verzoeker gelijk heeft en dat de Richtlijn in werking trad op 29.04.2006.

Dat hoegenaamd GEEN SPRAKE kan zijn van een materiële vergissing vanwege de verwerende partij die zij niet heeft rechtgezet door een intrekking noch door te stellen dat het ging om een materiële vergissing.

Dat de bestreden beslissing wel degelijk manifest foutief gemotiveerd werd en altijd diende gevolgd te worden door een vernietiging.”;

2.1.2. Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord het middel herhaalt zoals uiteengezet in haar inleidend verzoekschrift;

2.1.3.1. Overwegende dat in een eerste onderdeel verzoeker de schending aanvoert van artikel 31.3 van richtlijn 2004/38/EG doordat het beroep tegen de weigeringsbeslissing bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet beantwoordt aan de vereisten gesteld door deze bepaling zodat de bestreden beslissing foutief is; dat artikel 31.3 van richtlijn 2004/38/EG bepaalt:

“De rechtsmiddelen voorzien in de mogelijkheid van onderzoek van de wettigheid van het besluit, alsmede van de feiten en omstandigheden die de voorgenomen maatregel rechtvaardigen. Zij garanderen tevens dat het besluit niet onevenredig is, met name gelet op de voorwaarden van artikel 28”;

dat richtlijn 2004/38/EG, onder de voorwaarden van artikel 3, van toepassing is op iedere burger van de Unie die zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, en op zijn familieleden, die hem begeleiden of die zich bij hem voegen; dat de richtlijn een grensoverschrijdend aspect vereist om te kunnen worden toegepast; dat het onderhavig geval, (een onderdaan van een derde staat die een verblijfsrecht aanvraagt in functie van zijn Belgisch kind en dit kind heeft nooit gebruik gemaakt van zijn recht op vrij verkeer) geen aanknopingspunt vertoont met de in artikel 3 van de richtlijn bedoelde gevallen; dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen terecht overweegt dat, aangezien verzoeker geen begunstigde is van richtlijn 2004/38/EG, hij zich niet dienstig kan beroepen op artikel 31.3 van deze richtlijn; dat verzoeker stelt dat hij zich op het gemeenschapsrecht kan beroepen aangezien artikel 40 §6 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en

de verwijdering van vreemdelingen gezinsleden van een Belg gelijkstelt met een EU-onderdaan; dat verzoeker niet dienstig kan verwijzen naar dit artikel 40, § 6 nu hij niet voldoet aan de voorwaarde van ten laste zijn, voorwaarde uitdrukkelijk gesteld; dat er geen prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie met betrekking tot de draagwijdte van artikel 31.3 van richtlijn 2004/38/EG dient gesteld, aangezien deze bepaling geen verband houdt met de zaak; dat voor zover verzoeker een prejudiciële vraag opwerpt aan het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de ongelijkheid die zou ontstaan met betrekking tot de procedurele waarborgen waarover een familielid van een EG-onderdaan beschikt ten opzichte van een familielid van een Belg, dient vastgesteld dat beide categorieën beschikken over het rechtsmiddel van het annulatieberoep voorzien door artikel 39/2, § 2, van de Vreemdelingenwet; dat het zich al dan niet kunnen beroepen op artikel 40, § 6, van de Vreemdelingenwet, of op de richtlijn 2004/38, niet tot gevolg heeft dat een procedureel onderscheid wordt gemaakt tussen deze categorieën; dat de opgeworpen prejudiciële vraag zonder voorwerp is; dat bovendien het Grondwettelijk Hof in het arrest 81/2008 heeft geoordeeld dat het annulatieberoep voorzien in voormeld artikel 39/2, §2, voldoet aan het vereiste van een daadwerkelijk rechtsmiddel;

2.1.3.2. Overwegende dat in een tweede onderdeel verzoeker de schending aanvoert van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie; dat dit Handvest geen juridisch bindende kracht heeft; dat, voor zover verzoeker in zijn uiteenzetting verwijst naar de schending van artikel 6 van het E.V.R.M., geantwoord moet worden dat betwistingen in verband met de toegang, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen buiten de toepassings sfeer van artikel 6 van het EVRM vallen omdat de desbetreffende regels een publiekrechtelijk karakter hebben;

2.1.3.3. Overwegende dat de verzoekende partij in een derde onderdeel de schending aanvoert van artikel 8 van het EVRM, van de artikelen 2 en 3 van richtlijn 2004/38/EG en van artikel 40 van de Vreemdelingenwet; dat zij stelt dat de voorwaarde van het “ten laste zijn” dient opzij geschoven, gelet op de thans geldende rechtspraak van het Europees Hof van Justitie, meer in het bijzonder gezien hetgeen is gesteld in het arrest Chen; dat, nu uit de bespreking van het eerste onderdeel blijkt dat de verzoekende partij niet kan worden gelijkgesteld met een EG-onderdaan in de zin van artikel 40, § 6, het middel, in zoverre het steunt op het arrest CHEN (C-2000/02) van het Europees Hof van Justitie, bijgevolg niet dienstig kan worden aangevoerd; dat in zoverre verzoeker zich steunt op artikel 3.1. van het vierde aanvullend protocol bij het E.V.R.M., het bestreden arrest motiveert dat de verwijderingsmaatregel geen betrekking heeft op verzoekers Belgisch kind en partner en derhalve geen verwijdering van een eigen onderdaan bevat;

2.1.3.4. Overwegende dat in een vierde onderdeel verzoeker de schending aanvoert van de motiveringsverplichting aangezien de bestreden beslissing ten onrechte verwijst naar artikel 4, 3, c van de richtlijn 68/360; dat verzoeker meent dat de verwerende partij zich vergist omtrent de inwerkingtreding van richtlijn 2004/38/EG; dat de kritiek van verzoeker betrekking heeft op de beslissing van de Minister van Binnenlandse Zaken en bijgevolg niet het voorwerp uitmaakt van huidig verzoekschrift; dat het tweede middel in de mate het ontvankelijk is, niet gegrond is;

2.2.1. Overwegende dat verzoeker als eerste middel aanvoert:

“EERSTE Middel: Schending van de hoorplicht op zich en in combinatie met het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Schending van art. 39/65 van de Vreemdelingenwet. Schending van art. 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Dat het beginsel van behoorlijk bestuur de hoorplicht tot doel heeft dat de bestuurde zijn standpunt op nuttige wijze kan doen kennen en bovendien dat het bestuur het zorgvuldigheidsbeginsel respecteert door pas een beslissing te nemen na een behoorlijk onderzoek van de zaak en met kennis van de relevante gegevens. (I. Opdebeek, op.cit. p. 235 e.c.)

Dat het verhoor als basis zal dienen voor verdere stappen binnen de administratieve procedure; dat het daarom noodzakelijk is dat de Dienst Vreemdelingenzaken kennis heeft van alle relevante informatie; dat het verhoor daarom met respect voor het beginsel van behoorlijk bestuur de hoorplicht moet afgenomen worden.

Dat het beginsel van behoorlijk bestuur de hoorplicht enkel van toepassing is bij afwezigheid van een normatieve regeling van de hoorplicht. Dat het beginsel van behoorlijk bestuur de hoorplicht van toepassing is bij het nemen van beslissingen met individuele draagwijdte; dat de bestreden beslissing gevolgen resorteert die een weerslag heeft op de rechtstoestand van verzoeker; dat de bestreden beslissing een individuele draagwijdte heeft.

Dat het beginsel van behoorlijk bestuur de hoorplicht geldt bij het nemen van individuele bestuurshandelingen t.a.v. burgers, ambtenaren, mandatarissen en andere besturen; dat verzoeker burger is.

Dat in onderhavig geval duidelijk blijkt dat de hoorplicht die bestaat in hoofde van de Dienst Vreemdelingenzaken niet vervuld werd.

Meer nog de hoorplicht wordt in het Europees recht aanzien als één van de meest belangrijke fundamentele rechten. De ontkenning hiervan is dan ook essentieel een belangrijke schending van art. 41 van het Handvest.

De motivering van de bestreden beslissing waarin gesteld wordt dat het beginsel van behoorlijk bestuur met name de hoorplicht, niet geschonden wordt is in essentie foutief. Dat verzoeker aan de Raad van State verzoekt volgende prejudiciële vraag te stellen: "Dienen de lidstaten te voorzien in een hoorplicht bij de administratieve overheid die een asielaanvraag in het kader van Richtlijn 2004/38 hebben ingediend in die zin dat zij voorafgaandelijk aan een weigeringsbeslissing de kans moeten krijgen het dossier in te zien en voorafgaandelijk aan de weigeringsbeslissing opmerkingen over te maken aan deze administratieve overheid."

Dat verzoeker gehoord had moeten worden alvorens hem de bestreden beslissing werd betekend.

Dat verwerende partij stelde dat verzoeker dient aan te tonen dat zij ten laste is van haar Belgisch kind.

Dat verwerende partij naliet aan te tonen dat verzoeker ten laste is van de Belgische Staat en nalaat aan te tonen dat het kind van verzoekster niet zou "beschikken" over toereikende bestaansmiddelen.

Dat verzoeker niet gevraagd werd om deze bewijzen voor te leggen. Dat zij enkel en alleen gevraagd werd de bewijzen van "het ten laste" zijn van een minderjarig kind over te leggen.

Dat verzoekster beschikt over voldoende inkomen om niet ten laste te vallen van de Belgische Staat en dat haar kind evenmin ten laste valt van de Belgische Staat. Dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen ten onrechte stelt dat verzoeker dit bewijs dient te leveren. Dat Richtlijn 2004/38 hiervan geen enkel gewag maakt en dat het principe vooropgesteld in de Richtlijn stelt dat er geen belasting mag zijn voor de lidstaten waar de vreemdeling zich vestigt.

Dat gezien de richtlijnen geciteerd in art. 40 van de Vreemdelingenwet allemaal opgeheven zijn door de invoering van Richtlijn 2004/38 dient men de interpretatie van het "ten laste zijn" te zoeken in de nieuwe Richtlijn. Dat volgens verzoekster de interpretatie zoals zij deze weergeeft in huidig verzoekschrift de juiste is.

Dat verwerende partij een beslissing heeft genomen zonder hiermee rekening te houden. Dat de hoorplicht geschonden werd.

Dat de raad voor vreemdelingenbetwistingen ten onrechte motiveert dat de hoorplicht niet van toepassing is het vreemdelingenrecht. Dat de verwijzing naar het arrest van de Raad van State in zijn geheel niet dienstig is gelet op richtlijn 2004/38.

Dat de draagwijdte van de hoorplicht gezocht dient te worden in deze laatste richtlijn en niet in de vreemdelingenwet van 1980.

Dat de bestreden beslissing de jure foutief gemotiveerd werd en dus art. 39/65 van de Vreemdelingenwet geschonden is door de foutieve motivering in rechte.”;

2.2.2. Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord het middel herhaalt zoals uiteengezet in haar inleidend verzoekschrift;

2.2.3. Overwegende dat in een eerste middel verzoeker de schending aanvoert van de hoorplicht op zich en in combinatie met het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, van artikel 39/65 van de Vreemdelingenwet en van artikel 41 van het Handvest en de grondrechten van de Europese Unie; dat verzoeker stelt dat de hoorplicht die bestaat in hoofde van de Dienst Vreemdelingenzaken niet werd vervuld en hij had moeten worden gehoord alvorens hem de beslissing van de Minister van Binnenlandse Zaken werd betekend, dat de hoorplicht in het Europees recht immers wordt gezien als één van de meest belangrijke fundamentele rechten zodat de ontkenning hiervan een belangrijke schending is van artikel 41 van het Handvest; dat dit onderdeel in wezen gericht is tegen de beslissing van de Minister van Binnenlandse Zaken en bijgevolg niet gericht is tegen de thans bestreden beslissing; dat verzoeker in wezen niet betwist dat uit artikel 40 § 6 van de vreemdelingenwet volgt dat hij dient ten laste te zijn van zijn minderjarig kind; dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen zich bijgevolg steunt op de juiste feitelijke vaststelling dat hij een aanvraag tot vestiging heeft ingediend in functie van zijn minderjarig kind en dat hij niet kan beschouwd worden als zijnde ten laste van dit kind; dat, in zoverre verzoeker zich beroept op het Handvest van de Grondrechten van de Europese

Unie, dient opgemerkt dat dit Handvest geen juridisch bindend karakter heeft; dat verzoeker stelt dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen een verkeerde interpretatie geeft aan het begrip “ten laste zijn”, dat deze interpretatie dient gezocht in de nieuwe richtlijn 2004/38/EG, die stelt dat er geen belasting mag zijn voor de lidstaten waar de vreemdeling zich vestigt, dat met deze nieuwe interpretatie de Raad voor Vreemdelingen-betwistingen geen rekening heeft gehouden; dat uit de bespreking van het tweede middel blijkt dat verzoeker zich niet dienstig kan beroepen op de toepassing van richtlijn 2004/38/EG; dat verzoeker nergens aangeeft uit welke bepaling van richtlijn 2004/38/EG volgt dat hij niet meer ten laste dient te zijn van zijn minderjarig kind; dat uit artikel 2 van deze richtlijn blijkt dat onder familielid, ondermeer, dient te worden verstaan “de rechtstreekse bloedverwanten in opgaande lijn, (...), die te hunnen laste zijn”; dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen een correcte toepassing heeft gemaakt van artikel 40 § 6 van de Vreemdelingenwet; dat uit deze bepaling duidelijk blijkt dat verzoeker dient ten laste te zijn van zijn minderjarig kind, ongeacht of hij al dan niet ten laste is van de Belgische Staat; dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen bijgevolg met deze interpretatie geen rekening diende te houden; dat verzoeker de Raad van State vraagt een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen ten einde na te gaan of er in een hoorplicht dient te worden voorzien wanneer er een aanvraag tot vestiging in de kader van richtlijn 2004/38/EG wordt ingediend; dat voornoemde richtlijn nergens in een verplichting tot horen voorziet voorafgaandelijk aan de weigeringsbeslissing zodat niet dient te worden ingegaan op het verzoek om een prejudiciële vraag te stellen; dat het middel in de mate het ontvankelijk is, niet gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
achttien maart tweeduizend en negen, door :

de HH. A. BEIRLAEN, kamervoorzitter,
 C. VERHAERT, griffier.

De griffier,

De voorzitter,

C. VERHAERT.

A. BEIRLAEN.