

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 193.072 van 6 mei 2009
in de zaak A. 186.618/XIV-30.140.**

In zake : XXX,
 die woonplaats kiest bij
 Advocaat Z. OTHMAN,
 kantoor houdende te 2018 ANTWERPEN,
 Broederminstraat 38

tegen :

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

--

DE VOORZITTER VAN DE XIVe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat XXX, van Poolse nationaliteit, op 9 januari 2008 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het arrest nr. 4684 van 11 december 2007 van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen;

Gelet op de beschikking nr. 2067 van 6 februari 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 30 november 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 3 december 2008;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter A. BEIRLAEN;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. DE LIEN die, loco advocaat Z. OTHMAN 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 auditeur M. STERCK;

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

1.1. Op 31 juli 2007 dient XXX, van Poolse nationaliteit, een aanvraag in tot vestiging in functie van haar Belgisch kind.

1.2. Op 7 augustus 2007 nam de Minister van Binnenlandse Zaken een beslissing tot weigering van de vestiging met bevel om het grondgebied van het Rijk te verlaten

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

1.4. Bij arrest nr. 4684 van 11 december 2007 heeft de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen het beroep tot nietigverklaring verworpen. Dit is het bestreden arrest:

“1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak.

Verzoekster werd geboren te Golstynin (Polen), op 27 december 1974 en heeft de Poolse nationaliteit. Op 5 april 2006 diende verzoekster een aanvraag in tot machtiging tot verblijf op grond van het ten tijde van de aanvraag geldende artikel 9, 3de lid van de Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: Vreemdelingenwet). Op 28 november 2006 werd deze aanvraag ontvankelijk, doch ongegrond verklaard. Deze beslissing werd samen met een bevel om het grondgebied te verlaten aan verzoekster betekend op 5 januari 2007.

Op 28 februari 2007 diende verzoekster een tweede aanvraag tot machtiging tot voorlopig verblijf in op grond van (oud) artikel 9, 3de lid van de Vreemdelingenwet. Op 31 juli 2007 diende verzoekster een aanvraag in tot vestiging in functie van haar minderjarig kind. Op 7 augustus 2007 nam de gemachtigde van de minister van Binnenlandse Zaken de beslissing tot weigering van de vestiging met bevel om het grondgebied te verlaten. Dit is de bestreden beslissing die luidt als volgt:

“Voldoet niet aan de voorwaarden om te genieten van het recht op vestiging als bloedverwant in de opgaande lijn: Betrokkene kan niet ten laste zijn van haar Belgisch minderjarig kind.”

2. Onderzoek van het beroep.

In een eerste middel voert verzoekster de schending aan van de hoorplicht op zich en in combinatie met het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheid- en vertrouwensbeginsel.

In essentie voert verzoekster aan dat ze had moeten worden gehoord alvorens de bestreden beslissing haar werd betekend. In haar repliekmemorie werpt verzoekster nog op dat haar op geen enkel ogenblik werd gevraagd de inkomstensituatie naar voor te brengen, terwijl dit element juist wordt aangegrepen om de aanvraag af te wijzen. De Dienst Vreemdelingenzaken heeft aldus een beslissing genomen gebaseerd op een onvolledig dossier.

De hoorplicht is niet van toepassing op administratieve beslissingen die worden genomen in het raam van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: Vreemdelingenwet)

(R.v.St., nr. 117.575 van 26 maart 2003).

Het horen kan enkel in het raam van het zorgvuldigheidsbeginsel vereist zijn. Het zorgvuldigheidsbeginsel bij feitenvinding houdt in dat het bestuur slechts na een behoorlijk onderzoek van de zaak en met kennis van alle relevante gegevens een beslissing mag nemen. Het horen betekent niet dat verzoekster mondeling diende te worden gehoord, maar dat zij de mogelijkheid moet hebben gekregen om haar standpunt op een nuttige wijze naar voor te brengen.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt echter dat verzoekster haar standpunt heeft kunnen uiteenzetten in haar aanvraag tot vestiging en de mogelijkheid heeft gekregen om haar aanvraag met alle mogelijke nuttige elementen en bewijsstukken te staven. In casu heeft verzoekster bij haar aanvraag haar paspoort, een uittreksel van de geboorteakte van haar kind en een attest van haar ongehuwde staat neergelegd. De Raad stelt vast dat verzoekster de feitelijke vaststellingen, met name dat ze een aanvraag vestiging heeft ingediend in functie van haar minderjarig kind en dat dit kind haar niet ten laste kan nemen, niet betwist. Verzoekster heeft in de periode voorafgaand aan het nemen van de bestreden beslissing geen bijkomende gegevens verstrekt. Derhalve beschikte de gemachtigde ambtenaar van de minister van Binnenlandse Zaken over voldoende gegevens om met kennis van zaken over te gaan tot het nemen van de bestreden beslissing. Het eerste middel is ongegrond.

In een tweede middel voert verzoekster de schending aan van artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden ondertekend op 4 november 1950 te Rome en goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955 (E.V.R.M.), van artikel 3.1. van het Vierde protocol bij het E.V.R.M., van de artikelen 2b, 3, 30 en 31 van de EU Richtlijn 2004/38 van 29 april 2004, van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en van artikel 40 van de Vreemdelingenwet. In een eerste onderdeel werpt verzoekster op dat haar beroep in volle rechtsmacht moet worden behandeld. In zoverre verzoekster zich beroept op de artikelen 30 en 31 van de Richtlijn 2004/38/EEG, dient vooreerst te worden nagegaan of verzoekster wel degelijk de schending van de artikelen 30 en 31, 3/ van de Richtlijn 2004/38/EEG van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van de Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, als annulatiemiddel voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen kan invoeren. Bijgevolg dient te worden onderzocht of de door haar ingeroepen norm van internationaal of supranationaal recht al dan niet rechtstreekse werking heeft in de interne Belgische rechtsorde. Een richtlijn heeft slechts directe werking in de Belgische rechtsorde wanneer de omzettingstermijn voor de betrokken richtlijn is verstreken en indien zij duidelijke en onvoorwaardelijke bepalingen bevat die geen verdere substantiële interne uitvoeringsmaatregel door communautaire of nationale overheden behoeven om het gewilde effect op nuttige wijze te bereiken (R.v.St., nr. 99.794, 15 oktober 2001, R.v.St., nr. 109.563, 30 juli 2002). Bovendien is van rechtstreekse werking pas sprake zodra de rechter in staat is om,

zonder verdere uitvoeringsmaatregelen, een voor het concrete geval dienstige uitlegging aan te reiken, waardoor particulieren hun aan de norm ontleende rechten kunnen afdwingen. Het staat vast dat de omzettingstermijn voor de Richtlijn 2004/38/EG, zijnde 30 april 2006, is verstreken. Hierover bestaat geen betwisting. Wat de vraag betreft of de voormelde richtlijn tijdig werden omgezet en in voorkomend geval of deze omzetting correct is geschied in de huidige stand van de procedure kan voor de artikelen 30 en 31, 3/ worden volstaan, te verwijzen naar de voorbereidende werkzaamheden van de wet van 15 september 2006 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen. Uit de memorie van toelichting bij de wet van 15 september 2006 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen blijkt immers dat

“In werkelijkheid leiden de afschaffing van het verzoek tot herziening en de invoering van artikel 39/79 in de wet door het wetsontwerp tot hervorming van de Raad van State en tot inrichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (gebaseerd op artikel 77 van de Grondwet) tot de feitelijke omzetting van de artikelen 15 en 31 van de voornoemde richtlijn 2004/38/EG in het Belgische recht. Het beroep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (...) inderdaad een jurisdictioneel beroep (is) dat automatisch schorsend is voor wat betreft de beslissingen genomen ten aanzien van burgers van de Unie en hun gezinsleden, en dat het mogelijk maakt om de wettigheid van het besluit, alsmede de feiten en omstandigheden die de maatregel rechtvaardigen en het evenredig karakter van deze maatregel te onderzoeken, overeenkomstig artikel 31, §§ 1 tot 3 van de richtlijn 2004/38/EG.” (Parl. St., Kamer 2005-2006, nr. 2487/001, 78). De wet van 15 september 2006 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen is op 1 juni 2007 in werking getreden, zodat de omzetting van de artikelen 30 en 31, 3/ van de richtlijn 2004/38 EG is geschied en verzoekster zich wat deze artikelen betreft niet langer op de directe werking van de richtlijn kan beroepen.

Daargelaten de vraag naar de ontvankelijkheid van het middel gelet op het ontbreken van de directe werking van de artikelen 30 en 31, 3/ van de Richtlijn 2004/38 EG, merkt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen op dat de afdeling wetgeving bij de Raad van State reeds heeft gesteld dat het rechterlijk beroep dat kan worden ingesteld bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen *prima facie* beantwoordt aan de vereisten van daadwerkelijke rechtshulp in de zin van artikel 13 van het EVRM (Parl. St., Kamer, 2005-2006, nr. 2479/001, 323). Verzoekster brengt geen gegeven aan om dit standpunt te weerleggen. Haar stelling dat de Raad de feiten en de omstandigheden die de voorgenomen maatregel rechtvaardigen niet in ogenschouw zou mogen nemen, kan dan ook niet worden gevolgd. In haar arrest nr.6/2006 van 18 januari 2006 heeft het Grondwettelijk Hof (toen nog Arbitragehof) in verband met het al dan niet bestaan van een discriminatie tussen rechtzoekenden die beschikken over een beroep met volle rechtsmacht en over deze die slechts over een annulatieberoep bij de Raad van State beschikken, gesteld: “De Raad van State gaat daarbij na of de aan zijn toezicht voorgelegde overheidsbeslissing de vereiste feitelijke grondslag heeft, of die beslissing uitgaat van correcte juridische kwalificaties en of de maatregel niet kennelijk onevenredig is met de vastgestelde feiten. Wanneer hij die beslissing vernietigt, dient de overheid zich te schikken naar het arrest van de Raad van State : indien de overheid een nieuwe beslissing neemt, mag zij de motieven van het arrest dat de eerste beslissing heeft vernietigd niet negeren; indien zij in de vernietiging berust, wordt de aangevochten akte geacht nooit te hebben bestaan (vergelijk : Europees Hof voor de Rechten van de Mens, *Kingsley t. Verenigd Koninkrijk*, 7 november 2000, § 58). Bovendien kan de Raad van State, in de omstandigheden bedoeld in artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelasten dat de uitvoering van de beslissing om sancties op te leggen wordt geschorst, in voorkomend geval door uitspraak te doen bij uiterst dringende noodzakelijkheid. De rechtzoekenden beschikken

derhalve over een daadwerkelijke jurisdictionele waarborg, voor een onafhankelijk en onpartijdig rechtscollege, tegen de administratieve sanctie die hun kan worden opgelegd. De in het geding zijnde bepaling heeft niet tot gevolg dat ze op onevenredige wijze de rechten van de betrokken personen beperkt.”.

Het beroep tot nietigverklaring zoals het bestaat voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen is te vergelijken met het beroep tot nietigverklaring voor de Raad van State. Uit wat voorafgaat blijkt dat de omzetting van de artikelen 30 en 31, 3/ van de Richtlijn 2004/38/EG correct is geschied. Tot slot merkt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen op dat verzoekster ook niet aantoonde in welke mate het wettigheidsonderzoek gevoerd door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen haar belangen zou schaden en op welke wijze het eindresultaat van haar betrachting zou verschillen van een behandeling van het beroep bij volle rechtsmacht. Wat de schending van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie betreft, dient de Raad vast te stellen dat dit handvest geen enkele wettelijke status heeft. Het is een politieke verklaring en geen juridisch bindend document, zodat het dan ook niet dienstig kan worden aangevoerd.

Wat de verwijzing naar artikel 6, lid 1 van het E.V.R.M. betreft, stelt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen vast dat betwistingen in verband met de toegang, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen buiten de toepassingsfeer van artikel 6, lid 1 van het E.V.R.M. vallen, omdat desbetreffende regels een publiekrechtelijk karakter hebben. Voormeld artikel is niet van toepassing omdat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen noch over burgerlijke rechten, noch over de gegrondheid van een strafvordering uitspraak doet.

In een tweede onderdeel voert verzoekster de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de Richtlijn 2004/38 en van artikel 40 van de Vreemdelingenwet. Betreffende de schending van de artikelen 2 en 3 van de Richtlijn 2004/38/EG stelt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen vast dat verzoekster nalaat uiteen te zetten op welke wijze deze artikelen zouden zijn geschonden door de bestreden beslissing, zodat dit onderdeel van het middel niet ontvankelijk is. Wat de ingeroepen schending van artikel 40 van de Vreemdelingenwet betreft betoogt verzoekster 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. Verzoekster verwijst ter ondersteuning van haar stelling naar het arrest “CHEN” van het Hof van Justitie en naar een advies van de Commissie voor Advies voor Vreemdelingen. Artikel 40, § 6, van de vreemdelingenwet, bepaalt wat volgt:

“Met de EG-vreemdeling worden eveneens gelijkgesteld, de echtgenoot van een Belg die zich met hem vestigt of komt vestigen, alsook hun bloedverwanten in de nederdalende lijn beneden 21 jaar of die ten hunnen laste zijn, hun bloedverwanten in de opgaande lijn die ten hunnen laste zijn, en de echtgenoot van die bloedverwanten in de nederdalende en in de opgaande lijn, die zich met hen vestigen of komen vestigen.”
(markering toegevoegd)

Om zich in België ten kunnen vestigen dient verzoekster aldus artikel 40, § 6 van de Vreemdelingenwet aan te tonen dat zij ten laste is van haar zoon die op 27 augustus 1999 werd geboren. Verzoekster voldoet niet aan deze voorwaarde, daar zij onmogelijk ten laste kan zijn van een minderjarig kind van acht jaar oud. Zij betwist dit gegeven niet. Verder stelt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen vast dat het arrest CHEN niets te maken heeft met gezinshereniging van personen die ten laste zijn van hun kinderen. Het Hof stelt in haar overweging 42 zelfs uitdrukkelijk dat de ouders van een minderjarige niet als ten laste kunnen worden beschouwd.

In zoverre verzoekster verwijst naar een advies van de Commissie voor Advies voor Vreemdelingen in een gelijkaardige zaak, wenst de Raad op te merken dat zij zich niet gebonden acht door de adviezen van de Commissie voor Vreemdelingen die geen bindende kracht kennen. Bovendien dient elke zaak individueel behandeld te worden. Een schending van de door verzoekster aangehaalde beginselen wordt niet aangetoond. Tot slot voert verzoekster de schending van artikel 8 E.V.R.M. aan in combinatie met artikel 3.1., van het Vierde Protocol bij het E.V.R.M.. Verzoekster stelt dat dit artikel

haar een recht op gezinsleven geeft. Zij stelt dat de Belgische staat haar dwingt een eigen onderdaan het land te doen verlaten.

Artikel 8 E.V.R.M. waarborgt de eerbiediging van het recht op gezinsleven en de nietinmenging van enig openbaar gezag bij de uitoefening van dat recht. De bescherming van artikel 8 E.V.R.M. is echter niet absoluut. Uit artikel 8 E.V.R.M. kan geen verplichting worden afgeleid voor een lidstaat om de gezinshereniging op zijn grondgebied toe te staan. Verzoekster is onderworpen aan artikel 40, § 6 van de vreemdelingenwet en diende aldus aan te tonen dat zij voldoet aan de voorwaarden tot vestiging. Uit bovenvermelde bespreking blijkt duidelijk dat dit niet het geval is. Een rechtmatige toepassing van de Vreemdelingenwet kan geen schending van het privéleven inhouden en dus evenmin van artikel 8 E.V.R.M. (R.v.St., nr. 157.953, 26 april 2006, R.v.St., nr.130.936, 30 april 2004). Artikel 40 van de Vreemdelingenwet heeft tot doel een wettelijk kader te scheppen binnen hetwelk het in artikel 8 E.V.R.M. vervatte recht kan worden uitgeoefend (R.v.St, nr. 140.105, 2 februari 2005).

Voor zover verzoekster zich beroept op de schending van artikel 3.1 van Vierde Protocol bij het E.V.R.M. dient de Raad vast te stellen dat de verwijderingsmaatregel enkel gericht is tegen verzoekster en niet tegen haar minderjarig kind, noch tegen de vader van haar kind. Er is dus geen sprake van de uitzetting van een kind met de Belgische nationaliteit. Een schending van artikel 3.1, van het Vierde Protocol bij het E.V.R.M. wordt niet aangetoond.

Het tweede middel is ongegrond.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGEN-BETWISTINGEN:

Enig artikel.

Het beroep tot nietigverklaring wordt verworpen.”

2. Over de gegrondheid van het beroep

2.1.1. Overwegende dat verzoekster in een 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.v.).

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 verzoekster; 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 verzoekster 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 verzoekster 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 verzoekster gehoord had moeten worden alvorens haar de bestreden beslissing werd betekend.

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

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

Dat verzoekster 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 verzoekster 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 2004/387 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.”;

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

2.1.3. Overwegende dat de hoorplicht of het recht om zijn standpunt naar voor te brengen inhoudt dat tegen niemand een ernstige maatregel kan genomen worden die gesteund is op zijn persoonlijk gedrag en die van aard is om zijn belangen zwaar aan te tasten, zonder dat hem de gelegenheid wordt geboden om zijn standpunt op nuttige wijze te doen kennen; dat een beslissing tot weigering van de vestiging niet als zulk een maatregel

kan worden gezien; dat deze beslissing immers niet is gestoeld op het persoonlijk gedrag van de vreemdeling zoals begrepen in voornoemd beginsel van behoorlijk bestuur, maar voortvloeit uit verzoeksters vestigingsaanvraag waarbij, zoals in het bestreden arrest wordt gesteld, verzoekster haar standpunt heeft kunnen uiteenzetten in haar aanvraag tot vestiging en de mogelijkheid heeft gekregen om haar aanvraag met alle mogelijke nuttige elementen en bewijsstukken te staven en dat voor zover verzoekster betoogt dat de verwijzing naar het arrest van de Raad van State in het geheel niet dienstig is gelet op de richtlijn 2004/38/EG waarin de draagwijdte van de hoorplicht dient te worden gezocht, het geenszins duidelijk is wat verzoekster met het voorgaande bedoelt en welk arrest van de Raad van State niet dienstig wordt ingeroepen; dat in voormelde richtlijn nergens wordt vermeld dat het horen verplicht is alvorens een beslissing tot weigering van verblijf wordt genomen; dat er dan ook niet ingezien wordt waarom hieromtrent een prejudiciële vraag moet worden gesteld; dat in zoverre verzoekster zich beroept op het Handvest Grondrechten van de Europese Unie, dit Handvest geen bindende rechtsbron is zodat de eventuele miskennis hiervan niet dienstig kan worden aangevoerd; dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen derhalve terecht kon overwegen dat de hoorplicht op zich niet van toepassing is; dat het eerste middel, in de mate het ontvankelijk is, niet gegrond is;

2.2.1. Overwegende dat verzoekster als tweede middel aanvoert:

“TWEEDE MIDDEL: Schending van het recht van verdediging zoals vastgelegd in de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie en uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten .

Verzoekster betoogt dat het beroep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen geenszins voldoet aan de waarborgen zoals vastgesteld in bovenvermelde rechten.

Verzoekster meent dat zij recht heeft op een beroep met volle rechtsmacht en dat het beroep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen hieraan niet voldoet.

Verzoekster zal in eerste instantie uiteenzetten dat zij zich rechtstreeks kan beroepen op de grondrechten zoals die voortvloeien uit de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie en uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten.

Verzoekster zal in tweede instantie uiteenzetten dat zij conform bovenvermelde principes recht heeft op een onderzoek van de feiten door het jurisdictioneel orgaan dat haar beroep behandelt en dit omwille van het feit dat de natuur van een asielaanvraag een actuele beoordeling dient in te houden van zijn asielaanvraag op het moment van de finale beslissing. Dat dit recht beperkt wordt gezien verzoekster na het indienen van onderhavig beroep geen nieuwe stukken kan aanbrengen en geen geactualiseerde memorie/conclusie kan bijbrengen. Dat geenszins sprake kan zijn van een jurisdictioneel orgaan dat volle rechtsmacht heeft. Verzoekster zal aantonen dat het begrip "volle rechtsmacht" een bijzondere betekenis heeft en dat de betekenis varieert van materie tot materie.

Verzoekster zal tenslotte in derde instantie aantonen dat de processuele waarborgen van het Europees gemeenschapsrechten volledig afwezig zijn en dit ondanks het feit dat de ganse materie van asiel thans onder het Europees recht.

1. Grondrechten zoals die voortvloeien uit de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie en uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten hebben rechtstreekse werking.

De kern van het afdwingen van procedurele regels in het nationale recht met betrekking tot het EU gemeenschapsrecht is vervat in de Rewe Cornet formule.

"In the absence of Community rules governing the matter, it is for the domestic Legal system of each Member State to designate the courts and tribunals having jurisdiction and to lay down the detailed procedural rules governing actions for safeguarding rights which individuals derive from the direct effect of Community law. However, such rules must not be less favourable than those governing similar domestic actions, nor render virtually impossible or excessively difficult the exercise of rights conferred by Community law". (ECJ. 33/76 Rewe-Zentralfinanz eG & Rewe-Zentral AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland, 1976 ; ECJ 45/76 Cornet BV v Produktschap voor Siergewassen

Eigen vertaling: Wanneer het Gemeenschapsrecht de materie niet behandelt, dient het eigen rechtssysteem van elk van de lidstaten de hoven en rechtbanken aan te duiden en dient zij gedetailleerde procedurele regels voor te schrijven die instaan voor de waarborg van de rechten waarop individuele personen zich kunnen beroepen op grond van de directe werking van het Gemeenschapsrecht. Echter deze regels mogen enerzijds niet minder gunstig zijn dan gelijkaardige rechten in het eigen rechtssysteem noch mogen zij de uitoefening van de rechten afgeleid uit het Gemeenschapsrecht virtueel onmogelijk of overdreven moeilijk maken.

Richtlijn 2004/83 biedt effectief processuele grondrechten voor individuen. De richtlijn verwijst naar het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en de "grondrechten" eigen aan het EU recht. Dat processuele grondrechten hier eveneens onder vallen. Overweging 10 stelt:

Deze richtlijn eerbiedigt de grondrechten en neemt de beginselen in acht die met name zijn erkend in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. In het bijzonder tracht deze richtlijn de menselijke waardigheid, het recht op asiel van asielzoekers en hun begeleidende familieleden en de bescherming bij verwijdering, uitzetting en uitlevering op grond van de artikelen 1, 18 en 19 van het Handvest ten volle te eerbiedigen.

Dat het begrip grondrechten duidt op de grondrechten zoals het Europees Hof van Justitie deze erkend in de rechtspraak of "grondrechten zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien als beginselen van Gemeenschapsrecht".

Het EHJ heeft reeds verschillende keren geoordeeld dat de algemene rechtsbeginselen waartoe ook de grondrechten behoren integraal deel uitmaken van het gemeenschapsrecht.

Welke grondrechten juist deel uitmaken van het gemeenschapsrecht bepaalt het EHJ niet. Er bestaat geen lijst van grondrechten. Het achterliggende beginsel dat het EHJ gebruikt in zijn rechtspraak over grondrechten is de bescherming van de waarheid en de vrijheid van de menselijke persoon.

Het EHJ haalt deze grondrechten en fundamentele vrijheden uit de constitutionele tradities welke aan de Lidstaten gemeen zijn, alsook uit de internationale verklaringen inzake de bescherming van de rechten van de mens waaraan de Lidstaten hun medewerking hebben verleend of waartoe ze later zijn toegetreden.

Zo heeft het EHJ al enkele keren een grondrecht uit het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten als integraal deel uitmakend van het gemeenschapsrecht aanvaard.

De bescherming van de grondrechten als integraal onderdeel van het gemeenschapsrecht geldt niet enkel met betrekking van de maatregelen van de EU zelf. De bescherming geldt ook voor maatregelen die de Lidstaten mogen of moeten nemen uit hoofde van het gemeenschapsrecht. Zodat in casu de Vreemdelingenwet voor zover zij handelt inzake materies die geregeld worden door het Europees Gemeenschapsrecht waaronder het asielrecht in overeenstemming dient te zijn met deze grondrechten.

Dat in elk geval deze grondrechten rechtstreekse werking hebben en de rechtstreekse werking ervan . Dat het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie een samenvatting vormt van deze grondrechten.

De rechtsleer stelt onder andere:

"Het Handvest voegt dus strikt genomen geen rechte toe, maar visualiseert enerzijds de bekende op neutrale wijze en expliciteert anderzijds de potentie van de het gemeenschappelijk constitutioneel erfgoed en de internationale verplichtingen van de lidstaten, onder de vorm van zogenaamde nieuwe rechten."

De preambule van het Handvest laat over de bedoeling ervan geen twijfel bestaan: "Onder eerbiediging van de bevoegdheden en taken van de Gemeenschap en de Unie en van het subsidiariteitsbeginsel, bevestigt dit Handvest de rechten die met name voortvloeien uit de gemeenschappelijke constitutionele verdragen, uit het EVRM, uit de door de Gemeenschap en de Raad van Europa aangenomen sociale handvesten, alsook uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie en van het Europees Hof voor de rechten van de Mens.

Verzoekster verwijst naar de zaak 222/86 (Heylens) waarin voormeld principe van de rechten van verdediging bevestigd wordt.

2. AANGEZIEN DE VRIJE TOEGANG TOT HET ARBEIDSPROCES EEN FUNDAMENTEEL RECHT IS DAT HET VERDRAG AAN IEDERE WERKNEMER VAN DE GEMEENSCHAP INDIVIDUEEL TOEKENT, IS DE MOGELIJKHEID VAN BEROEP IN RECHTE TEGEN IEDERE BESLISSING VAN EEN NATIONALE INSTANTIE WAARBIJ DE UITOEFENING VAN DAT RECHT WORDT GEWEIGERD, VAN WEZENLIJK BELANG OM DE PARTICULIER EEN DOELTREFFENDE BESCHERMING VAN ZIJN RECHT TE WAARBORGEN. DIT VEREISTE VORMT EEN ALGEMEEN BEGINSEL VAN GEMEENSCHAPSRECHT, DAT VOORTVLOEIT UIT HET CONSTITUTIONELE ERFGOED DAT ALLE LIDSTATEN GEMEEN HEBBEN EN DAT EVENEENS IS NEERGELEGD IN DE ARTIKELEN*6 EN*13 VAN HET EUROPEES VERDRAG TOT BESCHERMING VAN DE RECHTEN VAN DE MENS

Dat de rechten van verdediging in elk geval grondrechten zijn die gegarandeerd worden door het gemeenschapsrecht.

Dat verzoekster ook betoogt dat het recht op een beroep in volle rechtsmacht een grondrecht is dat wordt gegarandeerd door het gemeenschapsrecht.

2. Volle rechtsmacht

Verzoekster stelt dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen volle rechtsmacht dient te hebben en thans niet voldoet aan deze vereist.

Dat de principes van het recht van verdediging eveneens te ontwaren vallen art. 6 EVRM welke uiteraard ook een grondrecht vormt in het gemeenschapsrecht.

Dat voor zover verzoekster verwijst naar art. 6 EVRM, zij dit enkel doet om het begrip volle rechtsmacht nader uiteen te zetten. Dat zij derhalve geen schending van het artikel op zich inroept daar het asielrecht in de huidige stand van de rechtspraak niet van toepassing is op asielaanvragen.

Verzoekster 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 zijn door het feit dat dit een grondrecht uitmaakt in het gemeenschapsrecht.

'Full jurisdiction'

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'

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.

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 genoeg 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 gevarenszone 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 onzeggd 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.

Dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen dit evenwel niet heeft gedaan.

3. Gebrek aan rechten van verdediging en volle rechtsmacht

Toegepast op de beroepsprocedure bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, meent verzoekster dat deze procedure geenszins voldoet. Dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen ambtshalve dient over te gaan tot een onderzoek van alle feiten relevant voor deze zaak. Meer bepaald dient zij over te gaan tot een proportionaliteitstoets zoals voorzien in art. 31.1 Richtlijn 2004/38.

Dat verzoekster van mening is dat deze bepalingen in strijd zijn met art. 47 van het Handvest.

Dat verzoekster eveneens verzoekt aan de Raad voor State prejudiciële vragen te stellen aan het Europees Hof van Justitie die als volgt luiden:

"Dienen de lidstaten te voorzien in een beroep bij een administratief rechtscollege inzake de materie van de Kwalificatierichtlijn 2004/83 en houdt art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie of het algemeen rechtsbeginsel recht op verdediging en recht op een beroep met volle rechtsmacht in dat deze administratieve rechtscolleges over een eigen onderzoeksbevoegdheid te beschikken die hen toelaat tot op de dag van de eindbeslissing onderzoek te verrichten naar alle relevante feiten, die nuttig zijn om de zaak te beoordelen".

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

2.2.3. Overwegende dat het eerste onderdeel van het tweede middel gesteund is "kwalificatierichtlijn 2004/83" waarin minimumnormen voor de erkenning en de bescherming van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die internationale bescherming behoeft, worden bepaald; dat deze richtlijn geen verband houdt met voorliggend geschil; dat het tweede onderdeel gesteund is op artikel 6 van het E.V.R.M.; dat betwistingen in verband met de toegang, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen buiten de toepassingsfeer van artikel 6 van het E.V.R.M.

vallen omdat de desbetreffende regels een publiekrechtelijk karakter hebben; dat het tweede onderdeel onontvankelijk is; dat wat betreft het derde onderdeel, artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie geen juridisch bindend karakter heeft; dat het tweede middel in al zijn onderdelen onontvankelijk is; dat voor zover verzoekster een prejudiciële vraag wenst te stellen inzake voormelde kwalificatierichtlijn 2004/83, deze richtlijn geen verband houdt met voorliggend geschil, zodat de vraag niet dient gesteld;

2.3.1. Overwegende dat de verzoekende partij als derde middel aanvoert:

“DERDE MIDDEL: Schending van art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Verzoekster verwijst naar het tweede middel en stelt dat haar recht op een beroep in volle rechtsmacht en haar recht op verdediging eveneens grondrechten zijn welke door het Handvest worden gegarandeerd.

Dat het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie ondertekend werd op 12 december 2007 en dus twee dagen voor de indiening van huidig beroep. Dat het Handvest door verzoekster kan ingeroepen worden op grond van het adagium "patere legem quem ipsi fecisti" en dit enkel in de verticale wijze. Zij kan het met andere woorden inroepen ten aanzien van de Belgische Staat.

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.

Een Advocaat Generaal van het Europees Hof van Justitie stelde dat het Handvest de uitdrukking is van het hoogste niveau, van een democratisch gevestigde politiek consensus welke thans beschouwd moet worden als een catalogus van fundamentele rechten gewaarborgd in het Gemeenschapsrecht.

Dat de toepassing van art. 47 van het Handvest dan ook gewaarborgd dient te worden in alle zaken die de Europese Unie regelt waaronder het recht op gezinshereniging zoals geregeld in Richtlijn 2004/38.

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 asielrecht. 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.

Dat evenwel art. 47 van het handvest geen vereiste stelt van burgerlijke of politieke rechten. Dat voor het overige verzoeker verwijst naar het tweede middel.”;

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

2.3.3. Overwegende dat in een derde middel verzoekster de schending aanvoert van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie; dat dit Handvest geen juridisch bindend karakter heeft; dat voor zover verzoekster haar uiteenzetting staft met verwijzing naar artikel 6 van het E.V.R.M. erop dient gewezen dat betwistingen in verband met de toegang, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen buiten de toepassingsfeer van artikel 6 van het E.V.R.M. vallen omdat de desbetreffende regels een publiekrechtelijk karakter hebben; dat het derde middel niet ontvankelijk is;

2.4.1. Overwegende dat verzoekster als vierde middel aanvoert:

“VIERDE MIDDEL: Schending van art. 15, 28, 30, en 31 van de EU Richtlijn 2004/38 van 29 april 2004. Schending van art. 39/65 van de Vreemdelingenwet.

Verzoekster is conform art. 3. een begunstigde van Richtlijn 2004/38 in die zin dat zij 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.

Verzoekster 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 Richtlijn 2004/38 NOG NIET werd omgezet naar Belgisch recht. Dat art. 40 al 2 van de Richtlijn uitdrukkelijk voorziet dat indien er een omzetting geschiedt dit uitdrukkelijk dient te worden vermeld in de wet zelf. De tekst luidt als volgt:

Wanneer de lidstaten die bepalingen aannemen, wordt in de bepalingen zelf of bij de officiële bekendmaking daarvan naar deze richtlijn verwezen. De regels voor de verwijzing worden vastgesteld door de lidstaten.

Dat de Richtlijn zelf aangeeft dat een omzetting ervan vermeld moet worden in de wet zelf. Dat evenwel kamer en Senaat de wet hebben gestemd doch dat deze nog niet in werking is getreden daar allicht de nodige uitvoerings KB' ontbreken.

Dat het gebrek aan een beroep in feite en in rechte een terechte kritiek is die wordt geuit door rechtsleer nog van voor de oprichting van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

Dat professor H. Verschuere hierover het volgende uiteenzet in Deel 12 van de Reeks Migratie en Migrantenrecht:

"Sinds de oprichting van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen nieuwe administratief rechtscollege als enige bevoegd om kennis te nemen van de beroepen die worden ingesteld tegen individuele beslissing genomen m.b.t. toepassing van de Vreemdelingenwet (art. 39/1. § 1 Vw.) Krachtens artikel 39/2, § 2 Vw. doet deze Raad uitspraken, bij wijze van arresten als annulatierechter over de beroepen (met name m.b.t. EU-burgers en hun familieleden) wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen heeft in deze beroepen een positie die te vergelijken is met diegene die de Raad van State voordien had in verblijfsbetwistingen. Deze bevoegdheid verschilt van die door artikel 39/2, § 1 Vw. is voorzien voor beroepen tegen beslissingen van de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen, waarbij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen deze beslissingen kan bevestigen of hervormen of waarbij, indien er aan de beslissing een substantiële onregelmatigheid kleeft die door de Raad niet. kan worden hersteld, hetzij omdat essentiële elementen ontbreken die inhouden dat de Raad niet kan beslissing zonder aanvullende onderzoeksmaatregelen hiertoe te moeten bevelen, de beslissing moet worden vernietigd. In dat geval wordt de zaak teruggestuurd naar de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen (art. 39/76, § 2 Vw.). In zaken die het verblijfsrecht van EU-burgers en hun familieleden betreft kan de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen evenwel enkel de bestreden beslissing vernietigen. Gaat het om een verwijderingsmaatregel, dan kan deze niet meer worden uitgevoerd. Gaat het om de weigering van een verblijfsrecht of de afgifte van een document, dan kan de Raad zelf geen beslissing nemen, maar moet er een nieuwe beslissing worden genomen door de betrokken overheid.

Met betrekking tot de annulatiebevoegdheid die de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen heeft in geval van beroepen tegen beslissingen over het verblijfsrecht van EU-burgers en hun familieleden, stelde de Belgische regering in de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp dat aanleiding heeft gegeven tot de wet van 25 april 2007 die de bepalingen Richtlijn 2004/38 omzette in de Vreemdelingenwet, dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen "in het kader van zijn onderzoek naar de legaliteit, eveneens de materialiteit van de feiten tot op het moment van de betwiste beslissing onderzoekt. In de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp dat aanleiding heeft gegeven tot de hoger vermelde wet van 15 september 2006 tot wijziging van de Vreemdelingenwet, stelt de regering dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen "een marginale toetsing uitoefent en dat deze Raad de materialiteit van de feiten nagaat aan de hand van de documenten van het dossier" (190). Verder stelt de Belgische regering in deze toelichting dat de vereisten van artikel 30 en 31 richtlijn 2004/38 werden omgezet door de invoering van artikel 39/78 Vw. omdat krachtens deze bepaling het juris-dictioneel beroep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in dossiers m.b.t. EU-burgers en hun familieleden "automatisch schorsend is en dat deze bepaling het mogelijk maakt om de wettigheid van het besluit, alsmede de feiten en omstandigheden die de maatregel rechtvaardigen

en het evenredig karakter van deze maatregel te onderzoeken overeenkomstig art. 31, lid 1 tot 3 Richtlijn 2004/38". Tijdens de bespreking in de bevoegde Kamercommissie verklaarde de Minister van Binnenlandse Zaken dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen "te allen tijd de beslissingen van de Dienst Vreemdelingenzaken kan nazien omdat deze in rechte en in feite gemotiveerd dienen te zijn".

Het onzeker of de beoordelingbevoegdheid van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen wel beantwoordt aan de vereisten van artikel 31 Richtlijn 2004/38. Uit de ontstaansgeschiedenis van deze bepaling, onder meer de rechtspraak van het Hof van Justitie, blijkt dat de gevatte rechter over de mogelijkheid moet beschikken om een volledige doelmatigheidstoetsing uit te voeren.

Zo verstaat Advocaat-generaal Maduro zulk een rechterlijk.

doelmatigheidstoetsing als "een grondig onderzoek van de situatie van de betrokkene en de mogelijkheid om zich, in het licht van de omstandigheden over de beste oplossing voor die persoon uit te spreken"). Artikel 31 lid 3 Richtlijn 2004/38 vereist in die zin duidelijk dat tijdens het jurisdictioneel beroep de gevatte rechter opnieuw een volledig oordeel moet kunnen vellen over de wettelijkheid, de opportuniteit en de evenredigheid van de tegenover de EU-burger of zijn familielid genomen maatregel of beslissing en dit gebaseerd op alle elementen ter zijnen kennis en die de partijen aan dragen."

Dat professor Verschuere besluit dat de procedure bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet voldoet:

"Met betrekking tot de omvang van de jurisdictionele controle voldoen de bepalingen in de Vreemdelingenwet m.b.t. de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen en meer bepaald zijn artikel 39/2, § 2, mijns inziens niet aan deze vereisten."

Schending van art. 15, 28 en 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.

Verzoekster 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.

Doordat het bestreden arrest van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt dat de Richtlijn 2004/38/EG, en meer in het bijzonder de artikelen 30 en 31 van Richtlijn 2004/38/EG, correct werden omgezet door de Wet van 15 september 2006 tot wijziging van de Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen;

Doordat het bestreden arrest tevens stelt dat het beroep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (...) een jurisdictioneel beroep (is) ten aanzien van burgers van de Unie dat het mogelijk maakt om de wettigheid van het besluit, alsmede de feiten en omstandigheden die de maatregel rechtvaardigen en het evenredig karakter van deze maatregel te onderzoeken, overeenkomstig artikel 31, §§ 1 tot 3 van de richtlijn 2004/38/EG;

Terwijl de Wet van 15 september 2006 tot wijziging van de Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen wel strijdig is met art. 31 RL 2004/38/EG.

Dat overeenkomstig art. 31, lid 1 RL 2004/38/EG verzoeker in geval van een besluit tot verwijdering om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid,

toegang moet hebben tot gerechtelijke en in voorkomend geval administratieve rechtsmiddelen om tegen het besluit beroep in te stellen;

Dat deze rechtsmiddelen niet alleen dienen te voorzien in de mogelijkheid van een onderzoek naar de wettigheid van het besluit, doch tevens in de mogelijkheid van een onderzoek naar de feiten en omstandigheden die de voorgenen maatregel rechtvaardigen;

Dat bovendien deze rechtsmiddelen moeten garanderen dat de maatregel niet onevenredig is in de zin van art. 28 RL 2004/38/EG;

Dit houdt een controle in van een aantal feitelijke elementen, zoals de duur van het verblijf op het grondgebied, de leeftijd, de gezins- en economische situatie en de mate van integratie.

Dat deze waarborgen krachtens art. 15 Richtlijn 2004/38/EG ook moeten gegarandeerd worden bij elk ander besluit ter beperking van het vrij verkeer van burgers van de Unie en hun familieleden, om andere redenen dan openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid;

Dat krachtens art. 39/2, §2 Vreemdelingenwet de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen uitspraak doet als annulatierechter over beroepen wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht;

Dat dit wordt bevestigd door het arrest van de R.v.V. nr. nr 2665 van 16 oktober 2007, waarin de RvV stelt dat "wanneer de Raad als annulatierechter een administratieve beslissing aan de wet toetst hij (..) niet op (treedt) als rechter in hoger beroep die op aanvraag van de rechtzoekende de ware toedracht van de feiten gaat beoordelen. Hij onderzoekt enkel of de gemachtigde van de minister van Binnenlandse Zaken in redelijkheid is kunnen komen tot de door haar gedane vaststellingen van feiten (...). In het kader van een marginale toetsing wordt de aangeklaagde onwettigheid slechts dan gesanctioneerd wanneer daarover geen redelijke twijfel kan bestaan, m.a.w. wanneer de beslissing kennelijk onredelijk is."

Dat de bevoegdheid van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen zich in annulatieberoepen dus duidelijk beperkt tot een wettigheidstoets en slechts een "marginale" controle of onderzoek toelaat van de concrete feiten en omstandigheden die aan de grondslag liggen van de bestreden beslissing;

Dat de beoordelingbevoegdheid waarover de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen beschikt, bijgevolg strijdig is met art. 15, 28 en 31 richtlijn 2004/38/EG;

Dat verzoeker vraagt dat de Raad van State in deze een prejudiciële vraag voorlegt aan het Europees Hof van Justitie, aangezien het Hof bevoegd is om uitspraak te doen over de uitlegging van de handelingen van de instellingen van de Gemeenschap. Dat deze prejudiciële vraag, krachtens art. 234 EG-Verdrag, verplicht moet worden voorgelegd aan het Hof van Justitie wanneer de beslissing volgens het nationale recht niet meer vatbaar is voor hoger beroep, wat in casu het geval is.

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

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

2.4.3. Overwegende dat in tegenstelling tot hetgeen in het middel wordt beweerd, artikel 31.3 van richtlijn 2004/38 werd omgezet door artikel 80 van de wet van 15 september 2006 tot hervorming van de Raad van State en tot oprichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen; dat uit artikel 39/2, §2 van de Vreemdelingenwet, ingevoegd door voornoemd artikel 80, duidelijk blijkt dat tegen een beslissing inzake

gezinshereniging enkel een annulatieberoep openstaat; dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen verwijst naar de voorbereidende werken van de wet van 15 september 2006 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen waaruit blijkt dat de afschaffing van het verzoek tot herziening en de inrichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen tot de feitelijke omzetting van de artikelen 15 en 31 van richtlijn 2004/38 leiden;

Overwegende dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in zijn arrest van 2 juni 2005 in de zaak C-136-03 (DÖRR) heeft gesteld:

“[...]

46. Dienaangaande volstaat het erop te wijzen dat het niet aan het Hof staat om zich in het kader van een prejudiciële verwijzing uit te spreken over de uitlegging van de nationale bepalingen en evenmin om te beoordelen of de verwijzende rechter deze correct uitlegt (zie in die zin arrest van 3 oktober 2000, Corsten, C -58/98, Jurispr. blz. I -7919, punt 24). Het Hof moet in het kader van de bevoegdheidsverdeling tussen de communautaire en de nationale rechterlijke instanties immers acht slaan op de in de verwijzingsbeslissing omschreven feitelijke en juridische context waarin de prejudiciële vragen moeten worden geplaatst (zie arrest van 25 oktober 2001, Ambulanz Glöckner, C -475/99, Jurispr. blz. I -8089, punt 10, en arrest Orfanopoulos en Oliveri, reeds aangehaald, punt 42). [...]”;

Overwegende dat hieruit volgt dat de draagwijdte van intern-rechterlijke bepalingen door de Belgische rechter dient te worden uitgelegd; dat het Grondwettelijk Hof in zijn arrest 81/2008 van 27 mei 2008 in verband met artikel 39/2, §2 van de Vreemdelingenwet heeft geoordeeld:

“B.16.3. In de aangelegenheden bedoeld in artikel 39/2, § 2, oefent de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen een jurisdictionele toetsing uit, zowel aan de wet als aan de algemene rechtsbeginselen. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen gaat daarbij na of de aan zijn toezicht voorgelegde overheidsbeslissing de vereiste feitelijke grondslag heeft, of die beslissing uitgaat van correcte juridische kwalificaties en of de maatregel niet kennelijk onevenredig is met de vastgestelde feiten. Wanneer hij die beslissing vernietigt, dient de overheid zich te schikken naar het arrest van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen: indien de overheid een nieuwe beslissing neemt, mag zij de motieven van het arrest dat de eerste beslissing heeft vernietigd, niet negeren; indien zij in de vernietiging berust, wordt de aangevochten akte geacht nooit te hebben bestaan (vergelijk : EHRM, 7 november 2000, Kingsley t. Verenigd Koninkrijk, § 58). Bovendien kan de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, in de omstandigheden bedoeld in artikel 39/82 van de wet van 15 december 1980, de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing bevelen, in voorkomend geval door uitspraak te doen bij uiterst dringende noodzakelijkheid. De Raad kan tevens, in de omstandigheden bedoeld in artikel 39/84 van dezelfde wet, voorlopige maatregelen bevelen. De rechtzoekenden beschikken derhalve over een daadwerkelijke jurisdictionele waarborg, voor een onafhankelijk en onpartijdig rechtscollege, tegen de administratieve beslissingen die op hen betrekking hebben.
[...]

B.37.1. In het vijfde middel in de zaak nr. 4192 bekritisieren de verzoekende partijen artikel 39/2, § 2, doordat die bepaling, ten aanzien van de burgers van de Europese Unie, niet in de jurisdictionele waarborgen zou voorzien die uit de in het middel aangehaalde bepalingen zouden voortvloeien.

B.37.2. De verzoekende partijen voeren een schending aan van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, in samenhang gelezen met de artikelen 15, 28 en 31 van de richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 « betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG ».

B.37.3. In B.16.3 is vastgesteld dat de omstandigheid dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet met volle rechtsmacht, maar als annulatierechter uitspraak doet, wanneer hij op grond van paragraaf 2 van artikel 39/2 optreedt, de rechtzoekenden in die procedure niet van een daadwerkelijk rechtsmiddel berooft. Uit de in het middel aangehaalde bepalingen van de richtlijn 2004/38/EG blijkt niet dat daarin in meer jurisdictionele waarborgen wordt voorzien dan die waarin paragraaf 2 van artikel 39/2 voorziet.”;

Overwegende dat het Grondwettelijk Hof erop wijst dat de omstandigheid dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet met volle rechtsmacht, maar als annulatierechter uitspraak doet, wanneer hij op grond van paragraaf 2 van artikel 39/2 optreedt, de rechtzoekenden in die procedure niet van een daadwerkelijk rechtsmiddel berooft; dat het Hof heeft vastgesteld dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen nagaat of de aan zijn toezicht voorgelegde overheidsbeslissing de vereiste feitelijke grondslag heeft, of die beslissing uitgaat van correcte juridische kwalificaties en of de maatregel niet kennelijk onevenredig is met de vastgestelde feiten; dat het Hof verder overweegt dat uit de artikelen 15, 28 en 31 van richtlijn 2004/38/EG niet blijkt dat daarin meer jurisdictionele waarborgen wordt voorzien dan die waarin paragraaf 2 van artikel 39/2 voorziet; dat artikel 39/2, §2, niet tot gevolg heeft dat het op onevenredige wijze de rechten van de betrokken personen beperkt; dat het Grondwettelijk Hof aldus heeft geoordeeld dat het beroep voldoet aan het vereiste van een daadwerkelijk rechtsmiddel en dat het tegemoet komt aan de bepalingen van artikel 31.3 van richtlijn 2004/38; dat zoals reeds vermeld, het de nationale rechter toekomt de interne wetsbepalingen uit te leggen; dat de prejudiciële vraag dan ook niet dient gesteld; dat het vierde middel ongegrond is;

2.5.1. Overwegende dat verzoekster in een vijfde middel aanvoert:

“VIJFDE MIDDEL: Schending van artikel 8 EVRM. Schending van art. 39/65 van de Vreemdelingenwet.

Verzoekster 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 verzoekster 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 (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 eerste pertinent is bij de beoordeling van onderhavige zaak. Dat anders oordelen zou maken dat art. 8 EVRM. Om het gezinsleven verder te waarborgen zou verzoekster enkel en alleen de aanvraag kunnen indienen wanneer haar kind haar 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 verzoekster.

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

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

2.5.3. Overwegende dat de verzoekende partij in een vijfde middel de schending aanvoert van artikel 8 van het E.V.R.M. en van artikel 39/65 van de Vreemdelingenwet; dat zij poneert 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;

Overwegende dat verzoekster geen aanvraag indiende op basis van een eigen statuut als EG-onderdaan, maar een vestigingsaanvraag indiende in hoofde van haar Belgisch kind; dat derhalve zij onder de toepassing viel van het op dat ogenblik van kracht zijnde artikel 40, § 6, van de Vreemdelingenwet; dat deze bepaling bepaalde dat de ascendenten van een Belgisch kind, mits ze ten laste van dat kind zijn, worden gelijkgesteld met EG-vreemdelingen; dat opdat verzoekster zich via deze weg op het gemeenschapsrecht zou kunnen beroepen, zij voorafgaandelijk aan de voorwaarden opgelegd door artikel 40, § 6, van de wet van 15 december 1980 dient te voldoen, quod non; dat aldus blijkt dat verzoekster niet kan worden gelijkgesteld met een EG-onderdaan;

Overwegende dat met betrekking tot artikel 8 van het E.V.R.M., het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (o.a. E.H.R.M., DARREN OMOREGIE en anderen tegen Noorwegen, nr. 265/07 van 31 juli 2008) onderkent dat de bestuursmaatregelen inzake de toepassing van de wetten op de controle van de toegang tot het grondgebied en het verblijf, beantwoorden aan de legitieme doelstellingen die het recht op gezinsleven kunnen inperken; dat de controle op de toegang tot het grondgebied behoort tot de soevereiniteit van de verdragsstaten; dat artikel 8 van het E.V.R.M. aan de verdragsstaten niet de verplichting oplegt om de vrije keuze van de gezinswoonplaats van een vreemdeling op hun grondgebied te gedogen; dat bijgevolg een weigeringsbeslissing, gesteund op het gegeven dat iemand niet voldoet aan de voorwaarden bepaald in artikel 40, § 6, van de Vreemdelingenwet, zowel legaal als legitiem is; dat, wat betreft de vereiste van proportionaliteit, het bestuur een afweging dient te maken tussen het algemeen belang van de staat enerzijds, en het individueel belang van de om verblijf verzoekende vreemdeling anderzijds; dat wanneer de vreemdeling aantoont dat, gelet op de bijzondere omstandigheden van de zaak, de komst naar België de enige mogelijkheid was om het recht op gezinsleven uit te oefenen, de verblijfsweigerings een inbreuk op het gezinsleven in de zin van artikel 8 van het E.V.R.M. kan vormen (EHRM, Gül t. Zwitserland, 19 februari 1996; EHRM, Ahmut t. Nederland, 28 november 1996); dat uit verzoeksters inleidend verzoekschrift bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet blijkt dat zij concrete gegevens heeft aangebracht waaruit blijkt dat het gezinsleven in haar land van herkomst niet mogelijk is; dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen dan ook aan de hand van de aangebrachte gegevens niet kan nagaan of de bestreden beslissing een schending inhield van het recht op gezinsleven; dat in zoverre verzoekster 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; dat het vijfde 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 zes mei tweeduizend en negen, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

C. VERHAERT.

A. BEIRLAEN.