

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 193.074 van 6 mei 2009
in de zaak A. 186.069/XIV-30.011.**

In zake : XXX,
 die woonplaats kiest bij
 Advocaat M. VAN LAER,
 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 Marokkaanse nationaliteit, op 28 november 2007 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het arrest nr. 3223 van 26 oktober 2007 van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen;

Gelet op de beschikking nr. 1901 van 15 januari 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 3 juli 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 22 oktober 2008;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter A. BEIRLAEN;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat I. FLACHET die, loco Advocaat M. VAN LAER 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. VAN LIMBERGEN;

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 Marokkaanse nationaliteit, dient op 6 februari 2007 een aanvraag tot vestiging in functie van zijn Belgisch kind in.

1.2. Op 2 maart 2007 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 juli 2007 een beroep tot nietigverklaring tegen deze beslissing in bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

1.4. Bij arrest nr. 3223 van 26 oktober 2007 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 verzoeker als eerste middel aanvoert:

“EERSTE Middel: Schending van de hoorplicht op zich en in combinatie met het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel
De hoorplicht, een beginsel van behoorlijk bestuur, heeft tot doel de bestuurde de mogelijkheid te geven zijn standpunt op een nuttige wijze te doen kennen en bovendien het bestuur het zorgvuldigheidsbeginsel te laten respecteren door pas een beslissing te nemen na een behoorlijk onderzoek van de zaak en met kennis van de relevante

gegevens. (I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), Beginselen van behoorlijk bestuur, Brugge, Die Keure, 2006, p. 235 e.v.)

De hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur is enkel van toepassing bij afwezigheid van een normatieve regeling van de hoorplicht en is van toepassing bij het nemen van beslissingen met individuele draagwijdte. Aangezien de bestreden beslissing gevolgen resorteert die een weerslag hebben op de rechtstoestand van verzoeker heeft zij in casu een individuele draagwijdte.

De hoorplicht geldt bij het nemen van individuele bestuurshandelingen t.a.v. burgers, ambtenaren, mandatarissen en besturen. Verzoeker is een burger.

De hoorplicht is in dit geval dan ook van toepassing.

Het blijkt echter duidelijk dat de hoorplicht die bestaat in hoofde van de Dienst Vreemdelingenzaken niet vervuld werd, aangezien verzoeker op geen enkel moment gehoord werd.

De verwerende partij stelde dat verzoeker dient aan te tonen dat hij ten laste is van zijn Belgisch kind.

De verwerende partij liet echter na aan te tonen dat verzoeker ten laste is van de Belgische Staat en dat het kind van verzoeker niet zou “beschikken” over toereikende bestaansmiddelen. Aan verzoeker werd niet gevraagd om deze bewijzen voor te leggen, doch enkel en alleen om de bewijzen van “het ten laste” zijn van een minderjarig kind over te leggen.

Verzoeker beschikte dankzij een arbeidscontract over voldoende inkomen om niet ten laste te vallen van de Belgische Staat. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt ten onrechte dat verzoeker dit bewijs dient te leveren. Richtlijn 2004/38 maakt hiervan geen enkel gewag en het principe vooropgesteld in de Richtlijn stelt dat er geen belasting mag zijn voor de lidstaten waar de vreemdeling zich vestigt.

Aangezien de richtlijnen geciteerd in het 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. Volgens verzoeker is de interpretatie zoals zij deze weergeeft in huidig verzoekschrift de juiste.

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

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen motiveert ten onrechte dat de hoorplicht in casu niet van toepassing zou zijn.

De bestreden beslissing werd de jure foutief gemotiveerd, en dus is het art. 39/65 van de Vreemdelingenwet geschonden.

Verzoeker vraagt de Raad van State tenslotte om de volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie:

“Dienen de lidstaten te voorzien in een hoorplicht bij de administratieve overheid die een verblijfsvergunning onderzoekt in het kader van Richtlijn 2004/38 in die zin dat de aanvragers 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?””;

2.1.2. Overwegende dat de verwerende partij antwoordt:

“2.1. Betreffende een eerste middel van verzoeker.

In een eerste middel beroept de verzoekende partij zich op een vermeende schending van de hoorplicht op zich en in combinatie met het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

Bij lezing van het verzoekschrift stelt de verwerende partij vooreerst vast dat verzoeker zich hoofdzakelijk richt tegen de beslissing dd. 2.3.2007 van de gemachtigde van de federale Minister van Binnenlandse Zaken, houdende weigering van de vestiging met bevel om het grondgebied te verlaten.

De verwerende partij laat dienaangaande gelden dat het huidige beroep een cassatieberoep uitmaakt, gericht tegen een beslissing van een administratief rechtscollege, met name de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, en niet tegen een beslissing van een administratieve overheid.

In de mate verzoeker zich in zijn eerste middel richt tegen de oorspronkelijke beslissing dd. 2.3.2007 van de gemachtigde van de federale Minister van Binnenlandse Zaken, is zijn kritiek dan ook niet dienend en kan deze niet worden weerhouden in het kader van onderhavig cassatieberoep.

Overigens dient tevens te worden opgemerkt dat de hoorplicht, al dan niet in combinatie met het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, een beginsel van behoorlijk bestuur uitmaakt. Aangezien de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen optreedt als een administratief rechtscollege en niet als een actief bestuur, vinden de 'beginselen van behoorlijk bestuur' uiteraard geen toepassing op (de arresten van) deze Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

De vermeende schending van voormelde beginselen van behoorlijk bestuur op zich, kan dan ook niet worden weerhouden.

Verder werpt verzoeker een schending op van art. 39/65 van de wet dd. 15.12.1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen. Verzoeker houdt in zijn verzoekschrift voor 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 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.

Behoudens het gegeven dat verzoekers beschouwingen uiterst warrig, onvolledig en onduidelijk zijn - zo o.m. waar verzoeker in zijn laatste zinsnede van het eerste middel het heeft over 'de bestreden beslissing' doch het de verwerende partij geenszins duidelijk is of verzoeker hiermee het arrest van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen beoogt, dan wel de oorspronkelijk bestreden beslissing dd. 2.3.2007 van de gemachtigde (dewelke vanzelfsprekend geen schending van art. 39/65 van de wet dd. 15.12.1980 met zich kan meebrengen) - merkt de verwerende partij op dat verzoekers beschouwingen juridische grondslag missen.

De verwerende partij laat gelden dat de motiveringsplicht uit artikel 39/65 van de Vreemdelingenwet dd. 15.12.1980 inhoudt dat de omstandigheden van de zaak waarheidsgetrouw moeten worden weergegeven en steun moeten vinden in de gegevens van het dossier (naar analogie R.v.St. nr. 154.511 van 6 februari 2006)

Art. 14 §2 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State stipuleert immers dat:

"De afdeling doet uitspraak; bij wijze van arresten, over de cassatieberoepen ingesteld tegen de door de administratieve rechtscolleges in laatste aanleg gewezen beslissingen in betwiste zaken wegens overtreding van de wet of wegens schending van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen. Zij treedt daarbij niet in de beoordeling van de zaken”.

Zodoende dient te worden vastgesteld dat de Raad van State geen tweede instantiege-recht is dat de zaak opnieuw ten gronde onderzoekt, doch als administratieve cassatierechter enkel de wettigheid van de hem voorgelegde beslissing van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen mag nagaan.

Het oordeel van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen kan door de Raad van State slechts als onrechtmatig worden aangemerkt indien de concrete gegevens van de zaak doen blijken dat die appreciatie, in strijd met wat in de (oorspronkelijke) beslissing wordt aangevoerd, kennelijk onredelijk is.

In casu blijft verzoeker in gebreke aan te tonen dat het oordeel van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen kennelijk onredelijk zou zijn.

Als administratieve cassatierechter kan de Raad van State zich dan ook niet in de plaats stellen van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, wanneer deze haar eigen

beoordelingsbevoegdheid uitoefent (R.v.St. nr. 45.632, 4.1.94, R.A.C.E 1994, z.p.; R.v.St. nr. 47.325, 6.5.94, R.A.C.E 1994, z.p.; R.v.St. nr. 49.801, 21.10.94, R.A.C.E 1994, z.p.; R.v.St. nr. 50.272, 18.11.94, R.A.C.E 1994, z.p.).

Waar het eigenlijke voorwerp van verzoekers verzoekschrift een beoordeling van de grond van de zaak uitmaakt, kan hierop dan ook niet worden ingegaan.

Terwijl daarentegen moet worden vastgesteld dat door de rechter in vreemdelingenzaken in het uitvoerig gemotiveerd arrest dd. 26.10.2007 geheel terecht wordt gesteld:

"In een eerste middel voert verzoekende partij de schending aan van de hoorplicht op zich en in combinatie met het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Verzoeker betoogt dat de hoorplicht van toepassing is aangezien dit geldt bij het nemen van individuele bestuurshandelingen t.a.v. burgers en verzoeker een burger is. Verzoeker betoogt dat de hoorplicht het bestuur het zorgvuldigheidsbeginsel laat respecteren doordat het bestuur gedwongen wordt pas een beslissing te treffen na een behoorlijk onderzoek van de zaak en met kennis van de relevante gegevens.

De aangevoerde schending van de hoorplicht, als beginsel van behoorlijk bestuur, houdt in dat tegen iemand een ernstige maatregel kan getroffen worden die gegrond 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. De beslissing van de gemachtigde van de Minister tot weigering van vestiging met bevel om het grondgebied te verlaten, kan niet als een dergelijke maatregel worden gezien. Deze beslissing vloeit immers voort uit de toepassing van artikel 40 van de Vreemdelingenwet en is niet gestoeld op het persoonlijk gedrag van de vreemdeling zoals begrepen in het voornoemd beginsel van behoorlijk bestuur."

Verzoekers beschouwingen in zijn verzoekschrift tot cassatieberoep missen duidelijk juridische (en ook feitelijke) grondslag en kunnen geen afbreuk doen aan de oorspronkelijk bestreden beslissing en voormelde motieven van het arrest dd. 26.10.2007.

Het arrest van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen werd ten genoegen van recht gemotiveerd; de hierboven geciteerde motieven schragen dit onderdeel van het arrest dd. 26.10.2007 genoegzaam.

Er is geen sprake van een schending van de motiveringsplicht van art. 39/65 van de wet dd. 15.12.1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

Ondergeschikt, in zoverre Uw Raad van oordeel is dat verzoeker een schending van de motiveringsplicht uit art. 39/65 van de Vreemdelingenwet dd. 15.12.1980 in combinatie met de door hem opgesomde beginselen van behoorlijk bestuur, zou opwerpen, laat de verwerende partij het volgende gelden.

Verzoeker kan niet worden gevolgd waar hij poogt voor te houden dat "hij had moeten worden gehoord alvorens hem de bestreden beslissing werd betekend".

Door de rechter in vreemdelingenzaken werd geheel terecht geoordeeld dat de vermeende schending van de hoorplicht niet kan worden weerhouden.

De verwerende partij laat gelden dat verzoekers vage beschouwing geen aanleiding kan geven tot vernietiging van de bestreden beslissing.

Immers houdt de bestreden beslissing slechts een beoordeling in van de verblijfstoestand van verzoekers en van hun aanvraag om desbetreffend een bepaalde beslissing (aanvraag tot vestiging) te treffen.

Niet een bepaalde vorm van persoonlijk gedrag of de vereiste van de goede werking van een openbare dienst. ligt dus aan de betrokken bestreden beslissing ten grondslag (cf bv. R.v.St. nr. 39.156, 3.4.1992, Arr. R.v.St. 1992, z.p.), maar wel een bepaalde vaststelling aangaande een situatie waaromtrent het bestuur uit hoofde van zijn bevoegdheid, die het verzocht is uit te oefenen, beslissingen dient te nemen.

Bij deze vorm van bestuurlijke bevoegdheidsuitoefening geldt de hoorplicht niet (R.v.St. nr. 39.155, 2.4.1992). Bestuurshandelingen die een weigering inhouden om een door de verzoekende partij gevraagd voordeel te verlenen, zijn niet onderworpen aan tegenspraak daar deze niet gesteund zijn op een tekortkoming van de betrokkene (zie

ook R.v.St. nr. 167.887 dd. 15.02.2007, I. OPDEBEECK, "De hoorplicht" in Beginselen van behoorlijk bestuur in Administratieve rechtsbibliotheek, Brugge, die Keure, 2006, 247.

De verwerende partij merkt verder op dat het zorgvuldigheidsbeginsel inhoudt dat een beslissing slechts genomen kan worden na behoorlijk onderzoek van de zaak en met kennis van alle relevante gegevens.

Er dient te worden vastgesteld dat aan verzoeker wel degelijk de mogelijkheid werd gegeven zijn standpunt naar voor te brengen, en dit bij het indienen van zijn aanvraag tot vestiging. Hierbij kon hij alle feitelijke informatie verschaffen die hij wenste te geven, en zijn aanvraag met nuttige elementen en stukken staven.

In casu heeft verzoeker op 6.2.2007 bij het indienen van zijn vestigingsaanvraag, zijn paspoort overgelegd evenals een uittreksel uit de geboorteakte van het kind.

Gelet op deze stukken heeft de gemachtigde van de federale Minister van Binnenlandse Zaken feitelijk vastgesteld dat het kind van verzoeker, in functie van wie de vestigingsaanvraag werd ingediend, minderjarig en zijn vader niet ten laste kan nemen. Verzoeker toonde niet aan ten laste te zijn van zijn kind (en toont dit ook op heden nog steeds niet aan). Verzoeker voldoet dan ook niet aan de voorwaarden van art. 40 §6 van de Vreemdelingenwet dd. 15.12.1980.

Tijdens de periode voorafgaand aan de bestreden beslissing heeft verzoeker vervolgens geen bijkomende gegevens meer verstrekt.

Derhalve dient te worden besloten dat de gemachtigde van de federale Minister van Binnenlandse Zaken, op basis van de hem beschikbaar gestelde informatie, met kennis van zaken kon overgaan tot het nemen van de initieel bestreden beslissing dd. 2.3.2007 (zie ook R.v.V. nr. 2.023 dd. 27.09.2007).

Verzoeker kan niet dienstig anders voorhouden.

Door de gemachtigde van de federale Minister van Binnenlandse Zaken werd geheel terecht geoordeeld dat verzoeker niet aan de voorwaarden voldoet om te genieten van het recht op vestiging als bloedverwant in de opgaande lijn, en de vestiging hem diende te worden geweigerd.

De beschouwingen van de verzoekende partij zijn niet meer dan ongestaafde, vage en niet ernstige beweringen, en kunnen niet worden aangenomen. Nergens blijkt dat de oorspronkelijk bestreden beslissing dd. 2.3.2007 noch wat de feiten, noch wat de beslissing zelf betreft, in strijd kan worden geacht met het zorgvuldigheidsbeginsel.

Door de rechter in vreemdelingenzaken werd geheel terecht geoordeeld dat een schending van de door verzoeker aangehaalde beginselen niet wordt aangetoond.

Verder laat de verwerende partij gelden dat verzoeker niet dienstig kan voorhouden 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 gezocht dient te worden in deze laatste richtlijn en niet in de vreemdelingenwet van 1980'.

Immers dient te worden opgemerkt dat verzoeker in zijn inleidend verzoekschrift voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, geen middel heeft ontwikkeld nopens de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, waarvan de draagwijdte zou moeten worden gezocht in de richtlijn 2004/38.

Door verzoeker wordt slechts heden in onderhavige procedure voor Uw Raad verwezen naar deze richtlijn voor wat betreft de hoorplicht, zonder dat hij er voordien - met name t.a.v. de gemachtigde van de federale Minister van Binnenlandse Zaken of hangende de procedure voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen -, ooit op heeft gewezen, noch er elementen mee in verband heeft gebracht.

Dit onderdeel van het eerste middel van verzoeker is naar inzichten van de verwerende partij dan ook niet ontvankelijk (zie ook Cass. F1996N dd. 18.03.1994).

Het eerste middel van verzoeker kan derhalve niet worden aangenomen.”;

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

De hoorplicht, een beginsel van behoorlijk bestuur, heeft tot doel de bestuurde de mogelijkheid te geven zijn standpunt op een nuttige wijze te doen kennen en bovendien het bestuur het zorgvuldigheidsbeginsel te laten respecteren door pas een beslissing te nemen na een behoorlijk onderzoek van de zaak en met kennis van de relevante gegevens. (I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, Die Keure, 2006, p. 235 e.v.)

De hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur is enkel van toepassing bij afwezigheid van een normatieve regeling van de hoorplicht en is van toepassing bij het nemen van beslissingen met individuele draagwijdte.

In het Europees recht wordt de hoorplicht aanzien als een van de meest belangrijke fundamentele rechten en het negeren hiervan vormt dan ook een ernstige schending van het art. 41 van het Handvest.

Aangezien de bestreden beslissing gevolgen resorteert die een weerslag hebben op de rechtstoestand van verzoeker heeft zij in casu een individuele draagwijdte.

De hoorplicht geldt bij het nemen van individuele bestuurshandelingen t.a.v. burgers, ambtenaren, mandatarissen en besturen. Verzoeker is een burger.

De hoorplicht is in dit geval dan ook van toepassing doch werd niet vervuld door de verwerende partij.

De verwerende partij stelde dat verzoeker dient aan te tonen dat hij ten laste is van zijn Belgisch kind.

De verwerende partij liet echter na aan te tonen dat verzoeker ten laste is van de Belgische Staat en dat het kind van verzoeker niet zou "beschikken" over toereikende bestaansmiddelen. Aan verzoeker werd niet gevraagd om deze bewijzen voor te leggen, doch enkel en alleen om de bewijzen van "het ten laste" zijn van een minderjarig kind over te leggen.

Verzoeker beschikte dankzij een arbeidscontract over voldoende inkomen om niet ten laste te vallen van de Belgische Staat. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt ten onrechte dat verzoeker dit bewijs dient te leveren. Richtlijn 2004/38 maakt hiervan geen enkel gewag en het principe vooropgesteld in de Richtlijn stelt dat er geen belasting mag zijn voor de lidstaten waar de vreemdeling zich vestigt.

Aangezien de richtlijnen geciteerd in het 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. Volgens verzoeker is de interpretatie zoals zij deze weergeeft in huidig verzoekschrift de juiste.

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

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen motiveert ten onrechte dat de hoorplicht in casu niet van toepassing zou zijn.

De bestreden beslissing werd de jure foutief gemotiveerd, en dus is het art. 39/65 van de Vreemdelingenwet geschonden.

Verzoeker vraagt de Raad van State tenslotte om de volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie:

"Dienen de lidstaten te voorzien in een hoorplicht bij de administratieve overheid die een verblijfsvergunning onderzoekt in het kader van Richtlijn 2004/38 in die zin dat de aanvragers 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?"

Verzoeker stelt vast dat de verwerende partij vindt dat "verzoekers beschouwingen uiterst warrig, onvolledig en onduidelijk zijn - zo o.m. waar verzoeker in zijn laatste

zinsnede van het eerste middel het heeft over 'de bestreden beslissing' doch het de verwerende partij geenszins duidelijk is of verzoeker hiermee het arrest van de RVV beoogt, dan wel de oorspronkelijk bestreden beslissing dd.2.3.2007 van de gemachtigde".

Als antwoord volstaat een verwijzing naar de laatste paragraaf van het onderdeel 'feiten en retroacten': "Verzoeker diende een annulatieberoep in tegen deze beslissing doch dit werd door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen afgewezen op 26.10.2007 (betekend op 30.10.2007). Dit arrest vormt de bestreden beslissing."

Ook stelt verzoeker vast dat de verwerende partij beweert uit het verzoekschrift van verzoeker te citeren (bv. op p. 3 en 6 van de memorie van antwoord), doch deze 'citaten' kan verzoeker nergens terugvinden in zijn verzoekschrift.

Op p. 6 stelt de verwerende partij "dat verzoeker in zijn inleidend verzoekschrift voor de RVV, geen middel heeft ontwikkeld nopens de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur,..." Het is voor verzoeker onduidelijk of ook deze paragraaf geknipt en geplakt werd uit een ander dossier maar verzoeker wenst voor de volledigheid toch te citeren uit zijn inleidend verzoekschrift voor de RVV: "EERSTE Middel: Schending van de hoorplicht op zich en in combinatie met het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel (...) TWEEDE middel: Schending van het art. 8 EVRM. Schending van het art. 3.1 van het Vierde Aanvullend Protocol bij het EVRM. Schending van het art. 2, 3, 30 en 31 van de EU Richtlijn "2004/38 van 29 april 2004.

Schending van het art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Schending van het art. 40 van de Vreemdelingenwet."

Van warrigheid en onduidelijkheid gesproken...";

2.1.4.1. Overwegende dat verzoeker aanvoert dat de hoorplicht die bestaat in hoofde van de Dienst Vreemdelingenzaken niet werd vervuld en hij had moeten worden gehoord alvorens er een beslissing werd genomen, dat de verwerende partij een beslissing heeft genomen zonder rekening te houden met de omstandigheid dat hij over voldoende inkomsten beschikte om niet ten laste van de Belgische Staat te vallen, dat deze interpretatie van het "ten laste zijn" volgt uit de richtlijn 2004/38;

2.1.4.2. Overwegende dat de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur 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 mogelijkheid 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 voortvloeit uit de artikelen 40 e.v. van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en niet is gestoeld op het persoonlijk gedrag van de vreemdeling zoals begrepen in voornoemd beginsel van behoorlijk bestuur; dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen bijgevolg terecht overweegt dat de hoorplicht niet van toepassing is; dat de Dienst Vreemdelingenzaken er geenszins toe verplicht was verzoeker te horen omtrent zijn interpretatie van het "ten laste zijn"; dat verzoeker de Raad van State vraagt een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie ten einde na te gaan of er in een

hoorplicht dient te worden voorzien wanneer er een aanvraag tot vestiging in het kader van de richtlijn 2004/38/EG wordt ingediend; dat voornoemde richtlijn nergens voorziet in een verplichting tot horen voorafgaandelijk aan de weigeringsbeslissing zodat niet dient te worden ingegaan op het verzoek om een prejudiciële vraag te stellen; dat het eerste middel niet gegrond is;

2.2.1. Overwegende dat verzoeker als tweede middel aanvoert:

“TWEEDE middel: Schending van het art. 8 EVRM. Schending van het art. 3.1 van het Vierde Aanvullend Protocol bij het EVRM. Schending van het art. 2, 3, 30 en 31 van de EU Richtlijn 2004/38 van 29 april 2004. Schending van het art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Schending van het gelijkheidsbeginsel zoals vastgelegd in art. 10, 11 en 24 van de Grondwet. Schending van de principes van het EU procesrecht met name het algemeen rechtsbeginsel van recht van verdediging zoals vastgelegd in de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie. Schending van het art. 40 van de Vreemdelingenwet.

- Schending van het art. 3.1 van het Vierde Aanvullend Protocol bij het E.V.R.M. Schending van het art. 2, 3, 30 en 31 van de E.U.-Richtlijn 2004/38 van 29 april 2004. Schending van de principes van het EU procesrecht met name het algemeen rechtsbeginsel van recht van verdediging zoals vastgelegd in de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie. Schending van het gelijkheidsbeginsel zoals vastgelegd in art. 10, 11 en 24 van de Grondwet.

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.

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt dat de Richtlijn niet van toepassing zou zijn op interne materies. Dit maakt echter evident een discriminatie uit. In de redenering van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen zou de Belgische Staat strengere regels kunnen opleggen aan haar eigen onderdanen dan aan begunstigen van de richtlijn, wat een ongelijkheid zou uitmaken. Er bestaat geen enkele objectieve reden om EU-onderdanen van andere lidstaten tot een gunstiger verblijfsregime toe te laten dan de eigen onderdanen; dat dit zou immers neerkomen op omgekeerde discriminatie.

Verder blijkt uit het art. 40 § 6 dat vreemdelingen die in de bovenvermelde categorie vallen gelijkgesteld worden met EG-vreemdelingen, een begrip dat thans overeenkomt met het begrip EU-onderdanen. Zij worden dan ook gelijkgesteld.

Voor zover hierover betwisting zou bestaan vraagt verzoeker de Raad van State om hierover een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof:

“Schending het art. 40 van de Vreemdelingenwet het gelijkheidsbeginsel doordat het minder procedurele waarborgen toekent aan vreemdelingen die gezinshereniging vragen met een Belg dan vreemdelingen die gezinshereniging vragen met een EU-onderdaan in die zin dat het art. 30 en 31 van de Richtlijn enkel van toepassing zouden zijn op de laatste categorie en niet op de eerste categorie?”

Hieruit volgt dat Richtlijn 2004/38 volle uitwerking dient te krijgen.

Verzoeker is conform het art. 3 van de Richtlijn een begunstigde aangezien hij volgens het art. 2.2.d een bloedverwant is in opgaande lijn van een E.U.-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 kan zich dan ook beroepen op de artikelen 30 en 31 van de EU-Richtlijn 2004/38, die geschonden blijken te zijn door de bestreden beslissing.

Het art. 30.3 vereist het volgende:

De kennisgeving vermeldt bij welke gerechtelijke of administratieve instantie waarbij de betrokkene beroep kan instellen, alsmede de termijn daarvoor en, in voorkomend geval, de termijn waarbinnen hij het grondgebied van de lidstaat moet verlaten. Behalve in naar behoren aangetoonde dringende gevallen mag deze termijn niet korter zijn dan een maand na de datum van kennisgeving.

Verder stelt het artikel 31.3 van de Richtlijn het volgende:

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 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. Er werd hem immers een beslissing betekend waartegen enkel een beroep openstaat bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Verzoeker moet 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.

Verzoeker meent dan ook dat de bestreden beslissing noodzakelijkerwijze nietig is.

- Schending van het 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 het art. 47 van het Handvest. Dit waarborgt het 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.

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 politieke consensus welke thans beschouwd moet worden als een catalogus van fundamentele rechten gewaarborgd in het Gemeenschapsrecht.

Voor een preliminaire studie wordt verwezen naar de volgende weblink: <http://www.law.kuleuven.ac.be/jura/38nl/debussere.htm>. Deze studie liet reeds uitschijnen wat het belang van het Handvest zou worden en welk belang het thans heeft. Het Handvest wordt geciteerd en toegepast in diverse materies, zowel bij het Europees Hof van Justitie als bij nationale rechters.

De toepassing van het art. 47 van het Handvest dient dan ook gewaarborgd te worden in alle zaken die de Europese Unie regelt, waaronder o.m. het recht op gezinshereniging.

De invulling van het art. 47 is gelijklopend met de invulling van het art. 6 EVRM met dit verschil dat het toepassingsgebied zich niet alleen uitstrekt over burgerlijke en strafrechtelijke materies maar over alle materies die het Europees recht regelt, waaronder dus ook het recht op gezinshereniging. De tekst incorporeert zowel het art. 13 E.V.R.M. als het art. 6 E.V.R.M.

De rechtspraak i.v.m. het art. 6 E.V.R.M. is dan ook relevant ter beoordeling van de vraag of deze beroepsmogelijkheid voldoet aan de voorwaarden die gesteld worden 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 instellen in strijd is met het begrip 'full jurisdiction' - volle rechtsmacht - zoals vastgelegd in het E.V.R.M. en dus indirect van toepassing via het art. 47 van het Handvest (zie hierboven).

Van belang is ten eerste dat het artikel 6 lid 1 E.V.R.M. 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 controleren².

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 het artikel 6 lid 1 E.V.R.M. 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 het artikel 6 E.V.R.M. dus ook moet kunnen oordelen over de vaststelling van de feiten als deze relevant zijn in het geschil. Daarom is het van belang te weten wat wordt bedoeld met 'facts relevant to the dispute'. Immers alleen met betrekking tot deze feiten geldt het vereiste van 'full jurisdiction'.

Daarom is de vraag aan de orde hoe intensief de rechter terzake moet kunnen toetsen. Uitgangspunt van de jurisprudentie van het E.H.R.M. 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 E.H.R.M. in de zaak Terra Woningen t. Nederland. Daarin werd een schending van het artikel 6 lid 1 E.V.R.M. 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 requirement 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 men niet oordelen dat de verzoeker toegang had tot een rechtbank met een voldoende rechtsmacht om de zaak te behandelen. Er is dus een schending van het 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 E.H.R.M. 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' (pervers of irrationeel) was.

Beperkingen van rechterlijke controle op de bestuurlijke feitenvaststelling bevinden zich dus 'in de gevarezone van het artikel 6 E.V.R.M.', 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 E.V.R.M. 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 op dat 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 blijken 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 E.H.R.M. 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 E.H.R.M. 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 ontzegd om feitelijke gegevens die beslissend konden zijn voor het aan hem voorgelegde geschil in zijn beoordelingen te betrekken. Onder deze omstandigheden kan volgens het E.H.R.M. 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 verzoeker dat de procedure aanvraag vestiging geenszins kan omschreven worden als een 'quasi jurisdictioneel orgaan'. Integendeel, verzoeker werd voor het nemen van de beslissing niet eens gehoord. Zelfs het hoorrecht werd dus niet op correcte wijze gewaarborgd.

Dat derhalve de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen dient 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.

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt echter het volgende: “Het Handvest is een politieke verklaring en heeft geen enkele wettelijke status zodat artikel 47 van dit Handvest dan ook niet dienstig kan worden aangevoerd om afbreuk te doen aan artikel 39/2 § 2 van de vreemdelingenwet. Conform dit artikel dient de raad uitspraak te doen als annulatierechter over een beroep dat wordt ingesteld tegen een beslissing van de gemachtigde van de minister van Binnenlandse Zaken houdende een weigering tot vestiging met bevel om het grondgebied te verlaten. De wetgever heeft uitdrukkelijk uitgesloten dat de Raad een ruimere toetsing zou doorvoeren.”

De beslissing werd aldus de jure foutief gemotiveerd, waardoor het artikel 39/65 van de vreemdelingenwet geschonden is.

- Schending van het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging en het beroep met volle rechtsmacht zoals vastgelegd in de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie.

Verzoeker stelt dat, mocht het artikel 47 van het Handvest geen rechtstreekse werking hebben, het recht op een beroep met volle rechtsmacht en de rechten van verdediging algemene rechtsbeginselen zijn waarop verzoeker zich rechtstreeks op kan beroepen. Verzoeker verwijst naar de zaak 222/86 van het Hof van Justitie (Heylens) waarin voormeld principe van de rechten van verdediging bevestigd wordt (eigen onderlijning):

- “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.”

Verzoeker herhaalt de uiteenzetting inzake volle rechtsmacht en stelt dat het recht op een beroep met volle rechtsmacht en de rechten van verdediging een algemeen rechtsbeginsel zijn.

Verzoeker meent dat ook dat, gelet op het feit dat huidige Vreemdelingenwet de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet toelaat dergelijk onderzoek te voeren, de initiële beslissing voorgenoemde artikelen schendt. Dat het beroep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen hoogstens een beroep tot herziening genoemd kan worden. Dat verzoeker eveneens verzoekt aan de Raad van State een prejudiciële vraag te stellen aan het Europees Hof van Justitie die als volgt luidt:

“Dienen de lidstaten te voorzien in een beroep bij een administratief rechtscollege inzake de materie van de Kwalificatierichtlijn 2004/83 en houdt het artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie of het algemeen rechtsbeginsel van het recht op verdediging en het recht op een beroep met volle rechtsmacht in dat deze administratieve rechtscolleges over een eigen onderzoeksbevoegdheid dienen 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?”.

- Schending van het art. 40 van de Vreemdelingenwet in combinatie met de artikelen 2 en 3 van de E.U.-Richtlijn 2004/38. Schending van het artikel 8 E.V.R.M. in combinatie met het artikel 3 van het Vierde Protocol bij het E.V.R.M.

De oorspronkelijke beslissing van de Dienst Vreemdelingenzaken stelde o.m. het volgende:

Betrokkene kan niet ten laste zijn van zijn minderjarig kind.

Verzoeker meent 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.

Verzoeker verwijst naar het advies van de Commissie voor Advies voor Vreemdelingen d.d. 08.12.2006 in een gelijkaardige zaak (nr. 5.612.029, stuk 2).

De rechtspraak van het Europese Hof van Justitie beschouwt de kwalificatie van het begrip familielid 'ten laste' 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 (waar de situatie omgekeerd was: de tenlasteneming werd niet verzekerd door de titularis van het verblijfsrecht maar 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).

Deze rechtspraak is ten eerste pertinent bij de beoordeling van deze zaak.

Anders oordelen zou maken dat het art. 8 E.V.R.M. in combinatie met art. 3.1 van het Vierde Aanvullend Protocol bij het E.V.R.M. zou geschonden worden.

Het artikel 8 E.V.R.M. stelt het volgende:

1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Verzoeker is vader van twee Belgische kinderen. Hij heeft op regelmatige basis contact met hen en hoopt in de nabije toekomst opnieuw permanent met hen te kunnen samenleven, zoals hij vroeger reeds meer dan twee jaar deed.

Het artikel 8 E.V.R.M. beschermt de gezins- en familiebanden en zou bij de uitvoering van de bestreden beslissing - namelijk de verwijdering van verzoeker van het Belgische grondgebied - geschonden worden.

Er kan immers slechts een uitzondering op gemaakt worden wanneer dit in een democratische samenleving noodzakelijk is, en deze noodzaak is in casu geenszins aangetoond.

Om het gezinsleven wel verder te waarborgen zou verzoeker enkel en alleen de aanvraag kunnen indienen wanneer zijn kinderen hem vergezellen naar zijn land van herkomst. Zodoende zou de Belgische Staat eigen onderdanen dwingen het land te verlaten.

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt daarentegen dat een correcte toepassing van de Vreemdelingenwet geen grondrechten kan schenden en dat art. 8 EVRM niet absoluut is. Er wordt echter op geen enkele wijze aangetoond dat deze schendingen noodzakelijk zouden in een democratische samenleving. In de bestreden beslissing wordt de redenering omgedraaid. Het uitgangspunt moet echter zijn dat het gezinsleven gerespecteerd wordt en dat de uitzondering gemotiveerd moet worden, wat hier niet is gebeurd.

Op deze wijze kan er geeneens sprake zijn van een minimum aan motivering van de bestreden beslissing inzake de grondrechten van verzoeker.”;

2.2.2. Overwegende dat de verwerende partij antwoordt:

“2.2. Betreffende een tweede middel van verzoeker.

In een tweede middel beroept de verzoekende partij zich op een vermeende schending van:

- art. 8 EVRM,
- artikel 3. 1. van het Vierde Aanvullend Protocol bij het EVRM,
- artt. 2, 3, 30 en 31 van EU Richtlijn 2004/38 dd. 29.4.2004,
- art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie 'en van de processuele grondrechten van de Europese Unie',
- het gelijkheidsbeginsel zoals vastgelegd in art. 10, 11 en 24 van de Grondwet,
- art. 40 §6 van de Vreemdelingenwet dd. 15.12.1980,

Andermaal merkt de verwerende partij vooreerst op dat in verzoeker zich ook in zijn tweede middel richt tegen de oorspronkelijke beslissing dd. 2.3.2007 van de gemachtigde van de federale Minister van Binnenlandse Zaken, zijn kritiek niet dienend is en niet kan worden weerhouden in het kader van onderhavig cassatieberoep.

Verzoekers tweede middel kan verder worden verdeeld in volgende onderdelen.

- Betreffende de vermeende schending van de artikelen 2, 3, 30 en 31 van de Richtlijn 2004/38 en van art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

In een eerste onderdeel van het middel beroept de verzoekende partij zich op een vermeende schending van de artikelen 2, 3, 30 en 31 van de Richtlijn 2004/38 en van art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Ter ondersteuning uit de verzoekende partij kritiek op het beroep dat openstaat bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Daarbij poneert verzoeker kennelijk dat de

Raad voor Vreemdelingenbetwistingen - naar zijn oordeel - ook kennis dient te kunnen nemen en te kunnen oordelen over "de feiten en de omstandigheden die de voorgenomen maatregel rechtvaardigen". Aldus poneert verzoeker dat de Raad dient te beschikken over een 'volle rechtsmacht'.

Desbetreffend dient vooreerst te worden opgemerkt dat verzoeker zich niet dienstig kan beroepen op de Richtlijn 2004/38 en evenmin op het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Immers vereist de toepassing van het gemeenschapsrecht een 'intracommunautair aspect' opdat er eventueel rechten zouden kunnen worden ontleend aan bepalingen van het recht van de Europese Gemeenschappen (H.v.J., 27.10.1982, nrs. 35 en 36/82, Jur. 1982, 3723).

Een 'intracommunautair aspect' is principieel nochtans vereist opdat er eventueel rechten zouden kunnen worden ontleend aan bepalingen van het recht van de Europese Gemeenschappen (H.v.J. 12.7.2005, C-403/03, Jur. 2005, I-6421, r.o. 20, met verwijzing naar de arresten van het Hof van 5 juni 1997, C-64/96 en C-65/96, Jur. 1997, I-3171, r.o. 23, en van 2 oktober 2003, C-148/02, Jur. 2003, I-11613, r.o. 26; H.v.J. 16.1.1997, C-134/95, Jur. 1997, I-195, r.o. 19-23; H.v.J. 28.1.1992, C-332/90, Jur. 1992, I-341, r.o. 9; H.v.J., 27.10.1982, 35 en 36/82, Jur. 1982, 3723; H.v.J. 7.2.1979, 115/78, Jur. 1979, 399, r.o. 24. Zie ook de conclusie van AG Poiares Maduro van 6 mei 2004, C-72/03, Jur. 2004, I-8027, r.o. 4 en 23).

In casu echter is verzoeker onderdaan van Marokko en vader van een Belgisch kind, zodat zijn aanvraag tot vestiging geenszins gebaseerd is op het EG-recht, doch wel op de Belgische wetgeving, zonder enig intracommunautair aspect.

De toepassing van het gemeenschapsrecht strekt zich inderdaad niet uit tot zuiver interne situaties, waarbij er slechts een aanknoping is met één EU-lidstaat en een derde staat (zie ook Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, arrest nr. 2.023 dd. 27.09.2007; R.v.V. nr. 2.023 dd. 27.09.2007).

Ook art. 3.1 van de Richtlijn 2004/38/EG, artikel waarnaar verzoeker overigens uitdrukkelijk verwijst - stipuleert dat:

"Deze richtlijn van toepassing is 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."

In casu dient dan ook te worden vastgesteld dat er geen intracommunautair aspect aanwezig is, zodat verzoeker zich niet dienstig kan beroepen op de door hem aangehaalde Europese wetgeving.

Verzoeker kan bezwaarlijk ernstig voorhouden dat het gegeven dat het Europese gemeenschapsrecht de toepassingsvoorwaarde stelt van de aanwezigheid van een intracommunautair aspect, discriminerend is.

Gezien verzoeker zich niet kan beroepen op voormelde Richtlijn, kan er dan ook geen aanleiding zijn tot het stellen van de prejudiciële vraag.

Terwijl verzoeker evenmin dienstig kan verwijzen naar art. 40 §6 van de wet dd. 15.12.1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, nu hij niet voldoet aan de voorwaarde van ten laste zijn, voorwaarde die uitdrukkelijk wordt gesteld.

Verzoeker is vanzelfsprekend geen EU-onderdaan, noch kan hij op grond van art. 40 §6 hiermee worden gelijkgesteld.

Geheel ten overvloede, en slechts in zoverre de Raad een andere mening zou zijn toegedaan, laat de verwerende partij nog gelden dat het haar niet duidelijk is hoe verzoekers beschouwingen de eventuele cassatie van het in casu bestreden arrest zouden kunnen verantwoorden, en verder, wat het belang van de verzoekende partij is bij de door hem geuite kritiek.

Immers dient te worden vastgesteld dat de omzetting van art. 31 van de richtlijn is geschied bij wet dd. 15.09.2006, in werking getreden op 01.06.2007, zodat verzoeker zich niet op de directe werking van dit artikel kan beroepen.

Uit de memorie van toelichting bij deze wet van 15 september 2006 blijkt immers dat "In werkelijkheid leiden de afschaffing van het verzoek tot herziening en de invoering van artikel 39179 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 bovenvermelde wet van 15 september 2006 is op 1 juni 2007 in werking getreden, zodat de omzetting van de artikelen 15 en 31, 3/ van de richtlijn 2004/38 EG is geschied en de verzoekende partij 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 15 en 31, 3/ van de Richtlijn 2004/38 EG en het gebrek aan vermelding van de Belgische wettelijke bepalingen ter zake, 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. 24 79/001, 323). De verzoekende partij brengt geen gegeven aan om dit standpunt te weerleggen. Haar stelling, die erop neerkomt 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. (zie o.m. R.v.V. nr. 5.325 dd. 20.12.2007; R.v.V. nr. 4.421 dd. 03.12.2007)

Evenmin kan verzoekers verwijzing naar art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie worden aangenomen, nu dit Handvest geen directe werking heeft en geen bindend rechtsinstrument is.

Verzoeker kan niet dienstig anders voorhouden.

Zijn verwijzing naar het arrest van het Europees Hof van Justitie dd. 27.06.2006 (Zaak C-540/03) noopt tot de tegengestelde conclusie als deze die verzoeker eruit trekt, nu in dit arrest immers wél uitdrukkelijk wordt gezegd dat "dit Handvest geen bindend rechtsinstrument is "

(zie overweging nr. 38 van dit arrest). Het Hof van Justitie herhaalt deze vaststelling ook verscheidene malen in het arrest, onder meer onder nr. 31 ("heeft het geen bindend rechtsgevolg") en 34 ("geen bron van gemeenschapsrecht").

Terwijl ook, waar verzoeker uitvoerig verwijst naar rechtspraak in toepassing van art. 6 EVRM, geenszins wordt aangetoond waarom de rechtspraak in verband met art. 6 EVRM alhier naar analogie zou moeten worden toegepast. Verzoeker beperkt zich dienaangaande tot erg vage en ongestaafde beschouwingen.

De betrokken aangelegenheid valt evenwel niet binnen het toepassingsgebied van art. 6 van het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (R.v.St. nr. 78.215, 19.1.1999; R.v.St. nr. 47.178, 4.5.1994, R.A.C.E. 1994, z.p.; R.v.St. nr. 46.280, 25.2.1994, R.A.C.E. 1994, z.p., R.v.V. nr. 2.023 dd. 27.09.2007).

Immers vindt voormeld artikel 6 slechts toepassing bij het vaststellen van de burgerlijke rechten en verplichtingen van eenieder, of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem/haar ingestelde strafvervolgung.

Aangezien derhalve de politieke rechten die een individu geniet in zijn hoedanigheid van burger en waartoe onder meer het recht op verblijf en vestiging van vreemdelingen, met de daarmee verbonden rechten en verplichtingen behoort - rechten en verplichtin-

gen waarop deze zaak betrekking heeft - niet onder de toepassing vallen van het bepaalde artikel 6 van het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (R.v.St. nr. 78.215, 19.1.1999; R.v.St. nr. 47.178, 4.5.1994, R.A.C.E. 1994, z.p.; R.v.St. nr. 46.280, 25.2.1994, R.A.C.E. 1994, z.p.).

De Raad is er door de wet mee belast ondermeer als annulatierechter na te gaan of de individuele beslissingen genomen met toepassing van de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen niet werden genomen met overschrijding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht. De wetgever heeft uitdrukkelijk uitgesloten dat de Raad, een ruimere toetsing zou doorvoeren (Wetsontwerp tot hervorming van de Raad van State en tot oprichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, Gedr. St. Kamer, 2005-06, nr. 51/2479-011, 40. Een behandeling in volle rechtsmacht van huidig beroep is wettelijk niet toegestaan. (Zie R.v.V. nr. 2.023 dd. 27.09.2007).

Door de rechter in vreemdelingenzaken wordt in het bestreden arrest nr. 2.653 dd. 26.10.2007 geheel terecht als volgt geoordeeld :

"Zoals verzoeker terecht opmerkt werd richtlijn 2004/38 EG 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 nog niet omgezet naar Belgisch recht. Artikel 3.1. van deze richtlijn bepaalt dat de richtlijn van toepassing is ten aanzien van iedere burger die zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, en geldt ten aanzien van diens familieleden zoals gedefinieerd in artikel 2, punt 2. die hem begeleiden of vervoegen. Hieruit volgt dat de richtlijn 2004/38/EG op zich niet van toepassing is op unieburgers die zich binnen de eigen lidstaat bevinden of op hun familieleden die niet de nationaliteit van één van de lidstaten bezitten en die de unieburgers in hun eigen lidstaat vervoegen. Verzoeker, die als Marokkaanse onderdaan om vestiging vraagt bij een Belgische onderdaan die zich in België bevindt, kan zich derhalve niet op een dienstige wijze rechtstreeks beroepen op deze richtlijn, noch op de artikelen 2 en 3 noch op de artikelen 30 en 31 van deze richtlijn. Ten overvloed dient gesteld te worden dat alleszins verzoekers stelling dat de bestreden beslissing nietig is omdat de beroepsmogelijkheid bij de Raad niet zou beantwoorden aan artikel 31.3 van de richtlijn 2004/38/EG niet kan gevolgd worden, aangezien de geldigheid van een beslissing niet kan afhangen van de aard van de beroepsmogelijkheid die deze beslissing vermeldt. De Raad stelt vast dat de bestreden beslissing dateert van 2 maart 2007, op een ogenblik dat de in de bestreden beslissing vermelde beroepsmogelijkheden, namelijk het verzoek tot herziening bij de Minister van Binnenlandse Zaken en het beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State nog van kracht waren. De bestreden beslissing werd echter betekend op 3 juli 2007, dus nadat artikel 180 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, dat artikel 39/79 invoert in de vreemdelingenwet, van kracht werd waarbij een annulatieberoep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen voorzien wordt tegen beslissingen waarbij artikel 40 van de vreemdelingenwet in het geding is. De Raad stelt vast dat verzoeker op ontvankelijke wijze een beroep heeft ingediend bij de Raad dermate dat de rechten van verdediging niet geschonden werden. De stelling van verzoeker dat hij meent dat de kansen op een nuttig ingesteld beroep op deze manier wel sterk beperkt worden. kan derhalve niet gevolgd worden, temeer daar de Raad vaststelt dat verzoeker op 19 juli 2007, dus ruim voordat de beroepstermijn bij de Raad verstreken is, een beroep heeft ingediend bij de Raad. Zoals hierboven reeds gesteld werd kan verzoeker zich niet op een dienstige wijze rechtstreeks beroepen op de bepalingen van de richtlijn, 2004/38/EG. 'door zover het eerste onderdeel van het tweede middel de schending opwerpt van de artikelen 2, 3, 30 en 31 van de E U - richtlijn 2004/38 van 29 april 2004, is het middel ongegrond.

In de mate dat het eerste onderdeel van het tweede middel de schending opwerpt van artikel 3. 1. van het Vierde Protocol bij het E.V.R.M. in combinatie met de artikelen 2, 3, 30 en 31 van de EU-richtlijn 2004/38 van 29 april 2004, is het middel onontvankelijk aangezien verzoeker niet aantoon op welke wijze artikel 3. 1. van het Vierde Protocol bij het EVRM in combinatie met de vermelde artikelen van de EU-Richtlijn 2004/38 van 29 april 2004 geschonden zijn door de bestreden beslissing.

In een tweede onderdeel van het middel werpt verzoeker de schending op van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Verzoeker betoogt dat de toepassing van artikel 47 van dit Handvest, waarnaar richtlijn 2004/38/EG verwijst, dient gewaarborgd te worden In alle zaken die de Europese Unie regelt, waaronder het recht op gezinshereniging. Verzoeker stelt dat die invulling van het artikel 47 gelijklopend is met de invulling van het artikel 6 EVRM met dit verschil dat het toepassingsgebied zich niet alleen uitstrekt over burgerlijke en strafrechtelijke materies maar over alle materies die het Europees recht regelt, waaronder het recht op gezinshereniging. Verzoeker voert aan dat de tekst van artikel 47 van het Handvest de artikelen 6 en 13 van het E.V.R.M. incorporeert. Volgens verzoeker dient de Raad in toepassing hiervan volle rechtsmacht te hebben. Verzoeker verwijst naar rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens en betoogt dat de beperkingen van rechterlijke controle op de bestuurlijke feitenvaststelling nooit zo ver mogen gaan dat de rechter zich geheel verlaat op het oordeel van het bestuur. Verzoeker concludeert dat de Raad dient over te gaan tot een volledig onderzoek van de feiten en " zelfs moet overgaan tot een ambtshalve onderzoek van de feiten en 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.

Het handvest is een politieke verklaring en heeft geen enkele wettelijke status zodat artikel 47 van dit handvest dan ook niet dienstig kan worden aangevoerd om afbreuk te doen aan artikel 39/2, §2 van de vreemdelingenwet. Conform dit artikel dient de Raad uitspraak te doen als annulatierechter over een beroep dat wordt ingesteld tegen een beslissing van de gemachtigde van de minister van Binnenlandse Zaken houdende een weigering tot vestiging met bevel om het grondgebied te verlaten. De wetgever heeft uitdrukkelijk uitgesloten dat de Raad een ruimere toetsing zou doorvoeren (Wetsontwerp tot hervorming van de Raad van State en tot oprichting van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, Gedr. St., Kamer 2005-06, nr. 51/2479-011,40.)

Verzoeker kan niet dienstig anders voorhouden.

De vage en ongestaafde beschouwingen van verzoeker missen duidelijk feitelijke grondslag en kunnen niet worden weerhouden.

Het eerste onderdeel van het tweede middel mist derhalve juridische grondslag en kan niet worden aangenomen.

- Betreffende de vermeende schending van de artt. 2 en 3 van de Richtlijn 2004/38. het art. 40 van de Vreemdelingenwet en het art. 8 EVRM.

De verwerende partij dient vast te stellen dat verzoeker in zijn middel niet ingaat op de voorgehouden schending van art. 40 §6 Vreemdelingenwet.

Enkel poneert hij uiterst summier dat "het begrip van 'ten laste zijn' dient opzij te worden geschoven, gelet op de thans geldende rechtspraak van het Europees Hof van Justitie in deze materie", quod certe non.

Opnieuw dient te worden benadrukt dat verzoeker zich in casu niet kan beroepen op deze rechtspraak, gezien het gemeenschapsrecht niet van toepassing is (R.v.V. nr. 2.023 dd. 27.09.2007).

Ook het arrest Chen waarnaar verzoeker verwijst, kan niet dienstig worden ingeroepen, 64aangezien het arrest betrekking heeft op de toepassing van het gemeenschapsrecht en het gemeenschapsrecht in casu niet speelt bij gebrek aan een grensoverschrijdend element" zoals de rechter in vreemdelingenzaken terecht heeft gesteld in het bestreden arrest dd. 26.10.2007.

Ten overvloede laat de verwerende partij gelden dat in art. 40 §6 van de Vreemdelingenwet dd. 15.12.1980 uitdrukkelijk wordt gesteld dat:

“Met de E.G. -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 te hunnen laste zijn, hun bloedverwanten in de opgaande lijn die te 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. ”

Verzoeker dient uiteraard te voldoen aan de wettelijke voorwaarde van gemeenschappelijke vestiging om zich dienstig te kunnen beroepen op artikel 40 §6 Vreemdelingenwet dd. 15.12.1980.

Terwijl de vage en summiere beschouwingen van verzoeker in zijn verzoekschrift, aan het voorgaande geen afbreuk kunnen doen.

Verzoeker voldoet dan ook niet aan de voorwaarde van 'ten laste zijn', voorwaarde die nochtans uitdrukkelijk wordt gesteld in de Belgische wetgeving (art. 40 §6 van de wet dd. 15.12.1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen) en in de Europese wetgeving (art. 2 van de richtlijn 2004/38/EG).

Terwijl verzoeker inderdaad niet dienstig kan verwijzen naar het arrest 'Zhu en Chen' van het Hof van Justitie, alwaar volstrekt andere feitelijke omstandigheden ten grondslag liggen aan het arrest.

In de geciteerde zaak wordt door het Hof van Justitie uitdrukkelijk gesteld dat het gemeenschapsrecht:

"in omstandigheden als die in het hoofdgeding de minderjarige van jonge leeftijd die onderdaan is van een lidstaat, die is gedekt door een passende ziektekostenverzekering en ten laste komt van een ouder die zelf onderdaan is van een derde staat en wiens bestaansmiddelen toereikend zijn om te voorkomen dat genoemde minderjarige ten laste komt van de overheidsfinanciën van de lidstaat van ontvangst een recht verlenen om voor onbepaalde tijd op het grondgebied van deze laatste staat te verblijven. In dat geval geven deze zelfde bepalingen de ouder die daadwerkelijk voor die onderdaan zorgt het recht, met deze laatste in de lidstaat van ontvangst te verblijven" (onderlijning toegevoegd).

Vooreerst dient te worden vastgesteld dat:

- het in voormelde zaak betrokken kind - dat geboren is in het Verenigd Koninkrijk, doch met de nationaliteit van een andere lidstaat, zodat er een communautair aspect aanwezig was - een verblijfsrecht heeft verkregen in het Verenigd Koninkrijk op grond van het EG-recht,
- aan de moeder van het betrokken kind een verblijfsrecht verleend werd, gelet op het 'effet utile' van het verblijfsrecht van het kind zelf,
- opdat het Hof van Justitie de theorie van het 'effet utile' kon toepassen voor de moeder, de voorafgaandelijke toepassing van het EG-recht voor het verblijfsrecht van het kind noodzakelijk was.

In casu echter is het verblijfsrecht van het kind van verzoeker geenszins gebaseerd op het EG-recht, doch wel op de Belgische wetgeving, zonder enig intracommunautair aspect.

Terwijl de toepassing van het gemeenschapsrecht zich niet uitstrekt tot zuiver interne situaties, waarbij er slechts een aanknoping is met één EU-lidstaat en een derde staat. Een 'intracommunautair aspect' is principieel nochtans vereist opdat er eventueel rechten zouden kunnen worden ontleend aan bepalingen van het recht van de Europese Gemeenschappen (H.v.J., 27.10.1982, nrs. 35 en 36/82, Jur. 1982, 3723).

Zodoende kan de 'nuttige werkingstheorie' niet zonder meer worden toegepast op de situatie van verzoeker (zie ook H. VERSCHUEREN, "Gezinshereniging met EU-burgers door derdelandsonderdanen. Twee opmerkelijke arresten van het hof van Justitie in de zaken Akrich en Zhu en Chen", in TVR 2005, nr. 2, 123.).

Aldus kan verzoeker zich niet dienstig beroepen op het door hem aangehaalde arrest.

Ten overvloede merkt de verwerende partij op dat de rechter in vreemdelingenzaken nopens de vermeende schending van art. 40 §6 en de verwijzing naar het arrest Chen geheel terecht heeft geoordeeld dat:

"Verzoeker toont niet aan dat hij ten laste is van zijn minderjarig kind. Het valt moeilijk in te zien hoe verzoeker ten laste zou kunnen zijn van zijn dochter die op het ogenblik van het treffen van de bestreden beslissing ongeveer twee jaar oud is. De bestreden beslissing stelt dan ook terecht dat verzoeker niet ten laste kan zijn van zijn minderjarig kind. Aangezien de voorwaarden tot vestiging niet vervuld zijn, diende de gemachtigde van de Minister de vestigingsaanvraag te verwerpen die verzoeker op basis van artikel 40 van de vreemdelingenwet heeft ingediend als ouder van een Belgisch kind.

De verwijzing door verzoeker naar het arrest (Chen H. vJ zaak C-200102 van 19 oktober 2004) is niet dienstig. Het Hof van Justitie stelt zelfs uitdrukkelijk in de overwegingen 42 en 44 van het arrest dat de ouders van minderjarigen niet ten laste kunnen beschouwd worden van deze minderjarigen in de zin van richtlijn 90/364/EG: 42. Artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 90/364, dat bloedverwanten in opgaande lijn van de houder van het verblijfsrecht die 'te zijnen laste' zijn, ongeacht hun nationaliteit het recht verleent zich met die houder te vestigen, kan geen verblijfsrecht verlenen aan de onderdaan van een derde staat die zich in de situatie van Chen, bevindt noch op grond van de emotionele band tussen moeder en kind, noch op grond dat het recht om het Verenigd Koninkrijk binnen te komen en om er te blijven zou afhangen van het verblijfsrecht van dat kind(...).

In een zaak als aan de orde in het hoofdgeding doet zich juist de tegenovergestelde situatie voor, omdat de houder van het verblijfsrecht ten laste 'komt van de onderdaan van een derde staat, die daadwerkelijk voor de houder zorgt en deze wenst te begeleiden. In deze omstandigheden kan Chen zich niet op de hoedanigheid bloedverwant in opgaande lijn ten laste' van Catherine in de zin van richtlijn 90/364 beroepen om een recht van verblijf in het Verenigd Koninkrijk te verkrijgen.

Ten overvloede merkt de Raad op dat de stelling van verzoeker dat uit de rechtspraak inzake Chen 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 dat daarom deze persoon, derdelander, in de mogelijkheid moet gesteld worden om met zijn kind te verblijven in het ontvangst-land, niet kan gevolgd worden. Uit het administratief dossier (stuk nr. 63) blijkt immers dat de kinderen van verzoekers echtgenote in een instelling in Brasschaat zitten, zodat verzoeker moeilijk kan beschouwd worden als een persoon die zijn kinderen effectief verzorgt op het ogenblik dat de bestreden beslissing getroffen wordt. Verzoeker geeft ook zelf aan in zijn verzoekschrift dat de kinderen elders worden opgevangen. Verder is de Raad in deze niet gebonden door een advies van de Commissie van Advies. Zoals hierboven reeds gesteld werd kan verzoeker zich niet op een dienstige wijze rechtstreeks beroepen op de bepalingen van de richtlijn 2004/38/EG. ".

Ten overvloede herhaalt de verwerende partij tevens dat verzoeker niet dienstig kan verwijzen naar de Europese Richtlijn 2004/38, en dit gelet op het ontbreken van enig intracommunautair aspect. De verwerende partij verwijst daartoe naar zijn repliek op verzoekers eerste middel.

In zoverre de verzoekende partij zich beroept op het art. 8 EVRM, laat de verwerende partij gelden dat:

- artikel 8 EVRM de eerbiediging waarborgt van het recht op gezinsleven en de nietinmenging van enig openbaar gezag bij de uitoefening van dat recht;
- het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aanneemt dat uit art. 8 EVRM niet kan worden afgeleid dat een vreemdeling er een staat toe kan verplichten om hem op zijn grondgebied te gedogen (cf. VAN DE PUTTE, M., "Straatsburg gaat vreemd. De vreemdeling in de jurisprudentie van de Straatsburgse organen", T.V.R. 1994, (3), 12);

- het de verwerende partij toegelaten is wetsontduiking tegen te gaan, en daartoe de nodige maatregelen te nemen;
- reeds werd geoordeeld dat een mogelijke toepassing van art. 8 EVRM de betrokken vreemdeling niet vrijstelt van het verkrijgen van de vereiste documenten om het Rijk binnen te komen, en dat een tijdelijke verwijdering om reden dat hij niet in het bezit is van die documenten dan ook geenszins strijdig is met dit verdragsartikel (zie R.v.St. nr. 48.653, 20.07.1994, Arr. R. v. St. 1994, z.p.; R.v.St. nr. 42.039, 22.02.1993, Arr. R. v. St. 1993, z.p.),
- de beslissing tot weigering van de vestigingsaanvraag met bevel om het grondgebied te verlaten heeft enkel tot gevolg dat verzoeker tijdelijk het land dient te verlaten met de mogelijkheid er terug te keren nadat hij zich in het bezit zal hebben gesteld van de nodige documenten voor een regelmatige binnenkomst en verblijf in het Rijk,
- er werd reeds geoordeeld dat het recht op verblijf ondergeschikt is aan het recht op toegang tot het grondgebied. De minister kan oordelen dat het belang van de staat voorrang heeft op dat van de vreemdeling die hier onwettig verblijft (zie R.v.St. nr. 40.061, 28.07.1992, R.A.C.E. 1992, z.p.).
- de niet noodzakelijk definitieve verwijdering van het grondgebied van verzoeker om reden dat hij de noodzakelijke formaliteiten dient te vervullen ter voldoening van de geldende wettelijke bepalingen, verstoort het gezinsleven niet in die mate dat er sprake kan zijn van een schending van art. 8 EVRM (zie ook arrest R.v.V. nr. 1785 dd. 18.09.2007).

De verwerende partij is dan ook de mening toegedaan dat het bestreden arrest art. 8 EVRM niet schendt.

Art. 8 EVRM staat een rechtmatige toepassing van de Vreemdelingenwet dan ook niet in de weg (zie ook Raad van State nr. 99.581 dd. 09.10.2001 en Raad voor Vreemdelingenbetwistingen nr. 1493 dd. 30.08.2007).

Artikel 8 EVRM kan niet worden uitgelegd als zou er in hoofde van de verwerende partij een algemene verplichting bestaan om een vreemdeling te gedogen op het grondgebied.

Art. 40 van de wet dd. 15.12.1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen heeft immers tot doel een wettelijk kader te scheppen binnen hetwelk het in art. 8 EVRM vervatte recht kan worden uitgeoefend (zie ook Raad van State nr. 140.105 dd. 02.02.2005 en R.v.V. nr. 1493 dd. 30.08.2007).

Verzoeker laat na aan te tonen op welke wijze de correcte toepassing van de wet dd. 15.12.1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, een niet-toegelaten inmenging in zijn privé - en gezinsleven zou uitmaken.

Bovendien houdt de bestreden beslissing geen absoluut verbod in om het Belgisch grondgebied binnen te komen en er te verblijven, verzoeker dient evenwel te voldoen aan de door de Vreemdelingenwet opgelegde binnenkomst- en verblijfsvereisten (zie ook R.v.St. nr. 170.806 dd. 04.05.2007, R.v.V. nr. 4.070 dd. 27.11.2007).

Door de gemachtigde van de federale Minister van Binnenlandse Zaken en de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen werd geheel terecht, gelet op de elementen die het dossier van verzoeker daadwerkelijk kenmerken en overeenkomstig de wettelijke bepalingen ter zake, beslist aan verzoeker de vestiging te weigeren met bevel om het grondgebied te verlaten.

Verzoeker is niet ernstig waar hij stelt dat 'de Belgische Staat een eigen onderdaan dwingt het grondgebied te verlaten', quod certe non. Het bevel om het grondgebied te verlaten heeft enkel betrekking op verzoeker, en niet op zijn kind. Er is dan ook geen sprake van een uitzetting van een kind met de Belgische nationaliteit. De schending van art. 3. 1. van het vierde protocol bij het EVRM wordt niet aangetoond (v.V. nr. 1785 dd. 18.09.2007, R.v.V. nr. 2.023 dd. 27.09.2007).

De rechter in vreemdelingenzaken stelt terecht dat:

"Uit de bepalingen van het tweede lid van artikel 8 E VRM. blijkt dat het recht op eerbiediging van het gezinsleven niet absoluut is. Artikel 8 E. VR.M, staat een rechtmatige toepassing van de bepalingen van de wet van 15 december 1960 dan ook niet in de weg (R. v. St.1 nr. 99.581. 9 oktober 2001). Artikel 40 van de wet van 15 december 1980 kan als een wettelijk kader beschouwd worden binnen hetwelk het in artikel 8 E.V.R.M. vervatte recht kan worden uitgeoefend (R.v.St, nr.140.105b 2 februari 2005). Hierboven werd reeds gesteld dat verzoekers vestigingsaanvraag in functie van zijn minderjarige Belgische dochter terecht geweigerd werd aangezien hij conform artikel 40, §6 van de Vreemdelingenwet niet kan beschouwd worden als een bloedverwant in opgaande lijn die ten taste is van een Belgische onderdaan. Een rechtmatige toepassing van de wet van 15 december 1980 kan geen schending van artikel 8 van het E.V.R.M. inhouden (R.v.St, nr. 130.936, 30 april 2004). Het feit dat men een Belgisch kind heeft, volstaat op zich niet om gevestigd te worden in het Rijk op grond van artikel 40 van de bovenvermeldé wet van 15 december 1980. Met betrekking tot de aangevoerde schending van artikel 3.1 van Vierde Protocol bij het EVRM dient de Raad vast te stellen dat de verwijderingsmaatregel enkel gericht is tegen verzoeker en geen verwijdering ten aanzien van Belgische onderdanen inhoudt. "

De verwerende partij is derhalve de mening toegedaan dat het tweede onderdeel van het tweede middel niet kan worden aangenomen.”;

2.2.3. Overwegende dat verzoeker repliceert:

“TWEEDE middel: Schending van het art. 8 EVRM. Schending van het art. 3.1 van het Vierde Aanvullend Protocol bij het EVRM. Schending van het art. 2, 3, 30 en 31 van de EU Richtlijn 2004/38 van 29 april 2004. Schending van het art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Schending van het gelijkheidsbeginsel zoals vastgelegd in art 10, 11 en 24 van de Grondwet. Schending van de principes van het EU procesrecht met name het algemeen rechtsbeginsel van recht van verdediging zoals vastgelegd in de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie. Schending van het art. 40 van de Vreemdelingenwet. Schending van het artikel 39/65 van de Vreemdelingenwet.

- Schending van het art. 3.1 van het Vierde Aanvullend Protocol bij het E.V.R.M. Schending van het art. 2, 3, 30 en 31 van de E.U.-Richtlijn 2004/38 van 29 april 2004. Schending van de principes van het EU procesrecht met name het algemeen rechtsbeginsel van recht van verdediging zoals vastgelegd in de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie. Schending van het gelijkheidsbeginsel zoals vastgelegd in art. 10, 11 en 24 van de Grondwet.

Verzoeker is conform het art. 3 van de Richtlijn een begunstigde aangezien hij volgens het art. 2.2.d een bloedverwant is in opgaande lijn van een E.U.-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 kan zich dan ook beroepen op de artikelen 30 en 31 van de EU-Richtlijn 2004/38, die geschonden blijken te zijn door de bestreden beslissing.

Het art. 30.3 vereist het volgende:

De kennisgeving vermeldt bij welke gerechtelijke of administratieve instantie waarbij de betrokkene beroep kan instellen, alsmede de termijn daarvoor en, in voorkomend geval, de termijn waarbinnen hij het grondgebied van de lidstaat moet verlaten. Behalve in naar behoren aangetoonde dringende gevallen mag deze termijn niet korter zijn dan een maand na de datum van kennisgeving.

Verder stelt het artikel 31.3 van de Richtlijn het volgende:

De rechtsmiddelen voorzien in de mogelijkheid van onderzoek van de wettigheid van het besluit, alsmede van de feiten en omstandigheden die de voorgenen 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 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. Er werd hem immers een beslissing betekend waartegen enkel een beroep openstaat bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Verzoeker moet 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.

De EU-Richtlijn 2004/38 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.

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt dat de Richtlijn niet van toepassing zou zijn op interne materies. Dit maakt echter evident een discriminatie uit. In de redenering van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen zou de Belgische Staat strengere regels kunnen opleggen aan haar eigen onderdanen dan aan begunstigden van de richtlijn, wat een ongelijkheid zou uitmaken. Er bestaat geen enkele objectieve reden om EU-onderdanen van andere lidstaten tot een gunstiger verblijfsregime toe te laten dan de eigen onderdanen; dit zou immers neerkomen op omgekeerde discriminatie.

Verder blijkt uit het art. 40 § 6 dat vreemdelingen die in de bovenvermelde categorie vallen gelijkgesteld worden met EG-vreemdelingen, een begrip dat thans overeenkomt met het begrip EU-onderdanen. Zij worden dan ook gelijkgesteld.

Voor zover hierover betwisting zou bestaan vraagt verzoeker de Raad van State om hierover een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof:

"Schendt het art. 40 van de Vreemdelingenwet het gelijkheidsbeginsel doordat het minder procedurele waarborgen toekent aan vreemdelingen die gezinshereniging vragen met een Belg dan vreemdelingen die gezinshereniging vragen met een EU-onderdaan in die zin dat het art. 30 en 31 van de Richtlijn enkel van toepassing zouden zijn op de laatste categorie en niet op de eerste categorie?"

Hieruit volgt dat Richtlijn 2004/38 volle uitwerking dient te krijgen.

De Richtlijn 2004/38 werd - in tegenstelling tot wat de verwerende partij beweert - nog niet omgezet naar Belgisch recht. Het art. 40 al. 2 van de Richtlijn voorziet uitdrukkelijk 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."

De Richtlijn geeft zelf aan dat een omzetting ervan vermeld moet worden in de wet zelf. De Kamer en Senaat hebben de wet gestemd doch deze is nog niet in werking getreden daar allicht de nodige uitvoerings-K.B.'s ontbreken.

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

Professor H. Verschuere zet hierover het volgende uiteen 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 3, 9/7 8 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 is 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 "één 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."

Professor Verschuereen 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."

Derhalve dient de beslissing bij gebreke aan een correcte beroepsmogelijkheid in elk geval nietig te worden verklaard wegens schending van de voornoemde bepalingen.

- Schending van het art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, in combinatie met het artikel 39/65 van de Vreemdelingenwet.

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

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 politieke consensus welke thans beschouwd moet worden als een catalogus van fundamentele rechten gewaarborgd in het Gemeenschapsrecht.

Voor een preliminaire studie wordt verwezen naar de volgende weblink: <http://www.law.kuleuven.ac.bg/jura/38n1/debussere.htm>. Deze studie liet reeds uitschijnen wat het belang van het Handvest zou worden en welk belang het thans heeft. Het Handvest wordt geciteerd en toegepast in diverse materies, zowel bij het Europees Hof van Justitie als bij nationale rechters.

De toepassing van het art. 47 van het Handvest dient dan ook gewaarborgd te worden in alle zaken die de Europese Unie regelt, waaronder o.m. het recht op gezinshereniging. De invulling van het art. 47 is gelijklopend met de invulling van het art. 6 EVRM met dit verschil dat het toepassingsgebied zich niet alleen uitstrekt over burgerlijke en strafrechtelijke materies maar over alle materies die het Europees recht regelt, waaronder dus ook het recht op gezinshereniging. De tekst incorporeert zowel het art. 13 E.V.R.M. als het art. 6 E.V.R.M.

Dat de toelichting bij het Handvest vermeld in het Publicatieblad van 14.12.2007 het volgende hieromtrent stelt:

"Toelichting ad artikel 47 - Recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht

De eerste alinea is gebaseerd op artikel 13 van het EVRM:

'Eenieder wiens rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, zijn geschonden, heeft recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie, ook indien deze schending is begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie.'

Het recht van de Unie biedt echter een ruimere bescherming omdat het een recht op een doeltreffende voorziening in rechte waarborgt. Het Hof van Justitie heeft dit recht erkend als een algemeen beginsel van het recht van de Unie in zijn arrest van 15 mei 1986, Johnston, zaak 222/84, Jurispr. 1986, blz. 1651; zie ook de arresten van 15 oktober 1987 in zaak 222/86, Heylens, Jurispr. 1987, blz. 4097, en van 3 december 1992 in zaak C-97/91, Borelli, Jurispr. 1992, blz. I-6313. Volgens het Hof is dit algemene beginsel van het recht van de Unie eveneens van toepassing op de lidstaten wanneer zij het recht van de Unie toepassen. De verwerking van deze jurisprudentie in het Handvest had niet tot doel het systeem van rechterlijke toetsing van de verdragen, met name de ontvankelijkheidsregels voor rechtstreekse beroepen bij het Hof van Justitie van de Europese Unie, te wijzigen. De Europese Conventie heeft het mechanisme van de Unie voor rechterlijke toetsing en met name de ontvankelijkheidsregels bekeken, en heeft deze overgenomen, met enkele wijzigingen wat bepaalde aspecten betreft, zoals blijkt uit de artikelen 251 tot en met 281 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en in het bijzonder uit artikel 263, vierde alinea. Artikel 47 geldt ten aanzien van de instellingen van de Unie en de lidstaten wanneer deze het Unierecht toepassen en voor alle rechten die worden gewaarborgd door het Unierecht.

De tweede alinea correspondeert met artikel 6, lid 1, van het EVRM, dat als volgt luidt:

'Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft eenieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. De uitspraak moet in het openbaar worden gewezen maar de toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd, gedurende de gehele terechtzitting of een deel daarvan, in het belang van goede zeden, van de openbare orde of nationale veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privé-leven van procespartijen dit eisen of, in die mate als door de rechter onder bijzondere omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarheid de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden.'

In het recht van de Unie is het recht op toegang tot de rechter niet alleen van toepassing op geschillen inzake civielrechtelijke rechten en verplichtingen. Dit is een consequentie van het feit dat de Unie een rechtsgemeenschap is, zoals het Hof heeft geconstateerd in zaak 294/83, Les Verts tegen Europees Parlement (arrest van 23 april 1986, Jurispr. 1986, blz. 1339). Met uitzondering van de werkingssfeer zijn de door het EVRM geboden waarborgen op dezelfde wijze van toepassing in de Unie."

14.12.2007 NL Publicatieblad van de Europese Unie C 303/29

De rechtspraak i.v.m. het art. 6 E.V.R.M. is dan ook relevant ter beoordeling van de vraag of deze beroepsmogelijkheid voldoet aan de voorwaarden die gesteld worden 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 instellen in strijd is met het begrip 'full jurisdiction' - volle rechtsmacht - zoals vastgelegd in het E.V.R.M. en dus indirect van toepassing via het art. 47 van het Handvest (zie hierboven).

Van belang is ten eerste dat het artikel 6 lid 1 E.V.R.M. 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 het artikel 6 lid 1 E.V.R.M. 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 het artikel 6 E.V.R.M. dus ook moet kunnen oordelen over de vaststelling van de feiten als deze relevant zijn in het geschil. Daarom is het van belang te weten wat wordt bedoeld met 'facts relevant to the dispute'. Immers alleen met betrekking tot deze feiten geldt het vereiste van 'full jurisdiction'.

Daarom is de vraag aan de orde hoe intensief de rechter terzake moet kunnen toetsen. Uitgangspunt van de jurisprudentie van het E.H.R.M. 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 E.H.R.M. in de zaak *Terra Woningen t. Nederland*. Daarin werd een schending van het artikel 6 lid 1 E.V.R.M. 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 requirement 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 men niet oordelen dat de verzoeker toegang had tot een rechtbank met een voldoende rechtsmacht om de zaak te behandelen. Er is dus een schending van het 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 E.H.R.M. 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' (pervers of irrationeel) was.

Beperkingen van rechterlijke controle op de bestuurlijke feitenvaststelling bevinden zich dus 'in de gevarezone van het artikel 6 E.V.R.M.', 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 E.V.R.M. 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 E.H.R.M. 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 E.H.R.M. 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 onttrokken om feitelijke gegevens die beslissend konden zijn voor het aan hem voorgelegde geschil in zijn beoordelingen te betrekken. Onder deze omstandigheden kan volgens het E.H.R.M. 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 deze beroepsprocedure meent verzoeker dat de procedure aanvraag vestiging geenszins kan omschreven worden als een 'quasi jurisdictioneel orgaan'.

Integendeel, verzoeker werd voor het nemen van de beslissing niet eens gehoord. Zelfs het hoorrecht werd dus niet op correcte wijze gewaarborgd.

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

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt echter het volgende: "Het Handvest is een politieke verklaring en heeft geen enkele wettelijke status zodat artikel 47 van dit Handvest dan ook niet dienstig kan worden aangevoerd om afbreuk te doen aan artikel 39/2 § 2 van de vreemdelingenwet. Conform dit artikel dient de raad uitspraak te doen als annulatierechter over een beroep dat wordt ingesteld tegen een beslissing van de gemachtigde van de minister van Binnenlandse Zaken houdende een weigering tot vestiging met bevel om het grondgebied te verlaten. De wetgever heeft uitdrukkelijk uitgesloten dat de Raad een ruimere toetsing zou doorvoeren."

De beslissing werd aldus de jure foutief gemotiveerd, waardoor het artikel 39/65 van de vreemdelingenwet geschonden is.

- Schending van het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging en het beroep met volle rechtsmacht zoals vastgelegd in de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie.

Verzoeker stelt dat, mocht het artikel 47 van het Handvest geen rechtstreekse werking hebben, het recht op een beroep met volle rechtsmacht en de rechten van verdediging algemene rechtsbeginselen zijn waarop verzoeker zich rechtstreeks op kan beroepen. Verzoeker verwijst naar de zaak 222/86 van het Hof van Justitie (Heylens) waarin voormeld principe van de rechten van verdediging bevestigd wordt (eigen onderlijning):

"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.

Verzoeker herhaalt de uiteenzetting inzake volle rechtsmacht en stelt dat het recht op een beroep met volle rechtsmacht en de rechten van verdediging een algemeen rechtsbeginsel zijn.

Verzoeker meent dat ook dat, gelet op het feit dat huidige Vreemdelingenwet de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet toelaat dergelijk onderzoek te voeren, de initiële beslissing voorgenoemde artikelen schendt. Dat het beroep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen hoogstens een beroep tot herziening genoemd kan worden. Dat verzoeker eveneens verzoekt aan de Raad van State een prejudiciële vraag te stellen aan het Europees Hof van Justitie die als volgt luidt:

"Dienen de lidstaten te voorzien in een beroep bij een administratief rechtscollege inzake de materie van de Kwalificatierichtlijn 2004/83 en houdt het artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie of het algemeen rechtsbeginsel van het recht op verdediging en het recht op een beroep met volle rechtsmacht in dat deze administratieve rechtscolleges over een eigen onderzoeksbevoegdheid dienen 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?"

- Schending van het art. 40 van de Vreemdelingenwet in combinatie met de artikelen 2 en 3 van de E.U.-Richtlijn 2004/38. Schending van het artikel 8 E.V.R.M. in combinatie met het artikel 3 van het Vierde Protocol bij het E.V.R.M.

De oorspronkelijke beslissing van de Dienst Vreemdelingenzaken stelde o.m. het volgende:

Betrokkene kan niet ten laste zijn van zijn minderjarig kind.

Verzoeker meent 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.

Verzoeker verwijst naar het advies van de Commissie voor Advies voor Vreemdelingen d.d. 08.12.2006 in een gelijkaardige zaak (nr. 5.612.029, stuk 2).

De rechtspraak van het Europese Hof van Justitie beschouwt de kwalificatie van het begrip familielid 'ten laste' 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 (waar de situatie omgekeerd was: de tenlasteneming werd niet verzekerd door de titularis van het verblijfsrecht maar 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).

Deze rechtspraak is ten eerste pertinent bij de beoordeling van deze zaak.

Anders oordelen zou maken dat het art. 8 E.V.R.M. in combinatie met art. 3.1 van het Vierde Aanvullend Protocol bij het E.V.R.M. zou geschonden worden.

Het artikel 8 E.V.R.M. stelt het volgende:

1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.
2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Verzoeker is vader van twee Belgische kinderen. Hij heeft op regelmatige basis contact met hen en hoopt in de nabije toekomst opnieuw permanent met hen te kunnen samenleven, zoals hij vroeger reeds meer dan twee jaar deed. Verzoekers vriendin is bovendien opnieuw zwanger.

Het artikel 8 E.V.R.M. beschermt de gezins- en familiebanden en zou bij de uitvoering van de bestreden beslissing - namelijk de verwijdering van verzoeker van het Belgische grondgebied - geschonden worden.

Er kan immers slechts een uitzondering op gemaakt worden wanneer dit in een democratische samenleving noodzakelijk is, en deze noodzaak is in casu geenszins aangetoond.

Om het gezinsleven wel verder te waarborgen zou verzoeker enkel en alleen de aanvraag kunnen indienen wanneer zijn kinderen hem vergezellen naar zijn land van herkomst. Zodoende zou de Belgische Staat eigen onderdanen dwingen het land te verlaten.

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt daarentegen dat een correcte toepassing van de Vreemdelingenwet geen grondrechten kan schenden en dat art. 8 EVRM niet absoluut is. Er wordt echter op geen enkele wijze aangetoond dat deze schendingen noodzakelijk zouden in een democratische samenleving. In de bestreden beslissing

wordt de redenering omgedraaid. Het uitgangspunt moet echter zijn dat het gezinsleven gerespecteerd wordt en dat de uitzondering gemotiveerd moet worden, wat hier niet is gebeurd.

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

Waar de verwerende partij stelt dat de bestreden beslissing geen absoluut verbod inhoudt om het Belgisch grondgebied binnen te komen en er te verblijven en dat de Belgische kinderen van verzoeker door de bestreden beslissing niet verplicht zouden worden het land te verlaten stelt verzoeker zich de vraag hoe de verwerende partij zich in concreto voorstelt hoe een gezin met twee en binnenkort drie erg jonge kinderen hun gezinsleven op een fatsoenlijke manier kunnen uitoefenen wanneer de vader steeds opnieuw het land moet verlaten na een korte periode van verblijf en telkens opnieuw aan allerlei voorwaarden voldaan moet worden voordat hij mag terugkeren.”;

2.2.4.1. Overwegende dat in een eerste onderdeel verzoeker in wezen enkel 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 voor zover verzoeker erom verzoekt een prejudiciële vraag te stellen 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 bovendien het Grondwettelijk Hof in zijn arrest 81/2008 heeft geoordeeld dat het annulatieberoep voorzien in voormeld artikel 39/2, §2 voldoet aan het vereiste van een daadwerkelijk rechtsmiddel; dat de opgeworpen prejudiciële vraag niet dient gesteld; dat het eerste onderdeel niet gegrond is;

2.2.4.2. 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 bindend karakter heeft; dat voor zover verzoeker zijn uiteenzetting staat 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 toepassings sfeer van artikel 6 van het E.V.R.M. vallen omdat de desbetreffende regels een publiekrechtelijk karakter hebben; dat het tweede onderdeel niet ontvankelijk is;

2.2.4.3. Overwegende dat in een derde onderdeel verzoeker stelt dat het recht op een beroep met volle rechtsmacht en de rechten van verdediging een algemeen rechtsbeginsel zijn; dat, wat betreft het recht op volle rechtsmacht, dient opgemerkt dat dit geen algemeen rechtsbeginsel is; dat het recht van verdediging als algemeen rechtsbeginsel weliswaar geldt in elk geding en voor elk gerecht, doch betrekking heeft op een eerlijk verloop van de procedure en geen recht op volle rechtsmacht inhoudt; dat verzoeker trouwens niet uiteenzet hoe zijn rechten van verdediging worden geschonden doordat zijn beroep niet in volle rechtsmacht wordt behandeld; dat, in zoverre verzoeker in dit onderdeel van zijn tweede middel vraagt om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie, dient opgemerkt dat deze vraag betrekking heeft op “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, en deze bijgevolg in casu niet dienstig kan worden aangevoerd; dat het derde onderdeel, in de mate het ontvankelijk is, niet gegrond is;

2.2.4.4. Overwegende dat de verzoekende partij in een vierde onderdeel de schending aanvoert van artikel 8 van het EVRM, van artikel 3 van het vierde aanvullend Protocol bij het EVRM, van de artikelen 2 en 3 van richtlijn 2004/38/EG en van artikel 40 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; dat, zoals reeds gesteld in het eerste onderdeel, 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, nu blijkt dat de verzoekende partij niet kan worden gelijkgesteld in toepassing van artikel 40, § 6, met een EG-onderdaan, 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 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., inz. 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 het 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 aantoonde 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 verblijfsweigering 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 het bestreden arrest motiveert dat de “de kinderen van verzoekers echtgenote in een instelling in Brasschaat zitten, zodat verzoeker moeilijk kan beschouwd worden als een persoon die zijn kinderen effectief verzorgt op het ogenblik dat de bestreden beslissing getroffen wordt. Verzoeker geeft ook zelf aan (in) zijn verzoekschrift dat de kinderen elders worden opgevangen”; dat hieruit blijkt dat, weliswaar op een summiere wijze, de noodzakelijke afweging is gemaakt; 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; dat het vierde onderdeel niet gegrond is;

2.2.4.5. Overwegende dat het tweede middel in al zijn onderdelen dient te worden verworpen,

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.