

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 194.822 van 29 juni 2009
in de zaak A. 186.171/XIV-30.026.**

In zake : XXX,
 die woonplaats kiest bij
 advocaat K. VERSTREPEN,
 kantoor houdende te 2060 ANTWERPEN,
 Rotterdamstraat 53

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door
de minister van Binnenlandse Zaken,
thans de minister van Migratie- en Asielbeleid.

--

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIVE KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat XXX, van Ecuadoriaanse nationaliteit, op 28 november 2007 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het arrest nr. 3144 van 25 oktober 2007 van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen;

Gelet op de beschikking nr. 1944 van 18 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 dat verslag aan de partijen;

Gelet op de beschikking van 11 juli 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 10 september 2008;

Gehoord het verslag van staatsraad C. ADAMS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. HAEGEMAN, die loco advocaat K. VERSTREPEN verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat S. FIERENS, 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. Overwegende dat de verzoekende partij op 18 januari 2007 een aanvraag tot vestiging in functie van haar minderjarig Belgisch kind indient; dat de minister van Binnenlandse Zaken op 15 februari 2007 een beslissing tot weigering van de vestiging met bevel om het grondgebied te verlaten neemt;

Overwegende dat de verzoekende partij op 25 juni 2007 tegen die weigeringsbeslissing beroep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen aantekent; dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen het beroep met een arrest van 25 oktober 2007 verwerpt; dat dit het bestreden arrest is;

2.1.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending van artikel 40, § 6, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, (Vreemdelingenwet) van artikel 7.1b van de Richtlijn 2004/38 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG (hierna Richtlijn 2004/38) en van artikel 22 van de Grondwet opwerpt; dat zij dit als volgt toelicht:

“schending van artikel 40 §6 van de Vreemdelingenwet van 15 december 1980, van artikel 7.1b van de Richtlijn 2004/38 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 en van artikel 22 van de Grondwet

In het bestreden arrest wordt gesteld dat verzoeker geen begunstigde is van de Richtlijn 2004/38 en hij zich er dus niet dienstig op kan beroepen, noch op de rechtspraak van Europees Hof van Justitie, bij gebrek aan een communautair grensoverschrijdend element.

Zowel in zijn inleidend verzoekschrift, als in zijn memorie van wederantwoord voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, toont verzoeker evenwel afdoende aan dat de aangehaalde communautaire rechtsregels in casu wel degelijk van toepassing zijn.

1. In artikel 40 §6 van de Vreemdelingenwet heeft de wetgever namelijk bloedverwanten in opgaande lijn van een Belg waarvan ze ten laste zijn expliciet gelijkgesteld met familieleden

van een EU-vreemdeling. In casu is het dan ook niet het intracommunautaire aspect dat de toepassing van het gemeenschapsrecht bepaalt, maar wél de expliciete wil van de wetgever,

Artikel 40 §6 van de Vreemdelingenwet stelt:

“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”.

In toepassing van deze bepaling dient verzoeker dan ook gelijkgesteld te worden met een EG-vreemdeling.

2. De interpretatie van het begrip 'ouder ten laste' vanwege het Hof van Justitie geldt bijgevolg niet enkel geldt voor het begrip 'ouder ten laste' zoals opgenomen in artikel 40 §§ 3, 3/ en 4, 3/, maar ook geldt voor de gelijkaardige zinsnede in artikel 40 §6 van de Vreemdelingenwet. Artikel 40 §6 gebruikt immers precies dezelfde bewoordingen en niets wijst er op dat wetgever zou hebben bedoeld dat het begrip 'ouder ten laste' in de zin van artikel 40 §6 van betekenis zou verschillen met het begrip 'ouder ten laste' in de zin van artikel 40 §§ 3, 3/ en 4, 3/.

Het Hof van Justitie meende, in haar arrest van 19 oktober 2004 in de zaak C-200/02, Kunqian Catherine Zhu en Man Lavette Chen/Secretary of State for the Home Department, het begrip 'ouder ten laste' ten aanzien van een minderjarig kind te moeten interpreteren als 'ouder die daadwerkelijk voor het kind zorgt', omdat, indien men deze interpretatie niet zou volgen, "[z]ulks het verblijfsrecht van het kind ieder nuttig effect zou ontnemen. Het is immers duidelijk dat het genot van het verblijfsrecht door een kind van jonge leeftijd noodzakelijkerwijs impliceert dat dit kind het recht heeft om te worden begeleid door de persoon die er daadwerkelijk voor zorgt, en dientengevolge dat deze persoon gedurende dat verblijf bij het kind in de lidstaat van ontvangst kan wonen" (Overweging 45). De reden waarom 'ouder ten laste' in het gemeenschapsrecht geïnterpreteerd dient te worden als 'ouder die daadwerkelijk voor het kind zorgt', zo het een minderjarig kind betreft, is dat anders het verblijfsrecht van het kind, waarop het recht heeft in toepassing van het gemeenschapsrecht, van elk nuttig effect zou worden ontdaan.

3. Zo men stelt dat het kind van verzoeker, als zijnde een Belg, geen beroep kan doen op het gemeenschapsrecht, dan dient niettemin gesteld dat het kind, als zijnde Belg, minstens op gelijke wijze aanspraak kan maken op een verblijfsrecht in België. Het verblijfsrecht in België, dat inherent is aan de Belgische nationaliteit, komt evenzeer toe aan het kind van verzoeker op grond van het Belgisch recht, als enig ander verblijfsrecht toekomt aan een vreemdeling.

Niet alleen zou het verwonderlijk zijn dat een Belg in toepassing van de Belgische wetgeving slechts in mindere mate een verblijfsrecht zou kunnen doen gelden dan een EU-burger op grond van het gemeenschapsrecht, het is ook opgenomen in artikel 22 van de Grondwet dat ieder recht heeft op eerbiediging van zijn privé-leven en zijn gezinsleven, behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden door de wet bepaald.

De wet nu, voert geen enkel onderscheid in tussen het begrip 'ouder ten laste' bedoeld in artikel 40 §§ 3, 3/ en 4, 3/ enerzijds, en het begrip 'ouder ten laste' in artikel 40 §6.

De wet voert evenmin een onderscheid in tussen de eerbiediging van het privé-leven (waarin begrepen is het verblijfsrecht van een Belgische onderdaan) en het gezinsleven zoals bepaald bij artikel 40 §§ 3, 3/ en 4, 3/ enerzijds, en de eerbiediging van die rechten zoals bepaald bij artikel 40 § 6.

Het invoeren van dergelijk onderscheid door de uitvoerende macht, zonder enige wettelijke basis, zou dan ook een schending inhouden van artikel 22 van de Grondwet. Overigens bepaalt artikel 22bis van de Grondwet dat elk kind, zonder onderscheid, recht heeft op eerbiediging van zijn morele, lichamelijke, geestelijke en seksuele integriteit.

Tegenpartij kon dit onderscheid dan ook niet maken zonder voorafgaand wetgevend initiatief.

Het middel is ontvankelijk en gegrond. Het bestreden arrest dient te worden nietig verklaard en gecasseerd.”;

2.1.2. Overwegende dat de verwerende partij in de memorie van antwoord het volgende stelt:

“In een eerste middel beroept verzoeker zich op de vermeende schending van artikel 40 §6 van de Vreemdelingenwet van 15.12.1980, van artikel 7.1b van de Richtlijn 2004/38 van het Europees Parlement en de Raad van 29.04.2004 en van artikel 22 van de Grondwet.

In zoverre verzoeker zich beroept op artikel 40 vreemdelingenwet en 22 van de Grondwet laat de verwerende partij vooreerst gelden dat verzoeker in zijn inleidend verzoekschrift de procedure voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen geen middel heeft ontwikkeld mbt deze rechtspraak.

Door verzoeker werd slechts in de repliekmemorïe naar deze rechtspraak, zonder dat hij er voordien ooit op heeft gewezen, noch er elementen mee in verband heeft gebracht. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen kwam dan ook geheel terecht tot het besluit :

"In zijn repliekmemorïe voert verzoeker de schending aan van artikel 40 van de Vreemdelingenwet en artikel 22 Grondwet. De Raad stelt vast dat verzoeker aldus een nieuw middel inroept. Een nieuw middel kan enkel voor het eerst ontvankelijk worden opgeworpen in de repliekmemorïe wanneer het niet kon worden aangevoerd in het verzoekschrift omdat de nodige gegevens daartoe niet bekend waren of wanneer het een middel betreft dat de openbare orde raakt. Het door verzoeker ingeroepen middel raakt de openbare orde niet en verzoeker toont niet aan waarom zij dit middel niet in haar verzoekschrift tot schorsing en nietigverklaring heeft uiteengezet, derhalve is dit middel niet ontvankelijk"

De verwerende partij ziet dan ook niet in op welke wijze de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen artikel 40 Vreemdelingenwet en 22 Grondwet zou hebben geschonden.

Het is dan ook uiterst ondergeschikt dat de verwerende partij zal repliceren op dit onderdeel van verzoekers eerste middel.

Verzoeker meent dat het gegeven dat hij vader is van een Belgisch kind, hem een verblijfsrecht verleent in België en dit via toepassing van het gemeenschapsrecht, ook al heeft zijn Belgisch kind geen gebruik gemaakt van het recht op vrij verkeer.

Verzoeker vergeet evenwel dat hij moet voldoen aan de wettelijke voorwaarden om een aanvraag tot vestiging in te dienen.

Artikel 40§6 van de wet dd. 15.12.1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen bepaalt:

"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 deze voorwaarden om zich dienstig te kunnen beroepen op artikel 40 §6 Vreemdelingenwet.

Hij dient dan ook aan te tonen dat hij ten laste is van zijn minderjarig dochtertje, dat op 7.1.2006 werd geboren in België.

Dienaangaande blijft verzoeker — ook thans — volstrekt in gebreke. Meer zelfs verzoeker geeft zelf aan dat hij niet ten laste kan zijn van zijn dochtertje.

De gemachtigde van de federale Minister van Binnenlandse Zaken heeft terecht gesteld dat niet aan de voorwaarden voldoet om te genieten van het recht op vestiging als bloedverwant in de opgaande lijn.

Terwijl ook de vermeende schending van artikel 22 grondwet niet kan worden aangenomen.

Verder laat de verwerende partij gelden dat ook de Europese wetgeving ter zake (waaronder het art. 2 van de richtlijn 2004/38 dd. 29.04.2004) uitdrukkelijk voorziet dat de rechtstreekse bloedverwanten in opgaande lijn ten laste moeten zijn.

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 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 de dochter 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 aanknopng 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 'nuttigewerkingtheorie' 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 zijn aangehaalde arrest.

Door verzoeker wordt dan ook ten onrechte voorgehouden dat hij via art. 40 § 6 Vreemdelingenwet "gebruik kan maken van het gemeenschapsrecht zonder dat een grensoverschrijdend element moet aanwezig zijn", quod certe non.

Zoals hierboven reeds werd aangetoond, voldoet verzoeker immers niet aan de wettelijke voorwaarden van art. 40 § 6 van de Vreemdelingenwet, zodat hij zich niet op dit artikel kan beroepen.

De rechter in vreemdelingenzaken heeft in het bestreden arrest dd. 25.10.2007 geheel terecht geoordeeld dat:

"De Raad kan slechts vaststellen dat noch verzoekster, noch de persoon in functie van wie hij zijn vestigingsaanvraag heeft ingediend, burger is van de Unie die zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit. Verzoeker, van Ecuadoriaanse nationaliteit, vraagt immers de vestiging in België in functie van een Belgische onderdaan. Het grensoverschrijdende aspect, dat door de Richtlijn 2004/38/EG wordt vereist ontbreekt in casu.

Aangezien verzoeker geen begunstigde is van de Richtlijn 2004/38/EG, kan hij zich niet dienstig beroepen op de bepalingen van deze Richtlijn en ook niet op de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie die een interpretatie van deze richtlijn geeft"

Geheel ten overvloede merkt de verwerende partij ondergeschikt nog het volgende op. Bij toepassing van de bepalingen van het EG-recht dient rekening te worden gehouden met het doel van deze bepalingen, met name het vermijden van een onredelijke belasting voor de algemene middelen van een lidstaat van ontvangst.

Zodoende is in het EG-recht de voorwaarde voorzien dat de EU-onderdanen voor zichzelf en hun familieleden een ziektekostenverzekering hebben afgesloten die alle risico's in de ontvangende lidstaat dekt, en dat zij over toereikende bestaansmiddelen beschikken om te voorkomen dat zij tijdens hun verblijf ten laste van de bij standsregeling van de lidstaat van ontvangst komen.

Verzoeker heeft op geen enkele manier aangetoond dat aan deze voorwaarden voldaan werd. Integendeel beperkt verzoeker zich ertoe te verwijzen naar het desbetreffende arrest, zonder het toe te passen op zijn eigen zaak.

Verzoekers beschouwingen missen dan ook duidelijk juridische grondslag, en kunnen geen afbreuk doen aan het in casu bestreden arrest dd. 25.10.2007.

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

2.1.3. Overwegende dat de verzoekende partij in de memorie van wederantwoord het volgende toevoegt:

“Over de ontvankelijkheid van het middel gesteund op artikel 40 §6 van de Wet van 15 december 1980 (Vreemdelingenwet)

Verweerder stelt in zijn Memorie dat het middel van de schending van artikel 40 §6 Vreemdelingenwet niet in het verzoekschrift werd ingeroepen.

Dat is niet correct: verzoeker beroept zich in het verzoekschrift voor de Raad wel degelijk op artikel 40 §6, Vreemdelingenwet, dat ook wordt geciteerd.

Verzoeker kan ook aantonen dat de bestreden beslissing niet duidelijk maakte hoe verweerder dit artikel interpreteerde.

Artikel 40 §6 van de Wet van 15 december 1980 (hierna vreemdelingenwet) kent aan de ouder ten laste van een Belg geen verblijfsrecht toe.

De bepaling stelt enkel dat deze gelijkgesteld wordt met een EU vreemdeling:

"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".

Uit de bestreden beslissing valt niet op te maken of verweerder op dat moment betwistte dat verzoeker het communautaire recht zou kunnen invoeren als gelijkgestelde met een EU-vreemdeling:

De beslissing werd expliciet genomen in toepassing van artikel 61 Vreemdelingenbesluit. Dit artikel bepaalt de documenten die afgegeven worden aan "de vreemdeling bedoeld in artikel 40 §6 van de wet", zijnde een gelijkgestelde met een EU-vreemdeling.

Uit de bestreden beslissing zelf blijkt dus dat verzoeker, tijdens het onderzoek naar de mogelijke toekenning van een verblijfsrecht, nog beschouwd werd als een vreemdeling die gelijkgesteld wordt met een EU-vreemdeling, gezien het artikel 40§6 Vreemdelingenwet niet over andere personen handelt.

Verweerder stelde in de bestreden beslissing enkel dat er geen verblijfsrecht kan worden toegekend, omdat verzoeker niet ten laste is van zijn kind, wat ook een motivering kan zijn ten aanzien van een EU-vreemdeling.

Op het moment van het opstellen van het verzoekschrift was het dus evident dat ook het onderzoek in beroep zou gebeuren met inachtnaam van de rechtsbescherming die geldt voor een gelijkgestelde met een EU-vreemdeling.

Pas in de memorie voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen werpt verweerder op dat het communautair recht niet van toepassing zou zijn, omdat verzoeker niet gelijkgesteld kan worden met een EU-vreemdeling.

Uiteraard kon dan ook pas in de memorie van antwoord gesteld worden dat artikel 40 §6 Vreemdelingenwet geschonden wordt, doordat verweerder verklaart dat verzoeker, tijdens het onderzoek naar een mogelijk verblijfsrecht, zich niet kan beroepen op de rechten van een EU-vreemdeling, waarmee hij volgens dat artikel gelijkgesteld wordt.

Bondige samenvatting van de middelen:

De rechtsmiddelen van verzoekster zijn in hoofdzaak terug te brengen tot één rechtsvraag:

Moet het begrip 'ouder ten laste' in artikel 40 §6 Vreemdelingenwet geïnterpreteerd worden volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie in het arrest Chen en Zhu ?

ten laste te zijn

Verzoeker stelt dat de interpretatie van het begrip 'ouder ten laste' vanwege het Hof van Justitie niet enkel geldt voor het begrip 'ouder ten laste' zoals opgenomen in artikel 40 §§ 3, 3/ en 4, 3/, maar ook geldt voor de gelijkaardige zinsnede in a - Zo ja, dan had verzoekster niet moeten aantonen dat zij ten laste is van haar kind, maar enkel dat zij er werkelijk voor zorgt en nodig is voor de opvoeding. In dat geval schendt de bestreden beslissing, alsook het arrest van de Raad, de artikelen 40 §6 Vreemdelingenwet, 7.1 van de richtlijn 2004/38 en 22bis van de Grondwet.

- Zo neen, dan had verzoekster de kans moeten krijgen om de nodige bewijzen voor te leggen dat hij effectief ten laste is van zijn kind. Zij heeft die kans niet gehad: de gemeente nodigde haar uit om de bewijzen binnen te brengen, terwijl Dienst Vreemdelingenzaken al onmiddellijk een negatieve beslissing genomen had. In dat geval schendt de bestreden beslissing de artikelen 45 en 61 Vreemdelingenwet, en schendt het arrest van de Raad artikel 40 §6 Vreemdelingenwet door te stellen dat die artikelen niet van toepassing zijn op een ouder ten laste van een Belgisch kind.

In beide gevallen schenden de bestreden beslissing en het arrest ook de artikelen 15.1 en 31.3 van de richtlijn 2004/38/EG, gezien een ouder ten laste van een Belg in toepassing van artikel 40 §6 gelijkgesteld wordt met een EU-vreemdeling, en verzoekster door verweerder zelf duidelijk gelijkgesteld werd met een EU-vreemdeling, gelet op de schorsing van rechtswege van de bestreden beslissing,

EERSTE MIDDEL: SCHENDING ARTIKEL 40 §6 VAN DE WET VAN 15 DECEMBER 1980.

In hoofdde: Verzoeker hoefde geen bewijs voor te leggen artikel 40 § 6 van de Wet van 15 december 1980.

Artikel 40 § 6 gebruikt precies dezelfde bewoordingen en niets wijst er op dat de wetgever zou hebben bedoeld dat het begrip 'ouder ten laste' in de zin van artikel 40 § 6 van betekenis zou verschillen met het begrip 'ouder ten laste' in de zin van artikel 40 §§ 3, 3/ en 4, 3/.

Er moet dan ook worden nagegaan waarom de interpretatie van deze exact dezelfde begrippen zou moeten verschillen.

Het hof van Justitie meende het begrip 'ouder ten laste' ten aanzien van een minderjarig kind te moeten interpreteren als 'ouder die daadwerkelijk voor het kind zorgt', omdat, indien men deze interpretatie niet zou volgen,

...zulks het verblijfsrecht van het kind ieder nuttig effect zou ontnemen. Het is immers duidelijk dat het genot van het verblijfsrecht door een kind van jonge leeftijd noodzakelijkerwijs impliceert dat dit kind het recht heeft om te worden begeleid door de persoon die er daadwerkelijk voor zorgt, en dientengevolge dat deze persoon gedurende dat verblijf bij het kind in de lidstaat van ontvangst kan wonen (Overweging 45).

De reden waarom 'ouder ten laste' in het gemeenschapsrecht geïnterpreteerd dient te worden als 'ouder die daadwerkelijk voor het kind zorgt', zo het een minderjarig kind betreft, is dat het verblijfsrecht van het kind anders van elk nuttig effect zou worden ontdaan.

Verweerder stelt in de memorie dat er andere feitelijke omstandigheden ten grondslag liggen aan het arrest, namelijk dat er een communautair aspect aanwezig was.

Verzoeker ontkent echter niet dat hij geen gebruik heeft gemaakt van het recht op vrij verkeer. Wel stelt verzoeker dat hij gelijkgesteld dient te worden met een EU-vreemdeling als ouder ten laste, en dat de interpretatie van 'ten laste' in artikel 40 § 6 Vreemdelingenwet dezelfde moet zijn als in de andere artikelen, omdat het dezelfde situatie betreft en er geen discriminatie is toegestaan, tenzij als deze bij wet is voorzien.

Het verblijfsrecht in België, dat inherent is aan de Belgische nationaliteit, komt evenzeer toe aan het kind van verzoeker op grond van het Belgisch recht, als enig ander verblijfsrecht toekomt aan een vreemdeling, en dat recht kan enkel nuttig worden uitgeoefend mits aanwezigheid van verzoeker.

Niet alleen zou het verwonderlijk zijn dat een Belg in toepassing van de Belgische wetgeving slechts in mindere mate een verblijfsrecht zou kunnen doen gelden, dan een EU-burger op grond van het gemeenschapsrecht, het is ook opgenomen in artikel 22 van de Grondwet dat ieder recht heeft op eerbiediging van zijn privé-leven en zijn gezinsleven, behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden door de wet bepaald.

Overigens bepaalt artikel 22bis van de Grondwet dat elk kind, zonder onderscheid, recht heeft op eerbiediging van zijn morele, lichamelijke, geestelijke en seksuele integriteit.

De Wet nu, voert geen enkel onderscheid in tussen het begrip 'ouder ten laste' bedoeld in artikel 40 §§ 3, 3/ en 4, 3/ enerzijds, en het begrip 'ouder ten laste' in artikel 40 § 6.

De Wet voert geen enkel onderscheid in tussen de eerbiediging van het privé-leven (waarin begrepen is het verblijfsrecht van een Belgische onderdaan) en het gezinsleven zoals bepaald bij artikel 40 §§ 3, 3/ en 4, 3/ enerzijds, en de eerbiediging van die rechten zoals bepaald bij artikel 40 § 6.

Het invoeren van dergelijk onderscheid door de uitvoerende macht, zonder enige wettelijke basis, zou dan ook een schending inhouden van artikel 22 van de Grondwet.

Verwerende partij kon dit onderscheid dan ook niet maken zonder voorafgaand wetgevend initiatief.

Verwerende partij kon in casu geen enkele wettelijke bepaling invoeren die het onderscheid zou kunnen rechtvaardigen tussen de interpretatie van het begrip 'ouder ten laste' in artikel 40 §§ 3, 3/ en 4, 3/ enerzijds, en artikel 40 § 6 anderzijds.

Verwerende partij kon dan ook niet anders dan verzoeker gelijk te stellen met een EU-vreemdeling, in de mate dat verzoeker, indien niet ten laste, wel daadwerkelijk voor het Belgisch kind zorgt en op die manier het verblijfsrecht van het kind effectief van een nuttige uitwerking voorziet.

De bindende interpretatie van het Hof van Justitie, die geldt ten aanzien van de ouder van een EU-vreemdeling, geldt dus ook ten aanzien van verzoeker, zodra hij als gelijkgestelde dient te worden beschouwd.

Als gelijkgestelde met een EU-vreemdeling beschikt verzoeker over een onmiddellijk verblijfsrecht, zonder dat er enig document afgegeven moet worden, dit in toepassing van de richtlijn 2004/38, die nog niet in Belgisch recht werd omgezet.

In die zin schendt de beslissing die aan verzoeker, die de ouder is van een minderjarige burger van de EU die over een ziektekostenverzekering beschikt, en over een maandelijks onderhoudsgeld van een familielid, een verblijfsrecht weigert om de reden dat deze niet ten laste is van de minderjarige, artikel 7.1 b van de Richtlijn 2004/38 zoals dit geïnterpreteerd werd door het Hof van Justitie.

In ondergeschikte orde: verzoeker heeft bewezen voorgelegd dat zij ten laste is, maar deze werden niet onderzocht.

Verzoeker bood zich op 30 mei 2007 aan bij het gemeentebestuur met het bewijs dat zijn dochter maandelijks een bedrag van 200 euro ontvangt van diens broer, XXX, waardoor hij niet ten laste valt van de Belgische staat.

Verzoeker brengt dus een bewijs aan dat hij feitelijk ten laste is van het inkomen van zijn Belgisch kind.

Noch de bestreden beslissing, noch het arrest van de Raad bieden een beoordeling van deze gegevens of bieden enig argument waaruit blijkt dat dit bewijs onvoldoende zou zijn.

Integendeel, de bestreden beslissing werd genomen op 15 februari 2007, hoewel door de gemeente aan verzoeker was gevraagd deze voor te leggen "voor 17 juni 2007".

Door het voorgelegde bewijs niet in aanmerking te nemen of te beoordelen, schendt de bestreden beslissing artikel 40 §6 Vreemdelingenwet.

In verband met dit bewijs stelt verweerder in de memorie:

"dienaangaande blijft verzoeker- ook thans — volstrekt in gebreke. Meer zelfs, verzoeker geeft zelf aan dat hij niet ten laste kan zijn van zijn dochtertje".

Dat verzoeker zelf zou beweren dat hij niet ten laste is van zijn dochtertje is onjuist, en wordt met geen enkel stuk gestaafd.”;

2.1.4. Overwegende dat artikel 3.1. van Richtlijn 2004/38 bepaalt dat die 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”; dat in artikel 2.2. van de voornoemde richtlijn als familielid worden gedefinieerd:

- “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.”;

Overwegende dat de verzoekende partij zelf niet de nationaliteit van een EU-lidstaat heeft en als dusdanig niet onder het toepassingsgebied van Richtlijn 2004/38 valt; dat zij een vestigingsaanvraag in functie van haar Belgisch kind heeft ingediend, doch dat het Belgische kind uiteraard over een verblijfsrecht in België beschikt en de aanvraag geen betrekking heeft op de verblijfstoestand van dat kind zelf; dat er dus geen aanknopingspunt met Richtlijn 2004/38 blijkt, dit los van de vraag naar de directe werking ervan; dat het eerste middel in die mate, voor zover ontvankelijk, ongegrond is;

Overwegende, in de mate dat zou worden aangenomen dat de verzoekende partij de schending van artikel 40, § 6, van de Vreemdelingenwet op ontvankelijke wijze voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen heeft opgeworpen, dat deze bepaling ten tijde van de beslissing van de minister van Binnenlandse Zaken, die tot het bestreden arrest heeft geleid, als volgt luidde:

“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.”;

Overwegende dat artikel 40, § 6, van de Vreemdelingenwet een gelijkstelling voorziet voor personen die niet onder het toepassingsgebied van Richtlijn 2004/38 vallen; dat het een gelijkstelling in het nationale Belgische recht betreft die per definitie geen omzetting van de voornoemde richtlijn vormt, precies omdat zij betrekking heeft op gevallen die niet onder de toepassing van die richtlijn vallen; dat artikel 40, § 6, van de Vreemdelingenwet om die reden niet aan Richtlijn 2004/38 of aan de rechtspraak

dienaangaande van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen kan worden getoetst;

Overwegende dat de verzoekende partij, die niet ten laste is van haar minderjarige bloedverwant in nederdalende lijn, niet aan de voorwaarden van artikel 40, § 6 van de Vreemdelingenwet voldoet en zich dus niet op die bepaling kan beroepen; dat het eerste middel in die mate ongegrond is;

Overwegende dat de verzoekende partij in de memorie van wederantwoord in ondergeschikte orde stelt dat zij op 30 mei 2007 een attest aan het gemeentebestuur heeft bezorgd waaruit zou blijken dat zij feitelijk ten laste van haar Belgisch kind is; dat dit stuk van na de beslissing van 15 februari 2007 dateert en de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen er dus geen rekening mee kon of moest houden bij zijn beoordeling van die beslissing; dat het eerste middel in die mate niet-ontvankelijk is;

Overwegende dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in het bestreden arrest vaststelt dat de verzoekende partij de schending van artikel 22 van de Grondwet voor het eerst in haar repliekmemoratie heeft opgeworpen zonder dat deze bepaling de openbare orde raakt en zonder dat de verzoekende partij aantoonde waarom zij dit niet eerder kon opwerpen; dat de verzoekende partij deze vaststellingen niet aanvecht; dat zij aldus evenmin thans voor de Raad van State de schending van artikel 22 van de Grondwet kan opwerpen; dat het eerste middel ook in die mate niet-ontvankelijk is;

2.2.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel de schending van de artikelen 15.1 en 31.3 van Richtlijn 2004/38 opwerpt en dit als volgt toelicht:

“schending van de artikelen 15.1 en 31.3 van de Richtlijn 2004/38 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004

Artikel 31 van de Richtlijn 2004/38 stelt dat tegen een beslissing tot weigering van verblijf een rechtsmiddel moet bestaan, dat voorziet in "de mogelijkheid van onderzoek van de wettigheid van het besluit, alsmede van de feiten en omstandigheden die de voorgenomen maatregel rechtvaardigen".

Huidig beroep voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen voorziet niet in de mogelijkheid de feiten en omstandigheden te onderzoeken die de voorgenomen maatregel rechtvaardigen, aangezien de Raad enkel uitspraak kan doen betreffende een eventuele "overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht", zoals bepaald door artikel 39/2 § 2 van de Vreemdelingenwet.

De beroepsprocedure tegen de weigering van een vestigingsaanvraag voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, die tot het hier bestreden arrest heeft geleid, is dan ook niet in overeenstemming te brengen met artikel 31.3 van de Richtlijn 2004/38.

Het principe werd bovendien reeds erkend door de bevoegde Minister van Binnenlandse Zaken in een, nog steeds niet opgeheven, omzendbrief die omwille van deze bepalingen van het gemeenschapsrecht voorzag in de voormalige herzieningsprocedure bij dergelijke beslissingen tot weigering van vestiging, waarbij aan de Commissie voor Advies in Vreemdelingenzaken een onderzoeksbevoegdheid ten gronde werd toegekend.

Verzoeker vraagt de Raad bijgevolg het Hof van Justitie via een prejudiciële vraag te verzoeken na te gaan of het rechtsmiddel genoemd in artikel 39/2 §2 van de Vreemdelingenwet al dan niet voldoet aan de eisen vermeld in artikel 31.3 van de Richtlijn 2004/38 van de Raad van de Europese Unie. In ondergeschikte orde, vraagt verzoekster de Raad de behandeling van voorliggend geval minstens uit te stellen tot het Grondwettelijk Hof een arrest geveld heeft in de bij haar hangende zaken over de compatibiliteit van voorliggende beroepsprocedure met de Grondwet.

Zo huidig beroep niet voldoet aan de eisen van artikel 31.3 van de Richtlijn, schendt het bestreden arrest artikel 31.3 juncto artikel 15.1 van de Richtlijn, in zoverre het gaat om een beslissing waartegen geen rechtsmiddel openstaat conform deze bepalingen van de Richtlijn.”;

2.2.2. Overwegende dat de verwerende partij in de memorie van antwoord het volgende stelt:

“In een tweede middel beroept verzoeker zich op de vermeende schending van de artikelen 15.1 en 31.3 van de richtlijn 2004/38 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004.

Desbetreffend dient vooreerst te worden herhaald dat verzoeker zich niet dienstig kan beroepen op de Richtlijn 2004/38.

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, 1-6421, r.o. 20, met verwijzing naar de arresten van het Hof van 5 juni 1997, C-64/96 en C-65/96, Jur. 1997, 1-3171, r.o. 23, en van 2 oktober 2003, C-148/02, Jur. 2003, 1-11613, r.o. 26; H.v.J. 16.1.1997, C-134/95, Jur. 1997, 1-195, r.o. 19-23; H.v.J. 28.1.1992, C-332/90, Jur. 1992, 1-341, 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, 1-8027, r.o. 4 en 23).

In casu echter is verzoeker onderdaan van Ecuador 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.

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. 15.9.2006, in werking getreden op 1.6.2007, 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 39/79 in de wet door het wetsontwerp tot hervorming van de Raad van State en tot inrichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (gebaseerd op artikel 77 van de Grondwet) tot de feitelijke omzetting van de artikelen 15 en 31 van de voornoemde richtlijn 2004/38/EG in het Belgische recht. Het beroep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (...) inderdaad een jurisdictioneel beroep (is) dat automatisch schorsend is voor wat betreft de beslissingen genomen ten aanzien van burgers van de Unie en hun gezinsleden, en dat het mogelijk maakt om de wettigheid van het besluit, alsmede de feiten en omstandigheden die de maatregel rechtvaardigen en het evenredig karakter van deze maatregel te onderzoeken, overeenkomstig artikel 31, §§ 1 tot 3 van de richtlijn 2004/38/EG. (Pari. 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 het1i3ntbreken 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 terzake, 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 (Pari. St., Kamer, 2005-2006, nr. 2479/001, 323). De verzoekende partij brengt geen gegevens 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)

Verzoeker kan niet dienstig anders voorhouden.

Verzoekers tweede middel kan niet worden aangenomen.”;

2.2.3. Overwegende dat de verzoekende partij in de memorie van wederantwoord het volgende toevoegt:

““SCHENDING VAN ARTIKEL 15.1 en 31.3 VAN RICHTLIJN 2004/38

De bestreden beslissing en het arrest schenden de artikelen 15.1 en 31.3 van de richtlijn 2004/38/EG, gezien een ouder ten laste van een Belg in toepassing van artikel 40 §6 gelijkgesteld worden met een EU-vreemdeling.

Het onderzoek naar een eventueel verblijfsrecht, en de rechtsbescherming daarbij, moeten dus gelijk zijn met diegene die gelden voor de EU-vreemdeling.

De bestreden beslissing werd automatisch geschorst na het indienen van het verzoek tot nietigverklaring.

Deze automatische schorsing kon in casu enkel worden doorgevoerd op grond van artikel 39/79 §1, 7/ Vreemdelingenwet.

Artikel 39/79 § 1, 7/ vernoemt enkel de beslissing tot weigering van een verblijfsrecht aan een EU-vreemdeling.

De wet voorziet niet in een schorsing van de beslissing ten aanzien van een gezinslid van een Belg.

De wet voorziet in een gelijkstelling van gezinsleden van een Belg met een EU-vreemdeling, zodat zij, ook bij een negatieve beslissing, via deze gelijkstelling dezelfde rechtsbescherming genieten als een EU-vreemdeling.

Als er dus een schorsing van rechtswege werd aanvaard, kon dat alleen gebeuren op grond van een gelijkstelling van verzoeker met een EU-vreemdeling.

Artikel 42, 1e lid Vreemdelingenwet laat ook helemaal niet toe om een aparte procedure of rechtsbescherming in te richten ten aanzien van gezinsleden van Belgen.

Om die reden dient een beslissing genomen op grond van artikel 40 §6 Vreemdelingenwet aan dezelfde voorwaarden onderworpen te worden als een beslissing ten aanzien van een EU-vreemdeling, en dus ook aan de bepalingen 15.1 en 31.3 van de richtlijn 2004/38.”;

2.2.4. Overwegende dat bij de behandeling van het eerste middel reeds is vastgesteld dat de verzoekende partij met de in het geding zijnde aanvraag tot vestiging niet onder de toepassing van Richtlijn 2004/38 valt; dat het tweede middel in die mate niet-ontvankelijk is en dat alleen al om die reden geen prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen moet worden gesteld;

Overwegende, ten overvloede en waar de verzoekende partij vraagt “de behandeling van voorliggend geval minstens uit te stellen tot het Grondwettelijk Hof een arrest heeft gevelde in de bij haar hangende zaken over de compatibiliteit van voorliggende beroepsprocedure met de Grondwet”, dat het Grondwettelijk Hof in zijn arrest nr. 81/2008 van 27 mei 2008 het volgende heeft geoordeeld:

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

(...)

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

B.37.2. De verzoekende partijen voeren een schending aan van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, in samenhang gelezen met de artikelen 15, 28 en 31 van de Richtlijn

2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 ‘betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG’.

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

Overwegende dat het Grondwettelijk Hof er in dat arrest op wijst dat de omstandigheid dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet met volle rechtsmacht maar als annulatierechter uitspraak doet wanneer hij op grond van artikel 39/2, § 2, van de Vreemdelingenwet optreedt, de rechtzoekende in die procedure niet van een daadwerkelijk rechtsmiddel berooft; dat het Hof vaststelt dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen nagaat of de aan zijn toezicht voorgelegde overheidsbeslissing de vereiste feitelijke grondslag heeft, of die beslissing op een correcte juridische kwalificatie is gesteund en of zij niet kennelijk onredelijk is in verhouding tot de vastgestelde feiten; dat, ten overvloede, het Hof ook overweegt dat uit de artikelen 15, 28 en 31 van Richtlijn 2004/38 niet blijkt dat daarin méér jurisdictionele waarborgen zijn voorzien dan deze waarin artikel 39/2, § 2, van de Vreemdelingenwet voorziet en dat deze laatste bepaling niet tot gevolg heeft dat de rechten van de betrokken personen op onevenredige wijze worden beperkt; dat het Grondwettelijk Hof aldus heeft geoordeeld dat het annulatieberoep voldoet aan de vereiste van een daadwerkelijk rechtsmiddel en, ten overvloede, tegemoet komt aan de bepalingen van artikel 31.3 van Richtlijn 2004/38; dat het tweede middel in die mate, voor zover ontvankelijk, ongegrond is;

3.3.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een derde middel de schending van artikel 39/59, § 1, van de Vreemdelingenwet opwerpt en dit als volgt toelicht:

“Schending van artikel 39/59, §1 van de Vreemdelingenwet van 15 december 1980

Het bestreden arrest overweegt in de inleiding verkeerdelijk en ten onrechte ‘gezien de repliekmemorie’. In schrijven van de griffie van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen van 19 juli 2007, wordt immers meegedeeld aan verzoeker dat ‘de verwerende partij verzuimd heeft een nota in te dienen. Het administratieve dossier werd niet neergelegd’. Dit blijkt ook ontegensprekelijk uit het rechtsplegingsdossier.

Artikel 39/59 §1 van de Vreemdelingenwet voorziet in dergelijk geval dat "de door verzoekende partij vermelde feiten als bewezen geacht worden". Uit het bestreden arrest blijkt evenwel dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen de door verzoeker vermelde feiten alsnog aan een onderzoek onderwerpt en vervolgens het beroep verwerpt.

Uit de door verzoeker vermelde feiten blijkt nochtans dat verzoeker een bloedverwant in opgaande lijn is van een Belg van wie hij ten laste is. Ten gevolge daarvan had hij dan ook in

toepassing van artikel 40 van de Vreemdelingenwet toegelaten moeten worden tot vestiging en de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen dan ook zijn beroep als gegrond had moeten verklaren.

Het bestreden arrest schendt artikel 39/59 van de Vreemdelingenwet. Het middel is ontvankelijk en gegrond. Het bestreden arrest dient te worden gecasseerd.

Rekening houdend met de hierboven uiteengezette middelen en met de elementen uit het administratieve en rechtsplegingsdossier, mag geconcludeerd worden dat tegenpartij op onrechtmatige wijze beslist heeft verzoekers beroep tegen de beslissing door de Dienst Vreemdelingenzaken tot weigering van zijn vestigingsaanvraag te verwerpen.

Zo tegenpartij de wet en de substantiële en op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvoorschriften had nageleefd, dan zou dit tot de toelating tot vestiging aan verzoeker, of minstens de vernietiging van de weigeringsbeslissing van de Dienst Vreemdelingenzaken geleid kunnen hebben.”;

3.3.2. Overwegende dat de verwerende partij in de memorie van antwoord het volgende stelt:

“Betreffende een derde middel van verzoeker ;

In een derde middel beroept verzoeker zich op de vermeende schending van artikel 39/59 §1 van de Vreemdelingenwet.

Verzoeker beweert dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen artikel 39/59 §1 schendt doordat de Raad de feiten die door verzoeker worden aangehaald aan een onderzoek onderwerpt en vervolgens het beroep van verzoeker verwerpt.

Uit de feiten blijkt — aldus verzoeker — duidelijk dat hij een bloedverwant in opgaande lijn is van een Belg van wie hij ten laste is.

De verwerende partij laat dienaangaande gelden dat verzoekers beschouwingen kant noch wal raken.

Het al dan niet ten laste zijn van de Belgische onderdaan is vanzelfsprekend geen element dat betrekking heeft op het feitenrelaas van verzoeker, maar dient te worden beoordeeld in de gegrondheidsfase van het beroep.

De feiten zoals ze door verzoeker worden geschetst werden door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet betwist.

De toetsing van artikel 40 Vreemdelingenwet behoort daar uiteraard niet toe. Verzoeker zoekt spijkers op laag water.

Verzoekers derde middel mist dan ook feitelijke en juridische grondslag.”;

3.3.3. Overwegende dat de verzoekende partij in de memorie van wederantwoord het volgende toevoegt:

“SCHENDING VAN ARTIKEL 39/59 §1 VAN DE WET VAN 15 DECEMBER 1980

In het schrijven van de griffie van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen van 19 juli 2007, wordt meegedeeld aan verzoeker dat "de verwerende partij verzuimd heeft een nota in te dienen. Het administratieve dossier werd niet neergelegd." Dit blijkt ook ontegensprekelijk uit het rechtsplegingsdossier.

Artikel 39/59 §1 van de Vreemdelingenwet voorziet in dergelijk geval dat "de door verzoekende partij vermelde feiten als bewezen geacht worden".

Verzoeker beweert financieel afhankelijk te zijn van zijn dochter. Dat is geen rechtstoestand, maar een feit.

Dit feit werd door verweerder niet onderzocht, gezien er op 15 februari 2007 reeds een weigeringsbeslissing werd genomen en verzoeker uitgenodigd werd om zijn bewijsstukken voor te leggen "voor 17 juni 2007".

Verweerder legde ook geen dossier neer, waardoor het de Raad onmogelijk werd gemaakt na te gaan of verweerder de feiten werkelijk heeft onderzocht.

De sanctie hiervoor is duidelijk: in dat geval worden de feiten aanvaard zoals ze weergegeven worden door verzoeker.

Verweerder stelt dat verzoeker spijkers op laag water zoekt.

Verweerder stelt in de memorie van antwoord dat het feit of verzoeker al dan niet ten laste is "geen element is dat betrekking heeft op het feitenrelaas van verzoeker, maar dient te worden beoordeeld in de gegrondheidsfase van het beroep".

Verweerder wordt er op gewezen dat het feit of verzoeker ten laste is van zijn kind niet onderzocht diende te worden "in de gegrondheidsfase van het beroep", maar voorafgaand aan de bestreden beslissing.

In beroep diende enkel onderzocht te worden of verweerder een degelijk onderzoek heeft gevoerd, quod non.

Het gebrek aan onderzoek, nogmaals versterkt door het niet overmaken van het dossier aan de Raad, heeft terecht tot gevolg dat de Raad de feiten diende aan te nemen zoals die door verzoeker van meet af aan werden weergegeven.

Door niet aan te nemen dat verzoeker financieel afhankelijk is van zijn kind, heeft de Raad dan ook artikel 39/59, §1 Vreemdelingenwet geschonden.”;

3.3.4. Overwegende dat de vermelding in het bestreden arrest “gezien de repliekmemorie”, duidelijk een materiële vergissing vormt, vermits de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in punt 2. van het bestreden arrest vaststelt dat de verwerende partij noch een nota noch een administratief dossier heeft neergelegd en hij het annulatieberoep dus met toepassing van artikel 39/59, § 1, van de Vreemdelingenwet zal behandelen;

Overwegende dat in het bestreden arrest onder punt 1. de feitelijke uiteenzetting van de verzoekende partij uit het verzoekschrift tot annulatie in wezen wordt overgenomen; dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen daarbij vrijwel letterlijk de passage overneemt dat de verzoekende partij zich op 30 mei 2007 heeft aangeboden met het bewijs dat haar dochter maandelijks een bedrag van 200 euro ontvangt van G.Q.T., haar schoonbroer, waardoor zij dus niet ten laste van de staat valt en dat het gemeentebestuur op dat moment meteen een beslissing tot weigering van de vestiging heeft betekend die reeds was opgemaakt op 15 februari 2007; dat het feitenrelaas van de verzoekende partij dus in essentie wordt overgenomen zonder een eigen onderzoek door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen;

Overwegende dat de verzoekende partij thans in het middel stelt dat zij “een bloedverwant in opgaande lijn is van een Belg van wie (zij) ten laste is”; dat zij in haar feitelijke uiteenzetting voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen enkel heeft gesteld dat haar Belgisch kind maandelijks 200 euro ontvangt van een schoonbroer van de verzoekende partij en dus niet ten laste van de Belgische staat is, maar niet dat de verzoekende partij zelf ten laste van het kind is; dat het middel feitelijke grondslag mist waar de verzoekende partij stelt dat zij reeds in het verzoekschrift voor de Raad voor

Vreemdelingenbetwistingen zou hebben aangevoerd dat zij ten laste van haar minderjarig kind was; dat het derde middel derhalve ongegrond is;

4. Overwegende dat er grond is om toepassing te maken van artikel 16 van het koninklijk besluit van 30 november 2006 tot vaststelling van de cassatie-procedure bij de Raad van State; dat het cassatieberoep wordt 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 negenen-twintig juni tweeduizend en negen, door :

de HH. C. ADAMS,
J. CASNEUF,

wnd. kamervoorzitter,
staatsraad,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

J. CASNEUF.

C. ADAMS.