

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 194.826 van 29 juni 2009
in de zaak A. 186.331/XIV-30.065.**

In zake : XXX,
 die woonplaats kiest bij
 advocaat R. JESPERS,
 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 Wnd. VOORZITTER VAN DE XIVE KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat XXX, van Chileense nationaliteit, op 19 december 2007 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het arrest nr. 3806 van 20 november 2007 van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen;

Gelet op de beschikking nr. 2063 van 5 februari 2008 waarbij het cassatieberoep toelaatbaar wordt verklaard;

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

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

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

Gelet op de kennisgeving van dat verslag aan de partijen;

Gelet op de beschikking van 5 augustus 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 22 oktober 2008;

Gehoord het verslag van staatsraad C. ADAMS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. DE LIEN, die loco advocaat R. JESPERS verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat T. SCHREURS, 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 16 april 2007 een aanvraag tot vestiging in functie van haar Belgisch kind indient; dat de minister van Binnenlandse Zaken op 27 april 2007 een beslissing tot weigering van de vestiging met bevel om het grondgebied te verlaten neemt;

Overwegende dat de verzoekende partij op 29 augustus 2007 tegen die weigeringsbeslissing beroep tot nietigverklaring bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen aantekent; dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen het beroep met een arrest van 20 november 2007 verwerpt; dat dit het bestreden arrest is;

2.1.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending van “de hoorplicht op zich en in combinatie met het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel”, van artikel 39/65 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (Vreemdelingenwet) en van artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie opwerpt; dat zij dit als volgt toelicht:

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

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

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

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

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

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

De motivering van de bestreden beslissing waarin gesteld wordt dat het beginsel van behoorlijk bestuur met name de hoorplicht, niet geschonden wordt is in essentie foutief.

Dat verzoeker aan de Raad van State verzoekt volgende prejudiciële vraag te stellen:

"Dienen de lidstaten te voorzien in een hoorplicht bij de administratieve overheid die een asielaanvraag in het kader van Richtlijn 2004/38 hebben ingediend in die zin dat zij voorafgaandelijk aan een weigeringsbeslissing de kans moeten krijgen het dossier in te zien en voorafgaandelijk aan de weigeringsbeslissing opmerkingen over te maken aan deze administratieve overheid."

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“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. Schending van artikel 39/65 van de Vreemdelingenwet. Schending van art. 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie'.

Bij lezing van het verzoekschrift stelt de verwerende partij vooreerst vast dat verzoeker zich hoofdzakelijk richt tegen de beslissing dd. 27.4.2007 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, niet 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. 27.4.2007 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. 27.4.2007 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 zelf,".

Zodoende dient te worden vastgesteld dat de Raad van State geen tweede instantiegerecht 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. CE 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. 20.11.2007 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.

Wat de aangevoerde schending van de hoorplicht betreft, houdt die als beginsel van behoorlijk bestuur in dat tegen niemand een ernstige maatregel kan worden getroffen 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 (R.v.St., nr. 95.805, 23 mei 2001 ; R.v.St., nr. 100.007, 22 oktober 2001 ; R.v.St., nr. 158.985, 18 mei 2006 ; R.v.St. nr. 167.887, 15 februari 2007). Bestuurshandelingen die een weigering inhouden om een door de verzoekende partij gevraagd voordeel te verlenen, zijn niet onderworpen aan tegenspraak daar deze niet zijn gesteund op een tekortkoming van de betrokkene (cfr R.v.St. nr 167.887, 15 februari 2007; cf. ook 1. OPDEBEEK, "De hoorplicht" in beginselen van behoorlijk bestuur in Administratieve rechtsbibliotheek, Brugge, die Keure, 206, 247. (...)

In de mate dat de verzoekende partij de hoorplicht geschonden ziet als de plicht in hoofde van de overheid om zich volledig in te lichten in het raam van het zorgvuldigheidsbeginsel kan worden gesteld dat dit beginsel het bestuur de verplichting oplegt om zijn beslissingen op een zorgvuldige wijze voor te bereiden en te steunen op een correcte feitenvinding (R.v.St., 167.411, 2 februari 2007). Verzoeker bevestigt zelf dat "hij gevraagd werd de bewijzen van het ten laste zijn van een minderjarig kind over te leggen," In zijn middel toont hij echter niet aan dat hij dit bewijs daadwerkelijk aan het bestuur heeft voorgelegd of dat het bestuur hier geen rekening mee heeft gehouden."

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. OPDEBEEK, "De hoorplicht" in Beginselen van behoorlijk bestuur in Administratieve rechtsbibliotheek, Brugge, die Keure, 206, 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 16.4.2007 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 bestreden beslissing dd. 27.4.2007 (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. 27.4.2007 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 draag-wijde 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 draagwijde 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. F 1996N dd. 18.03.1994).

Evenmin kan verzoeker verwijzing naar art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie worden aangenomen, gezien verzoeker geen middel heeft ontwikkeld voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen desbetreffend.

Uiterst ondergeschikt, in zoverre uw Raad een andere mening zou zijn toegedaan, laat de verwerende partij gelden dat verzoeker niet dienstig kan verwijzen naar voormeld Handvest, nu dit geen directe werking heeft en geen bindend rechtsinstrument is.

Terwijl ook de verwijzing van verzoeker naar de richtlijn 2004/38 niet relevant is, nu verzoeker niet voldoet aan de voorwaarde van grensoverschrijdend aspect.

Ook art. 3.1 van de Richtlijn 2004/38/EG 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."

Verzoeker is vanzelfsprekend geen onderdaan van een lidstaat, terwijl het minderjarige kind van verzoeker zich niet van België naar een andere lidstaat begeeft (vereiste van aanwezigheid van een communautair aspect, cf. hierboven), zodat deze Richtlijn niet van toepassing is op verzoeker.

Daarenboven wordt in art. 2.2. van de richtlijn ook uitdrukkelijk de voorwaarde van 'ten laste zijn' gesteld, voorwaarde die in casu niet is voldaan.

De prejudiciële vraag van verzoeker is dan ook niet aan de orde, te meer daar verzoeker niet verduidelijkt waarom de prejudiciële vraag zou moeten gesteld worden.

De verwerende partij vraagt zich overigens af wat verzoeker bedoelt met "een asielaanvraag in het kader van Richtlijn 2004/38".

Er kan in casu slechts worden vastgesteld dat de gemachtigde van de federale Minister van Binnenlandse Zaken en de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in hun beslissing rekening hebben gehouden met alle elementen die het dossier van verzoeker daadwerkelijk kenmerken en die de verzoekende partij tijdig heeft voorgelegd.

Verzoeker kan niet dienstig anders voorhouden.

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

2.1.3. Overwegende dat de verzoekende partij het middel in de memorie van wederantwoord herhaalt;

2.1.4. Overwegende dat de hoorplicht of het recht om zijn standpunt naar voor te brengen, los van een wettelijke bepaling, inhoudt dat tegen niemand een ernstige maatregel kan worden genomen die op zijn persoonlijk gedrag is gesteund en die van aard is om zijn belangen zwaar aan te tasten, zonder dat hem de gelegenheid wordt geboden om zijn standpunt op nuttige wijze te doen kennen; dat een beslissing tot weigering van een vestigingsaanvraag niet als zulk een maatregel kan worden gezien; dat dergelijke beslissing immers niet is gestoeld op het persoonlijke gedrag van de vreemdeling zoals begrepen in het voornoemd algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, maar voortvloeit uit de toepassing van de wet op de vestigingsaanvraag van de verzoekende partij; dat de verzoekende partij haar standpunt in de vestigingsaanvraag heeft kunnen uiteenzetten en de mogelijkheid had om die aanvraag met alle mogelijke nuttige elementen en bewijsstukken te staven; dat, in de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat de draagwijdte van de hoorplicht in 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, (hierna Richtlijn 2004/38) moet worden gezocht, die richtlijn niet op de huidige zaak van toepassing is, zoals verder uit de behandeling van het tweede middel blijkt; dat het stellen van een prejudiciële vraag daaromtrent niet dienstig is voor de oplossing van het geschil; dat het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie als dusdanig geen bindende kracht heeft, zodat de eventuele miskennis ervan niet dienstig kan worden aangevoerd; dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in het

bestreden arrest derhalve op wettige wijze kon overwegen dat de hoorplicht op zichzelf in casu niet van toepassing is; dat het eerste middel in die mate, voor zover ontvankelijk, ongegrond is;

Overwegende dat met betrekking tot de kritiek van de verzoekende partij inzake de in het bestreden arrest vermelde voorwaarde van het ten laste zijn van haar kind, die volgens de verzoekende partij een juridisch foutieve motivering zou vormen, naar de behandeling van het tweede middel kan worden verwezen;

2.2.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel de schending van artikel 8 van het E.V.R.M., van artikel 3.1. van het vierde aanvullend protocol bij het E.V.R.M., van de artikel 2, b), artikel 3, artikel 30 en artikel 31 van Richtlijn 2004/38, van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, van artikel 40 en in het bijzonder 40, § 6, van de Vreemdelingenwet en van “het gelijkheidsbeginsel zoals vastgelegd in art. 10, 11 en 24 van de grondwet” opwerpt; dat zij dit als volgt toelicht:

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

Artikel 2

Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

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

2. “familielid”:

a) de echtgenoot;

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

Aangezien in de bespreking van het eerste middel wordt verwezen naar de bespreking van het tweede middel, is het aangewezen eerst het tweede middel te bespreken.

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

De EU Richtlijn heeft sedert 1 mei 2006 directe werking daar de Belgische Staat heeft nagelaten de Richtlijn om te zetten naar nationaal recht. Directe werking betekent dat bepalingen, op voorwaarde dat ze voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk gedefinieerd zijn in de Richtlijn, toch van kracht worden in een lidstaat, zelfs wanneer de lidstaat in gebreke bleef om de betrokken bepalingen tijdig om te zetten in nationaal recht. Concreet heeft dit tot gevolg dat

bestaande Belgische regelgeving die strijdig is met bepalingen van de Richtlijn die directe werking hebben, geen rechtsbasis meer heeft en door Belgische rechters buiten beschouwing zal moeten worden gelaten.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Verzoeker meent dan ook dat de bestreden beslissing nietig is.

Schending van art. 31 van de Richtlijn 2004/38

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

Verzoeker werd louter een beslissing betekend waartegen enkel een beroep openstaat Li; Je P8M voor Vreemdelingenbetwistingen. Wanneer deze bestreden beslissing vermeldt dat enkel een beroep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen mogelijk is tegen deze beslissing moet verzoekster vaststellen dat dit beroep niet beantwoordt aan de voorwaarden zoals gesteld in art. 31 van de EU Richtlijn 2004/38. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen oordeelt immers enkel over de wettigheid van de bestreden beslissing en niet over de feiten die aanleiding hebben gegeven tot de beslissing zoals zij ook terecht aangeeft in de bestreden beslissing.

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

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

Schending van art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

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

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

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

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

Het handvest wordt geciteerd en toegepast in diverse materie zowel bij het Europees Hof van Justitie als bij nationale rechters.

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

Dat art. 47 als volgt luidt:

Recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht

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

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

Eenieder heeft de mogelijkheid zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen.

Rechtsbijstand wordt verleend aan diegenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken, voorzover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

'54. In so doing the Schiedam District Court, a "tribunal" satisfying the requirements

of Article 6 para. 1 (...) (as was not contested), deprived itself of jurisdiction to examine facts which were crucial for the determination of the dispute.

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

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

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

Uit het voorgaande zou kunnen worden afgeleid dat een meer terughoudende — marginale — toetsing van de feitenvaststelling nooit door de beugel zou kunnen, maar uit de zaak *Bryan t. Verenigd Koninkrijk* blijkt dat het EHRM onder bepaalde omstandigheden daarmee wel genoegen neemt'. Deze zaak betrof een handavingsbesluit 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 of irrationeel' was.

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

De beperkingen van rechterlijke controle op de bestuurlijke feitenvaststelling mogen in ieder geval nooit zo ver gaan dat de rechter zich geheel verlaat op het oordeel van het bestuur. Dat zou immers feitelijk betekenen dat de betrokkene 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 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 *Chevol t. Frankrijk*'. Deze laatste zaak werd aan het EHRM voorgelegd nadat de Franse Raad van State (*Conseil d'Etat*) het beroep van verzoekster tegen de weigering haar Algerijnse artsexamen te erkennen had afgewezen. Daarbij heeft de Raad van State zijn eigen jurisprudentie gevolgd, waarbij hij, bij de beantwoording van de vraag of de betreffende verdragen toepasselijk waren, zich geheel heeft verlaten op het oordeel van een bestuursorgaan, ook waar dat de feitenvaststelling betrof. Het EHRM is daarover kritisch: ook al lijkt raadpleging van de minister door de Raad van State over de beoordeling van de voorwaarde van wederkerigheid bij de erkenning van diploma's noodzakelijk, door deze wijze van werken verplicht de Raad van State zich het oordeel te volgen van de minister, dat wil zeggen van een buiten de Raad staande en tot de uitvoerende macht behorende autoriteit, zonder het oordeel van die autoriteit aan kritiek of aan een contradictoir debat te onderwerpen. Het Hof is verder van oordeel dat met betrekking tot het inwinnen van het oordeel van de minister, dat bepalend zou zijn voor hetgeen in het geschil ter beslissing stond, voor appellante geen enkele voorziening openstond. Zij heeft geen enkele gelegenheid gekregen zich uit te spreken over het gebruik van het ministerieel oordeel, of over de formulering van de aan de minister gestelde vraag, of over de elementen van de beantwoording van die vraag. Appellante heeft aan de Raad van State

verscheidene stukken overgelegd om aan te tonen dat de Algerijnse overheid de betreffende regelingen feitelijk wel degelijk toepaste. Deze stukken zijn zelfs niet onderzocht door de Raad, die derhalve niet heeft willen onderzoeken of zij een goede grondslag voor het betoog van appellante vormden. Aldus heeft de Raad zich gebonden geacht aan het oordeel van de minister, en zichzelf de bevoegdheid 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 EHRM niet worden gezegd dat appellante toegang heeft gehad tot een rechterlijke instantie die een toereikende bevoegdheid had, dan wel erkende dat zij een dergelijke bevoegdheid had, om zich te buigen over alle feitelijke en juridische kwesties die relevant waren om het geschil te beoordelen.

Toegepast op onderhavig beroepsprocedure meent verzoekster dat de procedure aanvraag vestiging geenszins kan omschreven worden als een "quasi jurisdictioneel orgaan". Integendeel verzoeker werd bij de intrekking van de beslissing niet eens gehoord. Zelfs het hoorrecht werd niet op correcte wijze gewaarborgd.

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

Dat daarentegen de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt dat zij geen enkele bevoegdheid hieromtrent heeft, meer nog uitdrukkelijk stelt geen volle rechtsmacht te hebben (overweging 2.2.4. p 4 van het arrest).

Dat zij hieromtrent in niet te miskennen bewoordingen stelt:

"Een behandeling in volle rechtsmacht van huidig beroep is wettelijk niet toegestaan, zodat de vraag van verzoekster niet kan ingewilligd worden."

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“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. 27.4.2007 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 haar 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, 1-8027, r.o. 4 en 23).

In casu echter is verzoeker onderdaan van Chili 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 betreden 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 39/79 in de wet door het wetsontwerp tot hervorming van de Raad van State en tot inrichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (gebaseerd op artikel 77 van de Grondwet) tot de feitelijke omzetting van de artikelen 15 en 31 van de voornoemde richtlijn 2004/38/EG in het Belgische recht. Het beroep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (..) inderdaad een jurisdictioneel beroep (is) dat automatisch schorsend is voor wat betreft de beslissingen genomen ten aanzien van burgers van de Unie en hun gezinsleden, en dat het mogelijk maakt om de wettigheid van het besluit, alsmede de feiten en omstandigheden die de maatregel rechtvaardigen en het evenredig karakter van deze maatregel te onderzoeken, overeenkomstig artikel 31, §§ 1 tot 3 van de richtlijn 2004/38/EG. (Parl. St., Kamer 2005-2006, nr. 2487/001, 78)." De 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. 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)

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 C540/03) 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 strafvervolg.

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 verplichtingen 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).

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).

Ook het arrest Chen waarnaar verzoeker verwijst, kan niet dienstig worden ingeroepen, "aangezien 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. 16.10.2007.

Ten overvloede merkt de verwerende partij op dat de rechter in vreemdelingenzaken geheel terecht heeft geoordeeld dat:

"Verzoeker betwist het motief van de bestreden beslissing niet, met name 'dat hij niet kan worden beschouwd als zijnde ten laste van dit minderjarig kind 4l. Hij valt derhalve niet onder het toepassingsgebied van artikel 40, §6 van de Vreemdelingenwet. Verzoeker kan de schending van de reglementaire bepalingen die van toepassing zijn op EU-onderdanen en gelijkgestelden dan ook niet dienstig inroepen. Reeds hoger (2.1 4.) werd gesteld dat verzoeker niet aantoonde dat hij zich kan beroepen op het gemeenschapsrecht en vastgesteld dat verzoeker zich niet dienstig kan beroepen op het arrest Zhu en Chen van het Hof van Justitie van 19 oktober 2004. Artikel 3.1 van de richtlijn 2004/38/EG, dat bepaalt wie de begunstigden zijn van de richtlijn, luidt als volgt: "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." Noch verzoeker, noch de persoon in functie van wie hij de vestigingsaanvraag indient, is een burger van de Unie die zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit. Verzoeker, van Chileense nationaliteit, vraagt immers om de vestiging, in België, in functie van een Belgisch onderdaan. Het grensoverschrijdend 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, los van de vraag naar de directe werking, niet dienstig beroepen op de bepalingen van deze richtlijn.

Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (2000/C 364/01) van 7 december 2000 is in beginsel een politieke verklaring. Onderdeel 1 van de ontwerp-tekst van het Verdrag tot wijziging van de bestaande verdragen (Hervormingsverdrag) bevat de wijzigingen van het huidige Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU). Door de verwijzing naar het Handvest in artikel 6, 1^{ste} lid vervat in "Titel 1- Gemeenschappelijke bepalingen" van het VEU zal dit, na de inwerkingtreding van het Hervormingsverdrag, juridisch bindend worden (Zie: Conclusies van het voorzitterschap van de Europese Raad van Brussel van 21- 22 juni 2007, bijlage I, p. 16 — 17 en 25 - 26). Hieruit volgt dat het Handvest vooralsnog geen bindende kracht heeft en de schending ervan niet dienstig kan worden ingeroepen zodat er, wat dit onderdeel betreft, geen sprake is van een middel. Verzoeker verzoekt in zijn repliekmemorie om een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof terwijl hij dit niet deed in zijn oorspronkelijk verzoekschrift. Op het verzoek kan derhalve niet worden ingegaan. Verzoeker toont niet aan op welke manier het bestuur met het advies van 8 december 2006 van de Commissie voor Advies voor Vreemdelingen had moeten rekening houden. De Belgische nationaliteit die wordt toegekend om te verhinderen dat een in België geboren kind staatloos zou zijn, maakt het bevel om het grondgebied te verlaten dat aan de vader die onwettig in het Rijk verblijft, is afgeleverd, niet onwettig (Cass. 9 maart 2005, nr. P050190F)."

Verzoeker voldoet dan ook niet aan de voorwaarde van 'ten laste zijn', voorwaarde die nochtan⁵ 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.

Terwijl de rechter in vreemdelingenzaken verder geheel terecht heeft geoordeeld dat de Raad zich niet gebonden acht door adviezen van de Commissie voor Advies voor Vreemdelingen die geen bindende kracht hebben. Bovendien dient elke zaak individueel behandeld te worden (zie ook R.v.V. nr. 2.023 dd. 27.09.2007).

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 niet-inmenging 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. 3 0.08.2007).

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 (R.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:

"De verwijdering van het grondgebied van verzoeker impliceert niet noodzakelijk de verwijdering van zijn Belgisch kind. De tijdelijke scheiding met het oog op het vervullen van de noodzakelijke formaliteiten ter voldoening van de geldende wettelijke bepalingen, verstoort het gezinsleven van verzoeker niet in die mate dat er sprake kan zijn van een schending van artikel 8 E.V.R.M (EHRM, Gul t. Zwitserland, 19 februari 1996, 22 EHRR 228) en artikel 3.1. van het vierde protocol van het E.V.R.M De ingeroepen bepalingen verhinderen bijgevolg niet dat verzoeker een aanvraag om machtiging tot verblijf indient bij de betrokken Belgische diplomatieke of consulaire post. Bovendien kan verzoeker samen met zijn echtgenote en hun minderjarig kind hun recht op gezinsleven uitoefenen terwijl in het land van herkomst de noodzakelijke formaliteiten worden vervuld, De eenheid van het gezin is niet in het gedrang."

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 de verzoekende partij het middel in de memorie van wederantwoord herhaalt;

2.2.4.1. 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;

Overwegende dat artikel 40, § 6, van de Vreemdelingenwet 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 deze bepaling uit 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 kan worden getoetst aan Richtlijn 2004/38 of aan de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen;

Overwegende dat de verzoekende partij, die niet ten laste is van haar 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;

2.2.4.2. Overwegende dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met betrekking tot artikel 8 van het E.V.R.M. erkent 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 het gezinsleven kunnen inperken; (E.H.R.M., nr. 265/07 van 31 juli 2008, Darren en Omoregie tegen Noorwegen) 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 van artikel 40, § 6, van de Vreemdelingenwet, zowel legaal als legitiem is; dat, wat betreft de vereiste van proportionaliteit, het bestuur een afweging dient te maken tussen het algemene belang van de staat enerzijds en het individuele belang van de om verblijf verzoekende vreemdeling anderzijds; dat de verblijfsweigering een inbreuk op het gezinsleven in de zin van artikel 8 van het E.V.R.M. kan vormen wanneer de vreemdeling aantoont dat, gelet op de bijzondere omstandigheden van de zaak, de komst naar België de enige mogelijkheid was om het recht op gezinsleven uit te oefenen; (E.H.R.M., 19 februari 1996, Gül tegen Zwitserland; E.H.R.M., 28 november 1996, Ahmut tegen Nederland) dat uit haar inleidend verzoekschrift bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet blijkt dat de verzoekende partij concrete gegevens heeft aangebracht om aan te tonen dat het gezinsleven in haar land van herkomst niet mogelijk zou zijn; dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen met de bij hem aangebrachte gegevens dan ook niet nader kon onderzoeken of de voor hem bestreden beslissing tot weigering van vestiging met bevel om het grondgebied te verlaten een schending van het recht op gezinsleven inhield; dat de verzoekende partij derhalve niet aantoont dat artikel 8 van het E.V.R.M. met het bestreden arrest is geschonden;

Overwegende, met betrekking tot artikel 3.1. van het vierde protocol bij het E.V.R.M., dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in het bestreden arrest motiveert dat de verwijderingsmaatregel geen betrekking op het Belgische kind en de partner van de verzoekende partij heeft en derhalve geen verwijdering van een eigen onderdaan betreft; dat het tweede middel ook in die mate ongegrond is;

2.2.4.3. Overwegende, wat betreft de vraag of de mogelijkheid van een annulatieberoep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen volstaat en de in dat verband voorgehouden schending van artikel 31.3 van Richtlijn 2004/38, van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat hierboven reeds is vastgesteld dat het Handvest geen bindende kracht heeft en dat de verzoekende partij met de in het geding zijnde aanvraag tot vestiging niet onder de toepassing van Richtlijn 2004/38 valt; dat het 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 dat artikel 6 van het E.V.R.M. niet van toepassing is op geschillen betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen; dat het middel in die mate niet-ontvankelijk is;

Overwegende 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 bekritiseren 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. 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,

De griffier,

J. CASNEUF.

wnd. kamervoorzitter,
staatsraad,
griffier.

De voorzitter,

C. ADAMS.