RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 196.178 van 18 september 2009
in de zaak A. 185.855/XIV-29.967.

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 staatssecretaris voor Migratie- en Asielbeleid,
toegevoegd aan de Minister belast met Migratie- en Asielbeleid.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIVe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat XXX, van Angolese nationaliteit, op 15 november 2007 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het arrest nr. 2660 van 16 oktober 2007 van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen;

Gelet op de beschikking nr. 1780 van 21 december 2007 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 J. TIELEMAN, die loco advocaat R. JESPERS 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 Belgisch kind indient; dat de minister van Binnenlandse Zaken op 22 januari 2007 een beslissing tot weigering van de vestiging zonder bevel om het grondgebied te verlaten neemt;

Overwegende dat de verzoekende partij op 8 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 16 oktober 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 beslissing gevolgen ressorteert die een weerslag heeft op de rechtstoestand van verzoekster; dat t. de bestreden beslissing een individuele draagwijdte heeft.
>
> Dat het beginsel van behoorlijk bestuur de hoorplicht geldt bij het nemen van individuele bestuurshandelingen t.a.v. burgers, ambtenaren, mandatarissen en andere besturen; dat verzoekster burger is.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dat gezien de richtlijnen geciteerd in art. 40 van de Vreemdelingenwet allemaal opgeheven zijn door de invoeging van Richtlijn 2004/387 dient men de interpretatie van het "ten laste zijn" te zoeken in de nieuwe Richtlijn. Dat volgens verzoekster de interpretatie zoals zij deze weergeeft in huidig verzoekschrift de juiste is.

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

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

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

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

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

2.1.3. 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, waarbij deze laatste, zoals in het bestreden arrest wordt gesteld, 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 voor de grondrechten van de Europese Unie als dusdanig geen bindende kracht heeft, zodat de eventuele miskenning 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, voor zover ontvankelijk, ongegrond is;

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:

> “Verzoekster is conform art 3. een begunstigde van Richtlijn 2004/38 in die zin dat zij conform art. 2.2.d een bloedverwant is in opgaande lijn van een EU onderdaan.
> Artikel 2
> Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:
> 1. „burger van de Unie": eenieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit;
> 2. „familielid":
> a) de echtgenoot;
> b) de partner, met wie de burger van de Unie overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat een geregistreerd partnerschap heeft gesloten, voorzover de wetgeving van het gastland geregistreerd partnerschap gelijk stelt met huwelijk en aan de voorwaarden van de wetgeving van het gastland is voldaan;

c) de rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn alsmede die van de echtgenoot of partner als bedoeld onder b), beneden de leeftijd van 21 jaar of die te hunnen laste zijn;
d) de rechtstreekse bloedverwanten in opgaande lijn, alsmede die van de echtgenoot of partner als bedoeld onder b), die te hunnen laste zijn;
3. „gastland": de lidstaat waarheen de burger zich begeeft om zijn recht van vrij verkeer of verblijf uit te oefenen.
Artikel 3.1 luidt als volgt Begunstigden
1. Deze richtlijn is van toepassing ten aanzien van iedere burger van de Unie die zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, en diens familieleden als gedefinieerd in artikel 2, punt 2), die hem begeleiden of zich bij hem voegen.
Verzoekster meent dat de bestreden beslissing niet is genomen met inachtneming van de artikelen 30 en 31 van EU Richtlijn 2004/38.
De EU Richtlijn heeft sedert 1 mei 2006 directe werking daar de Belgische Staal heeft nagelaten de Richtlijn om te zetten naar nationaal recht.. Directe werking betekent dal 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 toi 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 begunstigden van de richtlijn. Dal 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 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 verzoekster 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.
Verzoekster 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.
Verzoekster meent dan ook dat de bestreden beslissing noodzakelijkerwijze nietig is. Schending van art. 31 van de Richtlijn 2004/38
Artikel 31.3: "De rechtsmiddelen voorzien in de mogelijkheid van onderzoek van de wettigheid van het besluit, alsmede van de feiten en omstandigheden die de voorgenomen maatregel rechtvaardigen. Zij garanderen tevens dat het besluit niet onevenredig is, met name gelet op de voorwaarden van artikel 28.
Verzoekster werd louter een beslissing betekend waartegen enkel een beroep openstaat bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Wanneer deze bestreden beslissing vermeldt dat enkel een beroep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen mogelijk is tegen deze beslissing moet verzoekster vaststellen dat dit beroep niet beantwoordt aan de voorwaarden zoals gesteld in art. 31 van de EU Richtlijn 2004/38. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen oordeelt immers enkel over de wettigheid van de bestreden beslissing en niet over de feiten die aanleiding hebben gegeven tot de beslissing zoals zij ook terecht aangeeft in de bestreden beslissing.
Dat de afwezigheid van deze procedurele waarborgen een foutieve implementatie van de richtlijn 2004/38 inhoudt.

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 hei Charter derwijze dal het zijn rechtstreekse werking bevestigde. Het stelde dat de vermelding in de preambule in de richtlijn voldoende was om het Charter van toepassing te maken'.
Een Advocaat Generaal van het Europees Hof van Justitie stelde dat het Handvest de uitdrukking is van het hoogste niveau , van een democratisch gevestigde politiek consensus welke thans beschouwd moet worden als een catalogus van fundamentele rechten gewaarborgd in het Gemeenschapsrecht.
Dat voor een preliminaire studie verwezen wordt naar volgende weblink:
http://www.law.kuleuven.ac.be/jura/38n1/debussere.htm. Dat deze studie reeds liet uitschijnen wat het belang van het Handvest zou worden en thans heeft.
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 hei Europees Handvest.
Verzoekster stelt dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen volle rechtsmacht dient te hebben.
Verzoekster betoogt dat het principe dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen geen eigen onderzoek kan stellen in strijd is mei het begrip "full jurisdictien" volle rechtmacht 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 reet 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 hei 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 onderzoek die cruciaal waren for de beslechting van de zaak.
55. In deze omstandigheden kan de verzoekster niet beschouwd worden als toegang hebbende tot een rechtbank met een voldoende rechtsmacht om de zaak te behandelen. Er is een schending van art. 6. par. 1.
Uit het voorgaande zou kunnen worden afgeleid dat een meer terughoudende — marginale — toetsing van de feitenvaststelling nooit door de beugel zou kunnen, maar uit de zaak Bryan t. Verenigd Koninkrijk blijkt dat het EHRM onder bepaalde omstandigheden daarmee wel genoegen neemt'. Deze zaak betrof een handhavingsbesluit op grond waarvan de heer Bryan twee huizen moest slopen en bouwmateriaal moest verwijderen. Daartegen kwam hij vergeefs op bij het bestuursorgaan dat het besluit nam, waarna er beroep werd ingesteld bij de rechter. Daar kon echter de juistheid van de vastgestelde feiten die de basis vormden van het besluit niet meer direct worden betwist. De rechter was alleen bevoegd ten aanzien van rechtsvragen en kon geen nader bewijs ontvangen. Wel had de rechter de bevoegdheid om te beoordelen of de procedure waarin de feiten waren vastgesteld rechtmatig was en of de feitenvaststelling 'perverse or irrational' was.
Beperkingen van rechterlijke controle op de bestuurlijke feitenvaststelling bevinden zich dus 'in de gevarenzone van artikel 6 EVRM', maar zijn gelet op de zaak Bryan niet zonder meer ongeoorloofd. Voor dergelijke beperkingen moet wel een overtuigende rechtvaardigingsgrond bestaan, zoals de aard van het materiële rechtsgebied en de daaraan verbonden bestuurlijke vrijheid en het gespecialiseerde karakter van de feitenvaststelling. Daarbij is van belang dat, de bestuurlijke feitenvaststelling in een met voldoende waarborgen omklede — quasirechterlijke — gespecialiseerde administratieve voorprocedure heeft plaatsgevonden. Hieruit lijkt voort te vloeien dat het in dergelijke gevallen in het licht van artikel 6 EVRM ook mogelijk is grenzen te stellen aan het inbrengen van bepaald nieuw bewijsmateriaal in de rechterlijke procedure. Sommige bewijsmateriaal vergt immers een geheel nieuwe beoordeling door de rechter, iets waartoe hij echter juist niet in staat is gelet op, bijvoorbeeld, de daartoe vereiste specialisatie. De beperkingen van rechterlijke controle op de bestuurlijke feitenvaststelling mogen in ieder geval nooit zo ver gaan dat de rechter zich geheel verlaat op het oordeel van het bestuur. Dat zou immers feitelijk betekenen dat de betrokkene opdat punt geen toegang heeft tot de rechter. Er moet in het kader van de rechterlijke procedure een debat kunnen worden gevoerd over de juistheid van het bestuurlijke feitenoordeel en de wijze waarop dat tot stand is gekomen. Het geheel uitsluiten daarvan kan blijkens de jurisprudentie van het EHRM niet door de beugel. Gewezen kan worden op de al genoemde zaak Terra Woningen t. Nederland en op de meer recente zaak Chevrol t. Frankrijk' Deze laatste zaak werd aan het EHRM voorgelegd nadat de Franse Raad van State (Conseil d'Etat) het beroep van verzoekster tegen de weigering haar Algerijnse artsexamen te erkennen had afgewezen. Daarbij heeft de Raad van State zijn eigen jurisprudentie gevolgd, waarbij hij, bij de beantwoording van de vraag of de betreffende verdragen toepasselijk waren, zich geheel heeft verlaten op het oordeel van een bestuursorgaan,

ook waar dat de feitenvaststelling betrof. Het EHRM is daarover kritisch: ook al lijkt raadpleging van de minister door de Raad van State over de beoordeling van de voorwaarde van wederkerigheid bij de erkenning van diploma's noodzakelijk, door deze wijze van werken verplicht de Raad van State zich het oordeel te volgen van de minister, dat wil zeggen van een buiten de Raad staande en tot de uitvoerende macht behorende autoriteit, zonder het oordeel van die autoriteit aan kritiek of aan een contradictoir debat te onderwerpen. Het Hof is verder van oordeel dat met betrekking tot het inwinnen van hei 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 verzoekster 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.
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. Bijgevolg zal de raad zich beperken tot een wettigheidstoetsing van de bestreden beslissing."
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.
Verzoekster betoogt dat de voorwaarde "ten laste zijn" opzij geschoven dient te worden gelet op de thans geldende rechtspraak van het Europees Hof van Justitie in deze materie.
Dat verzoekster verwijst naar het advies van de Commissie voor Advies voor Vreemdelingen dd. 8.12.2006 in een gelijkaardige zaak in de zaak nr. 5.612.029.
Dat de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie in principe de kwalificatie van het begrip familielid "ten laste" beschouwt voortvloeiend uit de feitelijke situatie die gekarakteriseerd is door de omstandigheid dat de materiële steun van het familielid verzekerd wordt door de titularis van het verblijfsrecht.
In de zaak CHEN t/ Secretary of state for the home department, in dewelke de situatie omgekeerd was dat de tenlasteneming niet verzekerd werd door de titularis van het verblijfs-recht, 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, ontrieft deze laatste van elk nuttig recht op verblijf, dat evenwel bestaat in hoofde van dit kind, en dat het recht heeft om begeleid te worden door de persoon die hem effectief zijn bewaring verzekert." (vrije vertaling) (Zaak CHEN — C-2000/02)

Uit deze rechtspraak volgt dat het genot van het recht op verblijf dat een kind van jonge leeftijd geniet, noodzaakt dat dit kind door zijn ouder zal begeleid worden, die dit kind effectief verzorgt, en daarom deze persoon, derdelander, in de mogelijkheid moet gesteld worden om bij zijn kind te verblijven in het ontvangstland (CHEN — C-2000/02).
Dat deze rechtspraak ten zeerste pertinent is bij de beoordeling van onderhavige zaak.
Dat anders oordelen zou maken dat art. 8 EVRM in combinatie met art. 3.1 van het Vierde Aanvullend Protocol bij het EVRM zou geschonden worden. Om het gezinsleven verdeg' 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 verzoekende partij het middel in de memorie van wederantwoord herhaalt;

2.2.3.1. 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;

2.2.3.2. 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 kan zijn; 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 beslissing tot weigering van de vestiging enkel tegen de verzoekende partij zelf is gericht en bovendien geen verwijderingsmaatregel inhoudt; dat het derhalve geen verwijdering van een eigen onderdaan betreft; dat het tweede middel ook in die mate ongegrond is;

Overwegende dat de verzoekende partij voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet de schending van de artikelen 10 en 11 heeft opgeworpen; dat zij dit niet voor het eerst voor de Raad van State als administratieve cassatierechter kan doen en dat het tweede middel in die mate kennelijk niet-ontvankelijk is;

2.2.3.3. 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 gesteld 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 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 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 tweede 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,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

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

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

de HH.	C. ADAMS,	wnd. kamervoorzitter, staatsraad,
	J. CASNEUF,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

J. CASNEUF. **C. ADAMS.**