

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 238.474 van 12 juni 2017
in de zaak A. 216.816/XIV-36.701**

In zake : XXX
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Ronald Fonteyn
 kantoor houdend te 1000 Brussel
 Florencestraat 13
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen : de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
 de staatssecretaris voor Asiel en Migratie
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Carmenta Decordier
 kantoor houdend te 9041 Gent-Oostakker
 Harlekijnstraat9
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het cassatieberoep

1. Het cassatieberoep, ingesteld op 30 augustus 2015, strekt tot de cassatie van het arrest nr. 150.155 van 29 juli 2015 van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Het cassatieberoep is toelaatbaar verklaard bij beschikking nr. 11.591 van 28 oktober 2015.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en verzoekster heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Marijke Sterck heeft een verslag opgesteld, op grond van artikel 16 van het koninklijk besluit van 30 november 2006 ‘tot vaststelling van de cassatie-procedure bij de Raad van State’.

Verzoekster heeft een verzoek tot voortzetting van de procedure ten einde te worden gehoord ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 december 2016.

Staatsraad Carlo Adams heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rafaël Jespers, die *loco* advocaat Ronald Fonteyn verschijnt voor verzoekster, en advocaat Tine Bricout, die *loco* advocaat Carmenta Decordierverschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Marijke Sterck heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3. Verzoekster dient op 2 september 2014 een aanvraag in voor het verkrijgen van een verblijfskaart als familielid van een burger van de Unie, met name als bloedverwant in neergaande lijn van een Nederlandse onderdaan.

Op 17 februari 2015 neemt de staatssecretaris voor Asiel en Migratie in hoofde van verzoekster een beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten.

Verzoekster stelt op 3 maart 2015 tegen die beslissing een beroep tot nietigverklaring in bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen verwerpt het beroep tot nietigverklaring tegen de beslissing van 17 februari 2015 met een arrest van 29 juli 2015. Dit is het bestreden arrest.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. Verzoekster werpt in een eerste middel, dat zij “van openbare orde” noemt, de schending op van artikel 159 van de Grondwet, van de artikelen 41 en 51 van het Handvest van de grondrechten van Europese Unie, van het recht van verdediging en het recht op tegenspraak en van het beginsel “*audi et alteram partem*”.

Verzoekster vraagt de cassatie van het bestreden arrest omdat de eerste rechter niet ambtshalve heeft opgeworpen dat verzoekster niet in haar verweer was gehoord alvorens de aanvankelijk bestreden beslissing werd genomen. De eerste rechter had moeten onderzoeken of die schending van het hoorrecht haar de mogelijkheid heeft ontnomen haar verweer in die mate te laten gelden dat de administratieve procedure tot een ander resultaat had kunnen leiden. Verzoekster citeert daartoe artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en de arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 10 september 2013, nr. C-383/13, *M.G. en N.R.*, en van 11 december 2014, nr. C -249/13, *Boudjlida*. Zij verwijst verder naar 's Raads arrest nr. 230.579 van 19 maart 2015 waarmee een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt gesteld.

5. In de memorie van wederantwoord voegt verzoekster toe dat een middel betreffende het recht van verdediging van openbare orde is en dus voor het eerst in de graad van cassatie kan worden opgeworpen. Indien de Raad van State hieraan twijfelt, dient het antwoord van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak C-161/15 te worden afgewacht. Verzoekster heeft belang bij het middel omdat het haar ingevolge het voorafgaandelijk voeren van haar verweer bijvoorbeeld had kunnen worden toegelaten een gelegaliseerde kopie van de beschikking van het “Tribunal de Grande Instance de Kinshasa/Matatete” van 3 april 2012 bij te brengen of een gelijkaardig bewijs, zoals de DNA-test waaruit haar afstamming blijkt.

6. In het verzoek tot voortzetting van de procedure ten einde te worden gehoord en ter terechtzitting formuleert verzoekster een bijkomende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie die zij ter terechtzitting herhaalt.

Beoordeling

7. Artikel 51 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bepaalt enkel het toepassingsgebied van het Handvest. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft meermaals gesteld dat artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie niet is gericht tot de lidstaten maar uitsluitend tot de instellingen, organen en instanties van de Unie. De aanvrager van een verblijfstitel kan er bijgevolg geen recht aan ontlelen om in elke procedure betreffende zijn aanvraag te worden gehoord (HvJ 11 december 2014, *Boudjlida*, C-249/13; HvJ 5 november 2014, *Mukaburega*, C-166/13; HvJ 17 juli 2014, *Ys e.a.*, C-141/12 en C-372/12). Bovendien heeft verzoekster de schending van deze bepalingen niet opgeworpen voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

Het eerste middel is in die mate niet-ontvankelijk.

8. Het Hof van Justitie heeft in de voornoemde arresten gesteld dat het recht om te worden gehoord wel integraal deel uitmaakt van de rechten van de verdediging, dat een algemeen beginsel van Unierecht is.

Verzoekster heeft de schending van het recht van verdediging of van het hoorrecht niet opgeworpen voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Zij is van oordeel dat zij dit voor het eerst vermag in de graad van administratieve cassatie en dat de eerste rechter ambtshalve had moeten opwerpen dat een andere beslissing had kunnen worden genomen omdat het recht om te worden gehoord van openbare orde zou zijn. Zij verwijst daartoe naar het arrest van de Raad van State nr. 230.579 van 19 maart 2015, waarmee een prejudiciële vraag werd gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie om te vernemen of het Unierecht aldus moet worden uitgelegd dat wanneer het toepasselijke nationale recht bepaalt dat een middel inzake schending van het nationale recht dat voor het eerst wordt aangevoerd bij de nationale rechter die uitspraak doet als cassatierechter, slechts ontvankelijk is indien het van openbare orde is, een middel inzake schending van het recht te worden gehoord zoals gewaarborgd door het Unierecht dat voor het eerst bij diezelfde rechter wordt aangevoerd, ontvankelijk moet worden verklaard.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in zijn arrest van 17 maart 2016 in de zaak nr. C-161/15 op die vraag geantwoord “dat het Unierecht aldus moet worden uitgelegd dat wanneer het toepasselijke nationale recht bepaalt dat een middel inzake schending van het nationale recht dat voor het eerst wordt aangevoerd bij de nationale rechter die uitspraak doet als cassatierechter, slechts ontvankelijk is indien het van openbare orde is, een middel inzake schending van het recht te worden gehoord zoals gewaarborgd door het Unierecht dat voor het eerst bij diezelfde rechter wordt aangevoerd, ontvankelijk moet worden verklaard indien dat recht zoals gewaarborgd door het nationale recht voldoet aan de in dat recht neergelegde voorwaarden voor kwalificatie als een middel van openbare orde, hetgeen aan de verwijzende rechter staat om na te gaan.”

Een beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten, zoals te dezen genomen met toepassing van de wet van 15 december 1980 ‘betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen’ (hierna: de vreemdelingenwet), heeft geen strafrechtelijk noch een tuchtrechtelijk karakter. Naar Belgisch recht is het recht om te worden gehoord alvorens dergelijke beslissing wordt genomen derhalve niet van openbare orde. De eerste rechter vermocht dan ook niet ambtshalve de schending op te werpen van het recht om te worden gehoord als onderdeel van het recht van verdediging. Evenmin vermag verzoekster voor het eerst in de graad van administratieve cassatie elementen aan te voeren om aan te tonen dat een andere beslissing had kunnen worden genomen indien zij vooraf was gehoord door de dienst Vreemdelingen-zaken.

Het eerste middel is ongegrond wat betreft de kritiek dat de eerste rechter ambtshalve de schending van het hoorrecht had moeten opwerpen en voor het overige niet-ontvankelijk.

9. Er is geen aanleiding om de door verzoekster voorgestelde prejudiciële vragen te stellen vermits uit het antwoord van het Hof van Justitie van de Europese Unie in zijn voornoemd arrest van 17 maart 2016 blijkt dat het aan de nationale rechter staat om te oordelen of de ingeroepen schending van het hoorrecht al dan niet van openbare orde is, hetgeen te dezen niet het geval is. De voorgestelde vragen zijn niet dienstig voor de oplossing van het geschil, daargelaten de vaststelling dat verzoekster niet aantoont dat zij de bijkomende prejudiciële vraag niet eerder dan in het verzoek tot voortzetting kon formuleren.

10. Het eerste middel kan niet tot cassatie leiden.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

11. Verzoekster werpt in een tweede middel, dat zij “van openbare orde” noemt, de schending op van het recht van verdediging en het recht op tegenspraak, gelezen samen met artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, van artikel 288 van het Verdrag over de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU), van de artikelen 5.4, 10.2 en 25.1, van 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 de Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG’ (hierna: richtlijn 2004/38), van de artikelen 33, 105, 108 en 159 van de Grondwet, van de artikelen 40*bis* en 41 van de vreemdelingenwet, van de artikelen 44 en 52 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 ‘betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen’ (hierna: het vreemdelingenbesluit) en van de onbevoegdheid van de steller van de oorspronkelijke akte.

Verzoekster voert aan dat de eerste rechter, zelfs ambtshalve, had moeten vaststellen dat de steller van de aanvankelijk bestreden beslissing deze beslissing niet had kunnen nemen zonder verzoekster vooraf de mogelijkheid te bieden om met alle middelen van recht haar hoedanigheid van bloedverwant in neergaande lijn van een burger van de Unie te bewijzen. Het Hof van Justitie van de Europese Unie erkent immers als algemeen rechtsbeginsel het recht van eenieder om te worden gehoord alvorens een voor de betrokkene ongunstige individuele maatregel wordt genomen. Overeenkomstig artikel 288 van het VWEU moet België uitvoering geven aan richtlijn 2004/38. Verzoekster verwijst met name naar de artikelen 5, 10 en 25 van die richtlijn. Verzoekster citeert ook de artikelen 40*bis* en 41 van de vreemdelingenwet die de Koning overeenkomstig de

artikelen 33, 105 en 108 van de Grondwet correct moet toepassen. Verder citeert verzoekster de artikelen 44 en 52 van het vreemdelingenbesluit. Zij leidt eruit af dat de gemachtigde van de staatssecretaris te dezen niet het verblijfsrecht kon weigeren en geen bevel om het grondgebied te verlaten kon geven op grond van het motief dat de voorgehouden afstamming niet werd bewezen met een gelegaliseerd document zonder verzoekster eventueel uit te nodigen voor een aanvullend onderhoud en zonder haar vooraf op de hoogte te brengen van de strekking van de voorgenomen beslissing.

12. In de memorie van wederantwoord herhaalt verzoekster het middel. Zij voegt toe dat de schending van de aangehaalde bepalingen van Europees recht betrekking heeft op de hiërarchie der normen en dus van openbare orde is. De schending van de aangehaalde bepalingen uit de vreemdelingenwet en het vreemdelingenrecht werd in het oorspronkelijk verzoekschrift opgeworpen, evenals de feiten die aan de grondslag van die schending liggen.

Beoordeling

13. Daargelaten de vraag naar de rechtstreekse werking van de aangehaalde bepalingen uit richtlijn 2004/38, blijkt dat verzoekster de schending ervan niet heeft opgeworpen voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Evenmin heeft zij toen de schending van de artikelen 33, 105, 108 en 159 van de Grondwet of van de artikelen 40*bis* en 41 van de vreemdelingenwet opgeworpen. Zij vermag dit niet voor het eerst in de graad van administratieve cassatie te doen.

Verzoekster heeft wel de schending van artikel 42 van de vreemdelingenwet en van de artikelen 44 en 52 van het uitvoeringsbesluit opgeworpen voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, doch uitsluitend om voor te houden dat de aanvankelijk bestreden beslissing te laat is genomen, dat het gemeentebestuur zijn autonome bevoegdheid had uitgeoefend en dat de gemachtigde van de staatssecretaris niet vermocht daarop terug te komen. In het huidige cassatiemiddel raakt verzoekster de beoordeling van die argumentatie in

het bestreden arrest niet meer aan doch richt zij zich uitsluitend tegen het feit dat zij niet werd gehoord alvorens de aanvankelijk bestreden beslissing werd genomen en dat de eerste rechter deze voorgehouden schending van het hoorrecht en het recht van verdediging niet ambtshalve heeft opgeworpen. Zij werpt de schending van artikel 42 van de vreemdelingenwet en van de artikelen 44 en 52 van het uitvoeringsbesluit derhalve niet op ontvankelijke wijze op.

Uit de behandeling van het eerste middel blijkt reeds dat verzoekster niet op ontvankelijke wijze voor het eerst in de graad van administratieve cassatie de schending van het hoorrecht kon opwerpen en dat haar kritiek ongegrond is als zou de eerste rechter ambtshalve die schending hebben moeten opwerpen.

Verder zet verzoekster niet uiteen op welke wijze met het bestreden arrest de bevoegdheid van de steller van de oorspronkelijke akte zou zijn geschonden.

14. Het tweede middel is, voor zover ontvankelijk, ongegrond en kan derhalve niet tot cassatie leiden.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het cassatieberoep.

2. Verzoekster wordt verwezen in de kosten van het cassatieberoep, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van twaalf juni tweeduizend zeventien, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Kaat Leus,	staatsraad,
met bijstand van	
Joris Casneuf,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Geert Debersaques