

ROYAUME DE BELGIQUE

KONINKRIJK BELGIË

Avis 35.049/4

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

ADVIES 35.049/4

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre de l'Intérieur, le 12 mars 2003, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et l'arrêté royal du 28 juillet 1981 relatif à la Commission consultative des étrangers", a donné le 2 juillet 2003 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierde kamer, op 12 maart 2003 door de Minister van Binnenlandse Zaken verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en verwijdering van vreemdelingen en het koninklijk besluit van 28 juli 1981 betreffende de Commissie van advies voor vreemdelingen", heeft op 2 juli 2003 het volgende advies gegeven :

Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'Etat attire l'attention sur le fait qu'en raison de la démission du Gouvernement, la compétence de celui-ci se trouve limitée à l'expédition des affaires courantes. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien des compétences ainsi limitées, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le Gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

*

* *

EXAMEN DU PROJET

Article 1^{er} et annexe 11ter

1. Cette disposition tend à insérer dans l'arrêté royal du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, un article 43bis qui prévoirait que lorsque des étrangers visés à l'article 40 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, ne rempliraient pas les conditions pour bénéficier du droit d'entrée dans le Royaume prévu à l'article 41, alinéa 1^{er} ou 2, de la même loi, une décision de refus d'entrée avec refoulement leur serait notifiée par la remise d'un document conforme au modèle figurant à l'annexe 11ter.

L'annexe 11ter en projet prévoit deux motifs pouvant justifier la "décision de refus d'entrée avec refoulement". Pourrait ainsi être refoulé :

- soit celui qui "ne peut prétendre au droit d'entrée dans le Royaume en qualité de ressortissant d'un Etat membre de l'Espace économique européen" parce qu'il "ne produit pas la preuve de son identité et de sa nationalité";

.../...

- soit celui qui "ne peut prétendre au droit d'entrée dans le Royaume en qualité de membre de la famille d'un ressortissant d'un Etat membre de l'Espace économique européen ou d'un Belge" parce qu'il "produit la preuve du lien de parenté ou d'alliance avec celui-ci mais pas la preuve de son identité".

Au verso de l'annexe, il est indiqué que "la première décision est susceptible d'une demande en révision auprès du ministre" "qui a l'accès au territoire, le séjour et l'établissement et l'éloignement des étrangers dans ces compétences" et que "les deux décisions sont susceptibles d'un recours en annulation et d'une demande en suspension auprès du Conseil d'Etat" ⁽¹⁾.

Les étrangers visés à l'article 40 de la loi sont les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne ou parties à l'Espace économique européen (article 40, §§ 1^{er} et 2) - ci-après "les étrangers C.E" -, ainsi que leurs conjoints et certains membres de leurs familles, quelle que soit leur nationalité, qui viennent s'installer ou s'installent avec eux (article 40, §§ 3 à 5). Sont également visés les conjoints et certains membres étrangers de la famille des Belges qui viennent s'installer ou s'installent avec eux (article 40, § 6).

Les alinéas 1^{er} et 2, de l'article 41 de la loi prévoient respectivement que "le droit d'entrer dans le Royaume est reconnu à l'étranger C.E. sur présentation d'une carte d'identité ou d'un passeport national en cours de validité", et que "le conjoint et les membres de sa famille visés à l'article 40, qui ne possèdent pas la nationalité d'un Etat membre des Communautés européennes, doivent être porteurs du document requis en vertu de l'article 2".

⁽¹⁾ L'annexe 11ter n'identifie pas clairement ce qu'elle entend par la "première décision" et par "les deux décisions".

L'article 2 en question prévoit que pour être autorisé à entrer dans le Royaume, l'étranger doit être porteur,

- "1° soit des documents requis en vertu d'un traité international, d'une loi ou d'un arrêté royal;
- 2° soit d'un passeport valable ou d'un titre de voyage en tenant lieu, revêtu d'un visa ou d'une autorisation tenant lieu de visa, valable pour la Belgique, apposé par un représentant diplomatique ou consulaire belge ou par celui d'un Etat partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures, liant la Belgique".

Les dispositions susvisées doivent s'interpréter au regard des directives européennes dont elles tendent, entre autres ⁽²⁾, à assurer la transposition ⁽³⁾.

Il s'agit notamment de l'article 3 de la directive 68/360/CEE du Conseil du 15 octobre 1968 relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des Etats membres et de leurs familles à l'intérieur de la Communauté, qui prévoit que les Etats membres admettent sur leur territoire les ressortissants des autres Etats membres et les membres de leur famille "sur simple présentation d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité" et "qu'aucun visa d'entrée ni obligation équivalente ne peut être imposé, sauf aux membres de la famille qui ne possèdent pas la nationalité de l'un des Etats membres", ceux-ci devant accorder "à ces personnes toutes facilités pour obtenir les visas qui leur seraient nécessaires". La directive 73/148/CEE du Conseil, du 21 mai 1973, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des Etats membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services, comporte une disposition identique.

⁽²⁾ La loi a en effet une portée plus large puisque ne sont visés par les directives européennes que les ressortissants des Etats membres qui font usage de leur droit à la libre circulation des personnes, ainsi que leurs conjoints et les membres de leur famille ressortissants d'un Etat tiers. En l'état actuel du droit communautaire, le statut juridique de ressortissants d'Etats tiers, membres de la famille d'un ressortissant d'un Etat membre domicilié dans son Etat membre et n'ayant pas fait usage de son droit à la libre circulation des personnes est déterminé exclusivement par le droit national des Etats membres (voy. C.J.C.E., aff. C-459/99, conclusion de l'avocat général, paragraphe 30)

⁽³⁾ Voir en ce sens, C.E., n° 83.584 du 23 novembre 1999, MRAX.

En ce qui concerne les étrangers C.E., visés à l'article 40, §§ 1^{er} et 2, de la loi, il résulte de l'arrêt ROYER de la Cour de Justice des Communautés européennes ⁽⁴⁾, que leur droit d'entrée sur le territoire d'un autre Etat membre résulte directement du Traité, et qu'ils ne pourraient donc être refoulés que pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

En ce qui concerne les membres de la famille des étrangers C.E. bénéficiant d'un droit à l'entrée et au séjour sur la base des directives 68/360 et 73/148 précitées, il y a lieu de tenir compte de l'arrêt MRAX, du 25 juillet 2002, de la Cour de Justice des Communautés européennes. Statuant dans une affaire qui concernait l'hypothèse particulière des conjoints, la Cour a jugé que ces textes doivent être "lus à la lumière du principe de proportionnalité" et "interprétés en ce sens qu'un Etat membre ne peut pas refouler à la frontière un ressortissant d'un pays tiers, conjoint d'un ressortissant d'un Etat membre, qui tente de pénétrer sur son territoire sans disposer d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité ou, le cas échéant, d'un visa, lorsque ledit conjoint est en mesure de prouver son identité ainsi que le lien conjugal et s'il n'existe pas d'éléments de nature à établir qu'il représente un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique au sens des articles 10 de la directive 68/360 et 8 de la directive 73/148" ⁽⁵⁾.

Comme l'indique la demande d'avis, le projet tend à prendre en compte les dispositions des directives susvisées, telles qu'interprétées par l'arrêt précité.

Il le fait toutefois de manière inadéquate.

⁽⁴⁾ 8 avril 1976, aff. 48-75

⁽⁵⁾ C.J.C.E., arrêt MRAX, 25 juillet 2002, aff. C-459/99, R.D.E., 2002, n° 119, note P. Lardinois.

En effet, l'article 43bis en projet a pour objet "les étrangers visés à l'article 40 de la loi" qui "ne remplissent pas les conditions d'entrée dans le Royaume". L'application de cette disposition suppose donc que les personnes qui se présentent à l'entrée du Royaume puissent être identifiées comme étant des "étrangers visés à l'article 40 de la loi" et donc par conséquent comme des ressortissants des Etats membres ou comme des membres de la famille d'un de ceux-ci ou d'un Belge.

S'agissant des étrangers C.E. visés à l'article 40, §§ 1^{er} et 2, c'est-à-dire ceux qui sont en mesure de prouver leur identité et leur qualité de ressortissant d'un Etat membre, il résulte de l'arrêt ROYER précité qu'ils ne pourraient être refoulés que pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, au sens de l'article 43 de la loi.

Il en va de même des étrangers visés à l'article 40, §§ 3 à 6 de la loi, c'est-à-dire ceux qui sont en mesure de prouver leur identité et leur lien de parenté ou d'alliance avec un ressortissant C.E.

Cette dernière catégorie d'étrangers peuvent éventuellement faire l'objet d'une décision de refus d'entrée, lorsque cette entrée requiert l'octroi d'un visa, la délivrance de celui-ci devant intervenir dans les plus brefs délais et, dans la mesure du possible, sur les lieux d'entrée sur le territoire national ⁽⁶⁾.

Par conséquent l'article 43bis en projet est contraire à la loi du 15 décembre 1980, dans la mesure où il permet toujours le refoulement des étrangers visés à l'article 40 de cette loi en dehors des hypothèses prévues à l'article 43 de ladite loi. En outre, il existe une contradiction entre cette disposition du projet et l'annexe 11ter en projet, dans la mesure où les cas que celle-ci vise sont ceux de personnes ne pouvant apporter la preuve de leur identité. Dans ces hypothèses en effet, la section de législation n'aperçoit pas comment ces personnes pourraient faire la preuve de leur qualité de ressortissant d'un Etat membre, ni de celle de leur lien de parenté ou d'alliance avec un ressortissant d'un Etat membre.

⁽⁶⁾ C.J.C.E., arrêt MRAX précité, considérant 60.

2. Par ailleurs en vertu de l'article 9, paragraphe 2, de la directive 64/221/CEE du Conseil, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour, justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, les décisions de refus de délivrance d'un premier titre de séjour ainsi que les décisions d'éloignement avant toute délivrance d'un tel titre doivent pouvoir, à la demande des intéressés, être soumises pour avis à une autorité devant laquelle ils peuvent faire valoir leurs moyens de défense.

Cette disposition, qui est transposée par l'article 44, 1°, de la loi précitée est interprétée par la Cour de Justice des Communautés européennes en ce sens qu'"un conjoint étranger d'un ressortissant d'un Etat membre, a le droit de soumettre à (cette) autorité compétente (...) une décision de refus de délivrance d'un premier titre de séjour ou une décision d'éloignement avant toute délivrance d'un tel titre, y compris lorsqu'il ne dispose pas d'un document d'identité ou que, étant soumis à l'obligation de visa, il est entré sur le territoire d'un Etat membre sans visa ou s'y est maintenu après l'expiration de son visa".

Même si la personne concernée ne dispose pas d'un document d'identité, elle doit néanmoins pouvoir faire la preuve de celle-ci, sinon la section de législation n'aperçoit pas comment elle pourrait faire la preuve de son lien de parenté ou d'alliance et revendiquer le droit à la demande de révision prévue par l'article 44 ⁽⁷⁾.

⁽⁷⁾ Sur cette question, voy. les conclusions précitées de l'avocat général. Celui-ci proposait de répondre comme suit à la question préjudicielle posée à la Cour: "Il y a donc lieu de répondre à la quatrième question préjudicielle que les articles 1^{er} et 9, paragraphe 2, de la directive 64/221 doivent s'interpréter en ce sens que les ressortissants d'Etats tiers, conjoints de citoyens communautaires, dépourvus de document d'identité, ou de visa, ou dont le document d'identité ou le visa est périmé, disposent de la faculté de saisir l'autorité compétente visée à l'article 9, paragraphe 1, quand ils demandent la délivrance d'un premier titre de séjour ou quand ils font l'objet d'une mesure d'éloignement avant la délivrance de ce titre, lorsqu'ils font la preuve de leur appartenance au groupe des personnes relevant du champ d'application de la directive 64/221". Sans doute faut-il déduire des mots "lorsqu'il ne dispose pas d'un document d'identité" que la Cour partage l'opinion qu'il ne suffit pas de prétendre faire partie du groupe de personnes visées par l'article 1^{er} de la directive pour bénéficier du droit d'obtenir une révision de la décision de refus d'un premier titre de séjour ou d'une mesure d'éloignement, mais qu'il faut encore en apporter la preuve.

Par conséquent, en mentionnant dans l'annexe 11ter en projet, le droit à une demande en révision pour des personnes qui ne peuvent fournir la preuve, soit qu'ils sont ressortissants d'un Etat membre, soit qu'ils ont un lien de parenté ou d'alliance avec un tel ressortissant ou avec un Belge, le projet méconnaît les articles 44 et 64 de la loi, dès lors que ces dispositions ne prévoient pas un tel recours. En particulier, l'article 44, 1°, ouvre le droit à introduire un recours contre toute décision d'éloignement du territoire avant la délivrance d'un titre de séjour aux seuls étrangers visés à l'article 40 de la loi, ce qui suppose que les personnes qui introduisent une telle demande aient fait la preuve de leur identité et, dans l'hypothèse d'un ressortissant d'un Etat tiers, de son lien de parenté ou d'alliance avec un Belge ou un ressortissant d'un Etat membre avec qui il vient s'installer ⁽⁸⁾.

Pour assurer une exécution de la loi conforme aux directives européennes qu'elle tend notamment à transposer, l'article 43bis en projet et l'annexe 11ter qui y est associé doivent être fondamentalement revus.

Plusieurs hypothèses doivent en effet être envisagées distinctement.

- 1° la personne qui prétend être un étranger visé à l'article 40 de la loi mais qui n'apporte pas la preuve soit de sa qualité de ressortissant d'un Etat membre, soit de son lien de parenté ou d'alliance avec un tel ressortissant ou avec un Belge, peut légalement faire l'objet d'une décision de refus d'entrée avec refoulement; une telle décision n'ouvre pas le droit à une demande en révision, mais seulement à un recours en annulation et à une demande en suspension devant le Conseil d'Etat;
- 2° l'étranger, qui fournit la preuve de son identité et de sa qualité de ressortissant d'un Etat membre, même s'il n'est pas porteur d'une carte d'identité ou d'un passeport national en cours de validité, ne peut faire l'objet d'une décision de refus d'entrée avec refoulement que pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique dans les limites tracées par l'article 43 de la loi; contre cette décision, il bénéficie d'un droit à une demande de révision, conformément à

⁽⁸⁾ Une personne qui apporterait la preuve d'un lien de parenté ou d'alliance entre un ressortissant x d'un Etat membre et un ressortissant y d'un Etat tiers mais qui n'apporterait pas la preuve qu'il est cet y ne devrait pas davantage avoir le droit à une demande de révision.

l'article 44 de la loi, ainsi que d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat; il ne pourra en obtenir la suspension que s'il épuise d'abord son recours en révision ⁽⁹⁾;

- 3° l'étranger ressortissant d'un Etat tiers qui apporte la preuve du lien de parenté ou d'alliance avec un Belge ou un ressortissant d'un Etat membre avec qui il vient s'installer, et qui se présente muni des documents requis par l'article 41, alinéa 1^{er} et 2, ne peut faire l'objet d'une décision de refus d'entrée avec refoulement que pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique dans les limites tracées par l'article 43 de la loi; contre cette décision, il bénéficie des mêmes recours que ceux visés sous le 2°;
- 4° l'étranger qui se présente sans les documents requis par l'article 41, alinéas 1^{er} et 2, mais qui peut apporter la preuve de son lien de parenté ou d'alliance avec un Belge ou un ressortissant d'un Etat membre avec qui il vient s'installer - ce qui suppose qu'il puisse faire la preuve de son identité -, ne peut pas davantage faire l'objet d'une décision de refus d'entrée avec refoulement, sauf raison d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique; une telle décision serait en effet contraire au principe de proportionnalité; néanmoins, si un visa est requis, il peut être maintenu à la frontière durant le temps, qui doit être le plus bref possible, nécessaire à l'obtention de ce visa; contre une décision de refus d'entrée avec refoulement, il dispose des mêmes recours que ceux visés sous le 2°.

⁽⁹⁾ C.E., n° 79.313, SORIANO CUBAS, du 17 mars 1999.

Article 3

Mieux vaudrait écrire, au lieu de "une copie de la liste ...", "une liste des personnes s'occupant de la défense des intérêts des étrangers, membres de la commission consultative des étrangers".

Article 4

L'article 35 de la loi précitée prévoit que

"L'étranger comparant peut se faire assister ou se faire représenter par l'avocat qu'il choisit ou, s'il ne possède pas les moyens de rémunérer un défenseur, par un avocat désigné par le Bureau de consultation et de défense".

Il y a dès lors lieu de rédiger le 2° comme suit :

"2° le cas échéant, le nom de l'avocat qu'il choisit pour se faire assister ou représenter, ou, s'il ne possède pas les moyens de rémunérer un défenseur, son vœu d'être assisté ou représenté par un avocat désigné par le bureau de consultation et de défense."

Le paragraphe 2, alinéa 1^{er}, est ambigu. Mieux vaudrait écrire :

"La demande en révision est adressée au ministre. Lorsqu'elle est adressée par lettre recommandée à la poste, la date de celle-ci fait foi."

A l'alinéa 2, il y a lieu de mentionner l'intitulé de l'arrêté royal du 2 août 2002 dans son intégralité. La même observation vaut pour l'article 10.

Articles 6 et 7

Il serait plus logique d'inverser ces deux dispositions.

A l'article 7 (devenant l'article 6), les mots "de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers" seront remplacés par les mots "du même arrêté".

Article 11

Mieux vaudrait à l'alinéa 1^{er}, devenant le paragraphe 1^{er}, de l'article 9 de l'arrêté royal du 28 juillet 1981 relatif à la Commission consultative des étrangers, fixer de manière expresse le point de départ du délai.

Observations de forme concernant le texte néerlandais du projet

Le texte néerlandais du projet est susceptible d'amélioration. Pour la rédaction des phrases liminaires, on se reportera à la circulaire de légistique formelle ⁽¹⁰⁾. En outre, quelques propositions de texte sont faites ci-après :

Article 1^{er}

A l'article 43bis en projet, on écrira, sous réserve des observations de fond qui précèdent : "... van de wet gestelde voorwaarden niet vervullen om het recht op binnenkomst in het Rijk te genieten, wordt hen een beslissing van weigering van toegang met teruggedrijving ter kennis gebracht door de afgifte van een document overeenkomstig het model in bijlage 11ter".

⁽¹⁰⁾ Légistique formelle - Recommandations et formules
(<http://www.raadvst-consetat.be>).

Article 2

Dans l'intitulé en projet, on écrira "Kennisgeving" au lieu de "Betekening".

Article 3

Au titre III, chapitre I^{er}, nouveau, on écrira "kennisgeving" au lieu de "betekening" et "ontvangstbericht" au lieu de "ontvangstmelding".

Article 4

A l'article 111 en projet, on écrira "vermeldingen" au lieu de "aanduidingen", "gelegen in" au lieu de "gesitueerd in" et "ontvangstbericht" au lieu de "ontvangstmelding". Ces deux dernières propositions de texte valent également pour les articles 9 et 10.

Article 5

A l'article 113 en projet, on écrira "in opdracht van" au lieu de "op onderrichting van".

Article 8

A l'article 3 en projet, on écrira "gelegen in" au lieu de "gesitueerd in" et "met toepassing van" au lieu de "in toepassing van".

Article 9

A l'article 5 en projet, on écrira "bedoeld in" au lieu de "voorzien in".

Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de regering, de bevoegdheid van deze laatste beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheden kan worden ingepast, aangezien de afdeling wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de regering in aanmerking kan nemen als zij te oordelen heeft of het vaststellen of wijzigen van verordeningen noodzakelijk is.

*

* *

ONDERZOEK VAN HET ONTWERP

Artikel 1 en bijlage 11ter

1. Deze bepaling strekt ertoe in het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen een artikel 43bis in te voegen, dat bepaalt dat wanneer de vreemdelingen bedoeld in artikel 40 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen de in artikel 41, eerste of tweede lid, van diezelfde wet gestelde voorwaarden om het recht op toegang tot het Rijk te genieten, niet zouden vervullen, hun een beslissing van weigering van toegang met teruggedrijving ter kennis wordt gebracht door de afgifte van een document dat overeenstemt met het model van bijlage 11ter.

Luidens de ontworpen bijlage 11ter zijn er twee redenen die een "beslissing tot weigering van toegang met teruggedrijving" kunnen wettigen. Aldus kan worden teruggedreven :

- hetzij diegene die "(geen) aanspraak (kan) maken op het recht op toegang tot het Rijk in de hoedanigheid van onderdaan van een Lid-staat van de Europese Economische Ruimte" omdat hij "geen bewijs van zijn identiteit en zijn nationaliteit (voorlegt)";

.../...

- hetzij diegene die "(geen) aanspraak (kan) maken op het recht op toegang tot het Rijk in de hoedanigheid van familielid van een onderdaan van een Lid-staat van de Europese Economische Ruimte of in de hoedanigheid van familielid van een Belg" omdat hij "het bewijs van bloed- of aanverwantschap met deze onderdaan of Belg (voorlegt), maar niet het bewijs van zijn identiteit".

Op de keerzijde van de bijlage staat dat "de eerste beslissing vatbaar is voor een beroep tot herziening bij de Minister" "die de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen tot zijn bevoegdheid heeft" en dat "de twee beslissingen vatbaar zijn voor een beroep tot nietigverklaring en een vordering tot schorsing bij de Raad van State" ⁽¹⁾.

De vreemdelingen bedoeld in artikel 40 van de wet zijn de onderdanen van de lidstaten van de Europese Unie of van de lidstaten van de Europese Economische Ruimte (artikel 40, §§ 1 en 2) - hierna "de EG-vreemdelingen" genoemd -, alsook hun echtgenoten en sommige leden van hun familie, ongeacht hun nationaliteit, die zich met hen vestigen of komen vestigen (artikel 40, §§ 3 tot 5). Ook de echtgenoten en sommige buitenlandse familieleden van de Belgen die zich met hen vestigen of komen vestigen worden hiermee bedoeld (artikel 40, § 6).

Het eerste en het tweede lid van artikel 41 van de wet bepalen respectievelijk dat "het recht op binnenkomst in het Rijk (...) erkend (wordt) aan de E.G.-vreemdeling op overlegging van een identiteitskaart of van een geldig nationaal paspoort" en dat "de echtgenoot en zijn familieleden bedoeld in artikel 40, die niet de nationaliteit bezitten van een Lid-Staat van de Europese Gemeenschappen, (...) houder (moeten) zijn van het document dat krachtens artikel 2 vereist is".

Het betrokken artikel 2 bepaalt dat de vreemdeling, om het Rijk binnen te mogen komen, houder moet zijn

⁽¹⁾ In bijlage 11ter wordt niet duidelijk aangegeven wat begrepen wordt onder "eerste beslissing" en onder "de twee beslissingen".

- "1° hetzij van de documenten die vereist zijn krachtens een internationaal verdrag, een wet of een koninklijk besluit;
- 2° hetzij van een geldig paspoort of van een daarmee gelijkgestelde reistitel, voorzien van een visum of van een visumverklaring, geldig voor België, aangebracht door een Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger of door een diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger van een Staat die partij is bij een internationale overeenkomst betreffende de overschrijding van de buitengrenzen, die België bindt".

De bovenstaande bepalingen moeten uitgelegd worden in het licht van de Europese richtlijnen tot de omzetting ⁽²⁾ waarvan ze onder meer ⁽³⁾ strekken.

Het gaat onder meer om artikel 3 van richtlijn 68/360/EEG van de Raad van 15 oktober 1968 inzake de opheffing van de beperkingen van de verplaatsing en het verblijf van de werknemers der Lid-Staten en van hun familie binnen de Gemeenschap, dat bepaalt dat de lidstaten de onderdanen van de andere lidstaten en hun familieleden zonder meer op hun grondgebied toelaten "op vertoon van een geldige identiteitskaart of een geldig paspoort" en dat "er (...) geen inreisvisum of vergelijkbare verplichting (kan) worden opgelegd, behalve aan de familieleden die niet de nationaliteit van een van de lid-staten bezitten", waarbij de lidstaten "deze laatsten alle faciliteiten (moeten verlenen) om de voor hen vereiste visa te verkrijgen". Richtlijn 73/148/EEG van de Raad van 21 mei 1973 inzake de opheffing van de beperkingen van de verplaatsing en het verblijf van onderdanen van de Lid-Staten binnen de Gemeenschap ter zake van vestiging en verrichten van diensten bevat eenzelfde bepaling.

(2) Zie in die zin, R.v.S., nr. 83.584 van 23 november 1999, BRAX

(3) De wet heeft immers een ruimere strekking, aangezien de Europese richtlijnen alleen betrekking hebben op de onderdanen van de lidstaten die gebruik maken van het recht op het vrije verkeer van personen, hun echtgenoten en hun familieleden die onderdaan zijn van een derde land. Volgens de huidige stand van het gemeenschapsrecht geldt voor de rechtspositie van uit derde landen afkomstige gezinsleden van een onderdaan van een lidstaat, die in zijn lidstaat woont en geen gebruik heeft gemaakt van zijn recht van vrij personenverkeer, nog altijd uitsluitend het interne recht van de lidstaten (zie H.v.J. E.G., zaak C-459-99, conclusie van de advocaat-generaal, paragraaf 30).

Wat betreft de EG-vreemdelingen bedoeld in artikel 40, §§ 1 en 2, van de wet, blijkt uit het arrest - ROYER van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen⁽⁴⁾, dat hun het recht op binnenkomst op het grondgebied van een andere lidstaat rechtstreeks wordt toegekend door het Verdrag en ze bijgevolg alleen teruggedreven kunnen worden om redenen van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid.

Wat betreft de familieleden van de EG-vreemdelingen die een recht op binnenkomst en op verblijf genieten op grond van de genoemde richtlijnen 68/360 en 73/148, dient rekening te worden gehouden met het arrest - BRAX van 25 juli 2002 van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. In een uitspraak over een zaak aangaande het bijzondere geval van echtgenoten, heeft het Hof geoordeeld dat die bepalingen gelezen moeten worden "tegen de achtergrond van het evenredigheidsbeginsel" en "aldus (dienen) te worden uitgelegd, dat een lidstaat een onderdaan van een derde land die gehuwd is met een onderdaan van een lidstaat en die zonder geldige identiteitskaart of geldig paspoort, of in voorkomend geval zonder visum, zijn grondgebied tracht binnen te komen, niet aan de grens mag terugwijzen wanneer deze echtgenoot het bewijs kan leveren van zijn identiteit en huwelijksband, en uit niets blijkt dat hij een gevaar is voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid in de zin van artikel 10 van richtlijn 68/360 en artikel 8 van richtlijn 73/148"⁽⁵⁾.

Zoals in de adviesaanvraag staat, strekt het ontwerp ertoe rekening te houden met de bepalingen van de bovengenoemde richtlijnen, zoals ze uitgelegd worden door het genoemde arrest.

Dat geschiedt echter niet naar behoren.

Het ontworpen artikel 43bis heeft immers betrekking op "de in artikel 40 van de wet bedoelde vreemdelingen" die "de voorwaarden voor toegang tot het Rijk niet vervullen". Met het oog op de toepassing van die bepaling moeten bijgevolg de personen die zich aanmelden aan de grens van het Rijk, geïdentificeerd kunnen worden als "in

⁽⁴⁾ 8 april 1976, zaak 48-75

⁽⁵⁾ H.v.J.E.G., arrest - BRAX, 25 juli 2002, zaak C-459/99, Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht, 2002, nr. 4, noot L. Denys.

artikel 40 van de wet bedoelde vreemdelingen" en dus als onderdanen van de lidstaten of als familieleden van één van hen of van een Belg.

Wanneer het gaat om in artikel 40, §§ 1 en 2, bedoelde E.G.-vreemdelingen, dat wil zeggen diegenen die hun identiteit en hun hoedanigheid van onderdaan van een lidstaat kunnen bewijzen, blijkt uit het genoemde arrest - ROYER dat ze alleen teruggewezen zouden kunnen worden om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid in de zin van artikel 43 van de wet.

Dat geldt ook voor de vreemdelingen bedoeld in artikel 40, §§ 3 tot 6, van de wet, dat wil zeggen diegenen die hun identiteit of hun bloed- of aanverwantschap met een EG-onderdaan kunnen bewijzen.

Tegen laatstgenoemde categorie vreemdelingen kan eventueel een beslissing tot weigering van binnenkomst worden uitgevaardigd, wanneer betrokkene over een visum moet beschikken om te kunnen binnenkomen, waarbij dat visum zo spoedig mogelijk en, voorzover mogelijk, op de plaats van binnenkomst op het nationale grondgebied moet worden afgegeven ⁽⁶⁾.

Het ontworpen artikel 43bis is bijgevolg in strijd met de wet van 15 december 1980 voorzover het nog altijd teruggrijping toestaat van vreemdelingen bedoeld in artikel 40 van die wet, buiten de gevallen waarin artikel 43 van die wet voorziet. Bovendien is er een tegenstrijdigheid tussen deze bepaling van het ontwerp en de ontworpen bijlage 11ter voorzover de gevallen die daarin worden bedoeld die zijn waarbij personen geen bewijs kunnen leveren van hun identiteit. Het is de afdeling wetgeving immers niet duidelijk hoe de betrokken personen in die gevallen het bewijs kunnen leveren van hun hoedanigheid van onderdaan van een lidstaat, noch van hun bloed- of aanverwantschap met een onderdaan van een lidstaat.

2. Krachtens artikel 9, lid 2, van de richtlijn 64/221/EEG van de Raad van 25 februari 1964 voor de coördinatie van de voor vreemdelingen geldende bijzondere maatregelen ten aanzien van verplaatsing en verblijf, die gerechtvaardigd zijn uit hoofde

⁽⁶⁾ H.v.J.E.G., voornoemd arrest - BRAX, overweging 60.

van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid moeten de besluiten tot weigering van afgifte van de eerste verblijfsvergunning, alsmede de besluiten tot verwijdering van het grondgebied vóór de afgifte van een dergelijk document, bovendien op verzoek van de betrokkenen, om advies kunnen worden voorgelegd aan een instantie waarvoor de betrokkenen hun verweermiddelen kunnen aanvoeren.

Die bepaling, die is omgezet bij artikel 44, 1°, van de voormelde wet, wordt door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen aldus uitgelegd dat "een buitenlandse echtgenoot van een onderdaan van een lidstaat het recht heeft, een besluit tot weigering van afgifte van een eerste verblijfsvergunning of een besluit tot verwijdering van het grondgebied vóór de afgifte van een dergelijk document, voor te leggen aan (die) bevoegde instantie, ook wanneer hij geen identiteitsbewijs bezit dan wel visumplichtig is maar het grondgebied van de lidstaat zonder visum is binnengekomen of er na het verlopen van zijn visum is gebleven".

Zelfs als de betrokkene geen identiteitsbewijs bezit, moet hij zijn identiteit echter kunnen bewijzen. Zonder dat ziet de afdeling Wetgeving niet in hoe de betrokkene zijn bloed- of aanverwantschap zou kunnen bewijzen en aanspraak zou kunnen maken op het recht op een verzoek tot herziening bepaald in artikel 44 ⁽⁷⁾.

Doordat in de ontworpen bijlage 11ter gewag wordt gemaakt van het recht op een verzoek tot herziening voor personen die niet kunnen bewijzen dat ze hetzij onderdaan van een lidstaat zijn, hetzij bloed- of aanverwant van zulk een onderdaan of

⁽⁷⁾ In dat verband wordt verwezen naar de voormelde conclusie van de advocaat-generaal. Deze stelde voor om de prejudiciële vraag die aan het Hof was gesteld, als volgt te beantwoorden : "Op de vierde vraag moet bijgevolg worden geantwoord, dat de artikelen 1 en 9, lid 2, van richtlijn 64/221 aldus moeten worden uitgelegd, dat echtgenoten van burgers van de Gemeenschap met de nationaliteit van een derde land, die geen identiteitsbewijs of visum bezitten of wier identiteitsbewijs of visum verlopen is, zich tot de bevoegde instantie in de zin van artikel 9, lid 1, kunnen wenden wanneer zij om afgifte van een eerste verblijfsvergunning verzoeken of vóór de afgifte ervan van het grondgebied worden verwijderd, wanneer zij aantonen dat zij tot de binnen de werkingssfeer van richtlijn 64/221 vallende groep van personen behoren". Wellicht moet uit de woorden "wanneer hij geen identiteitsbewijs bezit" worden afgeleid dat het Hof het standpunt deelt dat het niet voldoende is dat betrokkene beweert te behoren tot de groep van personen bedoeld in artikel 1 van de richtlijn om aanspraak te kunnen maken op het recht om de herziening te verkrijgen van het besluit tot weigering van een eerste verblijfsvergunning of van een besluit tot verwijdering, maar zulks ook moet bewijzen.

van een Belg zijn, druist het ontwerp bijgevolg in tegen de artikelen 44 en 64 van de wet, aangezien die bepalingen niet in zulk een beroep voorzien. Met name artikel 44, 1°, biedt alleen vreemdelingen bedoeld in artikel 40 van de wet het recht om beroep in te stellen tegen iedere beslissing tot verwijdering van het grondgebied vóór de afgifte van een verblijfsvergunning, wat betekent dat degenen die zulk een verzoek indienen, hun identiteit hebben bewezen en, in het geval van een onderdaan van een derde lidstaat, hun bloed- of aanverwantschap met een Belg of met een onderdaan van een lidstaat met wie hij zich komt vestigen ⁽⁸⁾.

Om ervoor te zorgen dat de wet wordt uitgevoerd overeenkomstig de Europese richtlijnen die deze wet inzonderheid tot doel heeft om te zetten, moeten het ontworpen artikel 43bis en de daarmee verband houdende bijlage 11ter grondig worden herwerkt.

Verscheidene gevallen moeten immers afzonderlijk worden bekeken.

- 1° ten aanzien van iemand die beweert een vreemdeling te zijn als bedoeld in artikel 40 van de wet, maar zijn hoedanigheid van onderdaan van een lidstaat of zijn bloed- of aanverwantschap met zulk een onderdaan of met een Belg niet bewijst, kan wettelijk een beslissing tot weigering van toegang met teruggedrijving worden genomen; zulk een beslissing geeft geen recht op een verzoek tot herziening, maar geeft alleen het recht om een beroep tot nietigverklaring en een vordering tot schorsing in te stellen bij de Raad van State;
- 2° ten aanzien van een vreemdeling die zijn identiteit en zijn hoedanigheid van onderdaan van een lidstaat bewijst, ook al bezit hij geen identiteitskaart of geldig nationaal paspoort, kan slechts een beslissing tot weigering van toegang met teruggedrijving worden genomen om redenen van openbare orde, van openbare veiligheid of van volksgezondheid binnen de perken gesteld in artikel 43 van de wet; betrokkene heeft het recht om om herziening van die beslissing te verzoeken overeenkomstig artikel 44 van de wet, alsook om een beroep tot

⁽⁸⁾ Een persoon die een bloed- of aanverwantschap zou bewijzen tussen een onderdaan x van een lidstaat en een onderdaan y van een derde lidstaat maar die niet zou bewijzen dat hij die y is, zou evenmin het recht op een verzoek tot herziening hebben.

nietigverklaring in te stellen bij de Raad van State; betrokkene kan slechts de schorsing van die beslissing verkrijgen als hij eerst zijn mogelijkheid tot het indienen van een verzoek tot herziening aanwendt ⁽⁹⁾;

- 3° ten aanzien van een vreemdeling die onderdaan is van een derde lidstaat en die het bewijs levert van zijn bloed- of aanverwantschap met een Belg of een onderdaan van een lidstaat met wie hij zich komt vestigen en die zich aanmeldt met de documenten vereist in artikel 41, eerste en tweede lid, kan slechts een beslissing tot weigering van toegang met terugdrijving worden genomen om redenen van openbare orde, van openbare veiligheid of van volksgezondheid binnen de perken gesteld in artikel 43 van de wet; tegen die beslissing kan hij dezelfde beroepen instellen als die vermeld onder punt 2°;
- 4° ten aanzien van een vreemdeling die zich aanmeldt zonder de documenten vereist in artikel 41, eerste en tweede lid, maar die het bewijs kan leveren van zijn bloed- of aanverwantschap met een Belg of een onderdaan van een lidstaat met wie hij zich komt vestigen - wat veronderstelt dat hij zijn identiteit kan bewijzen - kan evenmin een beslissing tot weigering van toegang met terugdrijving worden genomen, behalve om redenen van openbare orde, van openbare veiligheid of van volksgezondheid; zulk een beslissing zou immers indruisen tegen het evenredigheidsbeginsel; als een visum wordt vereist, kan hij echter aan de grens worden opgehouden gedurende de tijd, die zo kort mogelijk moet zijn, die nodig is om dat visum te verkrijgen; tegen een beslissing tot weigering van toegang met terugdrijving kan hij dezelfde beroepen instellen als die vermeld onder punt 2°.

Artikel 3

Het zou beter zijn de woorden "een kopie van de lijst ..." te vervangen door de woorden "een lijst van de personen die de belangen van vreemdelingen behartigen en die lid zijn van de commissie van advies voor vreemdelingen".

⁽⁹⁾ R.v.St., arrest nr. 79.313 inzake SORIANO CUBAS van 17 maart 1999.

Artikel 4

Artikel 35 van de voormelde wet bepaalt :

"De verschijnende vreemdeling mag zich laten bijstaan of laten vertegenwoordigen door een advocaat van zijn keuze of, indien hij niet over de middelen beschikt om een verdediger te betalen, door een advocaat aangewezen door het Bureau voor consultatie en verdediging".

Onderdeel 2° behoort dus als volgt te worden gesteld :

"2° in voorkomend geval, de naam van de advocaat door wie hij wenst te worden bijgestaan of vertegenwoordigd of, indien hij niet over de middelen beschikt om een verdediger te betalen, zijn wens om te worden bijgestaan of vertegenwoordigd door een advocaat aangewezen door het Bureau voor consultatie en verdediging".

Paragraaf 2, eerste lid, is dubbelzinnig. Het zou beter zijn te schrijven :

"Het verzoek tot herziening wordt gericht aan de minister. Wanneer dat verzoek bij een ter post aangetekende brief wordt verzonden, geldt de datum van die aangetekende brief als bewijs".

In het tweede lid moet het volledige opschrift van het koninklijk besluit van 2 augustus 2002 worden vermeld. Deze opmerking geldt ook voor artikel 10.

Artikelen 6 en 7

Het zou logischer zijn de volgorde van deze twee bepalingen om te keren.

In artikel 7 (dat artikel 6 wordt) moeten de woorden "van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen" worden vervangen door de woorden "van hetzelfde besluit".

Artikel 11

Het zou beter zijn in het eerste lid, dat paragraaf 1 wordt, van artikel 9 van het koninklijk besluit van 28 juli 1981 betreffende de Commissie van advies voor vreemdelingen uitdrukkelijk te bepalen wanneer de termijn ingaat.

Vormopmerkingen over de Nederlandse versie van het ontwerp

De Nederlandse tekst van het ontwerp is vatbaar voor verbetering. Voor de redactie van de inleidende zinnen wordt verwezen naar de Handleiding Wetgevingstechniek, Aanbevelingen en Formules ⁽¹⁰⁾. Voorts worden hierna enkele tekstvoorstellen gedaan :

Artikel 1

In het ontworpen artikel 43bis schrijve men onder voorbehoud van de inhoudelijke opmerkingen "... van de wet gestelde voorwaarden niet vervullen om het recht op binnenkomst in het Rijk te genieten, wordt hen een beslissing van weigering van toegang met teruggedrijving ter kennis gebracht door de afgifte van een document overeenkomstig het model in bijlage 11ter".

Artikel 2

In het ontworpen opschrift schrijve men "Kennisgeving" in plaats van "Betekening".

⁽¹⁰⁾ Wetgevingstechniek - Aanbevelingen en Formules
(<http://www.raadvst-consetat.be>).

Artikel 3

In de ontworpen titel III, hoofdstuk I, nieuw, schrijve men "kennisgeving" in plaats van "betekening" en "ontvangstbericht" in plaats van "ontvangstmelding".

Artikel 4

In het ontworpen artikel 111 schrijve men "vermeldingen" in plaats van "aanduidingen", "gelegen in" in plaats van "gesitueerd in" en "ontvangstbericht" in plaats van "ontvangstmelding". De twee laatste tekstvoorstellen gelden ook voor de artikelen 9 en 10.

Artikel 5

In het ontworpen artikel 113 schrijve men "in opdracht van" in plaats van "op onderrichting van".

Artikel 8

In het ontworpen artikel 3 schrijve men "gelegen in" in plaats van "gesitueerd in" en "met toepassing van" in plaats van "in toepassing van".

Artikel 9

In het ontworpen artikel 5 schrijve men "bedoeld in" in plaats van "voorzien in".

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Madame M.-L. WILLOT-THOMAS,
Mevrouw

président de chambre,
kamervoorzitter,

Messieurs P. LIÉNARDY,
de Heren P. VANDERNOOT,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

Madame C. GIGOT,
Mevrouw

greffier,
griffier.

Le rapport a été présenté par M. L. DETROUX, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée par M. M. JOASSART, auditeur adjoint.

Het verslag werd uitgebracht door de H. L. DETROUX, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld door de H. M. JOASSART, adjunct-auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. P. LIÉNARDY.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. LIÉNARDY.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER,

C. GIGOT

M.-L. WILLOT-THOMAS