

Arrest

nr. 81 155 van 14 mei 2012
in de zaak RvV X / II

In zake: X

Gekozen woonplaats: X

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding.

DE WND. VOORZITTER VAN DE IIde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X en X, die verklaren van Chinese nationaliteit te zijn, op 8 februari 2012 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissingen van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding van 6 januari 2012 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten (bijlagen 20).

Gezien titel Ibis, hoofdstuk 2, afdeling IV, onderafdeling 2, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

Gezien de beschikking tot vaststelling van het rolrecht van 13 februari 2012 met refertenummer X.

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 10 april 2012, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 7 mei 2012.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken G. DE BOECK.

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. LAMBERT, die loco advocaat L. MA verschijnt voor de verzoekende partijen en van advocaat S. DE VRIEZE, die loco advocaat E. MATTERNE verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1. Verzoekende partijen dienden op 9 augustus 2011, in functie van hun meerderjarige Belgische schoondochter, een aanvraag in tot afgifte van de verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie.

1.2. De gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding nam op 6 januari 2011 de beslissingen tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten. Deze beslissingen, die verzoekende partijen op 25 januari 2012 ter kennis gebracht werden, zijn gemotiveerd als volgt:

“In uitvoering van artikel 52, §4 vijfde lid van het Koninklijk Besluit van 08.10.1981 betreffende de toegang tot het grondgebied het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen wordt de verblijfskaart van een familielid van een burger van de Europese Unie aangevraagd op 09.08.2011 door:

[...]

geweigerd om de volgende reden:

Daar betrokkene een aanvraag gezinshereniging ingediend heeft op 09.08.2011 in de hoedanigheid van ‘ascendent ten laste’ van een Belgische onderdaan, kan betrokkene zich niet beroepen op de bepalingen voorzien in artikel 40ter van de wet van 15.12.1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, gewijzigd door de wet van 08 juli 2011.

De ascendent van een meerderjarige Belg kan niet genieten van het recht op gezinshereniging.

Aan betrokkene wordt het bevel gegeven om het grondgebied van het Rijk te verlaten binnen 30 dagen.”

Dit zijn de bestreden beslissingen.

2. Onderzoek van het beroep

2.1.1. Verzoekende partijen voeren in een eerste middel de schending aan van het rechtszekerheidsbeginsel, van het beginsel van de niet-retroactiviteit van de wet en van het principe van “de voorzienigheid van het recht”.

Zij verschaffen volgende toelichting:

“De aanvraag tot gezinshereniging werd in overeenstemming met de procedure voor gezinshereniging, voorzien door de wet van 15.12.1980, zoals gewijzigd bij de wet van 15.09.2006, betreffende de toegang, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (de “oude wet”) neergelegd via Berchem op 09.08.2011.

Aangezien de bestreden beslissing zich baseert op het artikel 40ter van de nieuwe wet van 08.07.2011, die de wet van 15.12.1980 wijzigt, en die gepubliceerd werd in het Belgisch Staatsblad op 12.09.2011 en in werking is getreden op 22.09.2011 (de “nieuwe wet”), is deze in strijd met het beginsel van de rechtszekerheid, van de niet-retroactiviteit van de wet en het vertrouwensbeginsel, zoals erkend door het internationaal recht, het Europees recht en het positief recht in België.

Met betrekking tot het internationaal recht moet vooreerst worden opgemerkt dat de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens sinds het arrest Marckx v. België richtlijnen inhoudt met betrekking tot het beginsel van rechtszekerheid en van de niet-retroactiviteit van de wet (EHRM, arrest Markx tegen België, 13.06.1979. Serie A, n° 31, JT, 1979, 513).

In het kader van bovenvermelde zaak vermeldt het EHRM voor het eerst het concept van de rechtszekerheid na te hebben verwezen naar een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie: “Het beginsel van rechtszekerheid, noodzakelijkerwijs inherent aan het recht van het Verdrag alsmede aan het Gemeenschapsrecht, laat de Belgische Staat niet toe om rechtshandelingen of juridische situaties die dateren van voor de uitspraak van huidig arrest terug in vraag te stellen.”

Na een verband tot stand te hebben gebracht van het beginsel van de niet-retroactiviteit van de wet met het beginsel van de rechtszekerheid werd het laatstgenoemde beginsel veelvuldig toegepast gedurende de hele rechtspraak (bijvoorbeeld EHRM arrest Brumarescu tegen Roemenië, 28.10.1999);

Evenzeer werd het vertrouwensbeginsel erkend doorheen verschillende arresten (bijvoorbeeld EHRM, arrest Conka tegen België, 05.02.2002; arrest Pine Valley Development Ltd ea tegen Ierland, 29.11.1991 arrest National and Provincial Building Societies ea tegen het Verenigd Koninkrijk, 1997; arrest Waite en Kennedy tegen Duitsland, 1999).

Op Gemeenschapsvlak is de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie verder ontwikkeld op dat gebied en verheft het het rechtszekerheidsprincipe in de rang van algemeen Europees rechtsbeginsel.

Sterker nog, het Hof van Justitie ziet het beginsel van de rechtszekerheid als een 'algemeen principe dat inherent is aan de rechtsorde van de Gemeenschap', waarvan de schending waarschijnlijk leidt tot de buitencontractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap (L., IDOT, "L'insécurité dans le droit communautaire". *Entretiens de Nanterre*. 16-17.03.1990, JCP, Entr., 24.11.1990, supplément 6, p. 33).

Aan een dergelijk beginsel worden de eisen gelinkt van duidelijkheid en voorzienigheid van de wettelijke regels: het Hof van Justitie accentueert dat het "beginsel van de rechtszekerheid" impliceert dat "het Gemeenschapsrecht" "duidelijk en voorzienig is voor de rechtsonderhorigen" (C.J.C.E., 12.11.1981. *Salumi*, aff. 212-217/80, Rec. 2735).

Aan het beginsel van de rechtszekerheid ontleent het Hof nog een ander principe, dat van de niet-retroactiviteit van de wet (C.J.C.E., 25.01.1979, *Racke*. aff. 98/78, Rec. 69).

In dit verband is het van belang op te werpen dat "het beginsel van de rechtszekerheid ingaat tegen het feit dat de toepassing in de tijd van een Gemeenschapsmaatregel diens uitgangspunt zou hebben op een datum voorafgaand aan de publicatie" (C.J.C.E., 25.01.1979, *Racke*, aff. 97/78, Rec., 69; C.J.C.E., 09.01.1990, *Società agricola faletoria alimentare*, 10.07.1984, *Kent Kirk*, 63/83, Rec. 2689).

In overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Straatsburg is het Hof van Justitie ook van mening dat er "een intern afleidingsverband" bestaat tussen het beginsel van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel (C.J.C.E., 04.07.1973, *Westzucker*, aff. 1/73. Rec. 723).

Opgemerkt moet worden dat het vertrouwensbeginsel het karakter heeft van algemeen beginsel van het Gemeenschapsrecht (C.J.C.E., 12.10.1978. *Belbouab*, aff. 10/78, Rec. 1915) omwille van het feit dat diens naleving kan worden geïnterpreteerd als "de reactie van de rechter die het, op zich regelmatige, gebruik sanctioneert welke de maker van de bekritiseerde wettelijke norm maakt van diens bevoegdheden, onder omstandigheden die echter het vertrouwen verrassen welke de bestemmelingen van de norm in kwestie legitiem konden hebben in het feit dat de staat van het recht niet zou worden gewijzigd zonder een voorlopige maatregel" (F. HUBEAU, *Le principe de protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la CJCE*, CDE, 1983, p. 144).

Zodoende duidt het vertrouwensbeginsel op een bepaalde opvatting van evenwicht, welke nodig is in een rechtsstaat, tussen rechtszekerheid en wettelijkheid.

Uit de aangehaalde jurisprudentiële richtlijnen volgt dat het internationale en het Europese recht fundamentele aandacht besteden aan het evenwicht, welke nodig is in een rechtsstaat, tussen rechtszekerheid en wettelijkheid.

Inderdaad, een rechtsstaat impliceert dat de wettelijkheid zich onderwerpt aan de eisen van kwaliteit en van voorzienigheid van de wetsregel en het is dus niet verwonderlijk dat de beginselen van niet-retroactiviteit, van duidelijkheid en van voorzienigheid, van bescherming van het vertrouwen van de rechtsonderhorigen. en het beginsel van de verworven rechten, afgeleid zijn als inherente onderdelen van het algemene beginsel van de rechtszekerheid (E. CARPANO, *Etat de droit et droits européens*, L'Harmattan, 2005, p.344-345; R-E PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et consécration*, Bruxelles/Athènes. Bruylant/Sakkoulas, 1996, p. 198).

Daarnaast moet worden opgemerkt dat het artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek uitdrukkelijk gewijd is aan het beginsel van de niet-retroactiviteit van de wet. Dit artikel stelt dat "de wet alleen beschikt voor het toekomstige: zij heeft geen terugwerkende kracht."

Het beginsel welke hieruit voort komt is dat een wet alleen geldt voor de toekomst en geen terugwerkende kracht heeft. Deze bepaling werd gebruikt als zekerheid voor de burger en werd gegeven in 1804 met de uitvaardiging van het Burgerlijk Wetboek als reactie op zekere mistoestanden die zich vooral tijdens de Franse Revolutie hadden voorgedaan (De Page, *Traité de droit civil*, 2e éd., T.I., n°227).

Deze regel wordt bovendien toegepast door het Hof van Cassatie die het beginsel van de niet-retroactiviteit van de wetten als volgt interpreteert: “een nieuwe regelgeving geldt niet alleen voor situaties die ontstaan vanaf diens inwerkingtreding, maar ook voor de toekomstige gevolgen van situaties die ontstaan zijn onder het regime van de nieuwe regelgeving, op voorwaarde dat deze toepassing de rechten niet aantast die al onherroepelijk zijn vastgesteld” (Cass., 08.03.2010, n°C.08.0550.F/1 op www.cass.be; Cass., 24.01.2005, Pas., 2005, I, 196, en réf. Cit. sub note (1); CARRE, « Les dispositions transitoires de la loi du 27 avril 2007 relatives aux anciennes causes de divorce », Act.dr.fam., 2008, 25, en réf.cit.sub note (1)).

Opgemerkt moet worden dat, bij het ontbreken van overgangsbepalingen voorzien in de wettekst, in het algemeen wordt aanvaard dat de keuze wordt gemaakt tussen het beginsel van de niet-retroactiviteit van de nieuwe wet en het beginsel van de dadelijke toepasselijkheid van de nieuwe wet, door een onderscheid te maken tussen enerzijds de definitief verworven juridische situaties en anderzijds de toekomstige gevolgen van de juridische feiten, voorafgaand aan de inwerkingtreding van de wet (J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, 1997, 262, n°354-357).

Met andere woorden, tenzij uitdrukkelijk anders gewild door de wetgever, is de nieuwe wet van toepassing op de toekomstige gevolgen van situaties die zijn ontstaan voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet, onder de enige uitzondering van de rechten die reeds voordien onherroepelijk vastgesteld zijn.

Echter, hoewel de wetgever de mogelijkheid heeft om hiervan af te wijken, oefent het Grondwettelijk Hof in dit opzicht een controle uit door het beginsel van de rechtszekerheid te hebben verheven tot de rang van rechtsbeginsel, welke in combinatie met het grondwettelijk beginsel van gelijkheid het het Grondwettelijk Hof mogelijk maakt om de wetten met terugwerkende kracht te censureren. Volgens het Hof is “de niet-terugwerkende kracht van de wetten een waarborg ter voorkoming van de rechtsonzekerheid. Deze garantie vereist dat de inhoud van het recht voorzienig en toegankelijk is, zodat iedereen, in een redelijke mate, de gevolgen kan voorzien van een bepaalde daad op het moment dat deze handeling is verricht” (C.A.. arrest n°77/2005 van 07.12.2005, punt B.12.2).

En nog, het Hof oordeelt dat “de terugwerkende kracht van wetsbepalingen, die waarschijnlijk rechtsonzekerheid doet ontstaan, kan enkel worden gerechtvaardigd door bijzondere omstandigheden, namelijk als de terugwerkende kracht nodig is voor de goede werking of voor de continuïteit van de openbare dienst. Als echter blijkt dat de terugwerkende kracht van de wettelijke norm als gevolg heeft dat de uitkomst van een of meer gerechtelijke procedures wordt beïnvloed in een bepaalde richting, of dat de rechtbanken verhinderd worden om zich uit te spreken, dan vereist de aard van het principe in kwestie dat er uitzonderlijke omstandigheden deze tussenkomst van de wetgever rechtvaardigen, die, ten nadele van een categorie van burgers, indruist tegen de jurisdictionele garanties, aangeboden aan allen” (C.A., arrest n°40/2003 van 09.04.2003, punt B.7.1).

Bovendien erkent de rechtspraak van de Raad van State sinds altijd het beginsel van de niet-retroactiviteit van de wetten en staat enkel een uitzondering op dit beginsel toe in omstandigheden die gerechtvaardigd zijn door het algemeen belang (zie bijvoorbeeld C.E., arrest van 22.01.2007 n° 166.981, www.raadvst-consetat.be).

Daarom is het goed dat de verzoeker die een rechtshandeling stelt in overeenstemming met de bestaande wet niet kan worden gestraft voor het niet naleven van een regel die dan nog niet was geformuleerd (C.E., arrest van 20.01.2006 n° 154.027. www.raadvst-constat.be).

In casu, bij gebrek aan mogelijkheid om te verwijzen naar een overgangsregime welke noch in de wet van 08.07.2011 noch in de voorbereidende werkzaamheden is terug te vinden, moet er worden nagegaan of enerzijds, een juridische situatie definitief en wettelijk is verworven geworden onder de oude wet en of de toepassing van de nieuwe wet een schending van de genoemde beginselen met zich meebrengt, en, anderzijds, of, ongeacht het naleven van deze beginselen, de nieuwe wet toch van toepassing zou zijn op de situatie van verzoekers op basis van argumenten van algemeen belang of van openbare orde.

Met betrekking tot het bestaan van rechten die onherroepelijk vaststaan, is het zeker dat het recht op gezinshereniging, verworven onder het regime van de oude wet, niet kan worden in vraag gesteld omwille van de bepalingen van de nieuwe wet.

Inderdaad, de aanvraag tot gezinshereniging van verzoekers werd op 09.08.2011 via Berchem ingediend. Derhalve moet worden vastgesteld dat, voorafgaand aan 22.09.2011, datum waarop de bepalingen van de nieuwe wet van kracht werden, verzoekers er zich redelijkerwijs konden aan verwachten dat de procedure gezinshereniging zou verlopen volgens het regime voorzien door de oude wet. Een tegenovergestelde redenering zou van aard zijn in te gaan tegen het beginsel van de rechtszekerheid, het vertrouwensbeginsel, van de niet-retroactiviteit van de wet, van de verworven rechten en van de vereiste van voorzienigheid van de rechtsregel.

Bovendien, bij het lezen van de voorbereidende werkzaamheden van de nieuwe wet lijken er geen overgangsregelingen te zijn voorzien die de gevolgen regelen die zijn ontstaan onder het regime van de oude wet, noch lijken er bepalingen te zijn voorzien waarbij er op grond van het algemeen belang en de openbare orde op legitieme en proportionele wijze wordt gerechtvaardigd dat een regel zoals het artikel 40ter van de nieuwe wet moet worden toegepast met terugwerkende kracht.”

2.1.2. Verwerende partij repliceert dat de door verzoekende partijen ontwikkelde argumentatie gericht is tegen de wet van 8 juli 2011 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen wat betreft de voorwaarden tot gezinshereniging (hierna: de wet van 8 juli 2011) en dat een dergelijke vordering niet op ontvankelijke wijze kan worden ingesteld bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad). Zij stelt dat het gegeven dat de wetgever ervoor geopteerd heeft de wet van 8 juli 2011 direct in werking te laten treden, zonder in overgangsmaatregelen te voorzien, een beleidskeuze is die niet voor betwisting vatbaar is en niet mag verward worden met een retroactieve inwerkingtreding. Zij wijst er ook op dat er in casu geen sprake was van een onherroepelijk vastgesteld recht op gezinshereniging of een definitief geworden toestand op het ogenblik van de inwerkingtreding van de wet van 8 juli 2011.

2.1.3.1. De Raad kan slechts vaststellen dat in zoverre verzoekende partijen kritiek leveren op de wet en niet op de motieven van de bestreden beslissingen de Raad deze kritiek niet in aanmerking kan nemen en het middel onontvankelijk is (cf. RvS 23 februari 2000, nr. 85.592; RvS 9 oktober 2002, nr. 111.146; RvS 24 oktober 2011, nr. 215.954; RvS 21 november 2011, nr. 216.359).

2.1.3.2. Daarnaast moet geduid worden dat het gegeven dat verzoekende partijen een aanvraag indienden tot afgifte van de verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie voor de inwerkingtreding van de wet van 8 juli 2011 niet impliceert dat zij op dat ogenblik over een recht op verblijf van meer dan drie maanden beschikten. Een dergelijk recht op verblijf bestaat slechts indien door de bevoegde minister c.q. staatssecretaris of zijn gemachtigde werd vastgesteld dat de voorwaarden hiertoe vervuld zijn. Aangezien vooraleer verwerende partij de aanvraag van verzoekende partijen kon beoordelen de wetgever het recht op gezinshereniging voor ascendenten ten laste van een meerderjarig Belgisch onderdaan afschafte werd nooit vastgesteld dat verzoekende partijen een verblijfsrecht van meer dan drie maanden in het Rijk genoten en is er geen sprake van een “*recht op gezinshereniging, verworven onder het regime van de oude wet*”. Tevens moet worden gesteld dat het feit dat de wet van 8 juli 2011 op 22 september 2011 in werking trad en vanaf dat ogenblik onmiddellijk toepasbaar was, zowel op de hangende als op de nieuwe verblijfsaanvragen, niet leidt tot de conclusie dat deze wet een retroactieve werking heeft. Hierbij moet worden toegelicht dat een nieuwe wet in regel niet enkel van toepassing is op de toestanden die na haar inwerkingtreding ontstaan, maar ook op de toekomstige gevolgen van een onder de vroegere wet ontstane toestand, die zich voordoen of die voortduren onder de gelding van de nieuwe wet (RvS 11 oktober 2011, nr. 215.708) voor zover die toepassing geen afbreuk doet aan reeds onherroepelijk vastgestelde rechten, quod non in casu (Cass. 18 maart 2011, AR C100015N).

2.1.3.3. Verzoekende partijen kunnen ook niet gevolgd worden in hun bewering dat de bestreden beslissingen genomen zijn in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel doordat verwerende partij de wetgeving zoals deze van toepassing was op het ogenblik dat zij oordeelde over de aanvragen van verzoekende partijen toepaste. Het rechtszekerheidsbeginsel zou daarentegen in het gedrang komen indien verwerende partij zich niet zou houden aan de van toepassing zijnde wetgeving.

2.1.3.4. Aangezien verzoekende partijen niet voor de inwerkingtreding van de wet van 8 juli 2011 alle bewijsstukken aanbrachten die toelieten te besluiten dat zij voldeden aan de voorwaarden die door de wetgever gesteld werden onder het regime van de voorheen geldende verblijfswetgeving – een aantal stavingsstukken werden pas op 11 oktober 2011 aan verwerende partij overgemaakt – kunnen zij ook niet voorhouden dat zij mochten verwachten dat hun aanvraag nog zou ingewilligd worden op basis van de vroegere geldende wetgeving.

2.1.3.5. Louter ten overvloede moet voorts worden aangegeven dat verzoekende partijen ook niet aantonen welk belang zij hebben bij hun standpunt dat hun aanvraag om tot een verblijf van meer dan drie maanden toegelaten te worden – rekening houdende met de aangehaalde bepalingen en beginselen – diende behandeld te worden overeenkomstig de reglementering die van toepassing was op het ogenblik dat zij deze aanvraag indienden. Zij maken immers niet aannemelijk dat zij het bewijs aanbrachten dat zij voldeden aan al de vereisten die in de artikelen 40bis iuncto 40ter 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), zoals van toepassing tot 22 september 2011, werden gesteld om tot een verblijf te worden toegelaten. Verzoekende partijen verklaren weliswaar dat zij ten laste zijn van hun Belgische schoondochter, doch hun standpunt vindt geen steun in enig stuk en het gegeven dat hun schoondochter beschikt over een ziektekostenverzekering volstaat niet om te besluiten dat deze ziektekostenverzekering ook betrekking heeft op verzoekende partijen (voorwaarde die gesteld werd door artikel 40ter van de Vreemdelingenwet, zoals deze gold voor 22 september 2011). Hun stelling, in hun feitenrelaas, dat zij *“inmiddels bij een Belgische mutualiteit aangesloten zijn”*, blijft ongestaafd en vindt ook geen steun in de stukken van het administratief dossier. Er blijkt derhalve niet dat een behandeling van hun aanvragen, overeenkomstig de regelgeving die van toepassing was voor 22 september 2011, aanleiding kon geven tot de inwilliging ervan.

Het eerste middel is, in de mate dat het ontvankelijk is, ongegrond.

2.2.1. In een tweede middel voeren verzoekende partijen de schending aan van het beginsel van de gelijkheid en van de non-discriminatie op grond van nationaliteit, zoals vervat in artikel 14 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955 (hierna: het EVRM), in artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, opgemaakt te New York op 19 december 1966, goedgekeurd bij wet van 15 mei 1981 (hierna: het BuPo-Verdrag), in artikel 6, derde lid van het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: het VEU), in artikel 18 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU) en in de artikelen 10, 11 en 191 van de Grondwet.

Hun betoog luidt als volgt:

“Zelfs al zou de nieuwe wet van toepassing zijn op de situatie van verzoekers, QUOD NON, elke weigering[s]beslissing van een verblijfsvergunning moet zijn gebaseerd op een bepaling welke alle aspecten van de legaliteit toont.

Het artikel 40ter van de nieuwe wet, welke stelt dat de meerderjarige Belg geen recht heeft op gezinshereniging met zijn ouders die onderdanen zijn van een derdeland welke niet behoort tot de Europese Unie, is geenszins in overeenstemming met het beginsel van de gelijkheid en van de non-discriminatie op grond van de nationaliteit, voorgeschreven door het internationaal recht, het Europees en het Belgisch recht.

In het internationaal recht bestaan twee bepalingen die hoekstenen zijn van de bovenvermelde beginselen: het artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 1950 (hierna EVRM) en het artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten van 1966 (hierna IVBPR).

Artikel 14 van het EVRM bepaalt: Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.” (Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zoals gewijzigd bij Protocol nr. 11 en nr. 14, Rome, 4.XI.1950).

Deze bepaling wordt aangevuld door het artikel 26 van het IVBPR dat bepaalt dat “Allen zijn gelijk voor de wet en hebben zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet. In dit verband verbiedt de wet discriminatie van welke aard ook en garandeert een ieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie op welke grond ook, zoals ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status” (‘Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten aangenomen door de Verenigde Naties’ Algemene Vergadering van 16.12.1966, www2.ohchr.org).

Met betrekking tot het criterium van de nationaliteit, is het Hof van Straatsburg van oordeel dat slechts zeer zwaarwichtige overwegingen verschillen kunnen rechtvaardigen in behandeling die hierop zouden kunnen zijn gebaseerd (zie bijvoorbeeld Cr.E.D.H., arrest Gaygusuz c. Autriche, §39 van 16.09.1996, Rec., 1996-IV).

Bovendien, het beginsel van de gelijkheid en dat van de non-discriminatie op grond van de nationaliteit vinden hun grondslag in het Europese recht: in het artikel 18 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna Werkingsverdrag) en in het artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna EU-Verdrag). Inderdaad, het artikel 18 van het Werkingsverdrag bepaalt dat Binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen, daarin gesteld, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden.”(Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie dd. 09.05.2008, J.O., C-115/56).

Het artikel 6 van het EU-Verdrag bepaalt op diens beurt dat "De Unie erkent de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000, als aangepast op 12 december 2007 te Straatsburg, dat dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft. "(Verdrag betreffende de Europese Unie dd. 09.05.2008. J.O., C 115/19).

Bij deze wetgeving voegen zich belangrijke jurisprudentiële richtlijnen van het Hof van Justitie van de Europese Unie die aanzienlijk de taak van de EU-instellingen, alsook deze van haar lidstaten verlichten wanneer zij optreden binnen de werkingssfeer van het Gemeenschapsrecht.

Zo heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat "(...) een EU-bepaling zou als zodanig de fundamentele rechten niet kunnen respecteren wanneer zij aan de lidstaten oplegde of expliciet of impliciet aan hen toeliet de nationale wetgeving die deze rechten niet respecteert aan te nemen of te behouden" (C.J.C.E., arrest van 27.06.2006, Europees Parlement tegen Raad, C-540/03, Rec. 2006, I-05769).

Meer recent heeft het Hof ook verduidelijkt dat "(...) de speelruimte toegekend aan de lidstaten mag door hen niet worden gebruikt op een manier waarop aan de doelstelling van de Richtlijn, zijnde het bevorderen van de gezinshereniging, afbreuk zou worden gedaan" (C.J.U.E., zaak Chakroun d.d. 04.03.2010, C-570/08, Rec. 2010, I-01839).

Het blijkt uit deze rechtspraak en uit de toepassing die ervan is gemaakt door de internationale en Europese organen dat het beginsel van de non-discriminatie op grond van de nationaliteit kan worden beschouwd als een Europees algemeen rechtsbeginsel.

Bijgevolg, de toepassing ervan in het kader van het Gemeenschapsrecht houdt in dat de verschillen in behandeling op grond van de nationaliteit - zoals in casu tussen de nationale en de Europese burgers of tussen de nationale burgers en de onderdanen van derdelanden die geen deel uitmaken van de EU, onderworpen zijn aan een test in het kader van het legitiem doel en van het evenredigheidsbeginsel.

Echter, en met name in het kader van de secundaire toepassing van bepaalde rechtsregels, oordeelde het Hof van Justitie dat "Bijgevolg, het eventuele verschil in behandeling tussen deze EU-burgers en degenen die gebruik hebben gemaakt van hun vrijheid van verkeer, met betrekking tot de toegang en het verblijf van leden van hun familie, ligt niet binnen de werkingssfeer van het Gemeenschapsrecht", en er wordt nog aan toegevoegd dat "Door te bepalen dat de familieleden van de EU-burger hem kunnen vervoegen in de gast-lidstaat, heeft de wetgever van de Gemeenschap integendeel de mogelijkheid aanvaard dat de EU burger enkel een familie vormt na de uitoefening van zijn recht op vrij verkeer" (C.J.U.E.. zaak C-127/08, Blaise Baheten Metock e.a. v. Minister for Justice, Equality and Law Reform (Ierland)).

Dit betekent dat het Europees recht mag voorzien dat in bepaalde omstandigheden een appreciatieruimte wordt gelaten aan de lidstaat en het is dan aan de nationale instanties om te beoordelen of het beginsel van de gelijkheid en dat van de non-discriminatie op grond van de nationaliteit nageleefd zijn geworden, rekening houdend met de internationale interpretatie, de Europese en deze van het positief recht, in deze materie.

Met betrekking tot de Belgische wetgeving, is het duidelijk dat de artikels 10, 11 en 191 van de Grondwet toelaten een ruime interpretatie te waarborgen van de begrippen "gelijkheid" en "non-discriminatie".

In dit verband bepaalt het artikel 10 van de Belgische Grondwet dat "De Belgen zijn gelijk voor de wet" en het artikel 11 van de Belgische Grondwet dat "Het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend moet zonder discriminatie verzekerd worden." (De Grondwet van 17.02.1994, MB, 02/17/1994).

De reikwijdte van deze principes werd als volgt gedefinieerd door het Grondwettelijk Hof: "De constitutionele regels van de gelijkheid van de Belgen voor de wet en van de non-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën mensen komt vast te staan, op voorwaarde dat het criterium van de differentiatie onderworpen is aan objectieve en redelijke rechtvaardigingen."

In dezelfde lijn, "het beginsel van de gelijkheid wordt geschonden wanneer er komt vast te staan dat er geen redelijke verhouding van proportionaliteit bestaat tussen de ingezette middelen en het nagestreefde doel" (C.A., n°4/92, 23.01.1992, M.B., 11.03.1992). Dit concept in grote mate geïnspireerd op de rechtspraak van het Hof van Cassatie en van de Raad van State (M. PAQUES. «Egalité et non-discrimination, Urbanisme et environnement », Amén., 1996, speciaal nummer, 1996, p. 259).

Anderzijds bepaalt het artikel 191 van de Belgische Grondwet dat "Iedere vreemdeling die zich op het grondgebied van België bevindt, geniet de bescherming verleend aan personen en aan goederen, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen."

Zo heeft het Grondwettelijk Hof de eerbiediging verzekerd van het beginsel van de gelijkheid en van dat van de non-discriminatie tussen Belgen op grond van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet alsmede tussen Belgen en vreemdelingen op grond van het artikel 191 van de Grondwet (zie bijvoorbeeld C.A.. 61/94. 14.07.1994. J.L.M. B.. 1995. pp. 1411 e.v.. noot D. Renders, « La Cour d'arbitrage et l'article 191 de la Constitution ». Rev.dr.étr., 1994, pp. 548 e.v., noot J.Y. CARLIER en D. VANHEULE, (« Les limites de l'égalité ; arrest n°61/94 van het Arbitragehof dd. 14.07.1994 »; T. Vreemd, pp. 188 e.v. en noot M. VAN DE PUTTE, «Herfsnoot bij een zomers arrest »).

In het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet is het zeker dat de toepassing van het artikel 40ter van de nieuwe wet tot gevolg heeft dat er een discriminatie wordt gecreëerd, aan de ene kant tussen twee groepen van Belgen, en aan de andere kant tussen de Belg en de vreemdeling die in België een verblijfsvergunning heeft verkregen.

Vooreerst, de toepassing van het artikel 40ter van de nieuwe wet heeft tot gevolg dat er een ongerechtvaardigd verschil in behandeling wordt gecreëerd tussen de Belg die in België blijft en de vreemdeling die in België een verblijfsvergunning heeft verkregen.

Inderdaad, de vreemdeling die een geldige verblijfsvergunning in België heeft kan genieten van een gunstigere regeling, vastgesteld door de Richtlijn 2003/86/EG van 22.09.2003 inzake het recht op gezinshereniging (J.O., n°L 251 van 03/10/2003 p. 0012 -0018).

De persoonlijke werkingssfeer van de Richtlijn is zeer breed, aangezien er niet alleen het kerngezin van degene wie wordt vervoegd in aanmerking wordt genomen, maar ook omdat er aan de lidstaten wordt toegelaten om de gezinshereniging ook toe te staan voor diens ouders (artikel 4, § 2, van Richtlijn 2003/86/EG). Meer dan de helft van de lidstaten is dit regime gevolgd, waaronder België.

Maar, dit regime is enkel van toepassing wanneer degene wie wordt vervoegd en het familielid alle onderdanen van derde landen, waardoor de leden van de familie van de EU burgers uitgesloten zijn van het toepassingsgebied.

Ten tweede, het artikel in kwestie heeft als gevolg dat er een ongerechtvaardigd verschil in behandeling wordt gecreëerd tussen de Belg die "beweegt" binnen de Europese Unie en de Belg die in België "blijft" en die nooit gebruik heeft gemaakt van zijn recht tot vrij verkeer binnen de Unie.

Inderdaad de familieleden van de "niet-bewegende" EU-burgers kunnen geen beroep doen op de regeling van de Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 29.04.2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden (J.O. L 158 van 30.04.2004, p. 77-123).

Deze Richtlijn bepaalt in het artikel 2, 2) dat worden aanzien als een familielid van degene wie wordt vervoegd “d) de rechtstreekse bloedverwanten in opgaande lijn, alsmede die van de echtgenoot of partner als bedoeld onder b), die te hunnen laste zijn”. Op deze manier laat deze richtlijn de gezinshereniging toe voor de ouders die ten laste zijn van degene wie wordt vervoegd.

Echter, de Richtlijn 2004/38/EG is alleen van toepassing op de EU-burger “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” (artikel 3, § 1. van de Richtlijn 2004/38/EG).

In het kader van het artikel 40ter van de nieuwe wet en in samenlezing niet de Europese wetgeving, zullen het enkel de Belgen zijn die “bewegen” of de vreemdelingen die beschikken over een geldige verblijfsvergunning in België, die zullen kunnen genieten van een gezinshereniging met hun vreemdeling-ouders door het effect van de toepassing van de EU-wetgeving, terwijl de tweede groep van Belgen, die niet “beweegt” binnen de EU, en dus niet gedekt is door het Europese regime, niet langer zal kunnen genieten van een dergelijk recht, welke ook uitgesloten wordt door het nationale regime.

Dus, hoewel het artikel 40ter op zich geen rechtstreekse discriminatie op grond van de nationaliteit creëert, het veroorzaakt toch een ongerechtvaardigd verschil in behandeling door de directe toepassing van de EU-wetgeving in de lidstaten.

In de mate dat het verschil in behandeling enkel gerechtvaardigd zou kunnen worden wanneer het verschil een redelijk en proportioneel middel uitmaakt, gebruikt om een legitiem doel te bereiken, dan is het nodig om na te gaan of dit hier in deze zaak het geval is.

Welnu, in de motivering van het amendement ter vaststelling van het artikel 40ter van de nieuwe wet, stelden de makers van het voorstel van de nieuwe wet in dit kader dat “deze politieke keuze volgt bijvoorbeeld de reeds voor een aantal jaren bestaande praktijk in Nederland, en kan dus volledig en effectief worden toegepast in het huidige juridische kader, zowel op nationaal als op Europees vlak.” Daaraan worden overwegingen toegevoegd zoals “de ontwortelde ouders bevinden zich in een vreemde maatschappij”, “de gezinshereniging wordt trouwens meer en meer misbruikt; meestal neemt het de vorm aan van een schijnhuwelijk, of nog, van wettelijke samenlevingscontracten, die de betrokkenen toelaten om zich te komen vestigen in ons land. Maar er wordt ook een toename van fictieve adopties geconstateerd.” (Parlementaire Werken, Wetsvoorstel van 22.10.2010, Doc 0443/53 53, 2010-2011).

Men dient hier vast te stellen dat dergelijke overwegingen geen[s]zins rekening houden met het beginsel van de gelijkheid en dat van de non-discriminatie, zoals hierboven uiteengezet, genoemde en zij zouden in geen enkel geval op legitieme wijze het verschil in behandeling kunnen rechtvaardigen zoals opgelegd aan de Belg die in België “blijft”.

Inderdaad, gezien de doelstellingen aangehaald door de auteurs van de bestreden bepaling, moet er worden besloten dat het artikel 40ter van de nieuwe wet niet de eigenschappen heeft van redelijkheid en evenredigheid, nodig om de doelstelling van de wetgever te bereiken, en dat het in strijd is met het beginsel van de gelijkheid en dat van de non-discriminatie op grond van de nationaliteit, zoals vastgelegd in het internationaal recht, het Europese en het Belgische.

Daarom moet de bestreden beschikking, d[ie] is gebaseerd op een dergelijke bepaling, worden vernietigd.”

2.2.2. Verwerende partij verwijst naar haar repliek bij de bespreking van het derde middel.

2.2.3.1. Artikel 14 van het EVRM verzekert het genot van de rechten en vrijheden “die in dit verdrag zijn vermeld” zonder onderscheid op welke grond ook. Verzoekende partijen beweren dat deze bepaling miskend werd, doch blijven in gebreke aan te tonen welke door het EVRM gegarandeerde rechten en vrijheden in het gedrang worden gebracht door de bestreden beslissingen en maken met hun uiteenzetting niet aannemelijk dat personen “in gelijkaardige situaties” door verwerende partij verschillend worden behandeld (cf. EHRM 26 november 1991, Sunday Times II/Verenigd Koninkrijk).

Een schending van artikel 14 van het EVRM kan bijgevolg niet worden vastgesteld.

2.2.3.2. Verzoekende partijen verwijzen daarnaast naar artikel 6, derde lid van het VEU en naar artikel 18 van het VWEU. Daar zij geen burgers van de Europese Unie zijn en evenmin kunnen beschouwd worden als familieleden van burgers van de Unie die gebruik maken van hun recht op vrij verkeer, blijkt evenwel niet dat zij onder het toepassingsgebied van deze verdragsbepalingen vallen en kunnen zij er niet dienstig naar verwijzen. De door verzoekende partijen aangevoerde rechtspraak doet geen afbreuk aan deze vaststelling en laat op zich niet toe te concluderen dat de bestreden beslissingen enige discriminatie inhouden.

2.2.3.3. Aangezien de bestreden beslissingen conform de Vreemdelingenwet genomen zijn en er niet blijkt niet dat verwerende partij de bepalingen van deze wet op een discriminerende wijze heeft toegepast kan ook niet besloten worden dat artikel 26 van het BuPo-verdrag geschonden werd.

2.2.3.4. Verder moet gesteld worden dat de wetgever ervoor geopteerd heeft om in regel geen verblijfsrecht toe te staan aan niet-Belgische ascendenten van in België verblijvende personen (cf. de artikelen 10, § 1, eerste lid, 1° tot en met 6° en 40ter van de Vreemdelingenwet). Verzoekende partijen hun bewering dat de Belgische wetgever, bij de omzetting van de richtlijn 2003/86/EG van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging (hierna: de richtlijn 2003/86/EG), op algemene wijze voorzien heeft dat niet-Belgische ascendenten van derdelanders over een recht op gezinshereniging beschikken mist dan ook feitelijke grondslag. Hij is van de regel om geen verblijfsrecht te voorzien voor niet-Belgische ascendenten van in België verblijvende personen enkel afgeweken om te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit het Unierecht die voorzien zijn om een specifieke doelstelling te bereiken (cf. de artikelen 10, § 1, eerste lid, 7° en 40bis, § 2, eerste lid, 4° van de Vreemdelingenwet). Zo noopt het Unierecht de Belgische wetgever een verblijfsrecht van meer dan drie maanden toe te staan aan een ascendent die ten laste is van een burger van de Unie die gebruik maakt van zijn recht op vrij verkeer, omdat indien een dergelijk verblijfsrecht niet zou bestaan dit een belemmering zou kunnen uitmaken voor de uitoefening van dit recht op vrij verkeer. Deze verplichting wordt onder meer toegelicht in punt 5 van de preambule van de richtlijn 2004/38/EG, waarin wordt verduidelijkt dat *“het recht van alle burgers van de Unie van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten [...], wil het bestaan onder objectieve voorwaarden van vrijheid en waardigheid, ook aan familieleden, ongeacht hun nationaliteit, [dient] te worden verleend.”* De ratio legis van de toekenning van een verblijfsrecht van meer dan drie maanden aan ascendenten die ten laste zijn van een burger van de Unie (cf. artikel 40bis, § 4 van de Vreemdelingenwet) bestaat er dan ook in de Belgische regelgeving in overeenstemming te brengen met de verplichtingen die voortvloeien uit het Unierecht en die onder meer voortvloeien uit artikel 3 van de richtlijn 2004/38/EG. Het Hof van Justitie van de Europese Unie bevestigde de nood aan het wegnemen van belemmeringen inzake het vrij verkeer van personen en verduidelijkte tevens dat *“artikel 3, lid 1, van richtlijn 2004/38/EG [...], [...] aldus moet worden uitgelegd dat deze richtlijn niet van toepassing is op een burger van de Unie, die zijn recht van vrij verkeer nooit heeft uitgeoefend, die altijd heeft verbleven in een lidstaat waarvan hij de nationaliteit bezit en die ook de nationaliteit van een andere lidstaat bezit”* en dat ook *“artikel 21 VWEU [...] niet van toepassing [is] op een burger van de Unie die zijn recht van vrij verkeer nooit heeft uitgeoefend, die altijd heeft verbleven in een lidstaat waarvan hij de nationaliteit bezit en die ook de nationaliteit van een andere lidstaat bezit voor zover de situatie van deze burger niet de toepassing meebrengt van maatregelen van een lidstaat die tot gevolg hebben dat hem het effectieve genot wordt ontnomen van de belangrijkste aan de status van burger van de Unie verbonden rechten of de uitoefening wordt belemmerd van zijn recht om vrij te reizen en te verblijven op het grondgebied van de lidstaten”* (HvJ van 5 mei 2011, C-434/09).

Het onderscheid dat wat betreft de toekenning van een verblijfsrecht gemaakt wordt tussen familieleden van in België verblijvende burgers van de Unie is derhalve niet gebaseerd op hun nationaliteit, doch op de vraag of de persoon die deze familieleden wensen te vervoegen al dan niet een burger van de Unie is die gebruik maakt van zijn recht op vrij verkeer.

Verzoekende partijen erkennen dat artikel 40ter van de Vreemdelingenwet *“op zich geen rechtstreekse discriminatie op grond van nationaliteit creëert”*. Zij betogen evenwel dat er *“door de directe toepassing van de EU-wetgeving in de lidstaten”* een ongerechtvaardigd verschil in behandeling ten aanzien van bepaalde vreemdelingen wordt veroorzaakt en de artikelen 10, 11 en 191 van de Grondwet geschonden zijn. Deze kritiek van verzoekende partijen is evenwel gericht tegen de regelgeving en niet tegen het motief van de bestreden beslissingen. De Raad is evenwel niet bevoegd om wetskrachtige bepalingen te toetsen aan de Grondwet. Deze grief kan derhalve niet op ontvankelijke wijze worden aangevoerd.

Ten overvloede kan nog worden gesteld dat het Grondwettelijk Hof – toen nog Arbitragehof – reeds overwoog dat artikel 191 van de Grondwet, in samenhang met de artikelen 10 en 11, enkel kan zijn geschonden in zoverre de betwiste bepalingen een verschil in behandeling instellen tussen bepaalde vreemdelingen en Belgen, hetgeen in voorliggende zaak niet het geval blijkt te zijn daar verzoekende partijen verwijzen naar een verschil dat wordt gemaakt tussen vreemdelingen die een Belg wensen te vervoegen en vreemdelingen die een burger van de Unie die gebruik maakt van zijn recht op vrij verkeer wensen te vergezellen (GwH 17 december 1997, nr. 77/97). Tevens moet, inzake het aangevoerde verschil in behandeling tussen derdelanders die ouder zijn van een burger van de Unie onderling, worden herhaald dat derdelanders die een meerderjarige burger van de Europese Unie wensen te vervoegen die verblijft in de lidstaat waarvan hij de nationaliteit heeft niet gelijkgesteld worden met burgers van de Unie en niet beschouwd worden als begunstigden in de zin van artikel 3, eerste lid van de richtlijn 2004/38/EG en dat het Grondwettelijk Hof reeds aangaf dat *“de lidstaten van de Europese Unie [...] een gemeenschap vormen die een specifieke rechtsorde heeft en een eigen burgerschap heeft ingesteld dat door een aantal rechten en plichten wordt gekenmerkt”* en dat *“een verschil in behandeling dat is gebaseerd op het lidmaatschap van die gemeenschap die aan de onderdanen van een lidstaat ervan voordelen toekent op basis van wederkerigheid, [...] op een objectief criterium berust”* (GwH 26 juni 2008, nr. 95/2008).

Evenzeer moet worden gesteld dat verzoekende partijen niet aantonen een rechtstreeks belang te hebben bij het aanvoeren dat verschillende categorieën van Belgen niet op dezelfde wijze worden behandeld, aangezien zij zelf geen Belgen zijn.

Het tweede middel is, in de mate dat het ontvankelijk is, ongegrond.

2.3.1. Verzoekende partijen voeren in een derde middel de schending aan van artikel 20 van het VWEU in combinatie met het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit.

Zij stellen het volgende:

“Het artikel 40ter van de nieuwe wet, daar waar het oplegt dat de meerderjarige Belg geen recht heeft op gezinshereniging met zijn vreemdeling-ouders, schendt de rechten van de EU burgers, zoals gewaarborgd door het artikel 20 van het Werkingsverdrag in samenlezing met het beginsel van de non-discriminatie op grond van de nationaliteit.

Inderdaad, het is belangrijk er aan te herinneren dat het artikel 20 van het Werkingsverdrag het Europese burgerschap ingesteld heeft door te stellen dat een burger van de Unie is “een ieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit”, en dat de burgers van de Unie “genieten de rechten en hebben de plichten die bij de Verdragen zijn bepaald.” Deze rechten omvatten onder andere het recht zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven.

Het principe van het Europees burgerschap werd bevestigd door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna het Hof) (zie onder andere de arresten van 01.07.2002, Hoop, C-224/98, Rec.p. I-6191, paragraaf 27, en van 02.10.2003, Garcia Avello, C-149/02, Rec.p. -11 613, paragraaf 12) en werd beschouwd als het karakter hebbende van “fundamentele status van de onderdanen van de lidstaten” (zie bijvoorbeeld arresten van 20.09.2001, Grzelczyk, C-184/99, Rec. blz. 1-6193. Paragraaf 31, van 17.09.2002, Baumbast. C-413/99, Rec. blz. I-7091, punt 8, en zaak Avelo Garcia, paragraaf 22, en Chen Zhu, paragraaf 25, en Rottman, paragraaf 43).

In deze omstandigheden is het artikel 20 van het Werkingsverdrag gekant tegen “de nationale maatregelen waarvan het effect is de EU-burgers het effectieve genot te ontnemen van de essentie van de rechten die door hun statuut van EU-burger worden verleend” (zie in deze zin, Rottman, voorheen aangehaald, paragraaf 42).

Welnu, in overeenstemming met wat is uitgewerkt in het tweede middel van dit verzoekschrift, brengt het artikel 40ter van de nieuwe wet, door de rechtstreekse toepassing van de Europese wetgeving, een situatie met zich mee van ongelijke behandeling op grond van de Belgische nationaliteit.

Meer in het bijzonder met betrekking tot de rechten van de EU-burgers, is het Hof gekant tegen het feit dat de EU-onderdanen onderworpen worden aan verschillende behandelingen, afhankelijk of ze hebben bewogen” of niet (C.J.U.E., 08.03.2011, zaak C-34/09, Zambrano v. Onem, JO C 130/2, 30.4.2011).

Het meer recent arrest McCarthy waarin staat dat de Richtlijn 2004/38/EG enkel geldt als er gebruik gemaakt wordt van het recht op vrij verkeer binnen de EU-lidstaten, stelt geenzins het belang dat wordt gehecht aan de status van EU-burger in vraag (CJUE, zaak C-434/09, C 86/5 van 25.06.2011).

Bijgevolg moet er voor ogen worden gehouden dat het begrip van het Europese burgerschap, vastgesteld door het artikel 20 van het Werkingsverdrag, centraal blijft: een Belg in België heeft dezelfde rechten als een EU-burger, gevestigd in België.

Het is interessant vast te stellen dat de meeste EU-landen, terecht, dergelijke aanpak hebben overgenomen en hun nationale wetgeving hebben afgestemd op deze, aangenomen in het Gemeenschapsrecht.

Het omgekeerde zou er op neerkomen dat de ongewenste effecten van de “omgekeerde discriminatie” zouden worden aangemoedigd, zoals ervaren door België als gevolg van de migratiestroom uit Nederland. Er is inderdaad een “Belgisch route” waardoor de Nederlandse burgers zich in België vestigen om zo te [bewerk]stelligen dat de gunstige Europese regels op hen van toepassing zijn bij hun terugkeer naar Nederland.

Ja, de Richtlijn 2004/38/EG laat de lidstaten toe om een situatie van “omgekeerde discriminatie” vast te stellen. Een dergelijke discriminatie vindt plaats wanneer de EU-burgers krachtens het Europees recht grotere voordelen genieten dan de voordelen toegekend aan de nationalen, onder de wetten van de staat waarvan zij onderdaan zijn. In het Gemeenschapsrecht en volgens de rechtspraak van het Hof moeten dergelijke situaties worden aangepakt en opgelost in het kader van het rechtssysteem van de betrokken lidstaat (zie bijvoorbeeld, C.J.C.E., arrest van 05.06.1997 C-94/96 en C-65/96, Uecker et Jacquet, Rec. 1997, p. 3171).

Een dergelijke situatie wekte al de bezorgdheid van de Europese Commissie in haar verslag van 08.10.2008 waarin zij het feit benadrukte dat “Indien voor deze laatste een lidstaat minder gunstige regels toepast dan die van de Richtlijn, dan riskeert de juridische status van de onderdanen van de derdelanden te verslechteren als ze de nationaliteit verwerven van een lidstaat die minder gunstige regels heeft voor zijn eigen onderdanen in dit gebied. Dit is het geval in vier landen: Cyprus, Litouwen, Duitsland en Nederland. “(Verslag van 08.10.2008 van de Commissie aan het Europees Parlement en aan de Raad over de toepassing van de Richtlijn 2003/86/EG inzake het recht op gezinshereniging, Brussel, CO (2008) 610 fin.)

Welnu, deze situatie van “omgekeerde discriminatie” is nu juist dat wat door de nieuwe Belgische wetgeving werd aangenomen, onder andere in het artikel 40ter daar waar zij de voorwaarden minder gunstig definieert voor de Belgen die in België wonen en die niet “bewegen” binnen de Europese Unie, in vergelijking met andere EU-burgers, in hun genot van hun recht op gezinshereniging met hun vreemdeling-ouders.

Volgens het Nederlands diagram heeft men alle redenen om aan te nemen dat de toepassing van de omgekeerde discriminatie in België hetzelfde probleem zal genereren. Een Belg zal worden gedwongen te verhuizen naar een ander EU-land om te kunnen genieten van het regime van de Richtlijn 2004/38/EG.

Er dient te worden opgemerkt dat, hoewel de Richtlijn 2004/38/EG de uitoefening van het recht van vrij verkeer en het verblijf van EU-burgers bevordert, deze toch in geen enkel geval mag worden geïnterpreteerd als zijnde beperkend voor het recht op gezinshereniging van een EU-burger die leeft in de lidstaat van zijn eigen nationaliteit.

Het bestaan van de Richtlijn 2004/38/EG mag bijgevolg niet worden gebruikt als een rechtvaardiging om de Belg zijn recht te ontfangen om ten volle te genieten van zijn rechten als een EU-burger.

In casu, verkreeg Mevrouw [M. Q.], schoondochter van verzoekers, de Belgische nationaliteit na de voorwaarden tot verwerving van de Belgische nationaliteit, voorzien door de Belgische staat, te hebben nageleefd. Hierdoor mag zij zonder enige twijfel genieten van de status van EU-burger en kan zij dus genieten van de rechten toegekend door de Gemeenschapsverdragen.

Daarom, gezien het bestaan van deze 2 richtlijnen en het vastleggen van de bepalingen van het artikel 40ter van de nieuwe wet, is de situatie van de Belg die niet “beweegt” gediscrimineerd, niet alleen als

een burger met de Belgische nationaliteit, maar ook als een EU-burger omdat hem elke kans wordt ontnomen om te genieten van de rechten toegekend door de Gemeenschapsverdragen.

Deze bevinding is ook het advies geweest van de Raad van State in de voorbereidende werkzaamheden voor de nieuwe wet van 2011. De Raad van State oordeelt er in dat het regime vastgesteld door de betwiste bepaling “niet kan worden beschouwd als zijnde in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof aangezien het tot doel heeft de Belg te assimileren met de niet-burgers van de Europese Unie met betrekking tot gezinshereniging.”(Advies van de Raad van State nr. 49356/4 van 04.04.2011, doc 53 0443/015, blz. 5).

Inderdaad, gezien de opname van de nieuwe wet in het Belgisch recht, zou de toepassing van het artikel 40ter van de nieuwe wet voor effect hebben dat de Belg, EU-onderdaan, zou gedwongen worden om het Belgisch grondgebied te verlaten om terug een gezin samen te stellen met zijn vreemdeling-ouders, die niet langer het recht op gezinshereniging hebben, terwijl iedere andere burger van de Unie die in België is gevestigd wél dit recht zou kunnen uitoefenen (over de relaties tussen dit recht en de gezinshereniging, zie onder andere CJUE, 27.06.2006, Europees Parlement tegen Raad van de Europese Unie, zaak C-540/03 en CJUE, 21.03.2010, Chakroun v. Minister van Buitenlandse Zaken, zaak C-578/08, § § 44, 62 e.v.).

Een gevolg van dit alles is, apart van het feit dat de samenhang van het Europees recht op het vlak van gezinshereniging wordt ondermijnd, dat aan de Belg, EU-onderdaan, niet de mogelijkheid wordt verleend om ten volle van zijn rechten te genieten die hem werden toegekend door de Verdragen betreffende de Europese Unie en dat dit alles duidelijk leidt naar een schending van het beginsel van het Europese burgerschap zoals voorzien in het artikel 20 van het Werkingsverdrag.

Dus, het artikel 40ter van de nieuwe wet is strijdig is met het artikel 20 van het Werkingsverdrag en met het beginsel van gelijkheid en met dat van de non-discriminatie tussen EU-burgers en elke weigeringbeslissing van een verblijfsvergunning op grond van het artikel 40ter van de nieuwe wet dient als onwettig te worden verklaard.”

2.3.2. Verwerende partij betoogt opnieuw te moeten vaststellen dat de door verzoekende partijen ontwikkelde argumenten gericht zijn tegen de wet van 8 juli 2011 en niet tegen de bestreden beslissingen en daarom onontvankelijk zijn. Zij laat gelden dat de grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie niet uitsluiten dat een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Zij meent ook dat dezelfde regels er zich tegen verzetten dat categorieën van personen, die zich ten aanzien van de aangevochten maatregelen in wezenlijk verschillende situaties bevinden op identieke wijze behandeld worden zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording bestaat. Zij stelt dat het gelijkheidsbeginsel pas geschonden is wanneer vaststaat dat er geen evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel en houdt voor dat verzoekende partijen met hun vage beschouwingen een dergelijke onevenredige behandeling niet aantonen. Met verwijzing naar het arrest McCarthy (HvJ van 5 mei 2011, C-434/09) en rechtsleer (V. VERBIST, De invloed van het Unieburgerschap op zuiver interne situaties”, R.W. 2011-12, nr. 11, 520) stelt zij dat het Europees recht een geoorloofd verschil in behandeling toestaat. Verder benadrukt zij dat artikel 40ter van de Vreemdelingenwet een invulling geeft aan de door de wetgever nagestreefde doelstelling om immigratie af te remmen maar daarnaast toch rekening te houden met de toestand van vreemdelingen die banden hebben met Belgen. Aangezien er geen “*intracommunautaire aspect*” aanwezig is kunnen verzoekende partijen, volgens verwerende partij, ook niet nuttig kunnen verwijzen naar de door hen aangehaalde Europese reglementering.

2.3.3. Artikel 20 van het VWEU luidt als volgt:

“1. Er wordt een burgerschap van de Unie ingesteld. Burger van de Unie is een ieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit. Het burgerschap van de Unie komt naast het nationale burgerschap doch komt niet in de plaats daarvan.

2. De burgers van de Unie genieten de rechten en hebben de plichten die bij de Verdragen zijn bepaald. Zij hebben, onder andere,

a) het recht zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven;

- b) het actief en passief kiesrecht bij de verkiezingen voor het Europees Parlement en bij de gemeenteraadsverkiezingen in de lidstaat waar zij verblijf houden, onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die staat;
- c) het recht op bescherming van de diplomatieke en consulaire instanties van iedere andere lidstaat op het grondgebied van derde landen waar de lidstaat waarvan zij onderdaan zijn, niet vertegenwoordigd is, onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die lidstaat;
- d) het recht om verzoekschriften tot het Europees Parlement te richten, zich tot de Europese ombudsman te wenden, alsook zich in een van de talen van de Verdragen tot de instellingen en de adviesorganen van de Unie te richten en in die taal antwoord te krijgen.

Deze rechten worden uitgeoefend onder de voorwaarden en binnen de grenzen welke bij de Verdragen en de maatregelen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld.”

Het staat vast dat verzoekende partijen de Chinese nationaliteit hebben, zodat zij geen burgers van de Unie zijn en zij bijgevolg niet nuttig kunnen verwijzen naar voormelde verdragsbepaling. Verzoekende partijen houden evenwel voor dat de bestreden beslissingen afbreuk doen aan de rechten van hun Belgische schoondochter, die de Belgische nationaliteit heeft en dus ook als een burger van de Unie moet worden beschouwd. Zij lichten toe dat de wet van 8 juli 2011 hun schoondochter de mogelijkheid ontnemt om ten volle te genieten van *“de rechten toegekend door de Gemeenschapsverdragen”* en dat zij *“verplicht wordt het Belgisch grondgebied te verlaten om terug een gezin samen te stellen met [haar] vreemdeling-[schoon]ouders die niet langer een recht op gezinshereniging hebben”*. Deze grief inzake de bepalingen van de wet van 8 juli 2011 is echter niet gericht tegen de bestreden beslissingen en om die reden onontvankelijk. Zelfs indien het de bedoeling zou zijn van verzoekende partijen om aan te geven dat de bestreden beslissingen op zich afbreuk doen aan de rechten van hun schoondochter, dan nog moet worden gesteld dat niet blijkt welk direct belang zij hebben bij het aanvoeren van de stelling dat de rechten van hun schoondochter geschonden zijn. Daarenboven moet worden uiteengezet dat het Hof van Justitie van de Europese Unie reeds duidelijk stelde dat *“het enkele feit dat het voor een staatsburger van een lidstaat misschien wenselijk is, om economische redenen of om de eenheid van de familie op het grondgebied van de Unie te bewaren, dat de leden van zijn familie, die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten, bij hem op het grondgebied van de Unie verblijven, [...] op zich niet [volstaat] om aan te nemen dat de burger van de Unie verplicht zal worden om het grondgebied van de Unie te verlaten indien een dergelijk recht niet wordt toegekend”* (HvJ 15 november 2011, C- 256/11). Het uitgangspunt van verzoekende partijen dat de bestreden beslissingen automatisch tot gevolg hebben dat hun Belgische schoondochter verplicht zal worden Belgisch grondgebied of het grondgebied van de lidstaten van de Europese Unie te verlaten en haar hierdoor één van de door artikel 20 van het VWEU gegarandeerde rechten ontzegd wordt kan dan ook niet worden aangenomen. Verzoekende partijen gaan ook voorbij aan het feit dat het ontbreken van een recht op verblijf niet impliceert dat het hen volstrekt onmogelijk gemaakt wordt om op het grondgebied te verblijven indien hiertoe valabele redenen bestaan. Zij hebben immers de mogelijkheid om een verblijfsmachtiging aan te vragen.

Zoals reeds gesteld tonen verzoekende partijen door uiteen te zetten dat meerderjarige ascendenten die ten laste zijn van burgers van de Unie die gebruik maken van hun recht op vrij verkeer een recht op verblijf kunnen laten gelden daar waar meerderjarige ascendenten die ten laste zijn van burgers van de Unie die gebruik maken van hun recht op vrij verkeer niet over een dergelijk recht beschikken niet aan dat personen die zich in een zelfde situatie bevinden op basis van hun nationaliteit verschillend behandeld worden.

Een schending van artikel 20 van het VWEU in samenhang met het beginsel van non-discriminatie op grond van de nationaliteit wordt niet aangetoond.

Het derde middel is, in de mate dat het ontvankelijk is, ongegrond.

2.4.1. Verzoekende partijen voeren in een vierde middel de schending aan van het recht op eerbiediging van het privéleven en van het familie- en gezinsleven, zoals opgenomen in artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het handvest van de grondrechten), in artikel 8 van het EVRM, in artikel 16 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van 10 december 1948, in de artikelen 17 en 23 van het BuPo-verdrag, in het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind, aangenomen te New York op 20 november 1989 en goedgekeurd bij wet van 25 november 1991 (hierna: het Kinderrechtenverdrag) en in het Internationaal Verdrag inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden van 18 december 1990 en van het Herzene Europees Sociaal Handvest van 3 mei 1996.

Hun betoog luidt als volgt:

“Zoals hierboven al is opgemerkt, leidt het artikel 40ter van de nieuwe wet, daar waar het het recht op gezinshereniging verbiedt tussen de Belg en zijn ouders-vreemdelingen, tot de schending van het recht op eerbiediging van het privé-leven en van het familie- en gezinsleven en tot de schending van het beginsel van het recht op gezinshereniging, erkend door het internationaal en Europees recht.

Met betrekking tot het internationaal recht, is het recht op gezinshereniging, afgeleid van het recht op eerbiediging van het privé-leven en van het familie- en gezinsleven, voorzien in verschillende internationale teksten.

Inderdaad allereerst dient er te worden herinnerd dat het recht op eerbiediging van het privé-leven en van het familie- en gezinsleven is vastgelegd in het artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en in het artikel 8 van het EVRM.

Het artikel 7 van het Handvest bepaalt dat “Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn communicatie”. (Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 07.12.2000, J.O., C -364/1).

Met betrekking tot het artikel 8 van het EVRM, waarop het Handvest zich heeft gebaseerd, wordt er gesteld dat “Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.” (EVRM. zoals gewijzigd bij Protocol nr. 11 en nr. 14, Rome, 4.XI. 1950).

Met betrekking tot het recht op gezinshereniging als zodanig, een dergelijk principe was reeds aan de orde in 1948 via het artikel 16 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens welke bepaalt dat “Zonder enige beperking op grond van ras, nationaliteit of godsdienst, hebben mannen en vrouwen van huwbare leeftijd het recht om te huwen en een gezin te stichten. Zij hebben gelijke rechten wat het huwelijk betreft, tijdens het huwelijk en bij de ontbinding ervan. Een huwelijk kan slechts worden gesloten met de vrije en volledige toestemming van de aanstaande echtgenoten. Het gezin is de natuurlijke en fundamentele groepseenheid van de maatschappij en heeft recht op bescherming door de maatschappij en de Staat.” (Universele Verklaring van de Rechten van de Mens aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, 10.12.1948, www.un.org).

Deze bepaling werd later verder uitgewerkt door het artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten van 1966, dat bepaalt dat “Niemand mag worden onderworpen aan willekeurige of onwettige inmenging in zijn privé leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling, noch aan onwettige aantasting van zijn eer en goede naam. Een ieder heeft recht op bescherming door de wet tegen zodanige inmenging of aantasting.”

Het artikel 23 van het Verdrag stelt dat “Het gezin vormt de natuurlijke en fundamentele kern van de maatschappij en heeft recht op bescherming door de maatschappij en de Staat.” (Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, 16.12.1966, www2.ohchr.org).

Het recht op gezinshereniging wordt ook uitdrukkelijk erkend door het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de Rechten van het Kind van 1989 en door het Verdrag inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden (Verdrag inzake de Rechten van het Kind aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties op 20.11.1989 Internationaal Verdrag voor de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties op 18.12.1990, www2.ohchr.org).

Artikel 44 van het Internationaal Verdrag voor de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden bepaalt overigens dat “1. De Verdragspartijen, erkennend dat het gezin de natuurlijke en fundamentele kern van de maatschappij vormt en recht heeft op bescherming door de

maatschappij en de Staat, nemen passende maatregelen om de bescherming van de eenheid van de gezinnen van arbeidsmigranten te verzekeren. 2. De Verdragspartijen nemen de maatregelen die zij nodig achten en die binnen hun bevoegdheid vallen, om de hereniging te vergemakkelijken van arbeidsmigranten met hun echtgenotes of echtgenoten of met de personen die met de arbeidsmigrant een relatie hebben, die, volgens de geldende wetgeving, hetzelfde gevolg heeft als een huwelijk, alsook met hun minderjarige, ongehuwde kinderen die hen ten laste zijn. 3. De Staten van tewerkstelling overwegen, op humanitaire gronden, welwillend andere familieleden van arbeidsmigranten dezelfde behandeling te geven, zoals bepaald in paragraaf 2 van dit artikel.”

Uit deze Verdragen resulteert dat het recht op gezinshereniging voortkomt uit het primaire recht om een gezin te stichten, uitdrukkelijk erkend door het hedendaagse humanitaire recht. Daarnaast hebben de International Labour Organization (hierna ILO) en de Raad van Europa eveneens de sociaal-politieke betekenis van de gezinshereniging bij de migranten op het voorplan gebracht. De ILO stelt dat “De hereniging van migrerende werknemers met hun familie, die in het land van herkomst was gebleven, is een essentiële factor voor hun welzijn en hun sociale aanpassing in het gastland. Langdurige scheiding en isolatie zijn een oorzaak van stress en spanning, zowel voor de immigranten als voor de leden van hun familie die zij hebben achtergelaten, en maken dat zij geen normaal leven leiden. Het grote aantal migrerende werknemers, verstoken van sociale contacten en levend aan de rand van de maatschappij die hen verwelkomt, creëert veel welgekende sociale en psychische problemen, die, op hun beurt, in grote mate de houding van de gemeenschap tegenover hen bepalen.”

Het Ministercomité van de Raad van Europa voegt aan deze redenering nog toe dat “De gezinshereniging is een van de belangrijkste bronnen van immigratie in de meeste Europese landen, en het statuut van verblijfhouder en de andere rechten toegekend aan familieleden die zijn toegestaan in het land, zijn belangrijke elementen die bijdragen tot de integratie van nieuwe migranten in het gastland.”

Bovendien, het Europees Sociaal Handvest van 1996 (herzien) bepaalt in het artikel 16 dat “Teneinde de noodzakelijke voorwaarden te scheppen voor de volledige ontplooiing van het gezin, als fundamentele maatschappelijke eenheid, verbinden de Partijen zich de economische, wettelijke en sociale bescherming van het gezinsleven te bevorderen, onder andere door het doen van sociale en gezinsuitkeringen, het treffen van fiscale regelingen, het verschaffen van gezinshuisvesting en het doen van uitkeringen bij huwelijk.” Artikel 19, § 6 bepaalt tevens dat “Teneinde de doeltreffende uitoefening van het recht van migrerende werknemers en hun gezinnen op bescherming en bijstand op het grondgebied van elke andere Partij te waarborgen, verbinden de Partijen zich: zoveel mogelijk de gezinshereniging van een migrerende werknemer die toestemming heeft verkregen om zich op het grondgebied te vestigen, te vergemakkelijken.” (Herzien Europees Sociaal Handvest, Straatsburg, 3 .V. 1996)

Ten slotte heeft de Mensenrechtencommissie duidelijk gezegd dat de term “gezin” breed dient te worden geïnterpreteerd zodat het alle personen bevat die inbegrepen zijn in een familie zoals de samenleving van de betrokken lidstaat het begrijpt. Zodoende verwijst de term niet alleen naar de thuis gesticht door het huwelijk of het samenwonen maar ook naar de relaties tussen ouders en kinderen”.

Bij deze bepalingen van internationaal recht voegen zich de bepalingen toe uit het Europees recht, meer in het bijzonder de richtlijnen uit het secundaire Europees recht.

Dit is het geval met de Richtlijn 2003/86/EG die expliciet over het recht op gezinshereniging gaat.

Vervolgens werd dit recht uitdrukkelijk bevestigd door het reeds aangehaalde arrest C-540/03 van het Hof van Justitie van de Europese Unie waarin wordt gesteld dat “de Richtlijn legt de lidstaten een positieve precieze verplichting op door hen op te leggen om in de gevallen bepaald door de Richtlijn de gezinshereniging toe te kennen aan bepaalde familieleden van de degene die wordt vervoegd zonder hierbij hun discretionaire bevoegdheid te kunnen uitoefenen. (C.J.C.E., arrest van 27.06.2006, C-540/03 Europees Parlement v. Raad, I- 055769).

Bovendien preciseert het reeds eerder genoemde rapport van de Commissie aan het Europees Parlement en aan de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van Richtlijn 2003/86/EG van 08.10.2008 dat “dit subjectief recht wordt erkend door alle lidstaten, hetzij uitdrukkelijk door verwijzing naar het recht op gezinshereniging, of door formuleringen die geen enkele ruimte laten aan de overheidsdiensten in de gevallen voorzien door de Richtlijn.”

Daarnaast focust het Belgisch recht zich ook op de naleving van deze beginselen, meer in het bijzonder door het onderzoek van de positie van de Raad van State in het kader van de gezinshereniging, terwijl de Raad van State herhaalt in diens vaste rechtspraak dat "(...) het artikel 8 van het EVRM die het beginsel vastlegt volgens het welke iedereen het recht heeft op respect voor zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie, is niet absoluut. Zodoende staat alinea 2 van dit artikel de inmenging van de overheid toe, mits deze is voorzien door de wet en mits deze een maatregel uitmaakt noodzakelijk voor bepaalde specifieke noodwendigheden welke zij opsomt." (zie bijvoorbeeld C.E.. arrest dd. 17.06.2009, nr. 194312, www.raadvst-consetat.be).

Aan de andere kant is het waar dat de Raad van State van het artikel 8 van het EVRM vindt dat "deze bepaling op zich waarborgde niet het recht van een persoon om binnen te dringen en zich te vestigen in een land waarvan deze geen onderdaan is. In casu is de bestreden beslissing genomen op grond van de wet van 15.12.1980, waarvan de bepalingen moeten worden beschouwd als "voorzieners" van maatregelen die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn om de toegang van niet-nationalen op het nationale grondgebied te controleren (zie bijvoorbeeld de arresten Abdulaziz, Kabales en Balkandali van 28.05.1985, en Cruz Varas ea dd. 20.03.1991; CE, arrest nr. 86204 van 24.03.2000)". (zie bijvoorbeeld CE, arrest dd. 02.04.2009 nr. 192640 en CE, arrest dd. 18.03.2010, nr. 202093. www.raadvst-consetat.be).

Dus, als gevolg van de economie van het artikel 8 van het EVRM, moeten de nationale autoriteiten in drie stappen argumenteren: eerst kijken of de aangehaalde relaties onder het concept gezinsleven vallen. Vervolgens, rekening houdend met de speelruimte die de lidstaten hebben op dit vlak, de voorwaarden bepalen waaronder de maatregel in kwestie waarschijnlijk zal neerkomen op een inmenging, in de uitoefening van het recht op respect voor het gezinsleven. Tot slot, als een inmenging is vastgesteld, beoordelen de organen van het Verdrag de toelaatbaarheid onder de vereisten van de legaliteit, de legitimiteit en de noodzaak, zoals verklaard in de paragraaf 2 van het artikel 8 van het EVRM.

Opgemerkt moet worden dat, ondanks de restrictieve benadering van de Raad van State over de toepassing van het concept van het recht op eerbiediging van het prive- en het gezinsleven, dit beginsel boet niet in belang in bij een analyse in concreto van geval tot geval. In dit verband is het bijzonder verhelderend om aan te halen dat de sectie wetgeving van de Raad van State in diens advies van 04.04.2011 aangaande het wetsvoorstel, inhoudende de betwiste bepaling, heeft gesteld dat het artikel 40ter van de nieuwe wet "aan de Belgen niet dezelfde rechten zou waarborgen als aan de EU-burgers, in het bijzonder het recht op eerbiediging van het gezinsleven, ondermeer gewaarborgd door het artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en het artikel 8 van het EVRM. Onder dergelijke omstandigheden zouden de Belgen, als EU-burgers, zoals opgemerkt door het Hof van Justitie, in werkelijkheid niet in de mogelijkheid zijn om het essentiële van de rechten, die het zijn toegekend door hun statuut als EU-burger, uit te oefenen."

In casu is het zeker dat bij de beoordeling van de toepassingsvoorwaarden van het artikel 8 van het EVRM, er wordt afgeleid dat de ouder-kind relaties deel uitmaken van het concept gezinsleven.

Deze uitspraak is nog méér geldend aangezien ze wordt gevolgd door de rechtspraak van het Hof van Straatsburg die van mening is dat het gezinsleven "ten minste de banden omvat tussen naaste verwanten die er een belangrijke rol kunnen in spelen." (C.E.D.H., arrest Marckx v. België, 13.06.1979, Serie A, n°31, JT, 1979, 513).

Voorts geeft de Europese Commissie aan dat de beoordeling van het bestaan van het gezinsleven kan worden afgeleid uit het bestaan van een band tussen personen van financiële afhankelijkheid (Req. 7229/75, X en Y v. Verenigd Koninkrijk, D.R. 12, p. 32). Welnu specifiek in dit geval, het feit dat de schoonouders van Mevrouw [M. Q.] nog steeds ten haren laste zijn toont het bestaan aan van een zodanige band van afhankelijkheid en geeft bijgevolg het bestaan van een familieband.

Vervolgens, een weigering om een verblijfsvergunning toe te kennen leidt enkel tot een schending van het artikel 8 van het EVRM als de maatregel op beslissende wijze de mogelijkheid tot een gezinsleven van de betrokkene ondermijnt. Het is niet zo als geen juridische belemmering of geen belemmering van een andere aard de reconstitutie van het gezin in het gastland voorkomt.

In casu dient te worden onderzocht of de weigering van de verblijfsvergunning als gevolg heeft dat op definitieve wijze de reconstitutie van het gezin van verzoekers wordt voorkomen.

Welnu, er volgt uit de toepassing van het artikel 40ter van de nieuwe wet dat Mevrouw [M. Q.] en haar echtgenoot, verstoken gebleven van het recht op gezinshereniging met hun ouders-vreemdelingen, niet zullen kunnen zorgen voor verzoekers zonder het slachtoffer te worden van bureaucratische en culturele rompslomp, welke het volle genot verhindert van het recht in hoofde van Mevrouw [M.] en haar echtgenoot op het reconstitueren van een gezinsleven met haar schoonouders/zijn ouders.

Ten slotte, het EVRM verbiedt in principe niet aan de Lid-Staten om de toegang van vreemdelingen tot het verblijf te regelen. Echter, het criterium van de "noodzaak" impliceert een inmenging die gebaseerd is op een dwingende maatschappelijke behoefte, en in het bijzonder, een inmenging die in verhouding staat met het nagestreefde legitieme doel.

Inderdaad, een inmenging zou enkel kunnen worden gerechtvaardigd wanneer de schade, door de maatregel berokkend aan het gezinsleven van de vreemdeling, niet buitensporig is in verhouding tot het legitieme doel waarvoor deze maatregel werd genomen.

Het Hof van Straatsburg heeft trouwens een schending van het artikel 8 van het EVRM vastgesteld in de zaak Berrehab waar ze oordeelde dat geen juist evenwicht was bereikt tussen de belangen die op het spel stonden. (C.E.D.H., Berrehab v. Nederland, arrest van 21.06.1988, Serie A, n°138, AJ Fam. 2004, 390). De zaak Tuquabo bevestigt ook de wens van het Hof om in gerechtvaardigde omstandigheden voorrang te geven aan de eerbiediging van het gezinsleven (C.E.D.H., Tuquabo-Tekele v. Nederland, 01.12.2005, verzoek nr. 60666/00, www.echr.coe.int).

Zo moet er worden nagegaan of de maatregel op onevenredige manier afbreuk doet aan het recht van verzoekers op eerbiediging van hun gezinsleven, rekening houdend met het te bereiken doel.

Welnu, zoals hierboven reeds gesteld, geven de makers van het wetsvoorstel aan dat het artikel 40ter als volgt gemotiveerd werd: "deze politieke keuze volgt bijvoorbeeld de praktijk in Nederland die reeds voor een aantal jaren bestaat, en kan daarom volledig en effectief worden toegepast in het huidige juridische kader, zowel nationaal als Europees."

Daaraan worden overwegingen toegevoegd zoals "de ontwortelde ouders bevinden zich in een vreemde maatschappij", "de gezinshereniging wordt trouwens meer en meer misbruikt: meestal neemt het de vorm aan van een schijnhuwelijk, of nog, van wettelijke samenlevingscontracten, die de betrokkenen toelaten om zich te komen vestigen in ons land. Maar er wordt ook een toename van fictieve adopties geconstateerd." (Parlementaire Werken, Wetsvoorstel dd. 22.10.2010, Doc 53 0443/53, 2010-2011).

De nieuwe wet maakt ook aanspraak op een betere transpositie van de Richtlijn 2003/86/EG (Wetsvoorstel dd. 22.10.2010 ingediend door Mevrouw Nahima Lanjri en Mevrouw Leen Dierick en De Heer Jef Van den Bergh. Doc 53 0443/001, 2010-2011), die, zoals hierboven aangegeven, sterk het recht op gezinshereniging vooruitschuift.

In dit verband dient te worden opgemerkt dat de Richtlijn 2003/86/EG. waarvan de nieuwe wet een betere transpositie beweert, in punt 2 van de considerans nadrukkelijk stelt dat "Maatregelen op het gebied van gezinshereniging moeten worden vastgesteld in overeenstemming met de verplichting om het gezin te beschermen en het gezinsleven te respecteren welke met name wordt opgelegd door het artikel 8 van het Europees Verdrag voor de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.". Er wordt tevens aan herinnerd dat "de gezinshereniging is een noodzakelijk middel om het gezinsleven mogelijk te maken. Het helpt bij het creëren van een sociaal-culturele stabiliteit die de integratie van de onderdanen van derde landen die geen lidstaten zijn vergemakkelijkt, wat ook toelaat de economische en sociale samenhang te bevorderen, wat de fundamentele doelstelling is van de Gemeenschap in het Verdrag."

Bovendien hoewel de Richtlijn de lidstaten de mogelijkheid biedt om te beslissen of zij een gezinshereniging wensen toe te staan aan de ascendenten in rechte lijn of niet in de considerans wordt gesteld dat "de gezinshereniging kan worden geweigerd omwille van naar behoren gerechtvaardigde redenen, zoals redenen van openbare orde of van openbare veiligheid" (§ 10 en § 14 van de considerans van Richtlijn 2003/86/EG).

Het is echter duidelijk dat het regime, vastgesteld door het artikel 40ter van de nieuwe wet, het niet toelaat om als redelijke en evenredige maatregel de doelstelling van de wetgever te bereiken, en dat het dus leidt tot een schending van het recht op gezinshereniging en van het recht op eerbiediging van het prive- en gezinsleven. Deze maatregel moet des te meer in vraag worden gesteld in een internationale en Europese context, waar het toestaan van hereniging een principe is, terwijl het verbod een uitzondering is, welke, indien aanwezig, moet worden gerechtvaardigd.

Daarom moet de bestreden beslissing, genomen op basis van het artikel 40ter van de nieuwe wet, worden onwettelijk verklaard.”

2.4.2. Verwerende partij werpt op dat verzoekende partijen een algemene kritiek uiten op de wet van 8 juli 2011, maar niet in concreto aantonen om welke reden hun gezinsleven zou zijn geschonden. Zij stelt dat artikel 8 van het EVRM geen recht waarborgt voor een vreemdeling om het grondgebied van een Staat binnen te komen en er te verblijven en geeft aan dat Staten de plicht hebben om de openbare orde op hun grondgebied te verzekeren, hetgeen kan door een controle op de binnenkomst en het verblijf van vreemdelingen. Met verwijzing naar rechtspraak (RvS 30 november 2010, nr. 209.321) stelt zij dat de Vreemdelingenwet een wet van openbare orde is die beantwoordt aan de bepalingen van artikel 8, tweede lid van het EVRM en dat de uit de wet van 8 juli 2011 voortvloeiende beperking van het recht op gezinshereniging wordt ingegeven door overwegingen van openbare orde. Tevens wijst zij erop dat er niet noodzakelijk sprake is van een definitieve verwijdering van het grondgebied van verzoekende partijen.

2.4.3.1. Allereerst moet worden benadrukt dat de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van 10 december 1948 een beginselverklaring is die geen rechtstreekse werking heeft in het Belgisch recht, zodat de schending van artikel 16 ervan niet op ontvankelijke wijze kan worden ingeroepen (RvS 15 februari 2006, nr. 155.018; RvS 22 december 2008, nr. 189.064).

2.4.3.2. De Raad merkt daarnaast op dat verzoekende partijen nalaten te preciseren welke bepaling van het Kinderrechtenverdrag zij geschonden achten, zodat de aangevoerde miskennis van de bepalingen van dit verdrag, bij gebreke aan de vereiste duidelijkheid, ook onontvankelijk is. Bovendien moet worden gesteld dat verzoekende partijen ouder zijn dan achttien jaar, zodat zij, gelet op artikel 1 van het Kinderrechtenverdrag, niet onder het toepassingsgebied van dit verdrag vallen.

2.4.3.3. Verzoekende partijen kunnen ook niet dienstig verwijzen naar het Internationaal Verdrag inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden van 18 december 1990 daar dit Verdrag niet door België werd geratificeerd. Verzoekende partijen geven daarenboven aan een gezinshereniging te betrachten met hun schoondochter en daar deze de Belgische nationaliteit heeft en in België verblijft kan deze bezwaarlijk beschouwd worden als een *“migrerende werknemer”*.

2.4.3.4. Artikel 19.6 van het Herziene Europees Sociaal Handvest heeft evenzeer betrekking op *“migrerende werknemers en hun gezinnen”* en is derhalve evenmin van toepassing en uit de algemene bewoordingen van artikel 16 van voormeld Handvest kan geen verplichting afgeleid worden om een verblijfsrecht in België toe te staan aan familieleden van Belgische onderdanen die zelf niet de Belgische nationaliteit hebben.

2.4.3.5. Het komt de Raad, in het raam van een wettigheidsonderzoek, ook niet toe bestuurlijke beslissingen te toetsen aan verklaringen die werden afgelegd door de International Labour Organization of een mensenrechtencommissie.

2.4.3.6. Voorts moet worden vastgesteld dat de richtlijn 2003/86/EG niet voorziet in een recht op gezinshereniging voor ascendenten van in België verblijvende personen en dat verzoekende partijen dus niet dienstig kunnen verwijzen naar de rechtspraak inzake de interpretatie van deze richtlijn en de rapporten die met betrekking tot deze richtlijn door de Europese Commissie werden opgesteld.

2.4.3.7. Zoals reeds gesteld bij de bespreking van de voorgaande middelen kunnen verzoekende partijen, bij gebreke aan een intracommunautair aspect, ook niet dienstig verwijzen naar de bepalingen van de richtlijn 2004/38/EG.

2.4.3.8. Inzake de aangevoerde schending van artikel 7 van het Handvest van de grondrechten kan verwezen worden naar het standpunt dat werd ingenomen door het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak Dereci (HvJ 15 november 2011, C- 256/11). Het Hof overwoog het volgende:

“70. Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”), betreffende de eerbiediging van het privé-leven en het familie- en gezinsleven, rechten bevat die overeenstemmen met die welke worden gewaarborgd door artikel 8, lid 1, van het EVRM en dat dus aan artikel 7 van het Handvest dezelfde inhoud en reikwijdte dient te worden toegekend als aan artikel 8, lid 1, van het EVRM, zoals uitgelegd in de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens (arrest van 5 oktober 2010, McB., C-400/10 PPU, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 53).

71. Er moet evenwel aan worden herinnerd dat de bepalingen van het Handvest, krachtens artikel 51, lid 1, ervan, enkel tot de lidstaten zijn gericht wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Krachtens lid 2 van diezelfde bepaling breidt het Handvest de werkingssfeer van het recht van de Unie niet verder uit dan de bevoegdheden van de Unie reiken, schept het geen nieuwe bevoegdheden voor de Unie, noch wijzigt het de in de Verdragen omschreven bevoegdheden en taken. Het Hof moet dus het recht van de Unie binnen de grenzen van de daaraan toegekende bevoegdheden, in het licht van het Handvest uit te leggen (zie arrest McB., reeds aangehaald, punt 51, en arrest van 15 september 2011, Gueye en Salmerón Sánchez, C-483/09 en C-1/10, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 69).

72. Indien de verwijzende rechter in de onderhavige zaak van oordeel is dat, gelet op de omstandigheden van de hoofdgedingen, de situatie van verzoekers in de hoofdgedingen onder het recht van de Unie valt, zal hij moeten onderzoeken of de ontzegging van een verblijfsrecht aan deze laatste, het recht op eerbiediging van hun privé-leven en familie- en gezinsleven in de zin van artikel 7 van het Handvest aantast. Wanneer hij daarentegen van oordeel is dat genoemde situatie niet binnen de werkingssfeer van het recht van de Unie valt, zal hij dit onderzoek in het licht van artikel 8, lid 1, van het EVRM moeten verrichten.”

Daar de situatie van verzoekende partijen, zoals reeds werd vastgesteld, niet onder het recht van de Unie valt, kan niet nuttig verwezen worden naar artikel 7 van het Handvest van de grondrechten en dient het onderzoek naar een mogelijke schending van het recht op een privé- en gezinsleven te gebeuren in functie van de bepalingen van artikel 8 van het EVRM.

Artikel 8 van het EVRM definieert noch het begrip ‘familie- en gezinsleven’, noch het begrip ‘privéleven’. Beide begrippen zijn autonome begrippen, die onafhankelijk van het nationale recht dienen te worden geïnterpreteerd.

Wat het bestaan van een familie- en gezinsleven betreft, moet vooreerst worden nagegaan of er sprake is van een familie of een gezin. Vervolgens moet blijken dat in de feiten de persoonlijke band tussen deze familie- of gezinsleden voldoende hecht is (cf. EHRM 12 juli 2001, K. en T./ Finland, § 150).

Het begrip ‘privéleven’ wordt evenmin gedefinieerd in artikel 8 van het EVRM. Het EHRM benadrukt dat het begrip privéleven een brede term is en dat het mogelijk noch noodzakelijk is om er een exhaustieve definitie van te geven (EHRM 16 december 1992, Niemietz/Duitsland, § 29).

De beoordeling of er sprake kan zijn van een familie- en gezinsleven of van een privéleven of van beide, is een feitenkwestie.

De volgende vraag die de Raad dient te onderzoeken is of er sprake is van een inmenging in het privé- en/of familie- en gezinsleven. Hierbij moet nagezien worden of de vreemdeling voor de eerste keer om toelating heeft verzocht, dan wel of het gaat om de weigering van een voortgezet verblijf.

Gaat het namelijk om een eerste toelating dan oordeelt het EHRM dat er geen inmenging is en geschiedt geen toetsing aan de hand van het tweede lid van artikel 8 van het EVRM. In dit geval moet er volgens het EHRM onderzocht worden of er een positieve verplichting is voor de staat om het recht op privé- en/of familie- en gezinsleven te handhaven en te ontwikkelen (EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 63; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 38). Dit geschiedt aan de hand van de ‘fair balance’-toets. Als na deze toets uit de belangenafweging blijkt

dat er een positieve verplichting voor de staat is, dan is artikel 8 van het EVRM geschonden (EHRM 17 oktober 1986, Rees/The United Kingdom, § 37).

Gaat het om een weigering van een voortgezet verblijf dan aanvaardt het EHRM dat er een inmenging is en dan dient het tweede lid van artikel 8 van het EVRM in overweging te worden genomen.

Het door artikel 8 van het EVRM gewaarborgde recht op respect voor het privéleven en voor het familie- en gezinsleven is niet absoluut. Binnen de grenzen gesteld door het tweede lid van artikel 8 van het EVRM, is de inmenging van het openbaar gezag toegestaan voor zover die bij wet is voorzien, ze geïnspireerd is door een of meerdere van de in het voormelde lid vermelde legitieme doelen en voor zover ze noodzakelijk is in een democratische samenleving om ze te bereiken. Vanuit dit laatste standpunt is het de taak van de overheid om te bewijzen dat zij de bekommernis had om een juist evenwicht te bereiken tussen het beoogde doel en de ernst van de inbreuk.

Inzake immigratie heeft het EHRM er in beide voormelde gevallen en bij diverse gelegenheden aan herinnerd dat het EVRM als dusdanig geen enkel recht voor een vreemdeling waarborgt om het grondgebied van een staat waarvan hij geen onderdaan is, binnen te komen of er te verblijven (EHRM 15 juli 2003, Mokrani/Frankrijk, § 23; EHRM 26 maart 1992, Beldjoudi/Frankrijk, § 74; EHRM 18 februari 1991, Moustaquim/België, § 43). Artikel 8 van het EVRM kan evenmin zo worden geïnterpreteerd dat het voor een Staat de algemene verplichting inhoudt om de door vreemdelingen gemaakte keuze van de staat van gemeenschappelijk verblijf te respecteren en om de gezinshereniging op zijn grondgebied toe te staan (EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 39). Met toepassing van een vaststaand beginsel van internationaal recht is het immers de taak van de Staat om de openbare orde te waarborgen en in het bijzonder in de uitoefening van zijn recht om de binnenkomst en het verblijf van niet-onderdanen te controleren (EHRM 12 oktober 2006, Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga/België, § 81; EHRM 18 februari 1991, Moustaquim/België, § 43; EHRM 28 mei 1985, Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk, § 67). De Staat is dus gemachtigd om de voorwaarden hiertoe vast te leggen.

Rekening houdend met het feit enerzijds dat de vereiste van artikel 8 van het EVRM, net zoals die van de overige bepalingen van het EVRM, te maken heeft met waarborgen en niet met de loutere goede wil of met praktische regelingen (EHRM 5 februari 2002, Conka/België, § 83), en anderzijds dat dit artikel primeert op de bepalingen van de Vreemdelingenwet (RvS 22 december 2010, nr. 210.029), is het de taak van de administratieve overheid om, vooraleer te beslissen, een zo nauwkeurig mogelijk onderzoek te doen van de zaak en dit op grond van de omstandigheden waarvan zij kennis heeft of zou moeten hebben.

Wanneer de verzoekende partij een schending van artikel 8 van het EVRM aanvoert, is het in de eerste plaats haar taak om, rekening houdend met de omstandigheden van de zaak, op voldoende precieze wijze het bestaan van het door haar ingeroepen privéleven en familie- en gezinsleven aan te tonen, alsook de wijze waarop de bestreden beslissing dit heeft geschonden.

Verzoekende partijen stellen een gezinsleven te hebben met hun in België verblijvende zoon en schoondochter. Uit de aan de Raad voorgelegde stukken blijkt evenwel dat de zoon van verzoekende partijen ervoor opteerde niet langer bij zijn ouders te blijven doch te emigreren naar België alwaar hij op 24 juni 2009 in het huwelijk trad met een Belgische vrouw. Verzoekende partijen en hun zoon woonden dus al lange tijd niet meer samen. Verzoekende partijen dienden ook geen aanvraag in bij de Belgische diplomatieke vertegenwoordiging in China om in het bezit gesteld te worden van een visum type D (gezinshereniging), doch gaven aan slechts een kort familiebezoek aan hun zoon en schoondochter te willen brengen en werden daarom, na voorlegging van terugkeertickets, elk in het bezit gesteld van een visum type C (toerisme/familiebezoek). Uit deze gegevens blijkt niet dat verzoekende partijen een effectief gezinsleven met hun zoon en schoondochter hebben dat onder de bescherming van artikel 8 van het EVRM valt.

Verzoekende partijen beweren verder dat het bestaan van een hechte gezins- of familieband kan afgeleid worden uit het gegeven dat zij financieel afhankelijk zijn van hun zoon en schoondochter. Zij leggen echter geen stukken voor waaruit kan afgeleid worden dat zij steun ontvingen van hun verwanten in België. In het door verweerder neergelegde administratief dossier zijn ook geen stukken aanwezig waaruit blijkt dat verzoekende partijen financieel gesteund werden door hun zoon of schoondochter. Uit dit dossier blijkt dat verzoekende partijen een stuk voorlegden waarin wordt gesteld dat zij participeerden in een pensioensverzekering, doch nog niet de leeftijd bereikten om effectief premies te

kunnen genieten, dat zij geen vast inkomen hadden tijdens hun verblijf in China en dat hen geen pensioen werd uitgekeerd. Het feit dat verzoekende partijen nog geen pensioen ontvingen en ook nog niet konden genieten van premies die voortvloeien uit een soort pensioensverzekering is, rekening houdend met hun leeftijd – eerste verzoekende partij is zesenvijftig jaar oud en tweede verzoekende partij is vijftig jaar oud – niet abnormaal en laat niet toe te besluiten dat zij onvermogen zouden zijn en zouden gesteund worden door verwanten in België. Het feit dat verzoekende partijen niet over een “vast” inkomen beschikken is, nu zij niet in loondienst werkten – eerste verzoekende partij gaf immers aan als landbouwer actief te zijn – evenmin een bewijs dat zij behoeftig waren en dat zij steun ontvingen van hun zoon of schoondochter.

De uiteenzetting van verzoekende partijen laat derhalve niet toe vast te stellen dat enig door artikel 8 van het EVRM beschermd recht door de bestreden beslissingen in het gedrang wordt gebracht.

2.4.3.9. Aangezien artikel 17 van het BuPo-verdrag in een bescherming voorziet die gelijkaardig is aan deze die gegeven wordt door artikel 8 van het EVRM, kan ook niet besloten worden tot een schending van deze verdragsbepaling. De uiteenzetting van verzoekende partijen leidt ook niet tot de vaststelling dat dient geconcludeerd te worden dat artikel 23 van het BuPo-verdrag geschonden is. Verzoekende partijen maken namelijk niet aannemelijk dat de bestreden beslissingen afbreuk doen aan het feit dat het gezin recht heeft op bescherming en deze beslissingen op zich verhinderen verzoekende partijen, die voorhouden met elkaar gehuwd te zijn, niet om een (nieuw) huwelijk aan te gaan en een gezin te stichten. De bestreden beslissingen hebben ook geen directe invloed op de rechten en de verantwoordelijkheden van de echtelieden wat het huwelijk betreft en hebben ook geen effect op de bescherming van de kinderen van verzoekende partijen bij een eventuele ontbinding van hun huwelijk.

Het vierde middel is, in de mate dat het ontvankelijk is, ongegrond.

2.5.1. Verzoekende partijen voeren in een vijfde middel de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: de wet van 29 juli 1991), van artikel 62 van de Vreemdelingenwet en van de beginselen van behoorlijk bestuur. Zij betogen tevens dat een kennelijke beoordelingsfout werd gemaakt.

Zij verschaffen volgende toelichting:

“Ondanks het feit dat de aanvraag reeds dateert van 09.08.2011, met andere woorden méér dan een maand voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet op 22.09.2011, en ondanks het feit dat reeds voor de gevraagde datum (dit was 08.11.2011) het dossier ten volle vervolledigd werd, waarbij alle stukken werden ingediend zoals gevraagd in de destijds afgeleverde Bijlage 19ter, nam de Dienst Vreemdelingenzaken op 06.01.2012 toch een beslissing tot weigering van de aanvraag met bevel om het grondgebied te verlaten, doch, zonder intrekking van de attesten van immatriculatie, kortweg stellende dat verzoekers geen recht meer hebben op gezinshereniging – “Punt uit”.

De uitdrukkelijke motiveringsplicht zoals neergelegd in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29.07.1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en artikel 62 van de Vreemdelingenwet heeft tot doel de bestuurde in kennis te stellen van de redenen waarom de administratieve overheid de beslissing heeft genomen, zodat kan worden beoordeeld of er aanleiding toe bestaat om beroep in te stellen waarover hij/zij beschikt.

Voornoemde artikelen verplichten de overheid in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen en dit op een afdoende wijze (R.v.St., nr. 110.071, 06.09.2002, R.v.St., nr. 129.466, 19.03.2004, R.v.St., nr. 132.710, 21.06.2004)

Bij het nemen van een bestuurshandeling dient de overheid rekening te houden met alle elementen uit het dossier, zowel in rechte als in feite.

De beslissing berust dan ook kennelijk op een onredelijke, manifeste, foutieve appreciatie van de feiten en is totaal onevenredig zonder rekening te houden met alle elementen.

De bestreden beslissing werd lichtzinnig genomen omwille van een laksheid van de Dienst Vreemdelingenzaken. De Dienst Vreemdelingenzaken sprong op het voorwendsel van de nieuwe wet en stelde vlug een weigeringsbeslissing op waarvan de motivering amper enkele zinnen uitmaakt. De

DVZ deed duidelijk niet de moeite om het dossier op zich, dat trouwens ten volle volledig was, te bestuderen.

Het ontbreekt aldus de Dienst Vreemdelingenzaken aan beroepstrots en correctheid.

Er is bijgevolg een fout in de motivering alsmede een kennelijke beoordelingsfout.

Verzoekers wijzen erop dat de verwerende partij geen enkele afweging van elementen heeft gemaakt en zonder verder na te denken en te zoeken naar een degelijke motivering tot een beslissing is gekomen door te schermen met het feit dat de nieuwe wet het gevraagde niet langer toelaat, hetgeen niet alleen in het kader van het motiveringsbeginsel vereist is, doch ook onder andere in het kader van de fair-play, het redelijkheidbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zo is, in principe, eenieder, alsmede de verwerende partij, gebonden door de zorgvuldigheidsplicht: men moet handelen zoals elk normaal, voorzichtig en vooruitziend persoon dat zou doen, of met andere woorden zoals dat redelijkerwijze mag verwacht worden van een persoon en een overheid die zich in dezelfde omstandigheden bevindt.

Overeenkomstig de zorgvuldigheidsplicht moet de overheid haar beslissingen met zorgvuldigheid voorbereiden en beslissen.

Het zorgvuldigheidsbeginsel legt aan het bestuur de verplichting op om haar beslissingen op een zorgvuldige wijze voor te bereiden en te steunen op een correcte feitenvinding (R.v.St., 02.02.2007, nr. 167.411; R.v.St. 14.02.2006, nr. 154.954).

Uit de stukken en de motivatie blijkt zeer duidelijk dat de gemachtigde van de staatssecretaris niet de moeite deed om het dossier te bestuderen, doch, zich tevreden stelde met een motivatie van enkele zinnen die er op neerkomen "sorry, U komt niet meer in aanmerking voor dit volgens de nieuwe wet". Zonder echter, de wettelijkheid van de nieuwe wet in vraag te stellen, en, zonder zich vragen te stellen over de al dan niet toepasselijkheid van de nieuwe wet op de aanvraag in kwestie.

Verwerende partij heeft in casu een beslissing genomen zonder deze met zorg en zonder deze met respect voor voorzorg voorbereid te hebben. Daarom hebben verzoekers geen recht gehad op een correcte behandeling.

Verweerster heeft geen zorgvuldig onderzoek gedaan van het dossier en heeft zich slechts vastgepind op het "niet meer in aanmerking komen onder de nieuwe wet".

Verweerster heeft dus geen rekening gehouden met alle andere elementen. Door zich slechts vast te pinnen op het "niet meer in aanmerking komen onder de nieuwe wet" en vervolgens overhaast zonder enig verder onderzoek een beslissing te nemen, lijkt, bij kortzichtig denken, de kous af te zijn en hoefde verwerende partij niet verder meer te argumenteren en redeneren, terwijl de realiteit totaal anders is.

Bijgevolg is de beslissing van verwerende partij niet geldig.

De beslissing is niet correct, en werd minstens onzorgvuldig genomen.

De schending van het zorgvuldigheidsbeginsel is om die reden voldoende bewezen.

Door de beslissing te nemen op 06.01.2012 heeft de Dienst Vreemdelingenzaken tevens de andere beginselen van goed bestuur geschonden.

Zelf[s] als in hoofde van verwerende partij de bestreden beslissing wettelijk is – quod certe non –, twifelen verzoekers sterk of deze beslissing correct is en of deze werd genomen met respect voor de beginselen van goed bestuur.

Inderdaad, het centrale beginsel van behoorlijk bestuur is de kwaliteit van de beslissing: opdat de kwaliteit van een beslissing wordt erkend, is het noodzakelijk dat de beslissing werd genomen terwijl de overheid ook zelf haar best heeft gedaan om haar plichten te vervullen.

In casu is dit niet gebeurd.

De volgende beginselen, welke integraal onderdeel zijn van de kwaliteit van een beslissing, zijn aldus geschonden: principe van voorzorg, principe van motivatie, principe van fair-play en onpartijdigheid, principe van professionaliteit en principe van rechtszekerheid.

Het principe van voorzorg en het principe van motivatie werden hierboven reeds uitvoerig behandeld.

Verder zijn geschonden:

a. Het principe van fair-play en onpartijdigheid: Verwerende partij achtte het niet nodig om het dossier te bestuderen. [...] Zij heeft zich partijdig opgesteld door zich tevreden te stellen met het voor de hand liggende excuus dat de nieuwe wet deze vorm van gezinshereniging niet meer toelaat, waardoor zij geen blijk heeft gegeven van intellectuele eerlijkheid noch van initiatief. Daarenboven, heeft zij zich ook partijdig opgesteld door te zwaaien met de nieuwe wet en te weigeren verder te onderzoeken of de nieuwe wet wel zo wettelijk is.

b. Het principe van professionaliteit: De bestreden beslissing is niet op een professionele manier genomen. Daarvoor had verwerende partij haar beslissing méér moeten motiveren. Het lijkt wel alsof verwerende partij op de nieuwe wet is gesprongen om vlug een verblijfsrecht te weigeren en zodoende hoefde zij zelfs niet het dossier in te kijken."

2.5.2. Verwerende partij antwoordt dat uit haar verweer met betrekking tot de voorgaande middelen voldoende blijkt dat de wet van 8 juli 2011 onmiddellijke werking heeft en correct is toegepast en dat verzoekende partijen het tegendeel niet aannemelijk maken. Zij wijst erop dat de juridische en feitelijke grondslag van de bestreden beslissing op correcte wijze zijn uiteengezet.

2.5.3.1. Wat de ingeroepen schending van het artikel 62 van Vreemdelingenwet en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreft dient te worden gesteld dat de motieven van de bestreden beslissingen op eenvoudige wijze in die beslissingen kunnen gelezen worden zodat verzoekende partijen er kennis van hebben kunnen nemen en hebben kunnen nagaan of het zin heeft de bestreden beslissingen aan te vechten met de beroepsmogelijkheden waarover zij in rechte beschikken. Daarmee is aan de voornaamste doelstelling van de formele motiveringsplicht voldaan (RvS 31 oktober 2006, nr. 164.298; RvS 5 februari 2007, nr. 167.477).

Een schending van de formele motiveringsplicht, zoals deze voortvloeit uit artikel 62 van Vreemdelingenwet en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, blijkt niet.

2.5.3.2. In de mate dat verzoekende partijen betogen dat een kennelijke beoordelingsfout werd gemaakt, dat de bestreden beslissingen berusten "*op een onredelijke, manifeste, foutieve appreciatie van de feiten*", dat deze beslissingen totaal onevenredig zijn en er geen rekening werd gehouden met alle elementen voeren zij de schending aan van de materiële motiveringsplicht.

De Raad is bij de beoordeling van de materiële motiveringsplicht niet bevoegd zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. De Raad is bij de uitoefening van zijn wettelijk toezicht enkel bevoegd om na te gaan of deze overheid bij het nemen van een beslissing is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet onredelijk tot haar besluit is gekomen (cf. RvS 7 december 2001, nr. 101.624; RvS 28 oktober 2002, nr. 111.954).

Het staat vast dat de wet van 8 juli 2011 op 22 september 2011 in werking is getreden en dat deze wet geen overgangsbepalingen voorziet. De wet van 8 juli 2011 maakt een einde aan de mogelijkheid om een verblijfsrecht toe te staan aan de ascendenten ten laste van een meerderjarige Belgisch onderdaan. Verwerende partij kon vanaf 22 september 2011 dan ook geen aanvragen om tot een verblijf toegelaten te worden meer inwilligen die uitgingen van ascendenten van een meerderjarige Belgische burger die voorhielden ten laste te zijn van deze burger. De vaststelling van verwerende partij op 6 januari 2012 dat "*de ascendent van een meerderjarige Belg [niet] kan [...] genieten van het recht op gezinshereniging*" is bijgevolg correct. Gelet op het ontbreken van een juridische basis om alsnog een verblijfsrecht aan verzoekende partijen toe te staan diende verwerende partij geen verder onderzoek te doen van de door verzoekende partijen aangebrachte overtuigingsstukken en diende zij deze documenten ook niet bij de motivering van de bestreden beslissingen te betrekken.

Verzoekende partijen maken niet aannemelijk dat het feit dat de wetgever het voorheen bestaande recht op verblijf voor ascendenten die ten laste zijn van een Belgisch onderdaan en die deze onderdaan kwamen vervoegen afschafte – waardoor niet langer voorzien is in een “*recht*” op verblijf, doch hetgeen de mogelijkheid openlaat om een “*machtiging*” tot verblijf aan te vragen – in strijd is met een hogere rechtsnorm, zodat verwerende partij enige reden zou gehad hebben om de toepasselijkheid van de wet van 8 juli 2011 in vraag te stellen.

Een schending van de materiële motiveringsplicht wordt niet aangetoond.

2.5.3.3. Gelet op voorgaande vaststellingen blijkt niet dat verwerende partij heeft nagelaten om enig dienstig gegeven bij het nemen van de bestreden beslissingen te betrekken en dat zij deze beslissingen niet zorgvuldig zou voorbereid hebben. Er kan daarom niet besloten worden dat verwerende partij het zorgvuldigheidsbeginsel of “*het principe van de voorzorg*” miskende of dat de bestreden beslissingen niet getuigen van een professioneel optreden van verwerende partij.

2.5.3.4. Aangezien verwerende partij in casu niet beschikte over enige discretionaire bevoegdheid kunnen verzoekende partijen ook niet gevolgd worden in hun stelling dat het redelijkheidsbeginsel miskend werd. Het redelijkheidsbeginsel speelt namelijk enkel daar waar er een beoordelingsvrijheid is (cf. RvS 9 februari 2006, nr. 154.692).

2.5.3.5. Daar de wetgever verwerende partij niet in de mogelijkheid stelde om andere beslissingen te nemen dan deze die verwerende partij in voorliggende zaak nam, kan ook niet ingezien worden hoe zou kunnen besloten worden dat verwerende partij niet onpartijdig optrad.

2.5.3.6. In zoverre het de bedoeling zou zijn van verzoekende partijen om aan te geven dat verwerende partij sneller – onder het regime van de bepalingen van de Vreemdelingenwet, zoals deze bestonden voor de inwerkingtreding van de wet van 8 juli 2011 – een beslissing had dienen te nemen, moet de Raad opmerken dat uit het administratief dossier blijkt dat verwerende partij pas op 11 oktober 2011 – op het ogenblik dat de wet van 8 juli 2011 reeds toepasbaar was – de laatste overtuigingsstukken die verzoekende partijen overmaakten ontving, zodat niet blijkt dat zij enig belang hebben bij hun grief. Zonder de vereiste overtuigingsstukken kon verwerende partij hun aanvraag immers enkel afwijzen.

Verzoekende partijen tonen met hun beschouwingen ook geenszins aan dat het bestuur door oneerlijke middelen, zoals het achterhouden van gegevens, door vertragingsmanoeuvres of door overdreven spoed, de verkrijging van een recht zou hebben bemoeilijkt, zodat geen schending van het fair play-beginsel kan vastgesteld worden.

2.5.3.7. Het rechtszekerheidsbeginsel, waarnaar verzoekende partijen evenzeer verwijzen, is een uit de rechtsstaat voortvloeiend beginsel dat inhoudt dat het recht voorzienbaar en toegankelijk dient te zijn zodat de rechtssubjecten in staat zijn de rechtsgevolgen van hun handelingen op voorhand in te schatten, en dat die rechtssubjecten moeten kunnen vertrouwen op een zekere standvastigheid bij het bestuur (RvS 11 januari 2007, nr. 166.563; I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 315-349). Verzoekende partijen kunnen niet voorhouden dat zij de rechtsgevolgen van hun handelen niet konden inschatten, nu zij een deel van de overtuigingsstukken ter onderbouwing van hun aanvraag om tot een verblijf gemachtigd te worden pas overmaakten nadat een nieuwe wet in werking getreden was die niet langer toeliet om hun aanvraag in te willigen. Iedereen wordt immers geacht de wet te kennen. Ten overvloede moet daarenboven geduurd worden dat verzoekende partijen hun aanvraag indienden op 9 augustus 2011 en dus ruim één maand nadat de wet van 8 juli 2011 afgekondigd werd. Het is niet betwist dat aan de afkondiging van deze wet en de gevolgen die deze wet zou hebben een ruime media-aandacht gegeven werd, zodat verzoekende partijen derhalve op het ogenblik van de indiening van hun aanvraag reeds het gevolg dat zou gegeven worden aan hun aanvraag konden inschatten. Het rechtszekerheidsbeginsel laat bovendien hoe dan ook niet toe dat verwerende partij een verblijfsrecht toekent zonder dat hiervoor enige juridische basis bestaat of dat zij een beslissing neemt die ingaat tegen een wetsbepaling.

Het vijfde middel is, in de mate dat het ontvankelijk is, ongegrond.

3. Kosten

Gelet op het voorgaande past het de kosten van het beroep ten laste te leggen van de verzoekende partijen.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

Het beroep tot nietigverklaring wordt verworpen.

Artikel 2

De kosten van het beroep, begroot op 350 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op veertien mei tweeduizend en twaalf door:

dhr. G. DE BOECK,

wnd. voorzitter,
rechter in vreemdelingenzaken,

dhr. T. LEYSEN,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

T. LEYSEN

G. DE BOECK