



Arrest

nr. 234 852 van 3 april 2020
in de zaak RvV X / VIII

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat V. NEERINCKX
Akkerstraat 1
9140 TEMSE

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de minister van Sociale Zaken en
Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie.

DE WND. VOORZITTER VAN DE VIIIste KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Marokkaanse nationaliteit te zijn, op 6 januari 2020 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging en de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie van 26 november 2019 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 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 nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 7 februari 2020, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 5 maart 2020.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken A. WIJNANTS.

Gehoord de opmerkingen van advocaat P. MAERTENS, die loco advocaat V. NEERINCKX verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat M. MISSEGHERS, die loco advocaat E. MATTERNE verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

De bestreden beslissing is het resultaat van een aanvraag die verzoeker op 4 juni 2019 had ingediend met het oog op gezinshereniging met zijn oom, die de Nederlandse nationaliteit heeft. Ze luidt als volgt:

“BESLISSING TOT WEIGERING VAN VERBLIJF VAN MEER DAN DRIE MAANDEN MET BEVEL OM HET GRONDGEBIED TE VERLATEN

In uitvoering van artikel 52, §4, 5de lid gelezen in combinatie met artikel 58 of 69ter van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de

verwijdering van vreemdelingen, wordt de aanvraag van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de, die op 04.06.2019 werd ingediend door:

Naam: B.R.

Voornaam: I.

Nationaliteit: Marokko

Geboortedatum: 01.09.1985

Geboorteplaats: Tetouan

Identificatienummer in het Rijksregister: ...

Verblijvende te/verklaart te verblijven te: ...

om de volgende reden geweigerd:

De betrokkene voldoet niet aan de vereiste voorwaarden om te genieten van het recht op verblijf van meer dan drie maanden in de hoedanigheid van familielid van een burger van de Unie of van een ander familielid van een burger van de Unie.

Betrokkene vroeg op 04.06.2019 gezinshereniging aan met zijn oom, zijnde E. K. A., van Nederlandse nationaliteit, met rijksregisternummer ...

Betrokkene vroeg de gezinshereniging aan op basis van artikel 47/1, 2° van de wet van 15.12.1980: 'de niet in artikel 40bis, §2, bedoelde familieleden die, in het land van herkomst, ten laste zijn of deel uitmaken van het gezin van de burger van de Unie; ...'

Artikel 47/3, §2 van de wet van 15.12.1980 stelt dat 'de andere familieleden bedoeld in artikel 47/1, 2°, moeten bewijzen dat zij ten laste zijn van de burger van de Unie die zij willen begeleiden of bij wie zij zich willen voegen of dat zij deel uitmaken van zijn gezin. De documenten die aantonen dat het andere familielid ten laste is of deel uitmaakt van het gezin van de burger van de Unie moet uitgaan van de bevoegde overheden van het land van oorsprong of van herkomst. Bij ontstentenis hiervan, kan het feit ten laste te zijn of deel uit te maken van het gezin van de burger van de Unie bewezen worden met elk passen middel'.

Ter staving van bovenstaande voorwaarden van artikel 47/3, §2 van de wet van 15.12.1980 werden volgende documenten voorgelegd:

- reispaspoort Marokko (...) op naam van betrokkene, afgeleverd op 21.07.2017 te Antwerpen
- 'attestation de non-imposition a la TH-TSC' n°15369/2019 dd. 28.06.2019 waarin de Marokkaanse belastingdienst stelt dat betrokkene op datum van het attest niet onderworpen was aan de woon- en gemeentebelasting met betrekking tot het adres 'Avenue A. A. H. Z. 4 nr11': echter, gezien deze gegevens betrekking hebben op de situatie eind juni 2019, en betrokkene op dat ogenblik reeds in België verbleef, zijn deze gegevens niet relevant in het kader van de huidige aanvraag gezinshereniging.
- loonfiches op naam van de referentiepersoon voor de periode oktober 2018 – februari 2019 en april 2019; documenten Baloise met betrekking tot een uitbetaalde vergoeding (arbeidsongeval) voor de periode 01.04.2019 - 07.04.2019
- huurovereenkomst dd. 15.09.2012 op naam van de referentiepersoon voor het adres ...

Er dient in eerste instantie opgemerkt te worden dat de referentiepersoon sedert 05.10.2005 in België verblijft. Van een (dreigende) schending van zijn recht op vrij verkeer is geen sprake.

Voor zover betrokkene en de referentiepersoon wensen aan te tonen dat betrokkene voorafgaand aan de huidige aanvraag gezinshereniging en reeds van in het land van herkomst deel uitmaakte van het gezin van de referentiepersoon, dient opgemerkt te worden dat hieromtrent geen documenten werden voorgelegd. Het gegeven dat betrokkene op 04.06.2019 officieel gedomicilieerd werd op het adres van de referentiepersoon in België doet geen afbreuk aan deze vaststellingen.

Voor zover betrokkene en de referentiepersoon wensen aan te tonen dat betrokkene voorafgaand aan de huidige aanvraag gezinshereniging en reeds van in het land van herkomst ten laste was van de referentiepersoon, dient opgemerkt te worden dat betrokkene niet heeft aangetoond dat hij onvermogen was in zijn land van herkomst of origine voor zijn komst naar België, er niet werd aangetoond dat hij voorafgaand aan de aanvraag en reeds van in het land van herkomst of origine ten

laste was van de referentiepersoon, en er niet blijkt dat betrokkene en de referentiepersoon niet ten laste vielen en/of vallen van de Belgische staat.

Het schrijven dd. 15.09.2019 van de advocaat van betrokkene, waarin deze aanhaalt dat betrokkene sedert 2006 ononderbroken op het Belgische grondgebied verblijft en dat het onmogelijk is bewijzen aan te brengen dat betrokkene reeds voor deze datum ten laste was van de referentiepersoon, doet hier geen afbreuk aan.

Er kan bijkomend opgemerkt worden dat het administratief dossier van betrokkene elementen bevat die het aangehaalde ononderbroken verblijf van betrokkene in België sedert 2006 tegenspreken.

Het gegeven dat betrokkene sedert juni 2019 tot op heden op het adres van de referentiepersoon gedomicilieerd is, doet geen afbreuk aan bovenstaande vaststellingen. Immers, louter het gegeven dat betrokkene op het adres van de referentiepersoon gedomicilieerd was/is, heeft niet automatisch tot gevolg dat hij ook ten laste was/is van de referentiepersoon. Immers, de voorwaarde van het ten laste zijn dient op een actieve wijze te worden aangetoond en valt niet impliciet af te leiden uit het feit dat men onder hetzelfde dak woont (arrest RvV nr. 145.912 dd. 21.05.2015). Bovendien heeft deze situatie betrekking op de toestand in België, niet op deze in het land van herkomst of origine.

Uit het geheel van de voorgelegde stukken blijkt niet afdoende dat betrokkene reeds in het land van herkomst ten laste was van de burger van de Unie of in het land van herkomst reeds deel uitmaakte van het gezin van de burger van de Unie, en dit in de periode voorafgaand aan de huidige aanvraag gezinshereniging. Betrokkene toont dus niet afdoende aan te voldoen aan de voorwaarden van artikel 47/1, 2° van de wet van 15.12.1980 om het verblijfsrecht in België te verkrijgen op basis van gezinshereniging.

De aanvraag tot gezinshereniging wordt geweigerd. Het AI van betrokkene dient te worden ingetrokken.

Aan betrokkene wordt het bevel gegeven het grondgebied van het Rijk te verlaten binnen 30 dagen. Wettelijke basis: artikel 7, 1, 2° van de wet van 15.12.1980: legaal verblijf in België is verstreken.

Hierbij werd wel degelijk rekening gehouden met art. 74/13 van de wet van 15.12.1980. Het gegeven dat de referentiepersoon zich in België gevestigd heeft, kan een bevel aan betrokkene niet in de weg staan. Immers, betrokkene behoort niet tot het originele kerngezin van de referentiepersoon, derhalve kan het aangehaalde gezinsleven van beide niet als argument worden aangehaald waarom het bevel niet zou mogen worden genomen. De aangehaalde afhankelijkheidsrelatie tegenover de referentiepersoon wordt betwist. Betrokkene is een volwassen persoon waarvan mag verwacht worden dat hij ook een leven kan opbouwen in het land van herkomst of origine zonder de nabijheid van de referentiepersoon en ondanks het precaire verblijf in België. Nergens uit het dossier blijkt dat hij daar niet toe in staat zou zijn. Er dient tevens opgemerkt te worden dat de huidige beslissing geen weigering van voortgezet verblijf inhoudt. Er is geen sprake van minderjarige kinderen in België, noch van enige medische problematiek op naam van betrokkene.”

2. Onderzoek van het beroep

2.1.1. Het eerste middel is afgeleid uit de schending van artikel 42 van wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: de Vreemdelingenwet) *iuncto* artikel 52 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: het Vreemdelingenbesluit).

Verzoeker voert in essentie aan dat hij op grond van de voormelde bepalingen in het bezit moet worden gesteld van een verblijfskaart als familielid van een burger van de Unie, nu de termijn van zes maanden binnen dewelke de overheid een beslissing moet nemen én betekenen, werd overschreden. De verwerende partij had derhalve niet langer de bevoegdheid om de aanvraag te weigeren, zo stelt hij.

2.1.2. Artikel 42, § 1, eerste lid, van de Vreemdelingenwet bepaalt:

“Het recht op een verblijf van meer dan drie maanden in het Rijk wordt zo snel mogelijk en ten laatste zes maanden volgend op de datum van aanvraag zoals bepaald in § 4, tweede lid, erkend aan de

burger van de Unie en zijn familieleden onder de voorwaarden en voor de duur door de Koning bepaald overeenkomstig de Europese verordeningen en richtlijnen.”

Artikel 52, §4, van het Vreemdelingenbesluit bepaalt:

“Indien het familielid alle vereiste documenten heeft overgemaakt, maakt het gemeentebestuur de aanvraag over aan de gemachtigde van de minister.

Indien de Minister of zijn gemachtigde het verblijfsrecht toekent of als er geen enkele beslissing is genomen binnen de termijn bepaald bij artikel 42, van de wet, geeft de burgemeester of zijn gemachtigde aan de vreemdeling een “verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie” overeenkomstig het model van bijlage 9 af.”

Artikel 42, §1, van de Vreemdelingenwet voorziet aldus dat de aanvraag op grond van artikel 40bis van de Vreemdelingenwet ten laatste zes maanden na de aanvraag wordt erkend. Artikel 52, §4, van het Vreemdelingenbesluit geeft verdere uitvoering aan deze bepaling door te bepalen dat, indien binnen deze termijn geen beslissing werd genomen, de burgemeester of zijn gemachtigde de verblijfskaart afgeeft.

Artikel 47/2 van de Vreemdelingenwet bepaalt dat de bepalingen van hoofdstuk I over de in artikel 40bis bedoelde familieleden van een burger van de Unie van toepassing zijn op de andere familieleden, bedoeld in artikel 47/1.

Artikel 42, §1, van de Vreemdelingenwet en artikel 52, §4, van het Vreemdelingenbesluit vormen de omzetting van artikel 10, eerste lid, van de richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden (hierna: de Burgerschapsrichtlijn), dat stelt als volgt:

“Het verblijfsrecht van de familieleden van een burger van de Unie die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten, wordt binnen zes maanden na de datum van indiening van een aanvraag ter zake vastgesteld door de afgifte van een document, ‘verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie’ genoemd. Een verklaring dat de aanvraag om een verblijfskaart is ingediend, wordt onmiddellijk afgegeven.”

Het Hof van Justitie heeft in zijn arrest *Diallo* van 27 juni 2018 (C-246/17) de strekking van artikel 10 van de Burgerschapsrichtlijn als volgt verduidelijkt:

“dat artikel 10, eerste lid van de burgerschapsrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het besluit over de aanvraag voor een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Europese Unie binnen de in die bepaling gestelde termijn van zes maanden niet alleen moet worden genomen, maar ook ter kennis van de betrokkene moet worden gebracht.”

Op dit punt moet verzoeker dus worden bijgetreden. Het Hof stelt daarnaast evenwel dat de Burgerschapsrichtlijn zich verzet tegen een nationale regeling die de bevoegde nationale autoriteiten verplicht ambtshalve een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Europese Unie aan de betrokkene af te geven wanneer de in artikel 10, eerste lid van deze richtlijn voorgeschreven termijn van zes maanden wordt overschreden, zonder dat eerst wordt vastgesteld dat die persoon daadwerkelijk voldoet aan de voorwaarden om in overeenstemming met het Unierecht in het gastland te verblijven. Het Hof stelt dat een stelsel waarbij er automatisch een verblijfsrecht wordt afgegeven omwille van een overschrijding van de vastgestelde termijn *“haaks [staat] op de doelstellingen van richtlijn 2004/38 voor zover het het mogelijk maakt dat een verblijfskaart wordt afgegeven aan iemand die niet voldoet aan de voorwaarden daarvoor”* (§ 55).

Artikel 42, §1, van de Vreemdelingenwet dient te worden gelezen conform de interpretatie die door het Hof van Justitie werd gegeven aan artikel 10 van de burgerschapsrichtlijn. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad) stelt in dit verband vast dat artikel 42, §1, van de Vreemdelingenwet gaat dan ook niet verder dan artikel 10 van de Burgerschapsrichtlijn zoals geïnterpreteerd in het arrest *Diallo* van het Hof van Justitie, en laat niet toe dat de overschrijding van de daarin bepaalde termijn van zes maanden aanleiding kan geven tot de automatische afgifte van de verblijfskaart zonder dat daarbij werd nagegaan of aan de voorwaarden werd voldaan.

Artikel 52 van het Vreemdelingenbesluit bevat de verdere uitvoeringsmaatregelen en modaliteiten met betrekking tot de afgifte van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie. Waar artikel 52, §4, tweede lid, van het Vreemdelingenbesluit bepaalt dat *“als er geen enkele beslissing is genomen binnen de termijn bepaald bij artikel 42, van de wet, (...) de burgemeester of zijn gemachtigde aan de vreemdeling een "verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie" overeenkomstig het model van bijlage 9 af(geeft)”*, laat het toe dat een verblijfskaart automatisch wordt afgegeven bij overschrijding van de termijn van zes maanden, zonder dat de grondvoorwaarden voor de erkenning van het verblijfsrecht werden nagegaan.

Artikel 52, §4, tweede lid, van het Vreemdelingenbesluit is aldus in strijd artikel 42, §1, van de Vreemdelingenwet, zoals geïnterpreteerd conform artikel 10 van de Burgerschapsrichtlijn en het arrest *Diallo*.

Verzoeker betoogt dat dit niet betekent dat de nationale wetgeving geen toepassing meer kan vinden. Hij stelt daarover het volgende:

“De gemachtigde zal vermoedelijk betogen dat de nationale wetgeving geen toepassing meer dient te vinden gelet op het arrest van het Hof van Justitie.

Zulke conclusie is evenwel onverenigbaar met voormeld arrest van het Hof van Justitie. Het Hof overweegt enkel dat de richtlijn niet verenigbaar is met de Belgische nationale regeling.

Hieruit vloeit niet ipso facto voort dat de burger (= verzoeker) zich niet langer kunnen beroepen op de nationale regeling.

Opdat de overheid de nationale bepalingen buiten werking zou kunnen laten wegens strijdigheid met Unierecht dient het betreffende Unierecht rechtstreekse werking te hebben.

Indien een richtlijn geen rechtstreekse werking heeft, kan de nationale overheid (zo ook dus verwerende partij en uw Raad) het nationale recht dat strijdig is met de richtlijn niet buiten toepassing laten. (cfr. HvJ, Arcaro, nr. C-168/95: “3) Het gemeenschapsrecht kent geen middel dat de nationale rechter in staat stelt om nationale bepalingen die in strijd zijn met een bepaling van een niet- omgezette richtlijn, terzijde te stellen wanneer voor de nationale rechter op deze laatste bepaling geen beroep kan worden gedaan.”)

Aan art. 10, lid 1 van de richtlijn 2004/38 heeft geen rechtstreekse werking worden toegekend tgo. de burger/ verzoeker.

Primo dient te worden vastgesteld dat de overheid zich thans wenst te beroepen op een bepaling uit de richtlijn welke zijzelf foutief heeft geïmplementeerd.

In casu zijn art. 42 Vreemdelingenwet en art. 52 Vreemdelingen-KB immers niet voor enige (richtlijnconforme) interpretatie vatbaar, doch heeft het Hof van Justitie vastgesteld dat deze nationale regeling onverenigbaar is met art. 10 van richtlijn 2004/ 38, en heeft het Hof aldus geoordeeld dat de richtlijn foutief geïmplementeerd is in de nationale regelgeving.

Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat een overheid zich tgo. de burger niet kan beroepen op de verticale werking van richtlijn welke zijzelf niet of verkeerd heeft geïmplementeerd. De omgekeerde verticale werking wordt dan niet aanvaard (zie ondermeer: HvJ 10 oktober 2017, Farrell, C-413/15; HvJ 27 februari 2014, OSA, C-351/12; HvJ 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a., C- 397/01 tot C-403/01; HvJ 14 juli 1994, Faccini Dori, C-91/92; HvJ 7 maart 1996, El Corte Inglés, C-192/94; HvJ 8 oktober 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86).):

35 Met betrekking tot een situatie als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, behoeft niet te worden onderzocht, of artikel 3 van de richtlijn onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is.

36 Het Hof heeft immers beklemtoond, dat de mogelijkheid om voor een nationale rechter een beroep te doen op de onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige bepaling van een niet-omgezette richtlijn slechts bestaat voor particulieren ten aanzien van "elke Lid-Staat waarvoor zij bestemd is". Hieruit volgt, dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn niet als zodanig tegenover een particulier kan worden ingeroepen (arresten van 26 februari 1986, zaak 152/84, Marshall, Jurispr. 1986, blz. 723, r.o. 48, en 8 oktober 1987, zaak 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Jurispr. 1987, blz. 3969, r.o. 9). Het Hof preciseerde, dat deze rechtspraak ertoe strekt te voorkomen, dat een staat voordeel heeft bij zijn miskenning van het gemeenschapsrecht (arresten van 14 juli 1994, zaak C-91/92, Faccini Dori, Jurispr. 1994, blz. 1-3325, r.o. 22, en 7 maart 1996, zaak C-192/94, El Corte Inglés, Jurispr. 1996, blz. 1-1281, r.o. 16).

Aangezien de overheid geen beroep kan doen op (art. 10 van) de richtlijn 2004/ 38 welke zij immers zelf verkeerd heeft omgezet en art. 10 lid van de richtlijn dus geen rechtstreekse werking kan hebben tgo. verzoeker, kan zij (en ook uw Raad) de nationale bepalingen (art. 42 Vreemdelingenwet en art. 52 Vreemdelingen-KB) niet terzijde stellen (cfr. arrest Arcaro, C168/95):

“(…)

40 Om te beginnen moet worden opgemerkt, dat het gemeenschapsrecht geen dergelijk middel kent.

41 Daaraan moet worden toegevoegd, dat de uit een richtlijn voortvloeiende verplichting der Lid-Staten om het daarmee beoogde doel te verwezenlijken, alsook de verplichting krachtens artikel 5 van het Verdrag, om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren, geldt voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de Lid-Staten, en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties. Bij de toepassing van het nationale recht moet de nationale rechter dit derhalve zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het ermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 189, derde alinea, van het Verdrag te voldoen (zie arresten van 13 november 1990, zaak C-106/89, *Marleasing*, Jurispr. 1990, blz. 1-4135, r.o. 8, en 16 december 1993, zaak C-334/92, *Wagner Miret*, Jurispr. 1993, blz. 1-6911, r.o. 20).

42 Deze verplichting van de nationale rechter om bij de uitlegging van de ter zake dienende voorschriften van zijn nationale recht te rade te gaan met de inhoud van de richtlijn, vindt evenwel haar begrenzing wanneer een dergelijke uitlegging ertoe leidt, dat aan een particulier een door een niet-omgezette richtlijn opgelegde verplichting wordt tegengeworpen of, a fortiori, wanneer zij tot gevolg heeft, dat op grond van de richtlijn en bij ontbreken van een ter uitvoering ervan vastgestelde wet, de strafrechtelijke aansprakelijkheid van degenen die in strijd met haar bepalingen handelen, wordt vastgesteld of verzwaaard (zie arrest *Kolpinghuis Nijmegen*, reeds aangehaald, r.o. 13 en 14).

43 Mitsdien moet op de derde vraag worden geantwoord, dat het gemeenschapsrecht geen middel kent dat de nationale rechter in staat stelt om nationale bepalingen die in strijd zijn met een bepaling van een niet-omgezette richtlijn, terzijde te stellen wanneer voor de nationale rechter op deze laatste bepaling geen beroep kan worden gedaan.

(...)

Bovendien kan worden opgemerkt dat voor de directe werking van een bepaling van een richtlijn de bepaling duidelijk en onvoorwaardelijk moet zijn, en dat ze geen discretionaire uitvoeringsmaatregelen behoeft (vanwege de lidstaat). Wat betreft art. 10 van de richtlijn 2004/38 stelt het Hof van Justitie evenwel letterlijk dat de richtlijn de gevolgen van het niet-respecteren van de termijn van 6 maanden niet regelt en dat het aan de lidstaten is om dit, binnen hun procedurele autonomie, zelf te regelen (randnr. 35):

In dat verband moet erop worden gewezen dat richtlijn 2004/38 geen bepalingen bevat tot regeling van de gevolgen die verbonden zijn aan de overschrijding van de in artikel 10, lid 1, van richtlijn 2004/38 gestelde termijn, zodat het in beginsel aan de lidstaten is om die kwestie in het kader van hun procedurele autonomie te regelen met inachtneming van het doeltreffendheids- en het gelijkwaardigheidsbeginsel (zie in die zin arrest van 17 maart 2016, *Bensada Benallal*, C-161/15, EU:C:2016:175, punt 24).

Ten slotte dient acht geslaan op art. 37 van de richtlijn 2004/38 (waaraan het Hof van Justitie in het arrest *DIALLO* helaas lijkt voorbij te zijn gegaan). Dit artikel stelt:

Het bepaalde in deze richtlijn geldt onverminderd de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van een lidstaat die eventueel gunstiger zijn voor de personen waarop deze richtlijn betrekking heeft.

Art. 37 stelt m.a.w. duidelijk dat de gunstigere nationale bepalingen voorgaan, terwijl de bepalingen van art. 42 Vreemdelingenwet en art. 52 van het Vreemdelingen-KB als gunstiger kunnen worden beschouwd, aangezien zij op grond hiervan gerechtigd zijn op de afgifte van een verblijfskaart.

9.

Conclusie: verwerende partij (en uw Raad) kan de nationale regeling niet ter zijde stellen op grond van de overwegingen uit het arrest *Diallo*.

Verwerende partij kan zich tgo. verzoeker niet beroepen op een de richtlijn welke niet of verkeerd werd geïmplementeerd in de nationale regeling.

Verzoeker kunnen zich derhalve beroepen op de nationale regeling welke voorziet in de ambtshalve afgifte van de verblijfskaart, nl. art. 42 § 1 Vreemdelingenwet en art. 52 § 4 Vreemdelingen-KB.

Door het verblijfsrecht aan verzoeker te weigeren terwijl de termijn van 6 maanden verstreken is, schendt verwerende partij voormelde bepalingen.”

Verzoeker kan niet dienstig verwijzen naar het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Arcaro*. Immers, in dit arrest heeft het Hof zich uitgesproken over de vraag of de overheid van een lidstaat verplichtingen die zijn opgelegd in een richtlijn die zij niet of niet volledig heeft omgezet, kan opleggen aan de rechtsonderhorigen, quod non. Ook de andere arresten van het Hof van Justitie waarnaar verzoeker verwijst hebben betrekking op de niet tegenstelbaarheid van verplichtingen die zijn opgenomen in bepalingen van niet of niet deugdelijke omgezette richtlijnen aan de rechtsonderhorigen. Dat is thans niet aan de orde.

Overeenkomstig de jurisprudentie van het Hof van Justitie moeten niet enkel rechtscolleges, maar ook administratieve overheden een onwettige bepaling buiten toepassing laten in geval van strijdigheid met een Europese rechtsnorm. In het arrest *Fratelli Costanzo* oordeelde het Hof van Justitie dat een lagere overheid de bepalingen van nationaal recht die een hogere overheid in strijd met het Unierecht heeft uitgevaardigd, zonder meer buiten toepassing moet laten (HvJ 22 juni 1989, *Fratelli Costanzo*, 103/88, punt 33. HvJ (Grote kamer) 9 september 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi*, C-198/01, punt 49, HvJ 13 juli 1972, *Commissie t. Italië*, 48/71, punt 7).

Het principe dat het bestuur eigenmachtig een onwettige bepaling buiten toepassing laat in het geval van strijdigheid met een Europese rechtsnorm, staat evenwel op gespannen voet met de bevoegdheidsbepaling in artikel 159 van de Grondwet, bepaling die, zo stelt de Raad van State, de essentie van de rechtsstaat raakt (RvS nr. 65.974 van 22 april 1997; zie ook: A. ALLEN en J. THEUNIS, *“Praktische vragen over de « exceptie van onwettigheid » in “Artikel 159 van de Grondwet”*, in A. ALLEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 54, Brugge, die Keure, 2009, 7-8).

Artikel 159 van de Grondwet bepaalt dat de hoven en rechtbanken de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toepassen in zoverre zij met de wetten overeenstemmen. Die vaststelling leidt ertoe dat de Raad met toepassing van artikel 159 van de Grondwet de reglementaire bepaling, waarvan hij de onwettigheid vaststelt, buiten toepassing laat (RvS nr. 240.240 van 20 december 2017). De verzoekende partij kan zich voor de Raad bijgevolg niet nuttig beroepen op de toepassing van artikel 52, §4, tweede lid, van het Vreemdelingenbesluit, dat door de Raad, die een rechtscollege is, op grond van artikel 159 van de Grondwet buiten beschouwing moet worden gelaten.

Artikel 159 van de Grondwet heeft echter geen betrekking op de organen van de uitvoerende macht, zodat de verwerende partij in beginsel geen bevoegdheid heeft om artikel 52, §4, tweede lid, van het Vreemdelingenbesluit buiten toepassing te laten wegens strijdigheid met artikel 42 van de Vreemdelingenwet *iuncto* artikel 10 van de Burgerschapsrichtlijn. Het bestuur kan immers niet op eigen gezag andere bestuursbeslissingen of reglementaire bepalingen buiten beschouwing laten (R.v.St., *Browaeyns*, nr. 37.671, 19 september 1991; R.v.St., *Kohner*, nr. 40.449, 22 september 1992; R.v.St., *Artois e.a.*, nr. 65.974, 22 april 1997).

Het beginsel dat de regel vervat in artikel 159 van de Grondwet in beginsel niet geldt voor het actief bestuur moet evenwel worden genuanceerd. Wanneer het besluit dat door het bestuur moet worden uitgevoerd is aangetast door een flagrante en onbetwistbare onwettigheid, moet dit besluit als niet bestaande worden beschouwd (zie o.m. RvS nr. 243.019 van 22 november 2018; RvS nr. 182.591 van 29 april 2008; R.v.St., *Artois e.a.*, nr. 65.974, 22 april 1997, A.J.T. 1997-98, 527, noot J. Theunis.).

Daarnaast heeft het Grondwettelijk Hof ook aanvaard dat artikel 159 van de Grondwet niet belet dat een administratieve overheid zich voor de rechter beroept op de onwettigheid van een (verordenend) besluit dat zijzelf heeft genomen (Arbitragehof nr. 70/2007, 26 april 2007, B.6.2; Grondwettelijk Hof nr. 121/2007, 19 september 2007, B.6.2.).

De rechtszekerheid vereist daarbij evenwel dat de bestuurlijke overheid, wanneer zij van oordeel is dat een door haar genomen besluit of verordening onwettig is, tot dwingende plicht heeft die onwettigheid onverwijld te herstellen door het besluit of de verordening te herzien en in overeenstemming te brengen met de wet of de hogere regel (RvS nr. 138.975 van 10 januari 2005). Het komt de overheid toe om zo spoedig mogelijk te remediëren aan de rechtsonzekerheid die zijzelf gecreëerd heeft.

In het arrest *Diallo* verklaarde het Hof van Justitie ondubbelzinnig en onbetwistbaar dat de Burgerschapsrichtlijn zich verzet tegen een nationale regeling die de bevoegde nationale autoriteiten verplicht ambtshalve een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Europese Unie aan de betrokkene af te geven wanneer de in artikel 10, eerste lid, van deze richtlijn voorgeschreven termijn van zes maanden wordt overschreden, zonder dat eerst wordt vastgesteld dat die persoon daadwerkelijk voldoet aan de voorwaarden om in overeenstemming met het Unierecht in het gastland te verblijven. Waar artikel 52, §4, tweede lid, van het Vreemdelingenbesluit voorziet dat, wanneer geen beslissing werd genomen binnen een termijn van zes maanden, zonder onderzoek van de verdere voorwaarden, een verblijfskaart van een familielid van de Unie moet worden afgegeven, is deze bepaling aldus flagrant in strijd met de uitlegging die door het Hof van Justitie werd gegeven aan artikel 10 van de Burgerschapsrichtlijn.

Gelet op de duidelijke en niet voor betwisting vatbare uitlegging die werd gedaan door het hoogste terzake bevoegde rechtscollege, moet artikel 52, §4, tweede lid, van het Vreemdelingenbesluit als onbestaanbaar met artikel 42, §1 van de Vreemdelingenwet *iuncto* artikel 10 van de Burgerschapsrichtlijn worden beschouwd. De Raad stelt te dezen dan ook vast dat het inderdaad gaat om een flagrante en onbetwistbare strijdigheid met de hogere rechtsregels waaraan artikel 52, §4, tweede lid geacht wordt uitvoering te geven, zodat ook het bestuur die bepaling buiten beschouwing diende te laten.

Bijkomend kan in dit verband nog worden opgemerkt dat ingevolge de uitlegging van het Hof van Justitie in het arrest *Diallo*, de vraag naar de wettigheid van artikel 52, §4, tweede lid, van het Vreemdelingenbesluit thans als uitgeklaard moet worden beschouwd. Van het bestuur wordt *in casu* niet verlangd dat zijzelf artikel 52, §4, tweede lid, van het Vreemdelingenbesluit - in strijd met artikel 159 van de Grondwet - zelf aan de Burgerschapsrichtlijn toetst, doch enkel dat zij passend gevolg geeft aan het arrest *Diallo* en ingevolge de thans uitgeklaarde flagrante en onbetwistbare strijdigheid met de hogere rechtsregels, de reglementaire bepaling buiten toepassing laat (cf. hierover: THEUNIS, J., *De exceptie van onwettigheid: op zoek naar een verloren evenwicht*, TBP 2011, afl. 5, 260-274, nr. 13; THEUNIS, J., *De exceptie van onwettigheid. Onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, <https://www.uhasselt.be/Documents/faculteiten/rechten/DoctoraatJanTheunis.pdf>, nrs. 242-255).

2.1.3. Het eerste middel, waarin verzoeker in essentie stelt dat hij zich kan beroepen op de nationale regeling die voorziet in de ambtshalve afgifte van de verblijfskaart op grond van de artikelen 42, §1 van de Vreemdelingenwet en artikel 52, §4 van het Vreemdelingenbesluit, is niet gegrond.

2.2.1. Het tweede middel is gericht tegen het bevel om het grondgebied te verlaten en is afgeleid uit de schending van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet *iuncto* het zorgvuldigheidsbeginsel *iuncto* de materiële motiveringsplicht.

Verzoeker betoogt het volgende:

“10.

De gemachtigde betoogt in de bestreden beslissing dat “wel degelijk rekening werd gehouden met art. 74/13 van de Wet van 15.12.1980”.

De gemachtigde overweegt dat betrokkene niet behoort tot het kerngezin van de referentiepersoon en dat het gezinsleven derhalve “niet als argument kan worden aangehaald waarom het bevel zou mogen genomen worden

Anderzijds stelt de gemachtigde dat de aangehaalde afhankelijkheidsrelatie wordt betwist.

Allereerst missen de overwegingen feitelijke grondslag. Verzoeker leeft in België reeds geruime tijd in bij zijn nonkel en is van diens onderhoud afhankelijk, hetgeen genoegzaam blijkt uit het dossier. Verzoeker vormt met zijn nonkel aldus wel een kerngezin en de afhankelijkheidsrelatie op Belgisch grondgebied kan redelijkerwijze niet worden betwist.

De bestreden beslissing is aldus gestoeld op onjuiste feitelijke overwegingen derwijze een schending van art. 74/13 Vreemdelingenwet i.u.o. de materiële motiveringsplicht dient te worden aangenomen.

Ook indien verzoeker niet tot het kerngezin van de referentiepersoon zou behoren en t.o.v. laatstgenoemde niet in een afhankelijkheidsrelatie zou staan, kan daaruit niet ipso facto worden afgeleid dat art. 74/13 Vreemdelingenwet niet toepasselijk zou zijn. Overeenkomstig art. 74/13 dient rekening te worden gehouden met het “gezins- en familieleven”.

De notie “gezins- en familieleven” in de zin van art. 74/13 Vreemdelingenwet is ruimer dan de notie van het gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM terwijl de gemachtigde lijkt te stellen dat, aangezien de relatie van verzoeker met zijn nonkel niet binnen de scope van art. 8 EVRM valt, art. 74/13 Vreemdelingenwet derhalve niet geschonden kan zijn. Deze overweging c.q. redenering is aldus strijdig met art. 74/13 Vreemdelingenwet aangezien de gemachtigde aldus (minstens impliciet) stelt dat hij enkel gehouden is rekening te houden met het gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM.”

2.2.2. Verzoeker beroept zich op een afhankelijkheidsrelatie ten opzichte van zijn oom.

Artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet bepaalt dat bij het nemen van een beslissing tot verwijdering de minister of zijn gemachtigde rekening houdt met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land. Deze bepaling vormt de omzetting van artikel 5 van Richtlijn 2008/115/EG over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen die illegaal op hun grondgebied

verblijven (de Terugkeerrichtlijn), en de drie te respecteren elementen vinden eveneens hun weerklank in respectievelijk de artikelen 24 (hoger belang van het kind), 4 (verbod van foltering en van onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen) en 7 (eerbiediging van het privéleven en het familie- en gezinsleven) van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest). Bij de tenuitvoerlegging van de Terugkeerrichtlijn zijn de Lidstaten eveneens gehouden tot naleving van die artikelen van het Handvest. Conform artikel 52, 3 van het Handvest moet aan artikel 7 van het Handvest een zelfde draagwijdte worden gegeven als aan artikel 8 van het EVRM. Verzoeker kan dan ook niet worden bijgetreden waar hij betoogt dat de notie “gezins- en familieleden” in de zin van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet ruimer is dan deze in artikel 8 van het EVRM.

Artikel 8 van het EVRM bepaalt het volgende:

“1. Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht dan voor zover bij de Wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”

In beginsel heeft de bescherming die artikel 8 EVRM biedt hoofdzakelijk betrekking op het kerngezin (EHRM 9 oktober 2003, Slivenko/Letland (GK), § 94). Banden met andere gezins- of familieleden dan die van het kerngezin, d.i. de zgn. ruimere familieleden, worden slechts gelijkgesteld met een gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM indien het bestaan van bijkomende elementen van afhankelijkheid, andere dan de gewoonlijke affectieve banden, wordt aangetoond. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelt dat ‘de relaties tussen volwassenen niet noodzakelijkerwijs van de bescherming van artikel 8 zullen genieten zonder dat het bestaan van bijkomende elementen van afhankelijkheid wordt aangetoond, naast de gewone affectieve banden’ (EHRM 13 februari 2001, Ezzouhdi/Frankrijk, § 34; EHRM 10 juli 2003, Benhebba/Frankrijk, § 36).

Verzoeker moet dus een meer dan gebruikelijke afhankelijkheidsrelatie met zijn oom aantonen, wil hij deze relatie beschermd zien.

In het arrest Rahman van het Hof van Justitie (HvJ 5 september 2012, C-83/11) wordt de gezinsband van ruimere familieleden als volgt beschreven: *“Wat het tijdstip betreft waarop de aanvrager zich in een situatie van afhankelijkheid moet bevinden om als „ten laste” in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38 te worden beschouwd, zij erop gewezen dat deze bepaling tot doel heeft, zoals uit punt 6 van de considerans van de richtlijn volgt, „de eenheid van het gezin in een verruimde betekenis te handhaven” door de binnenkomst en het verblijf te vergemakkelijken van personen die niet onder de in artikel 2, punt 2, van richtlijn 2004/38 gegeven definitie van familielid van een burger van de Unie vallen, maar niettemin nauwe en duurzame familiebanden met een burger van de Unie hebben wegens bijzondere feitelijke omstandigheden, zoals financiële afhankelijkheid, het behoren tot het huishouden of ernstige gezondheidsredenen.” (§32).*

Artikel 47/1, 2° van de Vreemdelingenwet beschouwt als “andere familieleden van een burger van de Unie”: *“de niet in artikel 40bis, §2, bedoelde familieleden die, in het land van herkomst, ten laste zijn of deel uitmaken van het gezin van de burger van de Unie”.*

Hieruit volgt dat een familielid van een burger van de Unie, die geen familielid is zoals bepaald in artikel 40bis, §2 van de Vreemdelingenwet moet aantonen in het land van herkomst “ten laste” te zijn van referentiepersoon, of deel uit te maken van diens gezin. Deze voorwaarde ligt in de lijn van wat het Hof van Justitie stelt in het arrest Rahman.

De verblijfsvoorwaarde die wordt gesteld in artikel 47/1, 2° van de Vreemdelingenwet verschilt in wezen dus niet van wat onder de bescherming van artikel 8 van het EVRM valt, met name dat er sprake is van bijkomende elementen van afhankelijkheid, andere dan de gewoonlijke affectieve banden en houdt dus een impliciete toetsing in aan het bedoelde artikel 8 van het EVRM. Aldus kan worden gesteld dat de toets van artikel 8 van het EVRM reeds werd doorgevoerd in de wettelijke bepalingen, nu de wetgever heeft geoordeeld dat het verblijfsrecht voor ruimere gezinsleden van een Unieburger slechts kan worden toegekend wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan (zie mutatis mutandis RvS 26 juni 2015, nr. 231.772).

In casu blijkt dat de verblijfsaanvraag wordt geweigerd omdat verzoeker geen documenten heeft voorgelegd waaruit blijkt dat hij in het land van herkomst ten laste was of deel uitmaakte van het gezin van de referentiepersoon. Verzoeker toont niet aan dat de beslissing tot weigering van verblijf niet deugdelijk zou zijn genomen. Met een verwijzing naar de huidige samenwoning en de loutere bewering dat hij afhankelijk is van het onderhoud van zijn oom, toont verzoeker niet afdoende aan dat er in casu sprake is van een zodanige mate van afhankelijkheid dat deze de gebruikelijke affectieve banden die tussen gezins- en familieleden bestaan overstijgt. Verzoeker toont op geen enkele wijze aan dat hij niet zelfstandig kan functioneren en bovendien blijkt dat hij gedurende verschillende jaren gescheiden leefde van zijn oom. Hij maakt derhalve niet aannemelijk dat de verwerende partij ten onrechte zou hebben geoordeeld dat van hem mag worden verwacht dat hij ook een leven kan opbouwen in het land van herkomst of origine zonder de nabijheid van de referentiepersoon nu uit niets blijkt dat hij daartoe niet in staat zou zijn.

2.2.3. Het tweede middel is niet gegrond.

3. Korte debatten

De verzoekende partij heeft geen gegrond middel dat tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan leiden aangevoerd. Aangezien er grond is om toepassing te maken van artikel 36 van het koninklijk besluit van 21 december 2006 houdende de rechtspleging voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, wordt de vordering tot schorsing, als accessorium van het beroep tot nietigverklaring, samen met het beroep tot nietigverklaring verworpen.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Enig artikel

De vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring worden verworpen.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op drie april tweeduizend twintig door:

mevr. A. WIJNANTS,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

mevr. C. VAN DEN WYNGAERT,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

C. VAN DEN WYNGAERT

A. WIJNANTS