

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

A R R E S T

nr. 193.106 van 8 mei 2009
in de zaak A. 146.718/XIV-18.430.

In zake : 1. XXX,
2. XXX,
die woonplaats kiezen bij
advocaat J. BOULBOULLE-KACZOROWSKA,
kantoor houdende te 4020 LUIK,
Quai de l' Ourthe 44/1

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door
de minister van Binnenlandse Zaken,
thans de minister van Migratie- en Asielbeleid.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIVE KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat XXX en XXX, van XXX nationaliteit, op 19 januari 2004 hebben ingediend om de vernietiging te vorderen van de beslissing van de minister van Binnenlandse Zaken van 11 december 2003 waarbij hun aanvraag om machtiging tot verblijf in toepassing van artikel 9, derde lid van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (Vreemdelingenwet), niet-ontvankelijk wordt verklaard;

Gelet op de beschikking van 29 januari 2004 waarbij aan de verzoekende partijen het voordeel van de kosteloze rechtspleging wordt verleend;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur M. STERCK, op grond van artikel 23 van het koninklijk besluit van 9 juli 2000 houdende bijzondere procedureregeling inzake geschillen over beslissingen betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen;

Gelet op de kennisgeving van dit verslag aan de partijen en gelet op het verzoek tot voortzetting van de verzoekende partijen teneinde te worden gehoord;

Gelet op de beschikking van 11 juli 2008 waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 10 september 2008;

Gehoord het verslag van staatsraad C. ADAMS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat K. VANHERCK, die loco advocaat J. BOULBOULLE-KACZOROWSKA de verzoekende partijen bijstaat en van advocaat S. FIERENS, die loco advocaat E. MATTERNE verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het andersluidend advies van auditeur M. VAN LIMBERGEN;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Overwegende dat de verzoekende partijen België binnenkomen op 20 februari 2001 en zich dezelfde dag vluchteling verklaren; dat op 26 februari 2001 de minister van Binnenlandse Zaken beslist tot weigering van verblijf, met bevel om het grondgebied van het Rijk te verlaten; dat op 27 maart 2001 de commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen deze beslissingen bevestigt; dat het beroep tot nietigverklaring tegen deze beslissingen met 's Raads arrest nr. 101.414 van 30 november 2001 wordt verworpen;

Overwegende dat de verzoekende partijen op 8 maart 2003 via de burgemeester van de gemeente Houthalen een aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9, derde lid van de Vreemdelingenwet indienen; dat de minister van Binnenlandse Zaken op 21 augustus 2002 deze aanvraag niet-ontvankelijk verklaart; dat de verzoekende partijen op 22 augustus 2002 en 18 september 2002 verzoeken om een verlenging van hun verblijf tot de medische problematiek van hun dochter is opgelost;

Overwegende dat de verzoekende partijen op 3 september 2002 via de burgemeester van de gemeente Middelkerke een tweede aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9, derde lid van de Vreemdelingenwet indienen; dat de minister van Binnenlandse Zaken op 19 augustus 2003 deze aanvraag niet-ontvankelijk verklaart;

Overwegende dat de verzoekende partijen op 7 oktober 2003 via de burgemeester van de gemeente Boortmeerbeek een derde aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9, derde lid van de Vreemdelingenwet indienen; dat deze aanvraag wordt aangevuld op 19 november 2003; dat de minister van Binnenlandse Zaken op 11 december 2003 deze aanvraag niet-ontvankelijk verklaart; dat dit de thans bestreden beslissing is, die luidt als volgt:

“Redenen:

De redenen die werden aangehaald waarom de betrokkenen de aanvraag om machtiging tot verblijf niet kunnen indienen via de gewone procedure namelijk via de diplomatieke of consulaire post bevoegd voor de verblijfplaats of de plaats van oponthoud in het buitenland.

Dat hun kinderen in België werden geboren, dat zij werkwilbig zijn en zich wensen te integreren in de Belgische samenleving is op zich niet uitzonderlijk en verantwoordt niet dat de aanvraag in België wordt ingediend. Zij wisten dat hun verblijf van tijdelijke aard was en enkel werd toegestaan in het kader van hun asielaanvraag. Zij wisten dat zij bij een eventuele negatieve beslissing het land dienden te verlaten. Dat de asielaanvraag niet grondig werd behandeld daar binnen twee maanden een definitieve beslissing werd genomen door het Commissariaat-Generaal voor Vluchtelingen en Staatlozen (CGVS); is een belediging aan het adres van de Belgische asielinstanties. Men kan het ons niet kwalijk nemen dat wij, in het belang van alle betrokken partijen, zo snel mogelijk een uitvoerbare beslissing trachtten te nemen. Daarenboven blijkt uit de beslissing van het CGVS dat betrokkenen enkel elementen aanhalen van gemeenrechtelijke aard vreemd aan één of meerdere criteria van de Conventie van Genève. Het probleem was ook duidelijk van lokale aard en betrokkenen konden op geen enkel moment aannemelijk maken dat de XXX autoriteiten betrokkenen geen bescherming zouden willen bieden. De problemen in hun land werden wel degelijk diepgaand onderzocht en afgewezen door de bevestigende beslissing van weigering van verblijf genomen door het CGVS op 27/03/2001 en kennis gegeven op 29/03/2001.

Het beroep dat betrokkenen tegen deze beslissing hadden ingediend bij de Raad van State verhinderde hen niet terug te keren naar XXX om eventueel later in regelmatige omstandigheden terug te keren naar België. Daarenboven werd het verzoek tot nietigverklaring door de Raad van State op 30/11/2001 verworpen (kennisgeving 24/12/2001).

Het medisch motief kan niet weerhouden worden. Uit het verslag van onze controlegeneesheer, dat werd uitgevoerd in het kader van een vorige aanvraag obv art. 9.3 van de wet van 15/12/1980, blijkt immers dat het medisch probleem van hun dochter K (°04/06/2002) hen niet verhindert te reizen en dat de noodzakelijke medische follow-up voor handen is in XXX.

Dat beide betrokkenen zouden worden opgepakt en tot levenslang veroordeeld en dat hun kinderen zouden worden geplaatst in een weeshuis en aangeboden voor adoptie op basis van de desertie van Mevrouw XXX daar zij niet is ingegaan op een oproepingsbrief van het Verenigd Militair Commissariaat ten einde haar medisch-militaire dienst te vervullen in T kan niet weerhouden worden.

De betrokkenen leveren immers geen enkel bewijs dat kan aantonen dat zij uitzonderlijke moeilijkheden zouden kennen bij hun terugkeer naar XXX. Mevr. XXX legt bijvoorbeeld geen bewijs voor dat zij werd veroordeeld. Daarenboven kan niet weerhouden worden dat Mr. XXX eveneens problemen zou ondervinden omdat zijn echtgenote veroordeeld zou worden voor desertie, laat staan dat hun kinderen zullen worden opgegeven voor adoptie.

Daarenboven is het vervullen van de militaire dienst een verplichting opgelegd in het land van herkomst en een aanvraag om machtiging tot verblijf

in toepassing van art. 9.3° van de wet van 15/12/1980 kan niet dienen om deze verplichting te ontlopen.

Ten slotte dient te worden opgemerkt dat hen reeds tweemaal een aanvraag op basis van art. 9. 3 van de wet van 15/12/1980 geweigerd werd op 21/08/2002 (kennisgeving op 21/01/2003) en op 19/08/2003 (kennisgeving op 16/09/2003).

Betrokkenen dienen contact op te nemen met de XXX vertegenwoordiging in België en/of de Internationale Organisatie voor Migratie (IOM) ten einde hun terugkeer voor te bereiden.”;

2.1. Overwegende dat de verzoekende partijen een eerste middel aanvoeren, dat luidt als volgt:

“Schending van substantiële vormvereisten, schending van het algemeen beginsel van behoorlijk beheer, machtsoverschrijding.

De bestreden beslissing is inderdaad nietig wegens het gebrek aan een substantiële vormvereiste, m.n. het gebrek aan een handgeschreven ondertekening van de persoon gemachtigd tot het nemen van een dergelijke beslissing.

Inderdaad de beslissing vermeldt dat zij genomen is door "Nadira Lazreg, conseiller adjoint/adjunctadviseur" maar draagt geen originele handtekening. Enkel een handtekening die manifest genummeriseerd werd d.m.v. een scanner komt voor op de beslissing.

Een handtekening definieert zich echter als een handgeschreven kenteken door dewelke de ondertekenaar op gebruikelijke wijze zijn identiteit aan derden toont. De handgeschreven handtekening waarborgt de authenticiteit van de beslissing en de identificatie van zijn auteur. De handtekening van de auteur van een administratieve beslissing moet beschouwd worden als een essentieel bestanddeel zonder dewelke de beslissing onbestaande is. Het gaat dus om een substantiële vormvereiste.

De litigieuze handtekening kan evenmin beschouwd worden als een elektronische handtekening in de zin van art. 2 van de wet van 9 juli 2000 betreffende de elektronische handtekeningen en de certificatediensten, dat als volgt bepaald :

"... Voor de toepassing van deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan wordt verstaan onder: 1° "elektronische handtekening" : gegevens in elektronische vorm, vastgehecht aan of logisch geassocieerd met andere elektronische gegevens, die worden gebruikt als middel voor authenticatie. 2° "geavanceerde elektronische handtekening" : elektronische gegevens vastgehecht aan of logisch geassocieerd met andere elektronische gegevens, die worden gebruikt als middel voor authenticatie en aan de volgende eisen voldoet :

- a) zij is op unieke wijze aan de ondertekenaar verbonden
- b) zij maakt het mogelijk de ondertekenaar te identificeren
- c) zij wordt aangemaakt met middelen die de ondertekenaar onder zijn uitsluitende controle kan houden;
- d) zij is op zodanige wijze aan de gegevens waarop zij betrekking heeft verbonden, dat elke latere wijziging van de gegevens kan worden opgespoord."

Als elektronische handtekening wordt dus o.m. bedoeld de digitale handtekening en andere technische mechanismen die de authenticiteit van gegevens verstuurd via elektronische weg kunnen nagaan.

In casu werd de handtekening louter gekopieerd d.m.v. een scanner. Deze handtekening beantwoordt dus niet aan de definitie van de elektronische handtekening en nog minder aan die van de geavanceerde elektronische handtekening.

"La signature dynamique ne doit pas être con fondue avec le procédé consistant simplement numériser une signature manuscrite au moyen d'un scanner. Ce procédé, qui permet de reproduire l'infini le graphisme d'une signature manuscrite, ne diffère finalement de la reproduction par photographie que par son degré de perfection. Il ne présente aucune garantie quant à l'identité de la personne qui a opéré la reproduction. Le document qui porte une telle signature n'a pas plus de valeur qu'une simple photocopie." (P. Lecocq — B. Vanbrabant, La preuve du contrat conclu par voie électronique, Act. Dr. 2002/3, p. 256)

Een aldus gescande handtekening die door eender wie kan geplaatst worden, laat niet toe na te gaan wie de werkelijke auteur van de beslissing is en dus de hoedanigheid van deze persoon. Het is niet uit te sluiten dat de gescande handtekening kon worden aangebracht door een niet gemachtigde ambtenaar.

De administratieve beslissing dd. 11.12.2003 is dus behept met een substantiële onregelmatigheid en is dus nietig.”;

2.2. Overwegende dat de verwerende partij in de memorie van antwoord het volgende stelt:

“" Schending van substantiële vormvereisten, schending van het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en machtsoverschrijding."

Verzoekers stellen als zou de handtekening die voorkomt op de bestreden beslissing niet beantwoorden aan de definitie van elektronische en / of geavanceerde elektronische handtekening.

De verwerende partij heeft de eer daarop te antwoorden dat de elektronische handtekening zoals die voorkomt op de originele beslissing wel degelijk is aangebracht volgens de bij wet gestelde voorwaarden.

Het gebruik van de elektronische handtekening wordt algemeen toegepast door de dienst vreemdelingenzaken en vindt zijn juridische grondslag o.a. in de wet van 20 oktober 2000 tot invoering van het gebruik van telecommunicatiemiddelen en van de elektronische handtekening in de gerechtelijke en buitengerechtelijke procedure (B.S. 22.12.2000)

Uit die wet ontstond lid 2 van artikel 1322 BW:

" Kan, voor de toepassing van dit artikel, voldoen aan de vereisten van een handtekening, een geheel van elektronische gegevens dat aan een bepaalde persoon kan worden toegerekend en het behoud van de integriteit van de inhoud van de akte aantoont."

De juridische basis van de elektronische handtekening is eveneens vastgelegd in de wet van 9 juli 2001 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatie diensten (B.S. 29.09.2001)

Artikel 4 § 4 van voornoemde wet is als volgt gesteld:

" Onverminderd de artikelen 1323 en volgende van het BW wordt een geavanceerde elektronische handtekening, gerealiseerd op basis van een gekwalificeerd certificaat en aangemaakt door een veilig middel voor het aanmaken van een handtekening, geassimileerd met een handgeschreven handtekening ongeacht of deze handtekening, geassimileerd met een handgeschreven handtekening ongeacht of deze handtekening gerealiseerd is door een natuurlijk dan wel door een rechtspersoon."

Artikel 4§ 5 luidt als volgt:

" een elektronische handtekening kan geen rechtsgeldigheid worden ontzegd en niet als bewijsmiddel in gerechtelijke procedures worden geweigerd louter op het feit dat:

- de handtekening in elektronische vorm is gesteld
- niet is gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat of
- niet is gebaseerd op een door een geaccrediteerde of certificatie dienstverlener afgegeven certificaat, of - zij niet met een veilig middel is gemaakt"

De elektronische handtekening zoals die door de dienst vreemdelingen zaken wordt gehanteerd voldoet aan de in bijlage III van voornoemde wet gestelde voorwaarden in verband met de veilige middelen.

Zo is:

- de handtekening op unieke wijze verbonden met de ondertekenaar
- de ondertekenaar identificeerbaar
- de ondertekenaar de uitsluitende controle heeft over de middelen tot de totstandkoming van deze handtekening, gezien voor elke elektronische handtekening een paswoord en een code dienen ingevoerd te worden die enkel gekend zijn door de ondertekenaar
- elke wijziging van de gegevens achteraf kan opgespoord worden. Eenmaal een elektronische handtekening wordt geplaatst onder te ondertekenen stukken, wordt het document geregistreerd en kan het vervolgens niet meer onder gewijzigde vorm worden opgeslagen.

De ondertekenaar is gekend als zijnde werkzaam bij de dienst vreemdelingen zaken in een hoedanigheid waardoor hij gemachtigd is beslissingen te nemen in naam van de Minister van Binnenlandse Zaken.

De bevoegdheid van de betrokken ambtenaar wordt nog eens ondersteund door het ministerieel besluit van 17 mei 1995 houdende delegatie van de bevoegdheid van de Minister inzake de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

Blijkt dat een geldige elektronische handtekening voorligt.

De bestreden beslissing werd conform de in voege zijnde wetgeving genomen.

Het eerste middel mist iedere grond.”;

2.3. Overwegende dat de verzoekende partijen in de memorie van wederantwoord het volgende toevoegen:

“De Belgische Staat beweert dat de handtekening die zich op de bestreden beslissing bevindt een elektronische handtekening is die bovendien beantwoordt aan alle wettelijke vereisten betreffende de elektronische handtekening.

Hierbij vergeet de Belgische Staat de definitie van de term "elektronische handtekening" in acht te nemen.

Art. 2 van de wet van 9 juli 2001 betreffende de elektronische handtekeningen en de certificatediensten omschrijft de elektronische handtekening als "gegevens onder elektronische vorm vastgehecht aan of logisch geassocieerd met andere elektronische gegevens".

De elektronische handtekening is dus een geheel van elektronische gegevens dat gehecht is aan een elektronisch document dat via de elektronische weg wordt verstuurd. Via de technologie van de private en publieke sleutels kan de ontvanger van dit elektronisch document de identiteit van de afzender en de authenticiteit van de inhoud van het elektronisch document nagaan.

Deze analyse vindt men tevens terug op de website van de FOD Economie, KMO, Middenstand en Energie :

"Een elektronische handtekening is per definitie een geheel van elektronische gegevens dat vastgehecht is aan of logisch geassocieerd is met andere elektronische gegevens, en dat wordt gebruikt als middel voor authenticatie. Dergelijke handtekening kan worden gebruikt voor het identificeren van de ondertekenaar(s) van een juridische akte die via de elektronische weg werd opgemaakt. Wettelijk gezien kan ze niet geweigerd worden op het stuk van haar juridische doeltreffendheid of haar ontvankelijkheid als gerechtelijk bewijsmiddel. Niettemin wordt ze enkel erkend als gelijkwaardig aan de handgeschreven handtekening wanneer zij voldoet aan een aantal technische veiligheidscriteria; in dit geval zegt men dat de elektronische handtekening gekwalificeerd is."

De bestreden beslissing die aan verzoekers ter kennis werd gebracht is echter geen elektronisch document doch een papieren document dat via de post wordt verstuurd. Verzoekers kunnen dus onmogelijk via de elektronische weg, zoals dit het geval is bij elektronisch ondertekende elektronische documenten, de geclaimde identiteit van de afzender en de authenticiteit van de inhoud van de beslissing nagaan. De beslissing diende dus manueel ondertekend te worden.

Er kan ook verwezen worden naar hetgeen Prof. M. STORME uiteenzette :

"Bij de zgn. Digitale handtekening (d.i. een bepaalde techniek van elektronische handtekening) wordt de asymmetrische cryptografie in omgekeerde richting gebruikt : daar wordt de private sleutel gebruikt om het bericht te versleutelen versleutelen — wat dus slechts door *één* persoon kan — terwijl eenieder het bericht kan ontcijferen met de publieke sleutel van de ondertekenaar, die van de private sleutel is afgeleid, en waardoor men de zekerheid heeft dat het bericht inderdaad aan de hand van die specifieke private sleutel is aangemaakt.

Meer bepaald is het zo dat aan het te ondertekenen elektronisch document een kleiner elektronisch bestand wordt gehecht, dat een afgeleide is van het te ondertekenen document en ervan een unieke kenmerking vormt — de hashingcode of 'digitale vingerafdruk' van het document -. Elke wijziging van het bestand resulteert na hashing in een andere code, zodat aan de hand van die code ook kan worden nagegaan of het bestand sinds de hashing ongewijzigd

is. De "ondertekening" met een digitale handtekening bestaat vervolgens in de versleuteling van dit aangehechte bestand aan de hand van een "private sleutel" (ook de "aanmaakgegevens" genoemd) door middel van een geconfigureerd computerprogramma of apparaat (ook "aanmaakmiddel" genoemd) (het bestand wordt dus in beginsel niet in zijn geheel versleuteld). Men heeft dus zowel de sleutel nodig als de programmatuur (of apparatuur) om met die sleutel te kunnen ondertekenen. Indien de sleutel waarmee "ondertekend" wordt een unieke datacombinatie is, kan men door de ontsleuteling of ontcijfering van het aangehechte bestand (aan de hand van de publieke sleutel) bovendien ook met zekerheid bepalen aan de hand van welke sleutel het bestand versleuteld is, dus van wie het afkomstig is. Op die manier kan, behalve de integriteit van het document, ook de identiteit van de ondertekenaar geverifieerd worden. "

('De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht — een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen', STORME, M., www.storme.be/elektronischehandtekening.html)

De gescande handtekening aangebracht op de bestreden beslissing die overhandigd werd aan verzoekers voldoet noch aan de definitie van de elektronische handtekening, en is evenmin een handgeschreven handtekening. ”;

2.4. Overwegende dat de verzoekende partijen aanvoeren dat de bestreden beslissing nietig is wegens het gebrek aan een handgeschreven ondertekening van de persoon gemachtigd tot het nemen van een dergelijke beslissing en dat de handtekening die op de bestreden beslissing voorkomt evenmin kan worden beschouwd als een elektronische handtekening in de zin van artikel 2 van de wet van 9 juli 2000 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatediensten; dat de verwerende partij haar stelling dat het wel degelijk om een elektronische handtekening gaat, niet met concrete elementen staaft; dat de verwerende partij dan ook niet aannemelijk maakt dat de afdruk van een ingescande handtekening in casu als een elektronische handtekening kan worden beschouwd; dat het manuele karakter een constitutief element van een rechtsgeldige gewone handtekening uitmaakt, zodat geen waarde kan worden gehecht aan stempels, afdrukken of andere vormen waarbij die handtekening niet met de hand is gemaakt; dat de afdruk van de ingescande handtekening veeleer met een fotokopie kan worden gelijkgesteld, doch niet als een manuele handtekening en, bij gebrek aan enig bewijs van beveiliging of versleuteling, evenmin

als een elektronische handtekening kan worden beschouwd; dat de verzoekende partijen dan ook terecht aanvoeren dat de “gescande handtekening die door eender wie kan geplaatst worden, (...) niet toe(laat) na te gaan wie de werkelijke auteur van de beslissing is en dus de hoedanigheid van deze persoon” en “het (...) niet uit te sluiten (is) dat de gescande handtekening kon worden aangebracht door een niet gemachtigde ambtenaar”; dat de bestreden beslissing een substantieel vormgebrek vertoont en dat het eerste middel in die mate gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van de minister van Binnenlandse Zaken van 11 december 2003 waarbij de aanvraag om machtiging tot verblijf in toepassing van artikel 9, derde lid van de Vreemdelingenwet niet-ontvankelijk wordt verklaard.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 350 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting,
op acht mei tweeduizend en negen, door :

de HH. C. ADAMS,

wnd. kamervoorzitter,
staatsraad,

J. CASNEUF,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

J. CASNEUF.

C.

ADAMS.