

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 190.805 van 25 februari 2009
in de zaak A. 187.145/XIV-30.253.**

In zake : XXX,
 die woonplaats kiest bij
 Advocaat N. DIRICKX,
 kantoor houdende te 2000 ANTWERPEN,
 Italiëlei 213, bus 15

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de Minister van Binnenlandse
Zaken, thans de Minister van Migratie- en asielbeleid.

--

DE VOORZITTER VAN DE XIVe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat XXX, van Ecuadoriaanse nationaliteit, op
20 februari 2008 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het arrest nr. 5942 van
18 januari 2008 van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen;

Gelet op de beschikking nr. 2433 van 21 maart 2008 waarbij het
cassatieberoep toelaatbaar wordt verklaard;

Gelet op artikel 16 van het koninklijk besluit van 30 november 2006 tot
vaststelling van de cassatie-procedure bij de Raad van State;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van
wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door Auditeur M. STERCK, op grond van
artikel 16 van voormeld koninklijk besluit;

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

Gelet op de beschikking van 21 oktober 2008 waarbij de terechtzitting
bepaald wordt op 28 januari 2009;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter A. BEIRLAEN;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat M. KALIN die, loco Advocaat N. DIRICKX verschijnt voor de verzoekende partij en van Advocaat E. MATTERNE die, loco Advocaat C. DECORDIER verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur M. STERCK;

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

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat :

1.1. XXX, van Ecuadoriaanse nationaliteit, dient op 21 november 2006 een aanvraag tot vestiging in in functie van haar minderjarige kinderen, van Belgische nationaliteit.

1.2. Op 21 november 2006 neemt de Minister van Binnenlandse Zaken een beslissing tot weigering van de vestiging met bevel om het grondgebied van het Rijk te verlaten.

1.3. Verzoekster dient op 7 november 2007 een vordering tot schorsing en een beroep tot nietigverklaring tegen deze beslissing in bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

1.4. Bij arrest nr. 5942 van 18 januari 2008 heeft de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring verworpen.

Dit is het bestreden arrest.

2. Over de gegrondheid van het beroep.

2.1.1. Overwegende dat verzoekster als eerste middel aanvoert:

“1^{ste} middel: schending van artikel 8 EVRM, schending van artikel 3.1 van het 4^{de} Protocol bij het EVRM
Artikel 8 EVRM voorziet in het recht op gezinsleven.

Artikel 3.1 van het 4de Protocol bij het EVRM voorziet in het verbod van uitzetting van onderdanen : "Niemand mag, bij wege van een maatregel van individuele of collectieve aard, worden verwijderd van het grondgebied van de Staat, waarvan hij onderdaan is."
- Verzoekster dient volgens de bestreden beslissing terug te keren naar haar land van herkomst.

In de bestreden beslissing oordeelt men dat een tijdelijke scheiding om de noodzakelijke formaliteiten te vervullen het gezinsleven niet verstoort en er dus geen sprake kan zijn van een schending van artikel 8 EVRM, noch van artikel 3.1 van het 4^{de} Protocol bij het EVRM.

Verzoekster is het er niet mee eens en verwijst in deze context naar een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 6 oktober 2006:

“... Le départ de X avec ses parents vers l'Equateur présenté par l'Etat belge comme étant un séjour provisoire limité à la durée nécessaire à l'obtention des autorisations de séjour requises pourrait donc fort bien se transformer en un éloignement définitif du territoire du Royaume pendant toute la durée de sa minorité. En leur qualité de représentants légaux de leur fille mineure, les intimés souhaitent éviter ce risque et souhaitent que leur fille puisse demeurer de manière interrompue en Belgique où elle dispose incontestablement de conditions de vie et de perspectives d'avenir beaucoup plus favorables que celles dont elle pourrait bénéficier en Equateur. Ce souhait est légitime, serait partagé par n'importe quel bon père et bonne mère de famille, et ne peut donc être reproché aux intimés”

Zoals het Hof van Beroep ook stelt doet een terugkeer naar Equador met het oog op de aanvraag tot verblijf afbreuk aan het verblijfsrecht van het Belgisch kind: kinderen van zeer jonge leeftijd kunnen vanzelfsprekend niet alleen in België blijven en zullen hun ouders dus noodgedwongen moeten volgen naar Equador. Verzoekster heeft in casu ook geen enkele garantie dat een aanvraag tot machtiging tot verblijf, ingediend vanuit Equador, wel zou worden ingewilligd. Het Belgisch kind loopt op die manier het risico om gedurende heel de minderjarigheid uit België verwijderd te worden. De ouder heeft het beste voor met zijn kind dat hier meer mogelijkheden heeft dan in Equador. Bovendien leeft het kind onafgebroken in België en reeds vanaf de geboorte. Het kent geen enkel ander land, cultuur, maatschappij enz. dan de Belgische.

- De bestreden beslissing schendt daarom de opgegeven wetsartikelen. ”;

2.1.2. Overwegende dat verzoekster in haar memorie van wederantwoord het middel zoals uiteengezet in haar inleidend verzoekschrift herhaalt;

2.1.3. Overwegende dat omtrent de schending van artikel 3.1 van het vierde Protocol bij het EVRM de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen overweegt dat de verwijderingsmaatregel enkel gericht is tegen verzoekster en niet tegen haar minderjarige kinderen zodat er geen schending is van voornoemde bepaling; dat verzoekster op generlei wijze deze overweging betwist; dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in zijn arrest omtrent de aangevoerde schending van artikel 8 van het EVRM overweegt dat “artikel 8 EVRM niet (kan) worden uitgelegd als zou er in hoofde van de overheid een algemene verplichting bestaan om een vreemdeling op zijn grondgebied te gedogen”, dat “verzoekster is onderworpen aan artikel 40, §6 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van het vreemdelingen (...) en (aldus) diende aan te tonen dat zij ten laste is van haar kind, wat zij naliet te doen” en dat “een rechtmatige toepassing van de vreemdelingenwet geen schending van het privéleven (kan) inhouden en

dus evenmin van artikel 8 EVRM (...); dat de Raad tevens overweegt dat “een tijdelijke scheiding met het oog op het vervullen van de noodzakelijke formaliteiten ter voldoening van de geldende wettelijke bepalingen, het gezinsleven van verzoekster niet in die mate (verstoort) dat er sprake kan zijn van een schending van artikel 8 EVRM.”; dat dient opgemerkt dat verzoekster geen kritiek uit op het eerste motief van het bestreden arrest maar zich beperkt tot kritiek op het motief in verband met de tijdelijke verwijdering; dat zij aanvoert, zich hierbij steunend op een Hof van Beroep van Brussel, dat haar minderjarig kind het risico loopt gedurende de ganse minderjarigheid te worden verwijderd uit België, waar de levensomstandigheden en de toekomstperspectieven veel gunstiger zijn dan in Ecuador; dat de argumentatie die verzoekster thans in haar cassatiemiddel aanvoert, verschillend is van de argumentatie aangevoerd in de middelen voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen; dat in haar eerste middel van haar annulatieberoep verzoekster zich beperkte tot het gegeven dat haar minderjarig kind niet alleen in België kan blijven en zij het ook niet kan meenemen naar een ander land aangezien haar kind de Belgische nationaliteit heeft en bijgevolg niet kan worden uitgezet; dat op geen enkel ogenblik bij het eerste middel werd verwezen naar het arrest van het Hof van Beroep en diens stelling; dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen de argumenten uit het annulatieberoep heeft onderzocht en hierop op afdoende wijze geantwoord; dat de argumentatie uit het cassatieberoep niet voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen is aangevoerd, alhoewel hiertoe de mogelijkheid bestond, en bijgevolg niet voor de eerste keer voor de Raad van State kan worden opgeworpen; dat de beoordeling van deze argumenten niet door de Raad van State als administratieve cassatierechter kan worden overgedaan; dat het eerste middel ongegrond is;

2.2.1. Overwegende dat verzoekster als tweede middel aanvoert:

“2^{de} middel: schending van artikel 40§6 Vreemdelingenwet, schending van het gelijkheidsbeginsel

- De bepaling van artikel 40§6 stelt dat de echtgenoot van een Belg die zich met hem vestigt of komt vestigen, alsook hun bloedverwanten in de nederdalende lijn beneden eenentwintig jaar of die te hunnen laste zijn, hun bloedverwanten in de opgaande lijn die te hunnen laste zijn en de echtgenoot van die bloedverwanten in de nederdalende lijn en in de opgaande lijn, die zich met hen vestigen of komen vestigen worden gelijkgesteld met de EG onderdaan.

- In de bestreden beslissing stelt men dat verzoekster zich niet in België kan vestigen omdat zij niet ten laste is van haar Belgisch kind en dat zij niet onder toepassingsgebied valt van artikel 40§6 VW. Bovendien stelt men in de bestreden beslissing dat het arrest Zhu en Chen, (H.v.J. 19 oktober 2004, nr. C-200/02) niet dienstig kan worden aangevoerd.

Verzoekster ontkent niet dat ze niet ten laste is van haar kind.

Het Gemeenschapsrecht verleent bloedverwanten in opgaande lijn van de houder van het verblijfsrecht die te zijnen laste zijn, het recht zich met die houder te vestigen. In beginsel wordt deze situatie gekenmerkt door het feit dat de bloedverwant in opgaande lijn materieel wordt gesteund door de houder van het verblijfsrecht. In het arrest Zhu en Chen, (H.v.J. 19 oktober 2004, nr. C-200/02) bevindt mevrouw Chen zich in de

tegenovergestelde situatie en zou dus in deze hoedanigheid geen verblijfsrecht kunnen verkrijgen. Volgens het Hof zou echter het weigeren aan mevrouw Chen om met haar kind in het Verenigd Koninkrijk te verblijven, het verblijfsrecht van het kind ieder nuttig effect ontnemen. Het is immers duidelijk dat Chen om haar verblijfsrecht te kunnen uitoefenen, als kind van jonge leeftijd het recht moet hebben om te worden begeleid door haar moeder die daadwerkelijk voor haar zorgt. Het principe is immers dat het kind in een land van de EU verblijft, ic verblijft het kind van verzoekster omwille van zijn nationaliteit in België, en dat de ouder ongeacht zijn nationaliteit eveneens het recht heeft om in dat zelfde land te verblijven omdat deze laatste het kind daadwerkelijk verzorgt.

Via artikel 40§6 Vreemdelingenwet kan verzoekster immers gebruik maken van het Europees Gemeenschapsrecht zonder dat een grensoverschrijdend element aanwezig hoeft te zijn.

Artikel 40§6 van de Vreemdelingenwet streeft na om discriminatie te vermijden van een Belg en zijn familie tov een Europeaan en zijn familie, in die zin dat men wil vermijden dat een Europees kind niet meer rechten heeft dan een Belgisch kind. Indien uw Raad van oordeel is dat artikel 40§6 van de Vreemdelingenwet niet is geschonden dan is er wel degelijk sprake van schending van het gelijkheidsbeginsel, in die zin dat verzoekster als ouder van een Belgisch kind minder verblijfsrechten heeft dan ouders van kinderen die een andere Europese nationaliteit hebben en zich in België komen vestigen en dan gebruik kunnen maken van het Gemeenschapsrecht. Verzoekster verwijst hier naar de zaak Chen en naar hetgeen uiteengezet is mbt het arrest Zhu en Chen in dit middel.

- Door aan verzoekster een vestigingsaanvraag te weigeren worden bovenstaande bepalingen geschonden.”;

2.2.2. Overwegende dat verzoekster in haar memorie van wederantwoord het middel zoals uiteengezet in haar inleidend verzoekschrift herhaalt;

2.2.3. Overwegende dat omtrent dit tweede middel, genomen uit de schending van artikel 40, § 6 van de Vreemdelingenwet, de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen overweegt dat “verzoekster betwist vooreerst het motief van de bestreden beslissing, met name dat zij niet ten laste is van haar minderjarig kind, (niet)”, dat “zij derhalve ten onrechte (stelt) dat zij onder het toepassingsgebied van artikel 40, §6 van de vreemdelingenwet (valt)” en dat “zij dienvolgens de schending van de reglementaire bepalingen die van toepassing zijn op EU-onderdanen en gelijkgestelden dan ook niet dienstig (kan) inroepen”; dat verder wordt overwogen dat het arrest Chen en Zhu evenmin dienstig wordt aangevoerd, dat de omstandigheden van deze zaak immers niet overeenstemmen met de situatie van verzoekster, dat met name het grensoverschrijdend element ontbreekt, eigen aan voornoemd arrest; dat verzoekster beweert dat zij zich op het gemeenschapsrecht kan beroepen via artikel 40, §6 van de Vreemdelingenwet; dat opdat verzoekster zich via deze weg op het gemeenschapsrecht zou kunnen beroepen, zij voorafgaandelijk wel aan de voorwaarden opgelegd door deze bepaling dient te voldoen; dat zij in casu als bloedverwant in opgaande lijn ten laste dient te zijn, hetgeen in casu niet het geval is; dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen dan ook terecht stelt dat verzoekster zich niet kan beroepen op het gemeenschapsrecht; dat de

bewering dat het arrest Zhu en Chen niet kan worden aangevoerd omwille van het feit dat de omstandigheden van deze zaak verschillend zijn, niet wordt betwist; dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen overweegt dat de situatie in het arrest Zu en Chen verschillend is van de onderhavige; dat het verblijfsrecht van Chen gebaseerd was op het geven van een “nuttig effect” aan het verblijfsrecht van haar kind Catherine; dat het verblijfsrecht van het kind Catherine zelf gebaseerd was op het gemeenschapsrecht, terwijl in casu het verblijfsrecht van de Belgische kinderen gebaseerd is op het Belgisch recht, waardoor het arrest Chen niet naar analogie kan worden toegepast; dat verzoekster betoogt dat indien artikel 40, § 6 niet zou zijn geschonden, dit een schending zou betekenen van het gelijkheidsbeginsel in die zin dat een ouder van een Belgisch kind minder verblijfsrechten zou hebben dan ouders van een ander Europees kind die zich in België komen vestigen; dat uit het annulatieberoep, noch uit het arrest van de Raad voor Vreemde-lingenbetwistingen blijkt dat verzoekster de schending van het gelijkheidsbeginsel heeft opgeworpen; dat zij dit thans niet meer voor de eerste keer voor de Raad van State kan aanvoeren; dat het tweede middel niet gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vijftientig februari tweeduizend en negen, door :

de HH. A. BEIRLAEN, kamervoorzitter,
 C. VERHAERT, griffier.

De griffier,

De voorzitter,

C. VERHAERT.

A. BEIRLAEN.