RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 193.073 van 6 mei 2009
in de zaak A. 187.459/XIV-30.167.

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 21 maart 2008 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het arrest nr. 7044 van 8 februari 2008 van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen;

Gelet op de beschikking nr. 2460 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 11 september 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 17 december 2008;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter A. BEIRLAEN;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat E. MATTERNE die, loco Advocaat C. DECORDIER verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Eerste Auditeur-afdelingshoofd R. VANDER ELSTRAETEN;

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 16 maart 2007 een aanvraag tot vestiging in in functie van haar minderjarig kind, van Belgische nationaliteit.

1.2. Op 19 maart 2007 neemt de Minister van Binnenlandse Zaken een beslissing tot weigering van de vestiging met bevel om het grondgebied te verlaten.

1.3. Verzoekster dient op 19 november 2007 een beroep tot nietigverklaring tegen deze beslissing in bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

1.4. Bij arrest nr. 7044 van 8 februari 2008 verwerpt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen het beroep tot nietigverklaring.

Dit is het bestreden arrest.

2. Over de gegrondheid van het beroep.

2.1.1. Overwegende dat verzoekster als eerste middel aanvoert:

> "1ste middel: schending van artikel 8 EVRM, schending van artikel 3.1 van het 4de 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."
> - De aanvraag tot vestiging van verzoekster wordt geweigerd. In de bestreden beslissing stelt men dat uit het tweede lid van artikel 8 EVRM blijkt dat het recht op eerbiediging

van het gezinsleven niet absoluut is. De RvV stelt dat verzoekster onderworpen is aan artikel 40§6 van de Vreemdelingenwet. Verder stelt men dat er geen verwijderingsmaatregel is genomen tav het Belgisch kind en enkel tav verzoekster.
- Verzoekster betwist niet dat de bescherming die artikel 8, lid 1 EVRM biedt niet absoluut is: in het tweede lid van artikel 8 EVRM wordt immers de mogelijkheid voorzien om, mits enkele voorwaarden, uitzonderingen te maken op deze basisrechten. Van de bescherming die artikel 8 EVRM biedt kan echter alleen afgeweken worden bij wet (=legaliteitstoets). Bovendien dient een schending van artikel 8 EVRM een van de legitieme doelstellingen na te streven die staan opgesomd in artikel 8, lid 2 EVRM (=legitimiteitstoets). Tenslotte dient de schending in proportie te staan met het nagestreefde doel (=noodzakelijkheidstoets).
De RvV moet in zijn weigeringsbeslissing dus goed motiveren waarom volgens haar een schending van het recht op een gezinsleven in een democratische samenleving 'noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare orde, het economische 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' (artikel 8, lid 2 EVRM). Er dient m.a.w. een belangenafweging plaats te vinden tussen het recht op een familieleven en het wettig nagestreefde doel.
De RvV verwijst enkel naar artikel 40§6 en laat na een belangenafweging te maken in deze zaak. De zaak is daarom onvoldoende gemotiveerd.
- Verzoekster verwijst met betrekking tot het bevel om het grondgebied te verlaten betekend aan verzoeker 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 ininterrompue 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. Verzoeker 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 zijn geboorte. Het kent geen enkel ander land, cultuur, maatschappij enz. dan de Belgische.
- De beslissing schendt daarom de opgegeven wetsartikelen.";

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

2.1.3. Overwegende dat het bestreden arrest onder punt 2.2. op de voorgehouden schending van artikel 8 van het E.V.R.M. en van artikel 3.1. van het vierde protocol bij het E.V.R.M. onder meer antwoordt dat de verwijdering van het grondgebied van de verzoekende partij niet noodzakelijk de verwijdering van haar Belgisch kind impliceert, dat de tijdelijke scheiding met het oog op het vervullen van de noodzakelijke formaliteiten ter voldoening van de wettelijke bepalingen het gezinsleven van de verzoekende partij niet in die mate verstoort dat er sprake van een schending van artikel 8 van het E.V.R.M. kan zijn, dat de verzoekende partij haar recht op gezinsleven samen met haar echtgenoot en kind kan uitoefenen terwijl in het land van herkomst de noodzakelijke formaliteiten worden vervuld en dat de eenheid van het gezin niet in het gedrang is;

Overwegende dat de verzoekende partij met de stelling dat haar minderjarig kind in België "meer mogelijkheden heeft" in wezen een andere feitelijke beoordeling van de zaak voorstelt, waarvoor de Raad van State als administratieve cassatierechter niet bevoegd is; dat zij citeert uit een arrest van het hof van beroep te Brussel van 6 oktober 2006, doch dat zij dit niet voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen heeft opgeworpen, zodat het, los van de vraag in welke mate een andere beoordeling ten gronde van een niet nader gekende zaak door een hof van beroep de onwettigheid van het bestreden arrest kan aantonen, om een nieuw middelonderdeel gaat; dat het eerste middel in die mate niet-ontvankelijk is;

2.2.1. Overwegende dat verzoekster als tweede middel aanvoert:

> "2de 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 zij niet ten laste is van zijn 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 de 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 haar middel herhaalt zoals uiteengezet in haar inleidend verzoekschrift;

2.2.3. Overwegende dat verzoekster een vestigingsaanvraag indiende in hoofde van haar Belgisch kind; dat zij derhalve onder de toepassing viel van het op dat ogenblik van kracht zijnde artikel 40, § 6, van de Vreemdelingenwet; dat deze bepaling bepaalde dat de ascendenten van een Belgisch kind, mits ze ten laste van dat kind zijn, worden gelijkgesteld met EG-vreemdelingen; dat opdat verzoekster zich via deze weg op het gemeenschapsrecht zou kunnen beroepen, zij voorafgaandelijk aan de voorwaarden opgelegd door artikel 40, § 6, van de wet van 15 december 1980 dient te voldoen, quod non; dat, aldus blijkt dat de verzoekende partij niet kan worden gelijkgesteld met een EG-onderdaan; dat het tweede middel ongegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

<u>Artikel 2</u>.

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

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

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

De griffier, **De voorzitter,**

C. VERHAERT. **A. BEIRLAEN.**