

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 194.819 van 29 juni 2009
in de zaak A. 185.866/XIV-29.969.**

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 Wnd. VOORZITTER VAN DE XIVE KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat XXX, van Ecuadoriaanse nationaliteit, op 14 november 2007 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het arrest nr. 2626 van 16 oktober 2007 van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen;

Gelet op de beschikking nr. 1781 van 21 december 2007 waarbij het cassatieberoep toelaatbaar wordt verklaard;

Gelet op artikel 19 van het koninklijk besluit van 30 november 2006 tot vaststelling van de cassatie-procedure bij de Raad van State;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur M. STERCK, op grond van artikel 19 van voormeld koninklijk besluit;

Gelet op de kennisgeving van dat verslag aan de partijen;

Gelet op de beschikking van 6 maart 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 9 april 2008;

Gehoord het verslag van staatsraad C. ADAMS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat N. DIRICKX, die verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat S. FIERENS, die loco advocaat C. DECORDIER verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend 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 partij op 5 februari 2007 een aanvraag tot vestiging in functie van haar minderjarig kind van Belgische nationaliteit indient; dat de gemachtigde van de minister van Binnenlandse Zaken op 8 maart 2007 beslist tot weigering van de vestiging met bevel om het grondgebied te verlaten;

Overwegende dat de verzoekende partij op 9 augustus 2007 een beroep tot nietigverklaring en een vordering tot schorsing bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen indient; dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen met een arrest van 16 oktober 2007 de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring verwerpt; dat dit het bestreden arrest is;

2.1.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending van artikel 8 van het E.V.R.M., van artikel 3.1. van vierde protocol bij het E.V.R.M. en van artikel 149 van de Grondwet opwerpt; dat zij dit als volgt toelicht:

“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 verzoekster 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 beige 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 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 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 het bestreden arrest in 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 artikel 8 van het E.V.R.M. voor de overheid geen algemene verplichting inhoudt om een vreemdeling op haar grondgebied te gedogen, dat de verzoekende partij aan artikel 40, § 6, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (Vreemdelingenwet) is onderworpen en daarom moest aantonen dat zij ten laste van haar kind was, hetgeen zij heeft nagelaten te doen, dat zij dat determinerend motief ongemoeid laat, dat een rechtmatige toepassing van de Vreemdelingenwet geen schending van het privéleven en dus evenmin van artikel 8 van het E.V.R.M. kan inhouden, dat de verwijderingsmaatregel enkel tegen de verzoekende partij zelf is gericht, dat geen sprake van uitzetting van een kind met Belgische nationaliteit is en dat de verzoekende partij evenmin aantoont dat zij het recht op gezinsleven niet samen met haar Ecuadoraanse echtgenoot in een ander land, waaronder het land van herkomst, kan uitoefenen;

Overwegende dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen met het bestreden arrest op grond van artikel 39/2, § 2, van de Vreemdelingenwet uitspraak doet als

annulatierechter; dat de verzoekende partij voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet het gebrek aan “noodzakelijkheidstoets” bij het nemen van de beslissing tot weigering van de vestiging met bevel om het grondgebied te verlaten heeft opgeworpen, alhoewel zij daartoe in staat was; dat zij die voorgehouden schending thans niet voor het eerst voor de Raad van State als administratieve cassatierechter kan opwerpen; dat, anders dan de verzoekende partij voorhoudt, de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen ook niet zelf een belangenafweging tussen het recht op een familieleven en het wettig nagestreefde doel moest maken, doch als annulatierechter enkel een wettigheidscontrole moest uitvoeren in functie van de opgeworpen middelen; dat de verzoekende partij een eventueel gebrek aan dergelijke belangenafweging niet voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen heeft opgeworpen, zodat deze er in het bestreden arrest niet op moest ingaan; dat het eerste middel in die mate, voor zover ontvankelijk, ongegrond is;

Overwegende dat de verzoekende partij 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 om een nieuw middelonderdeel gaat, 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; dat artikel 8 van het E.V.R.M. niet inhoudt dat het in die bepaling beschermde recht op gezinsleven in een land naar keuze mag worden uitgeoefend; dat het eerste middel ook in die mate, voor zover ontvankelijk, ongegrond is;

2.2.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel de schending van artikel 40, § 6, van de Vreemdelingenwet en van het gelijkheidsbeginsel opwerpt; dat zij dit als volgt toelicht:

“In de bestreden beslissing stelt men dat verzoekster niet heeft aangetoond hoe artikel 40§6 VW werd geschonden en dat het arrest Zhu en Chen, (H.v.J. 19 oktober 2004, nr. C-200/02) niet dienstig kan worden aangevoerd.

Verzoekster kan hiermede niet akkoord gaan.

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 verzoeker 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.

Naar analogie kan ook verzoekster die evenmin ten laste is van zijn kind een verblijfstitel bekomen op Belgisch grondgebied omdat ook verzoeker daadwerkelijk zorgt voor haar minderjarig kind en eveneens zoals in het arrest Chen niet materieel wordt gesteund door haar kind.

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

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.

Artikel 40§6 van de Vreemdelingenwet streeft na om discriminatie te vermijden van een Belg 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 verzoeker 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, wat verzoeker volgens de bestreden beslissing niet kan. Ofwel is er sprake van een schending van artikel 40§6 VW ofwel van schending van het gelijkheidsbeginsel. Verzoeker verwijst hier naar de zaak Chen en naar hetgeen uiteengezet is mbt het arrest Zhu en Chen in dit middel.”;

2.2.2. Overwegende dat artikel 40, § 6, van de Vreemdelingenwet ten tijde van het bestreden arrest als volgt luidde:

“Met de E.G.-vreemdeling worden eveneens gelijkgesteld, de echtgenoot van een Belg die zich met hem vestigt of komt vestigen, alsmede 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.”;

Overwegende dat de verzoekende partij haar aanvraag tot vestiging heeft ingediend in functie van haar minderjarig kind van Belgische nationaliteit en in het middel uitdrukkelijk erkent dat zij niet ten laste van dat kind is; dat de verzoekende partij aldus niet aantoonde dat zij wèl aan één van de voorwaarden van de voornoemde bepaling voldoet, integendeel;

Overwegende dat de verzoekende partij voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen op algemene wijze naar “het Europees gemeenschapsrecht” heeft verwezen; dat het middel in die mate door het bestreden arrest niet-ontvankelijk is bevonden bij gebrek aan “een voldoende en duidelijke omschrijving van de rechtsregels van het Europees Gemeenschapsrecht en van de wijze waarop, volgens verzoeker, deze rechtsregels worden geschonden of op hem van toepassing zijn”; dat de verzoekende partij voor de Raad van State opnieuw naar “het Europees gemeenschapsrecht” verwijst doch daarmee dat motief van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen als dusdanig niet betwist,

laat staan er de onwettigheid van aan toont; dat zij dat evenmin doet met de verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van 19 oktober 2004 in de zaak C-200/02, los van de vaststelling dat zij niet aan toont zich in dezelfde feitelijke situatie te bevinden als de verzoekende partij in die zaak;

Overwegende dat de verzoekende partij met betrekking tot artikel 40, § 6, van de Vreemdelingenwet een schending van het gelijkheidsbeginsel opwerpt in dezelfde bewoordingen als zij voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen heeft opgeworpen; dat het middel met het bestreden arrest in die mate niet-ontvankelijk is bevonden en dat de verzoekende partij die bevinding niet als dusdanig aanvecht; dat zij haar kritiek ten gronde inzake het gelijkheidsbeginsel niet dienstig kan herhalen zonder de door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen vastgestelde niet-ontvankelijkheid van het middelonderdeel aan te vechten; dat het tweede middel in die mate niet-ontvankelijk is;

2.3.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een derde middel de schending van het internationaal verdrag voor de rechten van kind, ondertekend te New-York op 20 november 1989, (Kinderrechtenverdrag) opwerpt; dat zij dit als volgt toelicht:

“De voorzitter van de RvV stelt dat verzoekster niet aan toont waarom de bestreden beslissing in strijd is met de bepalingen van het verdrag.

De vestigingsaanvraag van verzoekster wordt geweigerd wat betekent dat verzoekster het land zal moeten verlaten. Haar Belgisch kind kan niet uit België worden gezet wat in concreto betekent dat verzoekster van haar kind zal worden gescheiden tegen haar wil in en dat zij zijn kind vanuit Equador niet kan verzorgen, er omgang mee hebben en op regelmatige basis contact mee hebben. Het is voor verzoekster en haar Belgisch kind niet mogelijk om een gezinsleven te hebben in een ander land dan België. Het kind heeft de Belgische nationaliteit en verblijft in België waar het is geboren en heel zijn leven woont. Het is quasi onmogelijk om in een ander land een gezinsleven te hebben.

De volgende bepalingen zijn dan ook geschonden:

a. De Staten die partij zijn, waarborgen dat een kind niet wordt gescheiden van zijn of zijn ouders tegen hun wil. (art. 9, lid 1 van het Verdrag)

b. De Staten eerbiedigen het recht van het kind, dat van een ouder of van beide ouders is gescheiden, op regelmatige basis persoonlijke betrekkingen en rechtstreeks contact met beide ouders te onderhouden. (art. 9, lid 3 van het Verdrag)

c. De aanvragen van een kind of zijn ouders betreffende gezinshereniging moeten door de Staten met welwillendheid, menselijkheid en spoed (art. 10, lid 1 van het Verdrag) behandeld worden. De Staten eerbiedigen de toegang tot of het verlaten van het grondgebied door de ouders om op regelmatige basis persoonlijke betrekkingen en rechtstreeks contact mogelijk te maken. (art. 10, lid 2 van het Verdrag)

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

2.3.2. Overwegende, daargelaten de vraag naar de directe werking van het Kinderrechtenverdrag, dat de verzoekende partij zich beperkt tot een algemene stellingname zonder in concreto uiteen te zetten waarom zij het kind niet mee naar Ecuador zou kunnen

nemen of waarom een gezinsleven niet in een ander land dan België mogelijk zou zijn, temeer daar het kind op het ogenblik van de beslissing van de minister van Binnenlandse Zaken minder dan één jaar oud was en geen enkele concrete binding met België wordt aangetoond; dat het derde middel, voor zover ontvankelijk, ongegrond is;

3. Overwegende dat er grond is om toepassing te maken van artikel 19 van het koninklijk besluit van 30 november 2006 tot vaststelling van de cassatie-procedure bij de Raad van State; dat het cassatieberoep wordt verworpen,

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 negenentwintig juni tweeduizend en negen, door :

de HH. C. ADAMS,
J. CASNEUF,

wnd. kamervoorzitter,
staatsraad,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

J. CASNEUF.

C. ADAMS.