RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 195.239 van 14 juli 2009
in de zaak A. 187.738/XIV-30.220.

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 3 april 2008 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het arrest nr. 8204 van 29 februari 2008 van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen;

Gelet op de beschikking nr. 2585 van 16 april 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 3 december 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 25 februari 2009;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter A. BEIRLAEN;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat A. HAEGEMAN die, loco Advocaat N. DIRICKX verschijnt voor de verzoekende partij en van Advocaat Th. SCHREURS 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. 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 12 december 2006 een aanvraag tot vestiging in in functie van haar minderjarig kind, van Belgische nationaliteit.

1.2. Op 4 januari 2007 neemt de Minister van Binnenlandse Zaken een beslissing tot weigering van de vestiging zonder bevel om het grondgebied van het Rijk te verlaten.

1.3. Verzoekster dient op 13 december 2007 een vordering tot schorsing en een beroep tot nietigverklaring in tegen deze beslissing bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

1.4. Bij arrest nr. 8204 van 29 februari 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:

> "1ste middel: schending van artikel 8 EVRM, schending van artikel 3.1 van het 4de Protocol bij het EVRM, schending van artikel 149 GW
> - 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 de bestreden beslissing evenmin voorziet in een bevel om het grondgebied te verlaten ten aanzien van de moeder.
- 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 niet 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 niet voldoende gemotiveerd.
- Verzoekster kan niet langer in België blijven want de aanvraag wordt niet toegekend. Dit kan alleen maar betekenen dat ze het land zal moeten verlaten, al dan niet tijdelijk. Zelfs indien de terugkeer tijdelijk is is er sprake van schending van bovenvermelde bepalingen en verzoekster verwijst 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 donne 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 fine puisse demeurer de manière ininterrompue en Belgique oit 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 ic 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 haar thuisland, 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 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 artikel 8 van het EVRM bepaalt:

> "1.Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privéé 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 gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.";

dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (o.a. E.H.R.M., inz. DARREN OMOREGIE en anderen tegen Noorwegen, nr. 265/07 van 31 juli 2008) erkent dat de bestuursmaatregelen inzake de toepassing van de wetten op de controle van de toegang tot het grondgebied en het verblijf, beantwoorden aan de legitieme doelstellingen die het recht op gezinsleven kunnen inperken; dat de controle op de toegang tot het grondgebied behoort tot de soevereiniteit van de verdragsstaten; dat artikel 8 van het E.V.R.M. aan de verdragsstaten niet de verplichting oplegt om de vrije keuze van de gezinswoonplaats van een vreemdeling op hun grondgebied te gedogen; dat bijgevolg de weigeringsbeslissing waarin - op wettige wijze - wordt besloten dat niet voldaan is aan de voorwaarden bepaald in artikel 40, § 6, van de Vreemdelingenwet, als dusdanig voldoet aan de criteria van legaliteit en legitimiteit in de zin van artikel 8, tweede lid, van het EVRM; dat, wat betreft het vereiste van proportionaliteit, het bestuur een afweging dient te maken tussen het algemeen belang van de staat, enerzijds, en het individueel belang van de om verblijf verzoekende vreemdeling, anderzijds; dat wanneer de vreemdeling aantoont dat, gelet op de bijzondere omstandigheden van de zaak, de komst naar België de enige mogelijkheid was om het recht op gezinsleven uit te oefenen, de verblijfsweigering een inbreuk op het gezinsleven in de zin van artikel 8 van het E.V.R.M. kan vormen (EHRM, Gül t. Zwitserland, 19 februari 1996; EHRM, Ahmut t. Nederland, 28 november 1996); dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen motiveert "dat verzoekster nog (sic) bij de aanvraag tot vestiging, noch in haar verzoekschrift zelf, aannemelijk maakt als zou zij en haar gezin geen of bijna geen mogelijkheid hebben een familiaal leven in Ecuador op te bouwen"; dat verzoekster dit motief niet betwist; dat in zoverre verzoekster zich steunt op artikel 3.1. van het vierde aanvullend Protocol bij het E.V.R.M., het bestreden arrest motiveert dat de verwijderingsmaatregel geen betrekking heeft op verzoeksters Belgisch kind en "evenmin voorziet in een bevel om het grondgebied te verlaten ten aanzien van de moeder, (zodat) er geen sprake (is) van een schending van artikel 3.1 vierde protocol van het EVRM, daar het Belgische kind rechtstreeks, noch onrechtstreeks gedwongen wordt om het land te verlaten"; dat het eerste middel niet gegrond 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 niet 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 betwist dit.
> Het Gemeenschapsrecht verleent bloedverwanten in opgaande lijn van de houder van hel 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.
> 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 artikel 40, § 6, van de Vreemdelingenwet ten tijde van de beslissing van de minister van Binnenlandse Zaken die tot het bestreden arrest heeft geleid, als volgt luidde:

> "Met de E.G.-vreemdeling worden eveneens gelijkgesteld, de echtgenoot van een Belg die zich met hem vestigt of komt vestigen, alsook hun bloedverwanten in de nederdalende lijn beneden 21 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 en in de opgaande lijn, die zich met hen vestigen of komen vestigen.";

dat verzoekster de feitelijke vaststelling niet betwist dat zij niet ten laste is van haar Belgisch kind en zich derhalve niet op artikel 40, § 6, kan beroepen; dat zij evenwel stelt dat deze bepaling moet worden geïnterpreteerd naar analogie van het arrest nr. 200/02 van 19 oktober 2004 van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (inz. ZHU en CHEN), waarin werd gesteld dat de (niet-EU-)ouder van het Europees kind dat in een land van de EU verblijft, eveneens het recht heeft om in datzelfde land te verblijven wanneer deze ouder het kind daadwerkelijk verzorgt; dat verzoekster stelt dat indien een ouder van een Belgisch kind minder verblijfsrechten heeft dan ouders van kinderen die een andere Europese nationaliteit hebben en zich in België komen vestigen, er een schending van het gelijkheidsbeginsel is; dat, wat betreft het gelijkheidsbeginsel, in het bestreden arrest wordt geoordeeld "dat verzoekster zich beperkt tot de vage en algemene bewering dat de ouders van een Belgisch kind minder rechten hebben, dan de ouders van een kind van een andere Europese nationaliteit en dat verzoekster geen enkel concreet en feitelijk gegeven aanbrengt waaruit zou blijken dat een gelijk geval ongelijk behandeld wordt. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt verder vast dat men in het ene geval te maken heeft met de situatie van een verwant van een Unieonderdaan die wenst gebruik te maken van een recht op vrij verkeer, en in het andere geval met de situatie van een verwant van een Belg die wenst te genieten van een recht op gezinshereniging. Bijgevolg is de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen van oordeel dat het geenszins om gelijke gevallen gaat. De Raad wijst er ten overvloede op dat niet kan ingezien worden hoe een verschil in behandeling in materies waar de Europese Unie en de individuele lidstaten over eigen bevoegdheden beschikken en dus een eigen beleid kunnen voeren zou kunnen aanleiding geven tot de vaststelling van enige vorm van discriminatie (ter vergelijking: Grondwettelijk Hof, nr. 33/91, 14 november 1991)."; dat het Europees gemeenschapsrecht niet van toepassing is op een interne nationale situatie; dat artikel 40, § 6, van de Vreemdelingenwet, zoals het gold op het ogenblik van de bestreden beslissing, de verwanten van Belgen gelijkstelt met EG-onderdanen onder de voorwaarden daarin bepaald; dat in casu de Minister van Binnenlandse Zaken oordeelde dat niet voldaan was aan de voorwaarden voor gelijkstelling bepaald in artikel 40, § 6; dat de nationale wetgever en rechter als enige bevoegd zijn om te bepalen in welke mate en onder welke voorwaarden het communautair recht van toepassing is op interne situaties (H.v.J., 18 oktober 1990 inzake Dzodzi / Belgische Staat); dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen het verschil in behandeling in hoofdzaak verantwoordt door de zgn. "effet-utile"-leer waarbij zij vaststelt dat de interpretatie van het Hof van Justitie tot doel heeft belemmeringen inzake vrij verkeer van personen weg te nemen, terwijl in casu het verblijfsrecht gebaseerd is op het Belgische recht, zodat de interpretatie voorgestaan in het arrest CHEN niet naar analogie kan worden toegepast op een interne situatie die geen verband houdt met het vrij verkeer van personen; dat op grond daarvan de Raad voor Vreemdelingenbetwistin-gen heeft geoordeeld dat niet werd aangetoond dat gelijke gevallen ongelijk behandeld werden; dat verzoekster niet uiteenzet dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen ten onrechte tot haar conclusie is gekomen; dat het tweede middel ongegrond 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 veertien juli tweeduizend en negen, door :

de HH.	A. BEIRLAEN,	kamervoorzitter,
	J. CASNEUF,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

J. CASNEUF. **A. BEIRLAEN.**