

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 198.389 van 30 november 2009
in de zaak A. 187.371/XIV-30.165.**

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 staatssecretaris voor Migratie- en Asielbeleid.

--

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIVe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat XXX, van Ecuadoriaanse nationaliteit, op 5 maart 2008 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het arrest nr. 6894 van 1 februari 2008 van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen;

Gelet op de beschikking nr. 2410 van 20 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 dat verslag aan de partijen;

Gelet op de beschikking van 30 september 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 5 november 2008;

Gehoord het verslag van staatsraad C. ADAMS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. HENDRICKX, die loco advocaat N. DIRICKX verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat M. JOPPEN, 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. Overwegende dat de verzoekende partij op 21 november 2006 een aanvraag tot vestiging in functie van haar minderjarig kind, van Belgische nationaliteit, indient; dat de gemachtigde van de minister van Binnenlandse Zaken op 22 november 2006 beslist tot weigering van de vestiging met bevel om het grondgebied te verlaten;

Overwegende dat de verzoekende partij op 8 november 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 1 februari 2008 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. en van artikel 3.1. van vierde protocol bij het E.V.R.M. 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 verzoeker 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 verzoeker 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 verzoeker.

- Verzoeker betwist niet dat de bescherming die artikel 8, lid I 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.

- Verzoeker 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 presente 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 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 het bestreden arrest onder punt 3.1. 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 voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen bestreden beslissing enkel de verzoekende partij betreft zodat geen sprake is van uitzetting van Belgische kinderen, dat een vreemdeling uit artikel 8 van het E.V.R.M. geen vestigingsrecht in een bepaalde staat kan afleiden op basis van de loutere keuze om bij een persoon te verblijven die zich rechtsgeldig in die staat mag ophouden, dat het recht op eerbiediging van het gezinsleven niet absoluut is, dat artikel 8 van het E.V.R.M. een rechtmatige toepassing van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (Vreemdelingenwet) niet in de weg staat en dat het recht van de kinderen van de verzoekende partij om de Belgische nationaliteit te verwerven en op grond van deze nationaliteit in België te verblijven, niet door de beslissing van de minister van Binnenlandse Zaken van 22 november 2006 in het gedrang wordt gebracht;

Overwegende 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 de verzoekende partij met de stelling dat haar kind van Belgische nationaliteit het risico

loopt om gedurende heel de minderjarigheid uit België verwijderd te worden, de hierboven vermelde motivering van het bestreden arrest niet ontkracht; dat zij met dergelijke hypothese geen schending van artikel 8 van het E.V.R.M. aantoon; dat de verzoekende partij nog 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 de verzoekende partij niet nader uiteenzet hoe artikel 3.1. van het vierde protocol bij het E.V.R.M. zou zijn geschonden, los van de vaststelling dat de uitzetting van een Belgisch onderdaan niet wordt aangetoond; dat het eerste middel, 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:

“- 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 verzoeker zich niet in België kan vestigen omdat hij niet ten laste is van zijn Belgisch kind en dat hij 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.

Verzoeker ontkent niet dat hij 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 El' 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.

Via artikel 40§6 Vreemdelingenwet kan verzoeker 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 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. Verzoeker verwijst hier naar de zaak Chen en naar hetgeen uiteengezet is mbt het arrest Zhu en Chen in dit middel.

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

2.2.2. Overwegende dat artikel 3.1. van Richtlijn 2004/38 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75134/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG (hierna Richtlijn 2004/38) bepaalt dat die richtlijn van toepassing is “ten aanzien van iedere burger van de Unie die zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, en diens familieleden als gedefinieerd in artikel 2, punt 2), die hem begeleiden of zich bij hem voegen”; dat in artikel 2.2. van de voornoemde richtlijn als familielid worden gedefinieerd:

“a) de echtgenoot;

b) de partner, met wie de burger van de Unie overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat een geregistreerd partnerschap heeft gesloten, voorzover de wetgeving van het gastland geregistreerd partnerschap gelijk stelt met huwelijk en aan de voorwaarden van de wetgeving van het gastland is voldaan;

c) de rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn alsmede die van de echtgenoot of partner als bedoeld onder b), beneden de leeftijd van 21 jaar of die te hunnen laste zijn;

d) de rechtstreekse bloedverwanten in opgaande lijn, alsmede die van de echtgenoot of partner als bedoeld onder b), die te hunnen laste zijn;”;

Overwegende dat de verzoekende partij zelf niet de nationaliteit van een EU-lidstaat heeft en als dusdanig niet onder het toepassingsgebied van Richtlijn 2004/38 valt; dat zij een vestigingsaanvraag in functie van haar Belgisch kind heeft ingediend, doch dat het Belgische kind uiteraard over een verblijfsrecht in België beschikt en de aanvraag geen betrekking heeft op de verblijfstoestand van dat kind zelf; dat er dus geen aanknopingspunt met Richtlijn 2004/38 blijkt, dit los van de vraag naar de directe werking ervan;

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.”;

Overwegende dat deze bepaling uit de Vreemdelingenwet een gelijkstelling voorziet voor personen die niet onder het toepassingsgebied van Richtlijn 2004/38 vallen; dat het een gelijkstelling in het nationale Belgische recht betreft die per definitie geen omzetting van de voornoemde richtlijn vormt, precies omdat zij betrekking heeft op gevallen die niet onder de toepassing van die richtlijn vallen; dat artikel 40, § 6, van de Vreemdelingenwet om die reden niet aan “het Gemeenschapsrecht” kan worden getoetst;

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 aantoonst dat zij wèl aan één van de voorwaarden van de voornoemde bepaling voldoet, integendeel; dat het tweede middel in die mate ongegrond is;

Overwegende dat de verzoekende partij de schending van het gelijkheidsbeginsel niet voor Raad voor Vreemdelingenbetwistingen als annulatierechter heeft opgeworpen en dat zij zulks niet voor het eerst voor de Raad van State als administratieve cassatierechter mag doen; dat het tweede middel in die mate niet-ontvankelijk 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
dertig november tweeduizend en negen, door :

de HH. C. ADAMS,

J. CASNEUF,

wnd. kamervoorzitter,

staatsraad,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

J. CASNEUF.

C. ADAMS.