

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 199.132 van 18 december 2009
in de zaak A. 188.441/XIV-30.362.**

In zake : 1. XXX,
 2. XXX,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaat K. VERSTREPEN,
 kantoor houdende te 2060 ANTWERPEN,
 Rotterdamstraat 53

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 en XXX, van Ecuadoriaanse nationaliteit, op 4 juni 2008 hebben ingediend om de vernietiging te vorderen van het arrest nr. 10.858 van 30 april 2008 van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen;

Gelet op de beschikking nr. 2901 van 19 juni 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 13 maart 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 22 april 2009;

Gehoord het verslag van staatsraad C. ADAMS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. HAEGEMAN, die loco advocaat K. VERSTREPEN verschijnt voor de verzoekende partijen en van advocaat C. DECORDIER, die 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 partijen op 31 januari 2007 een aanvraag tot vestiging in functie van hun minderjarig kind van Belgische nationaliteit indienen; dat de minister van Binnenlandse Zaken op 28 februari 2007 een beslissing tot weigering van de vestiging met bevel om het grondgebied te verlaten neemt;

Overwegende dat de verzoekende partijen op 29 oktober 2007 tegen die weigeringsbeslissing beroep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen aantekenen; dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen het beroep met een arrest van 30 april 2008 verwerpt; dat dit het bestreden arrest is;

2.1.1. Overwegende dat de verzoekende partijen een eerste middel aanvoeren, dat luidt als volgt:

“Schending van 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), artikel 39/65 Vreemdelingenwet en de materiële motiveringsplicht

Verzoekster voerde een schending aan van de artikelen 40 § 6 van de Wet van 15 december 1980 (Vreemdelingenwet), waaruit blijkt dat het ten laste zijn één van de voorwaarden is voor de ouder ten laste van een Belg, om gelijkgesteld te worden met een EU-onderdaan, en dat deze voorwaarde dan ook bij elke aanvraag onderzocht dient te worden.

Het artikel stelt niet dat de Belg van wie men ten laste is, meerderjarig zou moeten zijn.

De verweerder stelt dat deze gelijkstelling niet geldt, gezien verzoekster niet ten laste kan zijn van haar kind, en er geen enkel andere aanknopingspunt is met een situatie zoals bedoeld in de Europese regelgeving.

Verweerder stelt in de bestreden beslissing zonder meer dat een ouder niet ten laste kan zijn van een minderjarig kind.

Het arrest stelt:

"Zij dienen aan te tonen dat zij ten laste zijn van de Belgische onderdaan in functie waarvan de vestigingsaanvraag werd gedaan. Zulks is in casu onmogelijk vermits het kind geboren is op 15 mei 2003 en derhalve minderjarig is"

De betekenis van "te mijnen laste" is volgens Van Dale "voor mijn rekening, op mijn kosten", wat een louter financiële afhankelijkheid inhoudt.

Het is dan ook perfect mogelijk om ten laste te zijn van iemand waar men in feite voor zorgt.

Verzoekers hebben zelf geen inkomen en zijn in België dus volledig afhankelijk van de inkomsten in hoofde van hun kind, dat overigens het recht heeft over een eigen inkomen te

beschikken, waarvan de ouders het genot hebben, gekoppeld aan het beheer ervan (artikel 384 BW).

Het arrest, dat deze motivering overneemt dat het onmogelijk zou zijn ten laste te zijn van een minderjarige, schendt artikel 39/65 Vreemdelingenwet, gezien het geen afdoende reden biedt de kwestieuze lezing van artikel 40 § 6 Vreemdelingenwet te bevestigen.”;

2.1.2. Overwegende dat de verwerende partij in de memorie van antwoord het volgende uiteenzet:

“In een eerste middel beroepen verzoekers zich op een vermeende schending van artikel 40 §6 Vreemdelingenwet, artikel 39/65 Vreemdelingenwet en de materiële motiveringsplicht.

Verzoekers menen dat het gegeven dat zij ouders zijn van een Belgisch kind, hen een verblijfsrecht verleent in België en dit via toepassing van het gemeenschapsrecht, ook al heeft hun Belgisch kind geen gebruik gemaakt van het recht op vrij verkeer.

Verzoekers vergeten evenwel dat zij moeten voldoen aan de wettelijke voorwaarden om een aanvraag tot vestiging in te dienen.

Artikel 40§6 van de wet dd. 15.12.1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen bepaalt:

"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."

Verzoekers dienen uiteraard te voldoen aan deze voorwaarden om zich dienstig te kunnen beroepen op artikel 40 §6 Vreemdelingenwet.

Zij dienen dan ook aan te tonen dat zij ten laste zijn van hun minderjarig zoontje, dat op 15.5.2003 werd geboren in België.

Dienaangaande blijven verzoekers — ook thans — volstrekt in gebreke.

De gemachtigde van de federale Minister van Binnenlandse Zaken heeft terecht gesteld dat verzoekers niet aan de voorwaarden voldoen om te genieten van het recht op vestiging als bloedverwant in de opgaande lijn.

Ook in het arrest dd. 30.4.2008 van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen wordt zeer duidelijk gesteld dat verzoekers niet ten laste kunnen zijn haar minderjarig kind

"Met de EG-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 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 en in de opgaande lijn, die zich met het vestigen of komen vestigen"

Ten laste zijn is een wettelijke voorwaarde en houdt in dat de tenlastenemer een natuurlijke persoon is die over voldoende middelen beschikt om een bijkomende persoon in onderhoud te voorzien en dat degene die ten laste wordt genomen onvermogen is, Reeds hoger (2.1 4.) werd gesteld dat verzoekers het determinerend motief van de bestreden beslissing niet betwisten, met name dat zij niet ten laste kunnen zijn van hun Belgisch minderjarig kind. Verzoekers maken niet aannemelijk dat indien het bestuur had gewacht om de bestreden beslissing te nemen, zij hadden aangetoond dat zij ten laste zijn van hun Belgisch minderjarig kind. Het tweede middel is niet gegrond "

Bij lezing van het middel stelt de verwerende partij vooreerst vast dat verzoekers zich enkel richten tegen de beslissing dd. 28.2.2007 van de gemachtigde van de federale Minister van Binnenlandse Zaken, houdende weigering van de vestiging met bevel om het grondgebied te verlaten.

De verwerende partij laat dienaangaande gelden dat het huidige beroep een cassatieberoep uitmaakt, gericht tegen een beslissing van een administratief rechtscollege, met name de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, en niet tegen een beslissing van een administratieve overheid.

Aangezien verzoekers zich in hun middel richten tegen de oorspronkelijke beslissing dd. 28.2.2007 van de gemachtigde van de federale Minister van Binnenlandse Zaken, is hun kritiek niet dienend en kan deze niet worden weerhouden in het kader van onderhavig cassatieberoep.”;

2.1.3. Overwegende dat de verzoekende partijen in de memorie van wederantwoord het volgende toevoegen:

“Verwerende partij stelt dat Verzoeker onmogelijk had kunnen aantonen dat zoals de voorwaarde van artikel 60 § 6 Vreemdelingenwet bepaalt, verzoekers ten laste zouden kunnen zijn van een eigen kind;

Zoals verzoekers reeds hebben aangehaald in hun inleidende verzoekschrift is het op grond van de bepalingen uit het burgerlijke wetboek perfect mogelijk dat een minderjarig kind een eigen inkomen kan genereren (art. 385 B.W);

Noch artikel 40 §6 Vreemdelingenwet, noch enige andere bepaling, noch het arrest van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen geeft aan dat er ook maar één voorwaarde met betrekking tot de leeftijd bestaat van de persoon die anderen ten laste neemt;

Het feit dat dit in casu een Belgische minderjarig kind is, is dan stricto sensu irrelevant;

Feit is dat verzoekers bij hun aanvraag vestiging de mogelijkheid moest worden geboden om dit bewijs te leveren, wat niet onmogelijk is zoals de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen ten onrechte stelt gelet op het feit dat een minderjarig kind evenzeer wettelijk over een eigen vermogen en inkomenssteun kan beschikken, waarvan dan de ouders het beheer voeren;

Indien de ouders dan onvermogen zijn dan zijn zij wettelijk gezien ten laste van hun minderjarig kind en/of van diens vermogen/inkomsten;

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen kent ion haar arrest, net zoals verweerder aan de bepalingen van artikel 40 § 6 Vreemdelingenwet een eigen interpretatie toe die er op neerkomt dat er een voorwaarde toegevoegd wordt aan de wettelijke bepaling, met name de voorwaarde dat diegene die ten laste neemt, meerderjarig moet zijn;

Immers in huidig geval heeft verweerder, net zoals de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen slechts op de theoretische situatie geoordeeld dat een minderjarig kind niet ten laste kan nemen;

Dit ongelet, de mogelijkheid van verzoekers om dit gedurende een periode van minstens 5 maanden te bewijzen;

Verweerder, zowel als de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen schendt dan ook duidelijk artikel 40 §6 en artikel 61 Vreemdelingenwet door enerzijds geen mogelijkheid te geven om het "ten laste zijn" te bewijzen en anderzijds door een leeftijdsvoorwaarde voor de van "garant" toe te voegen aan de wettelijke bepalingen van artikel 40 § 6 Vreemdelingenwet.”;

2.1.4. Overwegende dat artikel 39/65 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (Vreemdelingenwet) bepaalt dat de beslissingen van de Raad voor vreemdelingenbetwistingen met redenen zijn omkleed; dat de kritiek op de motieven in het bestreden arrest betreffende de vraag of de verzoekende partijen al dan niet ten laste van hun minderjarig kind zijn, een inhoudelijke kritiek is; dat daaruit niet blijkt dat niet aan de motiveringsplicht als vormvereiste in de zin van het voornoemde artikel 39/65 is voldaan; dat het eerste middel in die mate ongegrond is;

Overwegende dat de verzoekende partijen aanvoeren dat artikel 40, §6, van de Vreemdelingenwet niet stelt dat de Belg van wie men als ouder ten laste is,

meerderjarig moet zijn en dat het bestreden arrest artikel 39/65 van de Vreemdelingenwet dus schendt door te stellen dat het onmogelijk is ten laste te zijn van een minderjarig kind;

Overwegende dat de verzoekende partijen aanvoeren dat zij “zelf geen inkomen (hebben) en dus volledig afhankelijk zijn van de inkomsten in hoofde van hun kind”; dat in het bestreden arrest reeds werd opgemerkt dat de verzoekende partijen dienen aan te tonen ten laste te zijn van de persoon in functie van wie zij de vestiging aanvragen, hetgeen zij echter nalieten te doen; dat de Raad van State als administratieve cassatierechter niet bevoegd is om zelf een feitelijke beoordeling over het al dan niet ten laste zijn van de verzoekende partijen ten opzichte van hun kind te maken; dat het eerste middel in die mate, voor zover ontvankelijk, ongegrond is;

2.2.1. Overwegende dat de verzoekende partijen een tweede middel aanvoeren, dat luidt als volgt:

“Schending van artikel 39/65 Vreemdelingenwet en artikel 61 van het KB van 8 oktober 1981 betreffende de uitvoering van die wet (Vreemdelingenbesluit).

Verzoekers voerden een schending aan van artikel 61 Vreemdelingenbesluit, omdat zij de bewijsstukken waaruit blijkt dat zij ten laste waren van hun kind, nooit hebben kunnen aanbrengen, terwijl artikel 61 voorziet in een termijn van vijf maanden om dat te doen.

Verzoekers dienden de aanvraag tot vestiging in op 26 februari 2007 en reeds twee dagen nadien, op 28 februari 2007, nam verweerder een de beslissing tot weigering. Dit alles is des te onrechtmatiger nu artikel 61 § 2 Vreemdelingenbesluit duidelijk bepaalt dat ten vroegste een maand en ten laatste na vijf maanden na de aanvraag tot vestiging verzoekers zich dienen aan te bieden, om zich de beslissing te laten betekenen. Deze bepaling houdt de mogelijkheid in om de aanvraag gedurende een maand aan te vullen met nieuwe gegevens.

Indien er ondertussen een weigeringsbeslissing genomen wordt, wordt die betekend conform een bijlage 20 (artikel 61 § 4 Vreemdelingenbesluit). De wet of het besluit voorzien niet in de mogelijkheid om een bevel af te geven. Alleen in geval van gevaar voor de openbare orde wordt een bevel om het grondgebied afgegeven (artikel 61 § 4 in fine, met verwijzing naar artikel 45 § 7 Vreemdelingenbesluit). Zoniet, dan blijft het Attest van Immatriculatie geldig, en wordt er geen bevel afgegeven, zodat een nieuwe aanvraag met nieuwe bewijsstukken kan worden voorgelegd.

Verweerder stelde dat artikel 61 § 2 enkel aan verzoekster de verplichting oplegt zich aan te bieden, en dat het aan verweerder zelf geen enkele verplichting oplegt.

Het arrest neemt die motivering over.

Nochtans legt artikel 61 § 2 aan verweerder de verplichting op om een attest van immatriculatie af te geven voor de duur van vijf maanden, en biedt het niet de mogelijkheid dit attest weer in te trekken, tenzij in toepassing van genoemd artikel 45 § 7 (openbare orde).

In casu heeft verweerder twee dagen na het indienen van de aanvraag een negatieve beslissing genomen, en deze op 7 maart 2007, dus binnen de twee weken, betekend. Er werd bovendien meteen een bevel om het grondgebied te verlaten afgegeven, en het attest van immatriculatie werd ingetrokken. De verplichtingen vervat in artikel 61 Vreemdelingenbesluit werden dan ook niet nageleefd.

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt nu in het arrest dat het recht om de aanvraag gedurende vijf maanden aan te vullen of opnieuw te formuleren niet aan verzoekers toekwam, vermist zij dienden "aan te tonen dat zij ten laste zijn van de Belgische onderdaan in

functie waarvan de vestigingsaanvraag werd gedaan. Zulks is in casu onmogelijk vermits het kind geboren is op 15 mei 2003 en derhalve minderjarig is".

Uit de motivering van de Raad blijkt dat aan verzoekers elke mogelijkheid ontnomen wordt het bewijs te leveren dat zij ten laste kunnen zijn van hun minderjarig kind.

Nochtans is het zeer wel mogelijk dat een minderjarige over zelfstandige middelen 'beschikt, waarvan de ouders in voorkomend geval financieel afhankelijk kunnen zijn via hun recht op genot van de goederen (artikel 384 BW).

De motivering van de Raad schendt dan ook artikel 39/65 Vreemdelingenwet, dat bepaalt dat de arresten van de Raad met redenen worden omkleed, wat ook inhoudt dat deze redenen op logische wijze tot de gegeven beoordeling kunnen leiden.

Door verzoekers expliciet het recht te ontzeggen het bewijs te leveren van het feit dat zij ten laste zijn van een minderjarige Belgische onderdaan, schendt de Raad tevens artikel 40 § 6 Vreemdelingenwet en artikel 61 § 2 Vreemdelingenbesluit.”;

2.2.2. Overwegende dat de verwerende partij in de memorie van antwoord het volgende uiteenzet:

“Zoals in het bestreden arrest dd. 30.4.2008 ook terecht wordt aangehaald, hebben verzoekers geen belang bij het opwerpen van ene schending van artikel 61 van het K.B

"Verzoekers tonen niet aan dat indien het bestuur had gewacht om de bestreden beslissing te nemen, zij stukken hadden neergelegd waaruit blijkt dat zij ten laste zijn van hun Belgisch minderjarig kind"

De verwerende partij laat tenslotte gelden dat verzoekers geen belang hebben bij de kritiek gelet op het feit zijn onmogelijk kunnen bewijzen ten laste te zijn van een kind van 5 jaar oud.

Zelfs indien verzoekers 5 maanden de tijd zouden hebben gehad om bewijzen voor te leggen van het ten laste zijn, dan nog zouden zij hier niet zijn in geslaagd.

" Het valt moeilijk in te zien hoe verzoekers ten laste zou kunnen zijn van zijn zoon die op het ogenblik van het treffen van de bestreden beslissing ongeveer één jaar oud is. De bestreden beslissing stelt dan ook terecht dat verzoekers onmogelijk ten laste kan zijn van zijn Belgisch minderjarig kind en dat derhalve de vestiging om die reden niet kan worden toegestaan." (R.v.V. nr. 10.344 van 28.9.2007).”;

2.2.3. Overwegende dat de verzoekende partijen in de memorie van wederantwoord het volgende toevoegen:

“Verweerder stelt dat verzoekers geen belang hebben bij het invoeren van een schending van artikel 39/65 en artikel 61 Vreemdelingenwet;

Immers zo stellen verweerder en de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, is het juist dat er inderdaad een termijn van 5 maanden werd voorzien om in het kader van de aanvraag vestiging de nodige stukken over te maken aan de Dienst Vreemdelingenzaken, doch — zo stelt men ten onrechte — dit was in casu gelet op de minderjarigheid onmogelijk en dus hebben verzoekers geen belang met deze schending;

Verzoeker heeft aangetoond dat minstens, theoretisch de mogelijkheid bestond dat zij ten laste zijn van hun minderjarig kind;

Immers enerzijds kan er geen wettelijke bepaling worden aangewezen waaruit zou kunnen worden afgeleid dat ouders niet ten laste kunnen zijn van hun eigen minderjarige kind.

Bovendien hebben verzoekers erop gewezen dat een minderjarig kind wettelijk gezien perfect een eigen vermogen kunnen hebben en/of eigen inkomsten, dewelke dan kunnen beheerd worden door de ouders;

Het minderjarige kind heeft inderdaad als Belg recht op een eventueel vervangingsinkomen, scholing, verzorging e.d.m.;

Nu het kind ondermeer een vervangingsinkomen kan genereren, is het minstens mogelijk dat de ouders ten laste zijn van dit inkomen van het kind;

De mogelijkheid doet zich alleszins minstens theoretisch voor;

De wettelijke termijn van 5 maanden om dit aan te tonen hebben verzoekers echter niet gekregen van verweerder en dit maakt een schending uit van artikel 61 Vreemdelingenwet;

Ten onrechte stelt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen dat verzoekers geen belang aantonen bij deze schending van artikel 61 Vreemdelingenwet.”;

2.2.4. Overwegende dat de verzoekende partijen aanvoeren dat het bestreden arrest artikel 39/65 van de Vreemdelingenwet en artikel 61 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen schendt omdat, aangezien de minister van Binnenlandse Zaken reeds twee dagen na hun vestigingsaanvraag een weigeringsbeslissing heeft genomen, zij geen kans hebben gehad om de bewijsstukken, waaruit moest blijken dat zij ten laste waren van hun kind, aan te brengen;

Overwegende dat overeenkomstig artikel 61 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 de vreemdeling zich ten vroegste een maand na de aanvraag tot vestiging en ten laatste voor de afloop van de geldigheidsduur van zijn attest van immatriculatie bij het gemeentebestuur moet aanbieden ten einde zich de beslissing aangaande de aanvraag tot vestiging te laten betekenen; dat uit deze bepaling evenwel niet kan worden afgeleid dat de minister geen beslissing inzake de aanvraag tot vestiging zou kunnen nemen zolang de geldigheidsduur van het attest van immatriculatie niet is verstreken, noch dat de aanvrager de mogelijkheid moet worden geboden om bijkomende stukken in te dienen; dat de minister zelf overeenkomstig artikel 61, § 3, van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 bepaalt of bijkomend onderzoek nodig is; dat artikel 61, § 2, enkel een verplichting in hoofde van de vreemdeling voorziet; dat bovendien in het bestreden arrest reeds wordt opgemerkt dat zij niet aantonen “dat indien het bestuur had gewacht om de bestreden beslissing te nemen, zij stukken hadden neergelegd waaruit blijkt dat zij ten laste zijn van hun Belgisch minderjarig kind” en zij dit ook nu niet aantonen; dat het tweede middel, voor zover ontvankelijk, ongegrond is;

2.3.1. Overwegende dat de verzoekende partijen een derde middel aanvoeren, dat luidt als volgt:

“Schending van artikel 39/65 Vreemdelingenwet en artikel 61 van het KB van 8 oktober 1981 betreffende de uitvoering van die wet (Vreemdelingenbesluit).

Door te stellen dat artikel 40 § 6 Vreemdelingenwet enkel ingeroepen kan worden door ouders van een meerderjarige, terwijl artikel 40 § 3 ook van toepassing is op ouders van een minderjarige, voert de Raad een discriminerend onderscheid in in de Vreemdelingenwet.

Verzoekers voeren aan dat zij gelijkgesteld moeten worden met een EU onderdaan in de mate zij beschouwd kunnen worden als ouders van een Belg die daadwerkelijk voor het kind zorgen.

Verzoekers voeren aan dat het begrip 'ten laste' in artikel 40 op één en dezelfde manier geïnterpreteerd kan worden voor alle begunstigden van de bepalingen van artikel 40 Vreemdelingenwet.

Artikel 40 bevat twee bepalingen die de notie bevatten van 'ouder ten laste', namelijk §3 punt 3/, §4 punt 3/ en § 6.

De bepalingen van artikel 40 §3 punt 3/ en § 4 punt 3/ dienen geïnterpreteerd te worden in het licht van de geldende Europese regelgeving. Deze regelgeving is sinds 19 oktober 2004 aangepast wat betreft de notie van 'ouder ten laste'.

De relevante regelgeving op Europees niveau is terug te vinden in artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 90/364, vervangen door artikel 7.1.b van de richtlijn 2004/38. De rechtspraak van het Hof van Justitie gaf een bindende interpretatie aan deze regelgeving in het arrest van 19 oktober 2004 in de zaak C-200/02, Kunqian Catherine Zhu en Man Lavette Chen/Secretary of State for the Home Department (Arrest CHEN).

Het arrest van het Europees Hof van Justitie besliste dat de ouder van een minderjarige EU-onderdaan beschouwd moet worden als gezinslid in de zin van het de Richtlijn (overweging 45):

"
Het arrest stelt dat, ongeacht of mevrouw Chen ten laste was van haar kind, er toch een verblijfsrecht in de zin van de Europe Indien daarentegen de ouder, onderdaan van een lidstaat of een derde staat, die daadwerkelijk zorgt voor een kind waaraan artikel 18 EG en richtlijn 90/364 een verblijfsrecht toekennen, niet werd toegestaan met dit kind in de lidstaat van ontvangst te verblijven, zou zulks het verblijfsrecht van het kind ieder nuttig effect ontnemen. Het is immers duidelijk dat het genot van het verblijfsrecht door een kind van jonge leeftijd noodzakelijkerwijs impliceert dat dit kind het recht heeft om te worden begeleid door de persoon die er daadwerkelijk voor zorgt, en dientengevolge dat deze persoon gedurende dat verblijf bij het kind in de lidstaat van ontvangst kan wonen (zie mutatis mutandis met betrekking tot artikel 12 van verordening nr. 1612/68, arrest Baumbast en R, reeds aangehaald, punten 71-75).

Om deze enkele reden moet worden geantwoord dat wanneer, zoals in het hoofdgeding, artikel 18 EG en richtlijn 90/364 een recht om voor onbepaalde tijd op het grondgebied van de ontvangende lidstaat te verblijven verlenen aan de minderjarige van jonge leeftijd die onderdaan is van een andere lidstaat, deze zelfde bepalingen de ouder die daadwerkelijk voor deze onderdaan zorgt, toestaan om met deze laatste in de lidstaat van ontvangst te verblijven se regelgeving gold, omdat zij voor het kind zorgt.

Het arrest preciseert ook dat het dezelfde bepaling is, die een verblijfsrecht toekent aan de ouder ten laste, die op een bijzondere wijze geïnterpreteerd dient te worden, zodat hetzelfde recht toekomt aan de ouders van een minderjarig kind.

Artikel 7.1 van de richtlijn 2004/38 nam geen aparte categorie op van 'ouder van een minderjarig kind', zodat deze situatie nog steeds opgenomen wordt in de uitlegging van het begrip 'ouder ten laste'.

Dat betekent dat de notie 'ouder ten laste' in artikel 40 §3 punt 3/ en §4 punt 3/ gelezen dient te worden als 'ouder die werkelijk voor het kind zorgt', in de mate het een minderjarig kind betreft.

Deze wijziging heeft tot gevolg dat er een discriminatie ontstaat tussen de ouders ten laste van een EU-onderdaan en ouders ten laste van een Belg.

Deze discriminatie heeft gevolgen voor het gezinsleven van verzoekers en dat van hun kind, en voor de morele en lichamelijke integriteit van het kind, rechten die gewaarborgd worden door artikel 8 EVRM en 22 en 22bis van de Grondwet.

De artikelen 22 en 22bis van de Grondwet en artikel 8 EVRM laten echter niet toe dat er in de uitoefening van de in deze artikelen beschermde rechten een discriminatie zou bestaan, tenzij deze steun vindt in de wet.

De Koning kan ten allen tijde de wettelijke bepalingen in overeenstemming brengen met eventuele wijzigingen in de Europese regelgeving (artikel 47 Vreemdelingenwet).

De Koning heeft artikel 40 Vreemdelingenwet sinds 18 oktober 2004 echter niet aangepast.

Dat betekent dat artikel 40 Vreemdelingenwet slechts op één wijze geïnterpreteerd kan worden in overeenstemming met de artikelen 22, 22bis van de Grondwet en artikel 8 EVRM, namelijk door het begrip 'ten laste' in §3 punt 3/, §4 punt 3/ en in §6 op gelijke wijze uit te leggen.

De Raad nu stelt dat artikel 40 § 6 Vreemdelingenwet zodanig geïnterpreteerd dient te worden, dat het per definitie niet ingeroepen kan worden door ouders van een minderjarig kind.

Daardoor bevestigt en vergroot de Raad de discriminatie in de bescherming van het gezinsleven tussen ouders van een EU-onderdaan en ouders van een Belg, hoewel er voor dit onderscheid helemaal geen wettelijke grond voorhanden is.

Dergelijke interpretatie is dan ook in strijd met de artikelen 22, 22bis van de Grondwet en artikel 8 EVRM, die niet toelaten dat het recht op gezinsleven voor het kind op discriminatoire wijze wordt ingeperkt zonder enige wettelijke bepaling in die zin.

Het kind van verzoekers voldoet aan de voorwaarden genoemd in artikel 7.1 b, namelijk toereikende bestaansmiddelen en een ziektekostenverzekering.

Verzoekers voldoen aan de voorwaarde dat zij werkelijk voor het kind zorgen, wat door verweerder niet werd betwist.

Verzoekers hebben er dus alle belang bij dat de bepalingen van artikel 40 Vreemdelingenwet zonder enige discriminatie worden uitgelegd, zodat zij kunnen worden gelijkgesteld met de ouders van een EU onderdaan op grond van artikel 40 § 6 Vreemdelingenwet.”;

2.3.2. Overwegende dat de verwerende partij in de memorie van antwoord het volgende stelt:

“In zoverre verzoekers zich beroepen op artikel 40 vreemdelingenwet en 22 van de Grondwet laat de verwerende partij vooreerst gelden dat verzoekers in hun inleidend verzoekschrift de procedure voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen geen middel hebben ontwikkeld m.b.t. deze rechtspraak.

De verwerende partij ziet dan ook niet in op welke wijze de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen artikel 40 Vreemdelingenwet en 22 Grondwet zou hebben geschonden.

Terwijl ook de vermeende schending van artikel 22 grondwet niet kan worden aangenomen.

Verder laat de verwerende partij gelden dat ook de Europese wetgeving ter zake (waaronder het art. 2 van de richtlijn 2004/38 dd. 29.04.2004) uitdrukkelijk voorziet dat de rechtstreekse bloedverwanten in opgaande lijn ten laste moeten zijn.

Verzoekers voldoen dan ook niet aan de voorwaarde van ‘ten laste zijn’, voorwaarde die nochtans uitdrukkelijk wordt gesteld in de Belgische wetgeving (art. 40 §6 van de wet dd. 15.12.1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen) en in de Europese wetgeving (art. 2 van de richtlijn 2004/38/EG).

Terwijl verzoekers niet dienstig kunnen verwijzen naar het arrest ‘Zhu en Chen’ van het Hof van Justitie, alwaar volstrekt andere feitelijke omstandigheden ten grondslag liggen aan het arrest.

In de geciteerde zaak wordt door het Hof van Justitie uitdrukkelijk gesteld dat het gemeenschapsrecht:

"in omstandigheden als die in het hoofdgeding, de minderjarige van jonge leeftijd die onderdaan is van een lidstaat, die is gedekt door een passende ziektekostenverzekering en ten laste komt van een ouder die zelf onderdaan is van een derde staat en wiens bestaansmiddelen toereikend zijn om te voorkomen dat genoemde minderjarige ten laste komt van de overheidsfinanciën van de lidstaat van ontvangst, een recht verlenen om voor onbepaalde tijd op het grondgebied van deze laatste staat te verblijven. In dat geval geven deze zelfde bepalingen de ouder die daadwerkelijk voor die onderdaan zorgt het recht, met deze laatste in de lidstaat van ontvangst te verblijven" (onderlijning toegevoegd).

Vooreerst dient te worden vastgesteld dat:

- het in voormelde zaak betrokken kind — dat geboren is in het Verenigd Koninkrijk, doch met de nationaliteit van een andere lidstaat, zodat er een communautair aspect aanwezig was — een verblijfsrecht heeft verkregen in het Verenigd Koninkrijk op grond van het EG-recht,
- aan de moeder van het betrokken kind een verblijfsrecht verleend werd, gelet op het ‘effet utile’ van het verblijfsrecht van het kind zelf,
- opdat het Hof van Justitie de theorie van het ‘effet utile’ kon toepassen voor de moeder, de voorafgaandelijke toepassing van het EG-recht voor het verblijfsrecht van het kind noodzakelijk was.

In casu echter is het verblijfsrecht van de zoon van verzoekers geenszins gebaseerd op het EG-recht, doch wel op de Belgische wetgeving, zonder enig intracommunautair aspect.

Terwijl de toepassing van het gemeenschapsrecht zich niet uitstrekt tot zuiver interne situaties, waarbij er slechts een aanknoping is met één EU-lidstaat en een derde staat.

Een ‘intracommunautair aspect’ is principieel nochtans vereist opdat er eventueel rechten zouden kunnen worden ontleend aan bepalingen van het recht van de Europese Gemeenschappen (H.v.J., 27.10.1982, nrs. 35 en 36/82, Jur. 1982, 3723).

Zodoende kan de ‘nuttigewerkingtheorie’ niet zonder meer worden toegepast op de situatie van verzoekers (zie ook H. VERSCHUEREN, “Gezinshereniging met EU-burgers door derdelandsonderdanen. Twee opmerkelijke arresten van het hof van Justitie in de zaken Akrich en Zhu en Chen”, in TVR 2005, nr. 2, 123.).

Zoals hierboven reeds werd aangetoond, voldoen verzoekers immers niet aan de wettelijke voorwaarden van art. 40 § 6 van de Vreemdelingenwet, zodat zij zich niet op dit artikel kunnen beroepen.

Geheel ten overvloede merkt de verwerende partij ondergeschikt nog het volgende op. Bij toepassing van de bepalingen van het EG-recht dient rekening te worden gehouden met het doel van deze bepalingen, met name het vermijden van een onredelijke belasting voor de algemene middelen van een lidstaat van ontvangst.

Zodoende is in het EG-recht de voorwaarde voorzien dat de EU-onderdanen voor zichzelf en hun familieleden een ziektekostenverzekering hebben afgesloten die alle risico's in de ontvangende lidstaat dekt, en dat zij over toereikende bestaansmiddelen beschikken om te voorkomen dat zij tijdens hun verblijf ten laste van de bijstandsregeling van de lidstaat van ontvangst komen.

Verzoekers hebben op geen enkele manier aangetoond dat aan deze voorwaarden voldaan werd. Integendeel beperken verzoekers zich ertoe te verwijzen naar het desbetreffende arrest, zonder het toe te passen op hun eigen zaak.

Verzoekers hun beschouwingen missen dan ook duidelijk juridische grondslag, en kunnen geen afbreuk doen aan het in casu bestreden arrest dd. 30.4.2008.”;

2.3.3. Overwegende dat de verzoekende partijen in de memorie van wederantwoord hun middel herhalen;

2.3.4. 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, wat betreft de verwijzing naar de thans geldende rechtspraak van het Europees Hof van Justitie, meer in het bijzonder hetgeen is gesteld in het arrest CHEN, in punt 2.1.4. van het bestreden arrest wordt opgemerkt dat deze rechtspraak niet dienstig kan worden aangevoerd aangezien de omstandigheden van deze zaak niet overeenstemmen met de situatie van de verzoekende partijen; dat de verzoekende partijen immers geen aanvraag indienden op basis van een eigen statuut als EG-onderdaan, maar een vestigingsaanvraag indienden in hoofde van hun Belgisch kind; dat zij derhalve moesten voldoen aan het op dat ogenblik van kracht zijnde artikel 40, § 6, van de Vreemdelingenwet; dat de verzoekende partijen op geen enkele wijze hebben aangetoond dat zij ten laste te zijn van hun kind; dat de verzoekende partijen aldus niet aantonen dat zij wèl aan één van de voorwaarden van de voornoemde bepaling voldoen; dat het derde middel in die mate ongegrond is;

Overwegende dat de verzoekende partijen de schending van het gelijkheidsbeginsel niet voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen als annulatierechter hebben opgeworpen en dat zij zulks niet voor het eerst voor de Raad van State als administratieve cassatierechter kunnen doen; dat het derde middel in die mate niet-ontvankelijk is;

2.4.1. Overwegende dat de verzoekende partijen een vierde middel aanvoeren, dat luidt als volgt:

“Schending van artikelen 15 en 31 van de Richtlijn 2004/38
In ondergeschikte orde voert verzoekster aan dat het ontbreken van een onderzoeksbevoegdheid ten gronde bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen met de door artikelen 15

en 31 van de Richtlijn 2004/38 voorziene beroepsprocedure, waarbij ook 'de feiten en omstandigheden die de voorgenen maatregel rechtvaardigen' moeten kunnen worden onderzocht, temeer daar het door verzoekster ingediende verzoek tot herziening nog wel in de mogelijkheid voorzag om de feiten te onderzoeken.

Gezien het annulatieberoep voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet in overeenstemming te brengen is met artikelen 15 en 31 van de Richtlijn 2004/38, dringt verzoekster aan op een prejudiciële vraag van de Raad van State aan het Hof van Justitie om te doen nagaan of het rechtsmiddel genoemd in artikel 39/2 § 2 van de genoemde Wet van 15 december 1980 al dan niet voldoet aan de procedurele eisen van de Richtlijn 2004/38 van de Raad van de Europese Unie.

Rekening houdend met de hierboven uiteengezette middelen en met de elementen uit het administratieve dossier, mag geconcludeerd worden dat de tegenpartij op onrechtmatige wijze beslist heeft verzoekers beroep tegen de weigeringsbeslissing van de Dienst Vreemdelingenzaken te verwerpen.”;

2.4.2. Overwegende dat de verwerende partij in de memorie van antwoord het volgende stelt:

“In een laatste onderdeel van het enig middel beroepen verzoekers zich op de vermeende schending van de artikelen 15.1 en 31.3 van de richtlijn 2004/38 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004.

Desbetreffend dient vooreerst te worden herhaald dat verzoekers zich niet dienstig kunnen beroepen op de Richtlijn 2004/38.

Immers vereist de toepassing van het gemeenschapsrecht een 'intracommunautair aspect' opdat er eventueel rechten zouden kunnen worden ontleend aan bepalingen van het recht van de Europese Gemeenschappen (H.v.J., 27.10.1982, nrs. 35 en 36/82, Jur. 1982, 3723).

Een 'intracommunautair aspect' is principieel nochtans vereist opdat er eventueel rechten zouden kunnen worden ontleend aan bepalingen van het recht van de Europese Gemeenschappen (H.v.J. 12.7.2005, C-403/03, Jur. 2005, 1-6421, r.o. 20, met verwijzing naar de arresten van het Hof van 5 juni 1997, C-64/96 en C-65/96, Jur. 1997, 1-3171, r.o. 23, en van 2 oktober 2003, C-148/02, Jur. 2003, 1-11613, r.o. 26; H.v.J., 16.1.1997, C-134/95, Jur. 1997, 1-195, r.o. 19-23; H.v.J. 28.1.1992, C-332/90, Jur. 1992, 1-341, r.o. 9; H.v.J., 27.10.1982, 35 en 36/82, Jur. 1982, 3723; H.v.J. 7.2.1979, 115/78, Jur. 1979, 399, r.o. 24. Zie ook de conclusie van AG Poiares Maduro van 6 mei 2004, C-72/03, Jur. 2004, 1-8027, r.o. 4 en 23).

In casu echter zijn verzoekers onderdanen van Ecuador en ouders van een Belgisch kind, zodat hun aanvraag tot vestiging geenszins gebaseerd is op het EG-recht, doch wel op de Belgische wetgeving, zonder enig intracommunautair aspect.

De toepassing van het gemeenschapsrecht strekt zich inderdaad niet uit tot zuiver interne situaties, waarbij er slechts een aanknoping is met één EU-lidstaat en een derde staat (zie ook Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, arrest nr. 2.023 dd. 27.09.2007; R.v.V. nr. 2.023 dd. 27.09.2007).

Ook art. 3.1 van de Richtlijn 2004/38/EG, artikel waarnaar verzoekers overigens uitdrukkelijk verwijzen - stipuleert dat:

"Deze 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."

In casu dient dan ook te worden vastgesteld dat er geen intracommunautair aspect aanwezig is, zodat verzoekers zich niet dienstig kunnen beroepen op de door hen aangehaalde Europese wetgeving.

Verzoekers kunnen bezwaarlijk ernstig voorhouden dat het gegeven dat het Europese gemeenschapsrecht de toepassingsvoorwaarde stelt van de aanwezigheid van een intracommunautair aspect, discriminerend is.

Geheel ten overvloede, en slechts in zoverre de Raad een andere mening zou zijn toegedaan, laat de verwerende partij nog gelden dat het haar niet duidelijk is hoe verzoekers hun beschouwingen de eventuele cassatie van het in casu bestreden arrest zouden kunnen verantwoorden, en verder, wat het belang van de verzoekende partijen is bij de door hen geuite kritiek.

Immers dient te worden vastgesteld dat de omzetting van art. 31 van de richtlijn is geschied bij wet dd. 15.9.2006, in werking getreden op 1.6.2007, zodat verzoekers zich niet op de directe werking van dit artikel kunnen beroepen.

Uit de memorie van toelichting bij deze wet van 15 september 2006 blijkt immers dat "In werkelijkheid leiden de afschaffing van het verzoek tot herziening en de invoering van artikel 39/79 in de wet door het wetsontwerp tot hervorming van de Raad van State en tot inrichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (gebaseerd op artikel 77 van de Grondwet) tot de feitelijke omzetting van de artikelen 15 én 31 van de voornoemde richtlijn 2004/38/EG in

het Belgische recht. Het beroep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (..) inderdaad een jurisdictioneel beroep (is) dat automatisch schorsend is voor wat betreft de beslissingen genomen ten aanzien van burgers van de Unie en hun gezinsleden, en dat het mogelijk maakt om de wettigheid van het besluit, alsmede de feiten en omstandigheden die de maatregel rechtvaardigen en het evenredig karakter van deze maatregel te onderzoeken, overeenkomstig artikel 31, §§ 1 tot 3 van de richtlijn 2004/38/EG. (Parl. St., Kamer 2005-2006, nr. 2487/001, 78)." De bovenvermelde wet van 15 september 2006 is op 1 juni 2007 in werking getreden, zodat de omzetting van de artikelen 15 en 31, 3/ van de richtlijn 2004/38 EG is geschied en de verzoekende partij zich wat deze artikelen betreft niet langer op de directe werking van de richtlijn kan beroepen.

Daargelaten de vraag naar de ontvankelijkheid van het middel, gelet op het ontbreken van de directe werking van de artikelen 15 en 31, 3/ van de Richtlijn 2004/38 EG en het gebrek aan vermelding van de Belgische wettelijke bepalingen terzake, merkt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen op dat de afdeling wetgeving bij de Raad van State reeds heeft gesteld dat het rechterlijk beroep dat kan worden ingesteld bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen prima facie beantwoordt aan de vereisten van daadwerkelijke rechtshulp in de zin van artikel 13 van het EVRM (Parl. St., Kamer, 2005-2006, nr. 2479/001, 323). De verzoekende partij brengt geen gegevens aan om dit standpunt te weerleggen. Haar stelling, die erop neer komt dat de Raad de feiten en de omstandigheden die de voorgenomen maatregel rechtvaardigen niet in ogenschouw zou mogen nemen, kan dan ook niet worden gevolgd. (zie o.m. R.v.V. nr. 5.325 dd. 20.12.2007; R.v.V. nr. 4.421 dd. 03.12.2007)

Verzoekers kunnen niet dienstig anders voorhouden.

Verzoekers hun enig middel kan niet worden aangenomen.”;

2.4.3. Overwegende dat de verzoekende partijen in de memorie van wederantwoord hun middel herhalen;

2.4.4. Overwegende dat artikel 3.1. van 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 partijen zelf niet de nationaliteit van een EU-lidstaat hebben en als dusdanig niet onder het toepassingsgebied van Richtlijn 2004/38 vallen, dat zij een vestigingsaanvraag in functie van hun Belgisch kind hebben ingediend en dat zij niet hebben aangetoond dat hij ten laste zijn van dat kind; dat de verzoekende partijen zich dan ook niet dienstig kunnen beroepen op de Richtlijn; dat, ten overvloede, het Grondwettelijk Hof in zijn arrest nr. 81/2008 van 27 mei 2008 heeft geoordeeld dat de rechtzoekende, wanneer de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen zoals in casu op grond van artikel 39/2, § 2, van de Vreemdelingenwet als annulatierechter uitspraak doet, niet van een daadwerkelijk rechtsmiddel is beroofd en dat uit de artikelen 15, 28 en 31 van Richtlijn 2004/38 niet blijkt dat daarin meer jurisdictionele waarborgen zijn voorzien dan in artikel 39/2, § 2, van de Vreemdelingenwet; dat het verzoek om een

prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie niet kan worden ingewilligd; dat het vierde middel, voor zover ontvankelijk, ongegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 350 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op achttien december tweeduizend en negen, door :

de HH. C. ADAMS,

J. CASNEUF,

wnd. kamervoorzitter,
staatsraad,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

J. CASNEUF.

C. ADAMS.