

Rolnummer 4705
Arrest nr. 33/2010 van 22 april 2010

## A R R E S T

---

*In zake* : de prejudiciële vraag over 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, vóór de wijziging ervan bij artikel 19 van de wet van 25 april 2007, gesteld door de Raad van State.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters M. Melchior en M. Bossuyt, en de rechters R. Henneuse, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, J. Spreutels en T. Merckx-Van Goey, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter M. Melchior,

wijst na beraad het volgende arrest :

\*

\* \*

## I. *Onderwerp van de prejudiciële vraag en rechtspleging*

Bij arrest nr. 193.108 van 8 mei 2009 in zake Maria Emperatriz Bermeo Caicedo tegen de Belgische Staat, waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 13 mei 2009, heeft de Raad van State de volgende prejudiciële vraag gesteld :

« Schendt het vroegere 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, in zoverre het een voorwaarde oplegt van tenlasteneming van de bloedverwanten in de opgaande lijn door het kind, in die zin geïnterpreteerd dat het minderjarige Belgische kind wiens bloedverwanten in de opgaande lijn die niet de Belgische nationaliteit hebben, niet te zijnen laste zijn, ofwel ervan moet afzien te leven in het land waarvan het de nationaliteit heeft, ofwel ervan moet afzien te leven met zijn ouders indien die laatstgenoemden beslissen terug te keren naar hun land van herkomst, artikel 22 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955 ? ».

Memories en memories van antwoord zijn ingediend door :

- Maria Emperatriz Bermeo Caicedo, die keuze van woonplaats doet te 1060 Brussel, Théodore Verhaegenstraat 115;

- de Ministerraad.

Op de openbare terechtzitting van 2 maart 2010 :

- zijn verschenen :

. Mr. A. Philippe, advocaat bij de balie te Brussel, voor Maria Emperatriz Bermeo Caicedo;

. Mr. P. Lejeune en Mr. S. Matray *loco* Mr. D. Matray, advocaten bij de balie te Luik, voor de Ministerraad;

- hebben de rechters M. Melchior en T. Merckx-Van Goey verslag uitgebracht;

- zijn de voornoemde advocaten gehoord;

- is de zaak in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

## II. *De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschil*

Maria Emperatriz Bermeo Caicedo heeft bij de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een administratief cassatieberoep ingediend tegen een arrest van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

Dat beroep, toelaatbaar verklaard door de Raad van State, heeft betrekking op een arrest tot verwerping van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring ingediend tegen een beslissing tot weigering van vestiging.

De Raad van State beslist aan het Hof de hiervoor weergegeven prejudiciële vraag te stellen en verwerpt het beroep voor het overige.

### III. *In rechte*

- A -

#### *Standpunt van Maria Emperatriz Bermeo Caicedo*

A.1. De voorwaarde die is vastgelegd in de in het geding zijnde bepaling en die inhoudt dat de bloedverwant in de opgaande lijn ten laste moet zijn van de persoon met de Belgische nationaliteit, is kennelijk niet verenigbaar met artikel 22 van de Grondwet en met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Immers, door te stellen dat de moeder van een minderjarig Belgisch kind die niet werkt, geen verblijf in België kan verkrijgen omdat zij niet ten laste is van haar kind, terwijl zij over dat kind het ouderlijk gezag uitoefent en instaat voor diens voornaamste huisvesting, ontnemt de wetgever elk nuttig effect aan het recht voor het kind om waardig te leven in zijn eigen land en er te worden opgevoed. De Belgische nationaliteit van dat kind maakt het hem noch zijn familie mogelijk te verblijven in het land waarvan hij onderdaan is.

In dat opzicht dient rekening te worden gehouden met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en in het bijzonder met het arrest C-200/02, gewezen op 19 oktober 2004, dat aan de ouder van een jonge minderjarige gemeenschapsonderdaan voor wie deze ouder zorgt, het recht toekent om met hem te verblijven in de ontvangende lidstaat. De wetgever heeft echter gewild dat de familie van de Belg de gunstigste bepalingen kon genieten die in het Europees recht inzake verblijf zijn gedefinieerd.

A.2. De in het geding zijnde bepaling brengt eveneens een discriminatie teweeg onder de Belgische kinderen, naargelang hun ouders al dan niet beschikken over een verblijfsrecht. De gelijkstelling van de familie van de Belg met de familie van iedere gemeenschapsonderdaan houdt in dat de bloedverwant in de opgaande lijn van een Belg die zich zou bevinden in een situatie die vergelijkbaar is met die welke aanleiding heeft gegeven tot het voormelde arrest C-200/02, het verblijfsrecht moet kunnen genieten. In die zaak was de bloedverwant in de opgaande lijn echter niet ten laste van zijn kind.

De kwestie van de bestaansmiddelen lijkt te dezen overigens niet relevant, in zoverre het recht op de Belgische nationaliteit van het kind niet afhankelijk is van het bezit van toereikende middelen en in zoverre artikel 22 van de Grondwet evenmin een dergelijke voorwaarde vaststelt. Die oplossing lijkt eveneens verantwoord in het licht van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en van artikel 3, lid 1, van het Vierde Aanvullend Protocol bij dat Verdrag, dat de uitzetting, door een Staat, van zijn onderdanen verbiedt.

A.3. De noodzaak om de daadwerkelijke aanwezigheid van de ouders aan de zijde van het Belgische minderjarige kind te waarborgen, vormt een positieve verplichting die voortvloeit uit artikel 22 van de Grondwet en artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, tenzij de niet-naleving van die verplichting die een inmenging zou vormen, voldoet aan de voorwaarden van artikel 8, lid 2, van dat Verdrag.

In het onderhavige geval heeft het kind, sinds zijn geboorte, sociale betrekkingen ontwikkeld met Belgische of buitenlandse personen die in België leven en in voorkomend geval een belangrijke rol spelen in zijn opvoeding en zijn ontwikkeling.

Artikel 22*bis* van de Grondwet en de artikelen 3 en 6, lid 2, van het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind bepalen dat de belangen van de minderjarige de eerste overweging vormen. Artikel 7 van hetzelfde Verdrag bevestigt het recht voor een kind om door zijn of haar ouders te worden verzorgd, terwijl

artikel 8, lid 1, ervan bepaalt dat de Staten zich verbinden tot eerbiediging van het recht van het kind om zijn of haar familiebetrekkingen te behouden. De Staten die partij zijn, waken, op grond van artikel 9 ervan, eveneens erover dat een kind niet wordt gescheiden van zijn of haar ouders tegen hun wil. Ten slotte bepaalt artikel 10 van datzelfde Verdrag dat elke aanvraag door een kind of zijn ouders om een Staat die partij is, voor gezinshereniging binnen te gaan, door de Staat met welwillendheid, menselijkheid en spoed wordt behandeld.

Artikel 3, lid 2, onder a), van de richtlijn 2004/38/EG 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, bevestigt soortgelijke waarborgen.

A.4. In haar memorie van antwoord merkt de verzoekende partij voor de Raad van State voorts op dat geen rekening moet worden gehouden met het gegeven dat haar geen bevel is betekend om het grondgebied te verlaten. Daar zij niet wettig in België verblijft, blijft zij immers in een toestand van rechteloosheid, vermits haar aanvraag om machtiging tot verblijf nog niet het voorwerp heeft uitgemaakt van een beslissing. Zij kan dus geen aanspraak maken op werk, noch op een eerbiedwaardig privéleven in België. De verzoekster heeft overigens geantwoord op de brief van de Dienst Vreemdelingenzaken van 14 april 2009 betreffende haar aanvraag om machtiging tot verblijf. Zij geeft dus blijk van de vereiste zorgvuldigheid.

A.5. In haar memorie van antwoord maakt de verzoekster voor de verwijzende rechter ook gewag van een omzendbrief van 19 juli 2009 getiteld « Instructie betreffende de toepassing van het oude Artikel 9, lid 3 en het Artikel 9bis van de wet van 15 december 1980 ». Die omzendbrief bepaalt dat sommige specifieke humanitaire situaties, waaronder de omstandigheid dat de vreemdeling die ouder is van een Belgisch minderjarig kind en die met zijn kind een reëel en effectief gezin vormt, de toekenning van een machtiging tot verblijf kunnen verantwoorden.

De aanneming van die omzendbrief zou het ongepaste karakter van het vroegere artikel 40 van de in het geding zijnde wet aantonen.

#### *Standpunt van de Ministerraad*

A.6. Na te hebben herinnerd aan de draagwijdte van het recht op het privéleven, in het licht van de rechtspraak van zowel het Hof als van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, is de Ministerraad van mening dat de inmenging in het recht op het privéleven, veroorzaakt door de in het geding zijnde bepaling, niet zonder redelijke verantwoording is.

Zoals zij door de verwijzende rechter wordt voorgesteld, houdt de betwiste inmenging een alternatief in. Ofwel ziet het Belgisch kind ervan af in België te leven, ofwel ziet het ervan af met zijn ouders te leven. In de huidige toestand wordt de verzoekster voor de verwijzende rechter echter geenszins geconfronteerd met het risico om werkelijk en zeer binnenkort het grondgebied te worden uitgezet, vermits geen enkel bevel om het grondgebied te verlaten aan haar is betekend. Integendeel, de Dienst Vreemdelingenzaken heeft haar op 14 april 2009 een brief gestuurd waarin zij wordt gewezen op de stappen die moeten worden gedaan om een verblijfsvergunning te verkrijgen. De verzoekster voor de Raad van State heeft aan dat verzoek evenwel geen gevolg gegeven.

Zoals zij door de verzoekster voor de Raad van State wordt voorgesteld, bestaat de betwiste inmenging in het feit dat zij, wegens de administratieve handeling waarvan zij de wettigheid voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen heeft betwist, moet onderduiken en in een situatie van onzekerheid wordt geplaatst. Die inmenging vloeit evenwel niet voort uit de in het geding zijnde bepaling, en zelfs niet uit de beslissing tot weigering van vestiging die de Dienst Vreemdelingenzaken ter uitvoering van de wet heeft genomen, maar uit een keuze van de verzoekster voor de verwijzende rechter, die het oppoortuun heeft geacht zichzelf in de door haar beschreven situatie te plaatsen. Zij zou immers een aanvraag tot gezinshereniging hebben kunnen indienen. Voor het overige leeft zij ondergedoken sinds zij het Belgische grondgebied is binnengekomen. Zij heeft echter meer dan drie jaar gewacht om een aanvraag tot regularisatie van haar verblijf in te dienen. Bovendien heeft zij geen gevolg gegeven aan de instructies van de Dienst Vreemdelingenzaken in verband met haar aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9, derde lid, van de in het geding zijnde wet.

A.7. De bij de in het geding zijnde bepaling opgelegde voorwaarde om ten laste te zijn van de bloedverwant in de nederdalende lijn, is evenmin in strijd met het evenredigheidsbeginsel. Het door de wetgever nagestreefde doel bestond immers erin de familieleden van de Belg de gunstigere bepalingen te laten genieten

die in het gemeenschapsrecht zijn gedefinieerd, teneinde discriminaties in omgekeerde zin te voorkomen. Het gemeenschapsrecht waakt echter erover te vermijden dat voor het systeem van maatschappelijke bijstand van het gastland een te grote last ontstaat. Dat doel is gewettigd in het licht van artikel 22 van de Grondwet en artikel 8.2 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

*In abstracto* zou weliswaar kunnen worden aangevoerd dat de wetgever dat doel zou hebben kunnen bereikt door financiële vereisten op te leggen aan de ouders en niet aan het kind zelf. Het is overigens in die zin dat de wetgeving is geëvolueerd. Te dezen kan die grief niettemin niet worden geformuleerd. De verzoekster voor de verwijzende rechter heeft immers aangevoerd dat zij het recht op vestiging kan genieten in haar enkele hoedanigheid van bloedverwant in de opgaande lijn van haar Belgisch kind en gesteld dat zij aanspraak kan maken op de lering van het arrest C-200/02 van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. De Raad van State heeft, in een arrest dat gezag van gewijsde heeft, haar verzoek op dat punt echter verworpen. Die stellingname is gedekt door het gezag van gewijsde. Er dient dus te worden beschouwd dat, voor de toepassing van de in het geding zijnde bepaling, de verzoekster voor de verwijzende rechter niet over voldoende middelen beschikt, hetgeen in elke hypothese uitsluit dat zij een maatregel van gezinshereniging kan genieten.

Ten overvloede merkt de Ministerraad nog op dat de verzoekster voor de verwijzende rechter zich niet bevindt in een situatie die valt onder het toepassingsgebied van richtlijn 2004/38/EG en dat de rechtspraak van het Hof van Justitie hoe dan ook geenszins het bestaan van een automatisch verblijfsrecht bevestigt. Integendeel, zij sluit dat precies uit wanneer die situatie een financiële last voor de overheid zou teweegbrengen.

- B -

### *Ten aanzien van de in het geding zijnde bepaling*

B.1.1. De prejudiciële vraag heeft betrekking op 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 (hierna : de wet van 15 december 1980), vóór de wijziging ervan bij artikel 19 van de wet van 25 april 2007.

In de versie van vóór de wijziging ervan bij artikel 19 van de wet van 25 april 2007, bepaalde artikel 40 van de wet van 15 december 1980 :

« § 1. Onverminderd de bepalingen vervat in de verordeningen van de Raad en van de Commissie van de Europese Gemeenschappen en de meer voordelige bepalingen waarop de E.G.-vreemdeling zou kunnen aanspraak maken, zijn de hierna volgende bepalingen op hem toepasselijk.

§ 2. Voor de toepassing van deze wet wordt onder E.G.-vreemdeling verstaan, iedere onderdaan van een Lid-Staat van de Europese Gemeenschappen die verblijft in of zich begeeft naar het Rijk en die :

1° hetzij er een werkzaamheid in loondienst of anders dan in loondienst uitoefent of voornemens is uit te oefenen;

2° hetzij er het verrichten van diensten geniet of voornemens is te genieten;

3° hetzij er het recht op voortgezet verblijf geniet of voornemens is te genieten;

4° hetzij er het verblijfsrecht geniet of voornemens is te genieten na een beroepswerkzaamheid in de Gemeenschap te hebben beëindigd;

5° hetzij er als hoofdbezigheid een beroepsopleiding volgt of voornemens is te volgen in een erkende onderwijsinstelling;

6° hetzij tot geen van de in het 1° tot het 5° bedoelde categorieën behoort.

§ 3. Tenzij deze wet anders bepaalt, worden de hierna volgende personen, van welke nationaliteit ook, met de in § 2, 1°, 2° en 3°, bedoelde E.G.-vreemdeling gelijkgesteld, mits zij zich met hem vestigen of komen vestigen :

1° zijn echtgenoot;

2° zijn bloedverwanten in de nederdalende lijn of die van zijn echtgenoot, beneden 21 jaar of die te hunnen laste zijn;

3° zijn bloedverwanten in de opgaande lijn of die van zijn echtgenoot, die te hunnen laste zijn;

4° de echtgenoot van de personen bedoeld in het 2° en het 3°.

§ 4. Tenzij deze wet anders bepaalt, worden de hierna volgende personen, van welke nationaliteit ook, met de in § 2, 4° en 6°, bedoelde E.G.-vreemdeling gelijkgesteld, mits zij zich met hem vestigen of komen vestigen :

1° zijn echtgenoot;

2° zijn bloedverwanten in de nederdalende lijn of die van zijn echtgenoot, die te hunnen laste zijn;

3° zijn bloedverwanten in de opgaande lijn of die van zijn echtgenoot, die te hunnen laste zijn;

4° de echtgenoot van de personen bedoeld in het 2° en het 3°.

§ 5. Tenzij deze wet anders bepaalt, worden zijn echtgenoot en zijn kinderen of die van zijn echtgenoot die zij te hunnen laste hebben, van welke nationaliteit ook, met de in § 2, 5°, bedoelde E.G.-vreemdeling gelijkgesteld, mits zij zich met hem vestigen of komen vestigen.

§ 6. 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 ».

B.1.2. Vóór de wijziging ervan bij de wet van 25 april 2007 bepaalden de artikelen 42 en 43 van de wet van 15 december 1980, in verband met het verblijfsrecht van de gemeenschapsonderdanen :

« Art. 42. Het recht op verblijf wordt erkend aan de E.G.-vreemdeling in de voorwaarden en voor de duur door de Koning bepaald overeenkomstig de verordeningen en de richtlijnen van de Europese Gemeenschappen.

Dit recht op verblijf wordt geconstateerd door een vergunning afgegeven in de gevallen en volgens de modaliteiten door de Koning bepaald overeenkomstig die verordeningen en richtlijnen.

De beslissing betreffende de afgifte van de verblijfsvergunning wordt zo spoedig mogelijk genomen en uiterlijk binnen zes maanden na de aanvraag.

Art. 43. De binnenkomst en het verblijf mogen aan de E.G.-vreemdeling slechts geweigerd worden om redenen van openbare orde, van openbare veiligheid of van volksgezondheid en zulks binnen de hiernavermelde perken :

1° de redenen mogen niet ingeroepen worden voor economische doeleinden;

2° de maatregelen van openbare orde of van openbare veiligheid moeten uitsluitend gegrond zijn op het persoonlijk gedrag van de betrokkene en het bestaan van strafrechtelijke veroordelingen vormt op zichzelf geen motivering van deze maatregelen;

3° het verval van het document dat de binnenkomst en het verblijf op het Belgisch grondgebied heeft toegelaten, kan op zichzelf de verwijdering van het grondgebied niet wettigen;

4° alleen ziekten en gebreken vermeld in de bij deze wet gevoegde lijst kunnen een weigering van binnenkomst op het grondgebied of van afgifte van de eerste verblijfsvergunning wettigen. Na afgifte van dergelijke vergunning kan geen ziekte noch gebrek de weigering tot vernieuwing van de verblijfsvergunning of de verwijdering van het grondgebied wettigen ».

Die bepalingen bevinden zich in hoofdstuk I, met als opschrift « Vreemdelingen, onderdanen van de lid-staten van de Europese Gemeenschappen, hun familieleden en vreemdelingen, familieleden van een Belg », van titel II « Aanvullende en afwijkende bepalingen betreffende bepaalde categorieën van vreemdelingen » van de wet van 15 december 1980.

B.2.1. Artikel 40, § 6, van de wet van 15 december 1980 stelde de vreemde bloedverwanten in de opgaande lijn van een Belg, die ten laste zijn van laatstgenoemde en die zich met hem vestigen of komen vestigen, gelijk met de gemeenschapsonderdanen; die bepaling maakte geen

enkel onderscheid naargelang de familieleden zelf gemeenschapsonderdanen of onderdanen van een derde land waren.

De in het geding zijnde bepaling had tot gevolg dat de bloedverwanten in de opgaande lijn, onderdanen van niet-lidstaten van de Europese Unie, van een Belg, het verblijfsrecht van de Europese onderdanen genoten, zoals werd bepaald in de artikelen 42 en 43 van de wet van 15 december 1980, met verwijzing naar de « verordeningen en richtlijnen van de Europese Gemeenschappen », op voorwaarde dat zij « ten laste » zijn van hun Belgisch kind.

B.2.2. Dat verblijfsrecht van de vreemde bloedverwanten in de opgaande lijn is dus een afgeleid recht, dat werd toegekend om reden van de hoedanigheid van een andere persoon, te dezen hun kind met Belgische nationaliteit.

#### *Ten aanzien van de prejudiciële vraag*

B.3. De verwijzende rechter ondervraagt het Hof over de bestaanbaarheid, met artikel 22 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, van de voorwaarde van tenlasteneming van de bloedverwanten in de opgaande lijn door het kind, bedoeld in artikel 40, § 6, van de wet van 15 december 1980, vóór de wijziging ervan bij artikel 19 van de wet van 25 april 2007, indien die bepaling wordt geïnterpreteerd « in die zin [...] dat het minderjarige Belgische kind wiens bloedverwanten in de opgaande lijn die niet de Belgische nationaliteit hebben, niet te zijnen laste zijn, ofwel ervan moet afzien te leven in het land waarvan het de nationaliteit heeft, ofwel ervan moet afzien te leven met zijn ouders indien die laatstgenoemden beslissen terug te keren naar hun land van herkomst ».

B.4. De prejudiciële vraag heeft dus betrekking op de gevolgen, voor het minderjarige Belgische kind van vreemde ouders die niet te zijnen laste zijn, van het feit dat de voorwaarde van « tenlasteneming » door de Belg van zijn bloedverwanten in de opgaande lijn, bedoeld in de in het geding zijnde bepaling, niet kan worden vervuld en dat het verblijfsrecht bijgevolg niet kan worden toegekend aan de vreemde ouders van het Belgische kind, in die enkele hoedanigheid.



*Ten aanzien van de feitelijke situatie voor de verwijzende rechter*

B.5. De verzoekster voor de verwijzende rechter, met Ecuadoraanse nationaliteit, is de moeder van een kind aan wie de Belgische nationaliteit is toegekend met toepassing van artikel 10 van het Wetboek van de Belgische nationaliteit, vóór de wijziging ervan bij de wet van 27 december 2006 houdende diverse bepalingen. Krachtens die bepaling werd aan het kind de Belgische nationaliteit toegekend.

B.6. Op het ogenblik van de uitspraak van de verwijzingsbeslissing verbleef de verzoekster voor de verwijzende rechter illegaal in het land en vroeg zij een recht van vestiging aan overeenkomstig artikel 40, § 6, van de wet van 15 december 1980. Bij brief van 1 maart 2010 heeft de Ministerraad het Hof ervan in kennis gebracht dat de verzoekster voortaan gemachtigd is tot een onbeperkt verblijf met toepassing van de artikelen 9, § 3, en 13 van de wet van 15 december 1980.

Gelet op dat nieuwe element dient de zaak naar de verwijzende rechter te worden teruggezonden, teneinde hem in staat te stellen te bepalen welke weerslag die wijziging van status op het aan hem voorgelegde geschil heeft.

Om die redenen,

het Hof

zendt de zaak terug naar de verwijzende rechter.

Aldus uitgesproken in het Frans en het Nederlands, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof, op de openbare terechtzitting van 22 april 2010.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

M. Melchior