



Arrest

nr. 215 974 van 30 januari 2019
in de zaak RvV X / IX

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat M. VAN DEN BROECK
Haachtsesteenweg 55
1210 BRUSSEL

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de staatssecretaris voor Asiel en Migratie
en Administratieve Vereenvoudiging, thans de minister van Sociale Zaken en
Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie.

DE WND. VOORZITTER VAN DE IXde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Tunesische nationaliteit te zijn, op 26 september 2018 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging en de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 27 augustus 2018 tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13).

Gezien titel I *bis*, hoofdstuk 2, afdeling IV, onderafdeling 2, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

Gezien de beschikking houdende de vaststelling van het rolrecht van 2 oktober 2018 met referentenummer X.

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 12 november 2018, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 11 december 2018.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken I. CORNELIS.

Gehoord de opmerkingen van advocaat K. DESIMPELAERE, die *loco* advocaat M. VAN DEN BROECK verschijnt voor de verzoekende partij en van attaché N. ONRAET, die verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

De gemachtigde van de voormalig bevoegde staatssecretaris neemt op 27 augustus 2018 de beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten. Deze beslissing, die verzoeker op 7 september 2018 ter kennis wordt gebracht, is gemotiveerd als volgt:

“(...)

De heer / mevrouw :

[...]

nationaliteit: Tunesië

wordt het bevel gegeven het grondgebied van België te verlaten, evenals het grondgebied van de staten die het Schengenacquis ten volle toepassen, tenzij hij (zij) beschikt over de documenten die vereist zijn om er zich naar toe te begeven,

binnen de 7 (zeven) dagen na de kennisgeving.

REDEN VAN DE BESLISSING:

Het bevel om het grondgebied te verlaten wordt afgegeven in toepassing van artikel(en) van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en volgende feiten:

Artikel 7

[...]

(x)^{2°} in volgende gevallen :

[x] de vreemdeling verblijft langer in het Rijk dan de termijn waartoe hij gemachtigd is door het visum of de visumverklaring dat of die in zijn paspoort of in zijn daarmee gelijkgestelde reistitel werd aangebracht (art.6, eerste lid, van de wet)

[...]

Volgens het overgemaakte paspoort en visum van betrokkene blijkt dat hij recht had op een verblijf van 90 dagen vanaf 05/05/2018 (datum binnenkomst). Bijgevolg is het regelmatig verblijf van betrokkene nu verstreken.

Bovendien geeft de intentie om te huwen of om wettelijk samen te wonen betrokkene niet automatisch recht op verblijf.

Ook het feit dat betrokkene hier verblijft bij zijn Belgische partner en haar 4 minderjarige kinderen en stiefvader, geeft hem niet automatisch recht op verblijf.

Wat de vermeende schending van art. 8 EVRM betreft kan worden gesteld dat de terugkeer naar het land van herkomst of naar het land waar betrokkene een lang verblijf geniet, om op een later tijdstip legaal naar België terug te keren, niet in disproportionaliteit staat ten aanzien van het recht op een gezins- of privéleven. In zijn arrest (nr. 27.844) dd. 27.05.2009 stelt de Raad voor Vreemdelingbetwistingen het volgende: "De Raad wijst er verder op dat artikel 8 van het EVRM niet als een vrijgeleide kan beschouwd worden dat betrokkene zou toelaten de bepalingen van de vreemdelingenwet naast zich neer te leggen." Overeenkomstig de vaste rechtspraak van de Raad van State dient bovendien te worden benadrukt dat een tijdelijke scheiding om zich in regel te stellen met de immigratiewetgeving niet kan beschouwd worden als een schending van artikel 8 van het EVRM (RvS 22 februari 1993, nr. 42.039; RvS 20 juli 1994, nr. 48.653; RvS 13 december 2005, nr. 152.639). (...)"

Dit is de bestreden beslissing.

2. Onderzoek van het beroep

2.1. Verzoeker voert in een enig middel de schending aan van artikel 8 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955, van artikel 41, § 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest), van de artikelen 62 en 74/13 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: de Vreemdelingenwet), van het beginsel *audi alteram partem*, van de motiveringsplicht en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Na een theoretische toelichting bij de geschonden geachte bepalingen en beginselen stelt verzoeker als volgt:

"Verzoeker heeft al meer dan zeven jaar een relatie met een Belgische vrouw, Mevrouw [O.]. Samen hebben ze twee kinderen en Mevrouw [O.] is zwanger van het derde kind.

De bestreden beslissing werd betekend nadat verzoeker de stappen had ondernomen om zijn kinderen te kunnen erkennen, en terwijl het onderzoek hangende is naar een "schijnerkenning".

Artikel 8 EVRM en artikel 74/13 Vreemdelingenwet, alsook het zorgvuldigheidsbeginsel en de motiveringsplichten vereisen dat, bij het nemen van een bevel om het grondgebied te verlaten, de beslissing rekening houdt met het privé- en gezinsleven, en die belangenafweging ook vermeldt in de motivering van de bestreden beslissing.

Zo werd in een arrest dd.27.08.2014 de onderzoeksplicht in hoofde van verwerende partij onderstreept:

"De verzoeker benadrukt dat de verwerende partij ingevolge artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet rekening dient te houden met het familieleven, hetgeen in casu niet is gebeurd. Tot slot stelt de verzoekende partij dat artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet refereert naar artikel 8 van het EVRM. De verzoekende partij kan worden gevolgd waar zij stelt dat deze bepaling allicht refereert naar artikel 8 van het EVRM dat de bescherming van het gezinsleven inhoudt. De Raad stelt vast dat in de verwijderingsmaatregel geen enkele motivering terug te vinden betreffende het gezins- en familieleven van de verzoekende partij. Evenmin blijkt uit de stukken van het administratief dossier dat hiermee rekening zou zijn gehouden. De verwerende partij was op de hoogte van het bestaan van een al dan niet vermeende partner van de verzoekende partij. Noch in de bestreden beslissing, noch in het administratief dossier is een afweging terug te vinden aangaande het al dan niet bestaan van een gezinsleven in hoofde van de verzoekende partij. De verzoekende partij maakt de schending van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet prima facie aannemelijk." [...]

Dit werd tevens aangehaald in een arrest dd. 1 7.12.2014:

"Artikel 74/13 van de vreemdelingenwet is een bepaling die erop gericht is te waarborgen dat de staatssecretaris en zijn gemachtigde/ ook in het kader van een gebonden bevoegdheid/ bij het nemen van een verwijderingsbeslissing naar behoren rekening houden met welbepaalde omstandigheden en fundamentele rechten, zijnde het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land. Artikel 74/13 van de vreemdelingenwet weerspiegelt in deze zin hogere rechtsnormen, zoals deze onder meer voortvloeien uit artikel 8 van het EVRM, waartoe tevens het beginsel van het belang van het kind en een billijke belangenafweging toebehoren (EHRM 31 januari 2006, nr. 50435/99, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer v. Nederland, EHRM 30 juli 2013, nr. 948/12, Berisha v. Zwitserland, par. 51 met verwijzing naar EHRM, Grote Kamer, 6 juli 2010, nr. 41615/07, Neulinger en Shurukv. Zwitserland, par. 135; EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, Paposhvili v. België, par. 144). Artikel 74/13 van de vreemdelingenwet vormt tenslotte de omzetting van artikel 5 van de richtlijn 2008/115/EU van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (hierna: Terugkeerrichtlijn) en dient richtlijn-conform te worden toegepast. Het Hof van Justitie stelt in deze dat wanneer de bevoegde nationale autoriteit voornemens is een terugkeerbesluit te nemen, zij dus aan de door artikel 5 van de Terugkeerrichtlijn opgelegde verplichtingen dient te voldoen. (HvJ 11 december 2014, C249/13, Boudjlida, par. 49) De Raad wijst tevens op de toepasselijkheid van de artikelen 7 en 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie die in casu van toepassing zijn aangezien de eerste bestreden beslissing een tenuitvoerlegging is van de Terugkeerrichtlijn. Artikel 74/13 van de vreemdelingenwet maakt derhalve een individueel onderzoek noodzakelijk. Waar in de aanloop naar, dan wel het nemen van de bestreden beslissing geen blijk wordt gegeven van een onderzoek naar of afweging van de omstandigheden zoals uiteengezet in artikel 74/13 van de vreemdelingenwet in casu het hoger belang van verzoekers kind en haar gezinsleven, kan de Raad alleen maar vaststellen dat de gemachtigde bij het nemen van de bestreden beslissing niet is tegemoet gekomen aan de beoordeling die hem toekwam in het licht van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet. De Raad kan niet zelf tot deze beoordeling overgaan zonder zich in de plaats van het bestuur te stellen (cf. RvS 26 juni 2014, nr. 227.900). Een schending van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet wordt vastgesteld." [...]

Volgens de rechtspraak van Uw Raad houdt artikel 74/13 Vreemdelingenwet een duidelijke motiveringsplicht in:

"Zoals verzoeker terecht aanstipt, dient verweerder in toepassing van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, wanneer hij een beslissing tot verwijdering neemt, rekening te houden met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land. Artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet legt het bestuur als

dusdanig geen uitdrukkelijke motiveringsplicht op. Evenwel is verweerder gehouden tot een uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en dit overeenkomstig de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en overeenkomstig artikel 62 van de Vreemdelingenwet. Daarnaast bestaat er inderdaad ook nog een motiveringsbeginsel. In casu kan niet worden betwist door verweerder dat hij op de hoogte was van de gezinssituatie van verzoeker, namelijk zijn huwelijk met een inmiddels Belgische vrouw en van het bestaan van een gemeenschappelijk kind dat in België geboren werd. Verzoeker verwijst ook naar zijn gezondheidstoestand. Wat dit laatste betreft, zal verweerder moeten nagaan of verzoeker op enig ogenblik aan verweerder te kennen heeft gegeven dat er problemen zijn met zijn gezondheidstoestand. Uit de beslissing tot verwijdering zoals die thans voorligt, kan op geen enkele wijze afgeleid worden dat verweerder rekening heeft gehouden met de elementen waartoe hij overeenkomstig artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet verplicht is rekening te houden. Een schending van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet juncto het motiveringsbeginsel kan worden aangenomen."

In casu stelt de bestreden beslissing enkel dat de intentie van verzoeker om te huwen of om wettelijk samen te wonen geen automatisch recht op verblijf recht.

De bestreden beslissing maakt geen melding van de lopende procedure die verzoeker ingesteld heeft om zijn minderjarige kinderen te kunnen erkennen. Dit is nochtans een cruciaal element wat betreft het hoger belang van het kind, vermeld in artikel 74/13 Vreemdelingenrecht.

Als verzoeker zijn kinderen kan erkennen, dan zal hij een aanvraag gezinshereniging kunnen indienen en zijn verblijf kunnen regulariseren zodat hij zijn gezinsleven kan voortzetten in België.

Daarentegen, als hij terugkeert naar Tunesië, kan verzoeker zijn kinderen onmogelijk erkennen, waardoor hij ook onmogelijk een visum kan verkrijgen om naar België voor langere tijd te komen.

De bestreden beslissing houdt ook geen rekening met het gezinsleven die verzoeker onderhoudt met zijn partner en kinderen sinds mei 2018. Dit is nochtans des te belangrijk gezien een uitwijzing van het Belgisch grondgebied een definitieve einde zou stellen aan dat gezinsleven (zie hierboven).

Er vloeit een schending voort van de aangehaalde rechtsnormen.

Daarenboven werd verzoeker niet gehoord omtrent zijn privé- en gezinsleven in België.

Was hij gehoord geweest, had verzoeker kunnen aanvoeren dat hij die procedure had ingeleid om zijn kinderen te erkennen, dat de DNA testen positief waren waaruit blijkt dat hij effectief de biologische vader is van zijn kinderen, dat hij samenwoont met zijn partner en zijn kinderen, er dagelijks voor zorgt...

Al deze elementen blijken duidelijk uit het PV van de politie in het kader van het onderzoek naar een schijnerkenning (stuk 2).

Was verzoeker gehoord geweest, had hij ook tegenpartij kunnen informeren van het feit dat het voor hem onmogelijk is om naar België terug te keren zolang hij zijn kinderen niet heeft kunnen erkennen, gezien de erkenning enkel in België kan gebeuren.

Er blijkt inderdaad uit artikel 327/1 Burgerlijk Wetboek:

"§ 1. Ieder die een kind wil erkennen moet daarvan onder voorlegging van de in artikel 327/2 bedoelde documenten, aangifte doen bij de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente waar de erkenner, de persoon die de voorafgaande toestemming moet geven of het kind zijn inschrijving in het bevolkings-, vreemdelingen- of wachtregister heeft bij het opstellen van de akte of bij de ambtenaar van de burgerlijke stand van de plaats van geboorte van het kind.

Indien geen van de personen bedoeld in het eerste lid een inschrijving heeft in een van de in het eerste lid bedoelde registers, of indien de actuele verblijfplaats van één van hen of allen om gegronde redenen niet met deze inschrijving overeenstemt kan de aangifte gebeuren bij de ambtenaar van de burgerlijke stand van de actuele verblijfplaats van een van hen.

Bij ontstentenis hiervan kan de aangifte gebeuren bij de ambtenaar van de burgerlijke stand van Brussel.

§ 2. De ambtenaar van de burgerlijke stand maakt van deze aangifte een akte op binnen een maand na de afgifte van het in artikel 327/2, § 1, eerste lid, bedoelde bericht van ontvangst, behalve indien hij twijfels heeft over de geldigheid of echtheid van de in artikel 327/2 bedoelde overgelegde documenten. In dat geval geeft hij hiervan kennis aan de aangever en spreekt hij zich ten laatste drie maanden na de afgifte van het in artikel 327/2, § 1, eerste lid, bedoelde bericht van ontvangst uit over de geldigheid of echtheid van de overgelegde documenten en over het opmaken van de akte. Indien hij binnen deze termijn geen beslissing heeft genomen, dient de ambtenaar van de burgerlijke stand onverwijld de akte op te maken.

De akte van aangifte van erkenning wordt ingeschreven in een enkel register dat op het einde van ieder jaar wordt neergelegd op de griffie van de rechtbank van eerste aanleg.

§ 3. Wanneer de aangever in gebreke blijft de in artikel 327/2 bedoelde documenten over te leggen of indien de ambtenaar van de burgerlijke stand binnen de in paragraaf 2 bepaalde termijn de

geldigheid of echtheid van deze documenten niet erkent, weigert de ambtenaar van de burgerlijke stand over te gaan tot de opmaak van de akte bedoeld in paragraaf 2.

De ambtenaar van de burgerlijke stand brengt zijn met redenen omklede beslissing zonder verwijl ter kennis van de aangever. Tezelfdertijd wordt een afschrift hiervan, samen met een afschrift van alle nuttige documenten, overgemaakt aan de procureur des Konings van het gerechtelijk arrondissement waarin de weigering plaatsvond.

De aangever kan tegen de weigering door de ambtenaar van de burgerlijke stand beroep instellen bij de familierechtbank binnen de maand na de kennisgeving van zijn beslissing."

Het Burgerlijk Wetboek voorziet niet in de mogelijkheid om een kind vanuit het buitenland te erkennen.

Zolang verzoeker zijn kinderen niet heeft kunnen erkennen, zal hij ook geen visum krijgen om naar België te komen, wat ook de reden is waarom verzoeker zolang gescheiden heeft moeten leven van zijn kinderen.

Deze elementen hadden zeker tot een andere beslissing kunnen leiden.

Het recht om gehoord te worden, als algemeen rechtsbeginsel in Belgisch en in Europees recht, alsook artikel 41 §2 van het Handvest, werden hierdoor geschonden."

2.2. Verweerder repliceert hierop in de nota met opmerkingen als volgt:

"Betreffende de vermeende schending de materiële motiveringsplicht vervat in art. 62 Vreemdelingenwet, artikel dat de formele motiveringsplicht betreft, laat verweerder gelden dat bij lezing van het inleidend verzoekschrift van verzoekende partij blijkt dat zij daarin niet enkel inhoudelijke kritiek levert, maar er ook in slaagt de motieven vervat in de in casu bestreden beslissing weer te geven en daarbij geeft kennis te hebben van de motieven vervat in de bestreden beslissing.

De verweerder is van oordeel dat o.b.v. deze vaststelling dient te worden besloten dat verzoekende partij het vereiste belang ontbeert bij de betrokken kritiek (cf. R.v.St. nr. 47.940, 14.6.1994, Arr. R.v.St. 1994, z.p.).

Het tegelijk aanvoeren van een schending van de formele én de materiële motiveringsplicht is echter niet mogelijk, nu het eventuele gebrek aan deugdelijke formele motivering het de betrokkene onmogelijk maakt uit te maken of de materiële motiveringsplicht geschonden is (R. v. St. nr. 93.123 dd. 20.12.2001). Wanneer verzoekende partij in staat zou zijn een schending van de materiële motiveringsverplichting aan te voeren, betekent dit dat van een eventuele schending van de formele motiveringsplicht geen gevolgen werden ondervonden.

De verweerder merkt op dat de motieven van de bestreden beslissing op eenvoudige wijze in die beslissing kunnen gelezen worden zodat verzoekende partij er kennis van heeft kunnen nemen en heeft kunnen nagaan of het zin heeft de bestreden beslissing aan te vechten met de beroepsmogelijkheden waarover verzoekende partij in rechte beschikt. Daarmee is aan de voornaamste doelstelling van de formele motiveringsplicht voldaan (RvS 31 oktober 2006, nr. 164.298; RvS 5 februari 2007, nr. 167.477). Verzoeker meent dat er een schending van artikel 8 EVRM is. Wat het bestaan van een duurzaam gezinsleven betreft, kan ten eerste opgemerkt worden dat er reeds tweemaal een negatief advies werd opgesteld voor het voltrekken van het huwelijk, op 20-06-2012 door het parket van Brussel en 02-05-2016 door het parket van Gent. Met betrekking tot de erkenning van zijn kinderen dient ook rekening gehouden te worden met de weigering van de visumuitreiking op 28-04-2014. Bij zijn visumaanvraag van 18-11-2013 heeft verzoeker een uitspraak van een Tunesische rechtbank van eerste aanleg op 15-04-2013 bijgevoegd (zie bijlage visumaanvraag, in administratief dossier). Een document opgesteld op 29-04-2014, in het administratief dossier, vat dat vonnis als volgt samen:

"Aangezien de verwantschap met mijnheer niet aangetoond wordt door de Belgische geboorteakte, heeft [A.Y.] een uitspraak van de Tunesische rechtbank voorgelegd, gedateerd op 15.04.2013. Opvallend is echter dat mijnheer deze rechtszaak heeft aangespannen met het oog op het ontkennen van de verwantschap. Het vonnis vermeldt immers dat de man effectief een relatie onderhield met [S.O.], maar dat hij op het moment van de geboorte van het kind een huwelijk met een andere vrouw voorbereidde. De rechtbank zou daarop een DNA-test gevorderd hebben, waaruit achteraf gebleken is dat mijnheer wel degelijk de vader was. De rechtbank heeft de vaderschapsontkenning bijgevolg verworpen."

Verzoeker had deze rechtszaak in Tunesië dus aangespannen om de verwantschap met zijn kind [N.] te ontkennen gezien hij een huwelijk met een andere vrouw aan het voorbereiden was. Gezien achteraf bleek dat verzoeker toch de biologische vader bleek te zijn volgens de Tunesische rechtbank, hoewel hij eerst het vaderschap wou ontkennen, doet dan ook afbreuk aan het feit dat hij een duurzaam gezinsleven zou willen stichten met mevrouw [O.]. Zelfs indien door DNA-onderzoek aangetoond wordt dat verzoeker de biologische vader is van [N.] en [Y.], impliceert dit immers niet automatisch dat hij bereid is een duurzaam hecht gezinsleven te willen stichten.

De verweerder laat gelden dat in casu geen toetsing aan de hand van artikel 8, tweede lid EVRM dient te gebeuren. Immers heeft de verzoekende partij voor de eerste keer om toelating verzocht en betreft de bestreden beslissing geen weigering van een voortgezet verblijf.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna afgekort EHRM) is van oordeel dat er geen inmenging is en derhalve geen toetsing aan de hand van het tweede lid van artikel 8 EVRM dient te gebeuren indien het om een eerste toelating gaat.

Volgens het EHRM moet er in dit geval onderzocht worden of er een positieve verplichting is voor de staat om het recht op privé- en/of familie- en gezinsleven te handhaven en te ontwikkelen (EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, §38; EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, §63). Teneinde de omvang van voornoemde verplichting te bepalen, dient in de eerste plaats te worden nagegaan of er hinderpalen worden aangevoerd voor het uitbouwen of het verderzetten van een normaal en effectief gezins- en privéleven elders. Zolang er geen hinderpalen kunnen worden vastgesteld voor het leiden van een gezins- en privéleven elders, zal er geen sprake zijn van een gebrek aan eerbiediging van het gezins- en privéleven in de zin van artikel 8 van het EVRM.

De verzoekende partij toont niet aan dat er hinderpalen zijn voor het leiden van een gezins- en privéleven elders. Verzoekende partij vermeldt helemaal geen hinderpalen, zij verwijst enkel naar het gezinsleven. Zij toont niet aan dat het onmogelijk is dat zij hun gezinsleven in Tunesië verder zouden zetten. Integendeel, uit het negatief advies van het parket van Gent van 02-05-2016, blijkt dat de partner van verzoeker, mevrouw [O.], heeft aangegeven dat zij in Tunesië of in België zouden gaan wonen na het huwelijk, wat impliceert dat zij geen hinderpalen ziet in het verderzetten van het gezinsleven in Tunesië. Het is namelijk eigen aan grensoverschrijdende relaties dat een van de partners het land waarvan hij de nationaliteit heeft en waar hij verblijft, dient te verlaten. Het gegeven dat één van de partners zijn job zou moeten opgeven, of enige aanpassingsmoeilijkheden zou ervaren op economisch, cultureel of linguïstisch gebied, maakt het immers niet onmogelijk om elders tewerkstelling te vinden en er een gezinsleven te ontwikkelen. Aanpassingsmoeilijkheden of het verlies van tewerkstelling maken immers geen onoverkomelijke hinderpalen uit die verhinderen dat het gezinsleven elders wordt verdergezet (RVV, nr. 181.244 van 25 januari 2017).

Bovendien oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het arrest Nyanzi t. het Verenigd Koninkrijk, na te hebben vastgesteld dat de verzoekende partij geen gevestigde vreemdeling was en dat zij nooit een definitieve toelating had gekregen om in de betrokken lidstaat te verblijven, dat eender welk privéleven dat de verzoekende partij had opgebouwd tijdens haar verblijf in het Verenigd Koninkrijk, bij het afwegen van het legitieme publieke belang in een effectieve immigratiecontrole, niet tot gevolg zou hebben dat de uitwijzing een disproportionele inmenging in haar privéleven uitmaakte. In casu is geen sprake van een gebrek aan eerbiediging van het privéleven in de zin van artikel 8 van het EVRM (RVV, nr. 123.945 van 15 mei 2014).

Voorts, en dit geheel ten overvloede merkt de verweerder op dat het EHRM inzake immigratie er bij diverse gelegenheden aan heeft herinnerd dat het EVRM als dusdanig geen enkel recht voor een vreemdeling waarborgt om het grondgebied van een staat waarvan hij geen onderdaan is, binnen te komen of er te verblijven (EHRM 15 juli 2003, Mokrani/Frankrijk, § 23; EHRM 26 maart 1992, Beldjoudi/Frankrijk, § 74; EHRM 18 februari 1991, Moustaquim/België, § 43). Artikel 8 van het EVRM kan evenmin zo worden geïnterpreteerd dat het voor een Staat de algemene verplichting inhoudt om de door vreemdelingen gemaakte keuze van de staat van gemeenschappelijk verblijf te respecteren en om de gezinshereniging op zijn grondgebied toe te staan (EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 39). Met toepassing van een vaststaand beginsel van internationaal recht is het immers de taak van de Staat om de openbare orde te waarborgen en in het bijzonder in de uitoefening van zijn recht om de binnenkomst en het verblijf van niet-onderdanen te controleren (EHRM 12 oktober 2006, Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga/België, § 81; EHRM 18 februari 1991, Moustaquim/België, § 43; EHRM 28 mei 1985, Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk, § 67). De Staat is dus gemachtigd om de voorwaarden hiertoe vast te leggen. De minister kan oordelen dat het belang van de staat voorrang heeft op dat van de vreemdeling die hier onwettig verblijft (zie R.v.St. nr. 40.061, 28.07.1992, R.A.C.E. 1992, z.p.).

Art. 8 EVRM staat een rechtmatige toepassing van de Vreemdelingenwet dan ook niet in de weg (zie ook Raad van State nr. 99.581 dd. 09.10.2001 en Raad voor Vreemdelingenbetwistingen nr. 1493 dd. 30.08.2007).

Hoe dan ook, de loutere intentie tot huwen en zelfs het huwen verschaft op zich niet automatisch een verblijfsrecht noch verhindert dit dat een bevel om het grondgebied te verlaten wordt afgegeven. Wat er ook van zij, de bestreden beslissing heeft niet tot gevolg dat verzoekende partij definitief van haar partner wordt verwijderd. Verzoeker zal enkel tijdelijk het land moeten verlaten met de mogelijkheid er terug te keren nadat hij zich in het bezit zal gesteld hebben van de nodige documenten voor een regelmatige binnenkomst, zoals de bestreden beslissing aangeeft.

Verwerende partij wenst tenslotte te benadrukken dat uit de motieven van de beslissing niet moet blijken dat de overheid tot een onderzoek van de eventuele schending van artikel 8 E.V.R.M. is overgegaan. Het volstaat dat de overheid dit impliciet heeft gedaan. Artikel 8 E.V.R.M. omvat geen dergelijke motiveringsplicht (R.v.V., nr. 8.469, 07.03.2008; RvS, nr. 239.974 van 28.11.2017) Een schending van artikel 8 van het EVRM wordt niet aannemelijk gemaakt.

Voor wat betreft de hoorplicht zoals bepaald in artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en de rechtspraak daaromtrent van het Hof van Justitie, dient opgemerkt te worden dat luidens vaste rechtspraak van het Hof een schending van de rechten van verdediging, in het bijzonder het recht om te worden gehoord, naar Unierecht pas tot nietigverklaring van het na afloop van de administratieve procedure genomen besluit leidt, wanneer deze procedure zonder deze onregelmatigheid een andere afloop had kunnen hebben (HvJ 10 september 2013, C-383/13 PPU, M.G. e.a., ro. 38 met verwijzing naar de arresten van 14 februari 1990, Frankrijk/Commissie, C 301/87, Jurispr. blz. I 307, punt 31; 5 oktober 2000, Duitsland/Commissie, C 288/96, Jurispr. blz. I 8237, punt 101; 1 oktober 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Raad, C 141/08 P, Jurispr. blz. I 9147, punt 94, en 6 september 2012, Storck/BHIM, C 96/11 P, punt 80).

Hieruit volgt dat in casu niet elke onregelmatigheid bij de uitoefening van het hoorrecht tijdens een administratieve procedure een schending van het hoorrecht oplevert. Voorts is niet elk verzuim om het hoorrecht te eerbiedigen zodanig dat dit stelselmatig tot de onrechtmatigheid van het genomen besluit leidt (HvJ 10 september 2013, C-383/13 PPU, M.G. e.a., ro. 39) (RVV, nr. 119.129 van 19 februari 2014).

Verzoekende partij voert aan dat zij nog had kunnen aanbrengen tijdens een gehoor dat hij de procedure heeft ingeleid om zijn kinderen te erkennen, dat uit DNA-testen blijkt dat hij de biologische vader is, dat hij samenwoont met zijn partner en kinderen en er dagelijks voor zorgt. Deze elementen kunnen echter niet leiden tot een andere beslissing, gezien verzoeker hiermee nog geen hinderpalen aantoonst om het gezinsleven in Tunesië verder te zetten. Bovendien verhindert de bestreden beslissing niet dat verzoeker vanuit zijn land van herkomst een aanvraag kan doen om opnieuw het Rijk binnen te komen.

De uiteenzetting van verzoeker laat evenmin toe te concluderen dat de bestreden beslissing tot weigering van verblijf of de beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten zijn genomen op grond van onjuiste gegevens, op kennelijk onredelijke wijze of met overschrijding van de appreciatiebevoegdheid waarover verweerder beschikt. Een schending van de materiële motiveringsplicht blijkt derhalve niet, er is geen sprake van een manifeste beoordelingsfout.

De middelen zijn ongegrond."

2.3. Allereerst wordt opgemerkt dat niet blijkt dat verzoeker zich dienstig kan beroepen op een miskennis van artikel 41 van het Handvest. Uit de bewoordingen hiervan volgt immers duidelijk dat dit artikel niet is gericht tot de lidstaten, maar uitsluitend tot de instellingen, organen en instanties van de Unie (HvJ 17 juli 2014, C-141/12, Y.S., pt. 67).

Niettemin dient te worden vastgesteld dat, in zoverre verzoeker zich beroept op het recht om te worden gehoord, dit recht wel integraal deel uitmaakt van de eerbiediging van de rechten van verdediging, die een algemeen beginsel van Unierecht uitmaken (HvJ 22 november 2012, C-277/11, M.M., pt. 81; HvJ 5 november 2014, C-166/13, Mukarubega, pt. 45).

Het recht om te worden gehoord waarborgt dat eenieder in staat wordt gesteld naar behoren en daadwerkelijk zijn standpunt kenbaar te maken in het kader van een administratieve procedure en voordat een besluit wordt genomen dat zijn belangen op nadelige wijze kan beïnvloeden (HvJ 22 november 2012, C-277/11, M.M., pt. 87 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

De verplichting tot eerbiediging van de rechten van de verdediging van de adressaten van besluiten die hun belangen aanmerkelijk raken, rust op de administratieve overheden van de lidstaten wanneer zij maatregelen nemen die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen (HvJ 10 september 2013, C-383/13, punt 35).

De uitvaardiging van een terugkeerbesluit tegen een onderdaan van een derde land die illegaal op het grondgebied verblijft wordt geregeld in het Unierecht, meer specifiek in de richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (hierna: de terugkeerrichtlijn) en kan worden beschouwd als een bezwarend besluit voor degene tot wie het is gericht.

Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft de regel dat aan de adreessaant van een bezwarend besluit de gelegenheid moet worden gegeven om zijn opmerkingen kenbaar te maken voordat dit besluit wordt genomen, tot doel de bevoegde autoriteit in staat te stellen naar behoren rekening te houden met alle relevante elementen. Die regel beoogt met name, ter verzekering van de effectieve bescherming van de betrokken persoon, deze laatste in staat te stellen om een vergissing te corrigeren of individuele omstandigheden aan te voeren die ervoor pleiten dat het besluit wordt genomen, niet wordt genomen of dat in een bepaalde zin wordt besloten (cf. HvJ 18 december 2008, C-349/07, punt 49).

Het recht om te worden gehoord impliceert tevens dat de overheid met de nodige aandacht kennis neemt van de opmerkingen van de betrokkene door alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken en het besluit toereikend te motiveren (cf. HvJ 21 november 1991, C-269/90, punt 14, en HvJ 18 december 2008, C-349/07, punt 50).

In dit verband heeft het Hof ook duidelijk gesteld dat het recht om te worden gehoord voordat een terugkeerbesluit wordt uitgevaardigd tot doel heeft de betrokkene in staat te stellen zijn standpunt uiteen te zetten betreffende onder meer de elementen vervat van artikel 5 van de terugkeerrichtlijn, met name het beginsel van non-refoulement, het belang van het kind, het familie- en gezinsleven en de gezondheidstoestand (HvJ 11 december 2014, C-249/13, punten 48-49). Artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet vormt de omzetting van voormelde bepaling uit de richtlijn.

Volgens de rechtspraak van het Hof moet het recht om te worden gehoord, worden geëerbiedigd, ook al voorziet de toepasselijke wetgeving niet uitdrukkelijk in een dergelijke formaliteit (cf. HvJ 18 december 2008, C-349/07, punt 38; HvJ 22 november 2012, C-277/11, punt 86 en HvJ 10 september 2013, C-383/13, punt 32).

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad) merkt echter tevens op dat volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie een schending van de rechten van de verdediging, in het bijzonder het recht om te worden gehoord, naar Unierecht pas tot nietigverklaring van het na afloop van de administratieve procedure genomen besluit leidt, wanneer deze procedure zonder deze onregelmatigheid een andere afloop had kunnen hebben (HvJ 10 september 2013, C-383/13, punt 38 met verwijzing naar de arresten van 14 februari 1990, C-301/87, punt 31; 5 oktober 2000, C-288/96, punt 101; 1 oktober 2009, C-141/08, punt 94, en 6 september 2012, C-96/11 P, punt 80).

Hieruit volgt dat niet elke onregelmatigheid bij de uitoefening van de rechten van de verdediging tijdens een administratieve procedure die aanleiding geeft tot een bestuurlijke beslissing, een schending van die rechten oplevert. Voorts is niet elk verzuim om met name het recht om te worden gehoord te eerbiedigen zodanig dat dit stelselmatig tot de onrechtmatigheid van het genomen besluit leidt (HvJ 10 september 2013, C-383/13, punt 39).

Teneinde een dergelijke onrechtmatigheid te constateren, dient de Raad aan de hand van de specifieke feitelijke en juridische omstandigheden van het geval na te gaan of, wanneer hij van oordeel is dat sprake is van een onregelmatigheid die het recht om te worden gehoord aantast, de administratieve procedure in kwestie een andere afloop had kunnen hebben, omdat de betrokken vreemdeling dienstige inlichtingen had kunnen aanvoeren die van die aard zijn dat de besluitvorming in kwestie een andere afloop had kunnen hebben (HvJ 10 september 2013, C-383/13, punt 40).

De eerste vraag die rijst is of verzoeker voorafgaand aan het nemen van de bestreden beslissing werd gehoord door het bestuur, en zo in staat werd gesteld om voorafgaandelijk hieraan nuttige elementen naar voor te brengen die zich hadden kunnen verzetten tegen het nemen van deze beslissing, dan wel tot gevolg konden hebben dat anders werd beslist.

In casu blijkt uit de stukken van het administratief dossier niet dat verzoeker voorafgaand aan het nemen van de bestreden beslissing werd gehoord. Enkel daags na het nemen van de bestreden beslissing werd verzoeker gehoord door de politie, maar op dat ogenblik was de beslissing reeds genomen en stond deze reeds vast. Verweerder betwist in de nota met opmerkingen ook niet dat verzoeker voorafgaandelijk aan het nemen van de bestreden beslissing niet werd gehoord.

Vraag rijst vervolgens of verzoeker aannemelijk maakt dat hij tijdens een gehoor voorafgaandelijk aan het nemen van de bestreden beslissing nog relevante gegevens naar voor had kunnen brengen die het beslissingsproces had kunnen beïnvloeden.

Verzoeker betoogt dat hij, indien hij was gehoord, had kunnen wijzen op de door hem opgestarte procedure tot erkenning van (enkele van) de kinderen van zijn partner en op de positieve DNA-testen die aantonen dat hij effectief de biologische vader is van deze kinderen. Hij stelt nog te hebben kunnen wijzen op de samenwoning met zijn partner en kinderen en het gegeven dat hij dagelijks zorgt voor zijn kinderen. Hij voert aan dat hij tijdens een gehoor het bestuur ook had kunnen informeren over het feit dat de procedure tot erkenning van de kinderen enkel in België mogelijk is. Hij verwijst naar het bepaalde in artikel 327/1 van het Burgerlijk Wetboek, om te stellen dat de mogelijkheid om een kind vanuit het buitenland te erkennen niet is voorzien. Hij stelt dat hij bijgevolg, bij een terugkeer naar Tunesië, in de onmogelijkheid zal zijn om zijn kinderen te erkennen, waardoor hij ook in de onmogelijkheid zal zijn om een visum lang verblijf te bekomen om in België zijn gezin te vervoegen en waardoor de uitwijzing maakt dat definitief een einde wordt gesteld aan zijn gezinsleven.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt niet dat verweerder bij het nemen van de bestreden beslissing reeds kennis had van de procedure die verzoeker opstartte tot erkenning van (enkele van) de kinderen van zijn partner. Verweerder werd door het parket enkel geïnformeerd over een onderzoek naar schijnhuwelijk, hetgeen vermoedelijk een vergissing betrof. Feit blijft dat niet blijkt dat verweerder bij het nemen van de bestreden beslissing reeds in kennis was van de procedure tot erkenning van de kinderen van zijn partner en hij hierop had kunnen wijzen tijdens een gehoor. De thans voorliggende stukken wijzen er ook op dat verzoeker in België op 6 juni 2018 een vaderschapstest aan de hand van DNA-analyse liet doorvoeren, met name bij het 'Life-ID DNA-laboratorium' in Gent en deze analyse uitwees dat verzoeker de biologische vader is van de kinderen. Verzoeker maakt dus evenzeer aannemelijk dat hij tijdens een gehoor had kunnen wijzen op het resultaat van deze DNA-analyse in België.

Door te wijzen op de opgestarte erkenningsprocedure, de positieve DNA-testen en de argumenten dat deze procedure door hem enkel kan worden gevoerd in België, argumenten die door verweerder niet worden betwist, maakt verzoeker aannemelijk dat hij tijdens een gehoor nog elementen naar voor had kunnen brengen die door verweerder als zorgvuldig handelende overheid in rekening dienden te worden gebracht en die het beslissingsproces hadden kunnen beïnvloeden.

Verweerder betoogt in de nota met opmerkingen dat de door verzoeker aangebrachte gegevens niet konden leiden tot een andere beslissing, *"gezien verzoeker hiermee nog geen hinderpalen aantoonde om het gezinsleven in Tunesië verder te zetten"*. Hij stelt ook dat de bestreden beslissing verzoeker niet verhindert om vanuit zijn herkomstland een visumaanvraag in te dienen.

De vaststelling dringt zich evenwel op dat in de bestreden beslissing verweerder zich op het standpunt stelde dat artikel 8 van het EVRM niet werd miskend, waar verzoeker in de huidige stand van zaken slechts tijdelijk wordt gescheiden van zijn partner en haar kinderen om zich in regel te stellen met de immigratiewetgeving. Op geen enkele wijze gaf verweerder in zijn beslissing aan dat deze verdragsbepaling niet wordt miskend, omdat het gezinsleven kan worden verdergezet in verzoekers herkomstland, Tunesië. Deze wijziging in motivering bevestigt eerder het gegeven dat verzoeker overtuigt dat hij nog elementen had kunnen aanbrengen die van invloed konden zijn op de gedane beoordeling. Verzoeker heeft in zijn uiteenzetting verder geduid dat hij, indien gehoord, had kunnen toelichten waarom een terugkeer naar het herkomstland en een navolgende visumaanvraag vanuit het buitenland om zijn kinderen te vervoegen op dat ogenblik niet nuttig kon zijn, en dus voor hem geen reële mogelijkheid was, met name omdat hij vanuit zijn herkomstland in de onmogelijkheid zou zijn om zijn kinderen te erkennen. Verweerder weerlegt dit standpunt van verzoeker niet. Het verweer in de nota met opmerkingen is dan ook niet van aard dat hieruit volgt dat de elementen, zoals verzoeker stelt dat hij deze tijdens een gehoor had kunnen aanbrengen, het beslissingsproces in geen geval hadden kunnen beïnvloeden.

Het kwam verweerder ook toe om, gelet op artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, alle aspecten van het gezinsleven en het hoger belang van de betrokken kinderen in zijn beoordeling te betrekken, waarbij het niet aan de Raad is om deze elementen in de plaats van het bestuur te beoordelen. Het volstaat in het kader van het hoorrecht dat de betrokken vreemdeling nuttige gegevens had kunnen aanbrengen die een invloed konden hebben op het beslissingsproces. In de bestreden beslissing wordt er weliswaar melding van gemaakt dat verzoeker in België verblijft bij zijn Belgische partner en haar minderjarige kinderen, maar wordt verder op geen enkele wijze rekening gehouden met de in België opgestarte procedure tot erkenning van het vaderschap of het hoger belang van deze betrokken kinderen van wie verzoeker aannemelijk maakt dat hij tijdens een gehoor had kunnen aantonen dat hij de biologische

vader is van deze kinderen. Er kan in de voorliggende omstandigheden niet worden uitgesloten dat de gemaakte beoordeling anders had kunnen zijn.

Een miskenning van het hoorrecht *juncto* artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet wordt aannemelijk gemaakt.

Het enig middel is, in de aangegeven mate, gegrond en leidt tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Een verder onderzoek van het middel dringt zich niet langer op.

3. Korte debatten

Verzoeker heeft een gegrond middel aangevoerd dat leidt tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Er is grond om toepassing te maken van artikel 36 van het koninklijk besluit van 21 december 2006 houdende de rechtspleging voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. De vordering tot schorsing, als *accessorium* van het beroep tot nietigverklaring, is zonder voorwerp.

4. Kosten

Gelet op het voorgaande past het de kosten van het beroep ten laste te leggen van de verwerende partij.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

De beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 27 augustus 2018 tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13) wordt vernietigd.

Artikel 2

De vordering tot schorsing is zonder voorwerp.

Artikel 3

De kosten van het beroep, begroot op 186 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op dertig januari tweeduizend negentien door:

mevr. I. CORNELIS,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

dhr. K. VERKIMPEN,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

K. VERKIMPEN

I. CORNELIS