



Arrest

nr. 122 732 van 18 april 2014
in de zaak RvV X / II

In zake: X

Gekozen woonplaats: X

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding.

DE WND. VOORZITTER VAN DE IIde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Kosovaarse nationaliteit te zijn, op 17 december 2013 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van 10 oktober 2013 van de gemachtigde van de staatssecretaris van Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20).

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 januari 2014 met referentenummer X.

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 28 februari 2014, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 21 maart 2014.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken M. MAES.

Gehoord de opmerkingen van advocaat E. GIRS, die *loco* advocaat J. BELEYN verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat L. BRACKE, die *loco* advocaat C. DECORDIER verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1. Verzoeker dient op 1 april 2009 een aanvraag in om machtiging tot verblijf in toepassing van artikel 9*bis* van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: vreemdelingenwet). De aanvraag wordt niet in overweging genomen.

1.2. Op 13 juni 2009 dient verzoeker een tweede aanvraag in om machtiging tot verblijf in toepassing van artikel 9bis van de vreemdelingenwet. Op 17 maart 2011 wordt deze aanvraag ongegrond verklaard.

1.3. Op 24 november 2009 wordt een negatief advies uitgebracht door het parket van de procureur des Konings te Brugge m.b.t. een voorgenomen huwelijk tussen verzoeker en mevrouw M.D. Op 30 november 2009 weigert de ambtenaar van de burgerlijke stand om het huwelijk te voltrekken. Tegen deze weigeringsbeslissing wordt beroep in gesteld. De vordering wordt bij vonnis van 24 februari 2010 door de rechtbank van eerste aanleg te Brugge afgewezen als ongegrond.

1.4. Op 12 november 2012 wordt aan verzoeker een bevel om het grondgebied te verlaten betekend.

1.5. Op 27 april 2013 treedt verzoeker in het huwelijk met mevrouw G.S. van Belgische nationaliteit.

1.6. Op 30 april 2013 dient de gemachtigde een aanvraag in om een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, met name in functie van gezinshereniging met zijn Belgische echtgenote.

1.7. Op 10 oktober 2013 neemt de gemachtigde een beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20).

Dit zijn de bestreden beslissingen waarvan verzoeker op 18 november 2013 in kennis wordt gesteld. De motieven luiden als volgt:

"In uitvoering van artikel 52, §4, 5de lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, wordt de aanvraag van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, die op 30/04/2013 werd ingediend door:

Naam: H

Voorna(a)m(en): F

Nationaliteit: Kosovo

(...)

om de volgende reden geweigerd:

De betrokkene voldoet niet aan de vereiste voorwaarden om te genieten van het recht op verblijf van meer dan drie maanden in de hoedanigheid van familielid van een burger van de Unie.

Betrokkene voldoet niet aan de voorwaarden om te genieten van het recht van verblijf van meer dan drie maanden als familielid van een burger van de Unie:

Artikel 40ter van de wet van 15.12.1980 stelt: 'de bepalingen van dit hoofdstuk zijn van toepassing op de familieleden van de Belg, voor zover het betreft: de familieleden vermeld in artikel 40bis, §2, eerste lid 1° tot 3°,

die de Belg begeleiden of zich bij hen voegen.'

Verder in artikel 40ter wordt gesteld: ' Voor wat betreft de in artikel 40bis, §2, eerste lid, 10 bedoelde personen, dienen beide echtgenoten of partners ouder te zijn dan eenentwintig jaar'.

Aangezien de echtgenote van betrokkene nog geen 21 jaar, is voldoet zij niet aan de voorwaarde van artikel 40ter.

Het recht op verblijf wordt daarom geweigerd aan betrokkene en het Al van betrokkene dient te worden ingetrokken. Aan de betrokkene wordt bevel gegeven het grondgebied van het Rijkte verlaten binnen 30 dagen.

Wettelijke basis Art 7, §1, 2° legaal verblijf in België verstreken."

2. Over de ontvankelijkheid

De verwerende partij merkt in haar nota met opmerkingen op dat verzoeker geen belang heeft bij de nietigverklaring van het bestreden bevel om het grondgebied te verlaten. Zij stelt dat hij, ingevolge artikel 7, eerste lid, 2° van de wet van 15 december 1980 betreffende de vreemdelingenwet, *in casu* verplicht is om een beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten te nemen en dus niet over enige discretionaire bevoegdheid beschikt. Zij zet uiteen dat hij, gelet op voormelde wetsbepaling, bij een eventuele vernietiging van deze beslissing, behoudens in het geval hierdoor hogere rechtsnormen zouden worden geschonden, niet anders vermag dan opnieuw over te gaan tot de afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten. Voorts wijst de verwerende partij er op dat *in casu* sprake is van een herhaald bevel, aangezien verzoeker reeds op 12 november 2012 een bevel werd gegeven om het grondgebied te verlaten dat definitief en uitvoerbaar is.

De Raad dient echter op te merken dat er echter gevallen denkbaar zijn waarin de afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten, zelfs uit hoofde van een gebonden bevoegdheid, bekleed is met een onwettigheid of een schending van het internationaal verdragsrecht. Steeds dient te worden onderzocht of verzoekende partij een dergelijke onwettigheid, klevend aan het bevel om het grondgebied te verlaten, in haar middelen heeft aangevoerd (cf. RvS 9 maart 2004, nr. 129.004).

Daarenboven mag geen bevel worden gegeven wanneer dat in strijd zou zijn met een aantal verdragsrechtelijke bepalingen, waaronder het EVRM (cf. RvS 26 augustus 2010, nr. 206.948). Dit blijkt ook uit het gestelde in artikel 74/13 van de vreemdelingenwet.

Hoewel de gemachtigde in bepaalde gevallen is gebonden op basis van artikel 7 van de vreemdelingenwet om een bevel om het grondgebied te verlaten af te geven, mag dit niet worden begrepen als een verplichting die op automatische wijze en in alle omstandigheden geldt (RvV 19 december 2013, AV, nr. 116.003). Een dergelijke verplichting geldt uiteraard niet indien de effectieve terugkeer van de vreemdeling een schending met zich mee zou brengen van de artikelen 3 en 8 van het EVRM. (Doc. Parl., 53, 1825/001, p. 17.). Het onregelmatig karakter van het verblijf voldoet op zich niet om de afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten, te rechtvaardigen zonder dat andere elementen, met name elementen verbonden met fundamentele rechten verbonden aan artikelen 3 en 8 van het EVRM, evenzeer in rekening worden genomen. De gemachtigde is in deze materie niet verstoken van enige appreciatiebevoegdheid.

De opgeworpen exceptie van onontvankelijkheid wegens gebrek aan belang wordt derhalve verworpen.

3. Onderzoek van het beroep

3.1. Vooreerst merkt de Raad op dat de weigering tot verblijf en het bevel om het grondgebied te verlaten afzonderlijke beslissingen vormen en dat hieraan geen afbreuk wordt gedaan door het feit dat zij met hetzelfde document ter kennis van de verzoeker worden gebracht. Indien een bevel om het grondgebied te verlaten wordt gegeven is een motivering vereist die losstaat van de motivering voor de weigering van verblijf. (RvS 15 januari 2014, nr. 226.065)

3.2. *In casu* wordt het recht op verblijf van meer dan drie maanden aan verzoeker geweigerd op grond van artikel 40ter juncto artikel 40bis van de vreemdelingenwet.

Artikel 40ter van de vreemdelingenwet luidt: *“De bepalingen van dit hoofdstuk zijn van toepassing op de familieleden van een Belg, voor zover het betreft :*

- de familieleden vermeld in artikel 40bis, § 2, eerste lid, 1° tot 3°, die de Belg begeleiden of zich bij hem voegen;

(...)

Voor wat betreft de in artikel 40bis, § 2, eerste lid, 1° bedoelde personen, dienen beide echtgenoten of partners ouder te zijn dan eenentwintig jaar.”

In dit geval stelde de gemachtigde vast dat de echtgenote van verzoeker op het moment van de bestreden beslissing nog geen 21 jaar is, wat steun vindt in het administratief dossier. Het wordt door verzoeker niet betwist noch weerlegd dat zijn echtgenote op het moment van de bestreden beslissing nog geen 21 jaar oud was.

Uit het verzoekschrift blijkt duidelijk dat verzoeker de beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden in wezen niet aanvecht, maar wel het bevel om het grondgebied te verlaten.

3.3. Verzoeker voert in een enig middel tegen het bestreden bevel om het grondgebied te verlaten de schending aan van artikel 62 van de vreemdelingenwet, van artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, van het motiveringsbeginsel en van het redelijksheidsbeginsel alsook van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (hierna: EVRM). Het middel wordt als volgt uiteengezet:

“7. Verwijderingsmaatregelen hebben een facultatief karakter.

Het staat vast dat verwijderingsmaatregelen een facultatief karakter hebben. Wanneer de overheid met andere woorden vaststelt dat de vreemdeling zich in een toestand zou bevinden die het volgens de Vreemdelingenwet mogelijk maakt om een bevel om het grondgebied te verlaten te nemen, kan de overheid zulks doen, maar hoeft dit niet het geval te zijn. De overheid beschikt ter zake over een

discretionaire beoordeling waarbij zij de opportuniteit van deze maatregel in overweging neemt en dienaangaande dient te motiveren.

Een en ander blijkt uit het artikel 52, §4, vijfde lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: het Vreemdelingenbesluit) waarvan de bestreden beslissing toepassing maakt en dat voorschrijft dat de beslissing waarbij het recht op verblijf van meer dan 3 maanden wordt geweigerd 'desgevallend' een bevel om het grondgebied te verlaten bevat. De gemachtigde van de staatssecretaris beschikt dan ook over een discretionaire bevoegdheid. Tegenover deze discretionaire bevoegdheid staat de verplichting om de beslissing te motiveren.

Gelet op de discretionaire aard van de beslissing, dient dergelijke beslissing immers, vanuit het oogpunt van de motiveringsplicht, uitdrukkelijk en nauwkeurig de precieze concrete gegevens te vermelden die deze beslissing verantwoorden. De toetsing aan deze motivering veronderstelt dan ook een strengere beoordeling.

Ondergeschikt, zelfs al zou er sprake zijn van een gebonden bevoegdheid op grond van artikel 7 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), dient te worden opgemerkt dat er sprake is van een strijdigheid van deze bepaling met artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet. Dit artikel luidt als volgt:

'Bij het nemen van een beslissing tot verwijdering houdt de minister of zijn gemachtigde rekening met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land. '

Het kan niet betwist worden dat een bevel om het grondgebied te verlaten een verwijderingsmaatregel is die onder 'Titel IIIquater. Bepalingen van toepassing op de terugkeer van de onderdanen van derde landen die illegaal op het grondgebied verblijven' valt. Hieruit volgt dat de gemachtigde van de staatssecretaris wel degelijk over een discretionaire bevoegdheid bij het uitvoeren van een bevel om het grondgebied te verlaten beschikt.

In de mate dat artikel 7 van de Vreemdelingenwet, waarvan de inleidende bepaling werd gewijzigd door artikel 5, 1° van de wet van 19 januari 2012, bepaalt dat er sprake is van een gebonden bevoegdheid en artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet voorschrijft dat er sprake is van een discretionaire bevoegdheid, dient inderdaad te worden opgemerkt dat deze twee bepalingen met elkaar strijden. In dit opzicht speelt het beginsel 'lex specialis derogat generali'. De uiteenzetting onder 'Titel IIIquater. Bepalingen van toepassing op de terugkeer van de onderdanen van derde landen die illegaal op het grondgebied verblijven' maakt daarbij op évidente wijze de lex specialis uit.

Een en ander heeft voor verzoeker belang nu hij aantoonde dat hij hier in België een gezinsleven heeft en dat de - zelfs tijdelijke - verwijdering niet evenredig is met de 2 maandentermijn (vanaf heden) - waarvan de vervulling van de gestelde voorwaarde onvermijdelijk is nu zijn vrouw sowieso 21 jaar zal worden (dit is dus geen onzekere toekomstige gebeurtenis). Had met andere woorden de gemachtigde op basis van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet rekening gehouden met het specifieke gezins- en familieleven van verzoeker en zijn echtgenote en daarbij dus het feit dat er slechts 3 maanden vanaf het nemen van de bestreden beslissing dienden te worden overbrugd, had deze kunnen vaststellen dat het nemen van een bevel om het grondgebied te verlaten kennelijk onredelijk was.

Nog meer ondergeschikt. Mocht uw Raad aan deze strijdigheid - per impossibile - voorbijgaan, dringt zich volgens verzoeker een prejudiciële vraag op. Immers geldt artikel 7 van de Vreemdelingenwet 'Onverminderd meer voordelige bepalingen vervat in een internationaal verdrag' doch laat deze geen ruimte voor de meer voordelige - en meer specifieke - bepalingen uit de Vreemdelingenwet zelf. In dit opzicht kan worden verwezen naar het arrest³ van het Grondwettelijk Hof van 4 november 2010. In dit arrest stelde het Grondwettelijk Hof onder meer dat 'De wetgever [...] niettemin [...] gehouden [is] door het Europees recht [...] en hij moet voorzien in een regelgeving die coherent is met andere bepalingen uit de Vreemdelingenwet.' De artikelen 10 en 11 van de Grondwet zijn geschonden door het gegeven dat er sprake zou zijn van een gebonden bevoegdheid ex artikel 7 van de Vreemdelingenwet, waar verwerende partij zich thans achter zal willen verschuilen, terwijl het dossier van verzoeker wel degelijk elementen bevat waarbij de discretionaire toetsing ex artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet in ieder geval gerechtvaardigd is. In deze is er sprake van een discriminatie in de regelgeving die aanleiding geeft tot rechtsonzekerheid. Deze discriminatie vindt haar oorsprong in een lacune in de wetgeving, die enkel door de wetgever kan worden verholpen.

Verzoeker stelt volgende prejudiciële vraag voor:

'Schenden de artikelen 7 en 74/13 van de Vreemdelingenwet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in die zin begrepen dat Vreemdelingen die een bevel om het grondgebied te verlaten betekend krijgen conform artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, zulk een beslissing pas bekomen na uitputting van de discretionaire bevoegdheid van het bestuur; terwijl vreemdelingen die een bevel om het grondgebied te verlaten betekend krijgen op grond van artikel 7 van de Vreemdelingenwet nooit aanspraak kunnen

maken op dezelfde discretionaire bevoegdheid maar geconfronteerd worden met een gebonden bevoegdheid. '

8. Verzoekende partij beschikt ter zake over een gezinsleven dat ressorteert onder het toepassingsgebied van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

Verzoeker is gehuwd met mevrouw G.S. De huwelijksaanvraag werd onderzocht in het kader van een potentieel schijnhuwelijk, doch dienaangaande werd een gunstige beslissing genomen en werd het huwelijksvoornemen als rechtmatig beschouwd. Dit huwelijk werd afgesloten op 27 april 2013 (stuk 7). Verzoeker heeft inmiddels een standvastig huwelijks- en familieleven uitgebouwd. Een en ander wordt ook niet betwist in de bestreden beslissing, nu deze beslissing terecht gewag maakt van de 'echtgenoten'.

Uit de bestreden beslissing blijkt dat de gemachtigde van de staatssecretaris niet betwist dat verzoeker de echtgenoot is van een vrouw met de Belgische nationaliteit.

Bij een vermeende schending van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (hierna: EVRM) gaat uw Raad 'in de eerste plaats na of er een privé- en/of familie/gezinsleven bestaat in de zin van het EVRM, vooraleer te onderzoeken of hierop een inbreuk werd gepleegd door de bestreden beslissing. Bij de beoordeling of er al dan niet sprake is van een privé- en/of gezinsleven dient de Raad zich te plaatsen op het tijdstip waarop de bestreden beslissing is genomen'.⁴

Verzoeker merkt op dat het zonder meer vaststaat dat hij en zijn echtgenote thans een huwelijksleven hebben kunnen uitbouwen en zulks op heden nog steeds doen. Beiden kennen elkaar reeds enkele jaren, waarvan intussen bijna één jaar als getrouwd echtpaar. Zij wonen ook al lange tijd samen. In dit opzicht staat het dan ook zonder meer vast dat er sprake is van een gezins- en familieleven in België. Ook uw Raad heeft in het verleden immers aangenomen dat het bestaan van huwelijksleven wijst op een effectief gezins- en familieleven.⁵

Het kan redelijkerwijs niet betwist worden dat er in casu sprake is van een gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM.

Artikel 8 van het EVRM luidt als volgt:

'Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. '

Aangezien vaststaat dat in casu sprake is van een privé- en gezins-/ familieleven, dient uw Raad voorts na te gaan of er 'hinderpalen worden aangevoerd voor het uitbouwen of het verderzetten van een normaal en effectief gezinsleven elders'.⁶ Deze 'hinderpalen' kunnen zowel sociaal, economisch of cultureel van aard zijn. Daarbij dienen deze 'hinderpalen' zowel in hoofde van verzoeker als in hoofde van zijn echtgenote te worden onderzocht.

Verzoeker zal zich bij een terugkeer ontegensprekelijk geconfronteerd zien met de volgende 'hinderpalen':

verzoeker is naar België gekomen omwille van de burgeroorlog in zijn thuisland. Terugkeren is voor hem geen optie, gelet op de nog steeds gespannen politieke situatie aldaar. Een en ander rechtvaardigt dan ook niet de eventuele tijdelijke terugkeer om de afloop van de 2-maanden termijn af te wachten.

verzoeker heeft inmiddels een volwaardig leven in België uitgebouwd, is hier inmiddels gehuwd en heeft de wil tot integratie (met inbegrip van arbeidslust) (stuk4) geuit.

de meerderheid van de familie van verzoeker, niet in het minst zijn echtgenote, woont intussen ook in België. Een eventuele terugkeer betekent eveneens een scheiding van zijn familie.

Voor de echtgenote van verzoeker - die de Belgische nationaliteit heeft - is het evenmin een optie om een leven in Kosovo uit te bouwen. Zij zal geconfronteerd worden met de volgende 'hinderpalen':

vooreerst is het een objectieve vaststelling dat de ouders van de echtgenote van verzoeker in België wonen. Een opgelegde verhuis naar Kosovo zou zonder meer tot gevolg hebben dat het dagelijks contact tussen mevrouw S en haar ouders zou verdwijnen, en dat zij geheel van elkaar zullen vervreemden.

daarnaast moet worden opgemerkt dat mevrouw S sinds 1991 in België woont (stuk 10). Zij heeft hier school gelopen, haar sociaal leven uitgebouwd, spreekt de Nederlandse taal en heeft de Belgische nationaliteit.

zij is de Kosovaarse taal niet machtig, hetgeen de integratie aliginds uiteraard ook bemoeilijkt tot slot, maar niet in het minst, moet worden opgemerkt dat mevrouw S in België studeert. Inderdaad is zij aan de Hogeschool West-Vlaanderen ingeschreven voor een bachelor in het

communicatiemanagement. Het voorzetten van deze studies in Kosovo (of zelfs tijdelijk haar echtgenoot vergezellen) is uiteraard geen optie voor de echtgenote van verzoeker.

Uit de hierboven aangehaalde gegevens blijkt dat er zonder twijfel sprake is van een gezins- en familieleven in hoofde van verzoeker en diens echtgenote. Er zijn in casu verscheidene 'hinderpalen' aanwezig die het uitbouwen van een gezins- en familieleven in Kosovo onmogelijk maken.

De tenuitvoerlegging van het 'bevel tot het verlaten van het grondgebied' maakt ontegensprekelijk een, al dan niet tijdelijk, einde aan dit gezins- en familieleven, hetgeen op zich genomen reeds een schending van artikel 8 EVRM uitmaakt. Daarbij komt uiteraard nog dat het opnieuw opbouwen van dit gezins- en familieleven in Kosovo niet tot de mogelijkheden behoort, dit gelet op de talrijke hierboven aangehaalde hinderpalen waarmee verzoeker en diens echtgenote zullen worden geconfronteerd.

9. Nopens de motivering en de toepassing van het redelijkheidsbeginsel.

Maar er is meer. Niettegenstaande de bestreden beslissing één en ondeelbaar is, dient deze te worden gemotiveerd in al haar deelaspecten.

Artikel 40ter, lid 3 van de Vreemdelingenwet stelt verschillende voorwaarden voorop waaraan betrokkenen moeten voldoen om aanspraak te kunnen maken op gezinshereniging. Eén van deze voorwaarden maakt dat beide echtgenoten de volle leeftijd van 21 jaar bereikt moeten hebben.

Verzoeker betwist niet dat zijn echtgenote op het ogenblik van het nemen van de bestreden beslissing nog geen 21 jaar was. Evenwel moet worden opgemerkt dat zijn echtgenote binnen 2 (!) maanden - met name op 20 februari 2014 - de leeftijd van 21 jaar zal bereiken (stuk 3)⁷

In dit opzicht acht verzoeker het kennelijk onredelijk dat hem een beslissing mét een bevel wordt betekend, terwijl de gemachtigde van de staatssecretaris - gelet op discretionaire bevoegdheid (zie hierboven) - wel degelijk rekening diende te houden met de toch wel bijzondere feitelijkheden die zich in casu voordoen. Een en ander vloeit immers net voort uit de discretionaire bevoegdheid waarover deze ter zake beschikt. Immers dient te worden gewezen op het feit dat de motieven van dit bevel om het grondgebied te verlaten ook kennelijk onredelijk kunnen zijn.

Uit de bestreden beslissing volgt niet waarom de gemachtigde van de staatssecretaris het noodzakelijk heeft geacht om een beslissing te nemen tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden mét bevel om het grondgebied te verlaten, te meer, nu zich in casu een bijzonder apart geval aandient, waarbij de rechtsonderhorige er vanuit mag gaan dat er wel degelijk rekening wordt gehouden met deze uitzonderlijke situatie.

Het kan ter zake geenszins volstaan om zonder meer te verwijzen naar het niet voldaan zijn aan de 21-jaar vereiste, nu deze voorwaarde binnen 3 maanden vanaf het nemen van de bestreden beslissing en binnen 2 maand vanaf het inleiden van huidig verzoekschrift - zonder toedoen van verzoeker - zal worden verholpen. Het nemen van een weigeringsbeslissing mét een bevel om het grondgebied te verlaten is dan ook kennelijk onredelijk en al zeker niet gemotiveerd.

Zulks te meer nu het al dan niet uitvaardigen van een bevel perverse gevolgen heeft. De gemachtigde van de staatssecretaris had immers, conform artikel 52§4 van het Vreemdelingenbesluit perfect kunnen vaststellen dat de echtgenote niet voldeed aan de vereisten uit artikel 40ter van de Vreemdelingenwet maar ervoor kunnen opteren om geen bevel om het grondgebied te verlaten uit te vaardigen of gelet op artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet rekening houden met de specifieke situatie van verzoeker en de invloed van dit 'tijdelijke gebrek' op de niet noodzakelijke verwijderingsmaatregel. Dit zou niet meer dan logisch zijn nu verzoeker op dit moment en door de bestreden beslissing - en dit voor 2 maanden - in een precarie situatie vertoeft. Een en ander is kennelijk onredelijk en zelfs kennelijk onzorgvuldig, te meer nu de motieven om hiertoe over te gaan - gelet op de uitzonderlijke aangelegenheid - nergens blijken uit de bestreden beslissing.

Gelet op voorgaande vaststelling is het kennelijk onredelijk om verzoeker een bevel om het grondgebied te verlaten, te laten betekenen. De niet noodzakelijke en zeer tijdelijke verwijderingsmaatregel staat in schril contrast met de nadelige gevolgen die deze verwijderingsmaatregel voor verzoeker en zijn echtgenote met zich meebrengt. Verwerende partij is botweg overgegaan tot nazicht van de voorwaarden en heeft deze in abstracto toegepast. Er werd op geen enkele wijze rekening gehouden met de betrokken belangen van zowel verzoeker als diens echtgenote.

Uw Raad aanvaardt in dit opzicht een schending van het redelijkheidsbeginsel 'wanneer men op zicht van de opgegeven motieven zich tevergeefs afvraagt hoe het bestuur tot het maken van die keuze is kunnen komen. Met andere woorden, om het redelijkheidsbeginsel geschonden te kunnen noemen, moet men voor een beslissing staan waarvan men ook na lectuur ervan tenaauwernood kan geloven dat ze werkelijk genomen is'.⁸

De bestreden beslissing is enkel en alleen gesteund op het feit dat de echtgenote van verzoeker de leeftijd van 21 jaar nog niet had bereikt ten tijde van de behandeling van het verzoek tot gezinshereniging, hetgeen binnen 2 maanden wel zo is.

10. Besluit.

Uit het kennelijk onredelijk karakter van de bestreden beslissing, de gebrekkige motivering en de schending van artikel 8 EVRM kan niet anders dan worden besloten tot de gegrondheid van het middel.”

3.4. Verzoeker betoogt in het algemeen dat verwijderingsmaatregelen een facultatief karakter hebben. Hij verwijst meer bepaald naar artikel 52, §4, 5^e lid van het besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: vreemdelingenbesluit) dat luidt als volgt:

“Indien de minister of zijn gemachtigde het recht op verblijf niet erkent, wordt het familielid van deze beslissing kennis gegeven door de afgifte van een document overeenkomstig het model van bijlage 20, dat desgevallend een bevel om het grondgebied te verlaten bevat. Het attest van immatriculatie wordt ingetrokken.”

Uit die bewoordingen kan inderdaad geen verplichting worden afgeleid om een bevel om het grondgebied te verlaten te geven. Het woord *“desgevallend”* wijst integendeel op een mogelijkheid en betekent juist niet dat in ieder geval een bevel zou moeten worden gegeven. Artikel 52, § 4, 5^{de} lid van het vreemdelingenbesluit moet dan ook worden gelezen in samenhang met de relevante bepalingen van de vreemdelingenwet.

In artikel 8 van de vreemdelingenwet wordt – zonder in enige uitzondering te voorzien – uitdrukkelijk gesteld dat een bevel om het grondgebied te verlaten de bepaling van artikel 7 van de vreemdelingenwet die wordt toegepast, dient te vermelden. Artikel 7 van de vreemdelingenwet luidt als volgt:

“Onverminderd meer voordelige bepalingen vervat in een internationaal verdrag, kan de minister of zijn gemachtigde aan de vreemdeling, die noch gemachtigd noch toegelaten is tot een verblijf van meer dan drie maanden in het Rijk of om er zich te vestigen, een bevel om het grondgebied binnen een bepaalde termijn te verlaten afgeven of moet de minister of zijn gemachtigde in de in 1°, 2°, 5°, 11° of 12° bedoelde gevallen een bevel om het grondgebied binnen een bepaalde termijn te verlaten afgeven.

1° wanneer hij in het Rijk verblijft zonder houder te zijn van de bij artikel 2 vereiste documenten;

2° wanneer hij langer in het Rijk verblijft dan de overeenkomstig artikel 6 bepaalde termijn of er niet in slaagt het bewijs te leveren dat deze termijn niet overschreden werd;

3° wanneer hij door zijn gedrag geacht wordt de openbare orde of de nationale veiligheid te kunnen schaden;

4° wanneer hij door de Minister, op eensluitend advies van de Commissie van Advies voor Vreemdelingen, geacht wordt de internationale betrekkingen van België of van een Staat die partij is bij een internationale overeenkomst betreffende de overschrijding van de buitengrenzen, die België bindt, te kunnen schaden;

5° wanneer hij, ter fine van weigering van toegang, gesignaleerd is, overeenkomstig artikel 3, 5°;

6° wanneer hij niet beschikt over voldoende middelen van bestaan, zowel voor de duur van het voorgenomen verblijf als voor de terugreis naar het land van oorsprong of voor de doorreis naar een derde Staat, waar zijn toelating is gewaarborgd, en niet in staat is deze middelen wettelijk te verwerven;

7° wanneer hij aangetast is door een der ziekten of gebreken opgesomd in de bijlage bij deze wet;

8° wanneer hij, een beroepsbedrijvigheid als zelfstandige of in ondergeschikt verband uitoefent zonder in het bezit te zijn van de daartoe vereiste machtiging;

9° wanneer hij, met toepassing van de internationale overeenkomsten of akkoorden die België binden, door de overheden van de overeenkomstsluitende Staten, ter verwijdering van het grondgebied van deze Staten, aan de Belgische overheden wordt overgedragen;

10° wanneer hij, met toepassing van de internationale overeenkomsten of akkoorden die België binden, door de Belgische overheden aan de overheden van de overeenkomstsluitende Staten moet overgedragen worden;

11° wanneer hij sedert minder dan tien jaar uit het Rijk werd teruggewezen of uitgezet, zo de maatregel niet werd opgeschort of ingetrokken.

12° wanneer een vreemdeling het voorwerp uitmaakt van een inreisverbod dat noch opgeschort noch opgeheven is.”

Uit de bewoordingen van artikel 7 van de vreemdelingenwet blijkt duidelijk dat de gemachtigde niet meer over een discretionaire bevoegdheid beschikt wanneer artikel 7, eerste lid, 1°, 2°, 5°, 11° of 12° van de Vreemdelingenwet dient te worden toegepast.

Het is trouwens slechts door het respecteren van deze formele motiveringsverplichting dat kan worden vastgesteld of in een bepaald geval een bevel om het grondgebied te verlaten al dan niet ingevolge een discretionaire bevoegdheid werd genomen. Het is door te voldoen aan de formele motiveringsplicht dat kan worden nagegaan of in een bepaald geval de beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten, overeenkomstig artikel 7, eerste lid van de vreemdelingenwet, “kan” of “moet” worden genomen, en dus of het al dan niet een gebonden bevoegdheid in hoofde van de gemachtigde betreft. Het is dan ook in deze zin, met name in het licht van de hogere rechtsnorm van de vreemdelingenwet, dat het woord “desgevallend” in artikel 52, § 4, vijfde lid van het vreemdelingenbesluit moet worden begrepen.

3.5. Om aan de formele motiveringsplicht te voldoen zoals voorgeschreven door de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en artikel 62 van de vreemdelingenwet, moet het bestreden bevel dus duidelijk de determinerende juridische en feitelijke motieven aangeven op grond waarvan de bestreden beslissing genomen is. *In casu* werd het bestreden bevel genomen op grond van artikel 7, eerste lid, 2° van de vreemdelingenwet. Voorts wordt in het bestreden bevel in feite gemotiveerd dat het legaal verblijf van verzoeker is verstreken. Deze feitelijke vaststelling wordt door verzoeker niet betwist noch weerlegd.

Gezien deze feitelijke vaststelling en gezien de bewoordingen in artikel 7 van de vreemdelingenwet, was de gemachtigde ertoe gehouden om in het geval van verzoeker op gebonden wijze een bevel om het grondgebied te verlaten af te geven.

Een schending van de formele motiveringsplicht, zoals deze volgt uit artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 en artikel 62 van de vreemdelingenwet, wordt derhalve niet aangetoond.

3.6. De Raad stelt vast dat verzoeker verder inhoudelijke argumenten ontwikkelt tegen het bestreden bevel, zodat hij in wezen de schending aanvoert van de materiële motiveringsplicht. Bij de beoordeling van de materiële motivering behoort het niet tot de bevoegdheid van de Raad zijn beoordeling in de plaats te stellen van de administratieve overheid. De Raad is in de uitoefening van zijn wettelijk toezicht enkel bevoegd na te gaan of deze overheid bij de beoordeling is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet in onredelijkheid tot haar besluit is gekomen. (RvS 7 december 2001, nr. 101.624)

Verzoeker verwijst naar artikel 74/13 van de vreemdelingenwet. Deze bepaling luidt als volgt:

“Bij het nemen van een beslissing tot verwijdering houdt de minister of zijn gemachtigde rekening 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 houdt geen uitdrukkelijke motiveringsplicht in maar is een algemene bepaling die er op gericht is te waarborgen dat de gemachtigde, ook in het kader van een gebonden bevoegdheid, bij het nemen van een verwijderingsbeslissing rekening houdt met welbepaalde fundamentele rechten, met name het belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken vreemdeling. Artikel 8 van het EVRM wordt dan ook weerspiegeld in artikel 74/13 van de vreemdelingenwet.

3.7. *In casu* voert verzoeker aan dat de verwijderingsmaatregel een schending uitmaakt van zijn recht op eerbiediging van het gezinsleven zoals gewaarborgd door artikel 8 van het EVRM.

Artikel 8 van het EVRM omvat het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven en luidt als volgt:

“1. Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”

De Raad stelt vast dat het voorgehouden gezinsleven tussen verzoeker en zijn echtgenote door de verwerende partij niet wordt betwist. Bij de beoordeling van een grief betreffende dit artikel houdt de Raad zich aan de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM).

Betreft het een situatie van eerste toelating, wat hier het geval is aangezien verzoeker immers een aanvraag indiende om een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Europese Unie en er hem geen bestaand verblijfsrecht werd ontnomen, dan moet volgens het EHRM worden onderzocht of er een positieve verplichting is voor de staat om het recht op gezinsleven te handhaven en te ontwikkelen (EHRM 28 november 1996, Ahmut v. Nederland, § 63; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer v. Nederland, § 38). Dit geschiedt aan de hand van de ‘fair balance’-toets, dit is een billijke afweging. Als na deze toets uit de belangenafweging blijkt dat er een positieve verplichting voor de staat is, dan is er een schending van artikel 8, eerste lid van het EVRM (EHRM 17 oktober 1986, Rees v. Verenigd Koninkrijk, § 37).

De omvang van de positieve verplichtingen die op de staat rusten is afhankelijk van de precieze omstandigheden die eigen zijn aan het voorliggend individueel geval. In het kader van een billijke afweging worden een aantal elementen in rekening genomen, met name de mate waarin het gezins- en privéleven daadwerkelijk wordt verbroken bij verwijdering naar het land van bestemming, de omvang van de banden in de Verdragsluitende Staat, alsook de aanwezigheid van onoverkomelijke hinderpalen die verhinderen dat het gezins- en privéleven elders normaal en effectief wordt uitgebouwd of verdergezet. Deze elementen worden afgewogen tegen de aanwezige elementen van immigratiecontrole of overwegingen inzake openbare orde (EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, Nuñez v. Noorwegen, par. 70). 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 (zie EHRM 14 februari 2012, nr. 26940/10, Antwi e.a. v. Noorwegen, par. 89).

De Raad benadrukt, dat het door artikel 8 van het EVRM gewaarborgde recht op respect voor het gezins- en privéleven niet absoluut is. Inzake immigratie heeft het EHRM er bij diverse gelegenheden aan 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.

Wanneer er een aanvraag om verblijfskaart als familielid van een burger van de Europese Unie wordt ingediend, houdt dit in dat de betrokkene *in casu* dient aan te tonen dat hij en zijn echtgenote voldoen aan de vereiste voorwaarden voor gezinshereniging en daartoe de nodige bewijzen moeten aanbrengen.

3.8. *In casu* werd door de gemachtigde besloten om geen verblijfsrecht toe te kennen omdat de echtgenote van verzoeker nog geen 21 jaar oud is. Omtrent deze leeftijdsvereiste heeft het Grondwettelijk Hof geoordeeld dat deze voorwaarde het verkrijgen van een verblijfstitel niet belet maar alleen tijdelijk uitstelt, zodat zij het recht op gezinsleven niet op onevenredige wijze aantast. (GwH 26 september 2013, nr. 123/2013, B.56.2.26).

Het gegeven dat er een gunstig advies werd uitgebracht door het parket van de procureur des konings omtrent het huwelijk van verzoeker en zijn echtgenote, doet geen afbreuk aan het feit dat de verkrijging van een verblijfstitel enkel tijdelijk wordt uitgesteld.

In dezelfde zin stelt de Raad vast dat het bestreden bevel niet leidt tot een definitieve verwijdering van het Belgische grondgebied. Het heeft enkel tot gevolg dat de verzoeker tijdelijk het land dient te verlaten met de mogelijkheid terug te keren op het ogenblik dat voldaan is aan in de vreemdelingenwet bepaalde vereisten. De bestreden beslissing sluit niet uit dat de verzoeker een visum aanvraagt met het oog op gezinshereniging in België of een nieuwe aanvraag indient in België zodra voldaan is aan de vereisten van de vreemdelingenwet. De tijdelijke scheiding met het oog op het vervullen van de noodzakelijke formaliteiten ter voldoening van de wettelijke bepalingen, verstoort het gezinsleven van de verzoeker niet in die mate dat er sprake kan zijn van een schending van artikel 8 EVRM (EHRM 19 februari 1996, Gul/Zwitserland, 22 EHRR 228). Aangezien de echtgenote van verzoeker op 20 februari 2014 de leeftijd van 21 jaar zou bereiken en het bestreden bevel dateert van 10 oktober 2013, met een vertrektermijn van 30 dagen, zou verzoeker bij een eventueel vertrek slechts drie maanden gescheiden zijn geweest van zijn echtgenote vooraleer hij in aanmerking zou komen voor het verblijfsrecht. Een korte scheiding van drie maanden leidt in beginsel niet tot een verbreking van het huwelijk en het gezinsleven noch verstoort zulke korte scheiding het gezinsleven in die mate dat er sprake is van een schending van artikel 8 van het EVRM.

Derhalve toont verzoeker niet aan dat de gemachtigde in het licht van artikel 8 van het EVRM of artikel 74/13 van de vreemdelingenwet op onzorgvuldige wijze of kennelijke onredelijke wijze is overgegaan tot de afgifte van het bestreden bevel. Een schending van de materiële motiveringsplicht wordt dan ook niet aangetoond. Het redelijkheidsbeginsel staat de Raad niet toe het oordeel van het bestuur over te doen, maar enkel dat oordeel onwettig te bevinden wanneer het tegen alle redelijkheid ingaat doordat de door het bestuur geponeerde verhouding tussen de motieven en het dispositief volkomen ontbreekt (RvS 20 september 1999, nr. 82.301), *quod non in casu*.

Daarenboven merkt de Raad op dat verzoeker overigens het Belgische grondgebied niet diende te verlaten nu hij tegen het bestreden bevel een beroep heeft ingediend. Overeenkomstig artikel 39/79, § 1, tweede lid, 8° van de vreemdelingenwet is elk beroep tot nietigverklaring tegen de beslissing tot weigering van de erkenning van het verblijfsrecht van rechtswege schorsend en kan ten aanzien van verzoeker geen enkele maatregel tot verwijdering van het grondgebied gedwongen kan worden uitgevoerd tijdens de voor het indienen van het beroep vastgestelde termijn en tijdens het onderzoek van dit beroep. Verzoeker was dus gemachtigd om tijdens deze periode op het Belgische grondgebied te verblijven in afwachting van de uitkomst van het ingediende beroep. Hij diende aldus niet terug te keren naar zijn land van herkomst.

3.9. Voorts wijst de Raad erop dat vooraleer er sprake kan zijn van een positieve verplichting in hoofde van de Belgische staat, verzoeker zelf ook gebruik dient te maken van de wettelijke mogelijkheden die voor hem openstaan. De Raad stelt vast dat de echtgenote van verzoeker op 20 februari 2014, 21 jaar oud geworden is. Zowel verzoeker als zijn echtgenote voldoen sinds die datum aan de leeftijdsvereiste van 21 jaar zoals bepaald in artikelen 40bis juncto 40ter van de vreemdelingenwet. Verzoeker vervult heden dus de voorwaarden om in aanmerking te komen voor een verblijfsrecht in het kader van gezinshereniging. Hij kan derhalve een nieuwe aanvraag om een verblijfskaart als familielid van burger van de Unie c.q. Belg indienen.

Gelet op het gegeven dat zijn echtgenote heden 21 jaar oud is en gelet op de wettelijke procedures die openstaan voor verzoeker om bescherming te krijgen van zijn gezinsleven en waarvan hij gebruik kan maken, kan in dit geval en op dit moment bezwaarlijk worden gesteld dat er in hoofde van de staat een positieve verplichting bestaat om verzoekers recht op gezinsleven te handhaven. Verzoeker dient eerst zelf gebruik te maken van de wettelijke mogelijkheden die voor hem openstaan, vooraleer de staat ertoe verplicht kan worden om verzoekers recht op een gezinsleven te beschermen.

De schending van artikel 8 van het EVRM kan in huidige stand van het dossier niet worden aangenomen.

3.10. Op de wens van verzoeker om een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof dient niet te worden ingegaan vermits het antwoord op deze vraag niet onontbeerlijk is om uitspraak te doen en de uitspraak vatbaar is voor een voorziening in cassatie bij de Raad van State, gezien artikel 26, § 2, 2°, 2de lid van de Bijzondere Wet van 6 januari 1989 houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Grondwettelijk Hof bepaalt dat *“Het rechtscollege waarvan de beslissing vatbaar is voor, al naar het geval, hoger beroep, verzet, voorziening in Cassatie of beroep tot vernietiging bij de Raad van State, (is niet gehouden een prejudiciële vraag te stellen)(…), wanneer het decreet of de in*

artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel een regel of een artikel van de Grondwet bedoeld in § 1 klaarblijkelijk niet schendt of wanneer het rechtscollege meent dat het antwoord op de prejudiciële vraag niet onontbeerlijk is om uitspraak te doen.”

Verzoeker voert geen gegrond middel aan dat kan leiden tot de nietigverklaring van de bestreden beslissingen.

4. Kosten

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

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1.

Het beroep tot nietigverklaring wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, begroot op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op achttien april tweeduizend veertien door:

mevr. M. MAES,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

mevr. C. VAN DEN WYNGAERT,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

C. VAN DEN WYNGAERT

M. MAES