

Arrest

nr. 167 433 van 11 mei 2016
in de zaak RvV X / II

In zake: X, in eigen naam en samen X als wettelijk vertegenwoordigers van de minderjarige kinderen
X - X - X

Gekozen woonplaats: X

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging.

DE VOORZITTER VAN DE IIE KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, in eigen naam en samen met X als wettelijk vertegenwoordigers van de minderjarige kinderen X en X, die verklaren van resp. van Congolese en Angolese nationaliteit te zijn, op 21 september 2015 hebben 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 3 augustus 2015 tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten, aan de eerste verzoekende partij ter kennis gebracht op 20 augustus 2015.

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 nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 1 februari 2016 met toepassing van artikel 39/73 van voormelde wet.

Gelet op het verzoek tot horen van de verwerende partij van 4 februari 2016.

Gelet op de beschikking van 24 februari 2016, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 15 maart 2016.

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. CAMU.

Gehoord de opmerkingen van advocaat E. DE RUYCK, die *loco* advocaat H. CHATCHATRIAN verschijnt voor de verzoekende partijen en van advocaat L. DE WITTE, die *loco* advocaat E. MATTERNE verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

De bestreden bestuurshandeling betreft de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 3 augustus 2015 tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten, aan de eerste verzoekende partij ter kennis gebracht op 20 augustus 2015.

2. Onderzoek van het beroep

2.1. Er dient op te worden gewezen dat overeenkomstig artikel 39/73, § 2 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) aan de partijen bij beschikking de grond werd meegegeed waarop de kamervoorzitter zich steunt om te oordelen dat het beroep door middel van een louter schriftelijke procedure kan ingewilligd worden. *In casu* werd het volgende gesteld:

“Uit de bewoordingen van het verzoekschrift blijkt dat de verzoekende partijen in casu artikel 74/13 van de vreemdelingenwet en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen geschonden achten. Zij voeren aan dat de gemachtigde van de bevoegde staatssecretaris zich niet vergewist heeft over hun gezinstoestand en geven aan dat er rekening dient te worden gehouden met de kinderen die allen in België geboren zijn en enkel België kennen; dat de echtgenoot van verzoekster de Angolese nationaliteit heeft terwijl verzoekster zelf de Congolese nationaliteit heeft; dat de kinderen respectievelijk de Congolese, Angolese en onbepaalde nationaliteit hebben. De verzoekende partijen hebben gedurende 4 jaar in België een gezinsleven opgebouwd met voornoemde personen. Deze gegevens vinden steun in het administratief dossier en worden door de verwerende partij niet betwist.

Artikel 74/13 van de vreemdelingenwet – dat een omzetting in het Belgische recht betreft van artikel 5 van de richtlijn 2008/115/EG – stelt 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.”

Overeenkomstig artikel 1, 6° van de vreemdelingenwet dient onder een “beslissing tot verwijdering” te worden verstaan “de beslissing die de illegaliteit van het verblijf van een vreemdeling vaststelt en een terugkeerverplichting oplegt”.

Gelet op voormelde definitie dient te worden aangenomen dat de in casu bestreden beslissing, het bevel om het grondgebied te verlaten, een beslissing tot verwijdering in de zin van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet betreft.

Op grond van voormelde bepaling dient het bestuur bij het nemen van een beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten onder meer rekening te houden met het gezins- en familieleven van de betrokkene. Het gegeven dat artikel 7, eerste lid, 1° van de Vreemdelingenwet in beginsel voorziet in een gebonden bevoegdheid tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten stelt de verwerende partij niet vrij van deze verplichting, hem opgelegd door de Europese wetgever.

De Raad benadrukt het belang dat de (Europese) wetgever middels het gestelde in artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet heeft gehecht aan de verplichting die rust op het bestuur om reeds bij het nemen van een verwijderingsmaatregel rekening te houden met die elementen die er mogelijk toe kunnen leiden dat een verwijdering in strijd zal zijn met hogere rechtsnormen, en dit teneinde een daadwerkelijke rechtsbescherming op dit punt te garanderen.

Het wordt niet betwist door de verwerende partij dat er in casu sprake is van een gezinsleven en dat er op geen enkele manier wordt verwezen naar het gezinsleven van de verzoekende partijen in de bestreden beslissing, zodat hieruit niet blijkt dat de verwerende partij is overgegaan tot de belangenafweging die zij behoorde te doen in het licht van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet, een belangafweging tot welke de Raad niet zelf kan overgaan zonder zich in de plaats van het bestuur te stellen (cf. RvS 26 juni 2014, nr. 227.900).

In de nota wordt verwezen naar het gegeven dat voorafgaand aan het nemen van het bevel een onderzoek werd gevoerd naar het gezinsleven in het licht van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet zoals blijkt uit de synthesesnota, welke terug te vinden is in het administratief dossier. De Raad is echter van oordeel dat deze handelwijze niet volstaat in het licht van de rechtsbescherming van de

rechtsonderhorige. Immers, door de elementen van deze belangenafweging niet uitdrukkelijk weer te geven in de bestreden beslissing gaat de verwerende partij voorbij aan het feit dat zij gehouden is 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. De belangrijkste bestaansredenen van deze formele motiveringsplicht bestaat erin dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, derwijze dat blijkt, of minstens kan worden nagegaan of de overheid is uitgegaan van gegevens die in rechte en in feite juist zijn, of zij die gegevens correct heeft beoordeeld, en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar beslissing is kunnen komen, opdat de betrokkene met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden. (RvS 18 januari 2010, nr. 199.583, Staelens). De mededeling van de motieven via de neerlegging van het administratief dossier nadat het beroep reeds werd ingediend, kan de miskennis van de plicht tot formeel motiveren niet goedmaken. Dit brengt immers de wapengelijkheid onder de gedingpartijen in het gedrang (RvS 25 januari 2010, nr. 199.865, DURIEUX) en ontnemt verzoeker de mogelijkheid om zijn beroepsrecht terzake naar behoren uit te oefenen (cfr. HvJ 11 december 2014, C-249/13, Boudjlida, ptn 38 en 59). De verwijzing naar het stuk in het administratief dossier kan door de verwerende partij derhalve niet dienstig worden bijgebracht om de hiervoor reeds vastgestelde onregelmatigheid in het licht van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet in een ander daglicht te stellen.

Het eerste middel lijkt in de aangegeven mate gegrond, zodat op de andere onderdelen ervan en overige middelen niet verder dient te worden ingegaan.

De bestreden beslissing dient te worden vernietigd.”

2.2. Door een verzoek tot horen in te dienen, maakt de verwerende partij kenbaar dat zij het niet eens is met de in de beschikking opgenomen grond (zij wordt overeenkomstig artikel 39/73, § 3 van de vreemdelingenwet immers geacht in te stemmen met deze grond wanneer zij niet vraagt om te worden gehoord). In dit kader dient te worden benadrukt dat het verzoeken om een hoorzitting om alsnog haar visie kenbaar te maken de enige functie van het verzoek tot horen is (cf. RvS 26 juni 2013, nr. 224 092; Wetsontwerp van 6 december 2010 houdende diverse bepalingen (II), Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2010-2011, nr. 53 0772/001, 25) en dit verzoek zodoende niet mag worden beschouwd als een bijkomende memorie. Bovendien dient erop gewezen te worden dat het verzoek tot horen er niet toe strekt aan de verwerende partij de mogelijkheid te geven onvolkomenheden in de nota met opmerkingen, hetzij deze waarop in de beschikking overeenkomstig artikel 39/73, § 2 van de vreemdelingenwet precies wordt gewezen, hetzij andere, alsnog recht te zetten. Ook het betoog ter terechtzitting vermag dit niet te doen.

2.3. Op 4 februari 2016 dient de verwerende partij een vraag tot horen in, waarin zij niet slechts vraagt te worden gehoord, maar tevens de redenen uiteenzet waarom zij wenst te worden gehoord. Gelet op het bovenstaande kan met deze schriftelijk aangevoerde redenen echter geen rekening worden gehouden. Ter terechtzitting van 15 maart 2016, alwaar de verwerende partij uitdrukkelijk wordt uitgenodigd te reageren op de in de beschikking van 1 februari 2016 opgenomen grond, wordt het volgende gesteld:

“VwP stelt haar vraag tot horen om volgende redenen te hebben ingediend: (1) artikel 8 EVRM houdt geen motiveringsplicht in, (2) zij wijst op RvS 3 december 2015, nr. 233.125, waarbij de RvS deze stellingname (1) bevestigt. Het komt toe aan de Raad om bij de uitvoering van het bevel om het grondgebied te verlaten onderzoek te doen naar een eventuele schending van artikel 8 van het EVRM. Na een opmerking van de kamervoorzitter inzake de motiveringsplicht en andere RvS-rechtspraak inzake de annulatiebevoegdheid van de Raad, bevestigt VwP dat zij gehouden is aan de wet op de uitdrukkelijke motiveringsplicht, maar dat indien het over een hogere rechtsnorm gaat, het de Raad toekomt om te oordelen over de al dan niet schending, zonder zich daarbij in de plaats te stellen van de bevoegde gemachtigde.”

In de mate dat de verwerende partij ter terechtzitting aangeeft dat *“artikel 8 EVRM houdt geen motiveringsplicht in, (2) zij wijst op RvS 3 december 2015, nr. 233.125, waarbij de RvS deze stellingname (1) bevestigt. Het komt toe aan de Raad om bij de uitvoering van het bevel om het*

*grondgebied te verlaten onderzoek te doen naar een eventuele schending van artikel 8 van het EVRM. Na een opmerking van de kamervoorzitter inzake de motiveringsplicht en andere RvS-rechtspraak inzake de annulatiebevoegdheid van de Raad, bevestigt VwP dat zij gehouden is aan de wet op de uitdrukkelijke motiveringsplicht, maar dat indien het over een hogere rechtsnorm gaat, het de Raad toekomt om te oordelen over de al dan niet schending, zonder zich daarbij in de plaats te stellen van de bevoegde gemachtigde”, dient er te worden vastgesteld dat de verwerende partij voorbijgaat aan de vaststellingen uit voormelde beschikking. Immers werd in voormelde beschikking de schending van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet *juncto* de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen vastgesteld en niet de schending van artikel 8 van het EVRM, zodat haar kritiek in elk geval feitelijke grondslag mist aangezien zij haar grieven richt ten aanzien van artikel 8 van het EVRM en de Raad vaststelde dat de schending van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet werd aangetoond.*

2.4. Uit artikel 74/13 van de vreemdelingenwet blijkt dat bij het nemen van een beslissing tot verwijdering, de minister of zijn gemachtigde rekening houdt met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land. De Raad benadrukt het belang dat de (Europese) wetgever middels het gestelde in artikel 74/13 van de vreemdelingenwet dat een omzetting in het Belgische recht betreft van artikel 5 van de richtlijn 2008/115/EG heeft gehecht aan de verplichting die rust op het bestuur om reeds bij het nemen van een verwijderingsmaatregel rekening te houden met die elementen die er mogelijk toe kunnen leiden dat een verwijdering in strijd zal zijn met hogere rechtsnormen, en dit teneinde een daadwerkelijke rechtsbescherming op dit punt te garanderen.

Uit artikel 74/13 van de vreemdelingenwet blijkt derhalve dat de minister of zijn gemachtigde bij de afgifte van het bevel *in concreto* dient te beoordelen of er elementen zijn die de afgifte van het bevel verhinderen, en dit uit hoofde van een norm in de vreemdelingenwet zelf. De verplichting om rekening te houden met de in artikel 74/13 van de vreemdelingenwet vermelde belangen houdt in dat zij actueel en *ex nunc* een afweging moet maken van de belangen van de betrokken vreemdeling. De Raad kan dit verplichte onderzoek niet in de plaats van de verwerende partij voeren, zonder zijn bevoegdheid die beperkt is tot een wettigheidstoets, te overschrijden.

Daargelaten de vraag of artikel 74/13 van de vreemdelingenwet het bestuur als dusdanig een uitdrukkelijke motiveringsplicht oplegt, moet de verzoekende partij op de één of andere manier kunnen achterhalen dat het bestuur terdege rekening heeft gehouden met deze elementen. Het kan niet worden betwist dat de verwerende partij ertoe gehouden is haar beslissingen uitdrukkelijk te motiveren. De belangrijkste bestaansreden van de formele motiveringsplicht bestaat erin dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, derwijze dat blijkt, of minstens kan worden nagegaan of de overheid is uitgegaan van gegevens die in rechte en in feite juist zijn, of zij die gegevens correct heeft beoordeeld, en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar beslissing is kunnen komen, opdat de betrokkene met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden. (RvS 18 januari 2010, nr. 199.583).

In casu werd de gemaakte beoordeling in het kader van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet echter niet als dusdanig opgenomen in de bestreden beslissing, zodat de verzoekende partijen niet konden weten of de verwerende partij al dan niet rekening heeft gehouden met de aangehaalde elementen. De belangrijkste bestaansreden van de formele motiveringplicht wordt derhalve met de voeten getreden nu de verzoekende partijen uit de beslissing zelf niet kunnen opmaken of er ter dege rekening werd gehouden met hun gezinsleven en het hoger belang van de kinderen. De mededeling van de motieven via de neerlegging van het administratief dossier nadat het beroep reeds werd ingediend, kan de miskennis van de plicht tot formeel motiveren niet goedmaken. Dit brengt immers de wapengelijkheid onder de gedingpartijen in het gedrang (RvS 25 januari 2010, nr. 199.865, DURIEUX) en ontnemt de verzoekende partij de mogelijkheid om haar beroepsrecht terzake naar behoren uit te oefenen (*cf.* HvJ 11 december 2014, C-249/13, Boudjlida, ptn 38 en 59).

Het gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM maakt slechts een van de drie criteria uit die moeten worden getoetst in het kader van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet, maar dit is niet het enige criterium waarmee rekening dient te worden gehouden en kan, in tegenstelling tot wat door de verwerende partij ter terechtzitting wordt geopperd, niet simpelweg gelijk gesteld worden met een beoordeling in het kader van artikel 8 van het EVRM. De stelling van de verwerende partij dat artikel 8 van het EVRM geen motiveringsplicht inhoudt, doet derhalve geen afbreuk aan bovenstaande vaststellingen aangaande het te voeren onderzoek in het kader van artikel 74/13 van de

vreemdelingenwet, aangezien de te toetsen criteria betreffende voornoemd artikel 74/13 ruimer zijn dan enkel artikel 8 van het EVRM.

De kritiek van de verwerende partij dat het aan de Raad toekomt om bij de uitvoering van het bevel om het grondgebied te verlaten een onderzoek te doen naar een eventuele schending van artikel 8 van het EVRM, kan niet worden gevolgd. Uit voorgaande vaststellingen blijkt immers dat artikel 74/13 van de vreemdelingenwet de verwerende partij verplicht om bij het nemen van een verwijderingsmaatregel een onderzoek te doen naar de opgesomde elementen in artikel 74/13 van de vreemdelingenwet, waarvan het gezins- en familieleven in de zin van artikel 8 van het EVRM één van de elementen betreft en dat deze beoordeling uit de bestreden beslissing moet blijken om een daadwerkelijke rechtsbescherming en de wapengelijkheid tussen de partijen te verzekeren. De Raad van State benadrukte daarnaast in zijn arresten van 4 juni 2015 met nrs. 231.443 en 231.444 dat gelet op het feit dat een bevel om het grondgebied te verlaten geen handeling is zonder rechtsgevolgen en de vreemdeling aan wie zo'n beslissing is betekend, effectief gehouden is om België te verlaten, het bestuur ervoor moet zorgen, alvorens het nemen van de beslissing, dat deze beslissing geen afbreuk doet aan de fundamentele rechten van de vreemdeling en niet alleen in het geval van de gedwongen tenuitvoerlegging. Deze zienswijze wordt bevestigd door de voorbereidende werken die in het kader van de wijziging van artikel 7 van de vreemdelingenwet voorafgingen en die stellen dat artikel 7 van de vreemdelingenwet dat één van de rechtsgronden kan vormen van een bevel om het grondgebied te verlaten, bepaalt dat een dergelijke verplichting tot het nemen van een bevel om het grondgebied te verlaten uiteraard niet geldt indien de effectieve terugkeer van de vreemdeling een schending met zich mee zou brengen van de artikelen 3 en 8 van het EVRM (*Parl. St. Kamer 2011-2012, nr. 1825/001, 17*) en wordt ook bevestigd door de voorbereidende werken die aan de totstandkoming van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet voorafgingen en die stellen dat "*artikel 74/13 schrijft voor dat alvorens een beslissing wordt genomen tot verwijdering van een onderdaan van een derde land, er rekening wordt gehouden met de volgende elementen: 1. het hoogste belang van het kind; 2. het behoud van de eenheid van het gezin; 3. de gezondheidstoestand van de te verwijderen vreemdeling.*" (*Parl. St. Kamer 2011-2012, nr. 1825/001, 24*).

2.5. Wat haar verwijzing betreft naar het arrest van de Raad van State (waarin de Raad van State stelt dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen als annulatierechter mag onderzoeken of aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 8 van het EVRM is voldaan en of is voldaan aan de voorwaarden voor een inmenging in het gezinsleven wanneer artikel 8 van het EVRM wordt opgeworpen, en dat artikel 8 van het EVRM geen bijzondere motiveringsplicht oplegt), wijst de Raad erop dat de Raad van State eveneens in zijn arrest van 26 juni 2014 nr. 227.900 stelt dat bij gebrek aan een onderzoek naar of afweging van de specifieke omstandigheden, de Raad zich niet in de plaats kan stellen van het bestuur en dat hij uitdrukkelijk stelt in zijn arrest van 26 augustus 2010 met nr. 206.948 dat "*geen bevel mag worden gegeven wanneer dat in strijd met een aantal verdragsrechtelijke bepalingen zou zijn*". Bovendien bevestigt de verwerende partij ter terechtzitting dat zij gehouden is aan de wet betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, waarvan de verzoekende partijen de schending aanvoeren in het verzoekschrift. Nu *in casu* in voormelde beschikking werd vastgesteld dat de gemaakte beoordeling in het kader van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet echter niet als dusdanig werd opgenomen in de bestreden beslissing, en dus niet formeel is gemotiveerd, en artikel 74/13 een onderzoek behelst om reeds bij het nemen van een verwijderingsmaatregel rekening te houden met die elementen die er mogelijk toe kunnen leiden dat een verwijdering in strijd zal zijn met hogere rechtsnormen, en dit teneinde een daadwerkelijke rechtsbescherming op dit punt te garanderen, kan de verwijzing naar voormeld arrest van de Raad van State geen afbreuk doen aan de vastgestelde schending van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet uit voormelde beschikking.

2.6. De schending van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet *juncto* de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 kan worden aangenomen. Het eerste middel is in de aangegeven mate gegrond.

3. Korte debatten

De verzoekende partijen hebben 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.

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 3 augustus 2015 tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten wordt vernietigd.

Artikel 2

De vordering tot schorsing is zonder voorwerp.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op elf mei tweeduizend zestien door:

mevr. J. CAMU,

kamervoorzitter,

dhr. M. DENYS,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

M. DENYS

J. CAMU