

Arrest

nr. 182 431 van 16 februari 2017
in de zaak RvV X / II

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten X

tegen:

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

DE VOORZITTER VAN DE IIde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Kosovaarse nationaliteit te zijn, op 11 maart 2016 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 25 januari 2016 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 nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 15 december 2016, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 17 januari 2017.

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. CAMU.

Gehoord de opmerkingen van advocaat S. BUYSSE, die *loco* advocaat L. TOP verschijnt voor de verzoekende partij en van attaché B. BEULS, die verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1 Op 30 juli 2012 diende de verzoekende partij een aanvraag om machtiging tot verblijf op grond 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: de vreemdelingenwet) in, die op 25 januari 2016 onontvankelijk werd verklaard. Tegen deze beslissing diende de verzoekende partij een beroep tot nietigverklaring in bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Bij arrest nr. X van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen van 14 februari 2017 werd het beroep verworpen.

1.2 Op 25 januari 2016 nam de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging (hierna: de gemachtigde) een beslissing houdende een bevel om het

grondgebied te verlaten (bijlage 13). Dit is de bestreden beslissing, die op 10 februari 2016 aan de verzoekende partij ter kennis werd gebracht en waarvan de motieven luiden als volgt:

“BEVEL OM HET GRONDGEBIED TE VERLATEN

Mevrouw:

*Naam, voornaam: B(...), H(...)
geboortedatum: (...)
geboorteplaats: (...)
nationaliteit: Servië*

*en minderjarige kinderen:
D(...), H(...) geboren op (...)
D(...),(...) geboren op (...)
D(...), S(...) geboren op (...)*

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

binnen 30 dagen na de kennisgeving.

REDEN VAN DE BESLISSING:

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

o Krachtens artikel 7, eerste lid, 2° van de wet van 15 december 1980, is hij een vreemdeling vrijgesteld van de visumplicht die langer in het Rijk verblijft dan de maximale duur van 90 dagen op een periode van 180 dagen voorzien in artikel 20 Uitvoeringsovereenkomst van Schengen:

Betrokkene toont niet aan dat de termijn van 90 op 180 dagen niet overschreden is.”

2. Onderzoek van het beroep

2.1 In een enig middel voert de verzoekende partij onder meer de schending aan van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet, 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 (hierna: het EVRM) en meent tevens dat er sprake is van een schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

Ze zet in haar verzoekschrift in dit verband onder meer het volgende uiteen:

“Artikel 74/13 Vreemdelingenwet waarborgt bij een beslissing tot verwijdering een individueel onderzoek. Dit artikel stelt:

“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 gezondheidstoestand van betrokken onderdaan van een derde land”.

Voornoemd artikel is de omzetting van artikel 15 van de Richtlijn 2008/155/EG. De parlementaire voorbereidingen benadrukken dat de richtlijn een verplichting oplegt om over te gaan tot een individueel onderzoek en dat men rekening houdt met ‘alle omstandigheden eigen aan het geval en dat men het evenredigheidsbeginsel respecteert.”

In de bestreden beslissing is er geen spoor te bekennen van een mogelijke afweging van het privé- en gezinsleven. Ter motivering in het verzoekschrift wordt er enkel aangehaald dat verzoeker geen geldig visum heeft. Uit de bestreden beslissing kan niet worden afgeleid dat er rekening werd gehouden met het privéleven van verzoekster. Zo woont betrokkene reeds zeer geruime tijd in België. Haar drie kinderen zijn hier in België geboren en heeft haar gezinsleven in België opgebouwd. De familie D(...)

maakt een kwetsbare groep uit. Immers, de drie minderjarige kinderen van het echtpaar zijn in België geboren. Bovendien loopt de oudste dochter school in België.

Art. 8 EVRM stelt dat eenieder het recht heeft op een eerbiediging van het privé-en gezinsleven en dat een inmenging van enig openbaar gezag enkel toegestaan is al het bij wet voorzien en nodig is in een democratische samenleving in het belang van 's lands veiligheid, openbare orde, of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Art. 8 EVRM is direct toepasbaar in het Belgisch intern recht.

Art. 8 EVRM impliceert wel degelijk een verblijfsrecht (EHRM 21 JUNI 1988, Berrehab t. Nederland)

Bovendien kent het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vaste rechtspraak die stelt dat de beleidsruimte van Verdragsluitende Staten wordt overschreden wanneer Staten geen billijke afweging maken tussen het algemeen belang enerzijds, en het belang van het individu anderzijds. Of het nu een negatieve verplichting of een positieve verplichting betreft, in beide gevallen dienen de genomen maatregelen gerechtvaardigd en proportioneel te zijn. Rekening houdend met het feit enerzijds dat de vereiste van artikel 8 van het EVRM, net zoals die van de overige bepalingen van het EVRM, te maken heeft met waarborgen en niet met louter goede wil of met praktische regelingen (EHRM 5 februari 2002, Conka/België, § 83)

Bovendien primeert dit artikel op de bepalingen van de vreemdelingenwet (RvS 22 december 2010, nr. 210.029)!Het moge duidelijk zijn dat er in casu geen billijke belangenafweging heeft plaatsgevonden.

Immers, het dient benadrukt te worden dat de familie D(...)-B(...) een kwetsbare groep uitmaakt. De drie minderjarige kinderen van het echtpaar zijn in België geboren. Bovendien loopt de oudste dochter school in België.

Indien kinderen betrokken zijn, zoals in casu, besteedt het Hof ook bijzondere aandacht aan de omstandigheden van de betrokken minderjarige kinderen, met name hun leeftijd, hun situatie in het land van herkomst en de mate waarin zij afhankelijk zijn van hun ouders.

De oudste dochter van verzoekers loopt school in het kleuteronderwijs. Het belang van kleuteronderwijs kan niet genoeg benadrukt worden. Zo is "kleuterparticipatie" een belangrijk hoofdstuk in de acties en projecten van Kind en Gezin. Alle ouders worden gestimuleerd om hun kind tijdig in te schrijven en te laten deelnemen aan kleuteronderwijs. Door een eventuele verhuis naar het land van herkomst, zal zij een substantiële achterstand oplopen ten aanzien van haar klasgenootjes, wat tot het resultaat kan leiden van een verlies van een schooljaar.

De beslissing van de bestuurlijke overheid, zonder hierbij nog maar enige onderzoek aan de dag te leggen, om de kinderen botweg terug te sturen naar een land dat volledig vreemd is aan hen en hun professionele loopbaan te dwarsbomen, kan op geen enkele manier als proportioneel en evenredig worden bestempeld.

In situatie zoals deze, waarbij kinderen betrokken zijn, dienen de elementen van migratiecontrole te worden afgewogen tegen het belang van het kind. Het belang van het kind vormt een essentiële overweging die moet worden meegenomen in de belangenafweging vereist onder artikel 8 van het EVRM. Hoewel het belang van het kind op zich niet beslissend is, moet aan dit belang een zeker gewicht worden toegekend. Dit betekent dat nationale overheden, in beginsel, aandacht moeten besteden aan elementen met betrekking tot de uitvoerbaarheid, haalbaarheid, proportionaliteit van een verblijfs- en of verwijderingsmaatregel die wordt getroffen ten aanzien van een ouder en deze moeten beoordelen in het licht van het belang van de betrokken kinderen (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland, § 109; EHRM 24 juli 2014, Kaplan e.a./Noorwegen).

Bij een kwetsbare situatie zoals deze, waarbij verzoekster reeds lange tijd in België woont en een gezin met minderjarige kinderen heeft, is het bijzonder opmerkelijk dat er in de bestreden beslissing geen spoor van het recht op gezinsleven terug te vinden is. Het is aan de bestuurlijke overheid om een proportionele afweging te maken, wat uiteraard ook terug te vinden moet zijn de motivering.

Maar integendeel, er wordt door verwerende partij zelfs niet aangehaald dat er sprake is van een recht op gezins-en privéleven in hoofde van verzoeker. Aldus kan evenmin sprake zijn van een concrete afwegingen van belangen, daar er geen andere belangen dan de schending van de openbare orde worden vermeld!

Zoals reeds aangehaald in het feitelijk gedeelte, kent verzoeker een duurzame lokale verankering in België. Het moge duidelijk zijn dat de belangen van verzoekster, na zo'n lange tijd in België te wonen, in dit land liggen.

Het dient benadrukt te worden dat verzoekster een andere nationaliteit heeft dan haar echtgenoot. De heer D(...) F(...) is van Kosovaarse nationaliteit en mevrouw B(...) H(...) is van Servische nationaliteit. Zij hebben beiden aldus een ander land van herkomst.

Het feit dat verzoekers beiden een andere nationaliteit hebben, maakt bovendien een extra element uit om tot de onmogelijkheid om terug te keren naar het land van herkomst. Immers, bij geval van verwijdering naar hun respectievelijk landen van herkomst zal de gezinscel van betrokkenen volledig verbroken worden. Daar zij samen drie gemeenschappelijke kinderen hebben zal het gezin volledig uit elkaar spatten. De onmogelijke situatie waarbij verzoekers ieders naar een ander land zouden moeten terugkeren, waarbij de kinderen zullen worden gescheiden van één van de ouders, kan allerminst een proportionele afweging uitmaken. Wanneer de bestreden beslissing zal worden doorgevoerd, maakt absoluut een onmenselijke behandeling uit in de zin van artikel 3 EVRM. Het evenredigheidsbeginsel wordt in casu volledig met de voeten getreden.

Op geen enkele wijze is er een motivering in de bestreden beslissing noch enige referentie terug te vinden naar de verschillende nationaliteiten van verzoekster en haar partner, noch naar het recht op gezinsleven.

Er kan zelfs geen sprake zijn van een evenredige afweging, daar de bestreden beslissing gewoonweg geen enkele afweging heeft gekend. Immers, wordt er in de bestreden beslissing niet gerept over het gezinsleven van betrokkene. De bestreden beslissing miskent dan ook op flagrante wijze de motiveringsplicht.

De bestreden beslissing is aldus een schending van artikel 8 EVRM en is een onredelijke beslissing. De evenredigheidstoets werd niet correct toegepast.

Verwerende partij laat de bescherming van de openbare orde primeren op het privébelang van verzoeker. Bijgevolg zijn artikelen 2 en 3 van de Wet Motivering Bestuurshandelingen geschonden.

Dat de middelen bijgevolg ernstig zijn."

2.2 In haar nota met opmerkingen stelt de verwerende partij in dit verband het volgende:

"Verzoekende partij stelt dat uit de bestreden beslissing niet kan worden afgeleid dat er rekening werd gehouden met het privéleven van verzoeker gezien hieromtrent niet werd gemotiveerd op de bestreden beslissing, en dat de beslissing onredelijk is.

De bestreden beslissing zelf bevat het determinerend motief, namelijk artikel 7 eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet. Verzoekende partij toont immers niet aan dat de termijn van 90 op 180 dagen niet overschreden is.

Deze vermelding heeft weliswaar geen betrekking op het privéleven van verzoeker, maar dit wil niet zeggen dat overwegingen betreffende diens persoonlijke situatie niet werden meegenomen door de gemachtigde.

Verwerende partij heeft de eer te antwoorden dat verzoekster niet ernstig kan voorhouden als zou artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet geschonden zijn, nu "uit de thans bestreden beslissing (geenszins) blijkt (...) dat verwerende partij heeft rekening gehouden met het gezins- en familieleven van verzoekende partij in België". Dit artikel houdt geen motiveringsplicht in, waardoor verzoekende partij niet dienstig kan opwerpen dat er geen rekening werd gehouden met haar familieleven, nu dit niet uitdrukkelijk blijkt uit het bestreden bevel.

Verwerende partij laat gelden dat uit het administratief dossier (met name uit synthesesnota ter voorbereiding van het geheel van beslissingen genomen op 25.01.2016) wel degelijk blijkt dat de gemachtigde deze elementen heeft onderzocht. Het is dus niet omdat deze elementen niet expliciet op de bestreden beslissing zijn vermeld, dat ze niet in overweging werden genomen bij het nemen ervan.

Verwerende partij wijst er op dat de bestreden beslissing werd genomen op hetzelfde ogenblik als de beslissing over de aanvraag om machtiging tot verblijf in toepassing van artikel 9bis Vw en dat deze beslissingen samen werden betekend aan verzoeker. Zowel uit de beslissing over de aanvraag om machtiging als uit het administratief dossier zelf blijkt wel degelijk dat de gemachtigde is ingegaan op de elementen betreffende het familiaal en privéleven van verzoeker.

Verzoekende partij toont niet aan welk belang verzoekster zou hebben bij het feit dat deze overwegingen zouden worden hernomen op de bestreden beslissing.

Wat betreft de schending van artikel 8 van het EVRM, merkt de verwerende partij 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).

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).

De loutere opmerking dat artikel 8 EVRM directe werking heeft doet geen afbreuk aan het niet-absolute karakter ervan.

De bestreden beslissing werd genomen ten aanzien van alle leden van het gezin van verzoekende partij.

Inzake de aangevoerde schending van artikel 8 van het EVRM moet bovendien benadrukt te worden dat de bestreden beslissing verzoekende partij geen bestaand verblijfsrecht ontnemt, zodat niet kan worden geconcludeerd dat deze beslissing een inmenging vormt in haar privé- of gezinsleven die tot een nadere motivering zou nopen. Er dient daarnaast te worden aangegeven dat verzoekende partij haar contacten met eventuele familieleden en vrienden en kennissen in België kan onderhouden door gebruik te maken van de moderne communicatiemiddelen en dat de bestreden beslissing niet tot gevolg heeft dat het verzoekende partij onmogelijk wordt gemaakt om naar België terug te keren. Er wordt slechts vereist dat verzoekende partij de normale procedure hiertoe volgt, in deze omstandigheden kan er ook niet worden besloten dat er op verweerder een positieve, uit artikel 8 van het EVRM voortvloeiende, verplichting zou rusten om af te wijken van de bepalingen van de Vreemdelingenwet. 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 schending van art. 8 EVRM wordt dan ook niet aannemelijk gemaakt.”

2.3 Artikel 8 van het EVRM bepaalt als volgt:

“1. Eenieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

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

Hoewel deze bepaling geen uitdrukkelijk procedurele waarborgen bevat, stelt het EHRM dat de besluitvormingsprocedure die leidt tot maatregelen die een inmenging uitmaken op het privé- en gezinsleven billijk moet verlopen en op passende wijze rekening moet houden met de belangen die door artikel 8 van het EVRM worden gevrijwaard. Dit geldt zowel voor situaties waar sprake is van een weigering van voortgezet verblijf (EHRM 11 juli 2000, Ciliz/Nederland, § 66) als voor situaties waar sprake is van een eerste toelating tot verblijf (EHRM 10 juli 2014, Mugenzi/Frankrijk, § 46; EHRM 10 juli 2014, Tanda-Muzinga/Frankrijk, § 68).

Rekening houdend met het feit enerzijds dat de vereiste van artikel 8 van het EVRM, net zoals die van de overige bepalingen van het EVRM, te maken heeft met waarborgen en niet met louter goede wil of met praktische regelingen (EHRM 5 februari 2002, Conka v. België, § 83) en anderzijds, dat dit artikel primeert op de bepalingen van de vreemdelingenwet (cf. RvS 22 december 2010, nr. 210.029), is het de taak van het bestuur om, vooraleer te beslissen, een zo nauwkeurig mogelijk onderzoek te doen van de zaak en dit op grond van de omstandigheden waarvan het kennis heeft of zou moeten hebben.

Het waarborgen van een recht op eerbiediging van het gezins- en privéleven, veronderstelt het bestaan van een gezins- en privéleven dat beschermenswaardig is onder artikel 8 van het EVRM. Artikel 8 van het EVRM definieert niet de begrippen ‘gezinsleven’ en ‘privéleven’, die onafhankelijk van het nationale recht dienen te worden geïnterpreteerd. De beoordeling of er al dan niet sprake is van een gezinsleven en privéleven is een feitenkwestie (zie EHRM 12 juli 2001, nr. 25702/94, K. en T. v. Finland, § 150; EHRM 16 december 1992, Niemietz/Duitsland, § 29). Dit gezins- en/of privéleven dient te bestaan op het moment van de bestreden beslissing.

Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat bij de beoordeling van het door artikel 8 van het EVRM beschermde recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven een ‘fair balance’ moet worden gevonden tussen het belang van de vreemdeling en diens familie enerzijds en het algemeen belang van de Belgische samenleving bij het voeren van een migratiebeleid en het handhaven van de openbare orde anderzijds. Daarbij moeten alle voor die belangenafweging van betekenis zijnde feiten en omstandigheden kenbaar worden betrokken.

Indien minderjarige kinderen betrokken zijn, *quod in casu*, dan moet het hoger belang van deze kinderen in acht worden genomen. Hoewel het hoger belang van het kind op zichzelf niet beslissend is, moet hieraan wel een belangrijk gewicht worden toegekend in de belangenafweging vereist onder artikel 8 van het EVRM (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 109). Het beginsel van het belang van het kind omvat twee aspecten, met name (i) het behouden van eenheid van het gezin en (ii) het welzijn van het kind (EHRM 6 juli 2010, nr. 41615/07, Neulinger en Shuruk v. Zwitserland (GK), par. 135-136). Bijzondere aandacht moet bijgevolg worden besteed aan de ernst van de moeilijkheden waarmee de kinderen zouden worden geconfronteerd in het land van herkomst. Relevant voor dit onderzoek zijn de omstandigheden van de betrokken kinderen, zoals de leeftijd van de minderjarige kinderen, de omvang en hechtheid van hun culturele, sociale en linguïstische banden met zowel het land van herkomst als met de Verdragsluitende staat, de duur van hun verblijf in de Verdragsluitende staat en de mate waarin zij afhankelijk zijn van hun ouders. Een fundamentele kwestie is de vraag of de betrokken kinderen een leeftijd hebben waarop zij zich nog aan een andere omgeving kunnen aanpassen (EHRM 18 oktober 2006, nr. 46410/99, Üner v. Nederland, par. 58; ; EHRM 25 maart 2014, nr. 2607/08, Palanci v. Zwitserland, par. 51 en 62; EHRM 8 juli 2013, nr. 3910/13, M.P.E.V. v. Zwitserland, par. 57; EHRM 30 juli 2013, nr. 948/12, Berisha v. Zwitserland, par. 51 en 60).

Wat specifiek het bestreden bevel betreft, merkt de Raad op dat artikel 74/13 van de vreemdelingenwet 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 weerspiegelt in deze zin hogere rechtsnormen, zoals artikel 8 van het EVRM en artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag. Deze bepaling vormt 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: de Terugkeerrichtlijn) en dient richtlijnconform 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 en zij de betrokkene daarover moet horen (HvJ 11 december 2014, C-249/13, Boudjlida, par. 49). Artikel 74/13 van de vreemdelingenwet maakt derhalve een individueel onderzoek noodzakelijk zodat wordt gewaarborgd dat de verwerende partij, 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. Het is aan de verwerende partij om in het kader van dit onderzoek de vreemdeling vervolgens in de mogelijkheid te stellen om de nodige elementen en standpunten kenbaar te maken. De Raad wijst tevens op de toepasselijkheid van artikel 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie aangezien het bestreden bevel een tenuitvoerlegging is van de Terugkeerrichtlijn (HvJ 26 februari 2013, C-617/10, Akerberg, pt. 21).

De Raad oefent slechts een wettigheidscontrole uit op de bestreden beslissingen en kan niet, zonder zijn in artikel 39/2, § 2, van de vreemdelingenwet vastgelegde annulatiebevoegdheid te overschrijden en zonder zich in de plaats van het bestuur te stellen, oordelen op grond van motieven die niet in de aanvankelijk bestreden beslissing voorkomen. Enkel de wettigheid van de motieven uit de aanvankelijk bestreden beslissing mag worden beoordeeld (cf. RvS 11 december 2015, nr. 233.222).

Bijgevolg moet de Raad nagaan of het bestuur alle relevante feiten en omstandigheden in zijn belangenafweging heeft betrokken en, indien dit het geval is, of het bestuur zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat die afweging heeft geresulteerd in een 'fair balance' tussen enerzijds het belang van een vreemdeling bij de uitoefening van het gezins- en privéleven hier te lande en anderzijds het algemeen belang van de Belgische samenleving bij het voeren van een migratiebeleid en het handhaven van de openbare orde.

Deze maatstaf impliceert dat de Raad niet de bevoegdheid bezit om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. Bijgevolg kan de Raad niet zelf de belangenafweging doorvoeren (zie RvS 26 januari 2016, nr. 233.637; RvS 26 juni 2014, nr. 227.900).

De verzoekende partij betoogt dat haar familie een kwetsbare groep uitmaakt en haar drie minderjarige kinderen (D. H., D. M. en D. S.) in België zijn geboren. Ze geeft aan dat de oudste dochter schoolloopt in België en stelt dat de bestreden beslissing om de kinderen botweg terug te sturen naar een land dat volledig vreemd is aan hen en om hun professionele loopbaan te dwarsbomen op geen enkele manier als proportioneel en evenredig kan worden bestempeld. De verzoekende partij benadrukt dat het belang van het kind een essentiële overweging vormt die moet worden meegenomen in de belangenafweging vereist onder artikel 8 van het EVRM. Volgens de verzoekende partij is het bijzonder opmerkelijk dat er in de bestreden beslissing geen spoor van het recht op gezinsleven terug te vinden is en is er evenmin sprake van een concrete belangenafweging daar er geen andere belangen dan de schending van de openbare orde worden vermeld.

De Raad stelt vast dat zich in het administratief dossier een document genaamd "afschrift van nummer 2014:1714" van de stad Sint-Niklaas bevindt waarin wordt aangegeven dat de verzoekende partij de moeder is van het kind D(...) S(...) geboren op (...) in Sint-Niklaas. Er bevindt zich in het administratief dossier tevens een brief van de gemachtigde van 7 januari 2014 gericht aan de Commissaris-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen waarin wordt aangegeven dat het kind D(...), M(...) geboren op (...) te Sint-Niklaas de asielprocedure volgt van haar moeder/vader. Geheel ten overvloede wijst de Raad erop dat de drie minderjarige kinderen samen met de moeder worden vermeld op het bestreden bevel om het grondgebied te verlaten van 25 januari 2016. Zodoende blijkt dat de gemachtigde wel degelijk op de hoogte was van de gezinssituatie van de verzoekende partij en meer bepaald van de minderjarige kinderen, hetgeen ook niet wordt betwist door de verwerende partij in haar nota met opmerkingen.

Evenmin wordt betwist dat in de bestreden beslissing op geen enkele manier wordt verwezen naar het gezinsleven van de verzoekende partij, noch naar het hoger belang van haar minderjarige kinderen, zodat thans uit de bestreden beslissing niet blijkt dat de gemachtigde is overgegaan tot de belangenafweging die zij behoorde te doen in het licht van artikel 8 van het EVRM.

Uit de motieven van het bestreden bevel blijkt niet dat de gemachtigde bij het nemen van deze beslissing rekening heeft gehouden met het hoger belang van de kinderen van de verzoekende partij en het gezinsleven van de verzoekende partij, conform artikel 74/13 van de vreemdelingenwet. Er wordt in de motieven van het bestreden bevel geen blijk 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 de kinderen en het gezinsleven.

De Raad kan niet zelf tot deze beoordeling en belangenafweging overgaan zonder zich in de plaats van het bestuur te stellen (*cf.* RvS 26 juni 2014, nr. 227.900).

In haar nota met opmerkingen verwijst de verwerende partij naar het gegeven dat voorafgaand aan het nemen van het bevel een onderzoek werd gevoerd naar de genoemde elementen en verwijst daarbij in het bijzonder naar de synthesenota van 25 januari 2016 dat zich in het administratief dossier bevindt. Uit deze synthesenota blijkt dat een zekere belangenafweging en beoordeling in het kader van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet werd gemaakt betreffende het gezins- en familieleven, het hoger belang van het kind en de gezondheidstoestand van de verzoekende partij alvorens over te gaan tot het nemen van de onontvankelijkheidsbeslissing aangaande een ingediende aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9*bis* van de vreemdelingenwet en tot het nemen van een bevel om het grondgebied te verlaten met een termijn van 30 dagen. 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 en beoordeling niet uitdrukkelijk weer te geven in de bestreden beslissingen gaat de verwerende partij voorbij aan het feit dat zij gehouden is tot een uitdrukkelijke motivering en dit overeenkomstig de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en artikel 62 van de vreemdelingenwet. De belangrijkste bestaansreden 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 (*cf.* RvS 18 januari 2010, nr. 199.583).

Voor wat betreft het bestreden bevel in het bijzonder, is de verplichting om een administratieve rechtshandeling te motiveren overigens een wezenlijke vormvereiste, die met name is bedoeld om het recht van de door de handeling benadeelde persoon op een doeltreffende voorziening in rechte te waarborgen (HvJ 20 september 2011, T-461/08, *Evropaiki Dynamiki*, 122), en vormt het uitvloeisel van het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging (HvJ 11 december 2014, C-249/13, *Boudjlida*, pt 38).

Uit voormeld stuk blijkt dat bij het nemen van de verwijderingsmaatregel van 25 januari 2016 rekening werd gehouden met het hoger belang van het kind in het kader van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet maar deze beoordeling werd echter niet als dusdanig opgenomen in het thans bestreden bevel zodat de verzoekende partij niet kon weten of de gemachtigde al dan niet rekening heeft gehouden met het hoger belang van de minderjarige kinderen.

De belangrijkste bestaansreden van de formele motiveringplicht wordt derhalve met de voeten getreden nu de verzoekende partij uit de bestreden beslissing zelf niet kan opmaken of er ter dege rekening werd gehouden met het hoger belang van de minderjarige 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 (*cf.* RvS 25 januari 2010, nr. 199.865, *DURIEUX*) en ontnemt de verzoekende partijen de mogelijkheid om hun beroepsrecht terzake naar behoren uit te oefenen (HvJ 11 december 2014, C-249/13, *Boudjlida*, ptn 38 en 59).

Waar de verwerende partij in haar nota met opmerkingen aangeeft dat uit de beslissing van 25 januari 2016 over de aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9*bis* van de vreemdelingenwet wel degelijk blijkt dat de gemachtigde is ingegaan op de elementen betreffende het familiaal leven van

de verzoekende partij, stelt de Raad vast dat hoewel de drie minderjarige kinderen van de verzoekende partij worden vermeld op de onontvankelijkheidsbeslissing van 25 januari 2016 aangaande de aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9bis van de vreemdelingenwet, in deze beslissing geenszins het hoger belang van de kinderen wordt besproken, doch enkel een motivering wordt verschaft aangaande de scholing van de echtgenoot van de verzoekende partij (namelijk de vader van de kinderen) en het gegeven dat deze de verzoekende partij hier heeft leren kennen. De Raad wijst er in dit verband bovendien op dat de drie minderjarige kinderen zijn geboren na de aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9bis van de vreemdelingenwet van 30 juli 2012 zodoende dat deze in voormelde aanvraag ook niet konden worden aangehaald waardoor de verwerende partij dan ook niet dienstig kan voorhouden dat zij wel rekening gehouden zou hebben met (de belangen van) de minderjarige kinderen in de onontvankelijkheidsbeslissing van 25 januari 2016 over de aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9bis van de vreemdelingenwet zoals ingediend op 30 juli 2012.

Waar de verwerende partij ingaat op een vermeende schending van artikel 8 van het EVRM wordt erop gewezen dat dit voornamelijk theoretisch betoog, dat bovendien een *a posteriori* motivering betreft die niet vermogt een onregelmatigheid in de motivering van de bestreden beslissing te herstellen, echter geen afbreuk kan doen aan de motiveringsverplichting van de gemachtigde bij het nemen van de bestreden beslissing. Bovendien stelt de Raad vast dat de verwerende partij ook hier voorbij lijkt te gaan aan het gegeven dat de verzoekende partij drie minderjarige kinderen heeft. Gezien dat de verwerende partij wel degelijk op de hoogte was van de minderjarige kinderen van de verzoekende partij vóór het nemen van de bestreden beslissing, diende er in de bestreden beslissing gemotiveerd te worden inzake dit gezinsleven van de verzoekende partij.

Gelet op het voorgaande kan aldus worden aangenomen dat de bestreden beslissing niet afdoende is gemotiveerd en dat niet wordt tegemoet gekomen aan de doelstelling van de formele motiveringsverplichting. Een schending van de formele motiveringsplicht in het licht van artikel 8 van het EVRM en van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet lijkt aannemelijk gemaakt te worden.

2.4 Het enig middel is in de aangegeven mate gegrond. Deze vaststelling leidt tot de vernietiging van de bestreden beslissing. De overige aangevoerde schendingen behoeven geen verder onderzoek.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Enig artikel

De beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 25 januari 2016 tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten wordt vernietigd.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op zestien februari tweeduizend zeventien door:

mevr. J. CAMU, kamervoorzitter,

mevr. C. VAN DEN WYNGAERT, griffier.

De griffier, De voorzitter,

C. VAN DEN WYNGAERT

J. CAMU