



Arrest

nr. 185 451 van 18 april 2017
in de zaak RvV X / IX

In zake: X

Gekozen woonplaats: X

tegen:

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

DE EERSTE VOORZITTER VAN DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van onbepaalde nationaliteit te zijn, op 19 februari 2016 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging en de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 1 februari 2016 tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering (bijlage 13septies).

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 september 2016 met toepassing van artikel 39/73 van voormelde wet.

Gelet op het verzoek tot horen van 3 oktober 2016.

Gelet op de beschikking van 13 februari 2017, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 8 maart 2017.

Gehoord het verslag van eerste voorzitter C. BAMPS.

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. HAEGEMAN, die *loco* advocaat M. WARLOP verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat C. DECORDIER, die verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

Op 1 februari 2016 neemt de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging (hierna: de gemachtigde) een beslissing tot afgifte een bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering (bijlage 13septies). Dit is de bestreden beslissing.

2. Over de rechtspleging

Aan de verzoekende partij werd het voordeel van de kosteloze rechtspleging toegekend, zodat niet kan ingegaan worden op de vraag van de verwerende partij om de kosten van het geding ten laste te leggen van de verzoekende partij.

3. Over de ontvankelijkheid

Ambtshalve stelt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad) de onontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring vast, daar waar het gericht is tegen het onderdeel van de bestreden bijlage 13septies dat de vasthouding betreft.

3.1 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) werd aan de partijen de grond meegedeeld waarop de waarnemend voorzitter zich steunt om te oordelen dat het beroep door middel van een louter schriftelijke procedure kan verworpen worden. *In casu* wordt met betrekking tot het onderdeel van de bestreden bijlage 13septies dat de vasthouding betreft het volgende gesteld:

“Aangaande het onderdeel van de bijlage 13septies dat de vasthouding betreft, dient erop gewezen te worden dat de Raad hieromtrent geen rechtsmacht heeft, zodat het beroep wat dit betreft onontvankelijk voorkomt.”

3.2 Door een verzoek tot horen in te dienen, maakt de verwerende partij kenbaar dat zij het niet eens is met deze in de beschikking opgenomen grond (zij wordt overeenkomstig artikel 39/73, § 3 van de vreemdelingenwet immers geacht met deze grond in te stemmen wanneer zij niet vraagt gehoord te worden). 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, 26) en dit verzoek zodoende niet mag beschouwd worden 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 gewezen wordt, hetzij andere, alsnog recht te zetten. Ook het betoog ter terechtzitting vermag dit niet te doen.

3.3 Op 3 oktober 2016 dient de verwerende partij een verzoek tot horen in, waarin zij niet slechts vraagt gehoord te worden, maar tevens de redenen uiteenzet waarom zij wenst gehoord te worden. Gelet op het bovenstaande kan met deze schriftelijk aangevoerde redenen echter geen rekening gehouden worden. Ter terechtzitting van 8 maart 2017, alwaar zij uitdrukkelijk uitgenodigd wordt te reageren op de in de beschikking van 15 september 2016 opgenomen grond, stelt de verwerende partij dat de beschikking er verkeerdelijk van uitgaat dat artikel 8 van het EVRM een formele motiveringsplicht zou omvatten. Ze stelt dat uit de bestreden beslissing blijkt dat er een afweging is gebeurd en wijst er op dat de verzoekende partij veroordeeld is wegens mensenhandel, een ernstige schending van de openbare orde, die afgewogen is ten aanzien van het gezin, namelijk de echtgenote en de kinderen en dat een schending van artikel 8 is onderzocht, net zoals het belang van de kinderen. De verwerende partij geeft aan dat de status van het kind de status van de moeder volgt, die een nieuwe asielaanvraag heeft ingediend voor haarzelf en haar kind. De vraag naar afhankelijkheid dient aldus onderzocht te worden in functie van de moeder vandaar dat dit niet te sprake komt in de bestreden beslissing waar het gaat om het verblijfsrecht van de vader.

De verzoekende partij stelt zich aan te sluiten bij de beschikking waaruit duidelijk blijkt dat de verwerende partij onvoldoende rekening gehouden heeft met haar persoonlijke situatie namelijk een Palestijn met minderjarige kinderen. Ze stelt dat de opsplitsing vader/moeder toch wel kunstmatig is, dat het gaat om een gevangenisstraf met uitstel gedurende vijf jaar en dat er ook sprake kan zijn van een gezinsleven in de gevangenis en zij dus terecht de schending van artikel 8 heeft aangevoerd.

3.4 Er dient te worden vastgesteld dat de verwerende partij niet ingaat op het onderdeel van voormelde beschikking van 15 september 2016 dat betrekking heeft op het onderdeel van de bestreden bijlage 13septies dat de vasthouding betreft. De verzoekende partij – die niet heeft gevraagd te worden gehoord – stelt zich aan te sluiten bij de beschikking en gaat hoe dan ook niet in op het onderdeel van voormelde beschikking van 15 september 2016 dat betrekking heeft op het onderdeel van de bestreden bijlage 13septies dat de vasthouding betreft.

Met verwijzing naar de beschikking van 15 september 2016 is het beroep, voor zover het gericht is tegen het onderdeel van de bestreden bijlage 13septies dat de vasthouding betreft, dan ook onontvankelijk.

4. Onderzoek van het beroep

4.1 In de beschikking van 15 september 2016, genomen overeenkomstig artikel 39/73, § 2 van de vreemdelingenwet, wordt met betrekking tot de overige onderdelen van de bestreden beslissing gesteld dat het beroep kan ingewilligd worden op de volgende grond:

“De bestreden beslissing betreft een bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering (bijlage 13septies).

Met betrekking tot de door de verwerende partij opgeworpen exceptie van onontvankelijkheid omwille van de gebonden bevoegdheid tot het nemen van het bevel om het grondgebied te verlaten die volgens de verwerende partij voortvloeit uit artikel 7, eerste lid, 1° van de vreemdelingenwet, dient erop gewezen te worden dat de overheid wordt gezegd over een gebonden bevoegdheid te beschikken wanneer er in hoofde van de overheid een juridische verplichting bestaat die voorspuit uit een norm van het objectief recht die de overheid geen keuze laat om over die toepassing van die norm in het concrete geval te beslissen, terwijl het gebruik van het woord “moet” in voormeld artikel 7, eerste lid niet uitsluit dat het bestuur bij het toepassen van deze bepaling nog een beoordeling maakt. In de eerste plaats dient te worden vastgesteld dat artikel 7, eerste lid van de vreemdelingenwet zelf uitdrukkelijk bepaalt dat een bevel kan of moet gegeven worden “(o)nverminderd meer voordelige bepalingen vervat in een internationaal verdrag”, zodat de gemachtigde zich er, alvorens het bevel te geven, hoe dan ook van dient te vergewissen of er geen verdragsbepalingen (waaronder het EVRM) zijn die de afgifte van het bevel verhinderen. De verzoekende partij beroept zich in haar verzoekschrift onder meer op de schending van artikel 8 van het EVRM en op artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. De Raad merkt op dat de verwerende partij in haar nota met opmerkingen ook zelf verwijst naar de invloed van een eventuele schending van hogere rechtsnormen. Voor zover deze verplichting op zich niet reeds zou volstaan om een gebonden bevoegdheid uit te sluiten, wordt nog opgemerkt dat het bevel om het grondgebied te verlaten overeenkomstig artikel 7, eerste lid van de vreemdelingenwet juncto artikel 74/14 van de vreemdelingenwet steeds een termijn dient –te bepalen. De beslissing aangaande de termijn om het grondgebied (vrijwillig) te verlaten kan dan ook niet los worden gezien en afzonderlijk bestaan van de beslissing tot verwijdering op zich, en omgekeerd. Uit voormeld artikel 74/14 blijkt dat de gemachtigde bij het bepalen van de termijn over meerdere appreciatiemogelijkheden beschikt, zodat niet kan aangenomen worden dat sprake is van een volledige gebonden bevoegdheid waarbij de overheid helemaal niets meer hoeft te appreciëren. Daarnaast dient te worden benadrukt dat de gemachtigde, overeenkomstig artikel 74/13 van de vreemdelingenwet, bij het nemen van de beslissing tot verwijdering rekening dient te houden met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land. Noch artikel 74/13 zelf noch enige andere bepaling uit de vreemdelingenwet laat toe te besluiten dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de in artikel 7, eerste lid van de vreemdelingenwet opgesomde gevallen waarin een bevel “moet” worden afgegeven en de in voormeld artikel 7, eerste lid opgesomde gevallen waarin een bevel “kan” worden afgegeven. Er kan dan ook niet worden volgehouden dat het de gemachtigde aan elke beoordelingsmarge ontbreekt bij het nemen van de verwijderingsmaatregel. Ten slotte dient erop gewezen te worden dat de Raad in het kader van de materiële motiveringsplicht steeds kan nagaan of de motieven van het bestreden bevel steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld (cf. RvS 13 september 2010, nr. 207.325). Zodoende heeft de verzoekende partij er hoe dan ook een belang bij de feitelijke vaststellingen of de juistheid van de conclusies te betwisten die tot het bestreden bevel aanleiding hebben gegeven, ook al legt artikel 7, eerste lid van de vreemdelingenwet in bepaalde gevallen (binnen de voormelde grenzen) een verplichting op tot het afgeven van een bevel om het grondgebied te verlaten, en ook al moet bij de beoordeling van de middelen in voorkomend geval rekening gehouden worden met het feit dat van zulke verplichting sprake is (cf. RvS 29 mei 2009, nr. 193.654). Een dergelijk onderzoek raakt de grond van de zaak.

Uit het bovenstaande blijkt dat de totstandkoming van een bevel om het grondgebied te verlaten steeds een concrete beoordeling en appreciatie vergt, zodat zulke beslissing dan ook niet wordt genomen in de uitoefening van een gebonden bevoegdheid, maar wezenlijk discretionair is (cf. RvS 2 april 2009 (AV), nr. 192.198). Mutatis mutandis kan er ook niet automatisch van worden uitgegaan dat het door de

verwerende partij aangehaalde eerdere (gewone) bevel om het grondgebied te verlaten zonder meer uitvoerbaar zal zijn. Gelet op het bovenstaande dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij wel degelijk over het rehtens vereiste belang lijkt te beschikken. De exceptie van de verwerende partij lijkt dan ook te moeten worden verworpen.

In de mate dat de bestreden bijlage 13septies niet slechts een bevel om het grondgebied te verlaten bevat, maar tevens een beslissing tot terugleiding naar de grens, gesteund op artikel 7, tweede lid van de vreemdelingenwet, dient te worden vastgesteld dat de verwerende partij niet aanvoert dat wat de terugleiding betreft sprake zou zijn van een gebonden bevoegdheid. De Raad merkt hierbij op dat de bewoordingen van voormeld artikel 7, tweede lid, gelet op het gebruik van het woord "kan", hoe dan ook duiden op een discretionaire bevoegdheid.

In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 8 van het EVRM. Zij meent dat geen rekening werd gehouden met alle specifieke elementen in het kader van haar privé- en gezinssituatie, dat niet werd overgegaan tot een belangenafweging, dat geen duidelijke, objectieve en volledige beoordeling werd gemaakt en geen rekening werd gehouden met het geheel van pertinente elementen van de zaak. De verzoekende partij verwijst hierbij naar rechtspraak van het EHRM met betrekking tot de te hanteren criteria bij de uitwijzing van een persoon omwille van het hebben begaan van strafbare feiten om na te gaan of de inmenging in het gezinsleven noodzakelijk is in een democratische samenleving. Zij stelt de gemachtigde het beginsel dat er proportionaliteit moet zijn tussen haar privé- en gezinsleven en de belangen van de samenleving niet heeft gerespecteerd en dat geenszins rekening werd gehouden met de belangen van de kinderen. De verzoekende partij wijst er hierbij op dat één van haar kinderen aan alle voorwaarden voldoet om de Belgische nationaliteit te verkrijgen.

In casu blijkt uit het verzoekschrift en het administratief dossier dat de verzoekende partij een echtgenote en twee minderjarige kinderen in België heeft, hetgeen ook door de verwerende partij in haar nota met opmerkingen niet betwist wordt. Tevens dient te worden vastgesteld dat in de bestreden beslissing wel degelijk wordt erkend dat de verzoekende partij een gezin en familie op het Belgisch grondgebied heeft. Vervolgens erkent de gemachtigde ook uitdrukkelijk dat het verplicht verlaten van het grondgebied een inmenging vormt in het uitoefenen van het recht op de eerbiediging van dit gezins- en privéleven. Hij meent echter dat de bescherming van de orde en het voorkomen van de strafbare feiten deze inmenging rechtvaardigen, waarna hij aangeeft aan welke feiten de verzoekende partij zich schuldig heeft gemaakt (met name mensenhandel) en op welke manier zij veroordeeld werd, dat er gezien het kwaadaardig karakter van de betrokken feiten een ernstig en actueel gevaar voor een nieuwe schending van de openbare orde bestaat, dat de maatschappij het recht heeft zich te beschermen tegen betrokkene die geen enkele vorm van respect heeft voor haar wetten en regels, dat de openbare orde dient te worden beschermd en dat een verwijdering uit het Rijk hiertoe een gepaste maatregel vormt. De gemachtigde besluit dat het gevaar dat de verzoekende partij vormt voor de openbare orde bijgevolg superieur is aan de privébelangen die zij kan doen gelden.

Uit de door de gemachtigde doorgevoerde afweging blijkt dat hij wel degelijk met een aantal van de door de verzoekende partij aangehaalde Üner-criteria van het EHRM heeft rekening gehouden, zoals de aard en ernst van de strafrechtelijke inbreuken, maar dat geenszins blijkt dat rekening werd gehouden met de criteria die verband houden met de minderjarige kinderen, zoals het belang en welzijn van de kinderen, in het bijzonder de ernst van de moeilijkheden die de kinderen riskeren in het land waarheen ze worden uitgewezen. Zodoende lijkt de verzoekende partij gevolgd te kunnen worden waar zij stelt dat met de belangen van de kinderen (nog daargelaten de vraag of één van de kinderen daadwerkelijk aan alle voorwaarden voldoet om de Belgische nationaliteit te verkrijgen) geenszins rekening werd gehouden. Een gebrek aan afdoende belangenafweging in het licht van artikel 8 van het EVRM wordt dan ook aannemelijk gemaakt.

In haar nota met opmerkingen betwist de verwerende partij vooreerst dat sprake zou zijn van een inmenging. Zij gaat hiermee echter voorbij aan het gegeven dat de gemachtigde in de bestreden beslissing uitdrukkelijk het bestaan van een inmenging heeft erkend. Vervolgens voert de verwerende partij een uitgebreid betoog in het licht van artikel 8 van het EVRM, maar zij gaat hierin in het geheel niet in op het specifieke betoog van de verzoekende partij aangaande de belangen van de (minderjarige) kinderen, zodat geen afbreuk wordt gedaan aan de vaststellingen van de Raad in dit verband.

Het tweede middel is in de aangegeven mate gegrond, zodat op de andere onderdelen ervan en op het eerste middel niet verder dient te worden ingegaan. De vernietiging van het bevel om het grondgebied te verlaten met terugleiding naar de grens lijkt zich dan ook op te dringen."

4.2 Ter terechtzitting van 8 maart 2017, alwaar de verwerende partij uitdrukkelijk uitgenodigd wordt te reageren op de in de beschikking van 15 september 2016 opgenomen grond, voert zij het in punt 3.1 weergegeven betoog.

4.3 Met betrekking tot het betoog van de verwerende partij ter terechtzitting dat de beschikking er verkeerdelijk van uitgaat dat artikel 8 van het EVRM een formele motiveringsplicht zou omvatten, wijst de Raad er in de eerste plaats op dat in de beschikking van 15 september 2016 geenszins wordt gesteld dat artikel 8 van het EVRM een formele motiveringsplicht inhoudt. Daargelaten de vraag of dit al dan niet het geval is, wordt in voormelde beschikking een gebrek aan afdoende belangenafweging vastgesteld in het licht van artikel 8 van het EVRM daar uit de doorgevoerde belangenafweging geenszins blijkt dat rekening werd gehouden met de criteria die verband houden met de minderjarige kinderen. Waar de verwerende partij – zoals in haar nota met opmerkingen – stelt dat uit de bestreden beslissing blijkt dat er wel een afweging is gebeurd, stelt de Raad vast dat op dit betoog echter reeds werd ingegaan in de beschikking van 15 september 2016. Door louter elementen uit haar nota met opmerkingen te herhalen, brengt de verwerende partij geen elementen aan die de Raad ertoe zouden nopen anders te oordelen dan hetgeen reeds in voormelde beschikking werd aangegeven.

4.4 Waar de verwerende partij stelt dat de status van het kind de status van de moeder volgt, die een nieuwe asielaanvraag heeft ingediend voor haarzelf en haar kind en dat de vraag naar afhankelijkheid aldus dient onderzocht te worden in functie van de moeder en vandaar dat dit niet te sprake komt in de bestreden beslissing waar het gaat om het verblijfsrecht van de vader, stelt de Raad vast dat deze overwegingen niet zijn opgenomen in de bestreden beslissing en dit betoog zodoende een *a posteriori* motivering uitmaakt, die aldus niet vermogt de vastgestelde onwettigheid van de bestreden beslissing te herstellen. Bovendien wijst de Raad erop dat in de bestreden beslissing uitdrukkelijk wordt erkend dat de verzoekende partij een gezin en familie heeft op het Belgisch grondgebied en dat uitdrukkelijk wordt gesteld dat het niet wordt betwist dat de verzoekende partij zich kan beroepen op een gezins- en privéleven in de zin van artikel 8 van het EVRM. Zodoende kan de verwerende partij met bovenstaande uiteenzetting ter terechtzitting dan ook geen afbreuk doen aan de beschikking van 15 september 2016.

Met verwijzing naar het bovenstaande en de in voornoemde beschikking van 15 september 2016 opgenomen grond dient te worden vastgesteld dat het tweede middel in de aangegeven mate gegrond is.

4.5 Het tweede middel is in de aangegeven mate gegrond. Deze vaststelling leidt tot de vernietiging van het bevel om het grondgebied te verlaten met terugleiding naar de grens. De overige aangevoerde schendingen in het kader van het tweede en eerste middel behoeven geen verder onderzoek.

5. Korte debatten

Het beroep is onontvankelijk met betrekking tot de beslissing tot vasthouding met het oog op verwijdering, vervat in de bestreden beslissing, en de verzoekende partij heeft een gegrond middel aangevoerd dat leidt tot de nietigverklaring van de overige onderdelen van de bestreden beslissing. Aangezien er grond is om toepassing te maken van artikel 36 van het koninklijk besluit van 21 december 2006 houdende de rechtspleging voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, wordt de vordering tot schorsing, als *accessorium* van het beroep tot nietigverklaring, met betrekking tot de beslissing tot vasthouding met het oog op verwijdering samen met het beroep tot nietigverklaring verworpen, en is deze vordering voor het overige zonder voorwerp. Er dient derhalve geen uitspraak gedaan te worden over de exceptie van onontvankelijkheid van de vordering tot schorsing, opgeworpen door de verwerende partij.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

De beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 1 februari 2016 houdende een bevel om het grondgebied te verlaten met terugleiding naar de grens wordt vernietigd.

Artikel 2

De vordering tot schorsing is in deze mate zonder voorwerp.

Artikel 3

Het beroep tot nietigverklaring en de vordering tot schorsing worden verworpen voor zover deze betrekking hebben op het onderdeel van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 1 februari 2016 tot vasthouding met het oog op verwijdering.

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

mevr. C. BAMPS,

de eerste voorzitter,

dhr. M. DENYS,

griffier.

De griffier,

De eerste voorzitter,

M. DENYS

C. BAMPS