



Arrest

nr. 188 751 van 22 juni 2017
in de zaak RvV X / VIII

In zake: X

Gekozen woonplaats: X

tegen:

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

DE VOORZITTER VAN DE VIIIste KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X en X, die verklaren van Russische nationaliteit te zijn, op 7 februari 2017 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 5 januari 2017 waarbij een aanvraag om machtiging tot verblijf op basis van artikel 9bis van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen onontvankelijk wordt verklaard.

Gezien titel Ibis, 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 tot vaststelling van het rolrecht van 9 februari 2017 met referentnummer X.

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 11 april 2017, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 15 mei 2017.

Gehoord het verslag van kamervoorzitter M. EKKA.

Gehoord de opmerkingen van advocaat H. VAN NIJVERSEEL, die loco advocaat B. VRIJENS verschijnt voor de verzoekende partijen en van advocaat L. BRACKE, die loco advocaat E. MATTERNE verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1. Verzoekers dienden op 12 januari 2016 een aanvraag om verblijfsmachtiging in op grond van artikel 9bis 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).

1.2. Op 5 januari 2017 verklaart de verwerende partij de in punt 1.1. bedoelde aanvraag onontvankelijk. Dit vormt de bestreden beslissing. Zij is gemotiveerd als volgt:

“Onder verwijzing naar de aanvraag om machtiging tot verblijf die op datum van 12.01.2016 werd ingediend door :

(...)

nationaliteit: Russische Federatie

geboren te USSR op 22.11.1953

adres: [...]

in toepassing van artikel 9bis van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, ingevoegd bij artikel 4 van de wet van 15 september 2006 tot wijziging van de wet van 15 december 1980, deel ik u mee dat dit verzoek onontvankelijk is.

Reden:

De aangehaalde elementen vormen geen buitengewone omstandigheid waarom de betrokkene de aanvraag om machtiging tot verblijf niet kan indienen via de gewone procedure namelijk via de diplomatieke of consulaire post bevoegd voor de verblijfplaats of de plaats van oponthoud in het buitenland.

Het gegeven dat betrokkenen hun dochter en kleinkinderen de Belgische nationaliteit hebben, vormt geen buitengewone omstandigheid.

Betrokkenen beroepen zich eveneens op de gezondheidstoestand van hun dochter mevrouw [O.G.]. Ze voegen hiertoe een dokterattest voor dd. 16.11.2015 Doch kan de gezondheidstoestand van mevrouw [O.G.] geen buitengewone omstandigheid uitmaken. Uit de voorgelegde medische attesten kan niet worden uitgemaakt of mevrouw [O.G.] tot op heden medische zorgen nodig heeft. Ook beweren betrokkenen dat zij de zorg op zich hebben genomen van mevrouw [O.G.]. Echter, dit element kan niet aanzien worden als een buitengewone omstandigheid aangezien betrokkenen geen medisch attest voorleggen waaruit blijkt dat mevrouw [O.G.] mantelzorg zou nodig hebben. Indien dit echter toch zou blijken, kan mevrouw [O.G.] een beroep doen op diverse diensten die thuisverpleging aanbieden en dit in afwachting dat betrokkenen eventueel kunnen terugkeren naar België.

Wat de vermeende schending van art. 3 van het EVRM betreft dient opgemerkt te worden dat de bescherming verleend via art. 3 van het EVRM slechts in buitengewone gevallen toepassing zal vinden. Hiervoor dient betrokkene zijn beweringen te staven met een begin van bewijs terwijl in casu het enkel bij een bewering blijft en dit niet kan volstaan om een inbreuk uit te maken op het vernoemde artikel 3. De algemene bewering wordt niet toegepast op de eigen situatie. De loutere vermelding van het artikel 3 EVRM volstaat dus niet om als buitengewone omstandigheid aanvaard te worden. Ook het aangehaalde art. 1 van het Verdrag tegen foltering en andere, wrede onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing, aangenomen te New York op 10.12.1984, kan niet weerhouden worden aangezien hier dezelfde motivering geldt als voor art. 3 van het EVRM. Wat de vermeende schending van art. 8 EVRM betreft kan worden gesteld dat de terugkeer naar het land van herkomst om aldaar een machtiging aan te vragen niet in disproportionaliteit staat ten aanzien van het recht op een gezins- of privéleven. De verplichting om terug te keren naar het land van herkomst betekent geen breuk van de familiale relaties maar enkel een verwijdering van het grondgebied wat geen ernstig en moeilijk te herstellen nadeel met zich meebrengt. Gewone sociale relaties vallen niet onder de bescherming van art. 8 (Raad van State, arrest nr. 135.236 van 22.09.2004).

Betrokkene kan zich niet dienstig beroepen op Richtlijn 2004/38/EG. Artikel 3.1 van deze Richtlijn bepaalt wie de begunstigen zijn van de richtlijn: “Deze richtlijn is van toepassing ten aanzien van iedere burger van de Unie die zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, en diens familieleden als gedefinieerd in artikel 2, punt 2), die hem begeleiden of zich bij hem voegen.”

Noch betrokkene, noch de Belgische dochter is een burger van de Unie die zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit. Het grensoverschrijdend aspect dat door de richtlijn wordt vereist ontbreekt in casu, zodat het Europees gemeenschapsrecht niet van toepassing is. Aangezien betrokkene geen begunstigde is van de richtlijn kan hij zich niet dienstig beroepen op de bepalingen van deze richtlijn. Bovendien stipuleert artikel 3 van de richtlijn dat het verblijf en de toegang dient vergemakkelijkt te worden overeenkomstig het nationaal recht. Dit impliceert dat voor wat betreft de toegang en het verblijf de nationale reglementering dienaangaande dient gerespecteerd te worden”.

2. Onderzoek van het beroep

2.1. In een tweede middel werpen verzoekers onder meer de schending op van artikel 8 van het EVRM.

Verzoekers betogen als volgt:

“Dat de bestreden beslissing aanhaalt dat een terugkeer naar het land van herkomst om aldaar een machtiging aan te vragen niet in disproportionaliteit staat ten aanzien van het recht op een gezins- of privéleven. De verplichting om terug te keren naar het land van herkomst betekent geen breuk van de familiale relaties maar enkel een verwijdering van het grondgebied wat geen ernstig en moeilijk te herstellen nadeel met zich meebrengt (Raad van State, 22 september 2014, nr. 135.236).

In casu brengt een terugkeer van verzoekers naar het land van herkomst wel degelijk een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel met zich mee, nu enerzijds zij hierdoor voor een ongekeerde duur in de onmogelijkheid zijn om voor hun dochter en kleinkinderen te zorgen en anderzijds het niet is uitgesloten dat verzoekers dochter alsnog overlijdt wanneer verzoekers zich in het land van herkomst bevinden.

Dat bovendien conform artikel 8 EVRM eenieder recht heeft op eerbiediging van zijn privé leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.

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.

Het recht op een gezins- en privéleven, dat geput kan worden uit artikel 8 van het EVRM sluit niet uit dat de overheid, gelet op het tweede lid van artikel 8 van het EVRM, zich in het gezins- en privéleven mengt op voorwaarde dat dit gebeurt via een maatregel die voorzien is bij de wet, dat de inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving en dat een legitiem doel wordt nagestreefd.

Dat volgens artikel 8 EVRM de bestreden maatregel noodzakelijk is op voorwaarde dat deze pertinent en proportioneel is.

Dat de bestreden beslissing echter niet in proportie staat tot het gezinsleven van verzoekers en hun dochter en kleinkinderen die de dagelijkse steun en verzorging van verzoekers broodnodig hebben.

Aangezien de bestreden beslissing het resultaat is van een kennelijk onredelijk handelen, waarbij het voordeel dat verweerder uit de bestreden beslissing put, buiten elke redelijkheid staat tot het nadeel dat verzoekers (en hierdoor ook hun Belgisch kind en kleinkinderen) erdoor ondergaan, is deze onrechtmatig en houdt deze een schending in van artikel 8 EVRM.

Verweerder heeft dan ook geen rekening gehouden met de specifieke kenmerken van verzoeksters situatie, met hun familiale situatie, alsook het feit dat alleen verzoekers hun kind en kleinkinderen kunnen verzorgen, nu de echtgenoot, respectievelijk vader overleden is en diens ouders zelf niet meer in staat zijn voor hun schoondochter/kleinkinderen te zorgen.

In de bestreden beslissing worden immers de belangen van verzoekers en hun kind en kleinkinderen geenszins afgewogen tegenover het belang van de Belgische samenleving.

Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens volgt nochtans dat bij de belangenafweging in het kader van het door artikel 8 van het EVRM beschermde recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven een "fair balance" (billijke afweging) 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.

Hoewel artikel 8 van het EVRM geen uitdrukkelijke 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 van een weigering van voortgezet verblijf (EHRM 11 juli 2000, nr. 29192/95, Ciliz v. Nederland, par. 66) als voor situaties van een eerste toelating tot verblijf (EHRM 10 juli 2014, nr. 52701/09, Mungenzi v. Frankrijk, par. 46; EHRM 10 juli 2014, nr. 2260/10, Tanda-Muzinga v. Frankrijk, par. 68).

Dat uit de bestreden beslissing geenszins blijkt dat alle feiten en omstandigheden door verweerder in overweging werden genomen.

Bovendien houdt de bestreden beslissing geen enkele proportionaliteitstoets in het licht van artikel 8 EVRM in en laat de motivering van de bestreden beslissing nergens toe vast te stellen of aan de proportionaliteitstoets werd voldaan, zodat er in casu sprake is van een schending van artikel 8 EVRM.

2.2.2.

Dat er immers geen twijfel kan bestaan omtrent het feit dat er in casu sprake is van het bestaan van een gezins- en privéleven, zowel op dit ogenblik, als op het ogenblik van het nemen van de bestreden beslissing.

Artikel 8 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 is in wezen een feitenkwestie die afhankelijk is van de aanwezigheid van effectief beleefde hechte persoonlijke banden (zie EHRM 12 juli 2001, nr. 25702/94, K. en T. v. Finland, § 150).

Aangezien verzoekers de ouders zijn van een Belgisch kind en kleinkinderen, en zij zorgen voor hun doodzieke dochter en kleinkinderen in deze moeilijke tijden, is er zonder twijfel sprake van een hechte relatie en sprake van een gezinsleven.

Bovendien was verweerder op de hoogte van het gezinsleven van verzoekers bij het nemen van de bestreden beslissing en werd dit gezinsleven niet betwist, noch in het administratief dossier, noch in de bestreden beslissing zelf.

Het bestaan van een gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM moet dan ook worden aangenomen.

2.2.3.

Daarnaast werd door de bestreden beslissing niet aangetoond dat de noodzaak van de inmenging in het gezinsleven gerechtvaardigd wordt door een dwingende maatschappelijke behoefte en proportioneel is met het nagestreefde doel.

Staten beschikken immers over een zekere beoordelingsmarge wat betreft de noodzaak van de inmenging (EHRM 9 oktober 2003, Slivenko/Letland (GK), § 113; EHRM 18 oktober 2006, Üner/Nederland (GK), § 54; EHRM 2 april 2015, nr. 27945/10, Sarközi en Mahran v. Oostenrijk, par. 62; EHRM 19 februari 1998, nr. 26102/95, Dalia v. Frankrijk, par. 52).

Vanuit dit laatste standpunt is het de taak van het bestuur om te bewijzen dat het de bekommernis had om een juist evenwicht te bereiken tussen het beoogde doel en de ernst van de inbreuk op het recht op respect voor het gezinsleven (EHRM 19 februari 1998, Dalia/Frankrijk, § 52; EHRM 9 oktober 2003, Slivenko/Letland (GK), § 113; EHRM 18 oktober 2006, Üner/Nederland (GK), § 54; EHRM 2 april 2015, Sarközi en Mahran/Oostenrijk, § 62).

Een belangenafweging veronderstelt dat alle relevante elementen, en dus ook deze die betrekking hebben op het gezinsleven van verzoekers, in de weegschaal worden gelegd. Het is pas op het ogenblik dat een beslissing voortvloeit uit de weging van alle factoren dat zal kunnen worden uitgemaakt of zij al dan niet kennelijk onredelijk is (RvV, 29 april 2016, nr. 166.924).

De bestreden beslissing, noch het administratief dossier geeft er geen blijk van dat op het ogenblik van het nemen van de bestreden beslissing rekening werd gehouden met het gezinsleven van verzoekers waarvan de verwerende partij kennis had op het moment van het nemen van de bestreden beslissing. Aldus blijkt niet dat de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing is overgegaan tot de belangenafweging, in casu de proportionaliteitstoets, die zij behoorde te doen in het licht van artikel 8 van het EVRM, een belangenafweging waartoe de Raad niet zelf kan overgaan zonder zich in de plaats van het bestuur te stellen (cf. RvS 26 juni 2014, nr. 227.900; RvV, 29 april 2016, nr. 166.924).

Dat de bestreden beslissing dan ook een schending inhoudt van artikel 8 EVRM en bijgevolg dient vernietigd te worden.”

2.2. De verwerende partij stelt in haar nota met opmerkingen het volgende:

“[...] De verwerende partij behandelt beide middelen tezamen en heeft de eer te antwoorden dat verzoekers in hun aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9bis van de vreemdelingenwet melding maakten van de medische problemen van hun dochter [A.]. Zij zetten uiteen dat hun dochter omwille van een ernstige medische situatie mantelzorg behoeft en dat zij voor de twee minderjarige kleinkinderen moeten zorgen. Zij voegden toe dat hun dochter weduwe is en de steun van haar ouders behoeft. Zij voerden de bescherming aan van de artikelen 3 en 8 EVRM.

Uit een lezing van de bestreden beslissing blijkt dat op afdoende wijze gemotiveerd werd omtrent de aangehaalde medische problematiek van de dochter. De beslissing luidt onder meer als volgt:

“(…) Het gegeven dat betrokkenen hun dochter en kleinkinderen de Belgische nationaliteit hebben, vormt geen buitengewone omstandigheid.

Betrokkenen beroepen zich eveneens op de gezondheidstoestand van hun dochter mevrouw [O.G.]. Echter, dit element kan niet aanzien worden als een buitengewone omstandigheid aangezien betrokkenen geen medisch attest voorleggen waaruit blijkt dat mevrouw [O.G.] mantelzorg zou nodig hebben. Indien dit echter toch zou blijken, kan mevrouw [O.G.] ene beroep doen op diverse diensten die thuisverpleging aanbieden en dit in afwachting dat betrokkenen eventueel kunnen terugkeren naar België.

(...)

Wat de vermeende schending van art. 8 EVRM betreft kan worden gesteld dat de terugkeer naar het land van herkomst om aldaar een machtiging aan te vragen niet in disproportionaliteit staat ten aanzien van het recht op een gezins- of privéleven. De verplichting om terug te keren naar het land van herkomst betekent geen breuk van de familiale relaties maar enkel een verwijdering van het grondgebied wat geen ernstig een moeilijk te herstellen nadeel met zich meebrengt.(...)”

Uit de synthesenota die zich in het administratief dossier bevindt, blijkt dat omtrent de gezondheidstoestand geargumenteed werd dat de verzoekers geen recente medische stukken hebben aangebracht waaruit blijkt dat de dochter nog steeds medische zorgen nodig zou hebben. Waar verzoekers stellen

dat het bestuur één jaar wachtte alvorens een beslissing te nemen, gaan zij eraan voorbij dat er geen enkele wettelijke termijn voorgeschreven is waarbinnen het bestuur een beslissing dient te nemen in het kader van artikel 9bis van de vreemdelingenwet. Bovendien betreft dergelijke procedure een gunstmaatregel. Het komt aan verzoekers zelf toe, die dergelijke gunst vragen, hun aanvraag te actualiseren indien zij van mening zijn dat er relevante elementen zijn die het bestuur eveneens in overweging moet nemen bij het behandelen van de aanvraag. Verzoekers tonen niet aan dat zij hiertoe niet in de mogelijkheid waren.

De verwerende partij kan enkel rekening houden met die elementen die voorliggen op het moment dat de bestreden beslissing genomen werd. Verzoekers tonen niet aan dat bepaalde elementen werden veronachtzaamd bij het nemen van de bestreden beslissing.

Waar zij erop wijzen dat in het attest van dr. [T.J.] wel degelijk melding werd gemaakt van de hulp waarmee hun dochter gebaat zou zijn, dient te worden opgemerkt dat in dat attest geen melding werd gemaakt van de noodzaak aan mantelzorg. Het feit dat hun dochter geholpen is met de hulp die verzoekers bieden, doet geen afbreuk aan de motivering in de beslissing, stellende dat mevrouw [O.G.] een beroep kan doen op diverse diensten die thuisverpleging aanbieden en dit in afwachting dat betrokkenen eventueel kunnen terugkeren naar België. Verzoekers beperken zich tot de kritiek dat hieromtrent geen verder onderzoek werd gevoerd, maar laten zelf na aan te tonen dat de dochter [O.] geen beroep zou kunnen doen op de diensten die aangeboden worden in België. Het bewijs van het leveren van de buitengewone omstandigheden komt toe aan verzoekers zelf en niet aan de verwerende partij.

Op 2 februari 2017 maakten verzoekers inderdaad een bijkomend schrijven over waarin zij meedeelden dat de situatie van hun dochter niet verbeterd is en de vraag stelden om de beslissing te herzien. Op 7 februari 2017 deelde het bestuur mee dat er een beslissing genomen werd en deze behouden blijft.

Verzoekers tonen niet aan dat de bestreden beslissing op kennelijk onredelijke wijze werd genomen.

De middelen zijn ongegrond.”

2.3. Een van de kernpunten van verzoekers' betoog is dat de belangenafweging die op het vlak van artikel 8 van het EVRM figureert in de bestreden beslissing niet afdoende is, nu geen rekening werd gehouden met de specifieke kenmerken van hun familiale situatie. Zij herinneren eraan dat zij de ouders zijn van hun ernstige zieke Belgisch dochter die aan kanker lijdt en grootouders zijn van hun Belgische kleinkinderen en dat ze onder meer voor hen zorgen in deze moeilijke tijden. Verzoekers zijn van oordeel dat hun belangen en deze van onder meer hun kleinkinderen geenszins worden afgewogen tegenover het belang van de Belgische samenleving. Ze precisieren, “*Een belangenafweging veronderstelt dat alle relevante elementen, en dus ook deze die betrekking hebben op het gezinsleven van verzoekers, in de weegschaal worden gelegd. Het is pas op het ogenblik dat een beslissing voortvloeit uit de weging van alle factoren dat zal kunnen worden uitgemaakt of zij al dan niet kennelijk onredelijk is*”.

2.4. De bestreden beslissing stelt, “*Wat de vermeende schending van art. 8 EVRM betreft kan worden gesteld dat de terugkeer naar het land van herkomst om aldaar een machtiging aan te vragen niet in disproportionaliteit staat ten aanzien van het recht op een gezins- of privéleven. De verplichting om terug te keren naar het land van herkomst betekent geen breuk van de familiale relaties maar enkel een verwijdering van het grondgebied wat geen ernstig en moeilijk te herstellen nadeel met zich meebrengt. [...]*”

2.5. Uit voormelde passage kan niet anders dan afgeleid worden dat de verwerende partij de relatie van verzoekers met hun kleinkinderen, aanvaardt als zijnde een gezinsleven dat valt onder de bescherming van artikel 8 van het EVRM. Alleszins blijkt uit rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) dat het bestaan van een gezinsleven tussen kleinkinderen en grootouders die een betekenisvolle rol spelen in het leven van de kleinkinderen – wat in casu kan worden aanvaard vermits uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat verzoekers mee helpen zorg dragen voor de jonge Belgische minderjarige kinderen van hun Belgische dochter die aan kanker lijdt en wiens Belgische echtgenoot is overleden – wordt aanvaard (cf. EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, Marckx v. België, par. 45; EHRM 9 juni 1998, nr. 22430/93, Bronda v. Italië, par. 51; EHRM 9 juni 1998, nr. 22430/93, par. 101, L. tegen Finland, EHRM 27 april 2000, nr. 25651/94, par. 221, Scozzari en Giunta, EHRM 13 juli 2000, nrs. 39221/98 en 41963/98). In de nota met opmerkingen wordt ook niet betwist dat er sprake is van een gezinsleven tussen verzoekers en de kinderen van hun zieke dochter in de zin van artikel 8 van het EVRM.

2.6. Het door artikel 8 van het EVRM gewaarborgde recht op respect voor het gezinsleven is niet absoluut. 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 9 oktober 2003, Slivenko/Letland (GK), § 115; EHRM 24 juni 2014, Ukaj/Zwitserland, § 27). 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; EHRM 10 juli 2014, Mugenzi/Frankrijk, § 43). De Verdragsstaten hebben het recht, op grond van een vaststaand beginsel van internationaal recht, behoudens hun verdragsverplichtingen, met inbegrip van het EVRM, de toegang, het verblijf en de verwijdering van niet-onderdanen te controleren (EHRM 26 juni 2012, Kurić en a./Slovenië (GK), § 355; zie ook EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 100). De Staat is aldus gemachtigd om de voorwaarden voor de binnenkomst, het verblijf en de verwijdering van niet-onderdanen vast te leggen.

Niettemin, in bepaalde gevallen kunnen binnenkomst-, verblijfs- en verwijderingsmaatregelen aanleiding geven tot een schending van het recht op eerbiediging van het gezinsleven, zoals gewaarborgd onder artikel 8 van het EVRM. Of daarvan daadwerkelijk sprake is, moet worden onderzocht in het licht van de vraag of de vreemdeling voor de eerste keer om toelating tot binnenkomst en/of verblijf heeft verzocht, dan wel of het gaat om een weigering van een voortgezet verblijf.

In casu betreft het een situatie eerste toelating. Hierbij oordeelt het EHRM dat er geen toetsing geschiedt aan de hand van het tweede lid van artikel 8 van het EVRM, maar moet eerder worden onderzocht of er een positieve verplichting is voor de Staat om de betrokken vreemdeling op zijn grondgebied toe te laten of te laten verblijven zodat hij zijn recht op eerbiediging van het privé- en/of familie- en gezinsleven aldaar kan handhaven en ontwikkelen (EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 63; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 38; EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 105). Dit geschiedt aan de hand van de 'fair balance'-toets waarbij wordt nagegaan of de staat een redelijke afweging heeft gemaakt tussen de concurrerende belangen van de het individu, enerzijds, en de samenleving, anderzijds. Staten beschikken bij deze belangenafweging over een zekere beoordelingsmarge.

Hoewel artikel 8 van het EVRM 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 voormeld verdragsartikel worden gevrijwaard. Deze procedurele vuistregel is volgens het EHRM tevens van toepassing op 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). Staten gaan hun beoordelingsmarge te buiten en schenden artikel 8 van het EVRM wanneer zij falen op zorgvuldige wijze een redelijke belangenafweging te maken (EHRM 28 juni 2011, Nuñez/Noorwegen, § 84; EHRM 10 juli 2014, Mugenzi/Frankrijk, § 62).

Het EHRM heeft tevens gesteld dat in situaties waarbij kinderen betrokken zijn, de elementen van migratiecontrole moeten worden afgewogen tegen het belang van het kind. 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; EHRM 17 april 2014, Paposhvili/België, § 144; EHRM 30 juli 2013, Polidario/Zwitserland; EHRM 30 juli 2013, Berisha/Zwitserland, § 51 met verwijzing naar EHRM, Grote Kamer, 6 juli 2010, Neulinger en Shuruk/Zwitserland, §§ 135-136; EHRM 8 juli 2013, M.P.E.V./Zwitserland; EHRM 28 juni 2011, Nuñez/Noorwegen, § 78). Het belang van het kind houdt ook het welzijn in van het kind (EHRM 6 juli 2010, nr. 41615/07, Neulinger en Shuruk v. Zwitserland (GK), par. 135-136).

2.7. Uit de bestreden beslissing blijkt niet dat de verwerende partij de relevante feiten en omstandigheden die betrekking hebben op het gezinsleven van de verzoekende partijen heeft betrokken in haar belangenafweging. Zij faalt dan ook in een belangenafweging zoals artikel 8 van het EVRM het vereist, met name een concrete afweging tussen de concurrerende belangen van verzoekers enerzijds zoals ze blijken uit het administratief dossier – met name een Belgische dochter die aan kanker lijdt, een Belgische schoonzoon die in 2014 is overleden en twee jonge minderjarige Belgische kleinkinderen voor wie verzoekers, die bij een notariële akte opgesteld op 28 januari 2015 door verzoekers' Belgische dochter als voogd werden aangeduid indien zij komt te overlijden, mee helpen zorg te dragen – en die

van de Belgische samenleving anderzijds. De verwerende partij poneert in de bestreden beslissing “*De terugkeer naar het land van herkomst om aldaar een machtiging aan te vragen [staat] niet in disproportionaliteit ten aanzien van het recht op een gezins- of privéleven*” doch concretiseert dit niet, door daadwerkelijk de elementen die het gezinsleven van verzoekers kenmerken, op te lijsten en af te wegen tegen de belangen van de Belgische staat. De ponering in de bestreden beslissing “*De verplichting om terug te keren naar het land van herkomst betekent geen breuk van de familiale relaties*” doet geen afbreuk aan de voormelde vaststelling dat de afweging niet werd geconcretiseerd. Dezelfde vaststelling geldt voor de ponering in de bestreden beslissing, “*Gewone sociale relaties vallen niet onder de bescherming van art. 8 (Raad van State, arrest nr. 135.236 van 22.09.2004)*”, waarvan de Raad redelijkerwijs aanneemt dat het een afweging aangaande verzoekers’ privéleven betreft. De Raad stelt vast dat de nota met opmerkingen niet ingaat op de kritiek van verzoekers dat er in de bestreden beslissing geen concrete belangenafweging in het licht van artikel 8 EVRM is geschied.

2.8. Nu de Raad kan vaststellen dat in casu geen zorgvuldig onderzoek zoals vereist in het licht van artikel 8 van het EVRM werd verricht naar alle relevante feiten en omstandigheden, waarvan uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij er kennis van had of minstens had moeten hebben, is deze bepaling geschonden (EHRM 11 juli 2000, Ciliz/Nederland, § 66; EHRM 10 juli 2014, Mugenzi/Frankrijk, § 46; EHMR 10 juli 2014, Tanda-Muzinga/Frankrijk, § 68). De Raad benadrukt nog dat hij niet zelf tot deze beoordeling mag overgaan omdat hij niet vermogt zich in de plaats van het bestuur te stellen (cf. RvS 26 juni 2014, nr. 227.900). De Raad benadrukt tevens nog dat het Grondwettelijk Hof voor wat betreft de toepassing van artikel 9 bis van de Vreemdelingenwet in zijn arrest van 26 juni 2008 stelde: “*Die discretionaire bevoegdheid kan evenwel niet aldus worden begrepen dat zij, zonder dat uitdrukkelijk wordt verwezen naar de noodzakelijke eerbiediging van verdragsrechtelijke grondrechten, de minister of zijn gemachtigde zou toestaan de artikelen 3 en 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens te schenden, derwijze dat aan een categorie van vreemdelingen het genot wordt ontzegd van de rechten die door die verdragsbepalingen worden gewaarborgd. Doordat zij een zorgvuldig onderzoek van iedere aanvraag vereist, biedt de bestreden regeling de mogelijkheid om elke aanvraag individueel, op grond van concrete elementen, te beoordelen in het licht van onder meer die verdragsbepalingen.*” (GwH 26 juni 2008, nr. 95/2008, B.6).

Het tweede middel is in de aangegeven mate gegrond. Deze vaststelling leidt tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing.

3. Kosten

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

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

De beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 5 januari 2017, waarbij een aanvraag om machtiging tot verblijf op basis van artikel 9bis van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen onontvankelijk wordt verklaard, wordt vernietigd.

Artikel 2

De kosten van het beroep, begroot op 372 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op tweeëntwintig juni tweeduizend zeventien door:

mevr. M. EKKA,

kamervoorzitter,

dhr. T. LEYSEN,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

T. LEYSEN

M. EKKA