

Arrest

nr. 190 520 van 8 augustus 2017
in de zaak RvV X / II

In zake: X

Gekozen woonplaats: X

tegen:

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

DE WND. VOORZITTER VAN DE IIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Iraakse nationaliteit te zijn, op 4 augustus 2017 heeft ingediend (bij faxpost) om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve vereenvoudiging van 1 augustus 2017 houdende 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.

Gelet op artikel 39/82 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

Gelet op titel II, hoofdstuk II van het koninklijk besluit van 21 december 2006 houdende de rechtspleging voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 4 augustus 2017, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 7 augustus 2017 om 14u.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken J. CAMU.

Gehoord de opmerkingen van advocaat D. GEENS, die verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat C. VANBEYLEN, die loco advocaat C. DECORDIER verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

De verzoekende partij verklaart van Iraakse nationaliteit te zijn, geboren te Slahadin op X.

De verzoekende partij verklaarde op 7 december 2005 het Rijk te zijn binnengekomen en vroeg op 7 december 2005 de erkenning van de hoedanigheid als vluchteling aan.

Op 5 januari 2006 nam de gemachtigde van de Minister van Binnenlandse Zaken een beslissing, houdende de weigering van verblijf met bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 26bis).

Op 10 januari 2006 diende de verzoekende partij een dringend beroep in bij het Commissariaat-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen. Op 30 maart 2006 besloot de Commissaris-generaal dat verder onderzoek noodzakelijk was.

Op 20 januari 2009 werd de verzoekende partij veroordeeld door de Correctionele rechtbank te Leuven tot een gevangenisstraf van 3 jaar, als dader of mededader bij mensenhandel en bendevoorming.

Op 18 maart 2009 weigerde de adjunct-commissaris-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen uiteindelijk de vluchtelingenstatus en de subsidiaire beschermingsstatus aan de verzoekende partij. Tegen deze beslissing diende de verzoekende partij een beroep in bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna verkort de Raad). Bij arrest nr. 26 093 d.d. 20 april 2009 weigerde de Raad eveneens de vluchtelingenstatus en de subsidiaire beschermingsstatus aan de verzoekende partij. Op 18 mei 2009 diende de verzoekende partij een cassatieberoep in bij de Raad van State tegen het arrest nr. 26 093 d.d. 20 april 2009. Bij beschikking nr. 4578 d.d. 24 juni 2009 verklaarde de Raad van State het beroep niet-toelaatbaar.

Op 16 november 2009 leverde de Staatssecretaris voor Migratie- en Asielbeleid een Ministerieel Besluit tot terugwijzing af aan de verzoekende partij. Tegen dit besluit diende de verzoekende partij een beroep tot nietigverklaring in bij de Raad. Bij arrest nr. 64 291 d.d. 30.06.2011 verwierp de Raad het annulatieberoep.

Inmiddels, op 8 december 2009, diende de verzoekende partij een aanvraag om machtiging tot verblijf in, 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 (hierna verkort de Vreemdelingenwet).

Op 25 januari 2010 nam de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Migratie- en Asielbeleid een bevel om het grondgebied te verlaten-asielzoeker (bijlage 13quinquies) ten aanzien van de verzoekende partij.

Op 25 november 2010 verklaarde de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Migratie- en Asielbeleid de aanvraag om machtiging tot verblijf overeenkomstig artikel 9bis van de Vreemdelingenwet ongegrond. Op diezelfde dag werd ten aanzien van de verzoekende partij een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13) getroffen.

De verzoekende partij diende op 18 januari 2011 een tweede asielaanvraag in.

Op 24 februari 2011 nam de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Migratie- en Asielbeleid een beslissing houdende de weigering tot in overwegingname van een asielaanvraag (bijlage 13quater).

Op 24 februari 2011 nam de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Migratie- en Asielbeleid een bevel om het grondgebied te verlaten met beslissing tot terugleiding naar de grens en beslissing tot vrijheidsberoving te dien einde.

Op 14 maart 2013 legde de verzoekende partij een verklaring van wettelijke samenwoning af met haar partner van Belgische nationaliteit.

Op 15 november 2013 diende de verzoekende partij een aanvraag in van de verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, als partner duurzame relatie.

Op 14 mei 2014 nam de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding een beslissing houdende de weigering van het verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20). Tegen deze beslissing diende de verzoekende partij een beroep tot nietigverklaring in bij de Raad. Bij arrest nr. 131 119 d.d. 9 oktober 2014 verwierp de Raad het annulatieberoep, behoudens voor wat de bevelscomponent betrof, welke vernietigd werd.

Op 24 oktober 2014 nam de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13) ten aanzien van de verzoekende partij. Tegen deze beslissing diende de verzoekende partij een beroep tot nietigverklaring in bij de Raad. Bij arrest nr. 146 789 d.d. 29 mei 2015 verwierp de Raad het annulatieberoep.

Op 24 november 2015 diende de verzoekende partij een tweede aanvraag in van de verblijfskaart als familielid van een Unieburger, als partner duurzame relatie.

Op 8 april 2016 nam de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging een beslissing houdende de weigering van het verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20).

Op 27 april 2016 diende de verzoekende partij een derde aanvraag in van de verblijfskaart als familielid van een Unieburger, als partner duurzame relatie.

Op 2 november 2016 werd de verzoekende partij in het bezit gesteld van een F-kaart.

Op 16 december 2016 nam de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging een beslissing tot intrekking van het verblijf van meer dan drie maanden.

Op 1 augustus 2017 nam de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie een bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering. Dit is de thans bestreden beslissing.

2. Over de ontvankelijkheid van de vordering tot schorsing

2.1. Betreffende de beslissing tot vasthouding.

Ambtshalve merkt de Raad op dat de vordering niet ontvankelijk is in de mate dat zij gericht is tegen de beslissing tot vasthouding die in de bijlage 13septies vervat zit.

De bestreden akte (bijlage 13septies) houdt onder meer een maatregel van vrijheidsberoving in zoals bedoeld in artikel 71, eerste lid van de Vreemdelingenwet.

Voormeld wetsartikel luidt als volgt:

“De vreemdeling die het voorwerp is van een maatregel van vrijheidsberoving genomen met toepassing van de artikelen (...) 7, (...) kan tegen die maatregel beroep instellen door een verzoekschrift neer te leggen bij de Raadkamer van de Correctionele Rechtbank van zijn verblijfplaats in het Rijk of van de plaats waar hij werd aangetroffen.”

Artikel 72, tweede lid van de Vreemdelingenwet bepaalt voorts expliciet dat het aan de raadkamer van de correctionele rechtbank toekomt te onderzoeken of de vrijheidsberovende maatregel in overeenstemming is met de wet.

De Raad is dan ook, gelet op de door de wetgever voorziene beperking van zijn rechtsmacht - die op algemene wijze is geregeld in artikel 39/1 van de Vreemdelingenwet -, niet bevoegd om van de vordering kennis te nemen wat de maatregel tot vrijheidsberoving betreft (RvS 12 januari 2001, nr. 92.181; RvS 4 juni 2002, nr. 107.338; RvS 1 december 2006, nr. 165.469; RvS 1 december 2006, nr. 165.470).

Voor zover de verzoekende partij zich in het verzoekschrift tevens zou richten tegen de beslissing tot vasthouding die in de bestreden bijlage 13septies vervat zit, dient te worden opgemerkt dat op de Raad dienaangaande onbevoegd is bij gebrek aan rechtsmacht.

3. Over de vordering tot schorsing

3.1. Ontvankelijkheid

Overeenkomstig artikel 39/56, eerste lid van de Vreemdelingenwet kunnen de beroepen bedoeld in artikel 39/2 van dezelfde wet voor de Raad gebracht worden door de vreemdeling die doet blijken van een benadeling of een belang. Uit de memorie van toelichting bij het wetsontwerp waarbij de voornoemde bepaling in de Vreemdelingenwet werd ingevoerd (Parl.St. Kamer, 2005-2006, nr. 2479/001, 118) blijkt dat voor de interpretatie van het begrip belang kan worden verwezen naar de invulling die de Raad van State aan hetzelfde begrip heeft verleend (met verwijzing naar J. BAERT, en G. DEBERSAQUES, Raad van State. Ontvankelijkheid, Brugge, die Keure, 1996, nrs. 198 - 413).

Uit de rechtspraak van de Raad van State blijkt dat de verzoekende partij enkel belang heeft indien zij door de bestreden administratieve rechtshandeling een persoonlijk, rechtstreeks, zeker, actueel en wettig nadeel lijdt (RvS 25 maart 2013, nr. 222 969). Het vereiste dat het belang wettig moet zijn betekent dat het nagestreefde voordeel, gelet op de toepasselijke rechtsregels, wettig kan worden verkregen (RvS 8 april 2011, nr. 212 579).

De Raad stelt vast dat de verzoekende partij sedert 16 november 2009 onderworpen is aan een ministerieel besluit tot terugwijzing. Het beroep tot nietigverklaring dat door de verzoekende partij tegen dit ministerieel besluit werd ingediend bij de Raad werd op 30 juni 2011 bij arrest nr. 64 291 verworpen. Uit niets blijkt dat voormeld ministerieel besluit zou zijn opgeschort of ingetrokken. Bijgevolg geldt voor verzoeker tot 16 november 2019 het verbod uit (oud) artikel 26 van de Vreemdelingenwet om gedurende tien jaar het Rijk binnen te komen. Het bestaan van een ministerieel besluit tot uitzetting – dat niet werd opgeheven of opgeschort – verhindert dat de betrokken persoon in aanmerking komt voor een verblijfsrecht of een verblijfsmachtiging (cf. RvS nr. 221 633 van 4 december 2012 ; RvS 9 maart 2012, nr. 218 401).

De advocaat van de verzoekende partij betwist ter terechtzitting niet dat de verzoekende partij op heden nog steeds onderworpen is aan het ministerieel besluit tot terugwijzing van 16 november 2009.

Hij benadrukt ter terechtzitting dat het belang aanwezig is door het eigen handelen van het bestuur en verduidelijkt dat de verzoekende partij nadat het ministerieel besluit tot terugwijzing werd genomen in het bezit gesteld werd van een verblijfskaart als familielid van een burger van de Unie (F-kaart), nadat zij eerder een attest van immatriculatie verkreeg conform artikel 52, § 4 van de Vreemdelingenwet. Hij stelt dat een vreemdeling niet tegelijkertijd kan onderworpen zijn aan een verwijderingsmaatregel en kan beschikken over een verblijfsrecht (zelfs precair) en dat de verwijderingsmaatregel om deze reden dient te worden geacht impliciet te zijn ingetrokken. Hij is van oordeel dat er niet gesteld kan worden dat de verzoekende partij geen enkel recht kan putten uit de afgifte van een verblijfskaart. Enkel wanneer een beslissing door een zodanig grove en manifeste onregelmatigheid is aangetast mag haar bestaan genegeerd worden. De bewijslast van een zodanig grove en manifeste onregelmatigheid rust op het bestuur die zich beroept op een onbestaande rechtshandeling. De advocaat van de verzoekende partij stipt aan dat zij uit een opeenstapeling van handelingen van het bestuur een rechtmatig vertrouwen mocht putten. Hij verwijst naar de aanvragen gezinshereniging ingediend door de verzoekende partij, waarbij zij telkens in het bezit werd gesteld van een attest van immatriculatie in afwachting van een beslissing ter zake. De eerste twee aanvragen werden geweigerd, respectievelijk om reden dat de echtgenote van de verzoekende partij de leeftijd van 21 jaar nog niet had bereikt en om reden dat niet alle gevraagde documenten, met name een ziektekostenverzekering geldig in België voor Belg en familie, voorlagen. Naar aanleiding van de derde aanvraag verkreeg ze een duurzaam verblijfsrecht.

De vraag naar het belang komt zoals reeds hiervoor wordt gesteld *in casu* neer op een vraag naar het wettig belang dat de verzoekende partij kan doen gelden waar zij de schorsing van de tenuitvoerlegging vordert van het bevel om het grondgebied te verlaten terwijl zij onder de toepassing valt van een ministerieel besluit tot terugwijzing dat niet is opgeschort of ingetrokken en waarvan de geldingstermijn niet is verstreken.

De Raad merkt op dat het aan de verzoekende partij afgeleverde ministerieel besluit tot terugwijzing een bij de Vreemdelingenwet voorziene verbodsmaatregel van openbare orde is, die inhoudt dat de verzoekende partij voor de erin bepaalde termijn van tien jaar het verblijf en de toegang tot het grondgebied van België worden verboden. (zie RvS 27 februari 2013, nr. 222.654; RvS 4 december 2012, nr. 221.633). Een partij die enkel het behoud nastreeft van een bepaalde toestand die in strijd is met de openbare orde heeft geen rechtmatig belang (Cass 20 februari 2009, RW 2010-11, 1644). In tegenstelling tot een bevel om het grondgebied te verlaten – die een maatregel is die ogenblikkelijke gevolgen sorteert, is een ministerieel besluit tot terugwijzing een veiligheidsmaatregel die voor de toekomst de binnenkomst, het verblijf en de vestiging verbiedt. (RvS 9 maart 2012, nr. 218.401)

Artikel 26 van de Vreemdelingenwet bepaalt uitdrukkelijk dat de verbodsmaatregel gedurende 10 jaar geldt, dit wil zeggen vanaf de datum van het besluit, tenzij dat besluit wordt opgeschort of ingetrokken en dit los van de uitvoering van de verbodsmaatregel (cf. RvS 27 februari 2013, nr. 222 654).

De verzoekende partij betwist niet dat zij het voorwerp uitmaakt van een ministerieel besluit van terugwijzing waarnaar de bestreden beslissing verwijst. Tevens betwist zij niet dat dit een definitieve beslissing is.

Het ministerieel besluit tot terugwijzing dat aan de verzoekende partij werd betekend vermeldt in artikel 1: *“Hij wordt gelast het grondgebied van het Rijk te verlaten, met verbod er gedurende tien jaar terug te keren op straffe van het bepaalde bij artikel 76 van de wet van 15 december 1980, behoudens bijzondere machtiging van de Staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid.”* De bewoordingen van dit ministerieel besluit zijn duidelijk en de verzoekende partij kende de gevolgen van dit ministerieel besluit en verkeerde aldus volkomen in de wetenschap dat zij gedurende 10 jaar het Rijk niet meer mocht binnenkomen of er mocht verblijven. Zij kon aldus niet de gerechtigde verwachting koesteren dat haar voor het verstrijken van de termijn van 10 jaar een verblijf zou worden toegekend.

Uit de voornoemde bepalingen volgt dus dat het ministerieel besluit geldt vanaf de datum van het besluit en dat vanaf die datum de adressaat - voor de in het ministerieel besluit vermelde termijn van tien jaar - niet enkel de toegang tot het grondgebied, maar ook het verblijf op het grondgebied van het Rijk werd verboden.

Het blijkt dan ook dat de verzoekende partij op het ogenblik dat zij de onderhavige vordering indiende onder de gelding viel van een definitief, wettig en geldend ministerieel besluit tot terugwijzing dat door de Raad niet is vernietigd of geschorst en waarvan ook niet blijkt dat het door het bevoegde bestuur is ingetrokken of opgeschort. Uit niets blijkt dat de verzoekende partij de voormelde bijzondere machtiging zou gekregen hebben of een aanvraag tot intrekking of opheffing van het besluit tot terugwijzing heeft ingediend, laat staan dat een beslissing over dergelijke aanvraag zou zijn genomen.

Met de huidige vordering tot schorsing beoogt de verzoekende partij in wezen een (verder) verblijf in België. Een dergelijk (verder) verblijf is echter in strijd met het binnenkomst- en verblijfsverbod opgelegd middels het definitief geworden en niet geschorste of ingetrokken ministerieel besluit. Een dergelijk belang kan niet als een wettig belang worden beschouwd (cf. RvS 27 juni 2000, nr. 88.295; RvS 9 januari 2003, nr. 114.309; RvS van 10 mei 2004, nr. 131.178). De verzoekende partij kan met een schorsing van de bestreden beslissing niet nastreven dat een geldend binnenkomst- en verblijfsverbod, opgelegd bij ministerieel besluit tot terugwijzing, wordt omzeild.

Waar de verzoekende partij stelt dat zij op 27 oktober 2016 in het bezit werd gesteld van een F-kaart, zodat zij erop kon vertrouwen dat zij over een recht op verblijf kon beschikken, dient te worden nagegaan of de beslissing tot het toekennen van een verblijf door een dermate grove onwettigheid is aangetast dat ze als niet bestaande moet worden beschouwd. Uit de bespreking hiervoor is reeds gebleken dat de verzoekende partij geen recht op verblijf kan laten gelden ingevolge het definitief ministerieel besluit tot terugwijzing waaraan zij is onderworpen. Wanneer het bestuur zich beroept op de figuur van de onbestaande rechtshandeling, rust de bewijslast van de grove en manifeste onregelmatigheid op het bestuur zelf. Ten deze dient gewezen te worden op de motieven van de beslissing tot intrekking van het verblijf. Uit de motieven van de voormelde beslissing blijkt dat deze F-kaart verkeerdelijk werd afgegeven op 3 november 2016 en dat deze F-kaart dan ook op 16 december 2016 werd gesupprimeerd. Zo wordt in de motivering van deze beslissing duidelijk gesteld als volgt: *“Overwegende dat u op 15.11.2009 het voorwerp heeft uitgemaakt van een ministerieel terugwijzingsbesluit dat op dezelfde dag in werking is getreden en dat op 11 maart 2011 aan u werd betekend. Overwegende dat een ministerieel terugwijzingsbesluit, krachtens de artikelen 26 en 46bis van de wet van 15/12/1980 een verbod gedurende tien jaar het Rijk binnen te komen omvat en voor het bestuur bijgevolg een obstakel vormt om u tot een verblijf toe te laten, zolang deze terugwijzingsmaatregel niet opgeschort of opgeheven werd of de termijn van 10 jaar niet verstreken is (RvS nr. 218401 van 9 maart 2012).overwegende dat een aanvraag tot opheffing of schorsing van het ministerieel terugwijzingsbesluit pas zal kunnen worden ingediend nadat het uitgevoerd is, en dit vanuit het buitenland (bij de bevoegde diplomatieke of consulaire post) overeenkomstig artikel 46bis van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen. Overwegende dat u geen enkele aanvraag tot opheffing of tot schorsing van het ministerieel terugwijzingsbesluit overeenkomstig artikel 46bis heeft ingediend.*

Bijgevolg kon, in het kader van de gezinshereniging geen verblijfsaanvraag (bijlage 19ter) worden ingediend en al zeker geen verblijfsrecht worden erkend. Het afleveren van de F-kaart ten gevolge van de onterecht ingediende bijlage 19ter is een zodanige grove en manifeste onregelmatigheid dat het feitelijk bestaan van de kaart op zich mag genegeerd worden. De handeling van de afgifte van de F-kaart dient als onbestaande te worden gekwalificeerd, betrokkene kan er geen rechten aan ontlenen. U moet gevolg geven aan het bevel om het grondgebied te verlaten dat afgegeven werd op 8 april 2016 (en alle voorgaande).” In casu heeft het bestuur zich wel degelijk beroepen op een grove en manifeste onregelmatigheid. Uit de voormelde bespreking is gebleken dat deze beslissing rechtsgeldig is nu het heel duidelijk is aan de hand van de voormelde bespreking dat aan de verzoekende partij geen recht op verblijf kon en mocht worden toegekend. De loutere omstandigheid dat een F-kaart werd afgeleverd, doet in hoofde van de verzoekende partij dan ook geen rechten ontstaan (RvS 5 januari 2012, nr. 271.116). Immers, de afgifte van een verblijfskaart heeft een declaratoir en geen constitutief karakter wat met zich brengt dat het verblijf van een vreemdeling in de hoedanigheid van familielid van een burger van de Unie niet als legaal kan worden aangemerkt enkel op grond van het feit dat een dergelijke kaart werd afgegeven, hetgeen a fortiori niet het geval is wanneer een dergelijke kaart haar ten onrechte werd afgegeven (RvS 5 januari 2012, nr. 217.116). Dit was in casu het geval nu de verzoekende partij op dat ogenblik het voorwerp uitmaakte van een ministerieel besluit tot terugwijzing en een dergelijk besluit volgens vaste rechtspraak van de Raad van State het indienen van een aanvraag om gezinshereniging in de weg staat (RvS 4 december 2012, nr. 221.633; RvS 27 februari 2013, nr. 222.654; RvS 22 januari 2015, nr. 229.960). Uit het enkele feit dat het bestuur op het ogenblik van het indienen van de aanvragen tot gezinshereniging de onwettigheid van het toekennen van een recht op verblijf niet had opgemerkt, mag op zich niet worden afgeleid dat de beslissing tot intrekking van het verblijfsrecht niet als onbestaande kan worden beschouwd. Daargelaten de vraag of het herhaaldelijk handelen van het bestuur bij de verzoekende partij de indruk had kunnen wekken dat haar een verblijf kon worden toegekend en zekere verwachtingen in het leven hebben geroepen, houdt zulks niet in dat die verwachtingen moeten worden gehonoreerd. Het aangevoerde vertrouwensbeginsel en rechtszekerheidsbeginsel kunnen immers niet tot gevolg hebben dat de verwerende partij een toestand kan handhaven die in strijd is met de toepasselijke regels.

Aldus diende de verzoekende partij eerst in toepassing van artikel 46bis van de Vreemdelingenwet een aanvraag in te dienen tot schorsing of opheffing van het betrokken besluit en dit “ten vroegste na een periode van twee jaar nadat (...) het ministerieel besluit tot terugwijzing werd uitgevoerd”.

Artikel 46bis van de Vreemdelingenwet, dat via artikel 40 ter van de Vreemdelingenwet tevens van toepassing is op familieleden van Belgen, luidt als volgt:

“§ 1. De burger van de Unie of zijn familieleden, bedoeld in artikel 40bis, § 2, kunnen ten vroegste na een periode van twee jaar nadat het koninklijk besluit tot uitzetting of het ministerieel besluit tot terugwijzing werd uitgevoerd, onder aanvoering van argumenten om te bewijzen dat er een wijziging in materiele zin is opgetreden in de omstandigheden die het besluit destijds rechtvaardigden, bij de gemachtigde van de minister een aanvraag indienen tot schorsing of opheffing van het betrokken besluit.

§ 2. Een besluit betreffende de bovenvermelde aanvraag wordt ten laatste binnen de zes maanden te rekenen vanaf de indiening van de aanvraag getroffen. De betrokken vreemdelingen hebben gedurende de behandeling van deze aanvraag geen recht van toegang of verblijf in het Rijk.”

Hieruit blijkt dat zelfs familieleden van burgers van de Unie en desgevallend familieleden van Belgen ook eerst de schorsing of opheffing dienen te bekomen van het ministerieel besluit tot terugwijzing voordat zij hun verblijfsrechten kunnen laten gelden als familielid van een burger van de Unie c.q. van een Belg en dat ze gedurende de behandeling van deze aanvraag geen recht of toegang hebben tot verblijf in het Rijk, wat de verzoekende partij op het eerste gezicht niet heeft gedaan, nu noch uit de stukken van het administratief dossier, noch uit de uiteenzetting in het verzoekschrift blijkt dat de verzoekende partij gedurende een periode van twee jaar uitvoering zou hebben gegeven aan het ministerieel besluit tot terugwijzing.

De wetgever heeft in artikelen 26 en 46bis van de Vreemdelingenwet uitdrukkelijk voorzien dat het ministerieel terugwijzingsbesluit moet worden opgeheven of opgeschort opdat de gevolgen van de verbodsmaatregel worden stopgezet. Een vraag tot opschorting of opheffing van het ministerieel terugwijzingsbesluit kan niet impliciet zijn maar moet uitdrukkelijk zijn, zoals in artikel 46bis van de Vreemdelingenwet wordt gesteld. Daarenboven blijkt uit artikel 46bis van de Vreemdelingenwet zeer

duidelijk dat vreemdelingen gedurende de aanvraag tot opheffing of schorsing geen recht van toegang of verblijf in het Rijk hebben.

Een verblijfskaart betreft enkel een instrumentum, dat dient te worden onderbouwd door een geldig negotium, zijnde het onderliggende verblijfsrecht. Aldus vormt het ministerieel besluit tot terugwijzing, dat noch opgeschort noch ingetrokken is, in wezen een belemmering voor het leiden van het gezinsleven in België.

Uit de motieven van de beslissing tot intrekking van de F-kaart blijkt afdoende dat de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging heeft vastgesteld dat de verzoekende partij -gelet op het vigerende ministerieel besluit tot terugwijzing- eenvoudigweg geen aanvraag tot gezinshereniging had mogen kunnen indienen, zodat de F-kaart op manifest onregelmatige wijze werd afgeleverd en niet kan volhouden dat zij rechten kan putten uit de afgifte van de F-kaart.

Waar de verzoekende partij stelt zich te stoelen op de bepalingen van artikel 52 van het Vreemdelingenbesluit en de artikelen 40bis, 40ter en 42 van de Vreemdelingenwet, merkt de Raad vooreerst op dat de verzoekende partij echter uit het oog verliest dat de in het ministerieel besluit tot terugwijzing bepaalde verbodsmaatregel van kracht is op grond van de hoger aangehaalde artikelen 26 en 46bis van de Vreemdelingenwet, die als wettelijke bepalingen primeren op de bepalingen van een koninklijk besluit. Artikel 40bis, 40ter en 42 van de Vreemdelingenwet doen geen afbreuk aan de inhoud van de voornoemde artikelen 26 en 46bis (RvS 27 februari 2013, nr. 222.654).

Evenmin kan de verzoekende partij volhouden dat het ministerieel terugwijzingsbesluit en de latere bevelen impliciet zijn ingetrokken ingevolge de afgifte van attesten van immatriculatie en de afgifte van een F-kaart. Het precair verblijf ingevolge de attesten van immatriculatie en het duurzaam verblijf ingevolge de F-kaart werd immers onrechtmatig toegekend zoals hiervoor reeds is uiteengezet.

Het beroep is niet ontvankelijk wegens het gebrek aan het rechtens vereiste wettig belang.

In zoverre de verzoekende partij beweert dat de beslissing houdende de intrekking van de F-kaart de facto als een beëindiging van een verblijf van meer dan drie maanden en dat om deze reden haar beroep van rechtswege schorsend zou moeten zijn kan zij op het eerste gezicht niet worden gevolgd.

Uit de motieven van de beslissing tot intrekking van de F-kaart blijkt afdoende dat de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging heeft vastgesteld dat de verzoekende partij -gelet op het vigerende ministerieel besluit tot terugwijzing- eenvoudigweg geen aanvraag tot gezinshereniging had mogen kunnen indienen, zodat de F-kaart op manifest onregelmatige wijze werd afgeleverd.

De gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging heeft aldus vastgesteld dat de verzoekende partij geen rechten kan ontlenen aan de afgeleverde F-kaart, zodat deze kaart wordt ingetrokken en de verzoekende partij wordt aangemaand om gevolg te geven aan de op haar rustende terugkeerverplichting.

De verzoekende partij kan niet dienstig voorhouden dat de *in casu* de voormelde beslissing valt onder één van de situaties zoals voorzien in artikel 39/79 van de Vreemdelingenwet. Er is geen sprake van een van rechtswege schorsend beroep waardoor ook huidige vordering als schorsend zou dienen te worden beschouwd.

Tenslotte benadrukt de raadsman dat de verzoekende partij dat er sprake zou zijn van een schending van de artikelen 3 en 8 van het EVRM, alsook van artikel 13 EVRM als de Raad van deze grief geen kennis neemt.

Ten einde in overeenstemming te zijn met de eis van daadwerkelijkheid van een beroep in de zin van artikel 13 van het EVRM, is de Raad in het raam van de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid gehouden tot een onafhankelijk en zo nauwkeurig mogelijk onderzoek van elke verdedigbare grief op grond waarvan redenen bestaan om te geloven in een risico op een behandeling die ingaat tegen een van de rechten gewaarborgd door het EVRM, zonder dat dit evenwel noodzakelijk tot een positief resultaat moet leiden. De draagwijdte van de verplichting die artikel 13 van het EVRM op de Staat doet wegen, varieert volgens de aard van de grief van de verzoekende partij (cf. EHRM 21

januari 2011, M.S.S./België en Griekenland, § § 289 en 293; EHRM 5 februari 2002, Conka/ België, § 75).

Daarnaast herinnert de Raad eraan dat artikel 8 van het EVRM erop gericht is om het individu te beschermen tegen een willekeurige overheidsinmenging in het gezinsleven. Het door artikel 8 van het EVRM gewaarborgde recht op respect voor het gezins- en privéleven is evenwel niet absoluut. Inzake immigratie heeft het EHRM bij diverse gelegenheden aan herinnerd dat het EVRM als dusdanig geen enkel recht voor een vreemdeling waarborgt om het grondgebied van een staat waarvan hij geen onderdaan is, binnen te komen of er te verblijven (EHRM 15 juli 2003, Mokrani/Frankrijk, § 23; EHRM 26 maart 1992, Beldjoudi/Frankrijk, § 74; EHRM 18 februari 1991, Moustaquim/België, § 43). Artikel 8 van het EVRM kan evenmin zo worden geïnterpreteerd dat het voor een Staat de algemene verplichting inhoudt om de door vreemdelingen gemaakte keuze van de staat van gemeenschappelijk verblijf te respecteren en om de gezinshereniging op zijn grondgebied toe te staan (EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 39). Met toepassing van een vaststaand beginsel van internationaal recht is het immers de taak van de Staat om de openbare orde te waarborgen en in het bijzonder in de uitoefening van zijn recht om de binnenkomst en het verblijf van niet-onderdanen te controleren (EHRM 12 oktober 2006, Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga/België, § 81; EHRM 18 februari 1991, Moustaquim/België, § 43; EHRM 28 mei 1985, Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk, § 67).

In het geval van een vreemdeling die niet eerder tot verblijf werd toegelaten, oordeelt het EHRM dat er geen inmenging is en geen toetsing dient te geschieden aan de hand van het tweede lid van artikel 8 van het EVRM. In dit geval moet volgens het EHRM worden onderzocht of er een positieve verplichting is voor de Staat om de betrokken vreemdeling op zijn grondgebied te laten komen of blijven 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 het individu, enerzijds, en de samenleving, anderzijds. Staten beschikken bij deze belangenafweging over een zekere beoordelingsmarge. De omvang van de positieve verplichting is afhankelijk van de specifieke omstandigheden van de betrokken individuen en het algemeen belang (EHRM 17 oktober 1986, Rees/The United Kingdom, § 37; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 39; EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 106-107). In het kader van een redelijke afweging worden een aantal elementen in rekening genomen, met name de mate waarin het gezins- en privéleven daadwerkelijk wordt verbroken, de omvang van de banden in de Verdragsluitende Staat, alsook de aanwezigheid van onoverkomelijke hinderpalen die verhinderen dat het gezins- en privéleven elders normaal en effectief wordt uitgebouwd of verdergezet. Deze elementen worden afgewogen tegen de aanwezige elementen van immigratiecontrole of overwegingen inzake openbare orde.

Een ander belangrijke overweging is of het gezinsleven zich heeft ontwikkeld in een periode waarin de betrokken personen zich ervan bewust dienden te zijn dat de verblijfsstatus van een van hen er toe leidt dat het voortbestaan van het gezins- en privéleven in het gastland vanaf het begin precair zou zijn. Waar dit het geval is, zal er enkel in zeer uitzonderlijke omstandigheden sprake zijn van een schending van artikel 8 EVRM (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 108; zie ook EHRM 17 april 2014, Paposhvili/België, § 142).

De verzoekende partij betoogt dat onvoldoende werd rekening gehouden met de criteria die werden uiteengezet door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de arresten inz. Boultif (EHRM 2.08.2001, zaak 54273 Boultif v Zwitserland) en Üner (EHRM 18.10.2006, zaak 46410/99 Üner t/ Nederland).

Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat waar overwegingen van openbare orde of nationale veiligheid een rol spelen het EHRM een aantal criteria heeft geformuleerd die nationale overheden in het treffen van een billijke belangenafweging moeten leiden, met name de zgn. Boultif/Üner criteria (EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, Paposhvili v. België, par. 141). Het gewicht dat aan elk van de criteria wordt toegekend, varieert naargelang de bijzondere omstandigheden van de individuele zaak.

Daargelaten de vraag of deze criteria enkel relevant zijn voor de belangenafweging van gevestigde vreemdelingen en niet wanneer er sprake is van een eerste toelating tot verblijf, zoals *in casu*, stelt de Raad vast dat de criteria in vaste rechtspraak van het EHRM als volgt worden opgesomd:

- de aard en ernst van de strafrechtelijke inbreuken;
- de tijdsduur van het verblijf in het gastland;
- de tijdsduur die verstreken is sinds de inbreuk en het gedrag van verzoeker sindsdien;
- de nationaliteit van de betrokkenen;
- de gezinssituatie van de verzoeker en, naargelang het geval, de tijdsduur van zijn huwelijk, en andere factoren die wijzen op een daadwerkelijk beleefd gezinsleven als koppel;
- de vraag of de echtgeno(o)t(e) kennis had van de inbreuk bij het totstandkomen van de gezinsrelatie;
- de kinderen uit dit huwelijk en hun leeftijd;
- de ernst van de moeilijkheden die de echtgeno(o)t(e) riskeert te ondervinden in het land waarheen ze worden uitgewezen;
- 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;
- de hechtheid van de sociale, culturele en familiale banden met het gastland en het land waarheen ze worden verwijderd.

Een ander belangrijk punt waar volgens het EHRM rekening mee moet worden gehouden, is de vraag of het gezinsleven werd ontwikkeld tijdens een periode dat de betrokken personen wisten dat gezien de verblijfsstatus van één van hen, het onmiddellijk duidelijk was dat het voortzetten van het gezinsleven op het grondgebied van de Verdragsluitende staat een precair karakter zou kennen. Indien zulke situatie zich voordoet dan zal enkel in uitzonderlijke omstandigheden een schending van artikel 8 van het EVRM worden vastgesteld (EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, Paposhvili v. België, par. 142; EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, Nuñez v. Noorwegen, par. 70).

Indien kinderen betrokken zijn, *quod non in casu*, dan 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. Een andere fundamentele kwestie voor het Hof is de vraag naar het aanpassingsvermogen van kinderen, met name de vraag of de betrokken kinderen van een leeftijd zijn dat zij zich nog aan een verschillende en andere omgeving kunnen aanpassen (EHRM 1 december 2005, nr. 60665/00, Tuquabo-Tekle e.a. v. Nederland, par. 44; EHRM 31 juli 2008, nr. 265/07, Darren Omoregie v. Noorwegen, par. 66; EHRM 3 november 2011, nr. 28770/05, Arvelo Aponte v. Nederland, par. 60; EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, Paposhvili v. België, par. 143). Ten slotte benadrukt het Hof dat in situaties die betrekking hebben op gezinnen, het belang van het kind wordt beschouwd als een determinerende overweging die moet worden meegenomen in de belangenafweging vereist onder artikel 8 van het EVRM (EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, Paposhvili v. België, par. 144).

Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat een correcte belangenafweging is vereist waarbij rekening wordt gehouden met de concrete omstandigheden die de individuele zaak kenmerken.

In de bestreden beslissing wordt verwezen naar het ministerieel besluit tot terugwijzing van 10 jaar. Een dergelijk ministerieel besluit wordt enkel uitgevaardigd in het geval van een ernstige inbreuk op de openbare orde of de nationale veiligheid. *In casu* werd de verzoekende partij op 20 januari 2009 door de Correctionele rechtbank veroordeeld tot een gevangenisstraf van 3 jaar doordat zij zich schuldig heeft gemaakt als dader of mededader aan mensensmokkel met het oog op het verkrijgen van een vermogensrechtelijk voordeel. Er kan ook niet ernstig worden betwist dat het te dezen niet zou gaan om een ernstige inbreuk. Gelet op het gegeven dat de verzoekende partij het voorwerp was van een terugwijzingsbesluit voor de duur van 10 jaar, dat definitief is en nog steeds loopt, lijkt het de Raad niet kennelijk onredelijk om aan dit element belang te hechten. De Raad acht de overweging waarbij, gelet op het gevaar voor de openbare orde, het belang van de samenleving hoger wordt geacht dan de privébelangen van de verzoekende partij, dan ook niet kennelijk onredelijk.

De verzoekende partij heeft het ministerieel terugwijzingsbesluit volledig naast zich neergelegd. Niettegenstaande het tien jaar durende toegangs- en verblijfsverbod, bestendigde de verzoekende partij haar illegaal verblijf op het grondgebied. Verder blijkt dat de verzoekende partij in 2016 slechts kortstondig over een verblijfsrecht heeft beschikt, met name één maand. Immers werd dit verblijfsrecht ingetrokken nadat de verwerende partij had vastgesteld dat het onrechtmatig werd afgegeven. Overeenkomstig artikel 26 van de Vreemdelingenwet houdt een terugwijzingsbesluit het verbod in gedurende tien jaar het grondgebied binnen te komen, tenzij het werd opgeschort of ingetrokken. Uit de gegevens van de zaak blijkt niet dat het ministerieel besluit tot terugwijzing werd opgeschort of ingetrokken.

Minstens sedert de inwerkingtreding van het terugwijzingsbesluit was het de verzoekende partij verboden zich op het grondgebied te bevinden. De verzoekende partij blijkt niet om de intrekking of de opheffing van die maatregel te hebben verzocht. De verzoekende partij kan dan ook niet voorhouden dat de bestreden beslissing een groot belang had moeten toekennen aan het bestaand feitelijk gezinsleven in het Rijk dat slechts tot stand is gekomen op een ogenblik dat de verzoekende partij reeds onder een ministerieel terugwijzingsbesluit stond en waarbij zowel zij als haar partner behoorden te weten dat het de verzoekende partij niet toegelaten was op het Belgisch grondgebied te verblijven. De verzoekende partij heeft immers het terugwijzingsbesluit volledig naast zich neergelegd. De door de verzoekende partij aangevoerde schade aan haar gezinsleven is dan ook slechts te wijten aan haar keuze om geen enkel gevolg te geven aan het terugwijzingsbesluit.

De Raad merkt bovendien op dat de verzoekende partij over de mogelijkheid beschikt om de opheffing de vragen van het terugwijzingsbesluit. Staten hebben het recht om te eisen dat vreemdelingen die op hun grondgebied wensen te verblijven hun aanvraag indienen in het buitenland. Zij zijn dan ook niet verplicht om vreemdelingen toe te staan op hun grondgebied te verblijven in afwachting van de uitkomst van hun migratieprocedure (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 101). Uit het betoog van de verzoekende partij blijkt weliswaar dat zij een terugkeer onwenselijk acht. Het staat de verzoekende partij vrij om in toepassing van artikel 46 bis van de Vreemdelingenwet een verzoek tot opheffing of opschorting van het Ministerieel terugwijzingsbesluit in te dienen, ten einde zich bij haar partner te voegen. Er kan worden opgemerkt dat moderne communicatiemiddelen de verzoekende partij, in afwachting van een antwoord op een dergelijke vraag om opheffing, kunnen toestaan in contact te blijven met haar partner.

Gelet op wat voorafgaat, maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat de belangenafweging die werd gemaakt in de bestreden beslissing disproportioneel zou zijn. Er wordt *prima facie* geen schending aannemelijk gemaakt van artikel 8 van het EVRM.

Wat betreft de aangevoerde schending van artikel 3 van het EVRM wijst de Raad erop dat aan de verzoekende partij zowel de vluchtelingenstatus, als de subsidiaire beschermingsstatus werden geweigerd op 18 maart 2009 en dat de beslissing werd bevestigd door de Raad. Een navolgende asielaanvraag van de verzoekende partij werd niet in overweging genomen op 24 november 2011. Artikel 3 van het EVRM stemt inhoudelijk overeen met artikel 48/4, §2, b van de Vreemdelingenwet. Aldus wordt getoetst of in hoofde van de verzoekende partij een reëel risico op ernstige schade bestaande uit foltering of onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing voorhanden is (cf. HvJ C-465/07, Elgafaji v. Staatssecretaris van Justitie, 2009, <http://curia.europa.eu>). Sindsdien heeft de verzoekende partij geen aanvraag om internationale bescherming meer ingediend zodat zij zich thans ook niet kan beroepen op een schending van artikel 3 van het EVRM. Het staat haar vrij om een nieuwe asielaanvraag of vraag om subsidiaire bescherming in te dienen. Hoe dan ook de aangevoerde schending van artikel 3 van het EVRM is louter baseert op een niet gestaafde bewering. Dergelijke summiere bewering die op geen enkele wijze wordt onderbouwd volstaat niet om een schending van artikel 3 van het EVRM vast te stellen. Er wordt *prima facie* geen schending van artikel 3 van het EVRM aannemelijk gemaakt.

Nu de verzoekende partij *prima facie* geen schending van de artikelen 3 en 8 van het EVRM aannemelijk maakt, toont zij *prima facie* evenmin aan dat er sprake is van een schending van artikel 13 van het EVRM.

Gelet op wat voorafgaat, besluit de Raad dat de verzoeker niet beschikt over een wettig belang bij de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing.

De ingestelde vordering is in zijn geheel onontvankelijk.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Enig artikel

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op acht augustus tweeduizend zeventien door:

mevr. J. CAMU,

kamervoorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

dhr. S. HUENGES WAJER,

toegevoegd griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. HUENGES WAJER

J. CAMU