

## Arrest

nr. 192 379 van 21 september 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 VOORZITTER VAN DE IIde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X; die verklaart van Surinaamse nationaliteit te zijn, als wettelijk vertegenwoordiger van de minderjarige X, op 16 november 2016 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 30 augustus 2016 tot afgifte van een bevel tot terugbrenging (bijlage 38).

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 14 juli 2017, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 29 augustus 2017.

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. CAMU.

Gehoord de opmerkingen van advocaat S. BUYSSE, die verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat I. FLORIO, die *loco* advocaat C. DECORDIER verschijnt voor de verwerende partij.

### WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

#### 1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1 Op 18 april 2016 dient de verzoekende partij een aanvraag in om toelating tot verblijf op grond van de artikelen 10*bis* en 10*ter* 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 30 augustus 2016 neemt de burgemeester van Eeklo een beslissing tot niet-inaanmerkingneming van een aanvraag voor een machtiging tot verblijf (bijlage 41 *ter*) daar geen actueel medisch getuigschrift werd voorgelegd.

1.3 Op 30 augustus 2016 neemt de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging (hierna: de gemachtigde) een beslissing tot afgifte van een bevel tot

terugbrenging (bijlage 38). Dit is de bestreden beslissing, die op 26 oktober 2016 aan de verzoekende partij ter kennis wordt gebracht en waarvan de motieven luiden als volgt:

*“Afgegeven in toepassing van artikel 118 van het koninklijk besluit van 5 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.*

*in uitvoering van de beslissing van de gemachtigde van de Voor de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie*

*wordt aan C(...) J(...) A(...)*

*geboren te (...), op (...) 1973*

*van Surinaamse nationaliteit,*

*verblijvende te (...).*

*bevel gegeven de genaamde C(...), I(...)-Z(...) S(...)*

*geboren te Nederland, op (...).2011*

*van Suriname nationaliteit!*

*verblijvende te (...),*

*binnen dertig dagen terug te brengen naar de plaats vanwaar hij (zij) gekomen is.*

**REDEN VAN MAATREGEL :**

*Art. 7 al. 1-2 VW van 15.12.1980 : regelmatig verblijf verstreken.*

*Het feit dat beide ouders in België verblijven en beschikken overeen geldig verblijfsdocument geeft niet automatische verblijfsrecht aan de kinderen. Trouwens op 05.10.2015 werd een visum gezinshereniging geweigerd voor bovenvernoemd kind omdat ze met aan de vereiste voorwaarden voldoen. De ouders van betrokkene verkozen echter geen gevolg te geven aan de reden van de weigering van de gezinsherenigingsvisum, De situatie waarin het kind zich nu bevindt ligt dus volledig bij de ouders. Wat betreft artikel 74/13 van de wet: het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven in het gezin kan of zal niet worden geschonden indien de ouders zich in regel stellen met de voorwaarden beschreven in de vreemdelingenwet Er zijn geen aanwijzingen dat haar gezondheidstoestand een bevel tot terugbrenging in de weg staat.*

*Uit het onderzoek van het dossier blijkt dat de vreemdeling geen aanspraak kan maken op enig verblijfsrecht op basis van een andere rechtsgrond. Om deze reden levert de gemachtigde van de Staatssecretaris een bevel tot terugbrenging af.”*

## 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. Onderzoek van het beroep

3.1 In een eerste middel voert de verzoekende partij onder meer de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna; de wet van 29 juli 1991) en van het zorgvuldigheidsbeginsel. In een tweede middel voert ze onder meer de schending aan van artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955 (hierna: het EVRM).

In haar verzoekschrift zet de verzoekende partij onder meer het volgende uiteen:

*“A. Eerste middel : Schending van het art 7 al 1-2 s van de Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (Vreemdelingenwet) ; van de artikelen 2 en 3 van de wet betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van de algemene rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur. meer bepaald het redelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, de motiveringsplicht en de rechten van verdediging.*

## *Manifeste beoordelingsfout Machtsmisbruik en machtsafwending*

1.

*Dat verzoekers van oordeel zijn dat het dd. 26 oktober verzoeker betekende bevel tot terugbrenging t.av totaal onredelijk is, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald de motiverings- en de zorgvuldigheidsplicht en het redelijkheidsbeginsel schendt en er zelfs sprake is van machtsmisbruik, gezien t.a.v. het Kindje I(...)- Z(...) toch onmogelijk een bevel tot terugbrenging kon worden betekend nu deze als een minderjarige abrupt van vader en moeder en zus uit elkaar zal worden gerukt.*

2.

*Dat door verweerder geenszins werd rekening gehouden met de studie van de ouders en de precare situatie van een kind zonder ouders waardoor er schending is van zorgvuldigheidsplicht.*

(...)

3.

*Dat er sprake is van schending van de motiveringsplicht nu geenszins werd gemotiveerd waarom geen rekening dient gehouden te worden met het hoger belang van het kind.*

4.

*Dit verzoeker betekende bevel tot terugbrenging in strijd is met de menselijke waardigheid en het respect voor de fundamentele mensenrechten !!!*

*Dat er dan ook sprake is van machtsmisbruik en machtsafwending.*

*B. Tweede middel : schending van het artikel 8 van het Europees Verdrag tot de bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (ondertekend te Rome op 4 november 1950) : van de artikelen 1, 3, 5, 7 en 9 van het Kinderrechtenverdrag (op 20 november 1989 aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties) en van het proportionaliteitsbeginsel.*

*Dat verzoekers te Eeklo samenwonen een gezin vormen.*

*Dat, als gevolg van het verzoeker betekende bevel tot terugbrenging, verzoekers niet verder kunnen samenwonen en een gezin vormen in België.*

*Dat het verzoeker betekende bevel tot terugbrenging een verregaande ingreep is op het recht op bescherming van het privé- en gezinsleven (schending van het art. 8 EVRM) en op een aantal fundamentele kinderrechten (schending van de artikelen 1, 3, 5 en 9 van het Kinderrechtenverdrag).*

*Dat het kinderrechtenverdrag hiërarchisch hoger staat dan artikel 74/13 Vw en dat derhalve dat elke beslissing van een overheid in het belang van het kind dient genomen.*

*Dat daarnaast volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de te nemen maatregel moet worden getoetst aan de noodzakelijkheid ervan in een democratische samenleving, ni. de proportionaliteit tussen de maatregel en het beoogde doel.*

*Dat geenszins in de bijlage 38 wordt aangeduid welk algemeen belang in gedrang zou komen. Dit klemt des te meer nu aan het andere kindje geen bevel tot terugbrenging werd gegeven.*

*Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aanvaardt dat uitzetting een overheidsinmenging inhoudt op de door het art. 8 E.V.R.M. gewaarborgde rechten zodat moet worden uitgemaakt of de inmenging gerechtvaardigd is onder de tweede paragraaf van dit artikel1.*

*De regels die dit recht beperken dienen overeenkomstig art. 8.2. EVRM:*

*-1. duidelijk te zijn (legaliteit)*

*-2. strekken tot bescherming van legitieme belangen en dus niet gebaseerd zijn op willekeur (legitimiteit)*

*-3. noodzakelijk zijn in een democratische samenleving (noodzakelijkheid).*

*Aan de 3e vereiste is in casu geenszins voldaan, integendeel. (uitwijzing).*

*Uit het recht op eerbiediging van het gezinsleven vloeit overigens niet alleen een plicht voort voor de overheid om zich van inmenging in het gezinsleven te onthouden, maar ook een actieve verplichting, met name die maatregelen nemen die inherent zijn aan een effectieve eerbiediging van het gezinsleven (J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), Handboek EVRM, Deel 2*

*Artikelsgewijze commentaar, Volume 1., p.740).*

*Terzake dient gewezen op het feit dat Straatsburg - in een gelijkaardige zaak - erkent dat, gelet op het recht op eerbiediging van het gezinsleven, de terugwijzing van een persoon uit een land waar zijn naaste familie woont, verdragsonverenigbaar kan zijn.*

*Verzoeker wordt door de bestreden beslissing ontrukt uit het gezinsleven die zij hebben met zijn vrouw en kinderen.*

*Dat dit in strijd is met de menselijke waardigheid en het respect voor de fundamentele mensenrechten. Dat een scheiding van België een ernstige schending inhoudt van het artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend op 4 november 1950 te Rome en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955.*

*Dat de verzoeker betekende beslissing niet noodzakelijk is in een democratische samenleving of in het belang van de openbare orde Het kind is geen gevaar voor onze maatschappij.*

*Dat er geen enkele grondige afweging is gebeurd tussen enerzijds het leed welke bij verzoeker wordt veroorzaakt door het feit dat het kind het land dient te verlaten en het door verweerder nagestreefde legitieme doel (belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.*

*Verzoeker is van oordeel dat er in casu wel degelijk schending is van zijn privé-en gezinsleven .*

*Verzoeker wil verwijzen naar het arrest van de Raad van State dd. 21 maart 20062*

*Dat er telkens de belangen moeten worden afgewogen tussen enerzijds de bescherming van de openbare orde en anderzijds het recht op een familieleven.*

*In concreto betekend dit dat de uitwijzende staat een groter voordeel moet hebben bij de uitwijzing dan het nadeel dat betrokkene hierdoor ondervindt3.*

*Dat de beslissing tot terugbrenging (bijlage 38), genomen ten aanzien van I(...) -Z(...) S(...) C(...), in deze benadering niet gerechtvaardigd/proportioneel is, daar deze enkel als gevolg heeft dat zij van verzoekers voor onbepaalde tijd gescheiden wordt en dat de overheid geen enkel voordeel heeft bij het nemen van dergelijke beslissing.*

*(...)"*

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

*"In een eerste middel beroept verzoekende partij zich op een schending van:*

- Artikel 7, alinea 1 – 2 van de Vreemdelingenwet,*
- Artikelen 2 en 3 van de Wet dd. 29.07.1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen,*
- Het redelijkheidsbeginsel,*
- Het zorgvuldigheidsbeginsel,*
- De (materiële) motiveringsplicht,*
- De rechten van verdediging.*

*Er zou tevens sprake zijn van een manifeste beoordelingsfout, machtsmisbruik en machtsafwendings.*

*Ter ondersteuning houdt verzoekende partij voor als zou het kind als een minderjarige abrupt van vader en moeder en zus uit elkaar worden gerukt: er zou geen rekening zijn gehouden met de studie van de ouders en de precaire situatie van een kind zonder ouders. Er zou geen rekening zijn gehouden met het hoger belang van het kind.*

*Betreffende de vermeende schending van art. 2 en 3 van de Wet van 29.07.1991, artikelen die de formele motiveringsplicht betreffen, laat de verweerder gelden dat bij lezing van het inleidend verzoekschrift van verzoekende partij blijkt dat zij daarin niet enkel inhoudelijke kritiek levert, maar er*

ook in slaagt de motieven vervat in de in casu bestreden beslissing weer te geven en daarbij blijkt geeft kennis te hebben van de motieven vervat in de bestreden beslissing.

De verweerder is van oordeel dat o.b.v. deze vaststelling dient te worden besloten dat verzoekende partij het vereiste belang ontbeert bij de betrokken kritiek (cf. R.v.St. nr. 47.940, 14.6.1994, Arr. R.v.St. 1994, z.p.).

Verder laat de verweerder gelden dat:

- verzoekende partij tevens de schending aanvoert van de materiële motiveringsplicht,
- het tegelijk aanvoeren van een schending van de formele én de materiële motiveringsplicht niet mogelijk is, nu het eventuele gebrek aan deugdelijke formele motivering het de betrokkene onmogelijk maakt uit te maken of de materiële motiveringsplicht geschonden is (R. v. St. nr. 93.123 dd. 20.12.2001),
- wanneer verzoekende partij in staat zou zijn een schending van de materiële motiveringsverplichting aan te voeren, dit betekent dat van een eventuele schending van de formele motiveringsplicht geen gevolgen werden ondervonden.

De verweerder zal dan ook nog slechts repliceren in zoverre verzoekende partij de schending van de materiële motiveringsplicht aanvoert.

In tegenstelling tot wat verzoekende partij voorhoudt is er wel degelijk rekening gehouden met het hoger belang van het kind. De gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging was evenwel van mening dat het hoger belang niet geschonden kon worden geacht gezien de ouders verantwoordelijk zijn voor de situatie waarin het kind zich nu bevindt. De ouders hebben geen gevolg gegeven aan de reden van de weigering van de gezinsherenigingsvisum, en moeten thans aldus de gevolgen dragen.

De gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging is terecht van mening dat het hoger belang van het kind niet kan en zal geschonden worden indien de ouders zich in regel stellen met de voorwaarden beschreven in de vreemdelingenwet: het is aldus niet de in casu bestreden beslissing doch wel de handelingen van de ouders die zouden kunnen zorgen voor een schending van het hoger belang van het kind.

Door de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging werd terecht een bevel tot terugbrenging afgeleverd: op 30.08.2016 werd er namelijk een beslissing tot niet-inaanmerkingneming van een aanvraag om machtiging tot verblijf aan verzoekende partij afgeleverd. Verzoekende partij bevond zich dan ook in de voorwaarden van artikel 7, alinea 1 – 2 van de Vreemdelingenwet gezien het regelmatig verblijf was verstreken.

De verweerder stelt tot slot vast dat nergens in de toelichting bij het middel nader wordt ingegaan op de, blijkens de opgave van beweerdelijk geschonden rechtsregels, door verzoekende partij nochtans voorgehouden schending van de rechten van verdediging, de manifeste beoordelingsfout, het machtsmisbruik en machtsafwendings.

Bij gebreke van een weergave in de toelichting van het middel van de wijze waarop de door verzoekende partij vermelde rechtsregel zou zijn geschonden, kan de verweerder zich desbetreffend niet met kennis van zaken verdedigen, zodat het middel vanuit het oogpunt van de opgeworpen schending van deze rechtsregel naar het oordeel van laatstgenoemde om die reden als onontvankelijk dient te worden beschouwd (R.v.St. nr. 39.750, 18.6.1992, Arr. R.v.St. 1992, z.p.).

De beschouwingen van de verzoekende partij falen in rechte.

De verweerder merkt op dat de gemachtigde van de Staatssecretaris geheel terecht, en binnen de hem ter zake toebedeelde bevoegdheid, oordeelde dat er aan verzoekende partij een bevel tot terugbrenging diende te worden afgeleverd.

De gemachtigde van de Staatssecretaris handelde daarbij na grondig onderzoek van de elementen die de concrete situatie van de verzoekende partij daadwerkelijk kenmerken, en conform de ter zake toepasselijke rechtsregels.

*De in casu bestreden beslissing werd rechtmatig genomen, zonder miskennis van de zorgvuldigheidsverplichting en het redelijkheidsbeginsel waarvan verzoekende partij de schending aanvoert.*

*Het eerste middel is onontvankelijk, minstens ongegrond. Het kan niet worden aangenomen.*

## *2.2. Betreffende het tweede middel*

*In een tweede middel beroept verzoekende partij zich op een schending van:*

- artikel 8 EVRM,*
- artikelen 1, 3, 5, 7 en 9 van het Kinderrechtenverdrag,*
- het proportionaliteitsbeginsel.*

*Vooreerst stelt de verwerende partij vast dat verzoekers in de toelichting van het tweede middel in gebreke blijven in te gaan op verschillende van de nochtans door hen opgeworpen schendingen, met name van de ingeroepen artikelen van het Kinderrechtenverdrag.*

*Bij gebreke van een weergave in de toelichting van het middel van de wijze waarop de door verzoekers vermelde rechtsregels zouden zijn geschonden, kan de verwerende partij zich desbetreffend niet met kennis van zaken verdedigen.*

*Ook indien in de toelichting van het tweede middel door verzoekende partij slechts op een zeer algemene wijze wordt ingegaan op bepaalde rechtsregels, is het de verwerende partij op basis daarvan niet duidelijk hoe deze volgens verzoekende partij door het nemen van de bestreden beslissing concreet zijn geschonden, zodat het middel in dit opzicht hoe dan ook niet ontvankelijk is (cf. R.v.St. nr. 46.649, 25.3.1994, R.A.C.E. 1994, z.p.; R.v.St. nr. 39.750, 18.6.1992, Arr. R.v.St. 1992, z.p.).*

*Uit het voorgaande volgt dat het middel vanuit het oogpunt van de opgeworpen schendingen dewelke niet – naar behoren – worden toegelicht, naar het oordeel van de verwerende partij om die reden als onontvankelijk dient te worden beschouwd (R.v.St. nr. 39.750, 18.6.1992, Arr. R.v.St. 1992, z.p.).*

*Betreffende de vermeende schending van de artikelen van het Internationaal Verdrag dd. 20.11.1989 voor de Rechten van het Kind, laat de verwerende partij gelden dat dit Verdrag geen directe werking heeft en dat verzoekende partij zich er derhalve niet met gunstig gevolg kunnen op beroepen (zie ook R.v.St. nr. 100.509 dd. 31.10.2001).*

*Immers volstaan de verdragsbepalingen op zichzelf niet om toepasbaar te zijn zonder dat verdere reglementering met het oog op precisering of vervollediging noodzakelijk is.*

*De verdragsbepalingen zijn geen duidelijke en juridisch volledige bepalingen die de verdragspartijen hetzij een onthoudingsplicht hetzij een plicht om op een welbepaalde wijze te handelen, oplegt. Aan het Verdrag dient derhalve een directe werking te worden ontzegd.*

*Verzoekende partij maakt met haar summiere beschouwingen geenszins aannemelijk dat het bevel tot terugbrenging onwettig zou zijn afgeleverd.*

*Zij beroept zich op een schending van artikel 8 EVRM, gezien verzoekende partij niet verder kan samenwonen als gezin in België.*

*De verweerder laat gelden dat in casu geen toetsing aan de hand van artikel 8, tweede lid EVRM dient te gebeuren.*

*Immers heeft de verzoekende partij voor de eerste keer om toelating verzocht en betreft de bestreden beslissing geen weigering van een voortgezet verblijf.*

*Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna afgekort EHRM) is van oordeel dat er geen inmenging is en derhalve geen toetsing aan de hand van het tweede lid van artikel 8 EVRM dient te gebeuren indien het om een eerste toelating gaat.*

*In dit geval moet er volgens het EHRM onderzocht worden of er een positieve verplichting is voor de staat om het recht op privé- en/of familie- en gezinsleven te handhaven en te ontwikkelen (EHRM 28*

november 1996, Ahmut/Nederland, § 63; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 38). Dit geschiedt aan de hand van de 'fair balance'-toets. Als na deze toets uit de belangenafweging blijkt dat er een positieve verplichting voor de staat is, dan is er schending van artikel 8 van het EVRM (EHRM 17 oktober 1986, Rees/The United Kingdom, § 37).

*"Teneinde de omvang van de verplichtingen die voor een Staat uit artikel 8, eerste lid van het EVRM voortvloeien te bepalen, dient in de eerste plaats te worden nagegaan of er hinderpalen worden aangevoerd voor het uitbouwen of het verderzetten van een normaal en effectief gezinsleven elders. Zolang er geen hinderpalen kunnen worden vastgesteld voor het leiden van een gezinsleven elders, zal er geen sprake zijn van een gebrek aan eerbiediging van het gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM."*

(zie onder andere R.v.V. nr. 71 430 van 7 december 2011)

*In casu toont de verzoekende partij niet aan dat zij het voorgehouden gezinsleven niet elders kan leiden. De ouders en het zusje kunnen verzoekende partij tijdelijk vergezellen bij een terugkeer naar het land van herkomst, doch kunnen haar ook tijdelijk in het land van herkomst laten opvangen door een derde (wat wellicht ook reeds is gebeurd in de periode voorafgaand aan haar komst naar België). Het gezinsleven kan vervolgens tijdelijk worden onderhouden middels het gebruik van moderne communicatietechnologieën.*

*"In casu wijst de verzoeker slechts op het gegeven dat hij 'inmiddels een duurzame relatie onderhoudt met de Belgische onderdaan mevrouw H.S.D., met wie hij reeds geruime tijd samenwoont', doch laat hij na concrete hinderpalen aan te voeren voor het uitbouwen of het verderzetten van een normaal en effectief gezinsleven met zijn Belgische partner elders.*

*(...)*

*De bestreden beslissing verhindert niet dat zijn partner hem bezoekt in het land van herkomst of elders. Verder kunnen moderne communicatietechnologieën de verzoeker in staat stellen om tijdens de scheiding in nauw contact te blijven met zijn partner en de banden met haar verder te onderhouden (EHRM 26 juni 2014, nr. 71398/12, M.E. v. Zweden, par. 100)" (R.v.V. nr. 141.063 dd. 16.03.2015)*

*Aldus kan de opgeworpen schending van artikel 8 EVRM niet worden aangenomen.*

*Voorts, en dit geheel ten overvloede merkt de verweerder op dat het EHRM inzake immigratie er bij diverse gelegenheden aan heeft herinnerd dat het EVRM als dusdanig geen enkel recht voor een vreemdeling waarborgt om het grondgebied van een staat waarvan hij geen onderdaan is, binnen te komen of er te verblijven (EHRM 15 juli 2003, Mokrani/Frankrijk, § 23; EHRM 26 maart 1992, Beldjoudi/Frankrijk, § 74; EHRM 18 februari 1991, Moustaquim/België, § 43). Artikel 8 van het EVRM kan evenmin zo worden geïnterpreteerd dat het voor een Staat de algemene verplichting inhoudt om de door vreemdelingen gemaakte keuze van de staat van gemeenschappelijk verblijf te respecteren en om de gezinshereniging op zijn grondgebied toe te staan (EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 39). Met toepassing van een vaststaand beginsel van internationaal recht is het immers de taak van de Staat om de openbare orde te waarborgen en in het bijzonder in de uitoefening van zijn recht om de binnenkomst en het verblijf van niet-onderdanen te controleren (EHRM 12 oktober 2006, Mubanzila Mayeka en Kaniki Mitunga/België, § 81; EHRM 18 februari 1991, Moustaquim/België, § 43; EHRM 28 mei 1985, Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk, § 67). De Staat is dus gemachtigd om de voorwaarden hiertoe vast te leggen. De minister kan oordelen dat het belang van de staat voorrang heeft op dat van de vreemdeling die hier onwettig verblijft (zie R.v.St. nr. 40.061, 28.07.1992, R.A.C.E. 1992, z.p.).*

*Art. 8 EVRM staat een rechtmatige toepassing van de Vreemdelingenwet dan ook niet in de weg (zie ook Raad van State nr. 99.581 dd. 09.10.2001 en Raad voor Vreemdelingenbetwistingen nr. 1493 dd. 30.08.2007).*

*Bovendien werd reeds geoordeeld dat een tijdelijke verwijdering om reden dat de vreemdeling niet in het bezit is van die documenten geenszins strijdig is met dit verdragsartikel (zie R.v.St. nr. 48.653, 20.07.1994, Arr. R. v. St. 1994, z.p.; R.v.St. nr. 42.039, 22.02.1993, Arr. R. v. St. 1993, z.p.)*

*De bestreden beslissing heeft inderdaad niet tot gevolg dat de verzoekende partij definitief van haar ouders wordt gescheiden, doch enkel dat zij tijdelijk het land dient te verlaten met de mogelijkheid er terug te keren nadat zij zich in het bezit zal hebben gesteld van de nodige documenten voor een*

*regelmatige binnenkomst in het Rijk. Het is overigens aan de ouders om zich in regel te stellen met de voorwaarden beschreven in de Vreemdelingenwet.*

*De bestreden beslissing houdt geen absoluut verbod in om het Belgisch grondgebied binnen te komen en er te verblijven, de verzoekende partij dient evenwel te voldoen aan de door de Vreemdelingenwet opgelegde binnenkomst- en verblijfsvereisten (zie ook R.v.St. nr.170.806 dd. 04.05.2007, R.v.V. nr. 4.070 dd. 27.11.2007).*

*“Het bestreden bevel leidt niet noodzakelijk tot een definitieve verwijdering. Het heeft enkel tot gevolg dat verzoeker tijdelijk het land dient te verlaten met de mogelijkheid terug te keren op het ogenblik dat voldaan is aan in de vreemdelingenwet bepaalde vereisten. Het bestreden bevel sluit niet uit dat de verzoeker de opheffing van het hiermee gepaarde inreisverbod vraagt op grond van artikel 74/12 van de vreemdelingenwet en vervolgens een visum aanvraagt met het oog op eventuele gezinshereniging in België.*

*De tijdelijke scheiding met het oog op het vervullen van de noodzakelijke formaliteiten ter voldoening van de wettelijke bepalingen, verstoort het gezinsleven van de verzoeker niet in die mate dat er sprake kan zijn van een schending van artikel 8 van het EVRM.” (R.v.V. nr. 150.973 dd. 18.08.2015)*

*De schending van art. 8 EVRM wordt dan ook niet aannemelijk gemaakt.*

*De beschouwingen van de verzoekende partij falen in rechte.*

*De uiteenzetting van verzoekende partij kan niet leiden tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing, die slechts kan worden uitgesproken voor zover zou zijn aangetoond als zou de bestreden beslissing een hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm overtreden, hetzij een overschrijding of afwending van de macht inhouden.*

*Het tweede middel kan evenmin worden aangenomen.”*

3.3 Artikel 8 van het EVRM bepaalt als volgt:

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

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

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

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

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



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

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

De Raad merkt in dit verband op dat artikel 74/13 van de vreemdelingenwet luidt als volgt:

*"Bij het nemen van een beslissing tot verwijdering houdt de minister of zijn gemachtigde rekening met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land."*

Artikel 74/13 van de vreemdelingenwet weerspiegelt in deze zin hogere rechtsnormen, zoals artikel 8 van het EVRM en artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag. Deze bepaling vormt de omzetting van artikel 5 van de richtlijn 2008/115/EU van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (hierna: de Terugkeerrichtlijn) en dient richtlijnconform te worden toegepast. Het Hof van Justitie stelt in deze dat wanneer de bevoegde nationale autoriteit voornemens is een terugkeerbesluit te nemen, zij dus aan de door artikel 5 van de Terugkeerrichtlijn opgelegde verplichtingen dient te voldoen en zij de betrokkene daarover moet horen (HvJ 11 december 2014, C-249/13, Boudjlida, par. 49). Artikel 74/13 van de vreemdelingenwet maakt derhalve een individueel onderzoek noodzakelijk zodat wordt gewaarborgd dat de verwerende partij, ook in het kader van een gebonden bevoegdheid, bij het nemen van een verwijderingsbeslissing rekening houdt met welbepaalde fundamentele rechten, met name het belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken vreemdeling. Het is aan de verwerende partij om in het kader van dit onderzoek de vreemdeling vervolgens in de mogelijkheid te stellen om de nodige elementen en standpunten kenbaar te maken. De Raad wijst tevens op de toepasselijkheid van artikel 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie aangezien het bestreden bevel een tenuitvoerlegging is van de Terugkeerrichtlijn (HvJ 26 februari 2013, C-617/10, Akerberg, pt. 21).

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

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

het algemeen belang van de Belgische samenleving bij het voeren van een migratiebeleid en het handhaven van de openbare orde.

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

De verzoekende partij betoogt dat het minderjarig kind abrupt van vader en moeder en zus uit elkaar zal worden gerukt en dat door de gemachtigde geenszins rekening werd gehouden met de situatie van de ouders en de precare situatie van een kind zonder ouders. Ze stelt dat als gevolg van het bestreden bevel ze niet verder kunnen samenwonen en een gezin vormen in België. De verzoekende partij geeft in dit verband tevens aan dat het ander (minderjarig) kind geen bevel tot terugbrenging werd gegeven.

De Raad stelt vast dat het bestaan van het voornoemd gezinsleven geenszins wordt betwist door de gemachtigde noch door de verwerende partij in haar nota met opmerkingen.

De verwerende partij betwist evenwel het betoog dat geen rekening zou zijn gehouden met het hoger belang van het kind en wijst op de overwegingen in de bestreden beslissing. De verwerende partij stelt dat het aldus niet de *in casu* bestreden beslissing is doch wel de handelingen van de ouders zijn die zouden kunnen zorgen voor een schending van het hoger belang van het kind.

*In casu* oordeelt de gemachtigde dat het feit dat beide ouders in België verblijven en beschikken over een geldig verblijfsdocument niet automatisch verblijfsrecht geeft aan de kinderen. Er wordt in de bestreden beslissing op gewezen dat op 05.10.2015 een visum gezinshereniging werd geweigerd voor bovenvernoemd kind omdat ze niet aan de vereiste voorwaarden voldoen. De gemachtigde stelt dat de ouders van betrokkene echter verkozen geen gevolg te geven aan de reden van de weigering van de gezinsherenigingsvisum en dat de situatie waarin het kind zich nu bevindt dus volledig bij de ouders ligt. Wat artikel 74/13 van de vreemdelingenwet betreft wordt gesteld dat het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven in het gezin niet kan of zal worden geschonden indien de ouders zich in regel stellen met de voorwaarden beschreven in de vreemdelingenwet.

De Raad stipt aan dat de Staat die de aanwezigheid van een vreemdeling op zijn grondgebied duldt, het mogelijk maakt dat die vreemdeling deel uitmaakt van de samenleving van het gastland, daar relaties heeft en een gezin vormt. Dit brengt evenwel niet automatisch met zich mee dat op de autoriteiten van de Staat een verplichting rust om de vreemdeling toe te staan zich te vestigen in hun land, zelfs niet indien er sprake is van een gezinsleven als een *fait accompli*. (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 103).

Wanneer een verdragsstaat de aanwezigheid van een vreemdeling op haar grondgebied gedooft wat het mogelijk maakt om een beslissing op een verblijfsaanvraag of de beslissing inzake een beroep tegen een weigeringsbeslissing of de beslissing op een nieuwe verblijfsaanvraag af te wachten, stelt de verdragsstaat de vreemdeling in staat om deel te nemen aan het maatschappelijk leven in het gastland, om relaties aan te knopen en om een familieleven te scheppen. Hieruit volgt echter niet automatisch dat artikel 8 van het EVRM de overheden van het gastland de verplichting oplegt om de verzoekende partij toe te staan zich te vestigen in het gastland. In dezelfde zin, het confronteren van de overheden van een gastland met een gezinsleven als een *fait accompli* houdt niet in dat die overheden, als gevolg daarvan, verplicht zijn om de vreemdeling toe te laten zich te vestigen in het land. (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 103). In haar rechtspraak heeft het Hof geoordeeld dat, in het algemeen, personen in een dergelijke situatie geen aanspraak ontwikkelen op de toekenning van een verblijfsrecht (zie EHRM (Besliss.) 13 mei 2003, Chandra en anderen t. Nederland, nr. 53102/99.; EHRM (Besliss.) 5 april 2005, Benamar t. Nederland, nr. 43786/04 ; EHRM (Besliss.) 6 juli 2006, Priya t. Denemarken, nr. 13594/03 ; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland, nr. 50435/99, § 43, ECHR 2006-I; EHRM (Besliss.) 31 juli 2008, Darren Omoregie en anderen t. Noorwegen, nr. 265/07, § 64, en B.V. t. Zweden (Besliss.) 13 november 2012, nr. 57442/11).

Het is vaststaande rechtspraak van het EHRM dat wanneer een Verdragsluitende staat wordt geconfronteerd met een *fait accompli* scenario, de uitwijzing van het familielid met vreemde nationaliteit enkel in uitzonderlijke situaties een schending van artikel 8 van het EVRM uitmaakt. (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), §108 en 114).

Indien er kinderen betrokken zijn moeten hun belangen in overweging worden genomen (zie EHRM 1 december 2005, Tuquabo-Tekle en anderen t. Nederland, nr. 60665/00, § 44, 1; mutatis mutandis, EHRM19 januari 2012, Popov t. Frankrijk, nrs. 39472/07 en 39474/07, §§ 139-140; EHRM 6 juli 2010, Neulinger en Shuruk t. Zwitserland, nr. 41615/07, § 135; en EHRM (Grote Kamer) 26 november 2013, X t. Letland, nr. 27853/09, § 96) (§ 109). Het belang van het kind vormt de eerste overweging in de belangenafweging. Hoewel het hoger belang van het kind op zichzelf niet beslissend is, moet hieraan wel een belangrijk gewicht worden toegekend. Dienaangaande moeten nationale beslissingsorganen bij afweging van de belangen van kinderen teneinde daadwerkelijke bescherming te verschaffen en voldoende gewicht aan de belangen van de rechtstreeks betrokken kinderen te geven, alle elementen van bewijs toetsen ten aanzien van de praktische gevolgen, de haalbaarheid en de evenredigheid van de verwijdering van het kind met vreemde nationaliteit. In het arrest Jeunesse/Nederland (GK) neemt het Hof dienaangaande in essentie de voormelde principes in overweging om na te gaan of er uitzonderlijke omstandigheden zijn die een positieve verplichting voor het gastland teweegbrengen: i) nationaliteit en verblijfsstatus van de gezinsleden ii) aan/afwezigheid van inbreuken op wetgeving in het gastland of andere elementen van immigratiecontrole of openbare orde iii) aan/afwezigheid van onoverkomelijke hindernissen voor de ouder met vreemde nationaliteit om het gezinsleven in het land van oorsprong voort te zetten iv) de mate waarin het gezinsleven wordt verscheurd en de impact op de kinderen van de verwijdering van de ouder v) de band tussen de vreemdeling, gezinsleden en het gastland/land van oorsprong).

Hoewel het bestuur oog heeft gehad voor de situatie van het minderjarig kind is het toch tekort geschoten in zijn belangenafweging. Door louter te stellen dat de situatie waarin het kind zich nu bevindt volledig bij de ouders ligt en dat indien de ouders zich in de regel stellen met de voorwaarden in de vreemdelingenwet er geen schending zal zijn van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet, blijkt geenszins dat de gemachtigde rekening heeft gehouden met de concrete omstandigheden, met name onder meer de jonge leeftijd van het minderjarig kind, het gegeven dat ten aanzien van de andere minderjarige dochter geen bevel tot terugbrenging werd genomen en de mate waarin zij afhankelijk is van haar ouders met legaal verblijf in België, de situatie voor het kind in het land van herkomst. Ook de loutere verwijzing naar eerder geweigerde aanvragen omdat niet werd voldaan aan de vereiste voorwaarden kan niet volstaan in het licht van de vereiste zorgvuldige belangenafweging in het kader van artikel 8 van het EVRM. De motieven waarop de genoemde eerdere verblijfsweigeringsbeslissing is gebaseerd, kunnen immers niet zonder meer worden overgenomen in het kader van de bestreden verwijderingsbeslissing. Het gegeven dat een visum gezinshereniging werd geweigerd op 5 oktober 2012 omwille van het gebrek aan stabiele, toereikende en regelmatige bestaansmiddelen, laat de gemachtigde niet toe voorbij te gaan aan het gezinsleven dat heden bestaat en stelt hem niet vrij om daaromtrent een zorgvuldige belangenafweging te maken. Zulke belangenafweging dient immers ook te gebeuren wanneer er nog geen of geen verblijfsrecht meer is (cf. RvS 27 mei 2015, nr. 231.356).

Zodoende blijkt uit de bestreden beslissing in het geheel niet dat de gemachtigde is overgegaan tot het doorvoeren van de voormelde in het kader van artikel 8 van het EVRM vereiste grondige belangenafweging en kan slechts worden vastgesteld dat de gemachtigde niet is tegemoetgekomen aan de zorgvuldigheidsplicht die hem in het licht van artikel 8 van het EVRM wordt opgelegd. De Raad benadrukt dat hij ook zelf niet tot deze belangenafweging kan overgaan zonder zich in de plaats van het bestuur te stellen (cf. RvS 26 juni 2014, nr. 227.900).

Waar de verwerende partij in haar nota met opmerkingen nog ingaat op een vermeende schending van artikel 8 van het EVRM en onder meer stelt dat de verzoekende partij niet aantoonbaar is dat zij het voorgehouden gezinsleven niet elders kan leiden en dat de ouders en het zusje haar tijdelijk kunnen vergezellen naar het land van herkomst dient de Raad vast te stellen dat dit een *a posteriori* motivering betreft die niet vermogen het gebrek aan een zorgvuldige concrete afweging die vereist is in het licht van artikel 8 van het EVRM voor het nemen van de bestreden beslissing te herstellen. De overwegingen in de nota met opmerkingen aangaande artikel 8 van het EVRM bevinden zich niet in de bestreden beslissing en evenmin blijkt dergelijke concrete afweging in het administratief dossier voorafgaandelijk aan de beslissing.

Een schending van de zorgvuldigheidsplicht in het licht van artikel 8 van het EVRM wordt zodoende aannemelijk gemaakt.

3.4 Het eerste en tweede middel zijn in de aangegeven mate gegrond. Deze vaststelling leidt tot de vernietiging van de bestreden beslissing. De overige aangevoerde schendingen behoeven geen verder onderzoek.

**OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:**

**Enig artikel**

De beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 30 augustus 2016 tot afgifte van een bevel tot terugbrenging wordt vernietigd.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op eenentwintig september tweeduizend zeventien door:

mevr. J. CAMU,

kamervoorzitter,

mevr. C. VAN DEN WYNGAERT,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

C. VAN DEN WYNGAERT

J. CAMU