

Arrest

nr. 196 465 van 12 december 2017
in de zaak RvV X / II

In zake: X

Gekozen woonplaats: Ten kantore van advocaat D. GEENS
Lange Lozanastraat 24
2018 ANTWERPEN

tegen:

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

DE VOORZITTER VAN DE IIE KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Azerbeidzjaanse nationaliteit te zijn, en X, die verklaart van Pakistaanse nationaliteit te zijn, in eigen naam en als wettelijke vertegenwoordigers van hun minderjarige kinderen X, X, X en X, op 8 december 2017 hebben 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 4 december 2017 tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering (bijlage 13septies).

Gezien titel I *bis*, hoofdstuk 2, afdeling IV, onderafdeling 2, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

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 8 december 2017, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 11 december 2017.

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. CAMU.

Gehoord de opmerkingen van advocaat D. GEENS die verschijnt voor de verzoekende partijen en van advocaat M. DUBOIS, die *loco* advocaat E. MATTERNE verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

Op 10 december 2012 dienden de verzoekende partijen een asielaanvraag in.

Op 14 oktober 2013 nam de Commissaris-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen een beslissing tot weigering van de vluchtelingenstatus en tot weigering van de subsidiaire beschermingsstatus. Tegen deze beslissing dienden de verzoekende partijen een beroep tot nietigverklaring in bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna verkort de Raad). Dit beroep werd door de Raad verworpen bij arrest nr. 116 474 van 6 januari 2014.

Op 27 augustus 2014 dienden de verzoekende partijen een tweede asielaanvraag in. Op 5 november 2014 nam de Commissaris-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen de beslissing tot weigering van inoverwegingname van een meervoudige asielaanvraag. Tegen deze beslissing dienden de verzoekende partijen een beroep tot nietigverklaring in bij de Raad. Dit beroep werd door de Raad verworpen bij arrest nr. 135 753 van 22 december 2014.

Op 11 mei 2016 dienden de verzoekende partijen een aanvraag om machtiging tot verblijf in, in toepassing van artikel 9ter 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 12 oktober 2016 nam de verwerende partij de beslissing waarbij de voormelde aanvraag om machtiging tot verblijf in toepassing van artikel 9ter van de vreemdelingenwet onontvankelijk werd verklaard. Tegen deze beslissing dienden de verzoekende partijen een vordering tot schorsing en een beroep tot nietigverklaring in bij de Raad. Dit beroep is hangende.

Eveneens op 12 oktober 2016 nam de verwerende partij een bevel om het grondgebied te verlaten ten aanzien van de verzoekende partij. Ook tegen deze beslissing dienden de verzoekende partijen een vordering tot schorsing en een beroep tot nietigverklaring in. Ook dit beroep is hangende.

Door de verwerende partij werd meermaals beslist om een bijkomende termijn te geven aan de verzoekende partijen om het grondgebied te verlaten. Een laatste maal tot 2 december 2017.

Op 4 december 2017 nam de verwerende partij een bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering ten aanzien van de verzoekende partijen.

Eveneens op 4 december 2017 nam de verwerende partij de beslissing tot het opleggen van een inreisverbod voor de duur van drie jaar ten aanzien van de verzoekende partijen.

Op 8 december 2017 dienden elk van de verzoekende partijen een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in van de tenuitvoerlegging van de beslissingen van 4 december 2017 houdende een bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering. De thans bestreden beslissing is het bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering genomen ten aanzien van de eerste verzoekende partij en de minderjarige kinderen.

Eveneens op 8 december 2017 dienden de verzoekende partijen een vordering tot het horen bevelen van voorlopige maatregelen bij uiterst dringende noodzakelijkheid in van de beslissing 12 oktober 2016 waarbij de aanvraag om machtiging tot verblijf in toepassing van artikel 9ter van de vreemdelingenwet onontvankelijk wordt verklaard.

2. Onderzoek van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

2.1. De drie cumulatieve voorwaarden

Artikel 43, § 1, eerste lid van het procedurereglement van de Raad (hierna: het PR RvV) bepaalt dat, indien de uiterst dringende noodzakelijkheid wordt aangevoerd, de vordering een uiteenzetting van de feiten dient te bevatten die deze uiterst dringende noodzakelijkheid rechtvaardigen.

Verder kan overeenkomstig artikel 39/82, § 2, eerste lid van de vreemdelingenwet slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van een administratieve rechtshandeling worden besloten indien er ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen

verantwoorden en op voorwaarde dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Uit het voorgaande volgt dat, opdat een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden ingewilligd, de drie voornoemde voorwaarden cumulatief moeten zijn vervuld.

2.1. Betreffende de eerste voorwaarde: het uiterst dringende karakter

2.1.1. De interpretatie van deze voorwaarde

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid voorzien in artikel 39/82, § 1, derde lid van de vreemdelingenwet, is erop gericht te verhinderen dat de gewone schorsing en, *a fortiori*, de vernietiging, hun effectiviteit verliezen (cf. RvS 13 augustus 1991, nr. 37 530).

Artikel 43, § 1 van het PR RvV dat, indien de uiterst dringende noodzakelijkheid wordt aangevoerd, de vordering een uiteenzetting van de feiten dient te bevatten die deze uiterst dringende noodzakelijkheid rechtvaardigen.

Gelet op het zeer uitzonderlijk en zeer ongewoon karakter van de uiterst dringende procedure tot schorsing van de tenuitvoerlegging van een administratieve rechtshandeling waarin de vreemdelingenwet voorziet en op de stoornis die zij in het normaal verloop van de rechtspleging voor de Raad teweegbrengt, waarbij onder meer de rechten van verdediging van de verwerende partij tot een strikt minimum zijn teruggebracht, moet de uiterst dringende noodzakelijkheid van de schorsing duidelijk worden aangetoond, dit wil zeggen dat ze klaarblijkelijk en - op het eerste gezicht onbetwistbaar - moet zijn.

Om te voldoen aan die voorwaarde, moeten feiten en gegevens worden aangebracht of moeten uit het verzoekschrift of uit het administratief dossier gegevens blijken, die direct aannemelijk maken dat de gevraagde schorsing, wil zij enig nuttig effect sorteren, onmiddellijk bevolen moet worden.

2.1.2. De beoordeling van de voorwaarde van het uiterst dringend karakter

Het uiterst dringend karakter wordt niet betwist door de verwerende partij.

In casu zijn de verzoekende partijen van hun vrijheid beroofd met het oog op hun verwijdering. Zij worden momenteel vastgehouden in een FITT-woning in Tubize. Zij maken aldus het voorwerp uit van een verwijderingsmaatregel waarvan de tenuitvoerlegging imminent is. Het staat dus vast dat de schorsing van de tenuitvoerlegging volgens de gewone schorsingsprocedure te laat zal komen en derhalve niet effectief zal zijn.

De verzoekende partijen hebben alert en diligent gereageerd. Zo hebben verzoekende partijen een beroep ingediend binnen de schorsende termijn van 5 dagen, een termijn die voortvloeit uit een samenlezing van de artikelen 39/82, § 4, tweede lid, en 39/57, derde lid, van de vreemdelingenwet.

Aan de eerste cumulatieve voorwaarde is bijgevolg voldaan.

2.2. Betreffende de tweede voorwaarde: de ernst van de aangevoerde middelen

2.2.1. De interpretatie van deze voorwaarde

Overeenkomstig artikel 39/82, § 2 van de vreemdelingenwet kan slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten indien ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en indien de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Onder "middel" wordt begrepen de voldoende duidelijke omschrijving van de overtreden rechtsregel en van de wijze waarop die rechtsregel door de bestreden beslissing wordt geschonden (RvS 17 december 2004, nr. 138.590; RvS 4 mei 2004, nr. 130.972; RvS 1 oktober 2006, nr. 135.618).

Opdat een middel ernstig zou zijn, volstaat het dat het op het eerste gezicht, en gelet op de toedracht van de zaak, ontvankelijk en gegrond zou kunnen worden verklaard en derhalve kan leiden tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing.

Daarenboven volgt uit artikel 39/82, § 4, vierde lid van de vreemdelingenwet dat in het kader van de procedure in uiterst dringende noodzakelijkheid *“De kamervoorzitter of de rechter in vreemdelingenzaken een zorgvuldig en nauwgezet onderzoek [doet] van alle bewijsstukken die hem worden voorgelegd, inzonderheid die welke van dien aard zijn dat daaruit blijkt dat er redenen zijn om te geloven dat de uitvoering van de bestreden beslissing de verzoeker zou blootstellen aan het risico te worden onderworpen aan de schending van de grondrechten van de mens ten aanzien waarvan geen afwijking mogelijk is uit hoofde van artikel 15, tweede lid, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.”*.

2.2.2. De toepassing van deze voorwaarde

In een eerste, tweede en derde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 3 en 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 verkort het EVRM), van de artikelen 7 en 41 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet, van het zorgvuldigheidsbeginsel, van het redelijkheidsbeginsel, van de materiële motiveringsplicht, van de rechten van verdediging en van de hoorplicht.

De verzoekende partijen wijzen in een eerste middel op de medische situatie van hun oudste dochter, van de eerste verzoekende partij en van hun baby. Ze stippen aan dat de beslissing die op 12 oktober 2016 werd getroffen door de verwerende partij naar aanleiding van de aanvraag om medische regularisatie geen inhoudelijk onderzoek naar de medische situatie omvatte. De beslissing betrof immers een onontvankelijkheidsbeslissing om reden dat er geen origineel identiteitsdocument werd voorgelegd. Ze vervolgen dat in tegenstelling tot wat de bestreden beslissing laat uitschijnen er helemaal geen diepgaand onderzoek is uitgevoerd naar de medische toestand en dat er evenmin een onderzoek heeft plaatsgevonden naar de beschikbaarheid en de toegankelijkheid van adequate behandelingen in het land van oorsprong. Nu de verwerende partij zich voor het onderzoek naar artikel 3 van het EVRM volledig baseert op de verkeerdelijke bewering dat er een diepgaand onderzoek heeft plaatsgevonden naar de behandeling en de beschikbaarheid van een adequate behandeling, achten zij artikel 3 van het EVRM geschonden. Ze stellen dat de bestreden beslissing in tegenstelling tot wat artikel 74/13 van de vreemdelingenwet vereist, geen rekening heeft gehouden met het hoger belang van het kind, met het gezinsleven en de gezondheidstoestand. In een derde middel stippen ze ook aan dat indien de verwerende partij hen had gehoord ze de medische situatie van hun baby hadden kunnen toelichten.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt inderdaad dat de verzoekende partijen op 11 mei 2016 een aanvraag indienden om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9ter van de vreemdelingenwet waarbij stukken werden neergelegd om de medische situatie van de oudste dochter en van de eerste verzoekende partij te staven.

Op 16 oktober 2016 werd de aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9ter van de vreemdelingenwet, ingediend op 11 mei 2016, onontvankelijk verklaard op grond van artikel 9ter, § 2, alinea 3, van de vreemdelingenwet daar de verzoekende partijen hun identiteit niet hadden aangetoond.

De verzoekende partijen kunnen op het eerste gezicht worden gevolgd waar zij aangeven dat er bij het treffen van de verwijderingsmaatregel geen rekening werd gehouden met de medische situatie van hun oudste dochter en van de eerste verzoekende partij. Dit wordt overigens niet betwist door de verwerende partij in de nota met opmerkingen.

In de bestreden beslissing wordt gemotiveerd *“Uit diepgaand onderzoek van de medische afdeling van de DVZ naar betrokkenes medische toestand alsook de beschikbaarheid en de toegankelijkheid van adequate behandelingen in het land van oorsprong, is gebleken dat betrokkene niet voldoet aan de criteria vervat in het artikel 9ter van de Vreemdelingenwet. Hieruit kan redelijkervijze worden afgeleid dat betrokkene geen reëel risico loopt op een behandeling strijdig met artikel 3 van het EVRM.”*

Dergelijke motivering vindt geen grondslag in het administratief dossier, aangezien de aanvraag tot medische regularisatie werd geweigerd om reden dat de identiteit niet werd aangetoond. Nergens blijkt uit de stukken van het administratief dossier dat een arts van DVZ voor het treffen van de verwijderingsmaatregel zou onderzocht hebben of de terugkeer van de verzoekende partijen naar het land van herkomst in het licht van de aangevoerde medische problematiek een schending van artikel 3 van het EVRM inhoudt. Een schending van de motiveringsplicht in het licht van artikel 3 van het EVRM kan op het eerste gezicht worden aangenomen.

In die zin kan de Raad de verzoekende partij *prima facie* bijtreden waar deze stelt dat er geen grondig onderzoek heeft plaatsgevonden van artikel 3 van het EVRM op het ogenblik van het treffen van de bestreden beslissing.

Anders dan wat de verwerende partij in de nota met opmerkingen lijkt voor te houden dient er bij het treffen van een verwijderingsmaatregel wel degelijk een onderzoek naar de medische situatie in het licht van artikel 3 van het EVRM te geschieden. De verwerende partij kon de aanvraag om medische regularisatie onontvankelijk verklaren, doch dit stelt haar dan wel niet vrij om op het ogenblik van de verwijdering een onderzoek te doen naar de aangebrachte medische elementen in het licht van artikel 3 van het EVRM. Uit de motieven van de bestreden beslissing blijkt overigens dat zij dit wel weet, daar zij een onderzoek voert naar artikel 3 van het EVRM. Evenwel baseert zij zich hiervoor op verkeerde feitelijke gegevens.

Gelet op wat voorafgaat, is de Raad *prima facie* van oordeel dat de verzoekende partij in de huidige stand van het geding een verdedigbare grief gegrond op artikel 3 van het EVRM lijkt te hebben.

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.”

Het “rekening houden met” uit de voormelde bepaling lijkt een zekere belangenafweging te veronderstellen vanwege het bestuur.

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 mogen worden beoordeeld (RvS 11 december 2015, nr. 233.222). 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. De Raad kan dus niet zelf de belangenafweging doorvoeren (cfr. RvS 26 juni 2014, nr 227.900).

Uit de motieven van de bestreden beslissing blijkt op het eerste gezicht niet dat er rekening werd gehouden met het hoger belang van de kinderen, het gezinsleven en de medische situatie van de betrokkenen.

De bestreden beslissing wijt geen enkele overweging aan het gezinsleven van de verzoekende partijen, waarbij de verzoekende partijen terecht aanhalen dat de gezinsleden verschillende nationaliteiten hebben. De motivering aangaande het gezinsleven in de nota met opmerkingen betreft echter een *a posteriori* motivering die het gebrek aan afweging in de bestreden beslissing niet kan rechtzetten. Er wordt evenmin rekening gehouden met de situatie van de kinderen, niettegenstaande uit de stukken van het administratief dossier duidelijk blijkt dat de verwerende partij op de hoogte is van het bestaan van de vier kinderen van de verzoekende partijen. Het louter vermelden van de namen van de kinderen op de bestreden beslissing kan op het eerste gezicht bezwaarlijk als een afweging van het hoger belang van de kinderen worden beschouwd. Wat betreft de gezondheidstoestand van de betrokkenen blijkt dat er voor de eerste verzoekende partij en voor de oudste dochter wel een zekere belangenafweging is geschiedt, doch dat deze zoals hiervoor reeds werd uiteengezet gebaseerd is op foutieve feitelijkeheden.

Verder stippen de verzoekende partijen aan dat hun baby, die eveneens dreigt verwijderd te worden, ook medische problemen heeft en dat indien zij zouden zijn gehoord, zij dit hadden kunnen meedelen aan de verwerende partij.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie vormt de eerbiediging van de rechten van de verdediging een fundamenteel beginsel van Unierecht waarvan het recht om in elke procedure te worden gehoord integraal deel uitmaakt (HvJ 18 december 2008, C-349/07, Sopropé, ptn. 33 en 36; HvJ 22 november 2012, C-277/11, M.M., ptn 81 en 82).

Het recht om in elke procedure te worden gehoord is thans niet alleen verankerd in de artikelen 47 en 48 van het Handvest, die garanderen dat de rechten van de verdediging en het recht op een eerlijk proces in het kader van elke gerechtelijke procedure worden geëerbiedigd, maar ook in artikel 41 daarvan, dat het recht op behoorlijk bestuur waarborgt.

Artikel 41, lid 2, van het Handvest bepaalt dat dit recht op behoorlijk bestuur met name het recht van eenieder behelst om te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen (HvJ 22 november 2012, C-277/11, M.M., ptn 82 en 83). Uit de bewoordingen van artikel 41 van het Handvest volgt duidelijk dat dit artikel niet is gericht tot de lidstaten, maar uitsluitend tot de instellingen, organen en instanties van de Unie (HvJ 17 juli 2014, C-141/12, Y.S., pt. 67).

Dat recht maakt echter wel integraal deel uit van de eerbiediging van de rechten van verdediging, dat een algemeen beginsel van Unierecht is. (HvJ 22 november 2012, C-277/11, M.M., pt. 81; HvJ 5 november 2014, C-166/13, Mukarubega, pt. 45)

Het recht om te worden gehoord waarborgt dat eenieder in staat wordt gesteld naar behoren en daadwerkelijk zijn standpunt kenbaar te maken in het kader van een administratieve procedure en voordat een besluit wordt genomen dat zijn belangen op nadelige wijze kan beïnvloeden (HvJ 22 november 2012, C-277/11, M.M., pt. 87 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie heeft de regel dat aan de adressaat van een bezwarend besluit de gelegenheid moet worden gegeven om zijn opmerkingen kenbaar te maken voordat dit besluit wordt genomen, tot doel de bevoegde autoriteit in staat te stellen naar behoren rekening te houden met alle relevante elementen. Die regel beoogt met name, ter verzekering van de effectieve bescherming van de betrokken persoon, deze laatste in staat te stellen om een vergissing te corrigeren of individuele omstandigheden aan te voeren die ervoor pleiten dat het besluit wordt genomen, niet wordt genomen of dat in een bepaalde zin wordt besloten (HvJ 18 december 2008, C-349/07, Sopropé, pt. 49).

Het recht om te worden gehoord impliceert tevens dat de overheid met de nodige aandacht kennis neemt van de opmerkingen van de betrokkene door alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken en het besluit toereikend te motiveren (HvJ 18 december 2008, C-349/07, Sopropé, pt. 50). De verplichting om een besluit op voldoende specifieke en concrete wijze te motiveren zodat betrokkene in staat is te begrijpen waarom zijn verzoek is geweigerd, vormt dus het uitvloeisel van het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging (HvJ 22 november 2012, C-277/11, M.M., pt. 88).

Volgens de rechtspraak van het Hof moet het recht om te worden gehoord, worden geëerbiedigd, ook al voorziet de toepasselijke wetgeving niet uitdrukkelijk in een dergelijke formaliteit (HvJ 18 december 2008, C-349/07, Sopropé, pt. 38; HvJ 22 november 2012, C-277/11, M.M., pt. 86; HvJ 10 september 2013, C-383/13 PPU, M.G. e.a., pt. 32).

De verplichting tot eerbiediging van de rechten van de verdediging van de adressaten van besluiten die hun belangen aanmerkelijk raken, rust op de administratieve overheden van de lidstaten wanneer zij maatregelen of beslissingen nemen die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen (HvJ 10 september 2013, C-383/13 PPU, M.G. e.a., pt. 35).

Het hoorrecht kent een algemene toepassing. Het Hof heeft steeds gewezen op het belang van het recht om te worden gehoord en op de zeer ruime strekking ervan in de rechtsorde van de Unie. Vaste rechtspraak van het Hof stelt dan ook dat dit hoorrecht van toepassing is in iedere procedure die tot een bezwarend besluit kan leiden, d.i. een besluit dat de belangen van de betrokken persoon ongunstig kan beïnvloeden (HvJ 22 november 2012, C-277/11, M.M., ro. 85 en de daar aangehaalde rechtspraak).

In casu wordt aan de verzoekende partijen een bevel om het grondgebied te verlaten opgelegd, in toepassing van artikel 7 van Vreemdelingenwet. Het wordt door de verwerende partij niet betwist dat

deze bepaling een gedeeltelijke omzetting vormt van artikel 6 van de richtlijn 2008/115/EG 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 (Pb.L. 24 december 2008, afl. 348, 98 e.v.) (Parl.St. Kamer, 2011-2012, nr. 53K1825/001, 23). Een dergelijk bevel moet als een bezwarend besluit worden aangemerkt dat de belangen van de betrokken vreemdeling ongunstig kan beïnvloeden. Het hoorrecht lijkt *in casu* derhalve van toepassing.

De Raad stelt vast dat de voorwaarden waaronder het hoorrecht van vreemdelingen m.b.t. het opleggen van een bevel om het grondgebied te verlaten moet worden gewaarborgd, noch de gevolgen van schending van dit hoorrecht door het Unierecht, met name richtlijn 2008/115/EU, zijn vastgesteld.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof worden bijgevolg deze voorwaarden en deze gevolgen door het nationale recht bepaald, in overeenstemming met het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel. Deze procedurele autonomie voor Lidstaten betekent echter niet dat de wijze van uitoefening ervan niet met het Unierecht in overeenstemming hoeft te zijn en met name afbreuk mag doen aan het nuttig effect van de betrokken richtlijn, *in casu* richtlijn 2008/115/EG. (HvJ 10 september 2013, C-383/13 PPU, M.G. e.a., ro. 35-36)

Niettemin blijkt uit vaste rechtspraak van het Hof dat de grondrechten, zoals de eerbiediging van de rechten van verdediging, geen absolute gelding hebben, maar beperkingen kunnen bevatten, mits deze werkelijk beantwoorden aan de doeleinden van algemeen belang die met de betrokken maatregel worden nagestreefd, en, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, geen onevenredige en onduidelbare ingreep impliceren waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast (arresten Alassini e.a., C- 317/08- C- 320/08, EU:C:2010:146, punt 63, G. en R., EU:C:2013:533, punt 33, alsmede Texdata Software, C- 418/11, EU:C:2013:588, punt 84).

Of er sprake is van een schending van het hoorrecht, moet worden beoordeeld aan de hand van de specifieke omstandigheden van elk geval, met name de aard van de betrokken handeling, de context van de vaststelling ervan en de rechtsregels die de betrokken materie beheersen. (HvJ 10 september 2013, C-383/13 PPU, M.G. e.a., ro. 34).

Het is dus in de algehele context van de rechtspraak van het Hof over het hoorrecht en het stelsel van de terugkeerrichtlijn, dat lidstaten in het kader van hun procedurele autonomie de voorwaarden moeten vaststellen waaronder het hoorrecht moet worden gewaarborgd en de gevolgen uit de schending van dit hoorrecht moeten trekken. (HvJ 10 september 2013, C-383/13 PPU, M.G. e.a., ro. 37).

In casu stelt de Raad vast dat noch richtlijn 2008/115, noch de toepasselijke nationale regelgeving voorziet in een specifieke procedure om te waarborgen dat illegaal verblijvende derdelanders voorafgaand aan de vaststelling van een terugkeerbesluit worden gehoord.

Het gegeven dat de toepasselijke regelgeving, Unierechtelijk dan wel nationaalrechtelijk, een dergelijke formaliteit niet voorschrijft, mag echter geen afbreuk doen aan het nuttig effect van de betrokken richtlijn 2008/115/EU.

In dit verband dient tevens te worden gewezen op het bepaalde in artikel 74/13 van de vreemdelingenwet, waarin uitdrukkelijk is voorzien dat bij het nemen van een beslissing tot verwijdering de minister of zijn gemachtigde rekening houdt met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land. Deze bepaling vormt de omzetting van artikel 5 van de richtlijn 2008/118/EU en lijkt een individueel onderzoek noodzakelijk te maken.

Opdat de verplichting tot het voeren van een individueel onderzoek in het kader van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet, als omzetting van artikel 5 van de voormelde richtlijn een nuttig effect kent, dient de betrokken vreemdeling in staat te worden gesteld naar behoren en daadwerkelijk zijn standpunt kenbaar te maken in het kader van een administratieve procedure waarbij een bevel om het grondgebied te verlaten wordt afgeleverd.

De verwerende partij betwist niet dat de verzoekende partijen niet voorafgaand aan het nemen van de bestreden beslissing werden gehoord.

Het weze herhaald dat de regel dat aan de adressaat van een bezwarend besluit de gelegenheid moet worden gegeven om zijn opmerkingen kenbaar te maken voordat dit besluit wordt genomen, tot doel heeft de bevoegde autoriteit in staat te stellen naar behoren rekening te houden met alle relevante elementen. Die regel beoogt met name, ter verzekering van de effectieve bescherming van de betrokken persoon, deze laatste in staat te stellen om een vergissing te corrigeren of individuele omstandigheden aan te voeren die ervoor pleiten dat het besluit wordt genomen, niet wordt genomen of dat in een bepaalde zin wordt besloten (HvJ 18 december 2008, C-349/07, Sopropé, pt. 49).

Luidens vaste rechtspraak van het Hof leidt een schending van de rechten van de verdediging, in het bijzonder het hoorrecht, naar Unierecht evenwel pas tot nietigverklaring van het na afloop van de administratieve procedure genomen besluit, wanneer deze procedure zonder deze onregelmatigheid een andere afloop had kunnen hebben (HvJ 10 september 2013, C-383/13 PPU, M.G. e.a., ro. 38 met verwijzing naar de arresten van 14 februari 1990, Frankrijk/Commissie, C 301/87, Jurispr. blz. I 307, punt 31; 5 oktober 2000, Duitsland/Commissie, C 288/96, Jurispr. blz. I 8237, punt 101; 1 oktober 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Raad, C 141/08 P, Jurispr. blz. I 9147, punt 94, en 6 september 2012, Storck/BHIM, C 96/11 P, punt 80).

Hieruit volgt dat *in casu* niet elke onregelmatigheid bij de uitoefening van het hoorrecht tijdens een administratieve procedure, in dit geval de besluitvorming inzake het afleveren van een bevel om het grondgebied te verlaten, een schending van het hoorrecht oplevert. Voorts is niet elk verzuim om het hoorrecht te eerbiedigen zodanig dat dit stelselmatig tot de onrechtmatigheid van het genomen besluit leidt (HvJ 10 september 2013, C-383/13 PPU, M.G. e.a., ro. 39). In deze kan de verwerende partij worden gevolgd.

Om de gevolgen van de hiervoor vastgestelde onrechtmatigheid te beoordelen, dient de Raad *in casu* aan de hand van de specifieke feitelijke en juridische omstandigheden van het geval na te gaan of er sprake is van een onregelmatigheid die het hoorrecht op zodanig wijze aantast dat de besluitvorming in kwestie een andere afloop had kunnen hebben, met name omdat de verzoekende partij *in casu* specifieke omstandigheden had kunnen aanvoeren die na een individueel onderzoek het afleveren van een bevel om het grondgebied te verlaten hadden kunnen beïnvloeden (HvJ 10 september 2013, C-383/13 PPU, M.G. e.a., ro. 40).

In casu verwijzen de verzoekende partijen in hun verzoekschrift naar de medische situatie van hun baby en voegen zij ter staving van hun beweringen medische attesten toe. De medische gezondheidstoestand van de betrokkene vormt één van de elementen waarmee rekening moet worden gehouden krachtens artikel 74/13 van de vreemdelingenwet.

Het “rekening houden met” uit de voormelde bepaling lijkt een zekere belangenafweging te veronderstellen vanwege het bestuur.

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 mogen worden beoordeeld (RvS 11 december 2015, nr. 233.222). 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. De Raad kan dus niet zelf de belangenafweging doorvoeren (cfr. RvS 26 juni 2014, nr 227.900).

Uit de motieven van de bestreden beslissing blijkt niet dat op enigerlei wijze rekening werd gehouden met de gezondheidstoestand van de baby van de verzoekende partijen.

De Raad kan, samenvattend, op het eerste gezicht alleen maar vaststellen dat de verzoekende partijen niet op nuttige wijze werden gehoord omtrent de gezondheidstoestand van hun baby zodat zij niet in de gelegenheid werden gesteld om daarover relevante gegevens bij te brengen, hetgeen dan verder heeft geleid tot de vaststelling dat de verwerende partij niet is tegemoet gekomen aan de belangenafweging die voortvloeit uit artikel 74/13 van de vreemdelingenwet. De argumenten van de verwerende partij in de nota doen daaraan geen afbreuk.

Het middel is in de aangegeven mate ernstig.

2.3. Betreffende de derde voorwaarde: het moeilijk te herstellen ernstig nadeel.

Overeenkomstig artikel 39/82, § 2 van de vreemdelingenwet kan slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten indien er ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en indien de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Deze laatste voorwaarde is onder meer vervuld indien een ernstig middel werd aangevoerd gesteund op de grondrechten van de mens, in het bijzonder de rechten ten aanzien waarvan geen afwijking mogelijk is uit hoofde van artikel 15, tweede lid van het EVRM.

2.3.1. De beoordeling van deze voorwaarde

Uit de bespreking van het middel blijkt dat de verzoekende partijen op het eerste gezicht een verdedigbare grief op grond van artikel 3 van het EVRM hebben aangetoond. Bijgevolg dient de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel als vervuld te worden beschouwd.

3. Uit het geheel van de overwegingen die voorafgaan, volgt dat aan de drie voorwaarden om de schorsing te bevelen van de tenuitvoerlegging van de beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering van 8 december 2017, is voldaan.

4. Kosten

Met toepassing van artikel 39/68-1, §5, derde en vierde lid van de vreemdelingenwet zal de beslissing over het rolrecht of over de vrijstelling ervan, in een mogelijke verdere fase van het geding worden getroffen.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

De schorsing [bij uiterst dringende noodzakelijkheid] van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 4 december 2017 tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering (bijlage 13septies), wordt bevolen.

Artikel 2

Dit arrest is uitvoerbaar bij voorraad.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op twaalf december tweeduizend zeventien door:

mevr. J. CAMU,

Kamervoorzitter,

mevr. S. KEGELS,

Toegevoegd griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. KEGELS

J. CAMU