

Arrest

nr. 197 917 van 12 januari 2018
in de zaak RvV X / VIII

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat J. BAELDE
Gistelse Steenweg 229 bus 1
8200 SINT-ANDRIES

tegen:

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

DE WND. VOORZITTER VAN DE VIIIste KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Kosovaarse nationaliteit te zijn, op 19 juni 2017 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging en de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 15 mei 2017 tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13).

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

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 14 september 2017, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 6 oktober 2017.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken M. MAES.

Gehoord de opmerkingen van advocaat B. DHONDT, die loco advocaat J. BAELDE verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat B. HEIRMAN, 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. Verzoeker komt als minderjarige het Belgische grondgebied binnen op 8 december 2009, samen met zijn minderjarige broer en zus en zijn ouders.

1.2. Zijn ouders doorlopen op onsuccesvolle wijze een asielprocedure alsook een verblijfsprocedure 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: de Vreemdelingenwet).

1.3. Op 4 januari 2017 dienen de ouders zowel in eigen naam als in hun hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordigers van hun drie minderjarige kinderen, onder wie verzoeker, een aanvraag in om machtiging tot verblijf in toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet. In deze aanvraag wordt gewezen op de ernstig mentale en motorische handicap van verzoekers broer en zus en hun preciaire humanitaire situatie. Tevens voegt men aan deze aanvraag een vonnis van 19 augustus 2016 toe waarbij de arbeidsrechtbank te Gent het OCMW van Ledegem veroordeelt tot maatschappelijke dienstverlening aan het gehele gezin wegens een 'medisch humanitaire onverwijderbaarheid' die werd geattesteerd en bewezen door een gerechtskundige. Het vonnis is in kracht van gewijsde getreden.

1.4. Op 15 mei 2017 worden verzoekers ouders en zijn broer en zus toegelaten tot tijdelijk verblijf. Verzoeker is ondertussen recent meerderjarig geworden.

1.5. Op 15 mei 2017 neemt de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie (hierna: de gemachtigde) een beslissing waarbij de aanvraag om machtiging tot verblijf in toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet onontvankelijk wordt verklaard. Deze beslissing wordt door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad) vernietigd op 12 januari 2018 bij arrest nr. 197 916.

1.6. Op 15 mei 2017 neemt de gemachtigde eveneens beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13). Dit is de bestreden beslissing waarvan verzoeker kennis neemt op 20 mei 2017. De motieven luiden als volgt:

*"Bevel om het grondgebied te verlaten
De heer, die verklaart te heten:*

*Naam, voornaam: K.S.
(...)
nationaliteit: Kosovo*

wordt het bevel gegeven het grondgebied van België te verlaten, evenals het grondgebied van de staten die het Schengenacquis ten voile toepassen¹, tenzij hij beschikt over de documenten die vereist zijn om er zich naar toe te begeven,

binnen dertig (30) dagen na de kennisgeving.

REDEN VAN DE BESLISSING;

Het bevel om het grondgebied te verlaten wordt afgegeven in toepassing van artikel(en) van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en op grand van volgende feiten:

o Krachtens artikel 7, eerste lid, 1° van de wet van 15 december 1980, verblijft hij in het Rijk zonder houder te zijn van de bij artikel 2 vereiste documenten:

Betrokkene is niet in het bezit van een geldig paspoort voorzien van een geldig visum."

2. Over de rechtspleging

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

3. Over de ontvankelijkheid

3.1. De verwerende partij voert aan dat verzoeker zich bevindt in de situatie voorzien bij artikel 7, eerste lid, 1° van de Vreemdelingenwet, waarbij zij verplicht is om een bevel om het grondgebied te verlaten af te geven. Aldus zou het gaan om een gebonden bevoegdheid die elke discretionaire appreciatie uitsluit. Een gebeurlijke vernietiging van het bevel om het grondgebied te verlaten zou er aldus slechts toe leiden dat de gemachtigde van de staatssecretaris opnieuw verplicht zal zijn een nieuw bevel om het grondgebied te verlaten te geven. Verzoeker heeft geen belang bij een dergelijke vernietiging.

3.2. Naar luid van 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 voormeld artikel 39/56 in de Vreemdelingenwet werd ingevoerd (*Parl.St.* Kamer, 2005-06, 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).

Opdat zij een belang zou hebben bij de vordering volstaat het niet dat de verzoekende partij gegriefd is door de bestreden rechtshandelingen en dat zij nadeel ondervindt. De vernietiging van de bestreden beslissingen moet de verzoekende partij bovendien enig voordeel opleveren en dus een nuttig effect sorteren.

3.3. Artikel 7 van de Vreemdelingenwet bepaalt:

“Onverminderd meer voordelige bepalingen vervat in een internationaal verdrag, kan de minister of zijn gemachtigde aan de vreemdeling, die noch gemachtigd noch toegelaten is tot een verblijf van meer dan drie maanden in het Rijk of om er zich te vestigen, een bevel om het grondgebied binnen een bepaalde termijn te verlaten afgeven of moet de minister of zijn gemachtigde in de in 1°, 2°, 5°, 11° of 12° bedoelde gevallen een bevel om het grondgebied binnen een bepaalde termijn te verlaten afgeven:

1° wanneer hij in het Rijk verblijft zonder houder te zijn van de bij artikel 2 vereiste documenten;

2° wanneer hij langer in het Rijk verblijft dan de overeenkomstig artikel 6 bepaalde termijn of er niet in slaagt het bewijs te leveren dat deze termijn niet overschreden werd;

3° wanneer hij door zijn gedrag geacht wordt de openbare orde of de nationale veiligheid te kunnen schaden;

4° wanneer hij door de Minister, op eensluidend advies van de Commissie van advies voor vreemdelingen, geacht wordt de internationale betrekkingen van België of van een Staat die partij is bij een internationale overeenkomst betreffende de overschrijding van de buitengrenzen, die België bindt, te kunnen schaden;

5° wanneer hij, ter fine van weigering van toegang,esignaleerd is, overeenkomstig artikel 3, 5°;

6° wanneer hij niet beschikt over voldoende middelen van bestaan, zowel voor de duur van het voorgenomen verblijf als voor de terugreis naar het land van oorsprong of voor de doorreis naar een derde Staat, waar zijn toelating is gewaarborgd, en niet in staat is deze middelen wettelijk te verwerven;

7° wanneer hij aangetast is door een der ziekten of gebreken opgesomd in de bijlage bij deze wet;

8° wanneer hij een beroepsbedrijvigheid als zelfstandige of in ondergeschikt verband uitoefent zonder in het bezit te zijn van de daartoe vereiste machtiging;

9° wanneer hij, met toepassing van de internationale overeenkomsten of akkoorden die België binden, door de overheden van de overeenkomstsluitende Staten, ter verwijdering van het grondgebied van deze Staten, aan de Belgische overheden wordt overgedragen;

10° wanneer hij, met toepassing van de internationale overeenkomsten of akkoorden die België binden, door de Belgische overheden aan de overheden van de overeenkomstsluitende Staten moet overgedragen worden;

11° wanneer hij sedert minder dan tien jaar uit het Rijk werd teruggewezen of uitgezet, zo de maatregel niet werd opgeschort of ingetrokken;

12° wanneer een vreemdeling het voorwerp uitmaakt van een inreisverbod dat noch opgeschort noch opgeheven is.

Onder voorbehoud van de toepassing van de bepalingen onder Titel IIIquater, kan de minister of zijn gemachtigde, in de in artikel 74/14, § 3, bedoelde gevallen de vreemdeling naar de grens terugleiden.

Te dien einde, en tenzij andere afdoende maar minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast, kan de vreemdeling vastgehouden worden voor de tijd die strikt noodzakelijk is voor de uitvoering van de maatregel, meer in het bijzonder wanneer er een risico op onderduiken bestaat of wanneer de vreemdeling de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert, en zonder dat de duur van de vasthouding twee maanden te boven mag gaan.

De minister of zijn gemachtigde kan, in dezelfde gevallen, de vreemdeling een verblijfplaats aanwijzen voor de tijd die nodig is om deze maatregel uit te voeren.

De Minister of zijn gemachtigde kan echter deze opsluiting telkens met een periode van twee maanden verlengen wanneer de nodige stappen om de vreemdeling te verwijderen werden genomen binnen zeven werkdagen na de opsluiting van de vreemdeling, wanneer zij worden voortgezet met de vereiste zorgvuldigheid en wanneer de effectieve verwijdering van deze laatste binnen een redelijke termijn nog steeds mogelijk is.

Na een verlenging kan de in het voorgaande lid bedoelde beslissing enkel door de Minister genomen worden.

Na 5[vijf] maanden te zijn opgesloten, moet de vreemdeling in vrijheid worden gesteld.

In de gevallen waarin dit noodzakelijk is voor de bescherming van de openbare orde of de nationale veiligheid, kan de opsluiting van de vreemdeling, na het verstrijken van de termijn bedoeld in vorig lid,

telkens verlengd worden met één maand, zonder dat de totale duur van de opsluiting daardoor evenwel meer dan acht maanden mag bedragen."

3.4. Van een gebonden bevoegdheid is sprake "wanneer er in hoofde van de overheid een juridische verplichting bestaat die voorspuit uit een norm van het objectief recht die de overheid geen keuze laat om over die toepassing van die norm in het concrete geval te beslissing" (A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, Overzicht van het Belgisch administratief recht, Wolters Kluwer, Mechelen, 2014, nr. 1057).

Daargelaten of de vermelding in artikel 7 "onverminderd meer voordelige bepalingen vervat in een internationaal verdrag" op zich van het bestuur reeds geen appreciatie vraagt die een gebonden bevoegdheid uitsluit, dient het volgende te worden opgemerkt.

Het woordje "moet" in voormeld artikel 7 sluit niet uit dat het bestuur bij het toepassen van deze bepaling nog een beoordeling maakt. Zo bepaalt artikel 7 zelf reeds dat het bevel om het grondgebied te verlaten een bepaalde termijn bevat. Zolang deze termijn voor vrijwillig vertrek nog loopt, is de betrokken vreemdeling beschermd tegen gedwongen verwijdering (artikel 74/14, §2 van de Vreemdelingenwet). Deze termijn bepaalt wanneer het bevel uitvoerbaar wordt en maakt er aldus onlosmakelijk deel van uit. Het bestuur kan, in toepassing van artikel 74/14, §§1 en 3 van de Vreemdelingenwet, de duur van deze termijn bepalen. Het gaat daarbij alleszins niet om een volledige gebonden bevoegdheid waarbij de overheid helemaal niets meer hoeft te appreciëren (zie A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, o.c., nr. 1060).

Daarnaast bepaalt artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet 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. Ook uit deze bepaling blijkt dat de minister of zijn gemachtigde bij de afgifte van het bevel in concreto dient te beoordelen of er elementen zijn die de afgifte van het bevel verhinderen, en dit uit hoofde van een norm in de Vreemdelingenwet zelf. Verder laat geen enkele bepaling uit de Vreemdelingenwet toe te besluiten dat wat betreft de toepassing van artikel 74/13 een onderscheid moet worden gemaakt tussen de gevallen waarin een bevel "moet" worden afgegeven (art. 7, eerste lid, 1°, 2°, 5°, 11° en 12°) en de gevallen waarin een bevel "kan" worden afgegeven (art. 7, eerste lid, 3°, 4°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10°). Ook hieruit volgt dat het bestuur de situatie in concreto dient te appreciëren, wat een gebonden bevoegdheid lijkt uit te sluiten.

In zijn arresten 231.443 en 231.444 van 4 juni 2015 oordeelde de Raad van State dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen terecht had gesteld "*que la compétence de la partie requérante n'était pas entièrement liée et que l'exception d'irrecevabilité qu'elle avait soulevée, n'était pas fondée.*" [dat de bevoegdheid van de verzoekende partij (in cassatie) niet geheel gebonden was en dat de exceptie van onontvankelijkheid niet gegrond was]. Ook in zijn arrest 231.762 van 26 juni 2015 oordeelde de Raad van State dat de bevoegdheid ex artikel 7, eerste lid, 1° van de Vreemdelingenwet niet geheel gebonden was, aangezien de verwerende partij kan afzien van de afgifte van een bevel wanneer dit de grondrechten van de betrokken vreemdeling zou miskennen. Zulks kan niet enkel blijken wanneer een "hogere" norm wordt aangevoerd, doch ook onder meer uit artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, dat de omzetting in het nationale recht vormt van de richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad 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. De beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten is geen antwoord op enige verblijfsaanvraag, zodat de verwerende partij zich er wel degelijk van kan onthouden een bevel af te geven. De verplichting om rekening te houden met de in artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet vermelde belangen houdt in dat zij, bij haar beslissing om een bevel af te geven, actueel en ex nunc een afweging moet maken van de belangen van de betrokken vreemdeling. Er kan aldus niet worden voorgehouden dat de verwerende partij hoe dan ook in elk geval opnieuw een bevel zal afgeven. Deze rechtspraak van de Raad van State werd bevestigd in de beschikkingen van 5 januari 2017, nrs. 12.273 en 12.274.

Uit voorgaande blijkt duidelijk dat voor de totstandkoming van het bestreden bevel steeds een concrete beoordeling en appreciatie is vereist, zodat, al is de appreciatie in de gevallen gevisieerd bij artikel 7, eerste lid, 1°, 2°, 5°, 11° en 12° van de Vreemdelingenwet niet zo ruim als in de overige gevallen, deze in wezen discretionair is (cf. RvS (Algemene Vergadering) 2 april 2009, nr. 192.198, overwegingen 18-19).

Daarenboven moet er op worden gewezen dat de Raad in het kader van de materiële motiveringsplicht steeds kan nagaan of de motieven van het bestreden besluit steunen op werkelijke bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De Raad kan daarbij nagaan of de ingeroepen feiten werkelijk bestaan (RvS 13 september 2010, nr. 207.325). Mocht in een dergelijk geval de exceptie van niet-ontvankelijkheid wegens gemis aan belang met goed gevolg kunnen worden opgeworpen omdat in de middelen andere rechtsnormen werden aangevoerd dan de genoemde *“meer voordelige bepalingen vervat in een internationaal verdrag”*, zo bijvoorbeeld de schending van de grondvoorwaarden voor de toepassing van artikel 7 van de Vreemdelingenwet zelf, of de materiële motieven die aan de beslissing ten grondslag liggen, zou daaruit noodzakelijkerwijze voortvloeien dat een verwijderingsmaatregel zou kunnen worden genomen op grond van onjuiste vaststellingen, of in strijd met wettelijke normen, uitvoeringsbepalingen of algemene rechtsbeginselen, zonder dat daartegen met goed gevolg een annulatieberoep kan worden ingesteld, en dit wegens een tekortkoming van het bestuur zelf (A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, o.c., nr. 1164; , RvS 5 februari 1973, nr. 15.699; RvS 21 mei 1975, nr. 17.032). Er kan in geen geval worden voorgehouden dat een verzoekende partij geen belang zou hebben bij het annulatieberoep wanneer wordt aangevoerd dat het bevel om het grondgebied te verlaten is aangetast door een interne onwettigheid, precies omdat het onderzoek van die onwettigheid de grond van de zaak raakt en het bestuur na een eventuele vernietiging zal dienen rekening te houden met de vastgestelde onwettigheid.

In casu voert de verzoeker in zijn middelen onder meer de schending aan van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, van de materiële motiveringsplicht, van het zorgvuldigheidsbeginsel en van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: het EVRM). Het onderzoek van die onderdelen zal de Raad er toe nopen zich uit te spreken over de vraag of er in het concrete geval wettige redenen waren die zich verzetten tegen de afgifte van het bevel om het grondgebied te verlaten. De vraag of de verzoeker een gegrond middel heeft aangevoerd, raakt de grond van de zaak. Zo de verzoekende partij een gegrond middel heeft aangevoerd, zal de verwerende partij daarmee rekening moeten houden bij de afgifte van een nieuw bevel om het grondgebied te verlaten. Het eventueel ongegrond zijn van het middel volstaat niet om, zonder grondig onderzoek van dit middel zelf, bij voorbaat te besluiten dat het beroep onontvankelijk is.

Daarbij moet bovendien worden opgemerkt dat een bevel om het grondgebied te verlaten als dusdanig geen antwoord is op enige verblijfsaanvraag en kan de verwerende partij zich om de redenen hoger uiteengezet ervan onthouden een bevel om het grondgebied te verlaten af te geven. De afgifte van een nieuw bevel om het grondgebied te verlaten vereist aldus in elk geval een beoordeling van verzoekers situatie, onder meer in het licht van de belangen vernoemd in artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet. Er kan aldus niet worden voorgehouden dat zonder meer en automatisch een nieuw bevel zal moeten worden afgegeven. Verzoeker heeft wel degelijk belang bij het verdwijnen van het bestreden bevel uit het rechtsverkeer.

De exceptie dient te worden verworpen.

4. Onderzoek van het beroep

4.1. In een enig middel voert verzoeker onder meer de schending aan van het zorgvuldigheidsbeginsel, van de materiële motiveringsplicht, van artikel 8 van het EVRM en van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet. Het middel wordt als volgt toegelicht:

“Eerste onderdeel:

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen is bij uitoefening van zijn wettelijk toezicht bevoegd om na te gaan of de overheid bij de beoordeling van de aanvraag is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet onredelijk tot haar besluit is gekomen (RvS. 17 januari 2007, nr. 166.860; RvS. 7 december 2001, nr. 101.624; RvV 5 juni 2009, nr. 28.348).

Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt hierbij in dat aan de overheid de verplichting wordt opgelegd haar beslissingen op een zorgvuldige wijze voor te bereiden en te steunen op een correcte feitenvinding (RvS 2 februari 2007, nr. 167.411; RvS 14 februari 2006, nr. 154.954). Het respect voor het zorgvuldigheidsbeginsel houdt derhalve in dat de administratie bij het nemen van een beslissing haar oordeel moet steunen op alle gegevens van het dossier en op alle daarin vervatte dienstige stukken (RvV nr. 80.585 van 2 mei 2012). »

De bestreden beslissing (BGV) is gemotiveerd als volgt (stuk 1):

"Krachtens artikel 7, eerste lid, 1° van de wet van 15 december 1980, verblijft hij in het Rijk zonder houder te zijn van de bij artikel 2 vereiste documenten:

Betrokkene is niet in het bezit van een geldig paspoort voorzien van een geldig visum. "

Noch min, noch meer.

Artikel 74/13 Vreemdelingenwet bepaalt nochtans dat:

"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 zorgvuldigheidsbeginsel houdt hierbij in dat aan de overheid de verplichting wordt opgelegd op in toepassing van art. 74/13 Vw. een individueel onderzoek te verrichten (zie o.a. RvV 171.744 van 13 juli 2016).

Een bevel om het grondgebied te verlaten is een afzonderlijke administratieve beslissing, dewelke een eigen wettelijke basis én een eigen motivering zowel in feite als in rechte veronderstelt.

De motiveringsplicht zoals neergeschreven in art. 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 heeft vervolgens tot doel de bestuurde in kennis te stellen van de redenen waarom de administratieve overheid haar beslissing heeft genomen, zodat hij kan beoordelen of er aanleiding toe bestaat de beroepen in te stellen waarover hij beschikt. Deze artikelen verplichten de overheid in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen en dit op een afdoende wijze (RvS 6 september 2002, nr. 110.071; RvS 21 juni 2004, nr. 132.710).

De motivatieplicht, alsook artikel 74/13 Vw., als omzetting van artikel 5 van de Richtlijn 2008/115/EG over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, alsook rekening houdende met artikel 24 van het Handvest en artikel 8 EVRM, vereist een gedegen/ zorgvuldig en individueel onderzoek van het dossier.

Geen BGV mag worden afgeleverd wanneer dat in strijd zou zijn met een aantal verdragsrechtelijke bepalingen die directe werking hebben, waaronder het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) (zie o.a. RvS 26 augustus 2010, nr. 206.948 en RvV 27 december 2013, nr. 116.432).

"Er mag geen bevel om het grondgebied te verlaten worden gegeven wanneer dat in strijd zou zijn met een aantal verdragsrechtelijke bepalingen, waaronder het EVRM (cfr. RvS 26 augustus 2010, nr. 206.948). Dit blijkt ook uit het gestelde in artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet"

(RvV 4 februari 2013, nr. 96.569)

"Is niet afdoende gemotiveerd het bevel om het grondgebied te verlaten dat wordt betekend aan een moeder die melding maakt van de minderjarige kinderen terwijl de vader van deze kinderen als vluchteling is erkend. "

(RvS 18 december 2012, nr. 221.809)

"Het feit dat de verweerder in uitvoering van de Vreemdelingenwet in welbepaalde gevallen slechts over een gebonden bevoegdheid beschikt met betrekking tot het uitvoeren van een bevel om het grondgebied te verlaten neemt niet weg dat ook in deze gevallen een bevel om het grondgebied te verlaten een schending kan uitmaken van een bepaling van het EVRM. Het EVRM primeert op de Vreemdelingenwet en de Raad dient dan ook in het kader van onderliggende procedure de gegrondheid te onderzoeken van de middelen die gestoeid worden op een schending van bepalingen van het EVRM."

(RvV nr. 116.432 van 27 december 2013)

Naast het EVRM primeert ook het Handvest inzake de grondrechten van de EU alsook de Belgische Grondwet op de Vreemdelingenwet van 15 december 1980.

Verweerder is uitdrukkelijk op de hoogte van het feit dat verzoeker in 2009 als 9-jarig kind van diens ouders met diens gezin is aangekomen in België. Verzoeker verblijft aldus reeds 8 jaar in België terwijl hij nog nooit van diens ouders gescheiden is geweest.

Verweerder is op de hoogte van de intense gezinsband tussen de 5 gezinsleden, waarbij zoon S/verzoeker de facto dagdagelijks mede instaat voor de hulp, verzorging en begeleiding van diens twee ernstig mentaal en motorisch gehandicapte broer en zus. Zoon S spreekt bovendien beter Nederlands dan diens ouders, zodat hij in de praktijk ook steeds mee aanwezig is bij alle veelvuldige onderzoeken en therapieën van diens broer en zus.

Alleen al de intense gezinsband dewelke nu eenmaal het logische gevolg is van een gezin van vader, moeder en drie kinderen, waarbij de twee jongste kinderen zeer ernstig mentaal en motorisch gehandicapt zijn, verdient een extra bescherming onder artikel 8 EVRM doch evenzoveel onder artikel 26 Handvest.

Artikel 26 Handvest stelt:

"De Unie erkent en eerbiedigt het recht van personen met een handicap op maatregelen die beogen hun zelfstandigheid, hun maatschappelijke en beroepsintegratie en hun deelname aan het gemeenschapsleven te bewerkstelligen. "

Uit artikel 26 van het Handvest volgt een recht om te genieten van de positieve verplichting van de EU-lidstaat om op een gelijke wijze te kunnen deelnemen aan het gemeenschapsleven (C. PETTTn, "La protection des personnes en situation faiblesse", in B.

FAVREAU (dir), La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne, Bruylant, 2010, p. 245).

Ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bevestigt de actieve taak van de lidstaten om, in de strijd tegen discriminatie, actief te handelen met oog op de volle participatie en integratie van personen met een handicap in de samenleving (EHRM, Glor v. Zwitserland dd. 30 april 2009, punt 84).

Het is verzoeker een raadsel hoe het gezin opsplitsen en de 18-jarige zoon dewelke al de helft van zijn leven (sinds zijn 9 jaar) samen met het gezin in België leeft en diens ernstig gehandicapte broer en zus mee opvoedt en verzorgt de zelfstandigheid en deelname aan het gemeenschapsleven van de gehandicapte broer en zus L en L bewerkstelligt.

De gevoegde stukken bij het verzoek artikel 9bis bevestigen stelstelmatig:

"L is volledig afhankelijk van derden"

Het stuk 4 in het stukkenbundel bij het verzoek in toepassing van artikel 9bis Vw. betrof het eindverslag van gerechtsdeskundige Dr. S. V.M. dd. 24.03.2016. In dit verslag - aldus per definitie in het bezit en ter kennis van verweerder - wordt duidelijk gesteld:

"S. is een 16 jarige jongeman in goede algemene gezondheid. Hij spreekt vlot Nederlands en vertaalt voor beide ouders en helpt broer en zus

(...)

Beide ouders zijn goed gezond, zijn erg begaan met beide kinderen doch spreken beperkt Nederlands. Af/e communicatie gebeurt via S..

(...)

Zowel de ouders a/s S. kunnen goed overweg met L. en doen de verdere verzorging zelf.

(...)

S. werd geboren op 21 januari 1999 in Kosovo. Hij is goed gezond en volgt momenteel het 4^e jaar schilderopleiding. Thuis hebt hij met de verzorging van broer en zus. "

Dat verweerder op de hoogte is van de precare en problematische situatie in het gezin, waarbij de kinderen L. en L. voor hun overleven en menswaardig leven o.a. fundamenteel afhankelijk zijn van hun oudere broer S. K, kan evenmin ernstig worden betwist alwaar dit expliciet wordt verduidelijkt in het

(hierboven geciteerde) medisch verslag van gerechtsdeskundige Dr. V.M. zoals ook gevoegd bij het verzoek overeenkomstig art. 9bis Vw. als stuk 4.

Verweerder is dan ook foutief, minstens manifest onzorgvuldig, wanneer zij zonder enig dienstig individueel onderzoek overeenkomstig art. 74/13 Vw. een standaard bevel om het grondgebied te verlaten aflevert.

Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat aan de overheid de verplichting wordt opgelegd haar beslissingen op een zorgvuldige wijze voor te bereiden en te steunen op een correcte feitenvinding (RvS 2 februari 2007, nr. 167.411; RvS 14 februari 2006, nr. 154.954). Het respect voor het zorgvuldigheidsbeginsel houdt derhalve in dat de administratie bij het nemen van een beslissing haar oordeel moet steunen op alle gegevens van het dossier en op alle daarin vervatte dienstige stukken (RvV nr. 80.585 van 2 mei 2012).

Minstens schendt verweerder het zorgvuldigheidsbeginsel door geen afdoende rekening te houden met deze essentiële bijstand door zoon/broer S. K zoals afdoende blijkt uit de gegevens van het dossier.

Welkdanige beschouwingen achteraf door verweerder kunnen deze schending niet lenigen:

"In de mate dat de verwerende partij in de nota met opmerkingen aangeeft dat op basis van het betoog van de verzoekende partij geen schending van artikel 8 EVRM kan worden vastgesteld, betreft dit verder een a posteriori motivering, die het gebrek aan onderzoek en motivering op het ogenblik van het nemen van de beslissing niet kan rechtzetten (cf. RvS28 oktober 2008, nr. 187.420)."

(RvV 171.477 dd. 13 juli 2016)

De Europese wetgever schrijft een individueel onderzoek voor n.a.v. het afleveren van een bevel om het grondgebied te verlaten. Dit is in casu niet gebeurd, gezien slechts een gestandaardiseerde "bijlage 13" werd afgeleverd.

een in België erkend vluchteling was. De Raad benadrukt het belang dat de (Europese) wetgever middels het gestelde in artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet heeft gehecht aan de verplichting die rust op het bestuur om reeds bij het nemen van een verwijderingsmaatregel rekening te houden met die elementen die er mogelijk toe kunnen leiden dat een verwijdering in strijd zal zijn met hogere rechtsnormen, en dit teneinde een daadwerkelijke rechtsbescherming op dit punt te garanderen.

(RvV 171.477 dd. 13 juli 2016)

Zelfs indien artikel 74/13 Vw. geen uitdrukkelijke woordelijke motiveringsverplichting incorporeert, moet minstens wel uit de beslissing kunnen blijken dat hiermee rekening werd gehouden.

"In elk geval kan het bestuur nadien ter verdediging niet alsnog elementen aanvoeren die niet in de bestreden beslissing werden vermeld. In die zin draagt de overheid het risico. Zijn er hogere belangen in het spel, dan kan ze best zorgen voor een afdoende motivering, op straffe van onwettigheid van haar beslissing."

(V. VEREECKE, Een ruimer wettigheidstoezicht op vrijheidsberoving van vreemdelingen', in T. Vreemd. 2013, p. 327, noot 81).

De verbreking van het bestreden bevel dringt zich dan ook op.

Tweede onderdeel:

De bestreden beslissing incorporeert ontegensprekelijk een opsplitsing van het gezin van verzoeker in enerzijds vader, moeder en de gehandicapte broer en zus en anderzijds verzoeker als 18-jarig kind in het gezin.

Vader, moeder, broer en zus mogen blijven in België, terwijl verzoeker, weliswaar net 18 jaar geworden doch reeds de helft van diens leven wonende in België alwaar hij met zijn gezin als 9-jarige het land is binnengekomen en alwaar hij al die jaren intussen school loopt, dient het grondgebied te verlaten naar een land waar hij sinds zijn 9 jaar niet meer woont en geen enkele binding mee heeft...

Het in die zin opsplitsen van het kerngezin betreft wel degelijk een disproportionele inbreuk op artikel 8 EVRM, artikel 22 Grondwet en artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de EU.

"Een tweede critérium, ook het meest gehanteerde, is dat van de proportionaliteit. Hier is het de essentiële vraag of er een redelijke verhouding bestaat tussen de aantasting van het recht enerzijds en de legitieme doeistelling die nagestreefd wordt anderzijds.

Hoe sterker deze laatste is, hoe groter de inbreuk kan zijn. Uiteraard is deze afweging zeer moeilijk, zelfs subjectief. De introductie van het proportionaliteitscriterium heeft voor- en nadelen. Als nadeel beschouwen we de mogelijkheid om op grond ervan grondrechtenvraagstukken terug te brengen tot problemen van belangenafweging. Daarbij wordt dan soms uit het oog verloren dat niet alle belangen gelijkwaardig zijn en dat grondrechterlijke belangen in elke afweging zwaar moeten wegen. (...)

Recentelijk schijnt het Hof een nieuw criterium te hebben geïntroduceerd, met name dat van de subsidiariteit. De overheid dient inbreuken op de rechten van burgers zoveel mogelijk te minimaliseren door alternatieve oplossingen te vergelijken en vervolgens te trachten haar doelen te bereiken 'in the least onerous way as regards human rights'.

(P. DE HERT, "Artikel 8. Recht op privacy", in Handboek EVRM, VANDELANOTTE, J. en HAECK, Y. (eds.), Antwerpen, Intersentia, 2004, p. 720) - eigen benadrukking)

Het gezinsleven van verzoekers is - zoals hierboven reeds aangehaald - zeer intens en uniek in het licht van de zeer ernstige handicap in hoofde van de broer en zus van verzoeker, waardoor diens taak/rol binnen het gezin essentieel is. Het beschermd gezinsleven van verzoekers valt bijgevolg niet enkel onder de bescherming van artikel 8 EVRM en artikel 7 Handvest doch evenzoveel onder de bescherming van artikel 26 Handvest grondrechten EU en art. 28 van het VRPH.

Overeenkomstig art. 28 van het VRPH dienen de Staten aan personen met een handicap een behoorlijke levensstandaard voor henzelf en hun gezinnen te garanderen "met inbegrip van voldoende voeding, kleding en huisvesting en op de voortdurende verbetering van hun levensomstandigheden". Dit artikel omvat een non-discriminatieplicht dat meteen doorwerkt in de nationale rechtsorde.

"In ieder geval maakt iedere stap achteruit een schending uit van het in dit artikel beschermde recht."

(A. D'ESPALLIER, S. SOTTIAUX en J. WOUTERS, De doorwerking van het VN-verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, Intersentia, Antwerpen, 2014, p. 92)

Het is duidelijk dat de bestreden beslissing zoon/broer S. uitstoot uit het gezin, terwijl diens rol in het gezin essentieel is, zodat dit wel degelijk een fundamentele stap achteruit maakt t.a.v. de broer en zus L. en L., zodat er zich een schending van artikel 28 VRPH voordoet door de bestreden beslissing.

De disproportionele schending van artikel 8 EVRM en artikel 28 VRPH staat evenzoveel vast, minstens staat vast dat verweerder diens motivatieplicht schending, dan wel fundamenteel onzorgvuldig handelde door hieromtrent op geen enkele wijze te motiveren in de bestreden beslissing naar aanleiding waarvan nochtans een individueel onderzoek nodig was.

De verbreking van de bestreden beslissing dringt zich op."

4.2. De verwerende partij repliceert in haar nota met opmerkingen als volgt:

"De verzoekende partij acht de voormelde rechtsregels geschonden, doordat de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie, belast met Administratieve Vereenvoudiging uitdrukkelijk op de hoogte zou zijn van het feit dat de verzoekende partij als kind op 9-jarige leeftijd België is binnengekomen. Terwijl de hechte gezinsband tevens gekend zou zijn bij de gemachtigde, nu deze een logisch gevolg zou zijn van de handicap van de minderjarige kinderen.

Betreffende de vermeende schending van de artikelen 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 blijkt dat verzoekende partij daarin niet enkel inhoudelijke kritiek levert, maar er ook in slaagt de motieven vevat in de in casu bestreden beslissing weer te geven en daarbij blijk geeft kennis te hebben van de motieven vevat 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 stelt de verweerder vast dat verzoekende partij een schending opwerpt van zowel de formele als de materiële motiveringsplicht, terwijl nochtans 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, betekent dit dat van een eventuele schending van de formele motiveringsplicht geen gevolgen werden ondervonden.

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

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de verzoekende partij zich in het Rijk bevindt zonder houder te zijn van de daartoe krachtens artikel 2 van de Vreemdelingenwet vereiste documenten.

Terwijl artikel 7, eerste lid, 1° van de Vreemdelingenwet uitdrukkelijk stipuleert dat de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie, belast met Administratieve Vereenvoudiging in de gegeven omstandigheden niet anders vermag dan een bevel om het grondgebied te verlaten af te geven.

Er kan niet dienstig anders worden voorgehouden.

Art. 74/13 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.”

Dit artikel is een algemene bepaling dat een individueel onderzoek noodzakelijk maakt en er op gericht is te waarborgen dat de gemachtigde van de Staatssecretaris, 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 komt in de eerste plaats toe aan diegene die zich wil beroepen op de bescherming voorzien in artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, om aan de hand van concrete gegevens aan te tonen dat hij zich daadwerkelijk kan beroepen op de hierin vermelde elementen.

Verzoekende partij levert dit bewijs niet.

Het loutere feit dat de verzoekende partij op 9-jarige leeftijd tezamen met haar ouders België zou binnengekomen zijn, volstaat uiteraard niet om te besluiten dat kennelijk onredelijk werd besloten tot het betekenen van een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13).

Dienaangaande merkt verweerder op dat het toch veelzeggend is dat de verzoekende partij naar aanleiding van de zeer recente aanvraag tot verblijfsmachtiging overeenkomstig artikel 9bis van de Vreemdelingenwet op geen enkel ogenblik aanvoerde dat er voor haar persoonlijk elementen aanwezig zouden zijn, waardoor het haar onmogelijk zou zijn om tijdelijk naar het land van herkomst terug te keren om aldaar een aanvraag tot verblijfsmachtiging in te dienen.

Slechts voor de eerste maal in het kader van het beroep tot nietigverklaring tegen de onontvankelijkheidsbeslissing 9bis dd. 15.05.2017, alsook in het kader van onderhavig annulatieberoep voert de verzoekende partij aan dat er sprake is van een intense gezinsband, waarbij de aanwezigheid van de verzoekende partij fundamenteel onontbeerlijk zou zijn voor de rest van het gezin.

Verweerder benadrukt dat het de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie, belast met Administratieve Vereenvoudiging niet ten kwade kan worden geduid dat geen rekening is gehouden met elementen, dewelke door de verzoekende partij in eerste instantie zelf niet de moeite waard werden geacht om aan te voeren in het kader van een recente aanvraag tot verblijfsmachtiging.

Verweerder merkt nog op dat het door de verzoekende partij aangehaalde eindverslag van een gerechtsdeskundige allerminst bewijst dat de hulp en bijstand van de verzoekende partij fundamenteel onontbeerlijk zou zijn binnen het gezin van haar ouders en minderjarige broer en zus. Het loutere feit dat de verzoekende partij als tolk fungeerde bij de gerechtelijke expertise en tevens helpt bij de verzorging, is allerminst voldoende om te bewijzen dat diens aanwezigheid inderdaad fundamenteel onontbeerlijk zou zijn.

Minstens kan redelijkerwijs worden verwacht dat de verzoekende partij toe dergelijk element in de aanvraag tot verblijfsmachtiging overeenkomstig artikel 9bis van de Vreemdelingenwet uitdrukkelijk zou aanvoeren, hetgeen manifest niet is gebeurd. Nergens uit de aanvraag tot verblijfsmachtiging (noch uit het feitenrelaas, noch bij de uiteenzetting van de buitengewone omstandigheden, noch bij de uiteenzetting ten gronde) wordt aangevoerd dat de verzoekende partij inderdaad een essentiële rol vervult binnen het gezin.

Zulks is naar het oordeel van de verzoekende partij toch veel betekenend.

Terwijl al helemaal niet aannemelijk wordt gemaakt dat de gezinsleden van de verzoekende partij zich gedurende de periode van de tijdelijke scheiding niet zouden kunnen beroepen op professionele hulpverlening, dan wel hulp van vrienden of kennissen. Dienaangaande moet worden benadrukt dat de gezinsleden zijn gemachtigd tot tijdelijk verblijf in het Rijk, waardoor zij ontegensprekelijk aanspraak kunnen maken op verschillende vormen van bijstand.

In zoverre de verzoekende partij nog zou aanvoeren dat op automatische wijze een gestandaardiseerde bijlage 13 werd afgeleverd, verwijst verweerder nog naar de stukken van het administratief dossier, waar onder meer blijkt dat de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie, belast met Administratieve Vereenvoudiging in een synthesesnota op omstandige wijze de specifieke situatie van de verzoekende partij en haar familieleden heeft beoordeeld.

De kritiek van de verzoekende partij kan derhalve niet worden aangenomen.

In een tweede onderdeel van het tweede middel voert de verzoekende partij aan dat het opsplitsen van het kerngezin een disproportionele inbreuk uitmaakt op artikel 8 EVRM. De verzoekende partij haalt aan dat het gezinsleven heel intens en uniek is, wegens de handicaps van haar broer en zus.

Artikel 8 van het EVRM luidt als volgt:

"1. Een ieder 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."

De verzoekende partij dient in de eerste plaats het bestaan van een beschermenswaardige relatie te bewijzen, wanneer zij zich beroept op art. 8 EVRM.

"Het begrip 'gezinsleven' in het voormeld artikel 8, lid 1 van het EVRM is een autonoom begrip dat onafhankelijk van het nationaal recht dient te worden geïnterpreteerd. Om zich dienstig te kunnen beroepen op artikel 8 van het EVRM dient verzoeker te vallen onder het toepassingsgebied van artikel 8 lid 1 van het EVRM. Er moet in casu nagegaan worden of er daadwerkelijk sprake is van een familie- of gezinsleven in de betekenis van artikel 8 van het EVRM (EHRM, Gül t. Zwitserland, 19 februari 1996). De vreemdeling dient in zijn aanvraag ten aanzien van het bestuur en ten laatste voor deze tot zijn beslissing komt, aannemelijk te maken dat hij een feitelijk gezin vormt met een Belg of een vreemdeling met legaal verblijf in België. Er moet sprake zijn van een effectief beleefde gezinssituatie of van een voldoende hechte relatie tussen de vreemdeling en zijn familie." (R.v.V. nr. 48.465 dd. 23.09.2010)

"Wanneer verzoekster een schending van artikel 8 EVRM aanvoert, is het in de eerste plaats haar taak om, rekening houdend met de omstandigheden van de zaak, op voldoende precieze wijze het bestaan van het door haar ingeroepen privéleven en familie- en gezinsleven aan te tonen, alsook de wijze waarop de bestreden beslissing dit heeft geschonden." (R.v.V. nr. 107.498 dd. 29.07.2013)

De verzoekende partij faalt ter zake in de op haar rustende bewijslast.

Wat het bestaan van een gezinsleven betreft, refereert verzoekende partij naar de afstammingsband met haar ouders, die vaststaat, alsook naar de hechte band met haar minderjarige broer en zus.

Hoewel het gezinsleven van ouders en hun minderjarige kinderen wordt verondersteld, kan, overeenkomstig de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg (EHRM 9 oktober 2003, nr. 48321/99, Slivenko/Litouwen; EHRM 17 februari 2009, nr. 27319/07, Onur/Groot-Brittannië; N. MOLE, Asylum and the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, 2008, 97) slechts van een door artikel 8 van het EVRM beschermd gezinsleven tussen ouders en hun meerderjarige kinderen gesproken worden indien, naast de afstammingsband, een vorm van afhankelijkheid blijkt.

Immers, "er wordt aangenomen dat in de relatie tussen een ouder en een meerderjarig kind het bestaan van bijkomende elementen van afhankelijkheid moet worden aangetoond die anders zijn dan de gewone affectieve banden" (R.v.V. nr. 66 750 van 19 september 2011, www.rvv-cce.be).

Er kan niet dienstig worden betwist dat uit de aanvraag tot verblijfsmachtiging overeenkomstig artikel 9bis van de Vreemdelingenwet, noch uit het inleidend verzoekschrift van de verzoekende partij, nergens wordt aangetoond dat er inderdaad sprake is van bijkomende elementen van afhankelijkheid tussen de verzoekende partij en haar ouders, dewelke de normale affectieve banden overstijgen.

Eenzelfde opmerking dient te worden gemaakt in zoverre de verzoekende partij wijst op de zorg voor haar gehandicapte broer en zus.

De loutere bewering van de verzoekende partij, alsdat haar aanwezigheid fundamenteel onontbeerlijk is voor de zorg voor haar broer en zus, kan uiteraard niet volstaan om inderdaad aannemelijk te maken dat de banden met haar broer en zus de normale affectieve banden overstijgen.

Een schending van art. 8 EVRM kan dan ook niet worden aangenomen.

De verweerder laat, ten overvloede en strikt subsidiair, 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. Minstens blijft de verzoekende partij in gebreke dat zij gedurende de periode van de tijdelijke scheiding geen nauw contact zou kunnen onderhouden met haar gezinsleden in België.

Zie ook:

"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)

En ook:

"Voorts werpt de verzoeker in het eerste middelonderdeel op dat de overweging in de bestreden beslissing dat hij "via de zogenaamde 'sociale media' tijdens zijn afwezigheid contact kan houden met zijn kind" bezwaarlijk kan gelden ten aanzien van zijn kind, dat pas in april 2017 naar de kleuterschool zal gaan. Hij stelt dat het "moeilijk (valt) in te zien op welke wijze via de zogenaamde 'sociale media' nuttige en waardevolle contacten kunnen worden onderhouden met een dergelijk jong kind". Met een dergelijk algemeen betoog maakt de verzoeker niet aannemelijk dat in de bestreden beslissing op grond van onjuiste feitelijke gegevens of op kennelijk onredelijke wijze wordt overwogen dat er "in deze tijden (...) bovendien afdoende mogelijkheden (zijn) om via sociale media contact te houden tijdens de afwezigheid van meneer". Hij brengt geen enkel gegeven aan waaruit zou blijken dat hij en zijn kind elkaar (met behulp van zijn partner) via sociale media niet zouden kunnen horen of zien of waaruit blijkt dat dergelijke contacten voor (één van) beiden niet nuttig of waardevol zouden zijn." (RvV nr. 185.738 dd. 21.04.2017)

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, 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).

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).

Zie ook:

“Zij heeft haar gezinsleven in België volledig uitgebouwd in illegaal verblijf. Verzoekster kan niet verwachten dat de Belgische Staat in die omstandigheden een positieve verplichting zou hebben om haar toe te laten verder op het grondgebied te verblijven. Het Europees Hof toont zich streng t.a.v. vreemdelingen die tijdens een onregelmatig of precair verblijf een relatie hebben aangegaan of een gezinsleven hebben opgebouwd.” (R.v.V. nr. 135.172 dd. 17.12.2014)

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 gezinsleden 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. 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 verweerder merkt op dat de gemachtigde van de Staatssecretaris geheel terecht, en binnen de hem ter zake toebedeelde bevoegdheid, oordeelde dat diende te worden besloten tot een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13).

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, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel inclusief.

Het enig middel is onontvankelijk, minstens ongegrond. Het kan niet worden aangenomen.”

4.3. Bij de beoordeling van de materiële motivering behoort het niet tot de bevoegdheid van de Raad zijn beoordeling in de plaats te stellen van deze van de administratieve overheid. De Raad is in de uitoefening van zijn wettelijk toezicht enkel bevoegd na te gaan of deze overheid bij de beoordeling is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet in onredelijkheid tot haar besluit is gekomen (RvS 7 december 2001, nr. 101.624).

Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in die zin dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De zorgvuldigheid verplicht de overheid onder meer om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en ervoor te zorgen dat de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk worden onderzocht, zodat zij met kennis van zaken kan beslissen (RvS 22 november 2012, nr. 221.475).

De aangevoerde schendingen van de materiële motiveringsplicht en van het zorgvuldigheidsbeginsel worden onderzocht in het licht van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet en artikel 8 van het EVRM, die eveneens geschonden worden geacht.

Artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet bepaalt 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.”

Dit is een bepaling die een specifieke zorgvuldigheidsplicht bevat om zo te waarborgen dat de gemachtigde, ook in het kader van wat verwerende partij een gebonden bevoegdheid noemt, bij het nemen van een verwijderingsbeslissing naar behoren rekening houdt met welbepaalde omstandigheden en fundamentele rechten, zijnde 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 maakt derhalve een individueel onderzoek noodzakelijk.

De verwerende partij stelt dat de vreemdeling aan de hand van concrete gegevens moet aantonen dat hij zich daadwerkelijk bevindt in één van de in artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet vermelde omstandigheden, wanneer hij zich wil beroepen op de bescherming van dit artikel. De verwerende partij kan hierin niet worden gevolgd omdat zij met een dergelijk betoog een verplichting bij de vreemdeling legt die evenwel op haarzelf rust (cf. RvS 26 juni 2014, nrs. 227.898 en 227.900). Het komt immers toe aan het bestuur om deze beoordeling en afweging in het licht van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet te maken.

Verder merkt de Raad op dat artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet hogere rechtsnormen weerspiegelt, zoals deze onder meer voortvloeien uit artikel 8 van het EVRM.

De Raad wijst erop dat het de taak is van de administratieve overheid om, vooraleer te beslissen, een zo nauwkeurig mogelijk onderzoek te doen van de zaak en dit op grond van de omstandigheden waarvan zij kennis heeft of zou moeten hebben, 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 (RvS 22 december 2010, nr. 210.029).

Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) volgt dat bij de belangenafweging in het kader van het door artikel 8 van het EVRM beschermde recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven een ‘fair balance’ 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.

4.4. Verzoeker voert aan dat er geen individueel onderzoek is gebeurd conform artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, hoewel de gemachtigde op de hoogte is van zijn gezinsbanden, en de hulp, verzorging en begeleiding die hij verleent aan zijn minderjarige ernstig gehandicapte broer en zus.

Hij verwijst daarvoor naar de aanvraag van 4 januari 2017 om verblijfsmachtiging in toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet en de stukken die daarbij werden gevoegd. Verzoeker houdt verder voor dat de opsplitsing tussen hem en zijn gezin ontegensprekelijk een disproportionele schending vormt van artikel 8 van het EVRM en dat de gemachtigde ook hier onzorgvuldig handelde door geen individueel onderzoek te voeren.

4.5. Uit het administratief dossier blijkt dat pas tot de afgifte van het bestreden bevel om het grondgebied te verlaten werd besloten nadat de gemachtigde heeft geoordeeld dat de aanvraag van 4 januari 2017 om verblijfsmachtiging in toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet onontvankelijk is.

De gemachtigde oordeelde op 15 mei 2017 dat de aangehaalde buitengewone omstandigheden enkel betrekking hebben op de minderjarige broer en zus van verzoeker en dat verzoeker geen enkel persoonlijk element aanhaalt als mogelijke buitengewone omstandigheid waardoor hij de verblijfsaanvraag niet in het buitenland kan indienen. Volgens de gemachtigde is er dan ook geen enkele buitengewone omstandigheid waardoor verzoeker zijn aanvraag niet zou kunnen indienen in zijn land van herkomst.

Aldus heeft de vaststelling dat er geen buitengewone omstandigheden zijn die de terugkeer naar Kosovo verhinderen, eveneens geleid tot het oordeel dat er geen hinderpalen zijn die zich verzetten tegen de afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten. De beoordeling van de regularisatieaanvraag blijkt aldus bepalend te zijn geweest voor de beslissing tot afgifte van het bevel om het grondgebied te verlaten.

4.6. De beslissing van de gemachtigde van 15 mei 2017 waarbij de aanvraag om machtiging tot verblijf op basis van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet, onontvankelijk wordt verklaard, werd inmiddels door de Raad vernietigd bij arrest nr. 197 916 van 12 januari 2018.

Deze vernietiging vindt zijn redengeving in de vaststelling dat er geen rekening werd gehouden met elementen in het administratief dossier die wijzen op het bestaan van een beschermenswaardig gezinsleven in hoofde van verzoeker of dat daarover een afweging heeft plaatsgevonden. In het arrest nr. 197 916 wordt als volgt uiteengezet:

“3.7.

[...]

Het Grondwettelijk Hof heeft de toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet in zijn arrest van 26 juni 2008 als volgt toegelicht: “Die discretionaire bevoegdheid kan evenwel niet aldus worden begrepen dat zij, zonder dat uitdrukkelijk wordt verwezen naar de noodzakelijke eerbiediging van verdragsrechtelijke grondrechten, de minister of zijn gemachtigde zou toestaan de artikelen 3 en 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens te schenden, derwijze dat aan een categorie van vreemdelingen het genot wordt ontzegd van de rechten die door die verdragsbepalingen worden gewaarborgd. Doordat zij een zorgvuldig onderzoek van iedere aanvraag vereist, biedt de bestreden regeling de mogelijkheid om elke aanvraag individueel, op grond van concrete elementen, te beoordelen in het licht van onder meer die verdragsbepalingen.” (GwH 26 juni 2008, nr. 95/2008, B.6; zie in deze zin ook EHRM 5 februari 2002, Conka v. België, § 83; RvS 22 december 2010, nr. 210 029).

Hieruit volgt dat de gemachtigde, ondanks zijn ruime discretionaire bevoegdheid, verplicht is om op individuele wijze iedere aanvraag op basis van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet zorgvuldig te onderzoeken in het licht van artikelen 3 en 8 van het EVRM, zelfs als er in deze aanvragen niet uitdrukkelijk wordt verwezen naar de noodzakelijke eerbiediging van deze grondrechten.

De Raad oordeelt dat deze vereiste des te meer geldt wanneer de gemachtigde uit eigen beweging beslist om een zeer prille meerderjarige verzoeker af te splitsen van zijn gezinsleden om vervolgens zijn dossier individueel te beoordelen hoewel de betrokken aanvraag werd ingediend door zijn ouders toen hij nog minderjarig was.

3.8. *Het waarborgen van een recht op eerbiediging van het gezinsleven, veronderstelt het bestaan van een gezinsleven dat beschermenswaardig is onder artikel 8 van het EVRM. Dit artikel definieert het begrip ‘gezinsleven’ niet, dat als autonoom begrip onafhankelijk van het nationale recht dient te worden geïnterpreteerd. De beoordeling of er al dan niet sprake is van een beschermenswaardig gezinsleven is in wezen een feitenkwestie die afhankelijk is van de aanwezigheid van effectief beleefde hechte persoonlijke banden (EHRM 12 juli 2001, K. en T./Finland (GK), § 150; EHRM 2 november 2010, Şerife Yiğit/Turkije (GK), § 93).*

Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) volgt dat in beginsel de relatie tussen ouders en meerderjarige kinderen enkel onder de bescherming van artikel 8 van het EVRM valt indien het bestaan van bijkomende elementen van afhankelijkheid, andere dan de gewoonlijke affectieve banden, wordt aangetoond (EHRM 15 juli 2003, Mokrani/Frankrijk, § 33; eveneens: EHRM 2 juni 2015, K.M./Zwitserland, § 59; EHRM 12 januari 2010, nr. 47486/06, A.W. Khan v. Verenigd Koninkrijk, par. 32; EHRM 15 mei 2012, nr. 16567/10, Nacic e.a. v. Zweden, par. 76).

Bijkomende elementen kunnen onder meer zijn het samenwonen, de financiële afhankelijkheid, lichamelijke, psychische of medische afhankelijkheid, de reële banden tussen betrokkenen.

Het EHRM heeft evenwel ook geoordeeld dat de banden tussen jongvolwassenen die nog geen eigen gezin hebben gesticht en hun ouders of andere naaste familieleden eveneens een beschermenswaardig ‘gezinsleven’ kunnen uitmaken (EHRM 23 juni 2008, Maslov/Oostenrijk (GK), § 62; EHRM 14 juni 2011, Osman/Denemarken, § 55). Met andere woorden, bij jongvolwassenen die geen eigen gezin hebben gesticht, wordt de eis van “bijkomende elementen van afhankelijkheid” niet meer dwingend gesteld wanneer er voldoende hechte en effectief beleefde banden zijn tussen de jongvolwassene en zijn ouders, bijvoorbeeld wanneer de jongvolwassene nog bij zijn ouders verblijft en het gezin nog nooit heeft verlaten, wat in deze het geval is.

3.9. *De Raad gaat in casu na of er op het moment van de bestreden beslissing factoren aanwezig waren die wijzen op het bestaan van een beschermenswaardig gezinsleven in hoofde van de verzoeker waarmee het bestuur rekening had moeten houden.*

Uit de gegevens van het administratief dossier blijkt dat verzoeker op het moment van de bestreden beslissing pas meerderjarig was geworden maar nog steeds thuis woonde bij zijn ouders, broer en zus

met wie hij altijd heeft samengewoond. Daarnaast kan in het eindverslag van de gerechtsdeskundige V.M. van 24 maart 2016 worden gelezen dat verzoeker vlot Nederlands spreekt en vertaalt voor zijn ouders, dat alle communicatie via hem verloopt, en dat hij thuis helpt met de verzorging van broer en zus. Het is mede op basis van dit eindverslag van de gerechtsdeskundige V.M., “gebaseerd op objectieve medische vaststellingen en een grondige studie van het medisch dossier”, dat de arbeidsrechtbank te Gent bij vonnis van 19 augustus 2016 het OCMW van Ledegem heeft veroordeeld tot maatschappelijke dienstverlening aan het gehele gezin wegens een bewezen ‘medisch humanitaire onverwijderbaarheid’. Dit eindverslag werd gevoegd bij de aanvraag om verblijfsmachtiging van 4 januari 2017 in toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet.

3.10. Verwerende partij betoogt in haar nota dat deze elementen niet uitdrukkelijk werden aangehaald in de aanvraag om verblijfsmachtiging en benadrukt de ruime beleidsvrijheid van het bestuur in het kader van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet.

De Raad verwijst naar de aangehaalde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en merkt tevens op dat de voormelde ruime beleidsvrijheid geen afbreuk doet aan de verplichting van de gemachtigde om, vooraleer te beslissen, een zo nauwkeurig mogelijk onderzoek te doen van de zaak in het licht van artikel 8 van het EVRM en dit op grond van de omstandigheden waarvan hij kennis heeft of zou moeten hebben, zoals toegelicht in punt 3.7 (zie in deze zin ook EHRM 5 februari 2002, Conka v. België, § 83; RvS 22 december 2010, nr. 210 029).

De Raad stelt vast dat de gemachtigde op het moment van de bestreden beslissing kennis had of had moeten hebben van al de bovenvermelde elementen die wijzen op het bestaan van een beschermenswaardig gezinsleven tussen verzoeker en zijn ouders, broer en zus. Bovenvermelde elementen zijn elementen waarmee de gemachtigde rekening had moeten houden toen hij uit eigen beweging besliste om de prille meerderjarige verzoeker af te splitsen van zijn gezinsleden en zijn dossier individueel te beoordelen. Bovendien kan redelijkerwijze van de gemachtigde worden verwacht dat hij inziet dat een bestaande afhankelijkheidsrelatie en beschermenswaardig gezinsleven tussen ouders en minderjarige kinderen niet onmiddellijk ophouden te bestaan vanaf de datum waarop een kind meerderjarig wordt.

Noch uit de bestreden beslissing noch uit de gegevens van het administratief dossier, zoals een nota van 5 mei 2017 en de synthesenota van 15 mei 2017, blijkt op enige wijze dat rekening werd gehouden met elementen in het administratief dossier die wijzen op het bestaan van een beschermenswaardig gezinsleven in hoofde van verzoeker of daarover een afweging heeft plaats gevonden.

In een nota van 5 mei 2017 voorgelegd aan de directeur-generaal van de Dienst Vreemdelingenzaken wordt verwezen naar het verslag van de gerechtsdeskundige V.M. waaruit blijkt dat verzoeker “steeds optreedt als tolk” en dat verzoeker een “goed contact heeft met zijn broer en zus”. Buiten een loutere vermelding van deze elementen blijkt in de nota evenwel geen enkele afweging omtrent deze elementen.

In de synthesenota van 15 mei 2017 worden de verblijfssituatie, de aanvraag van 4 januari 2017 en elementen van openbare orde besproken. Er blijkt echter niet dat rekening wordt gehouden met de elementen die wijzen op het bestaan van een beschermenswaardig gezinsleven, noch dat deze elementen op enige wijze werden meegenomen in de afweging en beslissing om verzoeker af te splitsen van zijn gezinsleden en zijn dossier individueel te beoordelen.

De synthesenota van 15 mei 2017 voorziet een apart kader waar opmerkingen kunnen worden gemaakt omtrent het volgende:

Bij de behandeling van de aanvraag, werden elementen onderzocht (in toepassing van artikel 74/13:

1) hoger belang van het kind:

→

2) Gezins- en familieleven:

→

3) Gezondheidstoestand:

→

De Raad stelt vast dat de gemachtigde in dit kader niets heeft ingevuld. Enige beoordeling en afweging omtrent de elementen die wijzen op het bestaan van een beschermenswaardig gezinsleven kan niet worden teruggevonden.

Waar verwerende partij poneert dat bovenvermelde elementen allerm minst voldoende zijn om te bewijzen dat verzoekers aanwezigheid "fundamenteel onontbeerlijk" zou zijn, verwijst de Raad naar de rechtspraak van het EHRM toegelicht in punt 3.8. Daaruit volgt dat het EHRM in bepaalde gevallen heeft geoordeeld dat de banden tussen jongvolwassenen die nog geen eigen gezin hebben gesticht en hun ouders of andere naaste familieleden eveneens een beschermenswaardig 'gezinsleven' kunnen vormen, zonder dat daar toe "bijkomende elementen van afhankelijkheid" zijn vereist. Wat dit laatste betreft kan vervolgens in de rechtspraak van het EHRM enkel worden gelezen dat een meer dan gebruikelijke afhankelijkheidsrelatie tussen het meerderjarige kind en de ouders moet worden aangetoond. Enige vereiste tot "fundamenteel onontbeerlijk" zijn wordt nergens in deze rechtspraak vermeld. Met dit betoog miskent de verwerende partij de rechtspraak inzake artikel 8 van het EVRM."

4.7. In casu kunnen voor het bestreden bevel dezelfde vaststellingen worden gemaakt, namelijk dat geen rekening werd gehouden met elementen in het administratief dossier die wijzen op het bestaan van een beschermenswaardig gezinsleven in hoofde van verzoeker en er evenmin een afweging daarover heeft plaatsgevonden.

De Raad stelt zelfs vast dat er geen onderzoek is gebeurd in het kader van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, zoals reeds werd vastgesteld in punt 3.10. van het arrest nr. 197 916, hierboven geciteerd. Het betoog van verwerende partij dat uit de synthesesnota blijkt dat op omstandige wijze de specifieke situatie van verzoeker en zijn gezinsleden werd beoordeeld, mist dan ook feitelijke grondslag.

Verzoeker kan dus worden bijgetreden in zijn betoog dat er geen individueel onderzoek is gebeurd conform artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet en artikel 8 van het EVRM, hoewel de gemachtigde kennis had of had moeten hebben van al de bovenvermelde elementen die wijzen op het bestaan van een beschermenswaardig gezinsleven tussen verzoeker en zijn ouders, broer en zus. Er wordt bijgevolg evenmin blij gegeven van een zorgvuldige belangenafweging.

De Raad herhaalt dat zowel artikel 8 van het EVRM als artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet een zorgvuldig onderzoek vereisen van de gemachtigde naar alle relevante feiten en omstandigheden die betrekking hebben op het gezinsleven van verzoeker.

De Raad oefent slechts een wettigheidscontrole uit op de bestreden beslissing wat impliceert dat hij niet de bevoegdheid bezit om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid en niet zelf een belangenafweging kan doorvoeren (RvS 26 januari 2016, nr. 233.637; RvS 26 juni 2014, nr. 227.900 en RvS 3 februari 2016, nr. 11.784 (c)).

Derhalve kan de Raad enkel vaststellen dat de gemachtigde niet is tegemoet gekomen aan de zorgvuldigheidsplicht en de beoordelingsplicht die hem toekwam in het licht van artikel 8 van het EVRM en artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet.

Een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht in het licht van artikel 8 van het EVRM en artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet is aangetoond. Het middel is in de besproken mate gegrond.

4.8. Het betoog van verwerende partij omtrent het al dan niet bestaan van een beschermenswaardig gezinsleven, is in casu niet meer dienstig aangezien blijkt dat geen rekening werd gehouden met elementen in het administratief dossier die wijzen op het bestaan van een beschermenswaardig gezinsleven in hoofde van verzoeker, hetgeen volstaat om het middel gegrond te bevinden.

In haar nota betoogt de verwerende partij verder dat niet aannemelijk wordt gemaakt dat de gezinsleden van verzoeker zich gedurende de periode van tijdelijke scheiding niet zouden kunnen beroepen op professionele hulpverlening, dan wel hulp van vrienden of kennissen en dat zij aanspraak kunnen maken op verschillende vormen van bijstand. De Raad stelt vast dat dit betoog van verwerende partij neerkomt op een zekere beoordeling en afweging waarvan voor het eerst blijkt wordt gegeven in de nota. Daardoor maakt dit betoog een a posteriori motivering uit die niet is terug te vinden in de bestreden beslissing zodat de wapengelijkheid onder de gedingpartijen in het gedrang wordt gebracht (RvS 25 januari 2010, nr. 199.865) en dit verzoeker de mogelijkheid ontnemt om zijn beroepsrecht ter zake naar behoren uit te oefenen (cf. HvJ 11 december 2014, C-249/13, Boudjlida, ptn 38 en 59). Door a posteriori te pogen verder onderzoek te voeren naar het voorgehouden gezinsleven van verzoeker, wordt de hierboven vastgestelde onregelmatigheid door de verwerende partij niet rechtgezet (cf. RvS 28 oktober 2008, nr. 187.420). Bovendien gaat dit betoog voorbij aan wat werd toegelicht in punten 4.6. en 4.7 (cf. RvS 28 oktober 2008, nr. 187.420).

Het verder louter poneren dat artikel 8 van het EVRM als dusdanig geen recht op verblijf waarborgt in een staat waarvan men de nationaliteit niet heeft, dat een tijdelijke verwijdering en scheiding niet in strijd zijn met artikel 8 van het EVRM en dat dit verdragsartikel een rechtmatige toepassing van de Vreemdelingenwet niet in de weg staat, is een algemene stelling die niet volstaat en op zich geen belangenafweging in dit kader vormt (cf. RvS 26 mei 2009, nr. 193.522). De toepassing van de Vreemdelingenwet moet immers worden getoetst aan de voorwaarden van artikel 8 van het EVRM, dat als hogere rechtsnorm in casu primeert. Er rust een onderzoeksplicht bij Verdragsluitende Staten: bij het nemen van een verblijfs- en/of verwijderingsbeslissing dienen steeds nauwgezet de individuele en concrete omstandigheden van een bepaald geval te worden onderzocht in het kader van een billijke belangenafweging, quod non in casu.

De verweernota laat bijgevolg niet toe anders te besluiten.

5. Korte debatten

De verzoekende partij heeft een gegrond middel aangevoerd dat leidt tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Er is grond om toepassing te maken van artikel 36 van het koninklijk besluit van 21 december 2006 houdende de rechtspleging voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. De vordering tot schorsing, als accessorium van het beroep tot nietigverklaring, is zonder voorwerp. Er dient derhalve geen uitspraak gedaan te worden over de exceptie van onontvankelijkheid van de vordering tot schorsing, opgeworpen door de verwerende partij.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

De beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 15 mei 2017 tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13) wordt vernietigd.

Artikel 2

De vordering tot schorsing is zonder voorwerp.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op twaalf januari tweeduizend achttien door:

mevr. M. MAES,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

dhr. T. LEYSEN,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

T. LEYSEN

M. MAES