

Arrest

nr. 199 796 van 15 februari 2018
in de zaak RvV X / VIII

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat M. DE BUISSET
Bischoffsheimlaan 36
1000 BRUSSEL

tegen:

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

DE WND. VOORZITTER VAN DE VIIIE KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X en haar minderjarige dochter X, die verklaren van Marokkaanse en onbepaalde nationaliteit te zijn, op 13 februari 2018 hebben ingediend bij faxpost om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van de beslissing van 3 februari 2018 tot teruggrijving (bijlage 11) alsook de beslissing tot vasthouding in een welbepaalde aan de grens gelegen plaats.

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 13 februari 2018, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 14 februari 2018.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken M. MAES.

Gehoord de opmerkingen van advocaat M. QUESTIAUX, die loco advocaat M. DE BUISSET verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat T. SCHREURS, die loco advocaat E. MATTERNE verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1. Verzoekster huwt op 8 april 2010 met dhr. T.A., van Spaanse nationaliteit, die over een verblijfsrecht beschikt in België in het kader van zijn recht op vrij verkeer en verblijf als Unieburger (E-kaart).

1.2. Hun dochter wordt geboren op 14 juli 2015.

1.3. Op 8 januari 2018 dient verzoekster een aanvraag in om een verblijfskaart als familielid van een Unieburger. Zij wordt in het bezit gesteld van een bijlage 19ter.

1.4. Op 3 februari 2018 biedt verzoekster zich aan bij de grenspolitie van de nationale luchthaven te Zaventem, komende met een vlucht vanuit Tanger (Marokko) met bestemming Brussel.

1.5. Op 3 februari 2018 neemt de verwerende partij een beslissing tot terughrijving, waarvan verzoekster op dezelfde dag in kennis wordt gesteld. Dit is de eerste bestreden beslissing, waarvan de motieven luiden als volgt:

“TERUGDRIJVING

Op 3/02/2018 om 23:30 uur, aan de grensdoorlaatpost Brussel Nationaal, werd door ondergetekende,

de heer / mevrouw :

naam B voornaam H

(...)

die de volgende nationaliteit heeft Marokko wonende te [...]

houder van het document paspoort nummer SV3091690

afgegeven te Prefecture de Tanger - Assilah op : 11/06/2014

houder van het visum nr. 009224077 van het type C afgegeven door het Consulaat Generaal van Spanje geldig van 15/06/2015 tot 14/06/2018

voor een duur van 90 dagen, met het oog op :

afkomstig uit Tanger met de vlucht 30113 op de hoogte gebracht van het feit dat de toegang tot het grondgebied aan haar wordt geweigerd, krachtens artikel 3, eerste lid van de wet van 15.12.1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, om de volgende reden(en) :

(...)

☐ (F) Heeft reeds gedurende negentig dagen in een periode van 180 dagen op het grondgebied van de lidstaten van de Europese Unie verbleven (art. 3, eerste lid, 2°, van de wet van 15 december 1980, en art. 6, paragraaf 1, inleidende formule, en paragraaf 1bis, van Schengengrenscore)

Reden van de beslissing: Betrokkene is gehuwd met TABCHICH ABDELMAOULA (°08-04-2010).

Ze wenst zich te vestigen bij haar echtgenoot in België. Ze reist samen met haar dochter TABCHICH BOUBLIGHA JAOUHARA (°13-09-2017). Betrokkene en haar dochter zijn niet ingeschreven in België.

Betrokken heeft reeds 116 dagen op het Schengengrondgebied verbleven op de periode van 180 dagen (betrokkene heeft volgende stempels in haar paspoort: IN: 30/6/2017; OUT: 3/9/2017 en

IN: 13/10/2017; OUT: 9/1/2018). Het betreft hier dus een overstay.

(...)”

1.6. Diezelfde dag wordt een beslissing tot vasthouding in een welbepaalde aan de grens gelegen plaats genomen. Dit is de tweede bestreden beslissing.

2. Over de ontvankelijkheid en de procedure.

2.1. Een minderjarige wordt als handelingsonbekwaam beschouwd, hetgeen tot gevolg heeft dat een minderjarige vertegenwoordigd dient te zijn door zijn vader, zijn moeder of zijn voogd om op een rechtsgeldige wijze een beroep in te dienen bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Er wordt op deze algemene regel een uitzondering aanvaard, met name wanneer het een minderjarige betreft, die geen infans meer is en over voldoende onderscheidingsvermogen beschikt, telkens het rechten betreft die aan zijn persoon zijn verbonden.

Een minderjarige dient aldus vertegenwoordigd te worden door zijn vader, moeder of voogd. Aangezien in het verzoekschrift niet gepreciseerd wordt dat eerste verzoekster optreedt in haar hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van haar minderjarige dochter, dient bijgevolg te worden vastgesteld dat het beroep van tweede verzoekster onontvankelijk is. De Raad merkt bovendien op dat de eerste bestreden

beslissing (bijlage 11) enkel werd genomen ten aanzien van eerste verzoekster (hierna aangeduid als “verzoekster”).

2.2. Wat de tweede bestreden beslissing betreft, moet worden gesteld dat deze beslissing overeenkomstig artikel 71, eerste lid van de Vreemdelingenwet enkel vatbaar is voor een beroep bij de raadkamer van de correctionele rechtbank van de verblijfplaats in het Rijk of van de plaats waar de vreemdeling werd aangetroffen, zoals op die beslissing ook in de kennisgeving vermeld staat. De Raad is dan ook zonder rechtsmacht om kennis te nemen van het beroep in de mate dat het gericht is tegen deze beslissing. Ter terechtzitting wordt dit door de raadsvrouw van verzoekster beaamd. De vordering in zoverre gericht tegen de tweede bestreden beslissing is dan ook onontvankelijk.

2.3. De Raad merkt op dat, zoals supra in punt 1.6. werd aangegeven, verzoekster heden het voorwerp uitmaakt van een verwijderingsmaatregel waarvan de tenuitvoerlegging imminent is en stelt tevens vast dat in de mate dat verzoekster het voorwerp uitmaakt van een beslissing tot vasthouding in een welbepaalde aan de grens gelegen plaats, de verwerende partij het dringend karakter van onderhavige vordering niet betwist.

Bovendien stelt de Raad vast dat evenmin wordt betwist dat onderhavige vordering prima facie ingediend werd met inachtneming van de termijnen die voortvloeien uit een samenlezing van de artikelen 39/82, § 4, tweede lid, en 39/57, derde lid van de Vreemdelingenwet.

3. Onderzoek van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in zoverre deze gericht is tegen de eerste bestreden beslissing tot terugnrijving (bijlage 11)

3.1. 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.

3.2. Betreffende de eerste voorwaarde: het uiterst dringende karakter

De Raad verwijst naar de vaststellingen supra onder titel “2. *Over de procedure*”, waaruit blijkt dat de schorsing van de tenuitvoerlegging volgens de gewone schorsingsprocedure te laat zal komen en derhalve niet effectief zal zijn.

Aan de eerste cumulatieve voorwaarde is bijgevolg voldaan.

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

3.3.1. De interpretatie van deze voorwaarde

3.3.1.1. 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.

3.3.1.2. 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.”*

3.3.2. De toepassing van deze voorwaarde

3.3.2.1. Verzoekster voert in een enig middel onder meer de schending aan van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM). Het kernbetoog van verzoekster is dat de verwerende partij geen rekening heeft gehouden met haar gezinssituatie en niet is overgegaan tot een belangenafweging (*“La partie adverse n’a donc procédé à aucun examen de proportionnalité alors qu’elle était informée de cette vie familiale et, n’a pas tenu compte de la situation familiale de la requérante.”*). Verzoekster benadrukt dat zij getrouwd is met een Spaanse Unieburger die een verblijfsrecht in België heeft, dat zij een aanvraag om een verblijfskaart als familielid van een Unieburger heeft ingediend en dat haar minderjarig kind de Spaanse nationaliteit heeft.

3.3.2.2. Artikel 8 van het EVRM bepaalt als volgt:

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

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

De Raad stelt vast dat noch uit de bestreden beslissing, noch uit het administratief dossier en noch uit de verweernota blijkt dat verwerende partij het bestaan van een beschermenswaardig gezinsleven tussen verzoekster, haar minderjarige dochter en haar Spaanse echtgenoot betwist. De Raad ziet zelf geen enkel element dat hierover gereede twijfel kan scheppen. Het bestaan van een beschermenswaardig gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM wordt aangenomen.

Bijgevolg dient de Raad te onderzoeken of er sprake is van een schending van het recht op eerbiediging van het gezinsleven.

3.3.2.3. De Raad herinnert eraan dat het door artikel 8 van het EVRM gewaarborgde recht op respect voor het gezinsleven niet absoluut is. Inzake immigratie heeft het EHRM er bij diverse gelegenheden aan herinnerd dat het EVRM als dusdanig geen enkel recht voor een vreemdeling waarborgt om het grondgebied van een Staat waarvan hij geen onderdaan is, binnen te komen of er te verblijven (EHRM 9 oktober 2003, Slivenko/Letland (GK), § 115; EHRM 24 juni 2014, Ukaj/Zwitserland, § 27).

Niettemin, in bepaalde gevallen kunnen binnenkomst-, verblijfs- en verwijderingsmaatregelen aanleiding geven tot een schending van het recht op eerbiediging van het gezinsleven, zoals gewaarborgd onder artikel 8 van het EVRM.

In casu stelt verzoekster dat er sprake is van een situatie van eerste toelating, hetgeen door verwerende partij niet wordt betwist.

In een situatie van eerste toelating is het aan de Staat, in dit geval aan de verwerende partij, om te onderzoeken of er een positieve verplichting is voor de Staat om de betrokken vreemdeling op zijn grondgebied toe te laten of te laten verblijven zodat hij zijn recht op eerbiediging van het gezinsleven aldaar kan handhaven en ontwikkelen (EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 63; EHRM 1 december 2005, Tuquabo-Tekle en a./Nederland; EHRM 10 juli 2014, Tanda-Muzinga/Frankrijk; EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 105).

Dit onderzoek geschiedt aan de hand van de zogenaamde 'fair balance'-toets. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) volgt immers dat een belangenafweging in het kader van het door artikel 8 van het EVRM beschermde recht op eerbiediging van het gezinsleven moet plaats hebben, waarbij 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. De omvang van de positieve verplichting is immers afhankelijk van de specifieke omstandigheden van de betrokken individuen en het algemeen belang (EHRM 17 oktober 1986, Rees/The United Kingdom, §37; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 39; EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 106-107). In het kader van een billijke afweging dienen dan ook een aantal elementen in rekening te worden genomen, met name de mate waarin het gezinsleven daadwerkelijk wordt verbroken, de omvang van de banden in de Verdragsluitende Staat, alsook de aanwezigheid van onoverkomelijke hinderpalen die verhinderen dat het gezins- en privéleven elders normaal en effectief wordt uitgebouwd of verdergezet. Deze elementen moeten vervolgens worden afgewogen tegen de aanwezige elementen van immigratiecontrole of overwegingen inzake openbare orde. Staten beschikken bij deze belangenafweging over een zekere beoordelingsmarge.

Staten gaan hun beoordelingsmarge te buiten en schenden artikel 8 van het EVRM wanneer zij falen op zorgvuldige wijze een redelijke belangenafweging te maken (EHRM 28 juni 2011, Nuñez/Noorwegen, § 84; EHRM 10 juli 2014, Mugenzi/Frankrijk, §§ 46 en 62).

De Raad oefent slechts een wettigheidscontrole uit op de bestreden beslissing. Bijgevolg gaat hij na of de verwerende partij alle relevante feiten en omstandigheden op zorgvuldige wijze in haar besluitvorming heeft betrokken en daarbij een kennelijk redelijke afweging heeft gemaakt tussen enerzijds het belang van een vreemdeling bij de uitoefening van het gezinsleven hier te lande en anderzijds het algemeen belang van de Belgische samenleving bij het voeren van een migratiebeleid en het handhaven van de openbare orde.

Deze maatstaf impliceert dat de Raad niet de bevoegdheid bezit om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. Bijgevolg kan de Raad niet zelf de belangenafweging doorvoeren, doch kan hij enkel nagaan of het bestuur niet op een kennelijk onredelijke wijze of in strijd met de voorhanden zijnde feitelijke gegevens van de zaak tot de bestreden beslissing is gekomen (RvS 26 januari 2016, nr. 233.637; RvS 26 juni 2014, nr. 227.900 en RvS 3 februari 2016, nr. 11.784 (c)).

3.3.2.4. Uit het verslag van de grensinspectie, dat zich in het administratief dossier bevindt, blijkt dat verzoekster aan de grensinspectie heeft verklaard dat zij zich wenst te vestigen bij haar echtgenoot in België. Daarbij heeft de grensinspectie vastgesteld dat zij gehuwd is met dhr. T.A., die beschikt over de Spaanse nationaliteit en is ingeschreven in België. Verzoekster legde daartoe haar paspoort en huwelijksboekje, uitgereikt door het Spaans consulaat te Tangiers, voor. In de hoofding van het verslag van de grensinspectie wordt dan ook vermeld "familieid EU-onderdaan". De grensinspectie stelt verder vast dat verzoeksters minderjarige dochter de Spaanse nationaliteit heeft en dat zowel verzoekster als haar minderjarige dochter niet zijn ingeschreven in België. Verder stelt de grensinspectie, aan de hand van de in- en uitreisstempels in haar paspoort, vast dat verzoekster reeds 128 dagen op het Schengengrondgebied heeft verbleven op de periode van 180 dagen.

In de bestreden beslissing wordt gemotiveerd:

"□ (F) Heeft reeds gedurende negentig dagen in een periode van 180 dagen op het grondgebied van de lidstaten van de Europese Unie verbleven (art. 3, eerste lid, 2°, van de wet van 15 december 1980, en art. 6, paragraaf 1, inleidende formule, en paragraaf 1bis, van Schengengrenscore)

Reden van de beslissing: Betrokkene is gehuwd met T.A. (°08-04-2010).

Ze wenst zich te vestigen bij haar echtgenoot in België. Ze reist samen met haar dochter T.B.J.

(°13-09-2017). Betrokkene en haar dochter zijn niet ingeschreven in België. Betrokken heeft reeds 116 dagen op het Schengengrondgebied verbleven op de periode van

180 dagen (betrokkene heeft volgende stempels in haar paspoort: IN: 30/6/2017; OUT: 3/9/2017 en IN: 13/10/2017; OUT: 9/1/2018). Het betreft hier dus een overstay."

3.3.2.5. In de bestreden beslissing wordt aldus verwezen naar de echtgenoot in België en het feit dat verzoekster samen reist met hun minderjarige dochter en zich wenst te vestigen bij haar echtgenoot in België. Evenwel kan nergens in de bestreden beslissing noch in de stukken van het administratief dossier worden gelezen dat de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing vervolgens daadwerkelijk is overgegaan tot een concrete afweging van de belangen van de verzoekster en haar gezinsleden, enerzijds, en het algemeen belang van de Belgische samenleving bij het voeren van een migratiebeleid anderzijds, zoals zij nochtans behoorde te doen in het licht van artikel 8 van het EVRM.

De verwerende partij beperkt zich tot de enkele vaststelling dat verzoekster en haar minderjarige dochter niet zijn ingeschreven in België en dat het hier een "overstay" betreft, maar enige afweging van alle in het geding zijnde belangen blijkt niet, evenmin blijkt dit uit het administratief dossier.

Het is inderdaad zo dat artikel 8 van het EVRM de verzoekster niet zonder meer vrijstelt van de wettelijke binnenkomstvoorwaarden, maar dit neemt niet weg dat artikel 8 van het EVRM in zaken die zowel betrekking hebben op een gezinsleven als op immigratie, aanleiding kan geven tot een positieve verplichting voor Staten die enkel kan worden vastgesteld nadat een belangenafweging plaats heeft, quod non in casu.

Het gebrek aan belangenafweging klemmt des te meer daar in casu de verwerende partij niet verplicht is om een beslissing tot terugnijding te nemen. Artikel 3, eerste lid, 6° van de Vreemdelingenwet bepaalt immers:

"Behoudens de in een internationaal verdrag of in de wet bepaalde afwijkingen, kan de toegang worden geweigerd aan de vreemdeling die zich in een van de volgende gevallen bevindt :

(...)

6° wanneer hij 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;(...)"

Waar verzoekster aanvoert dat er geen belangenafweging heeft plaats gehad in het licht van haar gezinsleven, dient zij te worden bijgetreden. De beoordeling of verzoeksters gezinsleven in dit geval aanleiding kan geven tot een positieve verplichting in hoofde van de Belgische staat, komt aan de verwerende partij toe. Dit vereist, zoals gezegd, een belangenafweging die de Raad in het kader van zijn wettigheidsstoezicht niet toekomt.

Waar geen belangenafweging is geschied, is artikel 8 van het EVRM prima facie geschonden.

3.3.2.6. In haar nota merkt de verwerende partij op dat verzoekster niet aantoonde in de onmogelijkheid te zijn om haar gezinsleven in het land van herkomst of elders verder te zetten, dat het een tijdelijke scheiding betreft voor de duur om zich in regel te stellen met de in België geldende binnenkomst- en verblijfsvoorwaarden en dat dergelijke tijdelijke scheiding met het oog op het vervullen van de noodzakelijke formaliteiten ter voldoening van de wettelijke bepalingen, het gezinsleven van verzoekster niet verstoort in die mate dat er sprake kan zijn van een schending van artikel 8 van het EVRM.

De Raad stelt vast dat dit betoog van verwerende partij neerkomt op een zekere beoordeling en afweging waarvan voor het eerst blijk wordt gegeven in de nota. Daardoor maakt dit betoog een a posteriori motivering uit die niet is terug te vinden in de bestreden beslissing noch in het administratief dossier zodat de wapengelijkheid onder de gedingpartijen in het gedrang wordt gebracht (RvS 25 januari 2010, nr. 199.865) en dit verzoekster de mogelijkheid ontnaemt 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 gezinsleven van verzoekster, wordt de hierboven vastgestelde onregelmatigheid door de verwerende partij daarenboven niet rechtgezet (cf. RvS 28 oktober 2008, nr. 187.420).

De Raad merkt verder op dat deze algemene stellingen niet volstaan en op zich geen belangenafweging vormen (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.

3.3.2.7. Verwerende partij benadrukt verder dat verzoekster enkel een bijlage 19ter heeft en nog geen attest van immatriculatie noch een verblijfsrecht heeft bekomen. Zij is niet ingeschreven en heeft de toegelaten termijn van 90 dagen om op het Schengengrondgebied te verblijven ruimschoots overschreden.

De Raad herinnert eraan dat verzoekster een identiteitsbewijs (haar paspoort) en haar huwelijksboekje heeft voorgelegd. Zij bracht dus bewijs aan van haar identiteit en van haar huwelijksband met dhr. T.A., waarvan de grensinspectie heeft vastgesteld dat hij een Spaanse burger is die verblijft in België in het kader van zijn recht van vrij verkeer en verblijf (E-kaart). De grensinspectie noteerde trouwens op het verslag dat verzoekster “familielid EU onderdaan” is.

Verwerende partij kon dan ook niet zomaar meer een beslissing tot teruggedrijving nemen louter omdat verzoekster reeds meer dan 90 dagen op 180 dagen op het Schengengrondgebied heeft verbleven op grond van een eenvormig visum. Artikel 3, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet is immers slechts van toepassing “*behoudens de in een internationaal verdrag of in de wet bepaalde afwijkingen*”.

Artikel 41, een bepaling die deel uitmaakt van titel II van de Vreemdelingenwet “Aanvullende en afwijkende bepalingen betreffende bepaalde categorieën van vreemdelingen”, stelt:

“(…)

2. *Het recht op binnenkomst wordt erkend aan de familieleden van een burgers van de Unie bedoeld in artikel 40bis, § 2, die geen burger van de Unie zijn, op voorlegging van een geldig paspoort dat, in voorkomend geval, voorzien is van een geldig inreisvisum overeenkomstig de Verordening (EG) nr. 539/2001 van de Raad van 15 maart 2001 tot vaststelling van de lijst van derde landen waarvan de onderdanen bij overschrijding van de buitengrenzen in het bezit moeten zijn van een visum en de lijst van derde landen waarvan de onderdanen van die plicht zijn vrijgesteld.*

De Koning bepaalt de nadere regels van de afgifte van het visum.

“(…)

Als het familielid van een burger van de Unie niet over de vereiste documenten beschikt, stelt de minister of zijn gemachtigde hem alvorens tot zijn teruggedrijving over te gaan, in de gelegenheid binnen redelijke grenzen de vereiste documenten te verkrijgen dan wel zich deze binnen een redelijke termijn te laten bezorgen, dan wel op andere wijze te laten vaststellen of te bewijzen dat hij het recht op vrij verkeer en verblijf geniet.

“(…)

§ 4. *Indien de burger van de Unie niet in het bezit is van een geldige identiteitskaart of een geldig nationaal paspoort, of indien het familielid van de burger van de Unie, dat geen burger van de Unie is, niet in het bezit is van een geldig nationaal paspoort dat, in voorkomend geval, voorzien is van een geldig inreisvisum overeenkomstig de voormelde Verordening (EG) nr. 539/2001, kan de minister of zijn gemachtigde hem een administratieve geldboete van 200 euro opleggen. Deze geldboete wordt geïnd overeenkomstig artikel 42octies.”*

Artikel 43, dat eveneens deel uitmaakt van titel II van de Vreemdelingenwet, bepaalt voorts dat de binnenkomst van een familielid van een burger van de Unie slechts kan worden geweigerd in twee specifieke gevallen – en niet wegens een zogenaamde “overstay” – en dat verwerende partij in deze gevallen rekening moet houden met de duur van het verblijf in het Rijk van het familielid van een burger van de Unie, met zijn leeftijd, met zijn gezondheidstoestand, zijn gezins- en economische situatie, zijn sociale en culturele integratie in het Rijk en de mate waarin zij bindingen heeft met haar land van oorsprong, hetgeen de belangenafweging weerspiegelt die onder artikel 8 van het EVRM eveneens vereist is.

Artikel 47 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: Vreemdelingenbesluit), bepaalt:

“§ 1. *De met grenscontrole belaste overheden verlenen overeenkomstig artikel 41, tweede lid, van de wet, toegang tot het grondgebied aan het familielid van een burger van de Unie dat geen burger van de Unie is, en dat geen houder is van de documenten die krachtens artikel 2 van de wet vereist zijn, op overmaking van een van de volgende documenten :*

1° een, al dan niet geldig, nationaal paspoort of identiteitskaart, of

2° een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, verstrekt op basis van artikel 10 van de richtlijn 2004/38/EG van 29 april 2004, of

3° een duurzame verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie verstrekt op basis van artikel 20 van de richtlijn 2004/38/EG van 29 april 2004, of

4° enig ander bewijs van de identiteit en nationaliteit van de betrokkene.

(...)

Indien het familielid onderworpen is aan de visumplicht, ontvangt hij een visum, of, indien de betrokkene geen geldig paspoort heeft, een visumverklaring met een geldigheidsduur van 3 maanden.

In het geval vermeld onder 4°, wordt de beslissing genomen door de minister of zijn gemachtigde.

§ 2. Indien het familielid niet de in artikel 2 van de wet of § 1 vermelde documenten overmaakt, wordt hij door de met grenscontrole belaste overheden teruggedreven. De beslissing tot teruggrijping wordt ter kennis gebracht door afgifte van een document overeenkomstig het model van bijlage 11."

De voormelde artikelen 41 en 43 van de Vreemdelingenwet maken onderdeel uit van de omzetting van Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG (hierna: richtlijn 2004/38/EG).

Bij deze past het te herinneren aan het arrest BRAX van het Hof van Justitie (25 juli 2002, C-459/99), waar het Hof herinnert aan het belang dat de gemeenschapswetgever (heden: Uniewetgever) heeft erkend van de bescherming van het gezinsleven van Unieburgers voor de opheffing van de belemmering van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden. Aldus heeft het Hof geoordeeld dat (punt 61): *"Gelet op het belang dat de gemeenschapswetgever aan de bescherming van het gezinsleven heeft toegekend (zie punt 53 van het onderhavige arrest), is de terugwijzing aan de grens in elk geval onevenredig en dus verboden, indien de onderdaan van een derde land die gehuwd is met een onderdaan van een lidstaat, het bewijs kan leveren van zijn identiteit en zijn huwelijksband en uit niets blijkt dat hij een gevaar is voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid in de zin van artikel 10 van richtlijn 68/360 en artikel 8 van richtlijn 73/148."* Bijgevolg heeft het Hof besloten dat (punt 62): *"(...) artikel 3 van richtlijn 68/360, artikel 3 van richtlijn 73/148 en verordening nr. 2317/95, tegen de achtergrond van het evenredigheidsbeginsel, aldus dienen te worden uitgelegd, dat een lidstaat een onderdaan van een derde land die gehuwd is met een onderdaan van een lidstaat, en die zonder geldige identiteitskaart of geldig paspoort, of in voorkomend geval zonder visum, zijn grondgebied tracht binnen te komen, niet aan de grens mag terugwijzen wanneer deze echtgenoot het bewijs kan leveren van zijn identiteit en huwelijksband, en uit niets blijkt dat hij een gevaar is voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid in de zin van artikel 10 van richtlijn 68/360 en artikel 8 van richtlijn 73/148."*

Uit de rechtspraak van het Hof blijkt niet dat het Hof sinds de inwerkingtreding van Richtlijn 2004/38/EG waarbij de oudere richtlijnen werden ingetrokken, hierover een ander standpunt heeft ingenomen. Integendeel in de zaak Metock (25 juli 2008, C-127/08) bevestigde het Hof de rechtspraak uit het BRAX arrest. Voorts benadrukte het Hof dat uit punt 3 van de considerans van Richtlijn 2004/38 blijkt dat deze richtlijn tot doel, heeft "het recht van de burgers van de Unie van vrij verkeer en verblijf te vereenvoudigen en te versterken", zodat de burgers van de Unie aan deze richtlijn niet minder rechten mogen ontnemen dan aan de handelingen van afgeleid recht die bij deze richtlijn zijn gewijzigd of ingetrokken (zie punten 56, 58/59).

Verwerende partij kan zich dus niet vergenoegen met een verwijzing naar artikel 52 van het Vreemdelingenbesluit zonder rekening te houden met de hierboven vermelde bepalingen en rechtspraak en zonder rekening te houden met het gegeven dat verzoekster haar paspoort heeft voorgelegd alsook haar huwelijksboekje, en dus haar identiteit en huwelijksband met haar echtgenoot van Spaanse nationaliteit die als Unieburger legaal in België verblijft heeft aangetoond.

De Raad stelt tenslotte vast dat verzoeksters dochter niet wordt vermeld op de bestreden beslissing tot teruggrijping (bijlage 11) en dat er geen aparte beslissing tot teruggrijping werd genomen ten aanzien van de dochter. Verwerende partij stel ter terechtzitting dat de dochter het statuut van haar moeder volgt. De Raad stelt evenwel vast dat de dochter de Spaanse nationaliteit heeft, in tegenstelling tot haar moeder. Artikel 41, § 1 van de Vreemdelingenwet bepaalt:

"§ 1. Het recht op binnenkomst wordt erkend aan de burger van de Unie op voorlegging van een geldige identiteitskaart of een geldig paspoort, of indien hij op een andere wijze kan laten vaststellen of bewijzen dat hij het recht van vrij verkeer en verblijf geniet.

Als de burger van de Unie niet over de vereiste documenten beschikt, stelt de minister of zijn gemachtigde hem alvorens tot zijn teruggrijping over te gaan in de gelegenheid om binnen redelijke grenzen de vereiste documenten te verkrijgen dan wel zich deze binnen een redelijke termijn te laten

bezorgen, dan wel op een andere wijze te laten vaststellen dat hij het recht van vrij verkeer en verblijf geniet."

Verzoekster kon voor haar dochter een paspoort voorleggen waar de identiteit en Spaanse nationaliteit van de dochter werd bevestigd. Uit het administratief dossier blijkt niettemin dat verwerende partij, ondanks gebrek aan enige al dan niet aparte beslissing tot terughouding met betrekking tot verzoeksters dochter, maatregelen heeft getroffen tot vasthouding van de dochter alsook om ook voor de dochter een vlucht terug naar Tangiers te boeken.

3.3.2.8. Het enige middel is in de besproken mate ernstig. Op de overige onderdelen ervan dient zodoende niet meer te worden ingegaan.

Aan de tweede cumulatieve voorwaarde is bijgevolg voldaan.

3.4. 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.

Uit het verzoekschrift blijkt dat het moeilijk te herstellen ernstig nadeel zoals beschreven door de verzoekster samenhangt met het middel waar een schending van artikel 8 van het EVRM wordt aangevoerd. Zij wijst erop dat een verwijdering naar het land van herkomst in strijd zou zijn met artikel 8 van het EVRM.

Ieder redelijk denkend mens ziet onmiddellijk in dat de verzoekende partij door de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel dreigt te ondergaan, daar het zonder meer duidelijk is dat een schending van artikel 8 van het EVRM aan de oppervlakte werd gebracht.

Aan de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel is voldaan.

3.5. Derhalve is voldaan aan alle cumulatieve voorwaarden, zodat de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van het bevel om het grondgebied te verlaten met onmiddellijke terugleiding naar de grens wordt bevolen.

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 13 februari 2018 houdende bevel tot terughouding (bijlage 11) wordt bevolen.

Artikel 2

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 13 februari 2018 tot vasthouding in een welbepaalde aan de grens gelegen plaats, wordt verworpen.

Artikel 3

Dit arrest is uitvoerbaar bij voorraad.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op vijftien februari tweeduizend achttien door:

mevr. M. MAES,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

mevr. S. LANSSENS,

toegevoegd griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. LANSSENS

M. MAES