

Arrest

nr. 64 654 van 12 juli 2011
in de zaak RvV X / II

In zake: X

Gekozen woonplaats: X

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid.

DE WND. VOORZITTER VAN DE IIde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Kosovaarse nationaliteit te zijn, op 22 april 2011 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid van 1 maart 2011 tot onontvankelijkheid van een aanvraag tot regularisatie van het verblijf.

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 8 juni 2011, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 5 juli 2011.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken M. BEELEN.

Gehoord de opmerkingen van advocaat F. HAZEBROUCK, die loco advocaat J. KEMPINAIRE verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat C. DECORDIER, die verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

De verzoekende partij, die verklaart van Kosovaarse nationaliteit te zijn, huwt op X met B.M., in het bezit van een op 4 december 2009 aan hem uitgereikte C-kaart met geldigheid tot 23 november 2014.

De verzoekende partij en haar echtgenoot hebben gezamenlijk drie minderjarige kinderen:

- R.E., geboren op X,
- R.B., geboren op X,
- R.A., geboren op X.

Op 7 april 2009 dient de verzoekende partij in functie van haar echtgenoot B.M. een visumaanvraag type D in die haar op 26 juli 2010 wordt geweigerd omdat zij al in België was.

Op 22 juli 2010 dient de verzoekende partij een aanvraag in tot verblijf, gesteund op artikel 12bis 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).

Op 1 maart 2011 verklaart de gemachtigde van de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid deze aanvraag onontvankelijk. Dit is de bestreden beslissing, met kennisgeving op 25 maart 2011 (bijlage 15ter), die luidt:

"In toepassing van het artikel 12bis, §1, 3° van de wet betreffende de toegang tot het grondgebied; het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, is de aanvraag onontvankelijk.

Motivering:

"De aangehaalde elementen vormen geen uitzonderlijke omstandigheden waarom de betrokkene de aanvraag om machtiging tot verblijf niet kan indienen via de gewone procedure namelijk via de diplomatieke of consulaire post bevoegd voor de verblijfplaats of de plaats van oponthoud in het buitenland.

De motieven die betrokkene inroept, te weten :

Betrokkene wenst artikel 8 EVRM, in de ruimst mogelijke zin, in te roepen als buitengewone omstandigheid.

Niets weerhoudt betrokkene om samen met haar kinderen terug te keren naar het land van herkomst. Betrokkene en haar kinderen kunnen, van zodra zij zich immers in het bezit hebben gesteld van de nodige documenten vereist om tot binnenkomst in het Rijk te worden toegelaten, zich opnieuw verenigen met haar echtgenoot of hun vader en kunnen zij hun sociale en menselijke banden verder uitbouwen.

De verplichting om terug te keren betreft slechts een tijdelijke verwijdering van het grondgebied.

Een tijdelijke scheiding van de echtgenoten verhindert betrokkene en de kinderen niet om de aanvraag in het land van herkomst in te dienen. Een tijdelijke verwijdering van het grondgebied betekent niet dat betrokkenen definitief gescheiden worden van haar echtgenoot of hun vader. Dit houdt geen schending in van de familiale of echtelijke band.

De scheiding houdt geen onherstelbare of ernstige schade in.

• In zijn arrest dd. 27.05.2009 stelt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen het volgende :

'De Raad wijst er op dat artikel 8 van het EVRM niet als een vrijgeleide kan beschouwd worden dat verzoekster zou toelaten de bepalingen van de Vreemdelingenwet naast zich neer te leggen. Overeenkomstig de vaste rechtspraak van de Raad van State dient bovendien te worden benadrukt dat een tijdelijke scheiding om zich in regel te stellen met de immigratiewetgeving niet kan beschouwd worden als een schending van artikel 8 van het EVRM (RvS 22 februari 1993 , nr. 42.039; RvS 20 juli 1994 nr. 48.653, RvS 13 december 2005)

Uit het voorgaande blijkt dat artikel 8 van het EVRM niet kan beschouwd worden als een buitengewone omstandigheid.

Bijgevolg wordt da aanvraag onontvankelijk verklaard door de bijlage 15 ter aan betrokkene te betekenen."

2. Onderzoek van het beroep

2.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 12bis van de Vreemdelingenwet.

Het middel luidt als volgt:

"Doordat verwerende partij besliste tot de onontvankelijkheid van de aanvraag tot verblijf van verzoekster

Terwijl verzoekster wel degelijk vanuit BELGIË een aanvraag tot gezinshereniging kan indienen.

Zodat de aangevochten beslissing het genoemde artikel schendt en derhalve dient te worden nietig verklaard.

Toelichting

Ingevolge hetgeen gesteld wordt onder § 1 van artikel 12 bis Vreemdelingenwet kan een gezinslid van een niet EU onderdaan met een onbeperkt verblijfsrecht vanuit BELGIË een aanvraag tot gezinshereniging indienen.

Wanneer dit gebeurt vanuit een illegaal verblijf zal dit enkel kunnen in 'uitzonderlijke omstandigheden'.

Het gezinslid zal moeten aantonen dat het zich bevindt in 'uitzonderlijke omstandigheden' die hem verhinderen terug te keren naar zijn land om daar, via de Belgische ambassade, de aanvraag in te dienen.

In casu is verzoekster in KOSOVO in het huwelijk getreden met de heer R. B. (...), welke houder is van de Elektronische verblijfskaart B

Nopens de erkenning van dit huwelijk werd reeds op 21.11.2008 gunstig geadviseerd door de Procureur des Konings bij de Rechtbank van Eerste Aanleg te KORTRIJK.

Uit hetgeen supra werd gesteld - relaas welke reeds werd weergegeven in de aanvraag van verzoekster dd. 22.07.2010 - moge duidelijk zijn dat verzoekster (en haar echtgenoot) werkelijk al het mogelijke hebben gedaan om op legale wijze naar BELGIË te komen.

Verzoekster werd evenwel geconfronteerd met de onwillige houding van de DVZ en/of de Belgische en diplomatieke overheden.

Na meer dan één jaar waren nog steeds geen beslissingen genomen nopens de ingediende visa applicaties !!

Verzoekster - voor wie de situatie werkelijk onhoudbaar was (reeds lange tijd gescheiden leven van haar echtgenoot, de zeer jonge kinderen gescheiden zijnde van hun hard werkende vader in BELGIË, derde kindje pas geboren zijnde) - zag zich dan ook genoodzaakt om samen met haar drie kinderen op illegale wijze naar BELGIË te komen.

Alhier werden de visapplicaties op 26.07.2010 van verzoekster en haar kinderen zonder voorwerp verklaard daar 'de betrokkenen reeds vertoefden op het grondgebied van het Rijk'.

Verzoekster wenst hier een analogie redenering te maken met artikel 9 bis Vreemdelingenwet.

De vreemdeling welke zich beroept op artikel 9 bis moet in principe 'buitengewone omstandigheden' aantonen die rechtvaardigen waarom de aanvraag voor een machtiging tot verblijf wordt ingediend in BELGIË en niet bij de Belgische diplomatieke of consulaire post in het buitenland.

In de rechtspraak werd als buitengewone omstandigheid reeds weerhouden: een terugkeer die een schending van artikel 8 EVRM zou uitmaken (zie: www.vreemdelingenrecht.be).

Dienaangaande wordt dan verder gepreciseerd dat een vreemdeling zich op artikel 8 EVRM kan beroepen indien hij een feitelijk gezin vormt met een Belg of een vreemdeling met legaal verblijf in BELGIË en het bovendien zeer moeilijk is om een gezinsleven te hebben in het land van herkomst.

In casu is verzoekster gehuwd met de heer R. B. (...) - houder van de Elektronische B kaart - en vormt zij met laatstgenoemde en hun drie kinderen een gezin aan het adres voornoemd te KORTRIJK.

De heer R. (...) is alhier op legale wijze sedert meerdere jaren te werkgesteld bij de NV V. (...) te WAREGEM.

Van laatstgenoemde kan niet verwacht worden terug af te reizen naar KOSOVO.

Het weze overigens nota bene terloops gezegd dat de echtgenoot in de voorwaarden verkeert om de Belgische nationaliteit door verklaring te verwerven (art. 12 BIS WBN); hij heeft 7 jaar ononderbroken wettig verblijf in BELGIË; doch de procedure van verklaring loopt nu vertraging op doordat de echtgenoot correctioneel vervolgd wordt omdat hij zijn echtgenote geholpen heeft om illegaal naar het land te komen (!?) (er zal ongetwijfeld vrijspraak volgen vermits de heer B. (...) gehandeld heeft uit humanitaire overwegingen)

Verzoekster meent dan ook dat er in haren hoofde wel degelijk sprake is uitzonderlijke omstandigheden teneinde af te wijken van de gewone procedure welke er in bestaat de aanvraag te doen via de diplomatieke of consulaire post in het land van herkomst.

Dienaangaande kan verzoekster niet genoeg de nadruk leggen op de onwillige houding van de diplomatieke posten, waarmee zij in het verleden reeds werd geconfronteerd, (door de OMBUDSDIENST eveneens vastgesteld)

Verzoekster meent dan ook dat dit middel als gegrond naar voor komt.

Dit te meer daar artikel 12 bis in de 7de paragraaf stelt dat 'in het kader van het onderzoek van de aanvraag ter dege rekening wordt gehouden met het hoger belang van het kind'.

Verzoekster heeft drie kleine kinderen!

Drie zeer kleine kinderen welke in het verleden reeds zeer geruime tijd van hun vader waren gescheiden door de tergende wijze waarop de visa - applicaties van verzoekster en de kinderen werden behandeld.

Door op een dergelijke manier te beslissen heeft verwerende partij geenszins rekening gehouden met het hoger belang van de drie kinderen van verzoekster.

§7 van voornoemd artikel 12 bis VW werd dan ook overduidelijk met de voeten getreden. Dat het middel dan ook als gegrond naar voor komt."

"In een eerste middel beroept verzoekster zich op de vermeende schending van artikel 12 bis van de Vreemdelingenwet.

Verzoekster meent dat haar niet kan worden verweten dat zij op illegale wijze naar België is gekomen en dat zij geconfronteerd is met de onwillige houding van DVZ.

Artikel 12 bis van de Vreemdelingenwet bepaalt het volgende :

"§ 1. De vreemdeling die verklaart dat hij zich in één der in artikel 10 voorziene gevallen bevindt, moet zijn aanvraag indienen bij de Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger die bevoegd is voor zijn woonplaats of zijn verblijfplaats in het buitenland.

In de volgende gevallen kan hij zijn aanvraag echter indienen bij het gemeentebestuur van zijn verblijfplaats:

1 ° indien hij al in een andere hoedanigheid toegelaten of gemachtigd werd tot een verblijf van meer dan drie maanden in het Rijk en indien hij vóór het einde van deze toelating of machtiging alle in § 2 bedoelde bewijzen overlegt;

2 ° indien hij tot een verblijf van maximaal drie maanden is gemachtigd en vóór het einde van deze machtiging alle in § 2 bedoelde bewijzen overlegt;

3 ° indien hij zich bevindt in { buitengewone } omstandigheden die hem verhinderen terug te keren naar zijn land om het op grond van artikel 2 vereiste visum te vragen bij de bevoegde Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger en alle in § 2 bedoelde bewijzen overmaakt, evenals een bewijs van zijn identiteit."

Zoals in de bestreden beslissing terecht wordt aangehaald, vormen de door verzoekster ingeroepen elementen geen buitengewone omstandigheden waarom verzoekster de aanvraag niet zou kunnen indienen via de gewone procedure, m.n. via de diplomatieke of consulaire post bevoegd voor de verblijfplaats of de plaats van oponthoud in het buitenland.

Verzoekster beperkt er zich toe te verwijzen naar de "onredelijke" behandelingstermijn van haar visumaanvraag.

Zij meent dat het feit dat er enige tijd is verstreken sedert haar visumaanvraag een geldige verantwoording om op illegale wijze het Rijk binnen te komen.

Verzoeksters visumaanvraag dateert van mei 2009.

De visumbeslissing werd verscheidene malen uitgesteld omdat de noodzakelijke documenten niet voorlagen.

Dit zijn uiteraard geen buitengewone omstandigheden die verantwoorden waarom de aanvraag in België wordt ingediend.

Verzoekster heeft er voor gekozen om de beslissing nopens haar visumaanvraag niet af te wachten en zich zonder visum naar België te begeven.

Zij toont echter niet aan dat zij zich in buitengewone omstandigheden bevindt zoals omschreven in artikel 12 bis van de Vreemdelingenwet.

Verzoeksters eerste middel kan niet worden aangenomen."

2.3. Het hoofdmotief van de bestreden beslissing bestaat erin dat de verzoekende partij geen buitengewone omstandigheden heeft ingeroepen die de aanvraag in België kunnen rechtvaardigen.

Artikel 12bis, § 1, tweede lid, 3 ° van de Vreemdelingenwet luidt als volgt:

"De vreemdeling die verklaart dat hij zich in één der in artikel 10 voorziene gevallen bevindt, moet zijn aanvraag indienen bij de Belgische diplomatieke of consulaire post die bevoegd is voor zijn woonplaats of zijn verblijfplaats in het buitenland.

In de volgende gevallen kan hij zijn aanvraag echter indienen bij het gemeentebestuur van zijn verblijfplaats:

1 ° (...)

2 ° (...)

3 ° indien hij zich bevindt in buitengewone omstandigheden die hem verhinderen terug te keren naar zijn land om het op grond van artikel 2 vereiste visum te vragen bij de bevoegde Belgische of consulaire vertegenwoordiger en alle in § 2 bedoelde bewijzen overmaakt, evenals een bewijs van zijn identiteit."

(...)

§ 7 In het kader van het onderzoek van de aanvraag wordt terdege rekening gehouden met het hoger belang van het kind

De verwerende partij diende bijgevolg na te gaan of de verzoekende partij buitengewone omstandigheden, hetzij zoals de verzoekende partij stelt uitzonderlijke omstandigheden, die haar verhinderen het visum in het buitenland aan te vragen. Het in artikel 12bis, § 7 van de Vreemdelingenwet bepaalde sluit

niet uit dat met het hoger belang van het kind dient rekening gehouden te worden, ook tijdens het onderzoek naar de ontvankelijkheid.

De buitengewone omstandigheden die de verzoekende partij in haar aanvraag van 22 juli 2010 aanvoert, kunnen worden samengevat als volgt:

- de al in 2007 gevraagde erkenning van het huwelijk, waarbij op datum van 21 november 2008 door de procureur bij de rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk positief advies werd gegeven;
- ononderbroken tewerkstelling van de levensgezel van de verzoekende partij in België gedurende meer dan vijf jaren bij dezelfde werkgever en diens legaal verblijf in België;
- de al op 7 april 2009 ingediende aanvraag voor de afgifte van een visum type D;
- de belofte dat normaliter 9 weken na 14 mei 2009 het einde van de behandelingstermijn was voorzien;
- de geboorte van het jongste kind op 2 mei 2010;
- de aanhouding in Duitsland met de kinderen toen zij bij gebreke aan antwoord betreffende haar visumaanvraag naar België vertrok;
- diverse pogingen en tussenkomst van de raadsman van de verzoekende partij om een visum te bemachtigen hetzij een verblijf, met beroep op de ombudsman;
- uitgebreide bespreking van de toepassing van artikel 8 EVRM.

De verzoekende partij geeft met verwijzing naar mails de lange lijdensweg weer die zij al heeft ondergaan om te pogen de vader van haar kinderen te vervoegen en een gezin met hem te vormen.

De bestreden beslissing beantwoordt deze argumentatie fragmentair door kortweg te stellen dat de verzoekende partij en haar kinderen kunnen terugkeren van zodra verzoekster in het bezit wordt gesteld van de nodige documenten om tot binnenkomst te worden toegelaten en dat dergelijke terugkeer slechts een tijdelijke scheiding teweegbrengt maar geen schending van de echtelijke of familiale band. Zij besluit laconiek dat de scheiding geen onherstelbare of ernstige schade inhoudt.

Zoals de verzoekende partij voorhoudt, blijkt uit de bestreden beslissing geenszins of er rekening werd gehouden met *“het hoger belang van de kinderen”* zoals artikel 12bis §7 van de Vreemdelingenwet oplegt. In de mate dat het motief *“De scheiding houdt geen onherstelbare of ernstige schade in”* als een antwoord wordt bedoeld op de in artikel 12bis §7 van de Vreemdelingenwet bepaalde verplichting tijdens het te voeren onderzoek, is het motief kennelijk onredelijk en ziet de Raad niet in hoe in casu een nieuwe tijdelijke scheiding van de kinderen, van zeer jonge leeftijd, van hun vader, en die zoals het verleden in casu bewezen heeft meer dan een jaar kan duren, het hoger belang van de kinderen dient. Terloops merkt de Raad op, in antwoord op de opmerking dat het langdurig karakter van de behandeling van de visumaanvraag louter te wijten is aan de verzoekende partij die niet de noodzakelijke documenten zou voorgelegd hebben, niet correct is. Het uitstellen van de toekenning van het visum is zeker niet louter te wijten aan het niet voorleggen van de noodzakelijke documenten, zoals thans in de nota wordt beweerd. Uit de aanvraag van het visum opgesteld door de ambassade te Pristina, blijkt dat op 14 mei 2009 alle op dat ogenblik gevraagde attesten waren overgemaakt. De raadsman van de verzoekende partij ontvangt op 18 mei 2009 het bericht dat de behandelingstermijn vanaf 14 mei 2009 nog negen weken zal duren. Uit de stukken van de verzoekende partij blijkt dat een mail uitgaande van de verwerende partij van 26 juni 2009 de behandelingsduur bevestigt, ook al werd het advies van de procureur betreffende het huwelijk slechts overgemaakt op 12 juni 2009 (zie stukken verzoekende partij). Het gunstig advies van 21 november 2008 van de procureur des Konings, waarbij hij aan de ambtenaar van de burgerlijke stand mededeelt dat hij geen enkel bezwaar heeft tegen de erkenning van het buitenlands huwelijk tussen de verzoekende partij en haar echtgenoot, bevindt zich ook in het administratief dossier. Voorts blijkt uit het administratief dossier dat op 23 oktober 2009 de procureur des Konings aan de verwerende partij mededeelt, dat hij geen procedure in nietigverklaring van het huwelijk tussen R.B. (de echtgenoot van de verzoekende partij) en V.M. (de ex-echtgenote van de partner van verzoekende partij) zal inleiden.

Dit klemmt nog meer nu uit de stukken van de verzoekende partij blijkt dat haar raadsman al op 28 juli 2009 een mail ontving uitgaande van S.J. meldend dat op 17 juli 2009 een voorlopige beslissing was genomen die niet werd medegedeeld omdat het geen definitieve beslissing was. Pas op 18 augustus 2009, hetzij vijf maanden na de aanvraag (maanden die ondertussen verlopen omwille van het dralen met het nemen van een beslissing) wordt aan de raadsman meegedeeld dat het paspoort verlengd moet worden omdat dit nog zes maanden geldig dient te zijn na aankomst in België, terwijl de paspoorten in het bezit zijn van de diplomatieke post en een verzekeringsattest en huisvestingsattest gevraagd wordt waar deze al werden afgeleverd. Overigens blijkt uit de mail van 21 september 2009 van de raadsman van de verzoekende partij dat op 21 september 2009 alle gevraagde stukken werden overgemaakt aan de ambassade. Na tussenkomst van de ombudsman (zie brief federale ombudsman van 24 maart 2010) blijkt dat de attesten van huisvesting en van verzekeraar wel werd afgegeven op het ogenblik van

het indienen van de visumaanvraag maar dat deze niet zou toegekomen zijn met de verzending van de diplomatieke post aan de Dienst Vreemdelingenzaken, gegeven dat buiten de wil en mogelijkheid van de verzoekende partij is ontstaan. Op 21 november 2009 komt de verwerende partij terug op voorgaande briefwisseling en stelt ze dat wanneer een dossier in uitstel gaat er geen behandelingstermijn voorzien is en er een beslissing wordt genomen van zodra ze alle informatie ontvangen heeft. Hieruit blijkt dat de verzoekende partij nog meer in het ongewisse gelaten wordt over de vraag of ze haar echtgenoot zal kunnen vervoegen en wanneer dit zou kunnen gebeuren. Uit lezing van het administratief dossier blijkt bovendien dat er mogelijk al in 2007 een visumaanvraag ingediend werd. Deze aanvraag is echter niet in het administratief dossier terug te vinden. Evenmin is het duidelijk of er inzake deze aanvraag een beslissing genomen werd.

Voorts geeft de nota met opmerkingen geen antwoord op de grief die stelt dat geen rekening werd gehouden met het hoger belang van de drie kinderen. Uit de motieven van de bestreden beslissing blijkt niet dat de verwerende partij rekening heeft gehouden met het hoger belang van de kinderen. Daargelaten de vraag of de bijzondere lijdensweg die de verzoekende partij al heeft ondergaan in het kader van de door haar ingediende aanvraag tot het verkrijgen van een visum type D, niet kan beschouwd worden als zijnde een uitzonderlijke omstandigheid die haar verhindert met de drie jonge kinderen terug te keren naar Pristina, waar zij opnieuw een aanvraag moet indienen om een visum type D te verkrijgen nu het verleden bewezen heeft dat het meer dan een jaar en bijna vier maanden duurt vooraleer een antwoord wordt gegeven op de aanvraag en zij minstens op 7 april 2009 al een aanvraag deed om een visum type D te verkrijgen en vanaf de aanvang bijgestaan werd door een raadsman die het dossier van de verzoekende partij meermaals in herinnering bracht, acht de Raad artikel 12bis § 7 van de Vreemdelingenwet geschonden.

Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

De verzoekende partij heeft een gegrond middel aangevoerd, dat leidt tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Aangezien de eventuele gegrondheid van de overige middelen niet tot een ruimere nietigverklaring kan leiden, dienen deze niet onderzocht te worden.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Enig artikel

De beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid van 1 maart 2011 tot onontvankelijkheid van een aanvraag tot regularisatie van het verblijf wordt vernietigd.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op twaalf juli tweeduizend en elf door:

mevr. M. BEELEN,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

dhr. T. LEYSEN,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

T. LEYSEN

M. BEELEN