



Arrest

nr. 68 501 van 17 oktober 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 Iraakse nationaliteit te zijn, op 29 augustus 2011 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging en de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid van 16 augustus 2011 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20), aan de verzoekende partij ter kennis gebracht op 18 augustus 2011.

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

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 15 september 2011, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 11 oktober 2011.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken A. DE SMET.

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. MAHIEU, die *loco* advocaat V. VEREECKE verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat N. LUCAS HABA, die *loco* advocaat C. DECORDIER verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

Verzoeker die verklaart van Iraakse nationaliteit te zijn, komt op 28 juli 2002 België binnen en dient een asielaanvraag in op 31 juli 2002.

Op 9 oktober 2002 neemt de gemachtigde van de minister van Binnenlandse Zaken de beslissing tot weigering van verblijf met bevel om het grondgebied te verlaten.

Op 29 november 2002 neemt de commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen de beslissing dat verder onderzoek noodzakelijk is en op 27 juli 2005 wordt aan verzoeker de hoedanigheid van vluchteling geweigerd.

Op 13 juli 2005 wordt de dochter van verzoeker en mevrouw A.B. geboren.

Op 7 februari 2006 doen verzoeker en mevrouw A.B., van Belgische nationaliteit, aangifte van hun voorgenomen huwelijk.

Er wordt een onderzoek gestart naar een eventueel schijnhuwelijk en op 16 maart 2006 weigert de ambtenaar van de burgerlijke stand de huwelijksvoltrekking. Bij vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brugge van 13 juni 2007 wordt het beroep tegen deze beslissing ongegrond verklaard.

Op 3 juli 2006 wordt aan verzoeker bevel gegeven om het grondgebied te verlaten. Het beroep dat verzoeker bij de Raad van State instelt tegen deze beslissing wordt bij arrest nr. 187.533 van 30 oktober 2008 verworpen.

Op 4 december 2006 dient verzoeker een aanvraag in tot het verkrijgen van subsidiaire bescherming.

Op 8 januari 2008 wordt verzoeker door de correctionele rechtbank van Brugge veroordeeld tot een gevangenisstraf van twee jaar, met uitstel voor drie jaar, wegens poging tot doodslag en het opzettelijk toebrengen van slagen en verwondingen.

Op 12 maart 2008 wordt de subsidiaire beschermingsstatus aan verzoeker geweigerd om redenen van openbare orde en nationale veiligheid.

Op 20 augustus 2008 dient verzoeker een tweede asielaanvraag in.

Op 3 februari 2009 neemt de commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen de beslissing tot weigering van de vluchtelingenstatus en tot weigering van de subsidiaire erkenningsstatus.

Op 10 maart 2009 dient verzoeker een derde asielaanvraag in.

Op 24 maart 2009 neemt de gemachtigde van de minister van Migratie- en asielbeleid de beslissing tot weigering tot in overwegingname van een asielaanvraag.

Op 2 juni 2009 doen verzoekster en mevrouw A.B. opnieuw aangifte van hun voorgenomen huwelijk.

Op 30 juli 2009 weigert de ambtenaar van de burgerlijke stand de huwelijksvoltrekking. Bij vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brugge van 6 januari 2010 wordt het beroep tegen deze beslissing gegrond verklaard en wordt beslist dat de huwelijksvoltrekking mag plaatsvinden.

Op 17 augustus 2009 dient verzoeker een aanvraag in om machtiging tot verblijf op grond 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).

Op 15 september 2009 neemt de gemachtigde van de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid de beslissing waarbij deze aanvraag ontvankelijk maar ongegrond wordt verklaard.

Op 19 oktober 2009 dient verzoeker een nieuwe aanvraag in om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9bis van de vreemdelingenwet.

Op 4 december 2009 wordt aan verzoeker bevel gegeven om het grondgebied te verlaten met beslissing tot terugleiding naar de grens en beslissing tot vrijheidsberoving te dien einde.

Op 22 december 2009 neemt de gemachtigde van de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid de beslissing waarbij de aanvraag om machtiging tot verblijf ontvankelijk doch ongegrond wordt verklaard.

Een geplande repatriëring van verzoeker op 20 januari 2010 wordt geannuleerd gelet op het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brugge van 6 januari 2010.

Op 9 februari 2010 treedt verzoeker in het huwelijk met mevrouw A.B., van Belgische nationaliteit.

Op 19 maart 2010 dient verzoeker een aanvraag in van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, als echtgenoot van een Belg.

Op 23 maart 2010 neemt de gemachtigde van de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid de beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20).

Op 8 april 2010 wordt deze beslissing ingetrokken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid die verzoeker tegen deze beslissing had ingesteld, wordt verworpen bij arrest van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad) nr. 41 468 van 8 april 2010. Het beroep tot nietigverklaring wordt verworpen bij arrest van de Raad nr. 43 333 van 12 mei 2010.

Op 8 april 2010 neemt de gemachtigde van de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid de nieuwe beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20).

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid die verzoeker tegen deze beslissing heeft ingesteld, wordt verworpen bij arrest van de Raad nr. 41 528 van 13 april 2010.

Op 31 mei 2010 wordt een positief samenwoningsverslag opgesteld.

Bij arrest van de Raad nr. 45 085 van 18 juni 2010 wordt de beslissing van 8 april 2010 vernietigd omdat er werd nagelaten te motiveren waarom het bestuur van oordeel is dat verzoeker, op basis van strafrechtelijke veroordelingen nog een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging vormt voor een fundamenteel belang van de samenleving.

Op 16 november 2010 neemt de gemachtigde van de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid een nieuwe beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20).

Op 1 december 2010 dient verzoeker een vierde asielaanvraag in.

Op 15 maart 2011 neemt de gemachtigde van de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid de beslissing tot weigering tot in overwegingname van een asielaanvraag. Inzake het beroep tot nietigverklaring dat verzoeker hiertegen instelt, wordt bij arrest van de Raad nr. 63 214 van 17 juni 2011 de afstand van geding vastgesteld.

Op 7 februari 2011 deelt de lokale politie van Brugge aan de Dienst Vreemdelingenzaken mee dat de echtgenote van verzoeker de echtelijke woonst verlaten heeft op 22 december 2010 en dat zij een echtscheidingsprocedure heeft opgestart.

Bij arrest van de Raad nr. 58 094 van 18 maart 2011 wordt de beslissing van 16 november 2010 vernietigd omdat niet wordt gemotiveerd waarom het bestuur van oordeel is dat verzoeker, op basis van strafrechtelijke veroordelingen nog een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging vormt voor een fundamenteel belang van de samenleving.

Op 14 mei 2011 wordt opnieuw een verslag van samenwoning opgesteld. Verzoeker bevestigt dat hij en zijn echtgenote in een echtscheiding zijn verwikkeld en dat hij niet meer samenwoont met zijn echtgenote.

Op 16 augustus 2011 neemt de gemachtigde van de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid een nieuwe beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20). Dit is de bestreden beslissing:

"(...)

In uitvoering van artikel 52, §4, vijfde lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, wordt de verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, aangevraagd op 17.03.2011 door A. A., H. geboren te B., op (...) en van Irakese nationaliteit, geweigerd.

Aan de betrokkene wordt bevel gegeven het grondgebied te verlaten binnen 30 dagen.

Reden van de beslissing:

Betrokkene voldoet niet langer aan de voorwaarden om te genieten van het recht van verblijf van meer dan drie maanden als familielid van een burger van de Unie:

Artikel 40bis, § 2 van de wet van 15.12.1980 stelt: 'Als familielid van de burger van de Unie worden beschouwd:

1°: de echtgenoot of de vreemdeling waarmee een geregistreerd partnerschap werd gesloten dat beschouwd wordt als zijnde gelijkwaardig met het huwelijk in België, die hem begeleidt of zich bij hem voegt'.

Uit het relatieverlag dd.14.05.2011 op(ge)steld door de politie van Oostkamp blijkt dat enkel betrokkene aan te treffen is. Volgens zijn eigen verklaring woont zijn echtgenote sinds 17.02.2011 niet meer bij hem omdat zij in een echtscheiding verwickeld zijn.

Hieruit blijkt dat betrokkene zich niet bij zijn echtgenote gevoegd heeft zoals gesteld in artikel 40bis van de wet van 15.12.1980 en dat er evenmin nog sprake is van een gezinscel tussen beiden.

Het recht op verblijf wordt bijgevolg geweigerd aan betrokkene.

(...)"

2. Over de ontvankelijkheid

De verwerende partij werpt een exceptie op van onontvankelijkheid van de vordering tot schorsing.

Artikel 39/79, § 1, eerste lid 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) bepaalt immers dat tijdens het onderzoek van het beroep gericht tegen de in het tweede lid bepaalde beslissingen, geen enkele maatregel tot verwijdering van het grondgebied gedwongen kan worden uitgevoerd en geen zodanige maatregelen ten opzichte van de vreemdeling mogen worden genomen wegens feiten die aanleiding hebben gegeven tot de beslissing waartegen dat beroep is ingediend.

De bestreden beslissing wordt vermeld in 7° van het tweede lid van artikel 39/79, § 1 van de vreemdelingenwet. Bijgevolg heeft huidig beroep een schorsende werking wat de verwijderingsmaatregel betreft, zodat de vordering tot schorsing onontvankelijk is.

3. Onderzoek van het beroep

3.1.1. Verzoeker voert een eerste middel aan dat luidt als volgt:

"Eerste middel: schending van artikel 40bis, §1 en §2, 4° en 43quater Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, artikel 52 Koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, juncto artikel 2 en 3 Wet motiveringsplicht bestuurshandelingen, de motiveringsplicht en de zorgvuldigheidsplicht als beginselen van behoorlijk bestuur.

De bestreden beslissing weigert het verblijfsrecht toe te kennen overwegende (stuk 18): (...)

De onwettigheid van deze motivering wordt hierna aangetoond.

2.2.1.1. Eerste onderdeel: schending van de aangevoerde bepaling doordat de aanvraag werd gesitueerd op 17 maart 2011 en geen beslissing werd genomen binnen de wettelijke termijn.

Artikel 52 § 4 KB 12 oktober 1981 bepaalt nopens de procedure tot het bekomen van een verblijfsrecht:

(...)

De aanvraag tot het bekomen van een verblijfskaart dateert van februari 2010, bevestigd bij afgifte van een bijlage 19ter (stuk 6).

De eerste weigeringsbeslissing van 23 maart 2010 werd bij brief van 8 april 2010 ingetrokken (stuk 8). De tweede (tijdige) weigeringsbeslissing van 8 april 2011 werd eveneens vernietigd bij arrest van 18 juni 2010 (stuk 10). De derde weigeringsbeslissing dateerde reeds van 16 november 2010, en was dus al laattijdig. Deze beslissing werd trouwens ook op zijn beurt vernietigd bij arrest van 18 maart 2011 (stuk 12).

Kortom er werd nog geen (wettige) beslissing genomen op de aanvraag van februari 2010.

In de bestreden beslissing van 16 augustus 2011, betekend op 18 augustus 2011, wordt verwezen naar de aanvraag tot het bekomen van een verblijfskaart die verzoeker zou hebben ingediend op 17 maart 2011.

Ten onrechte.

Er kon echter geen betwisting over bestaan dat de aanvraag werd ingediend in februari 2010 met afgifte van een bijlage 19ter (stuk 6). Aangezien alle beslissingen genomen op deze aanvraag zonder uitzondering werden ingetrokken of vernietigd, dient de verblijfskaart nog steeds beoordeeld te worden aan de hand van deze aanvraag.

Bij het nemen van een beslissing dient verwerende partij zich dan ook te stellen op datum van de oorspronkelijke aanvraag, m.n. februari 2010, minstens dient aanvaard te worden dat de aanvraag dateert van die datum.

In de beslissing wordt de aanvraag dan ook geheel ten onrechte gesitueerd op 17 maart 2011 waardoor de beslissing van 16 augustus 2011 nog net binnen de termijn van 5 maanden valt en waardoor men kan voorhouden dat op het ogenblik van de aanvraag geen samenwoning bestond.

De bestreden beslissing schendt hierdoor de materiële motiveringsplicht en de zorgvuldigheidsplicht.

Meer nog. Doordat de aanvraag dateerde van februari 2011, diende tegen juli 2011 een weigeringsbeslissing tussen te komen bij gebreke waarvan verzoeker recht op verblijf bekwam (artikel 52 KB 12 oktober 1981),

De beslissing diende zich echter te stellen op datum van de aanvraag in februari 2010, ook voor het berekenen van de termijnen. Het komt niet verantwoord voor dat het nemen van een onwettige beslissing (na

In elk geval werd er binnen de termijn van 5 maanden géén wettige beslissing genomen, zodat aan verzoeker het verblijfsrecht diende te worden afgegeven. Enkel mits toepassing te maken van artikel 42quater Vwv, kon het verblijfsrecht nog worden beëindigd/ingetrokken.

Huidig middel is dan ook gegrond.

2.2.1.2. Tweede onderdeel: schending van de aangevoerde bepalingen doordat ten onrechte wordt voorgehouden dat verzoeker zich nooit bij zijn echtgenote had gevoegd.

In de bestreden beslissing wordt de toekenning van artikel 40bis Vw. geweigerd zeggende dat verzoeker sinds 17 februari 2011 niet langer samenwoont met zijn echtgenote.

Hieruit leidt de beslissing af dat verzoeker zich niet bij zijn echtgenote heeft gevoegd, en dat er evenmin nog sprake is van een gezinscel tussen beiden.

Deze vaststelling strookt niet met de feiten, in die zin dat uit het administratief dossier voldoende kan worden afgeleid dat verzoeker zich weldegelijk bij zijn echtgenote had gevoegd,

Uit het onderzoek naar aanleiding van de huwelijksaangifte van 7 februari 2006 werden verzoeker en zijn echtgenote verhoord. Hieruit blijkt dat zij sinds september 2004 samenwonen op het adres (...) te BRUGGE. Verzoeker is weliswaar niet ingeschreven op het adres aangezien dit niet mogelijk is bij gebreke aan verblijfsvergunning. Uit de relatie wordt op 13 juli 2005 trouwens hun dochtertje geboren.

Tijdens de woonstcontrole op 24 februari 2006 acteren de verbalisanten:

"Alles in de woning wijst erop dat de woning bewoond wordt door een koppel".

Op 10 maart 2009 verhuizen verzoeker en zijn echtgenote naar een nieuw adres te Brugge, (...).

Verzoeker is nog steeds niet ingeschreven maar wordt wel ter informatie vermeld op het attest van woonst met samenstelling gezin,

Op 9 februari 2010 wordt tussen beiden het huwelijk voltrokken en een verblijfskaart wordt aangevraagd.

Op 17 februari 2011 heeft verzoeker de echtelijke woonst verlaten (stuk 13). De relatie was stukgelopen, mede aangewakkerd door de financiële moeilijkheden te wijten aan de aanhoudende administratieve verwickelingen.

In elk geval kan niet voorbij aan de vaststelling dat verzoeker zich weldegelijk bij zijn echtgenote had gevoegd. Uiteindelijk heeft verzoeker 7 jaar samengewoond.

Huidig middel is dan ook gegrond.

2.2.1.3. Derde onderdeel: schending van de aangevoerde bepalingen doordat de geen rekening wordt gehouden met de uitzonderingen voorzien bij artikel 42quater Vw.

Doordat verzoeker op het ogenblik van de aanvraag voldeed aan de voorwaarden tot het bekomen van een verblijfsrecht als familielid van een EU-burger, kan de aanvraag enkel geweigerd worden overeenkomstig artikel 42quater Vw.

Artikel 42quater §1 Vw. regelt de omstandigheden waarbij het recht op verblijf eindigt:

(...)

Het stoppen van de samenwoning/vestiging heeft inderdaad het verlies van verblijfsrecht tot gevolg, doch onder voorbehoud van de uitzonderingen voorzien in artikel 42quater §4 Vw. in het bijzonder;

(...)

Tussen partijen bestaat weldegelijk een overeenkomst omtrent de bewaring van hun minderjarige dochter, m.n. elk weekend van zaterdag 10u00 tot zondagavond 20u00, alsmede de helft van de vakanties. Deze regeling wordt ook zo uitgevoerd zonder moeilijkheden (stuk 14). Er werden zelfs

afspraken gemaakt omtrent een reis van het kind naar resp. Marokko (met moeder) en Irak (met vader) (stuk 17).

Er werd reeds op 12 juli 2011 een besluit neergelegd ter griffie teneinde de regeling ook te horen vastleggen per gerechtelijke uitspraak, stuk dat trouwens ook werd overgemaakt aan de gemeente (stuk 16).

Huidige beslissing is dan ook strijdig met de bepalingen van artikel 42quater §4, 3° Vw, zodat het aangevoerde middel gegrond is."

3.1.2. In de nota repliceert de verwerende partij dat de beslissing van 16 november 2010 vernietigd werd bij arrest van 18 maart 2011 en dat de bestreden beslissing werd genomen binnen de voorziene periode van vijf maanden na het arrest van 18 maart 2011. De verwerende partij wijst erop dat uit rechtspraak van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad) blijkt dat een vernietigingsarrest een nieuwe termijn van vijf maanden doet lopen en zij verwijst hierbij naar het arrest van de Raad nr. 16 559 van 26 september 2008. Volgens de verwerende partij werd de bestreden beslissing bijgevolg tijdig genomen.

Inzake het aangevoerde artikel 42quater van de vreemdelingenwet merkt de verwerende partij op dat aan verzoeker nooit een verblijfsrecht werd toegekend, zodat hij zich ook niet dienstig kan beroepen op dit artikel.

3.1.3.1. In een eerste onderdeel van het middel voert verzoeker aan dat de beslissing genomen is buiten de termijn voorzien in artikel 52, § 4 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: het koninklijk besluit van 8 oktober 1981).

Artikel 52, § 4 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 luidt als volgt:

"Indien het familielid alle vereiste documenten heeft overgemaakt, maakt het gemeentebestuur de aanvraag over aan de gemachtigde of de minister.

Indien de minister of zijn gemachtigde het recht op verblijf erkent of indien binnen de termijn van vijf maanden bepaald in § 1 geen beslissing werd meegedeeld aan het gemeentebestuur, levert deze een "verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie" overeenkomstig het model van bijlage 9 af.
(...)

(...)
Indien de minister of zijn gemachtigde het recht op verblijf niet erkent, wordt het familielid van deze beslissing kennis gegeven door de afgifte van een document overeenkomstig het model van bijlage 20, dat desgevallend een bevel om het grondgebied te verlaten bevat. Het attest van immatriculatie wordt ingetrokken."

De termijn van vijf maanden bedoeld in § 1 van artikel 52 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 is een termijn van "vijf maanden te rekenen vanaf de aanvraag".

Uit de stukken van het dossier blijkt dat verzoeker zijn aanvraag heeft ingediend op 19 maart 2010. De beslissing die hierover genomen werd op 8 april 2010 werd vernietigd bij arrest van de Raad nr. 45 085 van 18 juni 2010, de nieuwe beslissing die hierover genomen werd op 16 november 2010 werd vernietigd bij arrest van de Raad nr. 58 094 van 18 maart 2011.

De verwerende partij heeft hiertegen geen cassatieberoep ingediend bij de Raad van State, zodat voormeld vernietigingsarrest definitief is. Een vernietigde beslissing wordt geacht nooit getroffen geweest te zijn. Het bestuur dient na een vernietigingsarrest de zaak te hernemen na het indienen van de aanvraag maar voor het onderzoek ervan. Wanneer het bestuur verplicht is een beslissing te treffen binnen een wettelijk voorziene termijn van vijf maanden en de wet gevolgen verbindt aan het verstrijken van deze termijn en de beslissing die destijds binnen de voorziene termijn getroffen werd, vernietigd wordt door de Raad, beschikt het bestuur opnieuw over de volle termijn van vijf maanden om een nieuwe beslissing te treffen (cf. RvS 30 oktober 1997, nr. 69.293; RvS 5 november 1997, nr. 39.471; RvS 29 januari 1998, nr. 71.396; RvS 11 juni 1998, nr. 74.260; RvS 3 mei 2001, nr. 95.155; RvS 17 mei 2001, nr. 95.574; RvS 19 januari 2006, nr. 153.939; Cass. 4 april 2002, A.R. C000457; LUST, J., *"Wanneer kan de overheid, na de vernietiging van een beslissing die binnen een vervaltermijn moet worden (en is) genomen, een nieuwe beslissing nemen?"*, noot onder RvS 24 april 1996, Van Rompuy, nr. 59.125, T.Gem., 1997, 102-107 en LUST, J., *"De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State"*, in OPDEBEEK, I., (ed.), *Benoemingen*,

bevorderingen en Raad van State, Brugge, Die Keure, 1997, 107-151). Deze volle termijn van vijf maanden moet het bestuur toelaten om een beslissing te nemen waarbij de initiële aanvraag wordt voldaan, rekening houdend met het motief van het vernietigingsarrest.

Na de betekening van het eerste vernietigingsarrest van 18 juni 2010, namelijk op 22 juni 2010, beschikte de verwerende partij over een nieuwe termijn van vijf maanden om een beslissing te nemen. Er werd een nieuwe beslissing genomen op 16 november 2010, wat binnen de termijn van vijf maanden was en dus tijdig, in tegenstelling tot wat verzoeker voorhoudt in het middel.

Deze beslissing werd vernietigd op 18 maart 2011. Na de betekening van het vernietigingsarrest van 18 maart 2011, namelijk op 22 maart 2011 zoals uit de stukken van het administratief dossier blijkt, beschikte de verwerende partij over een nieuwe termijn van vijf maanden om een beslissing te nemen zoals voorzien in artikel 52, § 4, tweede lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981, die opnieuw loopt vanaf de betekening van dit arrest.

Er werd een nieuwe beslissing genomen op 16 augustus 2011, wat binnen de termijn van vijf maanden is. De bestreden beslissing werd bijgevolg tijdig genomen binnen de termijn van vijf maanden na de betekening van het vernietigingsarrest.

Door het vernietigingsarrest van de Raad wordt de vernietigde beslissing geacht nooit getroffen geweest te zijn. Dit betekent niet dat het bestuur een positieve beslissing dient te treffen aangaande de aanvraag van verzoeker. Het bestuur verliest zijn discretionaire bevoegdheid in deze niet, maar is in het geval het ervoor opteert een nieuwe beslissing te treffen aangaande de oorspronkelijke aanvraag, verplicht rekening te houden met het motief van het vernietigingsarrest. *In casu* luidde de vernietigingsgrond dat niet werd gemotiveerd waarom het bestuur van oordeel is dat verzoeker, op basis van strafrechtelijke veroordelingen nog een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging vormt voor een fundamenteel belang van de samenleving. Een nieuwe beslissing kan worden getroffen op voorwaarde dat er andere motieven en elementen worden gevonden die wel deugen. Deze nieuwe motieven en elementen kunnen reeds bestaan hebben ten tijde van de vernietigde beslissing, maar ze kunnen ook worden ontleend aan een wijziging in de feitelijke omstandigheden sindsdien (cf. LUST, J., "De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", in OPDEBEEK, I., (ed.), *Benoemingen, bevorderingen en Raad van State*, Brugge, Die Keure, 1997, p.126; DE SOMERE, P., *L'exécution des décisions du juge administratif. Rapport belge*, A.P.T. 2005, afl. 1, pp.4-5).

Het feit dat de bestreden beslissing verwijst naar een politieverslag van 14 mei 2011, dat opgesteld werd meer dan een jaar nadat verzoeker zijn aanvraag indiende, vormt op zich geen schending van het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest van de Raad nr. 58 094 van 18 maart 2011 en gelet op het bovenstaande miskent het evenmin de gevolgen van een vernietigingsarrest.

Het feit dat de bestreden beslissing dateert van 16 augustus 2011, daar waar verzoekers vestigingsaanvraag dateerde van 19 maart 2010, is het gevolg van de vernietigingsarresten van de Raad nr. 45 085 van 18 juni 2010 en nr. 58 094 van 18 maart 2011. Zoals reeds eerder gesteld werd, verhindert dit het bestuur niet opnieuw een negatieve beslissing te treffen aangaande verzoekers aanvraag. Het bestuur heeft de termijn bepaald in artikel 52, § 4, tweede lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 bij het treffen van een nieuwe beslissing aangaande verzoekers aanvraag gerespecteerd.

De schending van artikel 52, § 4 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 kan niet worden aangenomen. Het eerste onderdeel van het eerste middel is ongegrond.

3.1.3.2. De uitdrukkelijke motiveringsplicht zoals voorgeschreven door de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen heeft tot doel de burger, zelfs wanneer een beslissing niet is aangevochten, in kennis te stellen van de redenen waarom de administratieve overheid ze heeft genomen, zodat kan worden beoordeeld of er aanleiding toe bestaat de beroepen in te stellen waarover hij beschikt. De artikelen 2 en 3 van de genoemde wet van 29 juli 1991 verplichten de overheid ertoe in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen en dit op een "afdoende" wijze. Het begrip "afdoende" impliceert dat de opgelegde motivering in rechte en in feite evenredig moet zijn aan het gewicht van de genomen beslissing.

De bestreden beslissing moet duidelijk het determinerend motief aangeven op grond waarvan de beslissing is genomen. In de motieven wordt verwezen naar de toepasselijke rechtsregel, namelijk artikel 40bis, § 2 van de vreemdelingenwet en artikel 52, § 4, vijfde lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981. Tevens bevat de beslissing een motivering in feite, met name dat verzoeker niet voldoet aan de voorwaarden om te genieten van het recht van verblijf van meer dan drie maanden als familielid van een burger van de Unie omdat uit het relatieverslag van 14 mei 2011 blijkt dat verzoeker en zijn echtgenote niet meer samen wonen en dat ze in een echtscheiding verwickeld zijn, waardoor verzoeker zich niet bij zijn echtgenote gevoegd heeft zoals gesteld in artikel 40bis van de vreemdelingenwet en er geen sprake is van een gezinscel. Verzoeker maakt niet duidelijk op welk punt deze motivering hem niet in staat stelt te begrijpen op basis van welke juridische en feitelijke gegevens de bestreden beslissing is genomen derwijze dat hierdoor niet zou voldaan zijn aan het doel van de formele motiveringsplicht.

Uit het verzoekschrift blijkt dat verzoeker de motieven van de bestreden beslissing kent, zodat het doel van de uitdrukkelijke motiveringsplicht *in casu* is bereikt en verzoeker bijgevolg de schending van de materiële motiveringsplicht aanvoert, zodat dit onderdeel van het middel vanuit dat oogpunt wordt onderzocht. Bij de beoordeling van de materiële motiveringsplicht is de Raad niet bevoegd zijn beoordeling van de aanvraag in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. De Raad is in de uitoefening van zijn wettelijk toezicht enkel bevoegd om na te gaan of deze 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 in onredelijkheid tot haar besluit is gekomen.

Verzoeker heeft een aanvraag ingediend op basis van artikel 40bis, § 2, 1° van de vreemdelingenwet. Dit artikel luidde op het moment van de aanvraag en van het nemen van de bestreden beslissing als volgt:

“§ 2. Als familielid van de burger van de unie worden beschouwd:

*1° de echtgenoot of de vreemdeling waarmee een geregistreerd partnerschap werd gesloten dat beschouwd wordt als zijnde gelijkwaardig met het huwelijk in België, die hem begeleidt of zich bij hem voegt;
(...).”*

Ingevolge artikel 40ter van de vreemdelingenwet is dit artikel ook van toepassing op familieleden van een Belg.

In de bestreden beslissing wordt hierover het volgende gesteld:

“Uit het relatieverslag dd.14.05.2011 op(ge)steld door de politie van Oostkamp blijkt dat enkel betrokkene aan te treffen is. Volgens zijn eigen verklaring woont zijn echtgenote sinds 17.02.2011 niet meer bij hem omdat zij in een echtscheiding verwickeld zijn.

Hieruit blijkt dat betrokkene zich niet bij zijn echtgenote gevoegd heeft zoals gesteld in artikel 40bis van de wet van 15.12.1980 en dat er evenmin nog sprake is van een gezinscel tussen beiden.”

Uit de stukken van het dossier blijkt dat de lokale politie van Brugge op 7 februari 2011 aan de Dienst Vreemdelingenzaken meedeelt dat de echtgenote van verzoeker de echtelijke woning verlaten heeft en dat zij een echtscheidingsprocedure heeft opgestart. Uit een verslag van samenwoning van 14 mei 2011 van de lokale politie blijkt dat verzoeker werd gehoord en dat hij bevestigde dat hij en zijn echtgenote in een echtscheiding verwickeld zijn en niet meer samenwonen. De vaststellingen in de bestreden beslissing steunen bijgevolg op de stukken van het dossier en verzoeker ontkent in het verzoekschrift niet dat er geen samenwoning meer is en dat een echtscheidingsprocedure werd opgestart.

Verzoeker voert aan dat geen rekening werd gehouden met het feit dat hij zeven jaren met zijn echtgenote heeft samengeleefd, ook vooraleer ze gehuwd waren.

In casu diende de verwerende partij uitsluitend uitspraak te doen over de aanvraag van verzoeker die hij op 19 maart 2010 had ingediend als familielid van een burger van de Unie, als echtgenoot van een Belg, op basis van het toen geldende artikel 40bis, § 2, 1° van de vreemdelingenwet. Dit artikel betreft uitsluitend *“de echtgenoot (...) die hem begeleidt of zich bij hem voegt”*. Uit het hierboven gestelde onder punt 3.1.3.1. blijkt dat het bestuur bij het nemen van de nieuwe beslissing na een vernietigingsarrest rekening kon houden met elementen die reeds bestonden ten tijde van de vernietigde beslissing, maar ook rekening kon houden met een wijziging in de feitelijke omstandigheden sindsdien. De verwerende partij heeft in de bestreden beslissing vastgesteld dat uit een politieverslag

van 14 mei 2011 blijkt dat verzoeker zich niet bij zijn echtgenote kwam voegen en dat er geen sprake is van een gezinscel, wat strookt met de gegevens van het dossier en wat verzoeker niet betwist voor wat betreft de situatie op het moment van het nemen van de beslissing.

De motieven van de bestreden beslissing steunen op de stukken van het dossier zodat er sprake is van een correcte feitenvinding. Verzoeker slaagt er niet in aan te tonen dat de gemachtigde van de staatssecretaris op kennelijk onredelijke wijze tot de bestreden beslissing is gekomen. De schending van de materiële motiveringsplicht kan niet worden aangenomen, evenmin als de schending van artikel 40bis van de vreemdelingenwet.

Het zorgvuldigheidsbeginsel legt aan de gemachtigde van de staatssecretaris de verplichting op zijn beslissingen op een zorgvuldige wijze voor te bereiden en te steunen op een correcte feitenvinding. Het respect voor het zorgvuldigheidsbeginsel houdt derhalve in dat de gemachtigde van de staatssecretaris bij het nemen van een beslissing moet steunen op alle gegevens van het dossier en op alle daarin vervatte dienstige stukken.

Uit het voorgaande blijkt dat er *in casu* werd uitgegaan van een correcte feitenvinding, zodat de schending van de zorgvuldigheidsplicht niet kan worden aangenomen.

Het tweede onderdeel van het enig middel is ongegrond.

3.1.3.3. In een derde onderdeel voert verzoeker de schending aan van artikel 42^{quater} van de vreemdelingenwet.

Waar verzoeker in het opschrift van het eerste middel de schending aanvoert van artikel 43^{quater} van de vreemdelingenwet, merkt de Raad op dat dit artikel niet bestaat en dat verzoeker in de uitwerking van het middel op correcte wijze artikel 42^{quater} van de vreemdelingenwet vermeldt.

Artikel 42^{quater}, § 1, eerste lid van de vreemdelingenwet luidt als volgt:

*“§ 1. Er kan gedurende de eerste twee jaar van hun verblijf in hoedanigheid van familielid van de burger van de unie een einde gesteld worden aan het verblijfsrecht van de familieleden van een burger van de Unie die zelf geen burger van de Unie zijn, door de minister of zijn gemachtigde in de volgende gevallen:
(...).”*

Uit de bewoordingen van dit artikel blijkt dat dit enkel van toepassing is op familieleden van een burger van de Unie die reeds een verblijfsrecht hebben verkregen. Verzoeker heeft echter nog geen verblijfsrecht verkregen, zodat er bijgevolg nog geen einde aan kan worden gesteld en hij niet met goed gevolg de schending van deze bepaling kan aanvoeren.

De bestreden beslissing betreft een beslissing tot weigering van verblijf met bevel om het grondgebied te verlaten, in antwoord op een aanvraag van verzoeker van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie die hij heeft gedaan in toepassing van artikel 40bis van de vreemdelingenwet.

Het derde onderdeel van het eerste middel is onontvankelijk.

Het eerste middel is in de mate waarin het ontvankelijk is, ongegrond.

3.2.1. Verzoeker voert een tweede middel aan dat luidt als volgt:

*“Tweede middel : schending van artikel 40bis, §1, 40ter en 43 Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, artikel 8 EVRM, juncto artikel 2 en 3 Wet motiveringsplicht bestuurshandelingen, de motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur.
Artikel 40bis Vw. bepaalt:*

(...)

De Raad van State aanvaardt dat het behoud van het gezinsleven valt onder het toepassingsgebied van artikel 8 EVRM (zie ondermeer R.v.St. 18 februari 1998, nr. 71,921; R.v.St. 26 juni 1987, nr. 28.239).

Ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft reeds benadrukt dat de verwijdering van een vreemdeling, partner van een eigen onderdaan, onverenigbaar is met artikel 8 EVRM (EHRM 9 april 1996, Adegbie t./ Oostenrijk; EHRM 26 maart 1992, Beljoudit./ Frankrijk).

Weliswaar laat artikel 8.2 EVRM toe om uitzonderingen te maken op de bescherming van het privé-leven wanneer dit nodig is voor de maatschappelijke orde, doch er wordt wel steeds verwacht dat de overheid daarbij een afweging maakt tussen de belangen van het individu (behoud gezin met Belgische echtgenote, Belgische dochter, behoud van werk en sociaal contact, ...) en de terugwijzing.

In casu is er geen dergelijke afweging gemaakt zodat niet kan nagegaan worden of het proportionaliteitsbeginsel werd geëerbiedigd (artikel 8 EVRM en de motiveringsplicht).

Hierbij kan tevens verwezen worden naar de instructie van 23 maart 2009 van de toenmalig bevoegde Minister Turtelboom waarin een aantal prangende humanitaire situaties worden opgesomd waarvan de terugleiding strijdig zou zijn met de Europese verdragen, met namen;

2. De vreemdeling die ouder is van een minderjarig kind dat een EU-burger is, indien het kind over voldoende bestaansmiddelen beschikt, eventueel verkregen via deze ouder en wanneer de ouder effectief instaat voor de zorg van het kind;

Dit specifiek geval wordt ook hernomen in de instructie van 19 juli 2009 waarvan verwerende partij reeds herhaaldelijk heeft bevestigd deze verder toe te passen ongeachte de eerder vernietiging door de Raad van State ;

"Als basisprincipe kan gesteld worden dat er sprake is van een prangende humanitaire situatie indien een verwijdering van de aanvrager in strijd zou zijn met de internationale mensenrechtenverdragen, in het bijzonder het Internationaal Kinderrechtenverdrag en het EVRM.

Volgende situaties worden beschouwd als prangende humanitaire situaties, Deze opsomming neemt de discretionaire macht die de Minister of zijn gemachtigde bezit niet weg om anders gevallen dan deze dis hieronder worden opgesomd te beschouwen als zijnde prangende humanitaire situaties. Een, bijzondere aandacht zal hierbij uitgaan naar vreemdelingen die behoren tot een kwetsbare groep.

2.1 De vreemdeling die ouder is van een Belgisch minderjarig kind en die een reëel en effectief gezin vormt met dit kind.

2,2 De vreemdeling die ouder is van een minderjarig kind dat een EU-burger is, indien het kind over voldoende bestaansmiddelen beschikt eventueel verkregen via deze ouder en wanneer de ouder effectief instaat voor de zorg van het kind;"

(eigen onderlijning)

Verwerende partij was nochtans op de hoogte van deze gegevens, o.a. naar aanleiding van de aanvraag verblijfsmachtiging in toepassing van artikel 9bis Vw. ingediend op 25 augustus 2009, de schorsingsprocedure tegen de beslissing van 23 maart 2010 met voorgelegde stukken, de schorsingsprocedure tegen de beslissing van 8 maart 2010, de nietigheidsprocedure, maar ook inschrijving bevolkingsregister, geboorteakte dochttertje, ... ed.

In navolging van het schrijven van 19 mei 2011 uitgaande van verwerende partij (stuk 15), werd ook kennis gegeven omtrent de stand van zaken in de lopende gerechtelijke procedure (stuk 16),

Toch wordt er in de bestreden beslissing op geen enkele wijze rekening gehouden met het contact van verzoeker met zijn minderjarige Belgische dochter en de nadelige invloed die de bestreden beslissing heeft op dit contact.

Welnu, bij elke beslissing waarbij geraakt wordt aan het gezinsleven, moet rekening houden met het recht op eerbiediging van het privé -en gezinsleven (RvS nr. 79.839, 21 april 1999, T.Vreemd, 1998, 336; RvS nr. 70.427, 18 december 1997, RRD 1998, 122; RvS nr. 61.972, 25 september 1996, T. Vreemd. 1997, 31), Doordat nergens in de beslissing uit blijkt dat er weldegelijk rekening wordt gehouden met de familiale en professionele elementen, miskent de bestreden akte haar motiveringsplicht (vgl. RvS nr. 86.189, 23 maart 2000, APM 2000, 71),

Nergens blijkt dat er in concreto een afweging van de belangen werd gemaakt, Probleem is niet zozeer dat verzoeker gehuwd is en een Belgisch kind heeft, maar vooral dat hij bij een verwijdering van het grondgebied onherroepelijk gescheiden wordt van zijn minderjarig kind.

Tevens verliest verzoeker hierdoor zijn tewerkstelling, woning, zakelijke contacten en vriendenkring. Hieromtrent werd zelfs niet vermeld, laat staan afgewogen.

Het middel is ernstig en gegrond."

3.2.2. In de nota repliceert de verwerende partij dat bij lezing van verzoekers verzoekschrift blijkt dat hij daarin niet enkel inhoudelijke kritiek levert maar dat hij er ook in slaagt de motieven vevat in de in casu bestreden beslissing weer te geven en daarbij geeft kennis te hebben van de motieven vevat in de bestreden beslissing. Op basis van deze vaststelling dient te worden besloten dat verzoeker het vereiste belang ontbeert bij de betrokken kritiek. De formele motiveringsplicht vevat in de wetsartikelen waarvan verzoeker de schending aanvoert, heeft immers geen ander doel dan het in kennis stellen van de bestuurs van de redenen die ten grondslag liggen aan de te zijnen of te haren opzichte genomen

bestuursbeslissing zodanig dat deze in staat is om te oordelen of het zinvol is om daartegen op te komen met de ter beschikking staande rechtsmiddelen. De naleving van de genoemde plicht houdt daarentegen geen verband met de inhoudelijke juridische of feitelijke correctheid van de tot uitdrukking gebrachte motieven. Bij lezing van de bestreden beslissing blijkt genoegzaam dat de inhoud daarvan verzoeker het genoemde inzicht verschaft en aldus volstaat om hem toe te laten de bedoelde nuttigheidsafweging te maken. De bestreden beslissing is immers genoegzaam met redenen omkleed aangezien daarin zowel haar juridische grondslag als haar feitelijke grondslag zijn vermeld.

Verzoekers beschouwingen kunnen niet dienstig in verband worden gebracht met de door hem geschonden geachte rechtsregels. Artikel 40*bis*, § 2, 1° van de vreemdelingenwet bepaalt immers dat de echtgenoot de burger van de Unie moet begeleiden of zich bij hem voegen. Verzoeker dient volgens de verwerende partij te voldoen aan de wettelijke voorwaarde van gezamenlijke vestiging om zich dienstig op dit artikel te kunnen beroepen. Naar vaste rechtspraak van de Raad van State vereist zulke gemeenschappelijke vestiging het bestaan van een minimum aan relatie tussen de echtgenoten, een gezinscel, een reële echtelijke band, een levensgemeenschap. De verwerende partij merkt op dat in de bestreden beslissing geheel terecht wordt vermeld dat verzoeker zich niet bij zijn echtgenote heeft gevoegd gezien ze verwikkeld zijn in een echtscheiding.

Waar verzoeker zich beroept op artikel 8 van het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955 (hierna: EVRM), merkt de verwerende partij op dat de niet noodzakelijk definitieve verwijdering van het grondgebied van verzoeker geen verboden inmenging vormt in de uitoefening van het recht op een privé- en gezinsleven in de zin van dit artikel.

Ten overvloede laat de verwerende partij gelden dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aanneemt dat uit artikel 8 van het EVRM niet kan worden afgeleid dat een vreemdeling er een staat toe kan verplichten om hem op zijn grondgebied te gedogen door het enkele feit te opteren voor een levensgezel die op dat moment op het grondgebied vermag te verblijven. Er werd reeds geoordeeld dat een mogelijke toepassing van artikel 8 van het EVRM de betrokken vreemdeling niet vrijstelt van het verkrijgen van de vereiste documenten om het Rijk binnen te komen en dat een tijdelijke verwijdering om reden dat hij niet in het bezit is van die documenten niet strijdig is met dit verdragsartikel. De staatssecretaris kan oordelen dat het belang van de staat voorrang heeft op dat van de vreemdeling die hier onwettig verblijft. Artikel 8 van het EVRM staat een rechtmatige toepassing van de vreemdelingenwet niet in de weg.

Artikel 40 en volgende van de vreemdelingenwet hebben tot doel een wettelijk kader te scheppen binnen hetwelk het in artikel 8 van het EVRM vervatte recht kan worden uitgeoefend. Door de gemachtigde van de staatssecretaris werd geheel terecht, gelet op de elementen die het dossier van verzoeker daadwerkelijk kenmerken en overeenkomstig de wettelijke bepalingen ter zake, beslist om aan verzoeker het verblijf van meer dan drie maanden te weigeren.

De verwerende partij laat gelden dat de aanwezigheid van een minderjarig kind op het grondgebied niet betekent dat aan verzoeker een verblijf dient te worden toegekend.

3.3.3.1. Verzoeker voert de schending aan van de artikelen 40*bis*, § 1 en 40*ter* en 43 van de vreemdelingenwet, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen en van het zorgvuldigheidsbeginsel. Hij zet echter niet op concrete wijze uiteen waarin de bestreden beslissing deze bepalingen of beginselen schendt.

Luidens artikel 39/69, § 1, tweede lid, 4° van de vreemdelingenwet moet het verzoekschrift op straffe van nietigheid een uiteenzetting van de feiten en middelen bevatten die ter ondersteuning van het beroep worden ingeroepen. Onder “middel” in de zin van deze bepaling moet worden begrepen de voldoende duidelijke omschrijving van de overtreden rechtsregel en van de wijze waarop die rechtsregel door de bestreden rechtshandeling wordt geschonden (RvS 17 december 2004, nr. 138 590; RvS 4 mei 2004, nr. 130 972; RvS 1 oktober 2004, nr. 135 618). Verzoeker zet in het tweede middel de wijze niet uiteen waarop deze door hem ingeroepen bepalingen zouden zijn geschonden. Dit onderdeel van het tweede middel is onontvankelijk.

De Raad verwijst tevens naar de bespreking van het eerste middel.

3.3.3.2. Artikel 8 van het EVRM bepaalt 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."

Wanneer een risico van schending van het respect voor het privé- en/of familie- en gezinsleven wordt aangevoerd, kijkt de Raad in de eerste plaats na of er een privé- en/of familie- en gezinsleven bestaat in de zin van het EVRM, vooraleer te onderzoeken of hierop een inbreuk werd gepleegd door de bestreden beslissing. Bij de beoordeling of er al dan niet sprake is van een privé- en/ of familie- en gezinsleven dient de Raad zich te plaatsen op het tijdstip waarop de bestreden beslissing is genomen (cf. EHRM 13 februari 2001, Ezzoudhi/Frankrijk, § 25; EHRM 31 oktober 2002, Yildiz/Oostenrijk, § 34; EHRM 15 juli 2003, Mokrani/Frankrijk, § 21).

Artikel 8 van het EVRM definieert het begrip 'familie- en gezinsleven' noch het begrip 'privéleven'. Beide begrippen zijn autonome begrippen die onafhankelijk van het nationale recht dienen te worden geïnterpreteerd.

Wat het bestaan van een familie- en gezinsleven betreft, moet vooreerst worden nagegaan of er sprake is van een familie of een gezin. Vervolgens moet blijken dat in de feiten de persoonlijke band tussen deze familie- of gezinsleden voldoende hecht is (cf. EHRM 12 juli 2001, K. en T./ Finland, § 150).

Het begrip 'privéleven' wordt evenmin gedefinieerd in artikel 8 van het EVRM. Het EHRM benadrukt dat het begrip 'privéleven' een brede term is en dat het mogelijk noch noodzakelijk is om er een exhaustieve definitie van te geven (EHRM 16 december 1992, Niemietz/Duitsland, § 29).

De beoordeling of er sprake kan zijn van een familie- en gezinsleven of van een privéleven of van beiden, is een feitenkwestie.

De volgende vraag die de Raad dient te onderzoeken is of er sprake is van een inmenging in het privé- en/of familie- en gezinsleven. Of daarvan daadwerkelijk sprake is moet nagezien worden of de vreemdeling voor de eerste keer om toelating heeft verzocht, dan wel of het gaat om de weigering van een voortgezet verblijf.

Gaat het namelijk om een eerste toelating dan oordeelt het EHRM dat er geen inmenging is en geschiedt geen toetsing aan de hand van het tweede lid van artikel 8 van het EVRM. 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).

Gaat het om een weigering van een voortgezet verblijf dan aanvaardt het EHRM dat er een inmenging is en dan dient het tweede lid van artikel 8 van het EVRM in overweging te worden genomen. Het door artikel 8 van het EVRM gewaarborgde recht op respect voor het privéleven en voor het familie- en gezinsleven is niet absoluut. Binnen de grenzen gesteld door het voormelde lid, is de inmenging van het openbaar gezag toegestaan voor zover die bij wet is voorzien, ze geïnspireerd is door een of meerdere van de in het tweede lid van artikel 8 van het EVRM vermelde legitieme doelen en voor zover ze noodzakelijk is in een democratische samenleving om ze te bereiken. Vanuit dit laatste standpunt is het de taak van de overheid om te bewijzen dat zij de bekommernis had om een juist evenwicht te bereiken tussen het beoogde doel en de ernst van de inbreuk.

Inzake immigratie heeft het EHRM er in beide voormelde gevallen en 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 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.

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 de loutere goede wil of met praktische regelingen (EHRM 5 februari 2002, Conka/België, § 83), en anderzijds dat dit artikel primeert op de bepalingen van de vreemdelingenwet (RvS 22 december 2010, nr. 210.029), is het de taak 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 hij kennis heeft of zou moeten hebben.

Wanneer de verzoekende partij een schending van artikel 8 van het 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.

Verzoeker verduidelijkt in het verzoekschrift en in de bijlagen daarbij dat hij een kind heeft van Belgische nationaliteit en dat hij een onderlinge regeling heeft met de Belgische moeder om het kind te zien. Een tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing zou een onherroepelijke scheiding van verzoeker met dit kind tot gevolg hebben.

Er wordt *in casu* niet betwist dat er sprake is van een gezinsleven van verzoeker met zijn kind. Waar verzoeker verwijst naar zijn Belgische echtgenote wordt erop gewezen dat verzoeker niet ontkent dat het koppel aan het scheiden is en ze niet meer samenwonen, zodat er geen sprake meer is van een gezinsleven met zijn Belgische echtgenote. Aangezien niet wordt betwist dat het een eerste toegang betreft, is er in deze stand van het geding geen inmenging in het gezinsleven van de verzoekende partij.

In dit geval moet worden onderzocht of er een positieve verplichting is voor de Staat om het recht op gezinsleven te handhaven.

Teneinde de omvang van de uit artikel 8, eerste lid van het EVRM voortvloeiende positieve verplichting voor de staat om het recht op gezinsleven te handhaven 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.

Verzoeker voert aan dat hij een recht op contact heeft met zijn Belgisch kind. Uit de bijlagen die verzoeker bij zijn verzoekschrift voegt, blijkt dat er nog geen rechterlijke uitspraak is over het omgangsrecht en dat verzoeker en zijn echtgenote onderling een voorlopige regeling overeengekomen zijn waarbij verzoeker het kind in de weekends bij zich heeft.

Verzoeker voert niet met concrete gegevens aan dat er hinderpalen zijn om elders een gezinsleven uit te oefenen, maar hij toont wel aan dat hij momenteel in de weekends contact heeft met zijn Belgisch kind, dat het kind een Belgische moeder heeft en dat er een rechterlijke uitspraak op komst is inzake het omgangsrecht. Het is *in casu* in deze stand van het geding niet uit te sluiten dat er momenteel mogelijks hinderpalen kunnen zijn voor het leiden van een gezinsleven elders. Deze zaak betreft echter ook een zaak van immigratie. Volgens een vaststaand principe van internationaal recht komt het aan lidstaten toe om de toegang van niet-onderdanen op hun grondgebied te regelen. Artikel 8 van het EVRM houdt geenszins een verplichting in voor de lidstaat om de woonplaatskeuze van een vreemdeling te eerbiedigen. Het feit dat verzoeker een Belgisch kind heeft, geeft geen automatische toekenning van het recht op verblijf. Bovendien staat artikel 8 van het EVRM een rechtmatige toepassing van de vreemdelingenwet niet in de weg.

Wat de tweede voorwaarde van artikel 8, tweede lid van het EVRM betreft, dient te worden vastgesteld dat middels de bestreden beslissing minstens één van de in artikel 8, tweede lid van het EVRM opgesomde doelen wordt nagestreefd: de handhaving van de verblijfsreglementering door de overheid is immers een middel ter vrijwaring van 's lands openbare orde. Inzake de derde voorwaarde geldt eveneens als uitgangspunt dat het volgens een vaststaand principe van internationaal recht aan de Verdragsluitende Staten toekomt de openbare orde te verzekeren door, meer in het bijzonder, de toegang en het verblijf van niet-onderdanen te regelen. Hierbij dient echter te worden nagegaan of bij het uitvaardigen van de bestreden beslissing een juist evenwicht werd geëerbiedigd tussen de belangen van verzoeker in het kader van de eerbied voor zijn gezinsleven enerzijds en de belangen van de Belgische staat in het kader van de bescherming van de openbare orde anderzijds.

De bestreden beslissing strekt er niet toe het gezinsleven van verzoeker te verhinderen of te bemoeilijken. De betreffende beslissing houdt in dat het verblijf van verzoeker wordt geweigerd omdat hij niet heeft aangetoond dat hij voldoet aan de voorwaarden om als familielid van een burger van de Unie, namelijk als echtgenoot van een Belg, gemachtigd te worden tot verblijf. De betreffende beslissing houdt dienvolgens geen absoluut verbod in voor verzoeker om het Belgische grondgebied binnen te komen en er te verblijven. De bestreden beslissing heeft evenmin tot gevolg dat verzoeker definitief van zijn kind wordt gescheiden. Uit de bestreden beslissing vloeit enkel voort dat hij tijdelijk uit het land wordt verwijderd met de mogelijkheid om er terug te keren nadat hij zich in het bezit heeft gesteld van de documenten die vereist zijn om tot binnenkomst in het Rijk te worden toegelaten. In het licht van deze feitelijke en juridische situatie, en gelet op de ruime appreciatiebevoegdheid die artikel 8 van het EVRM biedt aan de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid, dient dan ook in alle redelijkheid te worden besloten dat de *in casu* vermeende inmenging in het familiaal leven van verzoeker niet als onrechtmatig of disproportioneel kan worden beschouwd. De gemachtigde van de staatssecretaris heeft een correcte toepassing gemaakt van de ter zake geldende wettelijke bepalingen.

De Raad wijst erop dat verzoeker, indien hij meent daarvoor in aanmerking te komen, stappen kan ondernemen om een verblijfsrecht te verkrijgen als vader van een Belgisch kind.

De schending van artikel 8 van het EVRM kan niet worden aangenomen.

3.3.3.3. Waar verzoeker van mening lijkt te zijn dat artikel 8 van het EVRM een motiveringsverplichting bevat en dat uit de motieven van de bestreden beslissing moet blijken dat de overheid de evenredigheidsstoets heeft gedaan, dient te worden opgemerkt dat artikel 8 van het EVRM geen dergelijke motiveringsplicht omvat, zodat dit onderdeel faalt in rechte.

3.3.3.4. In het licht van de recente rechtspraak van het Hof van Justitie wijst de Raad erop dat het Belgische kind van verzoeker in België verblijft bij zijn Belgische moeder en dat niet wordt aangetoond dat aan dit kind het effectief genot wordt ontzegd van de belangrijkste aan zijn status van burger van de Unie ontleende rechten.

3.3.3.5. De keuze die een bestuur in de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid maakt, schendt slechts het redelijkheidsbeginsel wanneer men op zicht van de opgegeven motieven zich tevergeefs afvraagt hoe het bestuur tot het maken van die keuze is kunnen komen. Met andere woorden, om het redelijkheidsbeginsel geschonden te kunnen noemen, moet men voor een beslissing staan waarvan men ook na lectuur ervan ternauwernood kan geloven dat ze werkelijk genomen is, wat *in casu* niet het geval is. In de bespreking van het eerste middel wordt vastgesteld dat verzoeker niet betwist dat hij niet meer samenwoont met de referentiepersoon op basis van wie hij zijn aanvraag heeft ingediend en dat er een echtscheidingsprocedure hangende is. Ook toont verzoeker niet aan dat hij beschikt over een omgangsrecht met het kind. Verzoeker maakt met zijn betoog niet aannemelijk dat er een schending is van het redelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel als toepassing hiervan.

4. Korte debatten

De verzoekende partij heeft geen gegrond middel dat tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan leiden aangevoerd. Er is grond is 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 is onontvankelijk.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Enig artikel

De vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring worden verworpen.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op zeventien oktober tweeduizend en elf door:

mevr. A. DE SMET,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken

dhr. M. DENYS,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

M. DENYS

A. DE SMET