



Arrest

nr. 205 263 van 13 juni 2018
in de zaak RvV X / II

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat L. LAMBERT
Haachtsesteenweg 55
1210 BRUSSEL

tegen:

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

DE VOORZITTER VAN DE IIde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van onbepaalde nationaliteit te zijn, op 12 juli 2017 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging en de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 12 juni 2017 tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13).

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 5 april 2018, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 22 mei 2018.

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. CAMU.

Gehoord de opmerkingen van advocaat M. VAN DEN BROECK, die loco advocaat L. LAMBERT verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat T. SCHREURS, die loco advocaat C. DECORDIER verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

Op 12 juni 2017, met kennisgeving diezelfde dag, wordt aan de verzoekende partij een bevel om het grondgebied te verlaten uitgereikt. Dit is de bestreden beslissing, waarvan de motieven luiden als volgt:

“Aan de Mevrouw, die verklaart te heten:

Naam: N. (...)

Voornaam: M. (...)

Geboortedatum: (...).0001

Geboorteplaats: /
Nationaliteit: Servië
ALIAS:
(...)

wordt het bevel gegeven het grondgebied van België onmiddellijk te verlaten, evenals het grondgebied van de staten die het Schengenacquis ten voile toepassen(2), tenzij zij beschikt over de documenten die vereist zijn om er zich naar toe te begeven.

REDEN VAN DE BESLISSING:

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

Artikel 7, alinea 1, van de wet:

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

De betrokkene is niet in het bezit van een geldig paspoort, voorzien van een geldig visum of inreisstempel. Betrokkene is niet in het bezit van een geldige verblijfsvergunning.

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

De betrokkene heeft zich schuldig gemaakt aan diefstal met braak, inklimming, valse sleutels, feit waarvoor zij op 07.12.2012 door de correctionele rechtbank van Antwerpen werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van 10 maanden.

Betrokkene heeft zich schuldig gemaakt aan diefstal met braak, inklimming, valse sleutels, feit waarvoor zij op 20.11.2015 door de correctionele rechtbank van Leuven werd veroordeeld tot een definitieve gevangenisstraf van 10 maanden.

Ingevolge de ernst en de herhaling van de door betrokkene gépleegde feiten (diefstal met braak, inklimming, valse sleute(s)) concludeert de Administratie dat betrokkene momenteel een gevaar kan betekenen voor de rust van de burgers evenals voor de handhaving van de openbare orde.

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

Betrokkene werd onderworpen op 10.01.2013 aan een bevel om het grondgebied te verlaten met inreisverbod van 8 jaar.

Artikel 74/14: Reden waarom geen termijn voor vrijwillig vertrek wordt toegestaan:

X Artikel 74/14 §3,1°: er bestaat een risico op onderduiken Betrokkene heeft geen officieel verblijfsadres in België. Betrokkene is gekend onder verschillende aliassen.

artikel 74/14 §3,3': de onderdaan van een derde land is een bedreiging voor de openbare orde of de nationale veiligheid

De betrokkene heeft zich schuldig gemaakt aan diefstal met braak, inklimming, valse sleutels, feit waarvoor zij op 07.12.2012 door de correctionele rechtbank van Antwerpen werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van 10 maanden.

Betrokkene heeft zich schuldig gemaakt aan diefstal met braak, inklimming, valse sleutels, feit waarvoor zij op 20.11.2015 door de correctionele rechtbank van Leuven werd veroordeeld tot een definitieve gevangenisstraf van 10 maanden.

Ingevolge de ernst en de herhaling van de door betrokkene gepleegde feiten (diefstal met braak, inklimming, valse sleutels) concludeert de Administratie dat betrokkene momenteel een gevaar kan betekenen voor de rest van de burgers evenals voor de handhaving van de openbare orde

X Artikel 74/14, §3, 4°: de onderdaan van een derde land heeft niet binnen de toegekende termijn aan een eerdere beslissing tot verwijdering gevolg gegeven.

Betrokkene heeft geen gevolg gegeven aan de bevelen om het grondgebied te verlaten die haar betekend werden tussen 20.05.2006 en 30.06.2014 (BGV verlengd tot en met 30.09.2014). Deze vorige beslissingen tot verwijdering werden niet uitgevoerd. Het is weinig waarschijnlijk dat zij vrijwillig gevolg zal geven aan deze nieuwe beslissing.

De betrokkene heeft driemaal een asielaanvraag ingediend, namelijk op 31.03.2011, 16.09.2011 en 23.07.2012. Telkenmale werd haar het asielstatuut geweigerd.

Uit het dossier van DVZ blijkt dat betrokkene verschillende minderjarige kinderen in België heeft. Zowel de betrokkene als haar kinderen verblijven illegaal in het land en hebben dus geen verblijfsrecht. Bij gevolg kan geen schending van artikel 8 van het EVRM worden ingeroepen. In het land van herkomst kan het hele gezin samen een nieuwe toekomst opbouwen. Het hele gezin zal België moeten verlaten. Deze beslissing betekent dan ook geen schending van artikel 8 EVRM."

2. Over de rechtspleging

Waar de verwerende partij in haar nota vraagt de kosten ten laste van de verzoekende partij te leggen, wijst de Raad erop dat de verzoekende partij het voordeel van de kosteloze rechtspleging geniet, zodat aan geen van de partijen kosten van het geding ten laste kunnen worden gelegd. Het beroep is immers kosteloos.

3. Over de ontvankelijkheid

3.1.1. De verwerende partij voert in haar nota volgende exceptie van onontvankelijkheid aan in zoverre het beroep is ingesteld door de minderjarige kinderen:

“De verweerder stelt vast dat verzoekende partij het beroep instelt “in haar eigen naam alsmede in haar hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van haar beide minderjarige kinderen”.

De bestreden beslissingen die betrekking hebben op de minderjarige kinderen betreffen twee beslissingen dd. 12.06.2017, houdende bevel om het grondgebied te verlaten.

Verzoekende partij stelt het beroep tot schorsing- en nietigverklaring tegen deze beslissingen in, “in haar hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van haar minderjarige kinderen”.

Artikel 376, eerste lid, B.W. luidt: “Wanneer de ouders het gezag over de persoon van het kind gezamenlijk uitoefenen, beheren zij ook gezamenlijk zijn goederen en treden zij gezamenlijk als zijn vertegenwoordiger op.”

Overeenkomstig artikel 35 W.I.P.R. is in casu het Belgische recht van toepassing (artikel 35 W.I.P.R., in fine): “De uitoefening van het ouderlijk gezag of van de voogdij wordt beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied het kind zijn gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip waarop die uitoefening wordt aangevoerd.”

Derhalve kan verzoekende partij niet op ontvankelijke wijze alleen – zonder de vader – een procedure in rechte inleiden. De beide ouders moeten gezamenlijk optreden als vertegenwoordiger.

Desbetreffend kan ook worden verwezen naar de rechtspraak van de Raad van State:

“Hoewel de bestuursorganen – en niet de minderjarige – betreffende de geldigheid van de vertegenwoordiging van een minderjarige door slechts één van zijn ouders desgevallend aanspraak kunnen maken op de hoedanigheid van ‘derden die te goeder trouw zijn’ in de zin van art. 373, 2e lid BW, dat bepaalt dat elke ouder in het kader van de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag wordt geacht te handelen met de andere ouder, wanneer hij, alleen, een handeling stelt die met dit gezag verband houdt, geldt dit niet voor de Raad van State die zo nodig ambtshalve de vraag moet stellen naar de regelmatigheid van een beroep dat bij hem aanhangig wordt gemaakt. Aangezien art. 376, 1e lid BW bepaalt dat de ouders in geval van gezamenlijke uitoefening de minderjarige samen vertegenwoordigen, is het beroep in casu onontvankelijk.” (R.v.S. nr. 205.421, 18 juni 2010, Rev.dr.étr. 2010, afl. 158, 148, noot)

Zie ook:

“3.2. Tenzij door de vrederechter een voogd werd aangesteld (artt. 389-420 8W.), treden naar Belgisch recht de ouders in beginsel gezamenlijk op als wettelijk vertegenwoordiger voor hun minderjarige kind (artikel 376, eerste lid B.W.). Het vermoeden van instemming van de andere ouder wanneer één van hen alleen zou optreden (artikel 376, tweede lid, B.W.), is niet van toepassing op de vertegenwoordiging bij proceshandelingen (RvV 2 maart 2010, nr. 39 686AV), waardoor steeds beide ouders als vertegenwoordigers moeten optreden. In casu treedt enkel de vader op in zijn hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger waardoor de minderjarige kinderen niet op geldige wijze werden vertegenwoordigd. Het beroep is niet ontvankelijk voor zover het door verzoeker wordt ingediend als wettelijk vertegenwoordiger van zijn minderjarige kinderen.” (R.v.V. nr. 128 352 van 28 augustus 2014)

Het beroep, in zoverre door verzoekende partij ingediend, “in haar hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van haar minderjarige kinderen” en gericht tegen de beide beslissing dd. 12.06.2017 houdende bevel om het grondgebied te verlaten, is dan ook niet ontvankelijk.

De verweerder zal dan ook slechts repliceren in zoverre het beroep betrekking heeft op de t.a.v. verzoekende partij zelf genomen beslissingen.”

3.1.2. Artikel 39/56, eerste en derde 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:

“De beroepen bedoeld in artikel 39/2 kunnen voor de Raad worden gebracht door de vreemdeling die doet blijken van een benadeling of van een belang.”

Het belang dient persoonlijk en rechtstreeks te zijn. Onder het persoonlijk karakter van het belang dient te worden begrepen de vereiste dat de verzoeker zich in een bepaalde rechtsverhouding ten opzichte van de bestreden beslissing moet bevinden. Er dient steeds een voldoende geïndividualiseerd verband te bestaan tussen de bestreden beslissing en de verzoekende partij zelf. Het rechtstreeks karakter van het belang heeft betrekking op de relatie die dient te bestaan tussen het nadeel en de bestreden beslissing. Het houdt in dat er een direct of rechtstreeks causaal verband moet vaststaan tussen beide.

In casu dient te worden vastgesteld dat het bestreden bevel om het grondgebied te verlaten werd genomen lastens de verzoekende partij zelf, zodat het volstaat dat de verzoekende partij het beroep indient in eigen naam en niet kan worden ingezien welk het belang van de vordering is in zoverre deze zou worden ingediend door de verzoekende partij in naam van haar minderjarige kinderen. Er dient dan ook niet te worden ingegaan op de exceptie van de verwerende partij, die meent dat het beroep door de verzoekende partij niet alleen, zonder de vader, kan worden ingediend in naam van hun minderjarige kinderen.

3.2.1. De verwerende partij voert in haar nota vervolgens volgende exceptie van onontvankelijkheid aan wegens gebrek aan belang :

“Verzoekende partij ontbeert naar het oordeel van de verweerder het vereiste belang bij het ingediende beroep, nu dit gericht is tegen het betekende bevel om het grondgebied te verlaten.

Overeenkomstig artikel 39/56, eerste lid van de Vreemdelingenwet kunnen slechts beroepen voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen worden gebracht door de vreemdeling die doet blijken van een benadeling of een belang.

De minister c.q. de staatssecretaris beschikt niet over een discretionaire bevoegdheid wanneer artikel 7, eerste lid, 1°, 2°, 5°, 11° of 12° van de Vreemdelingenwet dient toegepast te worden. In casu werd de bestreden beslissing op grond van artikel 7, eerste lid, 1° en 12° van de Vreemdelingenwet genomen om reden dat de verzoekende partij in het Rijk verblijft zonder houder te zijn van de vereiste documenten en zij het voorwerp uitmaakt van een inreisverbod dat noch opgeschort noch opgeheven is.

Bij een eventuele vernietiging van het thans bestreden bevel vermag de Staatssecretaris niet anders dan in uitvoering van artikel 7, eerste lid, 1° en 12° van de Vreemdelingenwet, na te hebben vastgesteld dat de verzoekende partij in het Rijk verblijft zonder houder te zijn van de vereiste documenten en het voorwerp uitmaakt van een inreisverbod dat noch opgeschort noch opgeheven is, een nieuw bevel om het grondgebied te verlaten aan verzoekende partij ter kennis te laten brengen. Terwijl het daarenboven een herhaald bevel om het grondgebied te verlaten betreft, nu aan verzoekende partij o.m. op 13.11.2013, 17.01.2014, 17.04.2014 en op 05.06.2014 bevel werd gegeven om het grondgebied te verlaten. Verzoekende partij heeft deze bevelen niet (dienstig) aangevochten, zodat deze bevelen definitief en uitvoerbaar zijn.

Enkel indien de hogere rechtsnormen zouden worden geschonden doordat aan de betrokken vreemdeling een bevel om het grondgebied te verlaten zou worden betekend, en het bevel aldus een schending zou impliceren van deze hogere rechtsnormen, kan de gemachtigde van de Staatssecretaris op een wettige wijze beslissen dat geen bevel om het grondgebied te verlaten moet worden afgegeven aan de betrokken vreemdeling.

In casu werpt verzoekende partij o.m. een schending op van artikel 7 van het Handvest van de Grondrechten EU, artikel 8 EVRM, doch uit de bespreking van het middel blijkt dat deze schendingen geenszins kunnen worden aangenomen.

Een eventuele vernietiging van de bestreden beslissing kan de verzoekende partij derhalve geen enkel nut opleveren.

Zie in die zin:

“In het bestreden arrest is geen sprake van een schending van een rechtsnorm die boven artikel 7, eerste lid, 1°, van de vreemdelingenwet staat, zodat wel degelijk een gebonden bevoegdheid bestaat in hoofde van de staatssecretaris of diens gemachtigde om, zelfs na een gebeurlijke vernietiging van het aanvankelijk bestreden bevel, een nieuwe beslissing houdende bevel om het grondgebied te verlaten te nemen. Derhalve kon de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet op wettige wijze het door artikel 39/56 van de vreemdelingenwet vereiste belang aanvaarden om tot vernietiging van het aanvankelijk bestreden bevel over te gaan. Het tweede middel is in die mate gegrond en deze vaststelling volstaat voor de cassatie van het bestreden arrest.” (R.v.St. nr. 233.024 van 25 november 2015)

De verweerder besluit dan ook dat het schorsings- en annulatieberoep onontvankelijk is wegens gebrek aan belang.”

3.2.2. De Raad herhaalt dat overeenkomstig artikel 39/56, eerste lid van de vreemdelingenwet slechts beroepen voor de Raad kunnen worden gebracht door de vreemdeling die doet blijken van een benadeling of een belang.

Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 15 september 2006 tot hervorming van de Raad van State en tot oprichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen blijkt dat het de uitdrukkelijke wil van de wetgever is dat de procedure van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen zoveel als mogelijk aansluit bij die welke geldt voor de Raad van State. Dienvolgens kan voor de interpretatie van de verschillende begrippen en rechtsfiguren worden teruggegrepen naar die welke thans bij de Raad van State wordt aangewend (Parl.St. Kamer, 2005-2006, nr. 51 2479/001, 116-117).

Volgens vaststaande rechtspraak van de Raad van State moet het belang persoonlijk, rechtstreeks, actueel en geoorloofd zijn (cf. RvS 4 augustus 2005, nr. 148.037).

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

Artikel 7, eerste lid van de vreemdelingenwet luidt als volgt:

“Onverminderd meer voordelige bepalingen vervat in een internationaal verdrag, kan de minister of zijn gemachtigde aan de vreemdeling, die noch gemachtigd noch toegelaten is tot een verblijf van meer dan drie maanden in het Rijk of om er zich te vestigen, een bevel om het grondgebied binnen een bepaalde termijn te verlaten afgeven of moet de minister of zijn gemachtigde in de in 1°, 2°, 5°, 11° of 12° bedoelde gevallen een bevel om het grondgebied binnen een bepaalde termijn te verlaten afgeven: (...)” De overheid wordt gezegd over een gebonden bevoegdheid te beschikken *“wanneer er in hoofde van de overheid een juridische verplichting bestaat die voorspuit uit een norm van het objectief recht die de overheid geen keuze laat om over die toepassing van die norm in het concrete geval te beslissen”* (A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, Overzicht van het Belgisch administratief recht, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 1014, nr. 1057).

Het gebruik van het woord “moet” in voormeld artikel 7, eerste lid sluit echter niet uit dat het bestuur bij het toepassen van deze bepaling nog een beoordeling maakt.

In de eerste plaats moet vastgesteld worden dat artikel 7, eerste lid van de vreemdelingenwet zelf uitdrukkelijk bepaalt dat een bevel kan of moet gegeven worden *“onverminderd meer voordelige bepalingen vervat in een internationaal verdrag”*. De gemachtigde moet zich zodoende, alvorens het bevel te geven, hoe dan ook ervan vergewissen of er geen verdragsbepalingen zijn die de afgifte van het bevel verhinderen. Zo mag onder meer geen bevel worden gegeven wanneer dat in strijd zou zijn met een aantal verdragsrechtelijke bepalingen, waaronder het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955 (hierna: het EVRM) (cf. RvS 26 augustus 2010, nr. 206.948).

Daarnaast moet benadrukt worden dat de gemachtigde, overeenkomstig artikel 74/13 van de vreemdelingenwet, bij het nemen van de beslissing tot verwijdering rekening moet houden met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land. Noch artikel 74/13 zelf – dat in algemene bewoordingen verwijst naar *“een beslissing tot verwijdering”* – noch enige andere bepaling uit de vreemdelingenwet laat toe te besluiten dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de in artikel 7, eerste lid van de vreemdelingenwet opgesomde gevallen waarin een bevel “moet” worden afgegeven (met name onder 1°, 2°, 5°, 11° en 12°) en de in voormeld artikel 7, eerste lid opgesomde gevallen waarin een bevel “kan” worden afgegeven (met name onder 3°, 4°, 6°, 7°, 8°, 9° en 10°). Er kan dan ook niet worden volgehouden dat het de gemachtigde aan elke beoordelingsmarge ontbreekt bij het nemen van de verwijderingsmaatregel.

Ten slotte wordt erop gewezen dat de Raad in het kader van de materiële motiveringsplicht steeds kan nagaan of de motieven van het bestreden bevel om het grondgebied te verlaten steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld (cf. RvS 13 september 2010, nr. 207.325). Zodoende heeft de verzoekende partij er hoe dan ook een belang bij de feitelijke vaststellingen of de juistheid van de conclusies te betwisten die tot het bestreden bevel

aanleiding heeft gegeven, ook al legt artikel 7, eerste lid van de vreemdelingenwet in bepaalde gevallen (binnen de voormelde grenzen) een verplichting op tot het afgeven van een bevel om het grondgebied te verlaten, en ook al moet bij de beoordeling van de middelen in voorkomend geval rekening gehouden worden met het feit dat van zulke verplichting sprake is (cf. RvS 29 mei 2009, nr. 193.654). Een dergelijk onderzoek raakt de grond van de zaak.

Uit het bovenstaande blijkt dat de totstandkoming van een bevel om het grondgebied te verlaten steeds een concrete beoordeling en appreciatie vergt, zodat zulke beslissing dan ook niet wordt genomen in de uitoefening van een gebonden bevoegdheid, maar wezenlijk discretionair is (cf. RvS 2 april 2009 (AV), nr. 192.198). Zodoende kan niet worden aangenomen dat de gemachtigde in de gevallen voorzien in artikel 7, eerste lid, 1°, 2°, 5°, 11° en 12° slechts over een zuiver gebonden bevoegdheid beschikt, die elke discretionaire appreciatie uitsluit (cf. RvS 4 juni 2015, nrs. 231.443 en 231.444), ook al is de appreciatie in voormelde gevallen niet zo ruim als in de overige in artikel 7, eerste lid voorziene gevallen.

Het betoog van de verwerende partij gesteund op een gebonden bevoegdheid onder artikel 7, eerste lid, 1° van de vreemdelingenwet kan geen afbreuk doen aan de vaststelling dat in geval van artikel 7, eerste lid, 1°, 2°, 5°, 11° en 12° van de vreemdelingenwet geen sprake is van een zuiver gebonden bevoegdheid.

In zoverre de verwerende partij stelt dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar beroep daar er sprake is van een herhaald bevel, herhaalt de Raad dat de verwerende partij zich er alvorens het bevel te geven, hoe dan ook van moet vergewissen of er geen verdragsbepalingen zijn die de afgifte van het bevel verhinderen en dat er geen bevel mag worden gegeven wanneer dat in strijd zou zijn met een verdragsrechtelijke bepaling, terwijl overeenkomstig artikel 74/13 van de vreemdelingenwet bij het nemen van de beslissing tot verwijdering rekening moet worden gehouden met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land. Uit de bespreking van de middelen onder punt 4.3. zal blijken dat in voorliggende zaak een schending van artikel 8 van het EVRM en het hoger belang van de kinderen kan worden vastgesteld.

Gelet op het voorgaande, wordt de exceptie van de verwerende partij verworpen.

Het beroep tot nietigverklaring is ontvankelijk.

4. Onderzoek van het beroep

4.1.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij onder meer de schending aan van artikel 8 van het Europees Verdrag tot Bescherming voor 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: het EVRM) en van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet.

Zij betoogt:

“En ce que la partie adverse n’a pas procédé à un examen rigoureux au regard de la vie privée et familiale de la requérante, en fonction des circonstances dont elle avait connaissance, avant de prendre sa décision;

Alors que l’article 8 de la CEDH et l’obligation de motivation imposent de procéder à cet examen rigoureux.

Et que l’article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 impose de tenir compte de la vie familiale lors de l’adoption d’une mesure d’éloignement.

L’article 8 de la CEDH dispose comme suit :

«1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d’une autorité publique dans l’exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu’elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l’ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d’autrui. »

A cet égard, votre Conseil a rappelé les principes suivants dans un arrêt n° 74 258 du 31 janvier 2012 :

« S’il s’agit d’une première admission, la Cour EDH considère qu’il n’y a pas d’ingérence et il n’est pas procédé à un examen sur la base du deuxième paragraphe de l’article 8 de la CEDH. Dans ce cas, la

Cour EDH considère néanmoins qu'il convient d'examiner si l'Etat est tenu à une obligation positive pour permettre de maintenir et de développer la vie privée et/ou familiale (Cour EDH 28 novembre 1996, Ahmut/Pays-Bas, § 63; Cour EDH 31 janvier 2006, Rodrigues Da Silva et Hoogkamer/Pays-Bas, § 38). Cela s'effectue par une mise en balance des intérêts en présence. S'il ressort de cette mise en balance des intérêts que l'Etat est tenu par une telle obligation positive, il y a violation de l'article 8 de la CEDH (cf. Cour EDH 17 octobre 1986, Rees/Royaume-Uni, § 37).

[...]

Compte tenu du fait que les exigences de l'article 8 de la CEDH, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique (Cour EDH 5 février 2002, Conka/Belgique, § 83), d'une part, et du fait que cet article prévaut sur les dispositions de la loi du 15 décembre 1980 (C.E. 22 décembre 2010, n° 210.029), d'autre part, il revient à l'autorité administrative de se livrer, avant de prendre sa décision, à un examen aussi rigoureux que possible de la cause, en fonction des circonstances dont elle a ou devrait avoir connaissance.»

En l'espèce, s'agissant d'une première admission au séjour, il convient d'examiner si la partie adverse était tenue à une obligation positive pour permettre de maintenir et de développer la vie privée et familiale de la requérante. Cela s'effectue par une mise en balance des intérêts en présence. S'il ressort de cette mise en balance des intérêts que la partie adverse était tenue par une telle obligation positive, il y a violation de l'article 8 de la CEDH.

Dans l'affaire Omojudi c. Royaume-Uni, elle a également rappelé que l'article 8 de la CEDH protégeait également le droit de nouer et d'entretenir des liens avec ses semblables et avec le monde extérieur et qu'il pouvait aussi englober des aspects de l'identité sociale d'un individu, de sorte qu'il fallait accepter que l'ensemble des liens sociaux entre les migrants établis dans le pays et la communauté dans laquelle ils vivaient faisaient partie intégrante de la notion de « vie privée » au sens de l'article 8, indépendamment de l'existence d'une « vie familiale » (CEDH, n° 1820/08 du 24 novembre 2009, Omojudi c. Royaume-Uni § 37)1.

En l'espèce, la requérante exposait dans sa demande d'autorisation de séjour du 30 novembre 2017 qu'un éloignement du territoire de celle-ci et de ses enfants serait contraire au droit au respect de la vie privée et familiale d'elle-même et de ses enfants.

En effet, elle indiquait notamment que :

« La requérante a quitté depuis de nombreuses années la Croatie et n'y possède plus aucune attache ni repère.

Quant aux enfants de la requérante, ils n'ont jamais vécu en Croatie et ne parlent pas le croate. Leur vie sociale, familiale et scolaire s'est développée en Belgique depuis 2011, après avoir déjà connu de nombreux bouleversements (fuite de violences intrafamiliales).

Par ailleurs, leurs conditions de vie en Belgique ont également été très chaotiques. Depuis le mois de mai 2013, soit depuis plus d'un an, les enfants de la requérante, âgés respectivement de 11 ans, 6 ans et 5 ans, ont été détenus pour une durée totale de plus de huit mois, ont été contraints de changer 5 fois d'école et ont été déscolarisés à plusieurs reprises.

Cette situation est une situation totalement contraire à l'intérêt supérieur de ceux-ci, consacré par l'article 3 de la CIDE, l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par l'article 22bis de la Constitution.

Cette situation viole également les articles 2.2 (droit à la non-discrimination sur base de la situation juridique des parents), 26 (droit au bénéfice de la sécurité sociale), 27 (droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social), 28 (droit à l'éducation), 31 (droit au repos et aux loisirs) et 37 (interdiction d'arrestation arbitraire) de la CIDE.

Par ailleurs, l'article 8 de la CEDH protège la vie familiale et privée des enfants de la requérante et les différentes décisions prises par les autorités belges violent de manière manifeste la vie privée et familiale des enfants.

Au vu de l'âge des enfants, cette situation constitue en outre un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la CEDH.

Il est urgent que les enfants de l'appelante puissent bénéficier d'un environnement stable et sécurisant, leur permettant la pleine jouissance de leurs droits. Un éloignement vers la Croatie, constituant un nouveau bouleversement pour les enfants, ne leur apporterait assurément pas cet environnement stable et sécurisant. Il convient de tenir compte à cet égard de la situation de vulnérabilité de la famille, d'origine Rom.

Leur scolarisation en Croatie s'avèrerait par ailleurs extrêmement difficile. Ce changement brusque entraînerait des conséquences irréversibles sur leur formation et hypothéquerait gravement leur avenir scolaire.

Or, les enfants de la requérante ont déjà subi de nombreuses perturbations dans leur parcours scolaire.

En effet, depuis 2011, les enfants ont changé d'école à de nombreuses reprises, empêchant toute poursuite sereine de leur scolarité. Lors de la dernière année scolaire, ils ont été dans quatre écoles différentes et ont été déscolarisés à plusieurs reprises.

Il est donc d'autant plus primordial pour leur équilibre que l'année scolaire prochaine se déroule de manière stable et sereine.

Par ailleurs, dans son arrêt Orsus et autres c. Croatie (req. 15766/03) la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la Croatie pour la ségrégation des enfants Roms dans l'enseignement.

Il apparaît clairement que l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant comme une considération primordiale (article 3 CIDE, article 24 Charte, article 22bis Constitution) s'oppose à leur éloignement vers la Croatie.

Il apparaît également clairement que la mise en balance des intérêts en présence, en ce compris l'intérêt des enfants de la requérante à ce que leur scolarité et leur repères ne soient pas à nouveau perturbés, doit amener à conclure à une obligation positive de la Belgique, sur base de l'article 8 de la CEDH, de maintenir et de développer la vie familiale de la requérante et de ses enfants en Belgique.»

La décision attaquée est pourtant muette à cet égard.

En effet, en ce qui concerne la vie privée et familiale de la requérante, la décision attaquée se contente d'indiquer que la requérante a des enfants mineurs en Belgique mais que ceux-ci sont en situation de séjour illégal et que leur présence ne ferait donc pas obstacle à l'expulsion de la requérante, étant donné le fait que la vie familiale pourrait être poursuivie hors du territoire.

La partie adverse ne démontre donc pas avoir tenu compte des éléments invoqués par la requérante dans sa demande d'autorisation de séjour, qui indiquaient au contraire que la requérante et ses enfants ne pouvaient quitter le territoire.

Or, ces éléments n'ont pas non plus été examinés dans le cadre du traitement de cette demande puisque par décision du 20 novembre 2015, l'Office des étrangers a déclaré que la demande d'autorisation de séjour de la requérante ne pouvait être prise en considération et devait donc être déclarée sans objet en raison de l'interdiction d'entrée notifiée à la requérante. Cette décision n'examine donc nullement les éléments de vie privée et familiale invoquée par la requérante

La partie adverse ne procède à la mise en balance des intérêts en présence, à savoir le danger que la requérante représenterait pour l'ordre public d'une part et le respect de la vie privée et familiale de la requérante d'autre part.

Or, l'article 8 de la CEDH impose un examen attentif et rigoureux de la situation au regard de la vie privée et familiale de la requérante.

En ne procédant pas à cet examen attentif et rigoureux de la situation, la partie adverse viole de manière flagrante ses obligations au regard de l'article 8 de la CEDH ainsi que son obligation de motivation.

Par ailleurs, l'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 dispose que lors de la prise d'une décision d'éloignement, le ministre ou son délégué tient compte de la vie familiale de la personne concernée.

L'article 1er aliéna 1er, 6° de la loi du 15 décembre 1980 définit la décision d'éloignement comme étant « la décision constatant l'illégalité du séjour d'un étranger et imposant une obligation de retour » .

La décision d'ordre de quitter le territoire prise le 5 octobre 2016 à l'encontre de la partie requérante constitue bien une décision d'éloignement au sens de la loi du 15 décembre 1980.

L'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 dispose que :

« Lors de la prise d'une décision d'éloignement, le ministre ou son délégué tient compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie familiale, et de l'état de santé du ressortissant d'un pays tiers concerné. »

Cette disposition constitue une transposition partielle de l'article 5 de la Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier qui dispose que :

« Lorsqu'ils mettent en oeuvre la présente directive, les États membres tiennent dûment compte:

- a) de l'intérêt supérieur de l'enfant,*
 - b) de la vie familiale,*
 - c) de l'état de santé du ressortissant concerné d'un pays tiers,*
- et respectent le principe de non-refoulement ».*

Le législateur a imposé à la partie adverse, conformément à la directive précitée, une obligation spécifique dans le cadre de l'adoption de mesures d'éloignement, à savoir de tenir compte notamment de la vie familiale.

En l'espèce, la décision attaquée ne prend pas en compte les éléments relatifs à la vie privée et familiale de la requérante..

Votre Conseil a considéré à cet égard que :

« A même supposer que la partie défenderesse ait pris en considération lesdits éléments, quod non a priori, il lui incombait en tout état de cause d'expliquer les raisons pour lesquelles ces éléments de vie

familiale ne constituaient pas un obstacle à la délivrance de l'ordre de quitter le territoire avec interdiction d'entrée incriminé» (CCE n° 92552 du 30 novembre 2012).

En ne démontrant pas qu'elle a tenu compte de la vie familiale de la requérante lors de l'adoption de la décision attaquée, la partie adverse viole le prescrit de l'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 qui lui impose cette obligation, de même que son obligation de motivation puisque la requérante ne peut comprendre à la lecture de la décision en quoi et comment la partie adverse a tenu compte de sa vie familiale au moment de la prise de décision de délivrer un ordre de quitter.

En outre, la partie adverse viole également son devoir de minutie, en ce qu'elle ne prend pas en compte l'ensemble des éléments soumis à son appréciation.

Il y a lieu d'annuler la décision attaquée sur cette base.

4.1.2. In een tweede middel voert de verzoekende partij opnieuw onder meer de schending aan van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet.

Zij betoogt:

“En ce que la décision querellée ne démontre pas que la partie adverse a examiné l'intérêt supérieur des enfants de la requérante avant de prendre une décision d'éloignement à l'encontre de la requérante et de ses enfants;

Alors que l'article 3 de la CIDE, l'article 5 de la directive retour, l'article 22bis de la Constitution ainsi que l'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 imposent de le faire.

Conformément à ce qui est indiqué dans le cadre du premier moyen, la décision attaquée constitue une décision d'éloignement au sens de la loi du 15 décembre 1980 et le législateur a imposé à la partie adverse, conformément à la directive 2008/115/CE, une obligation spécifique dans le cadre de l'adoption de mesures d'éloignement, à savoir de tenir compte notamment de l'intérêt de l'enfant.

Par ailleurs, l'article 3.1 de la CIDE exige que toute autorité administrative accorde une considération primordiale à l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions qui le concernent.

L'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution prévoit quant à lui que : « Dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale. »

La Cour Constitutionnelle a rappelé à cet égard dans un arrêt n° 30/2013 du 7 mars 2013 que « tant l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution que l'article 3, paragraphe 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant, imposent aux juridictions de prendre en considération, de manière primordiale, l'intérêt de l'enfant dans les procédures le concernant ».

L'article 28.1. de la CIDE consacre le droit à l'éducation et dispose notamment que les Etats « prennent des mesures pour encourager la régularité de la fréquentation scolaire et la réduction des taux d'abandon scolaire».

En l'espèce, tel qu'exposé dans le cadre du premier, la requérante invoquait dans le cadre de sa demande d'autorisation de séjour qu'un éloignement du territoire serait contraire à l'intérêt supérieur de ses enfants.

Elle indiquait en effet que ceux-ci avaient déjà connus de nombreux bouleversements et qu'il était dans leur intérêt que ceux-ci ne soient pas à nouveau déracinés et que leur scolarité ne soit pas à nouveau perturbée.

La partie adverse ne démontre pas avoir tenu compte des éléments relatifs à l'intérêt supérieur des enfants lors de l'adoption de la décision d'éloignement de la requérante.

Elle se contente en effet d'indiquer que ceux-ci sont en séjour illégal et qu'ils pourraient donc suivre leur mère en cas d'éloignement de celle-ci.

Or, tel qu'indiqué supra, ces éléments n'ont pas non plus été examinés dans le cadre du traitement de la demande d'autorisation de séjour de la requérante puisque par décision du 20 novembre 2015, l'Office des étrangers a déclaré que cette demande d'autorisation de séjour ne pouvait être prise en considération et devait donc être déclarée sans objet en raison de l'interdiction d'entrée notifiée à la requérante.

En ne démontrant pas qu'elle a tenu compte de l'intérêt des enfants lors de l'adoption de la décision attaquée, la partie adverse viole non seulement le prescrit de l'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 transposant l'article 5 de la directive retour qui lui impose cette obligation, mais également les articles 3, 23 et 28 de la CIDE, l'article 22bis de la Constitution, de même que son obligation de motivation puisque la requérante ne peut comprendre à la lecture de la décision en quoi et comment la partie adverse a tenu compte de l'intérêt de l'enfant de la requérante au moment de la prise de décision de délivrer un ordre de quitter le territoire à la requérante.

En outre, la partie adverse viole également son devoir de minutie, en ce qu'elle ne prend pas en compte l'ensemble des éléments soumis à son appréciation.

Il y a lieu d'annuler la décision attaquée sur cette base.

4.2.1. De verwerende partij antwoordt met betrekking tot het eerste middel het volgende in haar nota met opmerkingen:

"In een eerste middel beroept verzoekende partij zich op een schending van:

- artikel 7 van het Handvest van de Grondrechten van de EU;*
- artikel 8 EVRM;*
- artikel 5 van de richtlijn 2008/115/EG;*
- artikel 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de formele motivering van bestuurshandelingen;*
- artikel 62 en 74/13 van de Vreemdelingenwet;*
- het zorgvuldigheidsbeginsel.*

De verzoekende partij houdt een schending van voormelde bepalingen voor, doordat er geen onderzoek zou gebeurd zijn naar het recht op gezins- en privéleven van de verzoekende partij.

De kritiek van de verzoekende partij mist feitelijke grondslag.

Vooreerst laat verweerder nopens de vermeende schending van de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29.07.1991 en artikel 62 Vreemdelingenwet, die allen de formele motiveringsplicht betreffen, gelden dat bij lezing van het inleidend verzoekschrift blijkt dat verzoekende partij daarin niet enkel inhoudelijke kritiek levert, maar er ook in slaagt de motieven vervat in de in casu bestreden beslissing weer te geven en daarbij blijk geeft kennis te hebben van de motieven vervat in de bestreden beslissing. De verweerder is van oordeel dat o.b.v. deze vaststelling dient te worden besloten dat verzoekende partij het vereiste belang ontbeert bij de betrokken kritiek nopens de formele motiveringsverplichting (cf. R.v.St. nr. 47.940, 14.6.1994, Arr. R.v.St. 1994, z.p.).

De verweerder merkt op dat de motieven van de bestreden beslissing op eenvoudige wijze in die beslissing kunnen gelezen worden zodat verzoekende partij er kennis van heeft kunnen nemen en heeft kunnen nagaan of het zin heeft de bestreden beslissing aan te vechten met de beroepsmogelijkheden waarover verzoekende partij in rechte beschikt. Daarmee is aan de voornaamste doelstelling van de formele motiveringsplicht voldaan (RvS 31 oktober 2006, nr. 164.298; RvS 5 februari 2007, nr. 167.477). In antwoord op de in het middel ontwikkelde concrete kritiek die de inhoud van de motivering en aldus de materiële motiveringsplicht betreft, laat verweerder gelden dat de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie geheel terecht geoordeeld heeft dat aan de verzoekende partij een beslissing houdende bevel om het grondgebied te verlaten diende te worden betekend.

De gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie steunt daarbij op de vaststelling dat de verzoekende partij in het Rijk verblijft zonder houder te zijn van de bij artikel 2 vereiste documenten. De verzoekende partij is immers niet in het bezit van een geldig paspoort, voorzien van een geldig visum of inreisstempel.

Terwijl door de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie eveneens terecht werd vastgesteld dat de verzoekende partij door haar gedrag wordt de openbare orde of de nationale veiligheid te kunnen schaden.

De gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie steunt zich tot slot tevens op de vaststelling dat de verzoekende partij het voorwerp uitmaakt van een inreisverbod dat noch opgeschort, noch opgeheven is.

De verzoekende partij betwist deze motieven niet.

De verzoekende partij uit kritiek op de in casu bestreden beslissing en houdt voor dat er geen rekening werd gehouden met haar recht op gezins- en privéleven.

Verweerder laat gelden dat de verzoekende partij met haar kritiek de inhoud van de in casu bestreden beslissing miskent.

Uit de bestreden beslissing blijkt immers dat de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie rekening heeft gehouden met het door de verzoekende partij voorgehouden privé- en gezinsleven:

"Uit het dossier van DVZ blijkt dat de betrokkene verschillende minderjarige kinderen in België heeft. Zowel de betrokkene als haar kinderen verblijven illegaal in het land en hebben dus geen verblijfsrecht. Bij gevolg kan geen schending van artikel 8 van het EVRM worden ingeroepen. in het land van herkomst kan het hele gezin samen een nieuwe toekomst opbouwen. Het hele gezin zal België moeten verlaten. Deze beslissing betekent dan ook geen schending van artikel 8 EVRM."

Verweerder merkt verder op dat artikel 8 van het EVRM luidt als volgt:

"1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. 2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen."

De verweerder laat gelden dat in casu geen toetsing aan de hand van artikel 8, tweede lid EVRM dient te gebeuren.

Immers heeft de verzoekende partij voor de eerste keer om toelating verzocht en betreft de bestreden beslissing geen weigering van een voortgezet verblijf.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna afgekort EHRM) is van oordeel dat er geen inmenging is en derhalve geen toetsing aan de hand van het tweede lid van artikel 8 EVRM dient te gebeuren indien het om een eerste toelating gaat.

In dit geval moet er volgens het EHRM onderzocht worden of er een positieve verplichting is voor de staat om het recht op privé- en/of familie- en gezinsleven te handhaven en te ontwikkelen (EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 63; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 38). Dit geschiedt aan de hand van de 'fair balance'-toets. Als na deze toets uit de belangenafweging blijkt dat er een positieve verplichting voor de staat is, dan is er schending van artikel 8 van het EVRM (EHRM 17 oktober 1986, Rees/The United Kingdom, § 37).

"Teneinde de omvang van de verplichtingen die voor een Staat uit artikel 8, eerste lid van het EVRM voortvloeien te bepalen, dient in de eerste plaats te worden nagegaan of er hinderpalen worden aangevoerd voor het uitbouwen of het verderzetten van een normaal en effectief gezinsleven elders. Zolang er geen hinderpalen kunnen worden vastgesteld voor het leiden van een gezinsleven elders, zal er geen sprake zijn van een gebrek aan eerbiediging van het gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM." (zie onder andere R.v.V. nr. 71.430 van 7 december 2011)

In casu toont de verzoekende partij niet aan dat zij het voorgehouden gezinsleven niet elders kan leiden. Verweerder benadrukt in dit kader dat zowel de verzoekende partij als haar minderjarige kinderen illegaal in het Rijk verblijven en dus geen recht op verblijf hebben. Er kan derhalve niet dienstig worden ingezien op welke wijze de bestreden beslissing de familiebanden zou verbreken, zoals dit wordt gemotiveerd in de in casu bestreden beslissing.

Zie in die zin:

"Voor zover uit hun betoog blijkt dat verzoekers artikel 8 EVRM geschonden achten, dient de Raad vast te stellen dat de bestreden beslissing geldt voor het hele gezin en dan ook niet kan ingezien worden hoe de bestreden beslissing 'het gezin van verzoekers ontwrict'." (R.v.V. nr. 110.110 dd. 19.09.2013)

En ook:

"Verzoeker kan dan ook niet worden gevolgd waar hij stelt dat de bestreden beslissing ertoe leidt dat de gezinscel zou worden verbroken. Zowel verzoeker als zijn echtgenote kregen immers beiden een weigeringsbeslissing." (R.v.V. nr. 132.810 dd. 05.11.2014)

Aldus kan de opgeworpen schending van artikel 8 EVRM niet worden aangenomen.

Voorts, en dit geheel ten overvloede merkt de verweerder op dat het EHRM inzake immigratie er bij diverse gelegenheden aan heeft herinnerd dat het EVRM als dusdanig geen enkel recht voor een vreemdeling waarborgt om het grondgebied van een staat waarvan hij geen onderdaan is, binnen te komen of er te verblijven (EHRM 15 juli 2003, Mokrani/Frankrijk, § 23; EHRM 26 maart 1992, Beldjoudi/Frankrijk, § 74; EHRM 18 februari 1991, Moustaquim/België, § 43). Artikel 8 van het EVRM kan evenmin zo worden geïnterpreteerd dat het voor een Staat de algemene verplichting inhoudt om de door vreemdelingen gemaakte keuze van de staat van gemeenschappelijk verblijf te respecteren en om de gezinshereniging op zijn grondgebied toe te staan (EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 39). Met toepassing van een vaststaand beginsel van internationaal recht is het immers de taak van de Staat om de openbare orde te waarborgen en in het bijzonder in de uitoefening van zijn recht om de binnenkomst en het verblijf van niet-onderdanen te controleren (EHRM 12 oktober 2006, Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga/België, § 81; EHRM 18 februari 1991, Moustaquim/België, § 43; EHRM 28 mei 1985, Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk, § 67). De Staat is dus gemachtigd om de voorwaarden hiertoe vast te leggen. De minister kan oordelen dat het belang van de staat voorrang heeft op dat van de vreemdeling die hier onwettig verblijft (zie R.v.St. nr. 40.061, 28.07.1992, R.A.C.E. 1992, z.p.).

Art. 8 EVRM staat een rechtmatige toepassing van de Vreemdelingenwet dan ook niet in de weg (zie ook Raad van State nr. 99.581 dd. 09.10.2001 en Raad voor Vreemdelingenbetwistingen nr. 1493 dd. 30.08.2007).

Zie ook:

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

Bovendien werd reeds geoordeeld dat een tijdelijke verwijdering om reden dat de vreemdeling niet in het bezit is van die documenten geenszins strijdig is met dit verdragsartikel (zie R.v.St. nr. 48.653, 20.07.1994, Arr. R. v. St. 1994, z.p.; R.v.St. nr. 42.039, 22.02.1993, Arr. R. v. St. 1993, z.p.)

De bestreden beslissing heeft inderdaad niet tot gevolg dat de verzoekende partij definitief van haar gezinsleden wordt gescheiden, doch enkel dat zij tijdelijk het land dient te verlaten met de mogelijkheid er terug te keren nadat zij zich in het bezit zal hebben gesteld van de nodige documenten voor een regelmatige binnenkomst in het Rijk, en na het verstrijken van de termijn van het inreisverbod. De bestreden beslissing houdt geen absoluut verbod in om het Belgisch grondgebied binnen te komen en er te verblijven, de verzoekende partij dient evenwel te voldoen aan de door de Vreemdelingenwet opgelegde binnenkomst- en verblijfsvereisten (zie ook R.v.St. nr.170.806 dd. 04.05.2007, R.v.V. nr. 4.070 dd. 27.11.2007).

De schending van art. 8 EVRM wordt dan ook niet aannemelijk gemaakt.

De verzoekende partij wijst ter zake nog op de door haar ingediende aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet en hetgeen zij hierin heeft uiteengezet nopens haar voorgehouden familie- en gezinsleven.

In weerwil van hetgeen de verzoekende partij tracht te laten uitschijnen, houdt het zorgvuldigheidsbeginsel niet in dat de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie rekening dient te houden met elementen die worden aangevoerd in een eerdere aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet.

Bovendien besliste de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie om de aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet onontvankelijk te verklaren op 20.11.2015.

In zoverre de verzoekende partij kritiek uit tegen voormelde onontvankelijkheidsbeslissing, merkt verweerder op dat dit niet de in casu bestreden beslissing is, terwijl middelen die geen betrekking hebben op de bestreden akte, niet ontvankelijk zijn (R.v.St. nr. 45.181, 8.12.1993, Arr. R.v.St. 1993, z.p.).

Een schending van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet wordt evenmin aannemelijk gemaakt.

Verweerder laat gelden dat artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet als volgt luidt:

“Bij het nemen van een beslissing tot verwijdering houdt de minister of zijn gemachtigde rekening met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land.”

Waar verzoekende partij voorhoudt dat art. 74/13 Vreemdelingenwet zou zijn geschonden, omdat in de bestreden beslissing niet wordt gemotiveerd over dit artikel en de erin opgenomen elementen, laat verweerder gelden dat voornoemd wetsartikel geen dergelijke motiveringsplicht bevat.

Het volstaat dat uit de gegevens van de zaak, weze het uit de stukken van het administratief dossier of uit de bestreden beslissing zelf, kan worden vastgesteld dat de gemachtigde van de Staatssecretaris bij het nemen van de verwijderingsbeslissing is overgegaan tot het individueel onderzoek dat in wezen uit voornoemd artikel 74/13 Vreemdelingenwet voortvloeit.

Terwijl in casu dient vastgesteld dat de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie in de bestreden beslissing uitdrukkelijk rekening houdt met het gezins- en privéleven van de verzoekende partij.

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

De verweerder merkt op dat de gemachtigde van de Staatssecretaris geheel terecht, en binnen de hem ter zake toebedeelde bevoegdheid, oordeelde dat aan de verzoekende partij een beslissing houdende bevel om het grondgebied te verlaten diende te worden betekend.

De gemachtigde van de Staatssecretaris handelde daarbij na grondig onderzoek van de elementen die de concrete situatie van de verzoekende partij daadwerkelijk kenmerken, en conform de ter zake toepasselijke rechtsregels.

De in casu bestreden beslissing werd rechtmatig genomen, zonder miskennis van de zorgvuldigheidsverplichting waarvan verzoekende partij de schending aanvoert.

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

4.2.2. De verwerende partij antwoordt met betrekking tot het tweede middel het volgende in haar nota met opmerkingen:

“In een tweede middel beroept verzoekende partij zich op een schending van:

- artikel 3, 23 en 28 van het IVRK;*
- artikel 22bis van de Grondwet;*
- artikel 5 van de richtlijn 2008/115/EG;*
- artikel 1 tot 4 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de formele motivering van bestuursakten;*
- artikel 62 en 74/13 van de Vreemdelingenwet;*
- het zorgvuldigheidsbeginsel.*

De verzoekende partij houdt een schending van voormelde bepalingen voor, doordat de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie bij het nemen van de in casu bestreden beslissing geen

rekening zou hebben gehouden met het hoger belang van de kinderen. Zij voert aan dat de kinderen reeds genoeg onrust hebben gekend, terwijl het ook niet in hun belang zou zijn om opnieuw te worden ontwricht en hun onderwijs te verstoren.

De kritiek van de verzoekende partij kan niet worden aangenomen.

Vooreerst laat verweerder nopens de vermeende schending van de artikelen 1 tot 4 van de Wet van 29.07.1991 en artikel 62 Vreemdelingenwet, die allen de formele motiveringsplicht betreffen, gelden dat bij lezing van het inleidend verzoekschrift blijkt dat verzoekende partij daarin niet enkel inhoudelijke kritiek levert, maar er ook in slaagt de motieven vervat in de in casu bestreden beslissing weer te geven en daarbij blijk geeft kennis te hebben van de motieven vervat in de bestreden beslissing. De verweerder is van oordeel dat o.b.v. deze vaststelling dient te worden besloten dat verzoekende partij het vereiste belang ontbeert bij de betrokken kritiek nopens de formele motiveringsverplichting (cf. R.v.St. nr. 47.940, 14.6.1994, Arr. R.v.St. 1994, z.p.).

De verweerder merkt op dat de motieven van de bestreden beslissing op eenvoudige wijze in die beslissing kunnen gelezen worden zodat verzoekende partij er kennis van heeft kunnen nemen en heeft kunnen nagaan of het zin heeft de bestreden beslissing aan te vechten met de beroepsmogelijkheden waarover verzoekende partij in rechte beschikt. Daarmee is aan de voornaamste doelstelling van de formele motiveringsplicht voldaan (RvS 31 oktober 2006, nr. 164.298; RvS 5 februari 2007, nr. 167.477). In antwoord op de in het middel ontwikkelde concrete kritiek die de inhoud van de motivering en aldus de materiële motiveringsplicht betreft, laat verweerder gelden dat de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie geheel terecht heeft geoordeeld dat aan de verzoekende partij een beslissing houdende bevel om het grondgebied te verlaten diende te worden betekend.

Verweerder wijst op hetgeen supra werd uiteengezet.

Verweerder laat verder gelden dat artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet luidt als volgt:

“Bij het nemen van een beslissing tot verwijdering houdt de minister of zijn gemachtigde rekening met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land.”

Dit artikel is een algemene bepaling dat een individueel onderzoek noodzakelijk maakt en er op gericht is te waarborgen dat de gemachtigde van de Staatssecretaris, ook in het kader van een gebonden bevoegdheid, bij het nemen van een verwijderingsbeslissing rekening houdt met welbepaalde fundamentele rechten, met name het belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken vreemdeling.

Het komt in de eerste plaats toe aan diegene die zich wil beroepen op de bescherming voorzien in artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, om aan de hand van concrete gegevens aan te tonen dat hij zich daadwerkelijk kan beroepen op de hierin vermelde elementen.

Verzoekende partij levert dit bewijs niet.

In casu blijkt echter dat verzoekende partij zich beperkt tot loutere beweringen.

Verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat de kinderen van de verzoekende partij in hun belangen worden geschaad bij een terugkeer naar het land van herkomst, nu er geen bewijs voorhanden is dat de kinderen niet zouden kunnen schoollopen in het land van herkomst.

Uit geen enkel document blijkt als zou de scholing in het land van herkomst van dien aard zijn dat de kinderen er onomkeerbare nadelige gevolgen door zouden lijden, na te zijn opgenomen geweest in het Vlaamse schoolsysteem.

Daarnaast kan het de ouders niet ontgaan zijn dat hun 3 kinderen in de periode dat zij in België onderwijs genoten, ouder werden en zich verder integreerden, niettegenstaande de verzoekende partij er zich bewust van was dat zij gedurende deze periode illegaal op het grondgebied verbleef. Aan de verzoekende partij werden immers talrijke bevelen om het grondgebied te verlaten betekend, doch de verzoekende partij heeft hier nooit enig gevolg aan gegeven. Ook de aanvragen (om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9bis of artikel 9ter van de Vreemdelingenwet én de asielaanvragen) werden allen afgewezen.

Door hun feitelijke verantwoordelijkheid als ouder nu te willen afwentelen op de overheid, miskennen zij hun natuurlijke verantwoordelijkheidsplicht ten opzichte van de kinderen. Meer nog, zij stellen hun ambities op gebied van verblijf in de plaats van de rechten van hun kinderen. De verweerder wijst er op dat verzoekende partij zelf verantwoordelijk is voor de keuze die zij maakt (het verder zetten van het verblijf in het Rijk zonder over enig verblijfsrecht te beschikken), en zij zelf verantwoordelijk is voor de eventuele nadelige gevolgen die haar kinderen beweerdelijk zouden ondervinden t.g.v. de keuze die zij maakte.

Het is bovendien frappant dat de verzoekende partij zich beroept op het hoger belang van haar kinderen, terwijl uit de door de verzoekende partij gevoegde stukken blijkt dat haar kinderen geplaatst werden, nu de verzoekende partij in de onmogelijkheid was om voldoende stabiliteit te bieden aan haar kinderen.

Verweerder herhaalt verder dat, daar waar de verzoekende partij schijnt voor te houden dat artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet geschonden zou zijn, omdat in de bestreden beslissing niet gemotiveerd wordt over het hoger belang van de kinderen, voornoemd artikel geen dergelijke motiveringsplicht bevat. Het volstaat dat uit de gegevens van de zaak, weze het uit de stukken van het administratief dossier of uit de bestreden beslissing zelf, kan worden vastgesteld dat de gemachtigde van de Staatssecretaris bij het nemen van de verwijderingsbeslissing is overgegaan tot het individueel onderzoek dat in wezen uit voornoemd artikel 74/13 Vreemdelingenwet voortvloeit.

Terwijl in casu dient vastgesteld dat de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie bij het nemen van de bestreden beslissing wel degelijk rekening heeft gehouden met het hoger belang van de kinderen.

Verweerder laat gelden dat het voor ieder normaal redelijk denkend mens evident is dat het in het hoger belang is van een kind om niet te worden gescheiden van zijn of haar ouders. Dit impliceert dat, wanneer de ouders in België niet tot een verblijf zijn toegelaten of gemachtigd en zij het Rijk dienen te verlaten, zij zich hierbij dienen te laten vergezellen door hun kinderen teneinde de belangen van de kinderen en de gezinseenheid niet te schaden. Uit de in casu bestreden beslissing blijkt dat de gemachtigde van de Staatssecretaris hiermee rekening heeft gehouden. De bestreden beslissing stelt immers uitdrukkelijk dat het hele gezin België zal moeten verlaten.

Zie in die zin:

“In zoverre de verzoekende partijen menen dat met het hoger belang van het kind geen rekening werd gehouden, nu de vier oudste kinderen regelmatig naar school gaan in Verviers, wordt erop gewezen dat het voor ieder normaal redelijk denkend mens evident is dat het, in een normale gezinssituatie, in het hoger belang is van het kind om niet te worden gescheiden van zijn of haar ouders. Dit impliceert dat wanneer de ouders in België niet tot een verblijf zijn toegelaten of gemachtigd en zij het Rijk dienen te verlaten, zij zich hierbij dienen te laten vergezellen door hun jonge kinderen teneinde de belangen van deze kinderen en de gezinseenheid niet te schaden. Het blijkt dat de gemachtigde van de bevoegde staatssecretaris met deze evidentie rekening heeft gehouden, aangezien hij de minderjarige kinderen in dezelfde beslissing heeft opgenomen als de moeder, op dezelfde dag een gelijkaardige beslissing heeft genomen ten aanzien van de vader, en hun verblijfstoestand gezamenlijk heeft beoordeeld.” (R.v.V. nr. 174.387 dd. 09.09.2016)

Nopens de vermeende schendingen van artikel 23 en 28 IVKR dat voormelde bepalingen geen directe werking hebben in de Belgische rechtsorde zodat deze bepalingen in rechte niet dienstig kunnen worden opgeworpen (R.v.St., nr. 58.032, 7 februari 1996: R.v.St., nr. 58.122, 12 februari 1996).

Terwijl de verzoekende partij evenmin dienstig kan verwijzen naar artikel 22bis GW.

In de door J. VELAERS en S. VAN DROOGHENBROECK opgestelde nota in verband met het ontwerp tot herziening van artikel 22bis van de Grondwet betreffende de rechten van het kind wordt verder het volgende gesteld: *“De parlementaire voorbereiding van die grondwetstekst geeft vrij duidelijk aan dat volgens de auteurs de tekst en de nieuwe rechten die hij voor de kinderen bekrachtigt, in principe geen rechtstreekse werking zullen hebben. De formulering van de tekst (vaag en niet scherp gedefinieerd karakter van sommige van de nieuw verankerde rechten / verwijzing naar een tenuitvoerlegging door de bevoegde wetgevers) noopt op het eerste gezicht tot een dergelijke conclusie.”* In het verslag van de werkgroep belast met het onderzoek van titel II van de Grondwet (Parl.St. Kamer 2007-08 nr. 0175/005, 13) wordt op basis van deze nota vastgesteld dat moet worden geconcludeerd dat *“de ontworpen bepalingen niet rechtstreeks van toepassing zouden zijn”*.

Artikel 22bis van de Grondwet kan bijgevolg niet nuttig worden ingeroepen.

Zie in die zin:

“3.4. Het artikel 22bis van de Grondwet, waarnaar wordt verwezen in het verzoekschrift, heeft geen directe werking (Parl.St. Kamer 2007-08 nr. 0175/005, 13), zodat de verzoekende partij daarom de rechtstreekse schending van dit artikel niet dienstig kan inroepen.” (R.v.V. nr. 101 868 van 26 april 2013; zie ook R.v.V. nr. 100 251 van 29 maart 2013)

De verweerder merkt op dat de gemachtigde van de Staatssecretaris geheel terecht, en binnen de hem ter zake toebedeelde bevoegdheid, oordeelde dat aan de verzoekende partij een beslissing houdende bevel om het grondgebied te verlaten diende te worden betekend.

De gemachtigde van de Staatssecretaris handelde daarbij na grondig onderzoek van de elementen die de concrete situatie van de verzoekende partij daadwerkelijk kenmerken, en conform de ter zake toepasselijke rechtsregels.

De in casu bestreden beslissing werd rechtmatig genomen, zonder miskennis van de zorgvuldigheidsverplichting waarvan verzoekende partij de schending aanvoert.

Het tweede middel kan evenmin worden aangenomen.”

4.3. De Raad acht het passend het eerste en het tweede middel samen te bespreken gelet op de onderlinge samenhang.

Artikel 74/13 van de vreemdelingenwet bepaalt:

“Bij het nemen van een beslissing tot verwijdering houdt de minister of zijn gemachtigde rekening met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land.”

Artikel 8 van het EVRM bepaalt als volgt:

“1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, 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.”

Rekening houdend met het feit enerzijds dat de vereiste van artikel 8 van het EVRM, net zoals die van de overige bepalingen van het EVRM, te maken heeft met waarborgen en niet met louter goede wil of met praktische regelingen (EHRM 5 februari 2002, Conka v. België, § 83) en anderzijds dat dit artikel primeert op de bepalingen van de vreemdelingenwet (RvS 22 december 2010, nr. 210.029), 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.

De Raad oefent slechts een wettigheidscontrole uit op de bestreden beslissing. Bijgevolg gaat de Raad na of de verwerende partij alle relevante feiten en omstandigheden in haar belangenafweging heeft betrokken en, indien dit het geval is, of de verwerende partij zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat die afweging heeft geresulteerd in een "fair balance" tussen enerzijds het belang van een vreemdeling bij de uitoefening van het familie- en gezins-/privéleven 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 (RvS 26 januari 2016, nr. 233.637; RvS 26 juni 2014, nr. 227.900).

De verzoekende partij verwijst naar haar drie minderjarige kinderen, geboren in respectievelijk 2003, 2008 en 2009, met wie zij zich reeds verschillende jaren in België ophoudt. De verwerende partij wijst er in de bestreden beslissing op dat het hele gezin België zal moeten verlaten ten gevolge van het bevel om het grondgebied te verlaten genomen ten aanzien van de verzoekende partij en dat een schending van artikel 8 van het EVRM niet kan worden ingeroepen nu zij samen in het land van herkomst een nieuwe toekomst kunnen opbouwen. Hieruit blijkt dat de verwerende partij het bestaan van een gezinsleven tussen de verzoekende partij en haar drie minderjarige kinderen niet betwist. Ten overvloede merkt de Raad op dat uit het administratief dossier blijkt dat de toenmalige partner van de verzoekende partij, vader van de drie kinderen, niet bij hen verblijft, dat er geen contact meer is en dat de verzoekende partij hem beschuldigd van huiselijk geweld.

Het door artikel 8 van het EVRM gewaarborgde recht op respect voor het gezins- en privéleven is niet absoluut. 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). 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; EHRM 10 juli 2014, Mugenzi/Frankrijk, § 43). De Verdragsstaten hebben het recht, op grond van een vaststaand beginsel van internationaal recht, behoudens hun verdragsverplichtingen, met inbegrip van het EVRM, de toegang, het verblijf en de verwijdering van nietonderdanen te controleren (EHRM 26 juni 2012, Kurić en a./Slovenië (GK), § 355; zie ook EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 100). De Staat is aldus gemachtigd om de voorwaarden voor de binnenkomst, het verblijf en de verwijdering van niet-onderdanen vast te leggen.

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.

Of daarvan daadwerkelijk sprake is, moet onderzocht worden in het licht van de vraag of de vreemdeling voor de eerste keer om toelating tot binnenkomst en/of verblijf heeft verzocht, dan wel of het gaat om een weigering van een voortgezet verblijf.

In casu betreft het een situatie eerste toelating.

Hierbij oordeelt het EHRM dat er geen toetsing geschiedt aan de hand van het tweede lid van artikel 8 van het EVRM, maar moet eerder onderzocht worden of er een positieve verplichting is voor de Staat om de betrokken vreemdeling op zijn grondgebied te laten komen of verblijven zodat hij zijn recht op eerbiediging van het privé- en/of familie- en gezinsleven aldaar kan handhaven en ontwikkelen (EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 63; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 38; EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 105). Dit geschiedt aan de hand van de 'fair balance'-toets waarbij wordt nagegaan of de staat een redelijke afweging heeft gemaakt tussen de concurrerende belangen van de het individu, enerzijds, en de samenleving, anderzijds. Staten beschikken bij deze belangenafweging over een zekere beoordelingsmarge. De omvang van de positieve verplichting is 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).

Hoewel artikel 8 van het EVRM geen uitdrukkelijk procedurele waarborgen bevat, stelt het EHRM dat de besluitvormingsprocedure die leidt tot maatregelen die een inmenging uitmaken op het privé- en gezinsleven, billijk moet verlopen en op passende wijze rekening moet houden met de belangen die door artikel 8 van het EVRM worden gevrijwaard. Deze procedurele vuistregel is volgens het EHRM tevens van toepassing op situaties waar sprake is van een eerste toelating tot verblijf (EHRM 10 juli 2014, Mugenzi/Frankrijk, § 46; EHRM 10 juli 2014, Tanda-Muzinga/Frankrijk, § 68). 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, § 62).

De Raad stelt vast dat noch uit de bestreden beslissing, noch uit het administratief dossier blijkt dat afdoende rekening werd gehouden met de specifieke omstandigheden waarin de verzoekende partij en haar kinderen zich bevinden, terwijl de verwerende partij hiervan nochtans op de hoogte was.

Indien minderjarige kinderen van de vreemdeling betrokken zijn, zoals in voorliggende zaak het geval is, dan moet het hoger belang van deze kinderen in overweging worden genomen (EHRM 16 december 2014, Chbihi Loudoudi en a./België, § 131; zie ook EHRM 10 juli 2014, Tanda-Muzinga/Frankrijk, § 67). In dit verband wijst de Raad er voorts op dat uit de lezing van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet blijkt dat bij een verwijderingsmaatregel moet rekening gehouden worden met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokkenen.

Het belang van het kind heeft een primordiaal maar daarom nog geen absoluut karakter. Bij de afweging van de verschillende op het spel staande belangen, neemt het belang van het kind een bijzondere plaats in de belangenafweging, vereist onder artikel 8 van het EVRM, in. Die bijzondere plaats maakt het evenwel niet onmogelijk om eveneens rekening te houden met andere belangen (GwH 17 oktober 2013, nr. 139/2013, B. 6.2.).

Het belang van het kind vormt de eerste overweging in de belangenafweging. Hoewel het hoger belang van het kind op zichzelf niet beslissend is, moet hieraan wel een belangrijk gewicht worden toegekend in de belangenafweging vereist onder artikel 8 van het EVRM (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 109).

Het beginsel van het belang van het kind omvat twee aspecten, met name enerzijds het behouden van eenheid van het gezin en anderzijds het welzijn van het kind (EHRM 6 juli 2010, nr. 41615/07, Neulinger en Shuruk v. Zwitserland (GK), par. 135-136).

Bijgevolg dient er bijzondere aandacht te worden besteed aan de ernst van de moeilijkheden waarmee de kinderen bij verwijdering worden geconfronteerd in het land van herkomst. Relevant voor dit onderzoek zijn de omstandigheden van de betrokken kinderen, zoals de leeftijd van de minderjarige kinderen, de omvang en hechtheid van hun culturele, sociale en linguïstische banden met zowel het land van herkomst als het gastland, de duur van hun verblijf in het gastland en de mate waarin zij afhankelijk zijn van hun ouders. Een fundamentele kwestie is de vraag of de betrokken kinderen een leeftijd hebben waarop zij zich nog aan een andere omgeving kunnen aanpassen (aanpassingsvermogen).

Uit de motieven van de bestreden beslissing blijkt niet dat de verwerende partij rekening heeft gehouden met het hoger belang van de kinderen van de verzoekende partij. Een loutere vermelding dat geen schending van artikel 8 van het EVRM kan worden ingeroepen nu zij illegaal in het Rijk verblijven en het hele gezin België dient te verlaten, zodat zij in het land van herkomst samen een nieuwe toekomst kunnen opbouwen, kan niet worden aanvaard als een zorgvuldige belangenafweging waarin bijzondere aandacht wordt geschonken aan de belangen van de minderjarige kinderen. De Raad herhaalt dat het belang van het kind niet enkel het behouden van de eenheid van het gezin omvat – waaromtrent werd gemotiveerd – maar eveneens impliceert dat het welzijn van de kinderen in rekening dient te worden gebracht. Dit blijkt allerminst.

Zo wijst de verzoekende partij erop dat zij in het kader van haar aanvraag om machtiging tot verblijf van meer dan drie maanden op grond van artikel 9bis van de vreemdelingenwet van 30 september 2014 – zij stelt verkeerdelijk 30 november 2017 maar vergelijking van het citaat uit de aanvraag in het verzoekschrift met de aanvraag van 30 september 2014 uit het administratief dossier leert dat het om laatstgenoemde aanvraag gaat, hetgeen nog wordt bevestigd doordat de verzoekende partij wijst op de beslissing van 20 november 2015 waarbij de aanvraag van 30 september 2014 zonder voorwerp wordt verklaard, hetgeen steun vindt in het administratief dossier – verschillende elementen aanhaalde die erop wezen dat haar gezinsleven en het hoger belang van haar kinderen dreigen te worden miskend. Er wordt onder meer gewezen op hun jonge leeftijd, hun gebrek aan banden met een ander land, het feit dat zij hun leven in België hebben opgebouwd en hier schoollopen, hun verleden waarin ze te maken kregen met familiaal geweld – reden waarom zij zijn gevlucht en geen contact meer hebben met hun vader -, het feit dat zij in België werden vastgehouden, verschillende keren van school dienden te veranderen en in verschillende centra hebben verbleven, het feit dat zij van Roma afkomst zijn, en dat zij nood hebben aan een stabiele en veilige omgeving. Deze elementen vinden steun in het administratief dossier. Zo blijkt uit het administratief dossier dat het verzoek tot erkenning van staatloosheid van het gezin lopende is. Er werden pogingen ondernomen om hen het land uit te zetten en zij werden hiertoe verschillende keren vastgehouden met het oog op verwijdering, maar geen enkel aangeschreven land beschouwt hen als onderdaan, waardoor geen reisdocumenten of een laissez passer konden worden afgeleverd en zij telkens terug in vrijheid werden gesteld. Zowel Servië, Kroatië als Macedonië verklaren na een identificatieprocedure dat de gezinsleden niet de respectievelijke nationaliteit van het land hebben. De kinderen werden geplaatst terwijl de moeder haar gevangenisstraf in België uitzat. Zij hebben in België schoolgelopen en uit het dossier blijkt niet dat zij hier nu niet meer naar school gaan.

Het feit dat het administratief dossier deze stukken bevat duidt erop dat de verwerende partij op de hoogte was van de specifieke situatie van de kinderen van de verzoekende partij. Reeds op 28 juli 2014 werd overigens per brief door een adviseur van de Fédération Wallonie-Bruxelles aan het hoofd van de Dienst Vreemdelingenzaken de vraag gesteld naar de relevantie van het onderbrengen van het gezin in een centrum met het oog op terugkeer terwijl geen enkel land bereid is hen te ontvangen, wijzend op het hoger belang van de kinderen, die recht hebben op en nood aan stabiliteit en scholing.

De aanvraag om machtiging tot verblijf in toepassing van artikel 9bis van de vreemdelingenwet van 30 september 2014 werd op 20 november 2015 door de verwerende partij zonder voorwerp verklaard omdat de verzoekende partij het voorwerp uitmaakt van een inreisverbod van 8 jaar van 10 januari 2013. Hierbij werd geen onderzoek gevoerd naar de aangevoerde elementen in de 9bis aanvraag,

waaronder het hoger belang van de kinderen. In zoverre de verwerende partij van oordeel is dat deze elementen reeds werden beoordeeld, kan zij dus niet worden gevolgd. Overigens blijkt uit de synthesenota die de verwerende partij opmaakte naar aanleiding van de aanvraag van 30 september 2014 en die zich in het administratief dossier bevindt dat op deze fiche niks werd ingevuld op de plaats specifiek op dit formulier voorzien voor het onderzoek in het kader van de elementen genoemd in artikel 74/13 van de vreemdelingenwet, waaronder het hoger belang van het kind en het gezinsleven.

Noch uit de bestreden beslissing, noch uit het administratief dossier blijkt dat de impact van de bestreden beslissing op de kinderen werd onderzocht, terwijl niet ter discussie staat dat de verzoekende partij met haar kinderen - spijs de recente identificatieonderzoeken gevoerd door de verwerende partij - niet kan terugkeren naar Servië, Kroatië of Macedonië en niet duidelijk is naar waar zij zich met haar minderjarige kinderen dient te begeven.

De Raad kan in casu niet vaststellen dat de verwerende partij is overgegaan tot een zorgvuldige beoordeling en belangenafweging, zoals zij behoorde te doen in het licht van artikel 8 van het EVRM, gelet op de drie minderjarige kinderen van de verzoekende partij waarvan de verwerende partij op de hoogte was. Zoals hoger reeds aangegeven heeft de Raad niet de bevoegdheid om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. Bijgevolg kan de Raad niet zelf de belangenafweging doorvoeren (RvS 26 januari 2016, nr. 233.637; RvS 26 juni 2014, nr. 227.900).

In de nota met opmerkingen wordt niet betwist dat de verzoekende partij drie minderjarige kinderen heeft. Echter kan de Raad enkel vaststellen dat in de bestreden beslissing geen enkele melding van de belangen van de kinderen wordt gemaakt, laat staan een zorgvuldige belangenafweging. Dit blijkt evenmin uit het administratief dossier. Voor zover de verwerende partij dus een belangenafweging maakt in haar nota met opmerkingen, dient erop gewezen te worden dat een a posteriori-motivering in de nota met opmerkingen van de verwerende partij geen onregelmatigheid in de bestreden beslissing vermag te herstellen.

Een schending van artikel 8 van het EVRM en van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet wordt aannemelijk gemaakt. Deze schending leidt tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Aangezien de eventuele gegrondheid van de overige onderdelen van het middel en middelen niet tot een ruimere vernietiging kan leiden, dienen deze niet te worden onderzocht (RvS 18 december 1990, nr. 36.050; RvS 24 oktober 2002, nr. 111.881).

5. Korte debatten

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

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

De beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 12 juni 2017 tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten wordt vernietigd.

Artikel 2

De vordering tot schorsing is zonder voorwerp.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op dertien juni tweeduizend achttien door:

mevr. J. CAMU,

kamervoorzitter,

mevr. C. VAN DEN WYNGAERT,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

C. VAN DEN WYNGAERT

J. CAMU