

## Arrest

nr. 208 179 van 23 augustus 2018  
in de zaak RvV X / II

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat G. VRINTS  
Hoge Warande 10 A  
2390 MALLE

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 Marokkaanse nationaliteit te zijn, op 11 december 2017 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging en de nietigverklaring te vorderen van de beslissingen van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 17 oktober 2017 tot onontvankelijkheid van een aanvraag voor een toelating tot verblijf (bijlage 15quater) en tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13).

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

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gezien het arrest nr. 203 474 van 3 mei 2018.

Gelet op de beschikking van 29 mei 2018, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 19 juni 2018.

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. CAMU.

Gehoord de opmerkingen van advocaat E. VAN CAMP, die loco advocaat G. VRINTS verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat M. DUBOIS, die loco advocaat E. MATTERNE verschijnt voor de verwerende partij.

### WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

#### 1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

Op 17 november 2016 dient de verzoekende partij, die verklaart van Marokkaanse nationaliteit te zijn, via een aangetekend schrijven bij de gemeente Putte een aanvraag in voor een toelating tot verblijf in toepassing van de artikelen 10 en 12bis, §1, tweede 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) met het oog op gezinshereniging met haar Egyptische echtgenoot, die een onbeperkt verblijfsrecht geniet in België.

Op 17 oktober 2017, met kennisgeving op 25 oktober 2017, verklaart de gemachtigde van de bevoegde staatssecretaris deze aanvraag onontvankelijk (bijlage 15quater). Dit is de eerste bestreden beslissing, waarvan de motieven luiden als volgt:

*“Met het oog op artikel 12bis, §4, eerste lid van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en artikel 26/1, §2, tweede lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen is de aanvraag voor een toelating tot verblijf, ingediend op 17.11.2016 via aangetekend schrijven bij de gemeente Putte in toepassing van de artikelen 10, 12bis, §1, tweede lid van de wet van 15 december betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, door:*

*Naam: L. (...)*

*Voorna(a)m(en): N. (...)*

*Nationaliteit: Marokko*

*Geboortedatum: (...).1983*

*Geboorteplaats: Taza*

*Identificatienummer in het Rijksregister: (...)*

*Verblijvende: (...).*

*om de volgende reden onontvankelijk:*

*Betrokkene wijst op de volgende omstandigheden: Betrokkene verblijft sinds een aantal jaren in België, vroeg nooit een verblijfsvergunning aan en doet heden een aanvraag aangezien zij zonder geldige documenten België was binnengekomen. Betrokkene knoopte begin 2015 een relatie aan met de genaamde C.H. (...), van Egyptische nationaliteit (RR. (...)). Betrokkene kende deze persoon reeds sedert jaren. De heer C. (...) beschikt over legaal verblijf, is werkzaam als restaurantuitbater en bood betrokkene onderdak in het appartement dat boven zijn restaurant gelegen is. Op 05.12.2016 werd een gezamenlijk kind geboren L.A. (...), de vader kon het kind niet erkennen volgens zijn nationaal recht aangezien dit kind niet binnen een huwelijk geboren werd. Op 18.08.2016 trad betrokkene in het huwelijk en op 23.08.2016 werd het kind erkend en de naam aangepast naar C.A. (...).*

*Verzoekster vraagt de machtiging aan in België omdat zij omwille van haar kind dat nog geen 9 maanden oud is niet naar haar geboorteland kan afreizen en zij dit kind niet in België wenst achter te laten. Omwille van zijn professionele bezigheden is de vader van dit jonge kind niet in staat de dagelijkse zorg voor dit kind op zich te nemen en is het in het belang van het kind dat verzoekster bij haar kind kan blijven en de permanente zorg erover niet wordt onderbroken.*

*Het feit dat betrokkene een gezin vormt met haar echtgenoot en kind wijst erop dat betrokkene daadwerkelijk een gezinsleven heeft en onderhoudt op het Belgisch grondgebied, wat hier niet in vraag wordt getrokken. Het feit dat verzoekster zich hier heeft gevestigd, is een situatie die zij zelf heeft gecreëerd. Betrokkene heeft nagelaten op reguliere wijze een visumaanvraag in te dienen en is bijgevolg volledig verantwoordelijk voor de gevolgen van haar keuze. Het is totaal onduidelijk op welke manier en op welk tijdstip betrokkene het grondgebied bereikte vanaf het Afrikaanse continent.*

*Het feit dat betrokkene zonder de nodige binnenkomstdocumenten België binnenkwam en vervolgens een tijdlang illegaal onder de radar verdween, vormt alvast geenszins een buitengewone omstandigheid die heden de aanvraag vanuit België zou kunnen rechtvaardigen. Er wordt gevraagd dat zij via een reguliere weg de gezinshereniging aanvraagt, met name via een visum. Dat deze aanvraag desgevallend een tijdelijke scheiding zou betekenen wordt hier niet ontkend, het vormt echter op zich geen buitengewone omstandigheid die de aanvraag vanuit België kan rechtvaardigen. Andere onderdanen van Marokko slagen erin deze procedure te volgen. Ook zij worden geconfronteerd met dezelfde problemen als betrokkene, namelijk de kosten, een zekere wachttijd mogelijks een omweg, en de organisatie van een desgevallend achterblijvend gezinsleven in België.*

*Dit geeft betrokkenen niet de mogelijkheid de bepalingen van de vreemdelingenwet naast zich neer te leggen en om beroep te doen op gelijk welk recht van verblijf dan ook. Het feit dat er een zekere behandelingsperiode is, en de bovengenoemde mogelijke tijdelijke scheiding van de gezinsleden in België, geeft aan betrokkene ipso facto geen recht op verblijf. (Raad van State, arrest nr. 89.980 van 02/10/2000)*

*Het staat betrokkene vrij zich desgevallend te laten vergezellen door haar gezinsleden. Het argument dat de echtgenoot niet kan reizen wegens zijn job vormt geen buitengewone omstandigheid die haar verhindert om tijdelijk terug te keren. Indien betrokkene ervoor opteert om zonder echtgenoot en kind te reizen kan de eerste beroep op derden / organisaties om de opvang te verzekeren en kan hij zijn restaurant blijven uitbaten.*

*Het argument dat het kindje nog maar 9 maanden oud is en te jong is om te reizen is niet langer relevant gelet dat het kind inmiddels bijna de leeftijd van 2 jaar bereikt heeft. Ook andere onderdanen van Marokko dienen zich in regel te stellen met de bestaande wetgeving; het is aan betrokkene en aan haar gezinsleden om te beslissen of zij meereizen en hoe zij dit organiseren. De huidige beslissing weigert aan betrokkene enig verblijfsrecht te ontnemen maar haar gezinsleden zijn verblijfsgerechtigd en worden geenszins verplicht om met betrokkene mee te reizen, dit betreft haar vrije keuze. De echtgenoot is in het bezit van een verblijfsrecht van onbepaalde duur / B-kaart thans geldig tot 12.02.2022 en het zoontje is in het bezit van identiteitsbewijs voor kinderen.*

*Het feit dat betrokkene haar kind niet wenst achter te laten is begrijpbaar; mogelijk zal betrokkene zodoende samen met haar kindje reizen. Zoals eerder aangehaald heeft betrokkene het gezinsleven gesticht tijdens illegaal verblijf, terwijl zij zich uitgerekend hierop beroept – in combinatie met het argument dat de echtgenoot werkt- om geen visum te moeten aanvragen in het land van herkomst. Deze redenering is de zaken op zijn kop zetten, uit illegaal verblijf kunnen geen rechten geput worden die de machtiging tot verblijf vanuit België zou moeten rechtvaardigen. Het stichten van een gezin doet zich niet zomaar en plots voor op basis van een geen overmacht of buitengewone omstandigheid in de zin van art 12 bis van de wet van 15.12.1980 maar een rationele keuze dewelke verloopt over een zekere tijdsspanne. Betrokkene was zich terdege bewust van haar illegale precaire situatie tijdens het uitbouwen van haar gezinsleven, en dient er zich van bewust van te zijn dat dit geen verblijfsrechtelijke gevolgen heeft.*

*Een tijdelijke scheiding (desgevallend) betreft een proportionele maatregel die conform is met de gangbare internationale mensenrechtenverdragen. Op basis van de bepalingen van art. 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) kan worden gesteld dat de terugkeer naar het land van herkomst om aldaar een machtiging aan te vragen niet in disproportionaliteit staat ten aanzien van het recht op een gezins- of privéleven.*

*De verplichting om terug te keren naar het land van herkomst betekent geen breuk van de familiale relaties maar enkel een eventuele tijdelijke verwijdering van het grondgebied wat geen ernstig en moeilijk te herstellen nadeel met zich meebrengt. In zijn arrest dd. 27.05.2009 stelt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen het volgende: “De Raad wijst er verder op dat artikel 8 van het EVRM niet als een vrijgeleide kan beschouwd worden dat verzoekster zou toelaten de bepalingen van de Vreemdelingenwet naast zich neer te leggen. Overeenkomstig de vaste rechtspraak van de Raad van State dient bovendien te worden benadrukt dat een tijdelijke scheiding om zich in regel te stellen met de immigratiewetgeving niet kan beschouwd worden als een schending van artikel 8 van het EVRM (RvS 22 februari 1993, nr. 42.039; RvS 20 juli 1994, nr. 48.653; RvS 13 december 2005, nr. 152.639)”*

*Verder stelt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in zijn arrest met nummer 157 399 dd. 30.11.2015 het volgende: “De Raad dient op te merken dat hij zich bij de beoordeling van een grief betreffende artikel 8 EVRM houdt aan de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).(…) De omvang van de positieve verplichtingen die op de overheid rusten is evenwel afhankelijk van de precieze omstandigheden die eigen zijn aan elke individuele zaak. Wanneer het recht op een gezinsleven wordt ingeroepen in het kader van een betwisting over de verblijfswetgeving dient nog te worden geduwd dat de positieve verplichtingen van de overheid begrensd zijn. Een Staat heeft immers het recht om de toegang tot het grondgebied te controleren. Inzake immigratie heeft het EHRM er bij diverse aangelegenheden aan herinnerd dat het EVRM als dusdanig geen enkel recht voor een vreemdeling waarborgt om het grondgebied van een Staat waarvan zij geen onderdaan is binnen te komen of er te blijven. (EHRM 15 juli 2003, Mokrani/Frankrijk §23EHRM 26 maart 1992 Bloed/Franrijk ,§74 EHRM 18 februari 1991 Moustaqim /België§43) Artikel 8 van het EVRM kan evenmin zo geïnterpreteerd worden dat het voor een Staat de algemene verplichting inhoudt om de door de vreemdelingen gemaakte keuze van de staat van verblijf te respecteren en om de gezinshereniging op zijn grondgebied toe te staan (EHRM 31 januari 2006,Rodrigues Da Silva en Hoogkamer /Nederland §39). Betrokkene toont niet aan hoe in haar geval artikel 8 van het EVRM geschonden zou worden, en de aanvraag via gijkte wijze in te dienen problematisch zou zijn.*

*Betrokkene is 34 jaar oud waarvan zij meer dan 30 jaar in haar land van herkomst leefde. Het is ondenkbaar dat zij daar geen familie –en vriendenkring heeft die een tijdelijke terugkeer (nogmaals : al dan niet in het gezelschap van haar gezinsleden) kan vergemakkelijken.*

*Er werden tenslotte geen medische elementen weerhouden die een tijdelijke terugkeer van betrokkene naar het land van herkomst belemmeren.*

*Niet alle voorwaarden werden nagekeken. Deze beslissing belet de dienst Vreemdelingenzaken niet om bij de indiening van een nieuwe verblijfsaanvraag de andere voorwaarden na te gaan of over te gaan tot een onderzoek of analyse die zij nodig acht.”*

Eveneens op 17 oktober 2017, met kennisgeving op 25 oktober 2017, wordt aan de verzoekende partij een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13) uitgereikt. Dit is de tweede bestreden beslissing, waarvan de motieven luiden als volgt:

*“De mevrouw, die verklaart te heten*

*Naam: L. (...)*

*Voornaam: N. (...)*

*Geboortedatum: (...).1983*

*Geboorteplaats: Taza / Marokko*

*Nationaliteit: Marokkaanse*

*wordt het bevel gegeven het grondgebied van België te verlaten, evenals het grondgebied van de staten die het Schengenacquis ten volle toepassen\*2)-tenzij zij beschikt over de documenten die vereist zijn om zich er naar toe te begeven, binnen 30 dagen na de kennisgeving/uiteindelijk op 25/10/2017.*

#### **REDEN VAN DE BESLISSING**

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

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

*In zijn arrest dd. 27/05/2009 stelt de Raad voor Vreemdelingbetwistingen het volgende: "De Raad wijst er verder op dat artikel 8 van het EVRM niet als een vrijgeleide kan beschouwd worden dat verzoekster zou toelaten de bepalingen van de vreemdelingenwet naast zich neer te leggen."*

*Wat de vermeende schending van art. 8 EVRM betreft kan worden gesteld dat de terugkeer naar het land van herkomst om aldaar een machtiging aan te vragen niet in disproportionaliteit staat ten aanzien van het recht op een gezins- of privéleven.*

*De aanwezigheid van een echtgenoot / kind op het Belgisch grondgebied geeft niet automatisch recht op verblijf. De verwijdering van betrokkene betreft slechts een tijdelijke verwijdering om zich in het bezit te stellen van de nodige binnenkomstdocumenten.”*

#### **2. Over de rechtspleging**

Waar de verzoekende partij in het beschikkend gedeelte van haar verzoekschrift vraagt “kosten als naar recht” en 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. Onderzoek van het beroep**

3.1. In een enig middel voert de verzoekende partij onder meer de schending aan van de motiveringsplicht en 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).

Zij betoogt:

“12.

*Indien de gemachtigde ambtenaar in zijn besluitvorming geen rekening houdt met alle familiale elementen waarvan hij kennis had; komt hij tekort aan zijn verplichting tot uitdrukkelijke motivering ten aanzien van artikel 74/13 en 62 vreemdelingenwet en artikel 8 EVRM, die verplichten rekening te houden met het hoger belang van het kind en het gezins- en familieleven bij beslissingen die een scheiding tussen ouders en kinderen tot gevolg kunnen hebben (Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, 3<sup>de</sup> kamer, nr. 92.552, 30 november 2012, Rev.Dr.Etr., 2012, afl. 170.605)*

*De Raad moet uit de bewoordingen van de bestreden beslissing kunnen uitmaken of de gemachtigde daarbij – in overeenstemming met artikel 12bis, §7 van de vreemdelingenwet, zoals Handvest- en artikel 8 EVRM - in het bijzonder aandacht heeft gehad voor het betrokken kind en zijn particuliere belangen. Het feit op zich dat een tijdelijke scheiding het gezinsleven niet ernstig verstoort, betreft op zich geen aanwijzing dat de gemachtigde ambtenaar in zijn beoordeling of er al dan niet buitengewone omstandigheden zijn op concrete wijze terdege de belangen van het betrokken kind in overweging genomen. De gemachtigde ambtenaar beschikt weliswaar over een ruime beoordelingsmarge, maar deze marge impliceert eveneens een meer nauwgezette motiveringsplicht, die des te meer geldt in het licht van artikel 12bis, § 7 van de vreemdelingenwet - bepaling die moet worden uitgelegd in het licht van de gezinsherenigingsrichtlijn en de rechtspraak van het Hof van Justitie - en de billijke belangenafweging vereist onder artikel 8 EVRM. De Raad kan niet zelf tot deze beoordeling of belangenafweging overgaan zonder zich in de plaats van het bestuur te stellen (Raad Vreemdelingenbetwistingennr.148.742, 29 juli 2015, T. Vreemd., 2016, afl.I, 81).*

*De motivering van de bestreden beslissing moet de Raad toelaten te begrijpen waarom de gemachtigde ambtenaar concludeerde dat de verplichtingen die verzoekster heeft ten aanzien van haar kinderen niet kunnen beschouwd worden als een buitengewone omstandigheid in de zin van artikel 12bis, §1, tweede lid, 3<sup>o</sup> Vreemdelingenwet en waarom hij oordeelde dat verzoekster niet dienstig kon verwijzen naar bescherming die geboden wordt door artikel 8 EVRM. (Raad voor Vreemdelingenbetwistingen nr. 96.544, 4 februari 2013, T. Vreemd., 2014, afl.2.219)*

*Uit de motivering blijkt niet dat afdoende rekening werd gehouden met de belangen van het minderjarige kind, meer bepaald met de nadelige gevolgen die het nog zeer jonge kind door de langdurige verwijdering van het grondgebied van verzoekster dreigt te ondervinden.*

*Uit de motivering blijkt ook niet afdoende dat het kind zonder noemenswaardige problemen met verzoekster zou kunnen meereizen en dat het kind ook niet afdoende in Marokko zou kunnen worden opgevangen. De stelling van de gemachtigde ambtenaar dat het ondenkbaar zou zijn dat verzoekster in Marokko geen vrienden- of familiekring zou hebben opgebouwd, bij wie zij met het kind zou kunnen worden opgevangen, betreft een loutere veronderstelling.*

*Het feit dat het kind intussen al bijna twee jaar oud is, betekent niet dat de tijdelijke verwijdering van verzoekster van het grondgebied geen nefaste gevolgen kan hebben voor het kind van verzoekster, ook al zou het kind, tegen de wil van de vader, kunnen meenemen.*

*Het is in de gegeven omstandigheden niet redelijk om verzoekster te verplichten het grondgebied te verlaten. Het hoger belang dat hiermee wordt nagestreeft staat niet in evenredigheid met het nadeel dat het kind van verzoekster door deze beslissing dreigt te ondervinden.”*

3.2. De verwerende partij antwoordt hierop het volgende in haar nota met opmerkingen:

*“Verzoekster haalt in het enige middel de schending aan van de artikelen 62 en 74/13 van de Vreemdelingenwet, van artikel 8 EVRM en van het redelijkheidsbeginsel.*

*Zij betoogt dat niet afdoende rekening gehouden werd met de belangen van het minderjarig kind, dat nadelige gevolgen dreigt te ondervinden door de langdurige verwijdering van het grondgebied. Er zou ook niet zijn nagegaan welke organisaties of derden het kind in België zou kunnen opvangen indien zij het hier moet achterlaten. Idem voor Marokko.*

*Verwerende partij heeft de eer te antwoorden dat verzoekster zich beperkt tot een louter ongestaafd betoog.*

*In de bijlage 15quater wordt omtrent artikel 8 EVRM als volgt gemotiveerd:*

*“Het feit dat betrokkene een gezin vormt met haar echtgenoot en kind wijst erop dat betrokkene daadwerkelijk een gezinsleven heeft en onderhoudt op het Belgisch grondgebied wat hier niet in vraag wordt getrokken. Het feit dat verzoekster zich hier heeft gevestigd, is een situatie die zij zelf heeft gecreëerd. Betrokkene heeft nagelaten op reguliere wijze een visumaanvraag in te dienen en is bijgevolg volledig verantwoordelijk voor de gevolgen van haar keuze. Het is totaal onduidelijk op welke manier en op welk tijdstip betrokkene het grondgebied bereikte vanaf het Afrikaanse continent.”*

*Dit wordt niet door verzoekster betwist. Zij betwist evenmin op het grondgebied te verblijven zonder de bij artikel 2 van de Vreemdelingenwet vereiste documenten, met name een geldig visum.*

*De gestelde problematiek betreft de toepassing van de Wet van 15 december 1980. Artikel 8 EVRM, heeft niet tot doelstelling de nationale regelgevingen teniet te doen.*

*Ter ondersteuning wenst verwerende partij te verwijzen naar het arrest GÜL t/ Zwitserland (arrest 19 februari 1996 ( 1996) 22 EHRR 228)*

*“The present case concerns not only family life but also immigration and the extent of a State's obligation to admit to its territory relatives of settled immigrant will vary according to the particular circumstances of the persons involved and the general interest. As a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, a State has the rights to control the entry of non-nationals into his territory. Moreover, where immigration is concerned, article 8 cannot be considered to impose on a State a general obligation to respect the choice by married couples to the country of their matrimonial residence and to authorise family reunion in its territory.” ( § 38)*

*Bovendien is het zo dat verzoekster niet regelmatig verblijft, zodat zij principieel geen rechten kan doen gelden die aan regelmatig verblijf zijn verbonden. Het onvoorwaardelijk verbinden van de uitoefening van een recht op privé- en gezinsleven aan een recht op verblijf, zou ook leiden tot een ongeoorloofde omzeiling van de in het Rijk geldende wettelijke bepalingen.*

*De procedure kan via de geëigende weg ingeleid worden.*

*Het EHRM heeft bovendien verduidelijk dat het bij de vraag of er daadwerkelijk sprake is van een inmenging in het privé- en/of familie- en gezinsleven 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 EVRM. In dit geval moet er volgen het EHRM onderzocht worden of er een positieve verplichting is voor de Staat om het recht op privé- en/of gezinsleven te handhaven en te ontwikkelen (EHRM, 28 november 1996, Ahmut v. United Kingdom, § 63; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer v. The Netherlands, § 36) dit geschiedt aan de hand van een fair balance-toets. Als na deze toets uit de belangenafweging blijkt dat er een positieve verplichting voor de staat is, dan is er een schending van artikel 8 EVRM. (EHRM, 17 oktober 1986, Rees v. United Kingdom, § 37). Gaat het om een weigering van voortgezet verblijf, dan is er een inmenging en dient het tweede lid van artikel 8 EVRM in overweging te worden genomen. De thans bestreden beslissing heeft niet tot gevolg dat aan de betrokkene enig verblijfsrecht ontnomen wordt. Verzoekster verblijft immers reeds lange tijd illegaal in het land.*

*Zij toont ook niet aan dat zij enkel in België een gezinsleven kan hebben en dat het niet mogelijk zou zijn om een gezinsleven te ontwikkelen en verder te zetten in haar land van herkomst of elders.*

*Een schending van artikel 8 EVRM wordt niet aangetoond.*

*Het komt verder niet aan de gemachtigde toe om te onderzoeken waar en hoe het kind in België of in Marokko zou kunnen opgevangen worden gedurende de behandelingsperiode van de aanvraag gezinshereniging.*

*Uit de bewoordingen van de bestreden beslissing blijkt dat verwerende partij rekening heeft gehouden met verzoeksters familiale situatie.*

*Het enige middel is niet ernstig.”*

3.3. De verzoekende partij ontwikkelt inhoudelijke argumenten tegen de bestreden beslissing en voert aldus – onder meer - de schending aan van de materiële motiveringsplicht. Bij de beoordeling van de materiële motivering behoort het niet tot de bevoegdheid van de Raad zijn beoordeling in de plaats te stellen van deze van de administratieve overheid. De Raad is in de uitoefening van zijn wettelijk toezicht enkel bevoegd na te gaan of deze overheid bij de beoordeling is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet in onredelijkheid tot haar besluit is gekomen.

De aanvraag om toelating tot verblijf werd ingediend in toepassing van de artikelen 10 en 12bis van de vreemdelingenwet.

Artikel 10, § 1, eerste lid, 4°, van de vreemdelingenwet luidt als volgt:

*“Onder voorbehoud van de bepalingen van artikelen 9 en 12, zijn van rechtswege toegelaten om meer dan drie maanden in het Rijk te verblijven:*

*[...]*

*4° de volgende familieleden van een vreemdeling die sedert minimaal twaalf maanden toegelaten of gemachtigd is tot een verblijf van onbepaalde duur in het Rijk of sedert minimaal twaalf maanden gemachtigd is om er zich te vestigen. Die termijn van twaalf maanden vervalt indien de echtelijke band*

*of het geregistreerde partnerschap reeds bestond voor de vreemdeling die vervoegd wordt, in het Rijk aankwam of indien zij een gemeenschappelijk minderjarig kind hebben, of indien het familieleden betreft van een vreemdeling die erkend is als vluchteling of die de subsidiaire bescherming geniet:*

*– de buitenlandse echtgenoot of de vreemdeling waarmee een geregistreerd partnerschap gesloten werd dat als gelijkwaardig beschouwd wordt met het huwelijk in België, die met hem komt samenleven, op voorwaarde dat beiden ouder zijn dan eenentwintig jaar. Deze minimumleeftijd wordt echter teruggebracht tot achttien jaar wanneer, naargelang het geval, de echtelijke band of dit geregistreerd partnerschap, reeds bestond vóór de vreemdeling die vervoegd wordt, in het Rijk aankwam;[...]*

Artikel 12bis, § 1, eerste lid en tweede lid, 3°, van de vreemdelingenwet bepaalt verder:

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

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

*[...]*

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

*[...].*

Op grond van artikel 10 van de vreemdelingenwet is de echtgenoot van een derdelander met een onbeperkt verblijf van rechtswege toegelaten om meer dan drie maanden in het Rijk te verblijven, mits hij evenwel voldoet aan bepaalde voorwaarden. Artikel 12bis, § 1, eerste lid van de vreemdelingenwet voorziet verder dat de vreemdeling die zich in één van de in artikel 10 van de vreemdelingenwet voorziene gevallen bevindt, in beginsel zijn aanvraag in principe moet indienen bij de Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger die bevoegd is voor zijn woonplaats of zijn verblijfsplaats in het buitenland. Hierop zijn enkele uitzonderingen voorzien, waaronder de situatie waarin de aanvrager zich bevindt in buitengewone omstandigheden die hem verhinderen terug te keren naar zijn land van herkomst om aldaar het vereiste visum te vragen en hij alle vereiste bewijzen overmaakt, zoals wordt gesteld in artikel 12bis, § 1, tweede lid, 3°, van de vreemdelingenwet.

In voorliggende zaak werd de aanvraag om toelating tot verblijf onontvankelijk verklaard, wat betekent dat de buitengewone omstandigheden die de verzoekende partij heeft ingeroepen om te verantwoorden waarom zij geen aanvraag vanuit haar land van herkomst kan indienen, niet werden aanvaard of bewezen.

De verzoekende partij betwist deze beoordeling en stelt dat bij het nemen van de bestreden beslissing geen bijzondere aandacht werd besteed aan de belangen van haar minderjarig kind, geboren op 5 februari 2016, terwijl dit uitdrukkelijk wordt voorgeschreven door artikel 12bis, § 7, van de vreemdelingenwet. Zij stelt dat het feit dat de verwerende partij oordeelt dat een tijdelijke scheiding het gezinsleven niet ernstig verstoord op zich geen aanwijzing betreft dat bij de beoordeling of er al dan niet buitengewone omstandigheden zijn op concrete wijze terdege de belangen van haar kind in overweging werden genomen. De verzoekende partij wijst op de zeer nadelige gevolgen die haar nog zeer jonge kind door haar verwijdering dreigt te ondervinden en stelt dat de verwerende partij niet concreet heeft aangegeven door welke derden of organisaties het kind in België zou kunnen worden opgevangen wanneer zij het hier zou moeten achterlaten. Er zou niet afdoende onderzocht zijn of de belangen van het kind door de scheiding niet in het gedrang zouden kunnen komen. Daarnaast wijst de verzoekende partij erop dat niet afdoende is onderzocht of het kind zonder noemenswaardige problemen met haar zou kunnen meereizen en of het in Marokko afdoende zou kunnen worden opgevangen. Zij merkt ook op dat het tegen de wil van de vader, haar echtgenoot, is dat zij het kind zou meenemen.

Vooraleer te onderzoeken of er voldoende grond is om een toelating tot verblijf toe te kennen dient de verwerende partij na te gaan of de verzoekende partij aanvaardbare buitengewone omstandigheden heeft ingeroepen. De appreciatie van de feitelijke gegevens ter beoordeling van zulke buitengewone omstandigheden is in de eerste plaats een zaak van de overheid. De Raad moet enkel nagaan of de overheid deze beoordeling op in rechte en in feite aanneembare redenen heeft gesteund en de grenzen van de redelijkheid niet heeft overschreden.

Wat buitengewone omstandigheden zijn in de zin van artikel 12bis, § 1, tweede lid, 3°, van de vreemdelingenwet wordt niet gedefinieerd in de vreemdelingenwet.

Aanwijzingen over de invulling en de beoordeling van zulke buitengewone omstandigheden, met name in het licht van het belang van het kind, kunnen worden teruggevonden in het Unierecht. De Raad is in het kader van de beginselen van voorrang en volle werking van het Unierecht, er toe gehouden om nationale bepalingen en regelingen conform het Unierecht uit te leggen. De Raad dient nationale bepalingen of regelingen niet enkel uit te leggen op basis van relevante secundair Unierecht (d.i. richtlijnconform) maar er ook op toe te zien dat deze uitlegging niet in conflict komt met de Unierechtelijke beschermde grondrechten of andere algemene beginselen van Unierecht. Kortom, nationale bepalingen of regelingen, in zoverre zij onder de werkings sfeer van het Unierecht vallen, moeten ook Handvestconform worden uitgelegd. (HvJ 5 oktober 2004, zaak C-397/01 tot C-403/01, *Pfeiffer*, pt. 114; HvJ 23 april 2009, zaak C-378/07 tot C-380/07, *Angelidaki e.a.*, pt. 197-198, HvJ 19 januari 2010, zaak C-555/07, *Kücükdeveci*, pt. 48; HvJ 13 november 1990, zaak C-106/89, *Marleasing*, pt. 8.). De Raad dient tevens, als gevolg van de in artikel 4, lid 3 VEU neergelegde samenwerkingsplicht en het loyaliteitsbeginsel, rekening houden met de uniforme interpretatie die het Hof van Justitie reeds aan bepalingen van het Unierecht heeft gegeven. De rechtspraak van het Hof van Justitie vormt overigens, naast het primair en secundair Unierecht, eveneens een bron van Unierecht. De uitlegging die het Hof krachtens de hem bij artikel 267 VWEU verleende bevoegdheid geeft aan een regel van Unierecht, verklaart en preciseert, voorzover dat nodig is, de betekenis en strekking van dat voorschrift zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast (HvJ 13 januari 2004, C-453/00, *Kühne en Heitz*, par. 21).

Artikel 12bis, § 1, tweede lid, 3° van de vreemdelingenwet vormt de omzetting naar Belgisch recht van artikel 5 van de Richtlijn 2003/86/EG van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging (hierna: Richtlijn 2003/86/EG) dat betrekking heeft op de indiening en de behandeling van het verzoek tot toegang en verblijf in het kader van het recht op gezinshereniging.

Artikel 5, lid 3 van richtlijn 2003/86/EG bepaalt:

*“Het verzoek wordt ingediend en behandeld wanneer de gezinsleden verblijven buiten het grondgebied van de lidstaat van verblijf van de gezinshereniger.  
In afwijking hiervan kan een lidstaat in passende gevallen aanvaarden dat een verzoek wordt ingediend wanneer de gezinsleden zich reeds op zijn grondgebied bevinden.”*

Artikel 12bis, § 7, van de vreemdelingenwet dat stipuleert dat *“In het kader van het onderzoek van de aanvraag wordt terdege rekening gehouden met het hoger belang van het kind”* vormt meer precies de omzetting naar Belgisch recht van artikel 5, § 5, van de Richtlijn 2003/86/EG. Artikel 5, § 5 van richtlijn 2003/86/EG bepaalt: *“Bij de behandeling van het verzoek zorgen de lidstaten ervoor dat terdege rekening wordt gehouden met de belangen van minderjarige kinderen .”*

Ten deze moet worden gewezen op de rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaak C-540/03 (*Parlement v. Raad*) van 27 juni 2006, waar wordt gesteld:

*“52 Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat het recht op eerbiediging van het gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM deel uitmaakt van de grondrechten die volgens vaste rechtspraak van het Hof in de communautaire rechtsorde worden beschermd (reeds aangehaalde arresten Carpenter, punt 41, en Akrich, punten 58 en 59). Dit recht om samen te leven met zijn naaste verwanten brengt voor de lidstaten verplichtingen mee die negatief kunnen zijn, wanneer één van de lidstaten een persoon niet mag uitzetten, of positief, wanneer hij verplicht is een persoon toe te laten op zijn grondgebied en er te laten verblijven.*

*53 Zo heeft het Hof geoordeeld dat ook al waarborgt het EVRM het recht van een buitenlander om een bepaald land binnen te komen of er te verblijven niet als een grondrecht, het uitsluiten van een persoon uit een land waar zijn naaste verwanten wonen, een inmenging kan zijn in het recht op eerbiediging van het gezinsleven zoals dit wordt beschermd door artikel 8, lid 1, EVRM (reeds aangehaalde arresten Carpenter, punt 42, en Akrich, punt 59)*

*54 Zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft geoordeeld in § 31 van zijn arrest Sen v. Nederland van 21 december 2001, kan voorts „artikel 8 [EVRM] positieve verplichtingen meebrengen die inherent zijn aan een daadwerkelijke ‚eerbiediging‘ van het gezinsleven. De op dergelijke verplichtingen toepasselijke beginselen zijn vergelijkbaar met die welke gelden voor negatieve verplichtingen. In beide gevallen moet rekening worden gehouden met het juiste evenwicht dat tot stand*



moet worden gebracht tussen de concurrerende belangen van het individu en de samenleving in haar geheel; in beide gevallen beschikt de staat over een bepaalde beoordelingsmarge (arresten *Gül* [v. Zwitserland van 19 februari 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-I], blz. 174, § 38, en *Ahmut* [v. Nederland van 28 november 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-VI, blz. 2030], § 63)”.  
55 In § 36 van het reeds aangehaalde arrest *Sen v. Nederland* heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens als volgt herinnerd aan de ter zake van gezinshereniging toepasselijke beginselen, zoals die in § 38 van voormeld arrest *Gül v. Zwitserland* en in § 67 van voormeld arrest *Ahmut v. Nederland* zijn geformuleerd:

„a) De omvang van de verplichting van een staat om verwanten van immigranten op zijn grondgebied toe te laten, is afhankelijk van de situatie van de belanghebbenden en het algemeen belang.

b) Krachtens een vast volkenrechtelijk beginsel hebben de staten, onverminderd hun verdragsverplichtingen, het recht om de toegang van niet-onderdanen tot hun grondgebied te controleren.

c) Wat immigratie betreft, kan artikel 8 niet aldus worden uitgelegd dat het voor een staat de algemene verplichting omvat om de keuze van getrouwde koppels met betrekking tot hun gemeenschappelijke woonplaats te eerbiedigen en de gezinshereniging op zijn grondgebied toe te staan.”

56 Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft verduidelijkt dat het bij zijn analyse rekening houdt met de leeftijd van de betrokken kinderen, hun situatie in het land van herkomst en de mate waarin zij van verwanten afhankelijk zijn (arrest *Sen v. Nederland*, reeds aangehaald, § 37; zie ook arrest *Rodrigues da Silva v. Nederland* van 31 januari 2006, § 39).

57 Het Verdrag inzake de rechten van het kind erkent eveneens het beginsel van de eerbiediging van het gezinsleven. Het verdrag is gebaseerd op de in de zesde overweging ervan tot uitdrukking gebrachte erkenning dat het kind voor de harmonische ontplooiing van zijn persoonlijkheid dient op te groeien in een gezinsomgeving. Artikel 9, lid 1, van dit verdrag bepaalt aldus dat de staten die partij zijn, waarborgen dat een kind niet wordt gescheiden van zijn ouders tegen hun wil, en overeenkomstig artikel 10, lid 1, volgt uit deze verplichting dat aanvragen van een kind of van zijn ouders om een staat die partij is, voor gezinshereniging binnen te gaan of te verlaten, door de staten die partij zijn met welwillendheid, menselijkheid en spoed worden behandeld.

58 Ook het Handvest erkent in artikel 7 het recht op eerbiediging van het privé-leven en het familie- en gezinsleven. Deze bepaling moet worden gelezen in samenhang met de verplichting van artikel 24, lid 2, van het Handvest om rekening te houden met de belangen van het kind, en met inachtneming van de in artikel 24, lid 3, tot uitdrukking gebrachte noodzaak dat een kind regelmatig persoonlijke betrekkingen met zijn beide ouders onderhoudt.

59 Deze verschillende teksten leggen de nadruk op het belang van het gezinsleven voor het kind en bevelen de staten aan om rekening te houden met de belangen van het kind, maar scheppen geen subjectief recht voor de leden van een gezin om tot het grondgebied van een staat te worden toegelaten en mogen niet aldus worden uitgelegd dat zij de staten een zekere beoordelingsmarge zouden ontzeggen bij het onderzoek van verzoeken om gezinshereniging.”

Voorts is het van belang om te wijzen op het arrest van het Hof van Justitie van 6 december 2012 in de gevoegde zaken C-356/11 en C-357/11, waarin het volgende wordt overwogen:

“78. De lidstaten moeten immers niet alleen hun nationale recht conform het Unierecht uitleggen, maar er ook op toezien dat zij zich niet baseren op een uitlegging van een tekst van afgeleid recht die in conflict zou komen met de door de rechtsorde van de Unie beschermde grondrechten (zie arresten *Parlement/Raad*, punt 105, en *Detiček*, punt 34).

79 Het is juist dat de artikelen 7 en 24 van het Handvest, die de nadruk leggen op het belang van het gezinsleven voor het kind, niet aldus mogen worden uitgelegd dat zij de lidstaten de beoordelingsmarge zouden ontzeggen bij het onderzoek van verzoeken om gezinshereniging (zie in die zin arrest *Parlement/Raad*, punt 59).

80 Bij een dergelijk onderzoek en met name bij de bepaling of de voorwaarden van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/86 zijn vervuld, moeten de bepalingen van deze richtlijn echter tegen de achtergrond van de artikelen 7 en 24, leden 2 en 3, van het Handvest worden uitgelegd en toegepast, zoals overigens blijkt uit de bewoordingen van punt 2 van de considerans en artikel 5, lid 5, van deze richtlijn, op grond waarvan de lidstaten de betrokken verzoeken om gezinshereniging moeten onderzoeken in het belang van de betrokken kinderen en teneinde het gezinsleven te begunstigen.

86. Het is aan de bevoegde nationale autoriteiten, bij de tenuitvoerlegging van richtlijn 2003/86 en bij het onderzoek van de verzoeken om gezinshereniging, een evenwichtige en redelijke beoordeling van alle in het geding zijnde belangen te maken en daarbij in het bijzonder rekening te houden met de belangen van de betrokken kinderen.”

In de richtsnoeren voor de toepassing van Richtlijn 2003/86/EG (COM (2014) 210 final van 3 april 2014) stelt de Commissie dat: *“Overeenkomstig artikel 5, lid 3, tweede alinea, en overweging 7, kunnen de lidstaten, in passende gevallen, afwijken van de algemene regel van de eerste alinea en de richtlijn toepassen in situaties waar de eenheid van het gezin kan worden behouden vanaf het begin van het verblijf van de gezinshereniger. Daarom kunnen de lidstaten, in passende gevallen, aanvaarden dat een verzoeken wordt ingediend wanneer de gezinsleden zich al op hun grondgebied bevinden. De lidstaten hebben een ruime beoordelingsmarge bij het bepalen van de gepastheid van de omstandigheden.”* De Commissie verduidelijkt daarbij dat lidstaten bijvoorbeeld afwijking kunnen overwegen in het geval van pasgeborenen, onderdanen van derde landen die geen visum nodig hebben, een situatie waarin een afwijking het beste wordt geacht voor de belangen van minderjarige kinderen, een relatie die is ontstaan voor binnenkomst en waarbij de partners gedurende een aanzienlijke periode hebben samengewoond, humanitaire redenen, etc. Deze voorbeelden zijn niet exhaustief en hangen altijd af van het individuele geval, aldus de Commissie. Hierbij stipt de Raad aan dat deze richtsnoeren niet bindend zijn maar wel gezaghebbend.

Uit het een en ander volgt dat, zonder afbreuk te doen aan hun beoordelingsmarge, Lidstaten gehouden zijn om verzoeken om gezinshereniging te onderzoeken *in* het belang van betrokken kinderen en dit teneinde het gezinsleven te begunstigen. Lidstaten dienen bij de tenuitvoerlegging van richtlijn 2003/86/EG - inclusief de vraag of er sprake is van een passend geval (d.i. een buitengewone omstandigheid) waar een verzoek tot gezinshereniging op het grondgebied kan worden ingediend - een *“evenwichtige en redelijke beoordeling te maken van alle in het geding zijnde belangen”* en *“daarbij in het bijzonder rekening te houden met belangen van de betrokken kinderen”*.

Tenslotte wijst de Raad nog op de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) inzake artikel 8 EVRM, waarvan de verzoekende partij de schending eveneens aanvoert. Artikel 8 EVRM omvat zowel negatieve als positieve verplichtingen voor Staten. Wanneer een vreemdeling nooit een niet-precair verblijfsrecht heeft gehad in België, zoals in voorliggende zaak, moet worden onderzocht of er een positieve verplichting is voor de staat om het recht op gezinsleven te handhaven en te ontwikkelen (EHRM 28 november 1996, Ahmut v. Nederland, § 63; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer v. Nederland, § 38). Dit geschiedt aan de hand van de ‘fair balance’-toets waarbij wordt nagegaan of de staat een billijke afweging heeft gemaakt tussen de concurrerende belangen van het individu, enerzijds, en de samenleving, anderzijds. Staten beschikken bij deze belangenafweging over een zekere beoordelingsmarge. De omvang van de positieve verplichtingen die op de staat rusten is afhankelijk van de precieze omstandigheden die eigen zijn aan het voorliggend individueel geval. Staten gaan hun beoordelingsmarge te buiten wanneer zij falen een billijke belangenafweging te maken, wat aanleiding geeft tot een schending van artikel 8, eerste lid van het EVRM (EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, Nuñez v. Noorwegen, par. 84). RvV 168 646 - Pagina 14

Wat immigratie betreft, oordeelt het EHRM 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) noch houdt artikel 8 EVRM een algemene verplichting in 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. In die zin stelt het EHRM dat Staten het recht hebben om van vreemdelingen die een verblijfsrecht of verblijfsmachtiging wensen op hun grondgebied, te vereisen dat zij een passende aanvraag indienen in het buitenland. Staten hebben geen verplichting om vreemdelingen het resultaat van de behandeling van hun aanvraag op hun grondgebied te laten afwachten (EHRM, 9 oktober 2012, nr. 33917/12, Djokaba Lambi Longa vs. Nederland, par. 81; en EHRM, 3 oktober 2014, nr. 12738/10, Jeunesse vs. Nederland, par. 101).

Een andere belangrijke overweging is of het gezinsleven zich heeft ontwikkeld in een tijd waarin de betrokken personen bewust waren dat de verblijfsstatus van een van hen er toe leidt dat het voortbestaan van het gezins- en privéleven in het gastland vanaf het begin precair is. Waar dit het geval is, zal er enkel in zeer uitzonderlijke omstandigheden sprake zijn van een schending van artikel 8 EVRM

(EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, Nuñez v. Noorwegen, par. 70; EHRM 4 december 2012, nr. 47017/09, par. 70).

Evenwel, waar kinderen betrokken zijn, moeten deze elementen van migratiecontrole worden afgewogen tegen het belang van het kind. Het belang van het kind vormt een essentiële overweging die moet worden meegenomen in de belangenafweging vereist onder artikel 8 van het EVRM. Hoewel het belang van het kind op zich niet beslissend is, moet aan dit belang een zeker gewicht worden toegekend. Dit betekent dat nationale overheden, in beginsel, aandacht moeten besteden aan elementen met betrekking tot de uitvoerbaarheid, haalbaarheid, proportionaliteit van een verblijfs- en of verwijderingsmaatregel die wordt getroffen ten aanzien van een ouder en deze moeten beoordelen in het licht van het belang van de betrokken kinderen (EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, *Nuñez v. Noorwegen*, par. 78; EHRM 30 juli 2013, nr. 33169/10, *Polidario v. Zwitserland*; EHRM 30 juli 2013, nr. 948/12, *Berisha v. Zwitserland*, par. 51 met verwijzing naar EHRM, Grote Kamer, 6 juli 2010, nr. 41615/07, *Neulinger en Shuruk v. Zwitserland*, par. 135-136; EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, *Paposhvili v. België*, par. 144; EHRM 8 juli 2013, nr. 3910/13, *M.P.E.V. v. Zwitserland*; EHRM 24 juli 2014, nr. 32504/11, *Kaplan e.a. v. Noorwegen*; EHRM, 3 oktober 2014, nr. 12738/10, *Jeunesse vs. Nederland*, par. 109).

De aanvraag om toelating tot verblijf werd onontvankelijk verklaard, daar de verwerende partij besluit dat de verzoekende partij niet is getroffen door buitengewone en onvoorziene omstandigheden om een visumaanvraag in Marokko in te dienen. Zij motiveert dit besluit als volgt:

*(...)*

*Het feit dat betrokkene een gezin vormt met haar echtgenoot en kind wijst erop dat betrokkene daadwerkelijk een gezinsleven heeft en onderhoudt op het Belgisch grondgebied, wat hier niet in vraag wordt getrokken. Het feit dat verzoekster zich hier heeft gevestigd, is een situatie die zij zelf heeft gecreëerd. Betrokkene heeft nagelaten op reguliere wijze een visumaanvraag in te dienen en is bijgevolg volledig verantwoordelijk voor de gevolgen van haar keuze. Het is totaal onduidelijk op welke manier en op welk tijdstip betrokkene het grondgebied bereikte vanaf het Afrikaanse continent.*

*Het feit dat betrokkene zonder de nodige binnenkomstdocumenten België binnenkwam en vervolgens een tijdlang illegaal onder de radar verdween, vormt alvast geenszins een buitengewone omstandigheid die heden de aanvraag vanuit België zou kunnen rechtvaardigen. Er wordt gevraagd dat zij via een reguliere weg de gezinshereniging aanvraagt, met name via een visum. Dat deze aanvraag desgevallend een tijdelijke scheiding zou betekenen wordt hier niet ontkend, het vormt echter op zich geen buitengewone omstandigheid die de aanvraag vanuit België kan rechtvaardigen. Andere onderdanen van Marokko slagen erin deze procedure te volgen. Ook zij worden geconfronteerd met dezelfde problemen als betrokkene, namelijk de kosten, een zekere wachttijd mogelijks een omweg, en de organisatie van een desgevallend achterblijvend gezinsleven in België.*

*Dit geeft betrokkenen niet de mogelijkheid de bepalingen van de vreemdelingenwet naast zich neer te leggen en om beroep te doen op gelijk welk recht van verblijf dan ook. Het feit dat er een zekere behandelingsperiode is, en de bovengenoemde mogelijke tijdelijke scheiding van de gezinsleden in België, geeft aan betrokkene ipso facto geen recht op verblijf. (Raad van State, arrest nr. 89.980 van 02/10/2000)*

*Het staat betrokkene vrij zich desgevallend te laten vergezellen door haar gezinsleden. Het argument dat de echtgenoot niet kan reizen wegens zijn job vormt geen buitengewone omstandigheid die haar verhindert om tijdelijk terug te keren. Indien betrokkene ervoor opteert om zonder echtgenoot en kind te reizen kan de eerste beroep op derden / organisaties om de opvang te verzekeren en kan hij zijn restaurant blijven uitbaten.*

*Het argument dat het kindje nog maar 9 maanden oud is en te jong is om te reizen is niet langer relevant gelet dat het kind inmiddels bijna de leeftijd van 2 jaar bereikt heeft. Ook andere onderdanen van Marokko dienen zich in regel te stellen met de bestaande wetgeving; het is aan betrokkene en aan haar gezinsleden om te beslissen of zij meereizen en hoe zij dit organiseren. De huidige beslissing weigert aan betrokkene enig verblijfsrecht te ontnemen maar haar gezinsleden zijn verblijfsgerechtigd en worden geenszins verplicht om met betrokkene mee te reizen, dit betreft haar vrije keuze. De echtgenoot is in het bezit van een verblijfsrecht van onbepaalde duur / Bkaart thans geldig tot 12.02.2022 en het zoontje is in het bezit van identiteitsbewijs voor kinderen.*

*Het feit dat betrokkene haar kind niet wenst achter te laten is begrijpbaar; mogelijk zal betrokkene zodoende samen met haar kindje reizen. Zoals eerder aangehaald heeft betrokkene het gezinsleven gesticht tijdens illegaal verblijf, terwijl zij zich uitgerekend hierop beroept – in combinatie met het argument dat de echtgenoot werkt- om geen visum te moeten aanvragen in het land van herkomst. Deze redenering is de zaken op zijn kop zetten, uit illegaal verblijf kunnen geen rechten geput worden die de machtiging tot verblijf vanuit België zou moeten rechtvaardigen. Het stichten van een gezin doet zich niet zomaar en plots voor op basis van een geen overmacht of buitengewone omstandigheid in de zin van art 12 bis van de wet van 15.12.1980 maar een rationele keuze dewelke verloopt over een zekere tijdsspanne. Betrokkene was zich terdege bewust van haar illegale precaire situatie tijdens het uitbouwen van haar gezinsleven, en dient er zich van bewust van te zijn dat dit geen verblijfsrechtelijke gevolgen heeft.*

*Een tijdelijke scheiding (desgevallend) betreft een proportionele maatregel die conform is met de gangbare internationale mensenrechtenverdragen. Op basis van de bepalingen van art. 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) kan worden gesteld dat de terugkeer naar het land van herkomst om aldaar een machtiging aan te vragen niet in disproportionaliteit staat ten aanzien van het recht op een gezins- of privéleven.*

*De verplichting om terug te keren naar het land van herkomst betekent geen breuk van de familiale relaties maar enkel een eventuele tijdelijke verwijdering van het grondgebied wat geen ernstig en moeilijk te herstellen nadeel met zich meebrengt. In zijn arrest dd. 27.05.2009 stelt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen het volgende: “De Raad wijst er verder op dat artikel 8 van het EVRM niet als een vrijgeleide kan beschouwd worden dat verzoekster zou toelaten de bepalingen van de Vreemdelingenwet naast zich neer te leggen. Overeenkomstig de vaste rechtspraak van de Raad van State dient bovendien te worden benadrukt dat een tijdelijke scheiding om zich in regel te stellen met de immigratiewetgeving niet kan beschouwd worden als een schending van artikel 8 van het EVRM (RvS 22 februari 1993, nr. 42.039; RvS 20 juli 1994, nr. 48.653; RvS 13 december 2005, nr. 152.639)”*

*Verder stelt de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in zijn arrest met nummer 157 399 dd. 30.11.2015 het volgende: “De Raad dient op te merken dat hij zich bij de beoordeling van een grief betreffende artikel 8EVRM houdt aan de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).(…) De omvang van de positieve verplichtingen die op de overheid rusten is evenwel afhankelijk van de precieze omstandigheden die eigen zijn aan elke individuele zaak. Wanneer het recht op een gezinsleven wordt ingeroepen in het kader van een betwisting over de verblijfswetgeving dient nog te worden geduïd dat de positieve verplichtingen van de overheid begrensd zijn. Een Staat heeft immers het recht om de toegang tot het grondgebied te controleren. Inzake immigratie heeft het EHRM er bij diverse aangelegenheden aan herinnerd dat het EVRM als dusdanig geen enkel recht voor een vreemdeling waarborgt om het grondgebied van een Staat waarvan zij geen onderdaan is binnen te komen of er te blijven. (EHRM 15 juli 2003, Mokrani/Frankrijk §23EHRM 26 maart 1992 Bloed/Franrijk ,§74 EHRM 18 februari 1991 Moustaquim /België§43) Artikel 8 van het EVRM kan evenmin zo geïnterpreteerd worden dat het voor een Staat de algemene verplichting inhoudt om de door de vreemdelingen gemaakte keuze van de staat van verblijf te respecteren en om de gezinshereniging op zijn grondgebied toe te staan (EHRM 31 januari 2006,Rodrigues Da Silva en Hoogkamer /Nederland §39). Betrokkene toont niet aan hoe in haar geval artikel 8 van het EVRM geschonden zou worden, en de aanvraag via geijkte wijze in te dienen problematisch zou zijn.*

*Betrokkene is 34 jaar oud waarvan zij meer dan 30 jaar in haar land van herkomst leefde. Het is ondenkbaar dat zij daar geen familie –en vriendenkring heeft die een tijdelijke terugkeer (nogmaals : al dan niet in het gezelschap van haar gezinsleden) kan vergemakkelijken.  
(...)”*

Uit deze bewoordingen volgt dat de verwerende partij de vraag of de aanvraag in België kan worden ingediend negatief beantwoordt nadat zij op algemene wijze een belangenafweging heeft gemaakt in het licht van het gezinsleven van de verzoekende partij.

De Raad stelt vast dat, bij nazicht van het administratief dossier, dat de verwerende partij op de hoogte was van het bestaan van de minderjarige zoon van de verzoekende partij en de zeer jonge leeftijd van het kind. De verzoekende partij wees hierop in haar aanvraag voor een toelating tot verblijf.

De Raad kan uit de bewoordingen van de bestreden beslissing evenwel niet opmaken of de verwerende partij daarbij - in overeenstemming met artikel 12bis, § 7 van de vreemdelingenwet, zoals Handvest- en

richtlijnconform uitgelegd, en artikel 8 van het EVRM - in het bijzonder aandacht heeft gehad voor het betrokken kind en zijn particuliere belangen. Er is geen aanwijzing dat de verwerende partij in zijn oordeel dat er geen buitengewone omstandigheden zijn daar slechts sprake is van een tijdelijke scheiding die het gezinsleven niet ernstig verstoort, op concrete wijze terdege de belangen van het betrokken kind, dat eveneens wordt getroffen door de bestreden beslissing, op concrete wijze in overweging heeft genomen. Aldus blijkt niet dat de verwerende partij een beoordeling heeft gemaakt van alle in het geding zijnde belangen. Evenmin blijkt uit de stukken van het administratief dossier enige belangenafweging die aantoonde dat terdege rekening werd gehouden met de belangen van het betrokken minderjarig kind. Hierbij moet worden benadrukt dat de verwerende partij weliswaar over een ruime beoordelingsmarge beschikt, maar deze beoordelingsmarge impliceert, zoals de verzoekende partij in haar verzoekschrift terecht opmerkt, eveneens een meer nauwgezette motiveringsplicht, die des te meer geldt in het licht van artikel 12bis, § 7 van de vreemdelingenwet – bepaling die moet worden uitgelegd in het licht van de richtlijn 2003/86/EG en de rechtspraak van het Hof van Justitie – en de billijke belangenafweging vereist onder artikel 8 van het EVRM. De Raad kan niet zelf tot deze beoordeling of belangenafweging overgaan zonder zich in de plaats van het bestuur te stellen (cf. RvS 26 juni 2014, nr. 227.900).

De gedane belangenafweging in de bestreden beslissing in het licht van artikel 8 van het EVRM kan bezwaarlijk beschouwd worden als een concrete, evenwichtige en redelijke beoordeling van alle in het geding zijnde belangen, in het bijzonder de belangen van het betrokken kind versus de belangen van de Staat.

Dat de verwerende partij dan van oordeel is dat deze belangen gedekt zijn door de mogelijkheid om met de verzoekende partij mee te reizen – zonder hierbij deze mogelijkheid concreet te onderzoeken en zonder hierbij rekening te houden met het feit dat het kind op die manier van zijn in België verblijvende vader wordt gescheiden terwijl de eenheid van het gezin een belangrijke overweging diende te zijn – of door de mogelijkheid dat het kind in België wordt opgevangen door beroep te doen op “*derden/organisaties*” – zonder deze mogelijkheid te onderzoeken en in rekening te brengen dat het heel jonge kind op die manier van zijn moeder wordt gescheiden -, getuigt niet van een redelijke en evenwichtige beoordeling. Verder laat de verwerende partij na om uiteen te zetten waarom de belangen van de staat zouden moeten doorwegen op de belangen van een kind van minder dan twee jaar oud en meer bepaald waarom de belangen van de staat een tijdelijke scheiding vergen tussen de verzoekende partij en haar gezinsleden, hoewel het een heel jong kind betreft en hoewel het effectief beleefde huwelijks- en gezinsleven niet in vraag wordt gesteld. De Raad herinnert eraan dat de ruime beoordelingsmarge die de verwerende partij ontegensprekelijk heeft in deze eveneens een meer nauwgezette motiveringsplicht vereist, die des te meer geldt in het licht van artikel 12bis, § 7, van de vreemdelingenwet – bepaling die moet worden uitgelegd in het licht van de richtlijn 2003/86/EG en de rechtspraak van het Hof van Justitie – en de billijke belangenafweging vereist onder artikel 8 van het EVRM.

In haar nota ontwikkelt de verwerende partij geen enkele repliek met betrekking tot de aangevoerde schending van de motiveringsplicht in het licht van artikel 12bis, § 7, van de vreemdelingenwet en de verplichting die daaruit volgt om terdege rekening te houden met het belang van het betrokken kind. De verwerende partij betwist niet dat ze gehouden was om conform artikel 12bis, § 7, van de vreemdelingenwet terdege rekening te houden met het belang van het betrokken kind. De verwerende partij toont verder ook niet aan dat ze dit heeft gedaan of niet moest doen.

De verwerende partij wijst erop dat de verzoekende partij haar gezinsleven heeft ontwikkeld in illegaal verblijf en daaruit geen rechten kan putten. Zij gaat hierbij voorbij aan het feit dat de verzoekende partij een verzoek tot gezinshereniging indiende op basis van artikel 10 van de vreemdelingenwet, die de omzetting vormt van artikelen 4 en 7 van Richtlijn 2003/86/EG. Het Hof van Justitie oordeelde reeds in de zaak C-540/03 dat richtlijn 2003/86/EG verder gaat dan artikel 8 van het EVRM, aangezien artikel 4, lid 1, van de richtlijn precieze verplichtingen oplegt aan de lidstaten waaraan duidelijk omschreven subjectieve rechten beantwoorden. Daardoor zijn de lidstaten verplicht om, in de door de richtlijn vastgestelde gevallen, de gezinshereniging van de leden van het kerngezin van de gezinshereniger toe te staan zonder dat de lidstaten hier hun beoordelingsmarge kunnen uitoefenen en voor zover is voldaan aan de in artikel 7 van de richtlijn gestelde voorwaarden. Wat betreft de gezinsleden van de gezinshereniger, specificeert de richtlijn overigens dat het moet gaan om “*onderdanen van een derde land met ongeacht welke status*”. Artikel 10, § 1, 4°, voorziet dat een echtgenoot van een in België verblijfsgerechtigde derdelander, van rechtswege toegelaten is tot verblijf mits aan de gestelde verblijfsvoorwaarden is voldaan. Noch uit de richtlijn 2003/86/EG, noch uit de vreemdelingenwet volgt

dat het ontwikkelen van een gezinsleven tijdens legaal verblijf een voorwaarde is om een verblijfsrecht te bekomen. Daarenboven is dit betoog niet dienstig nu de bestreden beslissing zich (nog) niet uitsprekt uit over de vraag of de verzoekende partij in aanmerking komt voor een verblijfsrecht, maar wel over de vraag of de verzoekende partij haar verzoek tot gezinshereniging kan indienen in België.

Tenslotte kan de verwerende partij gelet op het voorgaande niet ernstig voorhouden dat het haar niet toekwam om de opvangmogelijkheden voor het kind mee in haar overwegingen te betrekken.

Uit het hierboven gestelde volgt dat niet blijkt dat de verwerende partij in de beoordeling van de aanvraag om toelating tot verblijf als onontvankelijk bij gebrek aan buitengewone omstandigheden, terdege rekening heeft gehouden met de belangen van het betrokken kind. Een schending van de materiële motiveringsplicht in het licht van artikel 12bis, § 7, van de vreemdelingenwet *juncto* artikel 8 EVRM wordt aangetoond. De nota van verwerende partij laat niet toe anders te besluiten.

Het middel is in de aangegeven mate gegrond. Deze vaststelling leidt tot de nietigverklaring van de eerste bestreden beslissing.

Aangezien de eventuele gegrondheid van de overige onderdelen van het middel niet tot een ruimere vernietiging kunnen leiden van de eerste bestreden beslissing, dienen deze niet te worden onderzocht (RvS 18 december 1990, nr. 36.050; RvS 24 oktober 2002, nr. 111.881).

3.4. Niettegenstaande het feit dat beide bestreden beslissingen formeel steun vinden in een andere bepaling uit de vreemdelingenwet, stelt de Raad vast, op basis van de feitelijke gegevens in het dossier, dat de verwerende partij het nuttig en noodzakelijk heeft geacht om over te gaan tot de afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten nadat werd beschikt over de door de verzoekende partij ingediende aanvraag voor een toelating van verblijf. Aldus heeft de vaststelling in de eerste bestreden beslissing dat er geen buitengewone omstandigheden zijn die de terugkeer naar Marokko verhinderen om daar bij de bevoegde Belgische diplomatieke post een visumaanvraag in te dienen, eveneens geleid tot het oordeel dat er geen hinderpalen zijn die zich verzetten tegen de afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten. De beoordeling van de aanvraag voor een toelating tot verblijf blijkt aldus bepalend te zijn geweest voor de beslissing tot afgifte van het bevel om het grondgebied te verlaten. Dit wordt bevestigd door het feit dat het bestreden bevel op dezelfde dag en door dezelfde attaché werd genomen en ondertekend als de eerste bestreden beslissing en dat de beslissingen ook op dezelfde dag aan de verzoekende partij werden ter kennis gebracht. Hieruit blijkt de verknochtheid tussen het bestreden bevel, dat de tweede bestreden beslissing uitmaakt, en de eerste bestreden beslissing waarbij de aanvraag onontvankelijk wordt verklaard.

Uit voorgaande bespreking volgt dat niet blijkt dat terdege rekening werd gehouden met de belangen van het betrokken kind bij het nemen van de eerste bestreden beslissing. Evenmin blijkt uit het bestreden bevel en het administratief dossier dat bij de afgifte van dit bevel rekening werd gehouden met het hoger belang van het kind, zoals nochtans vereist door artikel 74/13 van de vreemdelingenwet. Het bestreden bevel om het grondgebied te verlaten dient dan ook samen met de eerste bestreden beslissing te worden vernietigd.

#### 4. 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 beslissingen van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 17 oktober 2017 tot onontvankelijkheid van een aanvraag voor een toelating tot verblijf en tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten worden vernietigd.

**Artikel 2**

De vordering tot schorsing is zonder voorwerp.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op drieëntwintig augustus tweeduizend achttien door:

mevr. J. CAMU,

kamervoorzitter,

mevr. C. VAN DEN WYNGAERT,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

C. VAN DEN WYNGAERT

J. CAMU