

Arrest

nr. 216 491 van 7 februari 2019
in de zaak RvV X / IX

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat I. de VIRON
Wijnheuvelenstraat 41
1210 BRUSSEL

tegen:

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

DE WND. VOORZITTER VAN DE IXE KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Marokkaanse nationaliteit te zijn, op 29 september 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 14 september 2017 tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten. De beslissing werd dezelfde dag ter kennis gebracht.

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 22 oktober 2018, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 22 november 2018.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken A. MAES.

Gehoord de opmerkingen van advocaat H. GAMMAR, die loco advocaat I. de VIRON verschijnt voor verzoeker en van advocaat T. SCHREURS, die loco advocaat C. DECORDIER verschijnt voor verweerder.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

Op 14 september 2017 nam de gemachtigde de beslissing houdende een bevel om het grondgebied te verlaten.

Dit is de bestreden beslissing, waarvan de motivering luidt als volgt:

“Bevel om het grondgebied te verlaten

Aan de Heer,
naam: E. B. voornaam: M. geboortedatum: [...]1989 geboorteplaats: A.
nationaliteit: Marokko

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

binnen 30 dagen na de kennisgeving.

REDEN VAN DE BESUSSING:

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;

Betrokkene is in het bezit van een geldig paspoort maar niet van een geldig visum op het moment van zijn arrestatie.

Uit het administratief verslag blijkt dat betrokkene samenleeft met zijn toekomstige echtgenote. Hij verklaart dat hij verblijft onder hetzelfde dak als zijn partner.

Zijn intentie om te huwen geeft hem niet automatisch recht op verblijf. Hij kan naar zijn land terugkeren om een visa te krijgen.

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. In zijn arrest (nr. 27.844) 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." 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). '

Het feit dat betrokkene een kind heeft (E. B. I., °[...]2017), verhindert de tijdelijke terugkeer van de vader naar zijn land van oorsprong niet, om daar de nodige stappen te vervullen om zijn verblijf te regulariseren. Betrokkene kon de precaire situatie van zijn verblijf niet ontkennen."

2. Rechtspleging

Verzoeker legt ter zitting het vonnis voor van de familierechtbank, deel uitmakend van de rechtbank van eerste aanleg van Brussel van 6 september 2018 waarin de authenticiteit van de buitenlandse huwelijksakte van verzoeker en mevrouw O.E. wordt erkend.

Daarnaast heeft verzoeker eveneens naar aanleiding van het fixeren van de zaak op zitting bijkomende informatie aan de Raad overgemaakt, zijnde een schrijven dat de raadvrouw van verzoeker aan de gemachtigde heeft gericht van 7 november 2017, waarin zij erop wijst dat de vrouw van verzoeker zwanger is van een tweede kind waarvan de geboorte is gepland voor 22 april 2018. Zij voegde daarbij de volgende stukken:

- een zwangerschapscertificaat van ONE van 23 oktober 2017 waarin de voormelde vermoedelijke bevallingsdatum is voorzien en de arts ook bevestigt dat verzoeker aanwezig is bij elke consultatie en bij de echografieën. De arts bevestigt eveneens dat verzoeker ook bij de eerste zwangerschap en bevalling aanwezig was.

- Een attest van Mw. M.G. van 23 oktober 2017, zijnde de pedagogisch directrice van de VZW La cité joyeuse waarin zij onder meer bevestigt dat verzoeker regelmatig de zoon van zijn vrouw komt ophalen en terugbrengen tijdens het weekend.
- Een attest van ONE van 20 oktober 2017 waarin door M.C. wordt bevestigd dat verzoeker regelmatig zijn kind (° in april 2017) vergezeld bij de consultaties van het ONE
- Attest van de gemeenteschool van 20 oktober 2017 waarin de directrice bevestigt dat verzoeker zijn kind die in de derde kleuterklas zit dagelijks brengt en komt afhalen.

De Raad moet vaststellen dat deze stukken niet overgemaakt waren aan de gemachtigde op het moment van de bestreden beslissing en dat hij in het kader van zijn annulatiebevoegdheid gehouden is tot een ex tunc onderzoek, zodat met deze elementen geen rekening kan gehouden worden. Ten overvloede blijkt dat verzoeker deze ook niet in zijn pleidooi in het verzoekschrift heeft betrokken.

3. Onderzoek van het beroep

In het eerste middel voert verzoeker de schending aan van de artikelen 41, § 1 en 58 van de wet op het gebruik der talen van 18 juli 1966.

Hij licht dit middel toe als volgt:

"En ce que

L'acte attaqué est rédigé en langue néerlandaise, alors qu'il fait manifestement suite à l'audition du requérant par la police de Molenbeek qui lui a notifié un ordre de quitter le territoire suite à cette audition.

Dans ce pv d'audition, le requérant a clairement exprimé le souhait de faire choix du français comme langue de la procédure, information que connaissait la partie adverse puisqu'elle fait clairement allusion à cette procédure de mariage dans l'acte attaqué ;

En rédigeant l'acte en néerlandais, la partie adverse méconnaît la législation sur l'emploi des langues ;

L'acte rédigé en néerlandais doit être déclaré nul de nullité absolue en exécution de l'article 58 de la loi."

Verzoeker voert aan dat het bevel om het grondgebied te verlaten duidelijk volgt op het gehoor dat verzoeker gehad heeft door de politie van Molenbeek die hem de bestreden beslissing ook heeft ter kennis gebracht volgend op dat gehoor. Uit het PV van het gehoor blijkt dat verzoeker duidelijk de wil te kennen had gegeven dat hij het Frans verkiest als proceduretaal. Deze informatie was de gemachtigde gekend bij het nemen van de beslissing nu de beslissing duidelijk alludeert op de procedure inzake het huwelijk. Door het bevel in het Nederlands te nemen, heeft de gemachtigde volgens verzoeker de wetgeving op het gebruik der talen geschonden.

De Raad stelt vast dat ook al is de bestreden beslissing genomen kort nadat verzoeker door de politie werd gehoord in het kader van het onderzoek naar een schijnhuwelijk, de beslissing geen antwoord is op enigerlei aanvraag vanwege verzoeker. De bestreden beslissing betreft een bestuursmaatregel die ambtshalve werd genomen na controle of verzoeker voldeed aan de binnenkomst- en verblijfsvoorwaarden. De bestreden beslissing is derhalve geen antwoord op enige aanvraag vanwege verzoeker zoals verweerder terecht in de nota aanvoert. Artikel 41, § 1 van de wet van 18 juli 1966 is dan ook niet van toepassing (RvS 23 november 2009, nr. 198.142). Conform artikel 39, § 1 iuncto artikel 17, § 1, a iuncto b van de Taalwet Bestuurszaken dient de thans voorliggende zaak te worden behandeld in de taal van het taalgebied waar ze is gelokaliseerd. Verzoeker werd aangetroffen in het Brussel.

Artikel 39, § 1 van de Taalwet Bestuurszaken luidt als volgt:

"In hun binnendiensten en in hun betrekkingen met de gewestelijke en de plaatselijke diensten uit Brussel-Hoofdstad, gedragen de centrale diensten zich naar artikel 17, § 1, met dien verstande dat de taalrol bepalend is voor het behandelen van de zaken vermeld onder A, 5° en 6°, en B, 1° en 3°, van genoemde bepaling"

Artikel 17, § 1 van de Taalwet Bestuurszaken bepaalt vervolgens:

“(…) In zijn binnendiensten (…) gebruikt iedere plaatselijke dienst, die in Brussel-Hoofdstad gevestigd is, zonder een beroep op vertalers te doen, het Nederlands of het Frans, volgens navolgende onderscheid:

A. Indien de zaak gelocaliseerd of localiseerbaar is:

1° uitsluitend in het Nederlandse of het Franse taalgebied: de taal van dat gebied;

2° tegelijk in Brussel-Hoofdstad en in het Nederlandse of het Franse taalgebied: de taal van dat gebied;

3° tegelijk in het Nederlandse en in het Franse taalgebied: de taal van het gebied waar de zaak haar oorsprong vindt;

4° tegelijk in het Nederlandse en het Franse taalgebied en in Brussel-Hoofdstad, wanneer zij haar oorsprong vindt in een van de eerste twee gebieden: de taal van dat gebied;

5° tegelijk in het Nederlands en in het Franse taalgebied en in Brussel-Hoofdstad, wanneer zij haar oorsprong vindt in deze laatste: de hierna onder punt B voorgeschreven taal;

6° uitsluitend in Brussel-Hoofdstad de hierna onder B voorgeschreven taal;

B. Indien de zaak niet gelocaliseerd of niet localiseerbaar is en:

1° een ambtenaar van de dienst betreft: de taal van diens toelatingsexamen of bij ontstentenis van zulk examen de taal van de groep waartoe betrokkene behoort op grond van zijn hoofdtaal;

2° door een particulier is ingediend: de door deze gebruikte taal;

3° geen van de gevallen onder 1° en 2° zich voordoet: de taal van het toelatingsexamen van de ambtenaar aan wie de zaak wordt opgedragen. Indien de ambtenaar geen toelatingsexamen heeft afgelegd, gebruikt hij zijn hoofdtaal (…).”

Uit de samenlezing van deze bepalingen blijkt dat een zaak die in Brussel-Hoofdstad lokaliseerbaar is en genomen is door een ambtenaar van de Dienst Vreemdelingenzaken, moet genomen worden in de taal van het toelatingsexamen van deze ambtenaar of bij ontstentenis van zulk een examen in de taal van de groep waartoe de ambtenaar behoort op grond van zijn of haar hoofdtaal.

Er wordt niet betwist dat attaché D.V.D. een ambtenaar van de Dienst Vreemdelingenzaken is die het Nederlands heeft als hoofdtaal of in het Nederlands haar toelatingsexamen heeft afgelegd.

Bijgevolg is geen schending van de artikelen 41, § 1 of 58 van de wet op het gebruik der talen van 18 juli 1966 aangetoond.

Het eerste middel is ongegrond.

In het tweede middel voert verzoeker de schending aan van de artikelen 7, 62 en 74/13 van de Vreemdelingenwet, van de artikelen 3 en 12 van het Internationaal verdrag voor de rechten van het kind (hierna: Kinderrechtenverdrag), van artikel 8 van 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), van het algemeen beginsel van het hoger belang van het kind en van de artikelen 7 en 24 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest).

Hij licht het tweede middel toe als volgt:

« En ce que l'acte attaqué considère que le fait que l'intéressé a une fille I. E. B. née le [...] 2017 n'empêche pas un retour temporaire du père dans son pays d'origine en vue de régulariser son séjour.

Or, il est prévu à l'article 7 et 8 de la Convention Internationale des droits de l'enfant que l'enfant a le droit d'être élevé par ses parents et grandir avec eux et à l'article 9 de la convention que les parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré à moins que les autorités compétentes ne décident sous réserve de révision judiciaire conformément à la loi et procédure applicables cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant ;

Que les termes de cette convention sont suffisamment précis et ont un effet direct en droit interne ;

Qu'il a été ainsi rappelé dans l'observation n° 14 rédigée par le comité des droits de l'enfant que la Convention internationale des droits de l'enfant est d'application directe, que le contenu des droits énoncés dans la convention s'impose aux Etats membres et que sur base de ce contenu il incombe aux Etats membres de mettre tout en œuvre pour veiller à ce que cette convention soit respectée et indiquer la manière dont ils ont pris en considération cet intérêt de manière primordiale dans la décision qu'ils ont adoptée.

Or, dans l'acte attaqué, si la partie adverse tient compte du fait que les parties ont un enfant, elle n'indique pas dans sa décision la manière dont elle a pris en considération ses intérêts de manière primordiale au regard des articles 7 8 et 9 de la CIDE et notamment la manière dont elle estime que l'intérêt de l'enfant est rencontré au regard des dispositions précitées qui prévoient le droit pour un enfant d'être élevé par les deux parents sauf si son intérêt ne le justifie pas ;

Qu'en affirmant sans aucune considération précise sur la manière dont l'intérêt primordial a été pris en considération pour décider de notifier un ordre de quitter le territoire au requérant la partie adverse ne motive pas valablement sa décision au regard des normes précitées tel que le rappelle le Comité dans son observation n° 14 ;

De même, la CEDH a considéré que lorsqu'un Etat prend une mesure contre un parent en séjour illégal, il doit s'assurer que cette mesure n'est pas contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, ce principe général faisant partie intégrante de l'article 8 de la CEDH. Voir en ce sens l'Arrêt Polidario du 30 juillet 2013 et l'Arrêt Jeunesse contre Pays Bas du 3 octobre 2014.

En considérant qu'il n'y a pas de violation de l'article 8 dès l'instant où il s'agit d'une première demande de séjour, la partie adverse méconnaît la portée de cet article 8 au regard de la jurisprudence précitée puisque selon cette jurisprudence et selon les principes précités, il incombe à la partie adverse d'indiquer la manière dont il a pris en compte de manière primordiale l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'adoption de la décision et il lui incombe également de veiller à ne pas nuire à cet intérêt en ordonnant un retour temporaire du requérant dans son pays d'origine le séparant ainsi de manière inévitable de sa fille mineur d'âge ;

Dans ces conditions, l'ordre de quitter le territoire qui ne répond pas à l'obligation visée à l'article 74/13 lu à la lumière de l'article 8 de la CEDH et des articles 3,7, 8 et 9 de la Convention internationale des droits de l'enfant et du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant tel que visé aux articles 7 et 24 de la Charte, n'est pas valablement motivé et doit être annulé.

Deuxième branche,

En ce que le requérant estime qu'à partir du moment où la partie adverse doit avoir égard à la vie familiale du requérant et à l'intérêt supérieur de l'enfant, ces notions ne peuvent être prise en considération in abstracto, et il incombe à la partie adverse d'entendre préalablement le requérant sur l'effectivité des liens avec Imran et sa compagne, car la manière dont la vie familiale est organisée peut avoir une incidence sur la décision à adopter.

Qu'ainsi votre conseil a décidé, notamment par arrêt du 28/04/2017 n°186.313 : «4.4. En l'espèce, le Conseil observe que la décision attaquée est un ordre de quitter le territoire (annexe 13), pris unilatéralement par la partie défenderesse à l'encontre de la requérante. En termes de requête, la requérante fait notamment valoir qu'elle est la compagne d'un ressortissant néerlandais admis au séjour en Belgique avec lequel elle projette de se marier.

Elle explique que si elle avait été entendue par la partie défenderesse avant la prise de l'acte attaqué, elle aurait pu faire valoir des éléments qui auraient conduit à la prise d'une décision différente. Elle avance notamment, « les démarches en vue du mariage [qui] comprennent également la nécessité d'être auditionné dans le cadre d'une enquête du parquet ». A cet égard, l'acte attaqué motive que « Absence de déclaration d'intention de mariage en séjour régulier. Les démarches en vue mariage peuvent être faites malgré l'absence de l'intéressée sur Se (sic) territoire belge ». Toutefois, force est de constater que cette motivation ne peut être considérée comme suffisante, dans la mesure où les motifs susmentionnés ne semblent être qu'une position de principe de la partie défenderesse, uniquement déduite d'une « absence de déclaration d'intention de mariage en séjour régulier », sans aucune autre appréciation des éléments particuliers de la situation de la requérante. En effet, le Conseil observe qu'il ne ressort nullement des pièces figurant au dossier administratif que, dans le cadre de la CCE X -

Page 5 procédure ayant conduit à la prise de l'acte attaqué, la requérante a pu faire valoir les éléments invoqués en termes de requête, relatifs à sa vie privée et familiale dont la prise en compte aurait pu amener à ce que la procédure administrative en cause aboutisse à un résultat différent. » (voir également l'arrêt du 27/04/2017 n°186.093)"

In zijn eerste onderdeel gaat verzoeker in op het motief van de bestreden beslissing dat stelt dat het minderjarig kind geboren in 2017 geen tijdelijke terugkeer verhindert van haar vader naar zijn herkomstland om de nodige stappen te zetten het verblijf te regulariseren. Verzoeker steunt zich op de artikelen 7, 8 en 9 van het Kinderrechtenverdrag waarin staat dat een kind het recht heeft op een opvoeding door zijn ouders en dat het kind niet mag worden gescheiden van zijn ouders tegen zijn wil, tenzij die scheiding noodzakelijk is in het hoger belang van het kind. Volgens verzoeker zijn de voormelde bepalingen voldoende precies om een directe werking in intern recht te hebben. Hij verwijst daarbij naar het "general comment nr. 14" opgesteld door het Kinderrechtencomité van de Verenigde Naties van 29 mei 2013 waaruit zou blijken dat het Kinderrechtenverdrag directe werking heeft aangezien de erin bevatte bepalingen bindend zijn voor de lidstaten die alles in het werk moeten stellen om erover te waken dat het hoger belang van het kind de primordiale overweging is bij het nemen van beslissingen.

Verzoeker stelt dat uit de bestreden beslissing wel blijkt dat de gemachtigde op de hoogte is van het bestaan van het kind, toch niet kan blijken dat met de hogere belangen van dat kind is rekening gehouden en meer bepaald met het feit dat het kind het recht heeft door beide ouders opgevoed te worden tenzij zijn hoger belang zich hiertegen verzet. Door op geen enkele wijze te preciseren op welke wijze met het hoger belang van het kind is rekening gehouden, heeft de gemachtigde de beslissing niet conform de "general comment nr. 14" gemotiveerd.

De Raad kan verzoeker niet volgen in het betoog dat de artikelen 7, 8 en 9 van het Kinderrechtenverdrag directe werking hebben in de interne rechtsorde, noch dat uit het "general comment nr. 14" van het Kinderrechtencomité die directe werking van het verdrag zou blijken.

Artikel 7 van het Kinderrechtenverdrag luidt als volgt:

"Het kind wordt onmiddellijk na de geboorte ingeschreven en heeft vanaf de geboorte recht op een naam, het recht een nationaliteit te verwerven en, voor zover mogelijk, het recht zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd.

De Staten die partij zijn, waarborgen de verwezenlijking van deze rechten in overeenstemming met hun nationale recht en hun verplichtingen krachtens de desbetreffende internationale akten op dit gebied, in het bijzonder wanneer het kind anders staatloos zou zijn."

Artikel 8 van het Kinderrechtenverdrag luidt als volgt:

"8.1. De Staten die partij zijn, verbinden zich tot eerbiediging van het recht van het kind zijn of haar identiteit te behouden, met inbegrip van nationaliteit, naam en familiebetrekkingen zoals wettelijk erkend, zonder onrechtmatige inmenging.

8.2. Wanneer een kind op niet rechtmatige wijze wordt beroofd van enige of alle bestanddelen van zijn of haar identiteit, verlenen de Staten die partij zijn passende bijstand en bescherming, teneinde zijn identiteit snel te herstellen."

Artikel 9 van het Kinderrechtenverdrag luidt als volgt:

"9.1. De Staten die partij zijn, waarborgen dat een kind niet wordt gescheiden van zijn of haar ouders tegen hun wil, tenzij de bevoegde autoriteiten, onder voorbehoud van de mogelijkheid van rechterlijke toetsing, in overeenstemming met het toepasselijke recht en de toepasselijke procedures, beslissen dat deze scheiding noodzakelijk is het belang van het kind. Een dergelijke beslissing kan noodzakelijk zijn in een bepaald geval, zoals wanneer er sprake is van misbruik of verwaarlozing van het kind door de ouders, of wanneer de ouders gescheiden leven en er een beslissing moet worden genomen ten aanzien van de verblijfplaats van het kind.

9.2 In procedures ingevolge het eerste lid van dit artikel dienen alle betrokken partijen de gelegenheid te krijgen aan de procedures deel te nemen en hun standpunten naar voren te brengen.

9.3 De Staten die partij zijn, eerbiedigen het recht van het kind dat van een ouder of beide ouders is gescheiden, op regelmatige basis persoonlijke betrekkingen en rechtstreeks contact met beide ouders te onderhouden, tenzij dit in strijd is met het belang van het kind.

9.4 Indien een dergelijke scheiding voortvloeit uit een maatregel genomen door een Staat die partij is, zoals de inhechtenisneming, gevangenneming, verbanning, deportatie, of uit een maatregel het overlijden ten gevolge hebbend (met inbegrip van overlijden, door welke oorzaak ook, terwijl de betrokkene door de Staat in bewaring wordt gehouden) van één ouder of beide ouders of van het kind, verstrekt die Staat, op verzoek, aan de ouders, aan het kind of, indien van toepassing, aan een ander familielid van het kind de noodzakelijke inlichtingen over waar het afwezige lid van het gezin zich bevindt

of waar de afwezige leden van het gezin zich bevinden, tenzij het verstrekken van die inlichtingen het welzijn van het kind zou schaden. De Staten die partij zijn, waarborgen voorts dat het indienen van een dergelijk verzoek op zich geen nadelige gevolgen heeft voor de betrokkene(n)."

In de artikelen 7 en 9 wordt klaarblijkelijk verwezen naar de verwezenlijking van de rechten *"in overeenstemming met het toepasselijke recht en de toepasselijke procedures"* of *"in overeenstemming met het nationale recht."* Hieruit blijkt zeer duidelijk dat een omzetting in nationaal recht is vereist, zodat men zich niet rechtstreeks op die bepalingen kan beroepen. Ten overvloede blijkt dat artikel 9 van het Kinderrechtenverdrag niet op absolute wijze garandeert dat het kind niet van een ouder wordt gescheiden. Het artikel voorziet niet enkel dat dit kan in een situatie waarin dit in het belang van het kind zou zijn, maar ook dat in geval van maatregelen door de staat, zoals een verwijdering, die staat, op verzoek, aan de ouders, aan het kind of, indien van toepassing, aan een ander familielid van het kind de noodzakelijke inlichtingen moet verstrekken over waar het afwezige lid van het gezin zich bevindt of waar de afwezige leden van het gezin zich bevinden.

Wat betreft artikel 8 heeft dit betrekking op het recht op een identiteit en nationaliteit voor het kind. De Raad ziet niet in op welke wijze de bestreden beslissing dit recht zou kunnen in het gedrang brengen. Verzoeker licht dat ook niet toe.

Dat het Kinderrechtenverdrag in zijn geheel directe werking zou hebben, kan niet aangenomen worden. Ook al kan aangenomen worden dat de lidstaten bijvoorbeeld wat artikel 3 betreft alles in het werk moeten stellen om erover te waken dat het hoger belang van het kind de primordiale overweging is bij het nemen van beslissingen, dan nog blijkt uit de artikelen 42 tot 54 van het verdrag duidelijk dat het verdrag de lidstaten enkel verplicht iedere vijf jaar te rapporteren aan het Kinderrechtencomité van de Verenigde Naties over de situatie van de kinderrechten in hun land. Ook uit de "general comment nr. 14" waarin het Kinderrechtencomité verdere duiding geeft over het begrip "belang van het kind", waarnaar verzoeker verwijst, leest de Raad nergens dat zou worden gesteld dat bijvoorbeeld artikel 3 van het Kinderrechtenverdrag directe werking heeft. Integendeel, in deze "general comment" wordt juist wat de toepassing en implementatie van het verdrag betreft uitdrukkelijk verwezen naar artikel 4 van het verdrag dat stelt: *"De Staten die partij zijn, nemen alle passende wettelijke, bestuurlijke en andere maatregelen om de in dit Verdrag erkende rechten te verwezenlijken. Ten aanzien van economische, sociale en culturele rechten nemen de Staten die partij zijn deze maatregelen in de ruimste mate waarin de hun ter beschikking staande middelen dit toelaten en, indien nodig, in het kader van internationale samenwerking."* Hieruit blijkt duidelijk dat de lidstaten nog wettelijke, bestuurlijke en andere maatregelen moeten nemen om de in het verdrag erkende rechten te verwezenlijken, zodat bezwaarlijk kan aangenomen worden dat alle artikelen voldoende precies zijn om directe werking in de nationale rechtsorde te hebben. Ook de Raad van State stelt dat aan de bepalingen zoals artikel 3 van het Kinderrechtenverdrag een directe werking moet worden onzegd, zodat verzoeker de rechtstreekse schending van deze bepalingen niet dienstig kan inroepen (RvS 7 februari 1996, nr. 58.032; RvS 1 april 1997, nr. 65.754; RvS 21 oktober 1998, nr. 76.554; RvS 28 juni 2001, nr. 97.206).

Waar verzoeker ook nog formeel de schending aanvoert van artikel 12 van het Kinderrechtenverdrag, dat betrekking heeft op het recht van vrije meningsuiting van het kind, licht hij dit nergens in het middel concreet toe, zodat dit onderdeel van het tweede middel onontvankelijk is. Ten overvloede verwijst verzoeker naar zijn kind van vijf maanden op het ogenblik van de bestreden beslissing, zodat de Raad bezwaarlijk inziet hoe het recht op vrije meningsuiting van deze baby door de bestreden beslissing kan geschonden zijn.

Dit onderdeel van het tweede middel is onontvankelijk.

Verzoeker vervolgt dat ook artikel 8 van het EVRM niet is gerespecteerd omdat indien een lidstaat een maatregel neemt tegen een ouder in illegaal verblijf, hij er zich van moet verzekeren dat die maatregel niet strijdig is met het hoger belang van het kind dat deel uitmaakt van artikel 8 van het EVRM, waarbij verzoeker verwijst naar o.a. het arrest Jeunesse van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM). Verzoeker vervolgt dat het aan de lidstaat toekomt om erover te waken het hoger belang niet te schaden door een tijdelijke terugkeer naar het herkomstland aan verzoeker op te leggen hetgeen onvermijdelijk de scheiding van zijn minderjarig kind tot gevolg heeft. Verzoeker concludeert dat bijgevolg artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, artikel 8 van het EVRM, de artikelen 3, 7 en 9 van het Kinderrechtenverdrag en de artikelen 7 en 24 van het Handvest werden geschonden.

Verzoeker kan gevolgd worden dat door het EHRM in het licht van het onderzoek naar het respect voor artikel 8 van het EVRM bijzondere aandacht wordt besteed aan de omstandigheden van de betrokken minderjarige kinderen. Zo stelt het Hof in het kader van een fair balance test in het arrest Jeunesse waarnaar verzoeker verwijst: *“the Court observes that the best interests of the applicant's children must be taken into account in this balancing exercise (...). On this particular point, the Court reiterates that there is a broad consensus, including in international law, in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests are of paramount importance (see Neulinger and Shuruk v. Switzerland, cited above, § 135, and X v. Latvia, cited above, § 96. Whilst alone they cannot be decisive, such interests certainly must be afforded significant weight. »* En verder *“It [the Court] reiterates that national decision-making bodies should, in principle, advert to and assess evidence in respect of the practicality, feasibility and proportionality of any such removal in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it.”* (EHRM 3 oktober 2014, nr. 12738/10, Jeunesse t. Nederland, §§ 118-120). Zie ook in het kader van de proportionaliteit: *“Lorsqu'il y a des enfants, la question fondamentale est celle de savoir si ceux-ci sont d'un âge où ils peuvent s'adapter à un environnement différent (voir parmi d'autres, darren Omoregie et autres, précité, §66, Arvelo Aponte c. Pays-Bas, n° 28770/05, § 60, 3 novembre 2011). Il ressort au surplus de la jurisprudence de la Cour que, lorsqu'il s'agit de familles avec enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer la considération déterminante des autorités nationales dans l'évaluation de la proportionnalité aux fins de la Convention. »* (EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, Paposhvili t. België, §§ 143 - 144). Hieruit blijkt dat het Hof onderstreept dat er een brede consensus bestaat, ook in het internationaal recht, dat in alle beslissingen die betrekking hebben op kinderen, hun hoger belang zeer belangrijk is. Aan deze belangen die op zich niet beslissend zijn, moet wel voldoende gewicht toegekend worden. Hierbij moet worden rekening gehouden met de fundamentele vraag of de kinderen een leeftijd hebben waarop ze zich nog kunnen aanpassen aan een andere omgeving.

Verzoeker stelt dat de gemachtigde artikel 8 van het EVRM heeft miskend nu hij zou overwegen dat artikel 8 niet kan geschonden worden wanneer het gaat om een verzoek tot eerste toelating, of eerste verblijf. De Raad leest dit motief evenwel niet in het bestreden bevel. De Raad volgt verzoeker wel waar hij stelt dat moet blijken dat de gemachtigde bij het nemen van de verwijderingsmaatregel heeft rekening gehouden met het hoger belang van het kind. Dit blijkt ook uit artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, waarvan verzoeker ook de schending aanvoert. De Raad stelt evenwel vast dat de gemachtigde met dit belang heeft rekening gehouden door te motiveren dat het feit dat verzoeker een kind heeft (van zeer jonge leeftijd), zijn tijdelijke terugkeer naar het herkomstland niet verhindert om daar de nodige stappen te zetten om zijn verblijf te regulariseren. Verzoeker meent dat het hoger belang geschonden is omdat ook een tijdelijke scheiding het jong kind van haar vader scheidt. De Raad kan verweerder volgen dat in principe van verzoeker als derdelander die gehuwd is met een derdelander conform de Vreemdelingenwet wordt verwacht dat hij of zij vanuit het buitenland een aanvraag indient, bv. een aanvraag voor een visum met het oog op gezinshereniging op grond van artikel 10 van de Vreemdelingenwet of een aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9 van de Vreemdelingenwet. Verzoeker verduidelijkt in het verzoekschrift niet waarom het voor hem bijzonder moeilijk of onmogelijk is die stappen te vervullen. Dit bevel heeft inderdaad noodzakelijk een tijdelijke scheiding tot gevolg tussen verzoeker en zijn kind, maar verzoeker verduidelijkt bijvoorbeeld niet waarom zijn echtgenote die eveneens de Marokkaanse nationaliteit heeft, verzoeker niet regelmatig kan bezoeken gedurende die wachttermijn met hun kind. Het loutere betoog dat de bestreden beslissing een tijdelijke scheiding teweeg brengt tussen verzoeker en zijn kind is onvoldoende om de praktische onhaalbaarheid of disproportionaliteit van de genomen beslissing in het licht van het hoger belang van het kind aan te tonen.

Een schending van artikel 8 van het EVRM of van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet blijkt niet. Artikel 7 van het Handvest heeft dezelfde inhoud en moet dan ook conform artikel 52, 3 van het Handvest dezelfde inhoud en reikwijdte als artikel 8 van het EVRM worden toegekend, zodanig dat ook geen schending van deze bepaling van het Handvest blijkt. Ook de bescherming die artikel 24 van het Handvest biedt, met betrekking tot het hoger belang van het kind, wordt door verzoeker niet op andere wijze toegelicht dan het hoger belang van het kind zoals vervat in artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet of zoals beschermd door artikel 8 van het EVRM, zodat de Raad ook geen schending van artikel 24 van het Handvest aanneemt.

In het tweede onderdeel van het tweede middel lijkt verzoeker de schending van het hoorrecht aan te voeren, nu hij erop wijst dat bij de beoordeling van het gezinsleven van verzoeker en het hoger belang van het kind de gemachtigde die begrippen niet in abstracto mag in overweging nemen, maar verzoeker moet horen over de effectiviteit van de banden tussen hem en zijn vrouw, aangezien de wijze van

organiseren van het familiaal leven een gevolg kan hebben op de beslissing die moet genomen worden. Tot slot citeert verzoeker uit een arrest van de Raad.

Het is de Raad onduidelijk of verzoeker thans het hoorrecht als nationaal beginsel van behoorlijk bestuur aanvoert, of als unierechtelijk beginsel van behoorlijk bestuur. In elk geval kan aangenomen worden dat het hoorrecht als unierechtelijk beginsel van behoorlijk bestuur van toepassing is en gekaderd wordt binnen artikel 41 van het Handvest.

Uit de bewoordingen van artikel 41 van het Handvest volgt duidelijk dat dit artikel niet is gericht tot de lidstaten, maar uitsluitend tot de instellingen, organen en instanties van de Unie (HvJ 17 juli 2014, C-141/12 en C-372/12, Y.S. e.a., § 67) zodat een particuliere vreemdeling zich niet rechtstreeks op deze bepaling kan beroepen. Het hoorrecht is echter tevens een algemeen beginsel van Unierecht, dat met name deel uitmaakt van de eerbiediging van de rechten van verdediging (HvJ 22 november 2012, C-277/11, M.M., § 81; HvJ 5 november 2014, C-166/13, Mukarubega, § 45, HvJ 11 december 2014, C-249/13, Boudjlida, §'n 30 en 34).

Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie heeft de regel dat aan de adressaat van een bezwarend besluit de gelegenheid moet worden gegeven om zijn opmerkingen kenbaar te maken voordat dit besluit wordt genomen, tot doel de bevoegde autoriteit in staat te stellen naar behoren rekening te houden met alle relevante elementen. Die regel beoogt met name, ter verzekering van de effectieve bescherming van de betrokken persoon, deze laatste in staat te stellen om een vergissing te corrigeren of individuele omstandigheden aan te voeren die ervoor pleiten dat het besluit wordt genomen, niet wordt genomen of dat in een bepaalde zin wordt besloten (HvJ 18 december 2008, C-349/07, Sopropé, § 49 en HvJ 11 december 2014, C-249/13, Boudjlida, § 37).

Het recht om te worden gehoord impliceert tevens dat de overheid met de nodige aandacht kennis neemt van de opmerkingen van de betrokkene door alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken en het besluit toereikend te motiveren (HvJ 18 december 2008, C-349/07, Sopropé, § 50).

De verplichting tot eerbiediging van de rechten van verweer van de adressaten van besluiten die hun belangen aanmerkelijk raken, rust aldus in beginsel op de overheden van de lidstaten wanneer zij maatregelen nemen die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen (HvJ 11 december 2014, C-249/13, Boudjlida, § 40).

Het opleggen van een bevel om het grondgebied te verlaten is een bezwarend besluit dat de belangen van de betrokken vreemdeling ongunstig kan beïnvloeden. Bovendien is een bevel om het grondgebied te verlaten een verwijderingsmaatregel in de zin van artikel 6 van de Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (hierna verkort de Terugkeerrichtlijn), dus is het Unierecht, en derhalve ook het hoorrecht als algemeen beginsel van Unierecht, van toepassing.

Opdat de verplichting tot het voeren van een individueel onderzoek in het kader van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, als omzetting van artikel 5 van de Terugkeerrichtlijn, een nuttig effect kent, dient de betrokken vreemdeling in staat te worden gesteld naar behoren en daadwerkelijk zijn standpunt kenbaar te maken in het kader van een administratieve procedure waarbij een bevel om het grondgebied te verlaten wordt afgeleverd, aangezien in de huidige stand van de procedure niet kan worden uitgesloten dat een dergelijk besluit de belangen van een vreemdeling aanmerkelijk ongunstig kan beïnvloeden. Het arrest Boudjlida legt dienaangaande de verantwoordelijkheid heel duidelijk bij de lidstaten door te stellen dat wanneer de bevoegde nationale autoriteit voornemens is een terugkeerbesluit uit te vaardigen, zij dus gehouden is aan de door artikel 5 van de Terugkeerrichtlijn (zoals omgezet in artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet) opgelegde verplichtingen te voldoen en zij de betrokkene daarover moet horen, in die zin dat de derdelander naar behoren en daadwerkelijk zijn standpunt kenbaar moet kunnen maken over de onrechtmatigheid van zijn verblijf en over de redenen die overeenkomstig het nationale recht kunnen rechtvaardigen dat die autoriteit afziet van de vaststelling van een terugkeerbesluit en waarbij de betrokkene zich tijdens het gehoor coöperatief moet opstellen (HvJ 11 december 2014, C-249/13, Boudjlida, §'n 49, 50 en 55).

In casu blijkt niet dat verzoeker op een dienstige wijze werd gehoord voorafgaandelijk aan het nemen van het bevel om het grondgebied te verlaten die hem toeliet op nuttige wijze voor zijn belangen op te

komen. Verzoeker heeft dan ook theoretisch een punt waar hij opwerpt dat de gemachtigde niet in abstracto kan rekening houden met het gezinsleven en het hoger belang van het kind, maar verzoeker had moeten horen zodanig dat hij concreet kon ingaan op zijn effectieve banden met zijn vrouw en kind.

Echter, stelt vaste rechtspraak van het Hof dat een schending van de rechten van de verdediging, in het bijzonder het recht om te worden gehoord, naar Unierecht pas tot nietigverklaring van het na afloop van de administratieve procedure genomen besluit leidt, wanneer deze procedure zonder deze onregelmatigheid een andere afloop had kunnen hebben. Bijgevolg is niet elk verzuim om het recht om te worden gehoord te eerbiedigen zodanig dat dit stelselmatig tot de onrechtmatigheid van het genomen besluit leidt.

In casu gaat verzoeker in het geheel niet in op de concrete feiten die hij had willen aanvoeren om aan te tonen dat, indien men hem had gehoord, dit tot een ander besluit aanleiding had kunnen geven. Verzoeker heeft een punt dat de wijze waarop het gezinsleven is georganiseerd een invloed kan hebben op de beslissing die moet genomen worden. Alleen kan de Raad enkel vaststellen dat hij heeft nagelaten op concrete wijze te duiden hoe hij zijn familieleven organiseert en op welke manier dit bijgevolg een tijdelijke verwijdering om zijn aanvraag tot gezinshereniging of regularisatie in het herkomstland in te dienen, in de weg staat. Verzoeker citeert enkel uit een arrest van de Raad. Dit arrest heeft wel betrekking op een gelijkaardig profiel van een verzoeker die op het ogenblik van de beslissing in een onderzoek naar schijnhuwelijk zat. Maar in die zaak had de verzoeker evenwel een element opgeworpen dat hij had kunnen aanvoeren en dat tot een ander besluit hadden kunnen leiden aangezien de stappen om te huwen ook de noodzaak inhouden om te kunnen gehoord worden door het parket. In casu heeft verzoeker evenwel niets concreets aangevoerd. Hierbij herhaalt de Raad zoals onder "rechtspleging" gesteld, dat de stukken die verzoeker na de bestreden beslissing aan de Dienst Vreemdelingenzaken en aan de Raad heeft overgemaakt, die wel concreet ingaan op de wijze hoe zijn familieleven wordt georganiseerd, niet in het middel werden betrokken.

Ook het tweede onderdeel van het tweede middel kan niet leiden tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing.

Het tweede middel is deels onontvankelijk, deels ongegrond.

4. Korte debatten

Verzoeker heeft geen gegrond middel dat tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan leiden aangevoerd. Aangezien er grond is om toepassing te maken van artikel 36 van het koninklijk besluit van 21 december 2006 houdende de rechtspleging voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, wordt de vordering tot schorsing, als accessorium van het beroep tot nietigverklaring, samen met het beroep tot nietigverklaring verworpen. Er dient derhalve geen uitspraak gedaan te worden over de exceptie van onontvankelijkheid van de vordering tot schorsing, opgeworpen door verweerder.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Enig artikel

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op zeven februari tweeduizend negentien door:

mevr. A. MAES,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

dhr. M. DENYS,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

M. DENYS

A. MAES