

Arrest

nr. 221 254 van 16 mei 2019
in de zaak RvV X / VIII

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat J. BAELDE
Gistelse Steenweg 229 bus 1
8200 SINT-ANDRIES

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de minister van Sociale Zaken en
Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie.

DE VOORZITTER VAN DE VIIIste KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Marokkaanse nationaliteit te zijn en die handelt in eigen naam en als wettelijke vertegenwoordiger van haar minderjarig kind X, en X, die verklaart van Marokkaanse nationaliteit te zijn en die handelt als wettelijke vertegenwoordiger van voormeld minderjarig kind, op 1 februari 2019 hebben ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging en de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie van 20 december 2018 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.

Gelet op de beschikking van 4 maart 2019, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 4 april 2019.

Gehoord het verslag van kamervoorzitter M. EKKA.

Gehoord de opmerkingen van advocaat T. VERBEKE, die loco advocaat J. BAELDE verschijnt voor de verzoekende partijen en van advocaat L. NIKKELS, die loco advocaat D. MATRAY verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

R.B. (hierna eerste verzoekster) kwam in 2013 Europa binnen middels een Schengenvisum.

Op 25 april 2016 werd G.E.K. geboren.

Op 17 mei 2016 werd G.E.K. erkend door O.E.K., een verblijfsgerechtigde vreemdeling (C-kaart) met wie verzoekster een relatie had. Deze relatie liep daarna op de klippen.

De rechtbank van eerste aanleg West-Vlaanderen, afdeling Brugge, sectie familie- en jeugdrechtbank bekrachtigde op 16 januari 2018 een akkoord waarbij G.E.K. haar hoofdverblijf behoudt bij haar moeder, en een secundair verblijf bij haar vader, O.E.K. heeft gedurende één weekend om de 14 dagen, waarbij de vakantieperiodes verdeeld worden bij helften. G.E.K. betaalt een maandelijkse onderhoudsbijdrage aan eerste verzoekster voor de opvoeding van G.E.K.

Op 13 april 2018 diende eerste verzoekster samen met O.E.K. als wettelijk vertegenwoordigers van G.E.K. een aanvraag in om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9bis van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: de Vreemdelingenwet).

Op 20 december 2018 trof de verwerende partij een beslissing tot onontvankelijkheid van deze aanvraag. Bij arrest nr. 221 253 van 16 mei 2019 werd het beroep dat werd ingediend tegen deze beslissing verworpen.

Op 20 december 2018 trof de verwerende partij de beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten. Dit is de thans bestreden beslissing. Ze luidt als volgt:

“Mevrouw,

*Naam, voornaam: B.R. of R.
geboortedatum: 10.09.1982
(...)
nationaliteit: Marokko*

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

binnen dertig (30) dagen na de kennisgeving.

*Betrokkene dient vergezeld te worden door:
E.K.,G., geboren op 05.04.2016, nationaliteit: Marokko*

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 op grond van volgende feiten:

o Krachtens artikel 7, eerste lid, 1° van de wet van 15 december 1980, verblijft zij in het Rijk zonder houder te zijn van de bij artikel 2 vereiste documenten:

Betrokkene is niet in het bezit van een geldig paspoort voorzien van een geldig visum.”

2. Onderzoek van het beroep

2.1. In wat kan worden beschouwd als een enig middel, werpen verzoekers op:

“- Schending van artikel 74/13 Vreemdelingenwet;

- Schending van artikel 8 EVRM ;

- Schending van artikel 3 en 9 IVRK ;

- Schending van artikel 22bis juncto artikel 191 van de Grondwet

- Schending van artikel 24, punt 2 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie;

- juncto de schending van de materiële motiveringsplicht, het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.”

Verzoekers betogen als volgt:

“De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen is bij uitoefening van zijn wettelijk toezicht bevoegd om na te gaan of de overheid bij de beoordeling van de aanvraag is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of

zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet onredelijk tot haar besluit is gekomen (RvS 17 januari 2007, nr. 166.860; RvS 7 december 2001, nr. 101.624; RvV 5 juni 2009, nr. 28.348).

Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt vervolgens in dat aan de overheid de verplichting wordt opgelegd haar beslissingen op een zorgvuldige wijze voor te bereiden en te steunen op een correcte feitenvinding (RvS 2 februari 2007, nr. 167.411; RvS 14 februari 2006, nr. 154.954). Het respect voor het zorgvuldigheidsbeginsel houdt derhalve in dat de administratie bij het nemen van een beslissing haar oordeel moet steunen op alle gegevens van het dossier en op alle daarin vervatte dienstige stukken (RvV nr. 80.585 van 2 mei 2012).

Het redelijkheidsbeginsel houdt bovendien in dat een bestuursorgaan bij het nemen van de beslissingen alle belangen tegen elkaar af moet wegen. De gevolgen van een genomen beslissing moeten dan ook in redelijke verhouding staan tot de feiten (RvS Nr. 26.600, 3 juni 1986 ; RvS Nr. 40.179, 27 augustus 1982 ; RvS Nr. 35.443, 10 juli 1990).

Artikel 74/13 Vreemdelingenwet schrijft voor:

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

Het gevolg van deze wettelijke bepaling is duidelijk: de noodzaak tot een ernstig individueel onderzoek m.o.o. een toets van deze drie punten.

“3.6. De Raad dient dan ook vast te stellen dat uit de bestreden beslissing niet blijkt dat enig onderzoek werd gevoerd naar of afweging werd gemaakt met betrekking tot het gezins-en familieleven en de gezondheidstoestand van verzoekende partij.

3.7. In casu had het gezins-en familieleven en de gezondheidstoestand van de verzoekende partij dienen beoordeeld te worden in het licht van art. 74/13 van de Vreemdelingenwet voorafgaand de afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten terwijl het administratief dossier op dat ogenblik wel stukken bevat inzake verzoeksters huwelijk en haar zwangerschap.

Artikel 74/13 van de vreemdelingenwet vormt de omzetting van artikel 5 van de richtlijn 2008/115/EG en dient richtlijnconform te worden toegepast. Het Hof van Justitie stelt in deze dat wanneer de bevoegde nationale autoriteit voornemens is een terugkeerbesluit te nemen, zij dus aan de door artikel 5 van de terugkeerrichtlijn opgelegde verplichtingen dient te voldoen (HvJ 11 december 2014, C-249/13, Boudjida, par. 49)

3.3 Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt hierbij in dat aan de overheid de verplichting wordt opgelegd. Artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet maakt derhalve een individueel onderzoek noodzakelijk.”

(RvV nr. 171.744 van 13 juni 2016)

Een bevel om het grondgebied te verlaten betreft een autonome beslissing aanwezig in het rechtsverkeer, waaraan een eigen motivatieplicht kleeft in overeenstemming met artikel 74/13 Vw. Het kan bijgevolg niet volstaan dat desgevallend in een andere beslissing (vb. een 9bis- of 9ter-weigering) wél (i.c. bovendien op een onjuiste wijze – zie annulatieberoep tegen 9bis-weigering) wordt ingegaan op de gezinssituatie om in casu te hebben voldaan aan de motivatieplicht van een bevel om het grondgebied te verlaten overeenkomstig art. 74/13 Vw.

“De Raad benadrukt het belang dat de (Europese) wetgever middels het gestelde in artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet heeft gehecht aan de verplichting die rust op het bestuur om reeds bij het nemen van een verwijderingsmaatregel rekening te houden met die elementen die er mogelijk toe kunnen leiden dat een verwijdering in strijd zal zijn met hogere rechtsnormen, en dit teneinde een daadwerkelijke rechtsbescherming op dit punt te garanderen.”

(RvV nr. 171.744 van 13 juli 2016)

De bestreden beslissing is louter gemotiveerd als volgt (stuk 1):

“Krachtens artikel 7, eerste lid, 1° van de wet van 15 december 1980, verblijft zij in het Rijk zonder houder te zijn van de bij artikel 2 vereiste documenten: Betrokkene is niet in het bezit van een geldig paspoort voorzien van een geldig visum.” (stuk 1)

Noch min, noch meer.

Er werd bijgevolg geen enkel individueel onderzoek gevoerd in de zin van art. 74/13 Vw., minstens blijkt zulks op geen enkele wijze uit de motivatie van de bestreden beslissing.

Immers zou een individueel onderzoek door verweerder onmiddellijk hebben geleid tot de vaststelling van de gezinssituatie van verzoeker, waarbij de vader van tweede verzoekster, dewelke zij om de 14 dagen tijdens het weekend ziet, duurzaam verblijfsgerechtigd is in BELGIË.

Nadat hun relatie op de klippen liep, zag eerste verzoekster zich destijds immers genoodzaakt om per dagvaarding voor de Rechtbank van eerste aanleg WEST-VLAANDEREN, afdeling BRUGGE, sectie Familie- en Jeugdrechtbank een afdwingbare omgangs- en onderhoudsregeling te vorderen met betrekking tot hun gezamenlijke minderjarige dochter. Partijen kwamen tot een akkoord hetgeen bekrachtigd werd per vonnis van de Rechtbank van eerste aanleg WEST-VLAANDEREN, afdeling BRUGGE, sectie Familie- en Jeugdrechtbank dd. 16 januari 2018, dat werd voorgelegd bij het verzoek tot humanitaire regularisatie (stuk 7).

In dit vonnis werd de volgende verblijfsregeling opgelegd:

- *Gezamenlijk ouderlijk gezag;*
- *Hoofdverblijf bij moeder en secundair verblijf een weekend om de 14 dagen bij vader, meer de helft van de schoolvakanties;*
- *Onderhoudsbijdrage voor kind t.b.v. 120 EUR per maand bovenop de kinderbijslag;*
- *Elk de helft van de buitengewone kosten (...);*
- *Elk te houden tot de eigen procedurekosten mits compensatie van de rechtsplegingsvergoeding;*

Daar dit vonnis werd voorgelegd aan verweerder, met name bij het verzoek tot humanitaire regularisatie van verzoekers, was verweerder wel degelijk op de hoogte van de gezinssituatie van verzoekers.

Het gezag van gewijsde dat aan iedere eindbeslissing is gekoppeld houdt per definitie in dat “de uitspraak de juridische waarheid vormt en als zodanig moet aanvaard worden.” (R. DE CORTE, “Overzicht van het Burgerlijk Recht”, Kluwer 2005, p. 218)

Het gezag van gewijsde kan worden omschreven als het gezag dat vanaf de datum van de uitspraak aan een rechterlijke beslissing tussen partijen wordt toegekend waardoor hetgeen beslecht werd niet meer in vraag kan worden gesteld. (M. CASTERMANS, “Gerechtelijk privaatrecht. Algemene beginselen, bevoegdheid en burgerlijke rechtspleging”, Academia Press 2004I, p. 47)

Dit gezag van gewijsde impliceert een “wettelijk vermoeden van waarheid “van de rechterlijke beslissing die aan zekere door de wet bepaalde voorwaarden voldoet, dat belet dat wat de rechter heeft beslist, nog in vraag wordt gesteld voor dezelfde of een andere gerechtelijke instantie. (R. DE CORTE, “Overzicht van het Burgerlijk Recht”, Kluwer 2005, p. 37)

Gelet op het gezag van gewijsde dat aan dit vonnis is gekoppeld, hetgeen per definitie inhoudt dat het vonnis bindend is ten aanzien van beide partijen en aldus uitgevoerd wordt, wed dan ook op afdoende wijze aangetoond door middel van de voorlegging van het vonnis dat, enerzijds, dit vonnis wordt uitgevoerd en, anderzijds, dat er wel degelijk een affectieve band tussen tweede verzoekster en haar vader bestaat.

Daarenboven kunnen verzoekers zowel de affectieve banden alsook de werkelijke uitvoering van de verblijfsregeling, zoals werd opgelegd in het vonnis van 16 januari 2018, aantonen met foto's, rekeninguittreksels en een overzicht van what's app berichten onder stukken 14, 15 en 16.

Vooreerst leggen verzoekers een foto voor, waarop vader van tweede verzoekster te zien is met zijn dochter op haar verjaardag (stuk 14).

Daarnaast leggen verzoekers onder stuk 15 een reeks what's app berichten voor ter bewijs dat tweede verzoekster wel degelijk geregeld naar haar vader gaat (stuk 15). In de berichten staan vooreerst enkele

foto's van tweede verzoekster, dewelke getrokken werden door haar vader als tweede verzoekster bij hem verbleef. Verder worden er ook afspraken gemaakt rond hoe laat de tweede verzoekster zal worden opgehaald (stuk 15).

Tot slot leggen verzoekers eveneens rekeningafschriften voor waarop te zien is dat het onderhoudsgeld ten aanzien van tweede verzoekster correct betaald wordt door vader van tweede verzoekster, zoals hem in het vonnis van 16 januari 2018 werd opgelegd (stuk 16). Dit toont aldus eveneens aan dit vonnis wel degelijk in de praktijk wordt uitgevoerd door verzoekster en haar ex-partner.

Hierbij is het nog belangrijk op te merken dat de hierboven aangehaalde bewijzen, dateren van voor de weigeringsbeslissing en dus niet snel werden bijeen verzameld om alsnog de toestand te regulariseren en de affectieve banden aan te tonen.

Een ernstig individueel onderzoek naar "het hoger belang van het kind" en het "gezins- en familieleven" werd aldus hoegenaamd niet gevoerd door verweerder.

Tot slot voegen verzoekers eveneens een verklaring op eer in hoofde van vader toe, waaruit blijkt dat de verblijfsregeling tussen de ouders van tweede verzoekster wordt uitgevoerd.

"je soussigné, [E.K.O.], né le [...] à [...] et demeurant au rue [...] 1000 Bruxelles. Je déclare avoir contacté avec ma fille, [E.K.G.], né le [...] à Brugge et réside avec sa maman au Rue [...], 8000 Brugge et que je ramenai ma fille chez moi un weekend sur deux depuis sa naissance." (stuk 19)

Vrij vertaald:

"Ik, ondergetekende [E.K.O.], geboren op [...] te [...] en wonende in de rue [...] 1000 Brussel, verklaar dat ik contact heb met mijn dochter, [E.K.G.], geboren op [...] in Brugge en woonachtig bij haar moeder in de Rue [...], 8000 Brugge en dat zij sinds haar geboorte om het andere weekend bij mij verblijft." (stuk 19)

Aldus wordt op afdoende wijze bewezen dat tweede verzoekster banden heeft met haar verblijfsge-rechtigde vader en aldus over eenzelfde verblijfsstatuut dient te beschikken.

Zoals o.a. bevestigd in de Omzendbrief van 17 juli 2001 inzake preciseringen aangaande de rol van het gemeentebestuur in het kader van de toepassing van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, alsmede aangaande de taken van bepaalde bureaus van de Dienst Vreemdelingenzaken, heeft het kind geboren in BELGIË uit niet-Belgische ouders immers hetzelfde statuut als dat van zijn ouders, met volgende nuance:

"Indien beide ouders zich niet onder hetzelfde verblijfsstatuut bevinden, dient het volgende onderscheid te worden gemaakt. Indien het minderjarige kind samenleeft met beide ouders, volgt het de ouder die het meest gunstige verblijfsstatuut geniet. (...) Het gemeentebestuur van de verblijfplaats van de ouder of ouders kan dus ambtshalve het betrokken kind inschrijven in het overeenstemmende bevolkings- of vreemdelingenregister en het een identiteitsstuk of identiteitsbewijs uitreiken, overeenkomstig het koninklijk besluit van 10 december 1996 betreffende de identiteitsstukken en -bewijzen voor kinderen onder twaalf jaar (Belgisch Staatsblad, 20 december 1996)."

Dit principe werd tevens bevestigd in de interne instructie van Dienst Vreemdelingenzaken aan de gemeenten op 31 augustus 2017, "Verblijfsstatus van een kind dat in België geboren werd uit ouders die geen Belgen zijn" (stuk 7). Hierin stelt DVZ dat

"(a) Indien beide ouders wettelijk in België verblijven heeft het in België geboren kind dezelfde status als zijn ouders. Indien de ouders niet dezelfde verblijfsstatus hebben is de status van het kind de meest gunstige status;

(b) Indien slechts een van de ouders wettelijk in België verblijft, heeft het in België geboren kind dezelfde status als deze ouder. Het kind moet niet noodzakelijk bij deze ouder verblijven." (stuk 7)

In casu is tweede verzoekster aldus eveneens verblijfsgerechtigd in BELGIË, gelet op het verblijfsrecht van haar vader (stuk 4).

Verzoekers beroepen zich dan ook op de bescherming van het familie- en gezinsleven zoals beschreven in art. 8 EVRM alsook in artikel 22 juncto artikel 191 van de Grondwet en artikel 9 en 10 IVRK, opdat tweede verzoekster niet (definitief) gescheiden zou worden van haar vader. Dit des te meer omwille van haar zeer jonge leeftijd. Daarenboven impliceert dit eveneens dat ook eerste verzoekster als moeder van een verblijfsgerechtigd kind (zie supra) verblijfsgerechtigd dient te worden om legaal bij haar kind te kunnen verblijven. Verzoekster is immers de primaire zorgfiguur van tweede verzoekster, aangezien tweede verzoekster haar hoofdverblijfplaats heeft bij verzoekster (stuk 7).

Aldus is het verblijf in BELGIË van zowel eerste verzoekster als tweede verzoekster in het belang van het kind, gewaarborgd in artikel 3 IVRK en 22bis juncto artikel 191 van de Grondwet. Ook artikel 24, punt 2 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie stelt zeer duidelijk:

“Bij alle handelingen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging.”

Immers dient men als hoofdprincipe te hanteren dat een kind niet gescheiden mag worden van zijn ouders (art 9 en 10 IVRK) en is een afwijking slechts mogelijk in uitzonderlijke gevallen. Daarenboven is tweede verzoekster eveneens schoolgaande hier in BELGIË (stuk 16).

Het feit dat tweede verzoekster haar hoofdverblijfplaats heeft bij haar moeder (eerste verzoekster), wil immers niet automatisch zeggen dat het in het belang is van het kind, met name tweede verzoekster, om (definitief) te worden gescheiden van haar vader, ondanks dat zij hem minder ziet dan haar moeder.

Het EHRM stelt hieromtrent vast dat het niet meer vereist is dat beide ouders en het kind dienen samen te wonen of dienen te hebben samengewoond als één gezin opdat er sprake zou zijn van een beschermingswaardig gezins- en familieleven onder artikel 8 EVRM van het kind ten aanzien van zijn beide ouders, ongeacht de mate waarin de vader zorgt voor zijn kind:

“The Court recalls that the notion of the “family” in this provision is not confined solely to marriage-based relationships and may encompass other de facto “family” ties where the parties are living together outside of marriage (see, inter alia, the Johnston and Others v. Ireland judgment of 18 December 1986, Series A no. 112, p. 25, para. 55). A child born out of such a relationship is ipso iure part of that “family” unit from the moment of his birth and by the very fact of it. There thus exists between the child and his parents a bond amounting to family life even if at the time of his or her birth the parents are no longer co-habiting or if their relationship has then ended” (EHRM 26 mei 1994, Keegan v. Ireland, nr. 16969/90)

Vrij vertaald:

“Het Hof herinnert eraan dat het begrip “gezin” in deze bepaling niet beperkt is tot huwelijksverhoudingen, maar ook andere feitelijke “familiebanden” kan omvatten wanneer de partijen buiten het huwelijk samenleven (zie onder meer het arrest Johnston e.a./Ierland van 18 december 1986, serie A nr. 112, blz. 25, §55). Een kind dat uit een dergelijke relatie wordt geboren, maakt van rechtswege deel uit van die “familie” eenheid vanaf het moment van zijn geboorte en door het feit zelf. Er bestaat dus tussen het kind en zijn ouders een band die overeenkomt met het gezinsleven, zelfs als de ouders op het moment van zijn of haar geboorte niet langer samenwonen of als hun relatie dan is beëindigd.”

Alsook:

“In any case, the Court recalls that the notion of “family life” in Article 8 (art. 8) is not confined solely to marriage-based relationships and may encompass other de facto “family ties” where parties are living together outside marriage (see as the most recent authority, the Keegan v. Ireland judgment of 26 May 1994, Series A no. 290, pp. 17-18, para. 44). Although, as a rule, living together may be a requirement for such a relationship, exceptionally other factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create de facto “family ties”; such is the case here, as since 1987 four children have been born to Mrs Kroon and Mr Zerrouk.

A child born of such a relationship is ipso jure part of that “family unit” from the moment of its birth and by the very fact of it (see the Keegan judgment, ibid.). There thus exists between Samir and Mr Zerrouk a bond amounting to family life, whatever the contribution of the latter to his son’s care and upbringing. Article 8 (art. 8) is therefore applicable.” (EHRM 27 oktober 1994, Kroon et al. v. The Netherlands, nr. 18535/91, §30)

Vrij vertaald:

"In ieder geval herinnert het Hof eraan dat het begrip "gezinsleven" in artikel 8 (artikel 8) niet beperkt is tot relaties die uitsluitend op het huwelijk zijn gebaseerd, maar ook andere feitelijke "familiebanden" kan omvatten waarbij partijen buiten het huwelijk samenleven (zie als meest recente autoriteit het arrest Keegan v. Ierland van 26 mei 1994, serie A nr. 290, blz. 17-18, alinea. 44). Hoewel het samenleven in de regel een vereiste kan zijn voor een dergelijke relatie, kunnen bij wijze van uitzondering ook andere factoren dienen om aan te tonen dat een relatie voldoende standvastigheid heeft om de facto "familiebanden" te creëren; dit is hier het geval, aangezien sinds 1987 vier kinderen zijn geboren van mevrouw Kroon en de heer Zerrouk.

Een kind dat uit een dergelijke relatie wordt geboren, maakt van rechtswege deel uit van die "familie-eenheid" vanaf het moment van de geboorte en enkel en alleen door de geboorte zelf (zie Keegan-arrest, ibid.). Er bestaat dus tussen Samir en de heer Zerrouk een band die overeenkomt met het gezinsleven, ongeacht de bijdrage van de laatste aan de zorg en opvoeding van zijn zoon. Artikel 8 (art. 8) is dus van toepassing. (EHRM 27 oktober 1994, Kroon et al. tegen Nederland, nr. 18535/91, §30)

Aldus is het in het belang van het kind, met name tweede verzoekster, dat zij samen met haar beide ouders in BELGIË kan verblijven en houdt het bevel om het grondgebied te verlaten ten aanzien van verzoekers, hetgeen een langdurige of mogelijks zelfs definitieve scheiding van het kerngezin impliceert, een schending in van het recht op gezins- en familieleven onder art. 8 EVRM.

Omwille van bovenstaande schendt verweerder aldus, bij gebrek aan enige motivering omtrent de gezinssituatie van verzoekers artikel 74/13 Vw alsook de artikelen art. 8 EVRM, art. 3 en 9 IVRK, artikel 22bis juncto artikel 191 van de Grondwet en art. 24, punt 2 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie; juncto de materiële motiveringsplicht, en het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Indien desondanks toch zou worden geoordeeld dat voor het nemen het bevel om het grondgebied te verlaten geen autonome motivering vereist is, gezien de motivatie in het licht van de 9bis-weigering daartoe zou volstaan (quod non), dient overigens te worden benadrukt dat de 9bis-onontvankelijkheidsbepaling dient te worden verbroken en zulks ook de verbreking van dit alsdan hierop gesteunde bevel impliceert (zie afzonderlijk annulatieberoep tegen 9bis-weigering).

Aldus dringt zich dan ook hoe dan ook een verbreking van dit bestreden bevel op."

2.2. Naar luid van artikel 22bis, vierde lid van de Grondwet is het belang van het kind de eerste overweging bij elke beslissing die het kind aangaat. Dergelijke algemene bepaling volstaat op zichzelf niet om toepasbaar te zijn zonder dat verdere uitwerking of precisering ervan nodig is. Dit blijkt reeds hieruit dat naar luid van het vijfde lid van hetzelfde artikel de wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel deze rechten van het kind waarborgen. Tijdens de parlementaire voorbereiding die tot de grondwetswijziging van 22 december 2008 met onder meer de toevoeging van artikel 22bis, vierde en vijfde lid van de Grondwet heeft geleid, is in de Kamer benadrukt dat deze nieuwe rechten geen directe werking maar een eerder symbolisch karakter zouden hebben (*Parl.St. Kamer, 2007-08, nr. 52-0175/001, 6 en nr. 52-0175/005, 13 en 31-32*). Ook uit de parlementaire voorbereiding in de Senaat blijkt dat ervoor werd gekozen om de op te nemen rechten *"geen louter symbolische waarde te geven, zonder ze daarom rechtstreekse werking toe te kennen"*, waarbij werd aangehaald dat de voorgestelde grondwetswijziging op de in artikel 23 van de Grondwet gehanteerde formule is geënt en dat de wetgever deze rechten moet invullen (*Parl.St. Senaat, 2007-08, nr. 3-265/3, 5*). Bij gebrek aan directe werking van artikel 22bis, vierde lid van de Grondwet kunnen verzoekers zich niet rechtstreeks op deze bepaling *"juncto artikel 191 van de Grondwet"* beroepen om tot een onwettigheid van de bestreden beslissing te besluiten.

2.3. Artikel 3 van het Kinderrechtenverdrag luidt als volgt:

"Belang van het kind

Het belang van het kind moet voorop staan bij alle maatregelen die kinderen aangaan. De overheid moet het welzijn van alle kinderen bevorderen en houdt toezicht op alle voorzieningen voor de zorg en bescherming van kinderen."

Artikel 9 van het Kinderrechtenverdrag luidt als volgt:

“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 toepasselijk recht en de toepasselijke procedures, beslissen dat deze scheiding noodzakelijk is in het belang van het kind.”

Waar verzoekers de schending aanvoeren van de artikelen 3 en 9 van het IVRK, moet aan deze bepalingen een directe werking worden ontzegd aangezien deze verdragsbepalingen geen duidelijke en juridisch volledige bepaling zijn die de verdragspartijen of een onthoudingsplicht of een plicht om op een welbepaalde wijze te handelen, opleggen. Verzoekers kunnen de rechtstreekse schending ervan niet dienstig inroepen (RvS 28 juni 2001, nr. 97.206, RvS 30 maart 2005, nr. 142.729; RvS 9 mei 2012, nr. 8455 (c)).

2.4. De Raad leest in het verzoekschrift geen uitleg over de wijze waarop het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden door de bestreden beslissing.

Deze onderdelen van het middel zijn derhalve onontvankelijk.

2.5. Voor wat betreft de inhoud van de door verzoekers geachte geschonden geachte beginselen van behoorlijk bestuur, kan worden verwezen naar wat verzoekers daarover hebben uiteengezet in hun verzoekschrift.

2.6. Kernbetoog van verzoekers is dat de verwerende partij geen rekening heeft gehouden met de elementen die opgesomd staan in artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, met name het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land.

2.7. Artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet houdt geen motiveringsplicht in voor de verwerende partij (cf. RvS 8 januari 2016, nr. 11.716 (c)). Wel verplicht deze bepaling de verwerende partij om met de hierin opgesomde elementen rekening te houden.

2.8. Voor wat betreft de gezondheidstoestand tonen verzoekers niet aan dat er sprake is van dergelijke elementen. De verwerende partij kan dan ook niet worden verweten hiermee geen rekening te hebben gehouden.

2.9. Voor wat betreft de overige twee elementen: verzoekers kunnen niet onwetend zijn van het gegeven dat de verwerende partij op dezelfde dag dat ze de bestreden beslissing trof, een beslissing nam waarbij de aanvraag om verblijfsmachtiging op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet, onontvankelijk werd verklaard. In deze beslissing werden de elementen beoordeeld inzake het hoger belang van het kind en het gezinsleven die verzoekers ontwikkeld hadden in hun aanvraag en werden deze elementen derhalve onderzocht. Gelet op dit gegeven, het gestelde in punt 2.7. en de vaststelling dat eerste verzoekster en haar kind, G.E.K. op illegale wijze in het Rijk verblijven, vermocht de verwerende partij zich ertoe te beperken in de bestreden beslissing enkel vaststellingen te maken in het licht van artikel 7 van de Vreemdelingenwet.

2.10. Verzoekers doen hun gezinssituatie uit de doeken en voeren een betoog dat zij reeds hebben ontwikkeld in hun verzoekschrift dat is gericht tegen de beslissing waarbij hun aanvraag om verblijfsmachtiging onontvankelijk wordt verklaard, waarbij ze benadrukken dat deze beslissing op een *“onjuiste wijze”* is getroffen.

2.11. De Raad kan dan ook niet anders dan het volgende te herhalen:

De beslissing waarbij de aanvraag om verblijfsmachtiging onontvankelijk wordt verklaard, stelt, *“Wij merken tevens nog op dat de verplichting om de aanvraag in te dienen bij de bevoegde diplomatieke of consulaire post niet noodzakelijk leidt tot een effectieve verwijdering. Zij heeft enkel tot gevolg dat de betrokkene tijdelijk het land dient te verlaten met de mogelijkheid terug te keren op het ogenblik dat zij voldoet aan de in de vreemdelingenwet bepaalde vereisten. De tijdelijke scheiding met het oog op het vervullen van de noodzakelijke formaliteiten ter voldoening van de wettelijke bepalingen, verstoort het gezins- en privéleven van betrokkene niet in die mate dat er sprake zou zijn van een schending van artikel 8 EVRM (EHRM 19 februari, Gul/Zwitserland, 22 EHRM 228; EHRM 26 juni 2014, nr. 71398/12, M.E.v.Zweden, par.100). (...)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. 48.658; RvS 13 december 2005, nr. 152.639)."

Deze passage is voldoende schragend voor wat betreft de beoordeling van het aangevoerde gezinsleven tussen G.E.K. en haar vader, O.E.K. Kritiek op overtollige motieven van de beslissing waarbij de aanvraag om verblijfsmachtiging onontvankelijk wordt verklaard en waarin de gezinscel tussen G.E.K. en haar vader ontkend wordt, kan geen aanleiding geven tot de nietigverklaring van deze beslissing of van de bestreden beslissing. De Raad dient dan ook niet in te gaan op het lang betoog van verzoekers aangaande het bestaan van affectieve banden tussen G.E.K. en haar vader O.E.K. Met de voormelde geciteerde passage maakt de verwerende partij kenbaar dat voor zover dient te worden aanvaard dat er sprake is van een gezinsleven tussen G.E.K. en haar vader, de bestreden beslissing niet meer dan een tijdelijke scheiding veroorzaakt die op zich het gezins- en privéleven van betrokkenen niet in die mate verstoort dat er sprake zou zijn van een schending van artikel 8 van het EVRM.

Deze passage is deugdelijk en pertinent *"te meer daar de bestaande gezinssituatie van het kind volledig behouden blijft"*. Eerste verzoekster en haar dochter G.E.K. die haar hoofdverblijf heeft bij eerste verzoekster en voor wie eerste verzoekster *"de primaire zorgfiguur"* is, blijven immers samen. Verzoekers maken in hun verzoekschrift gewag van een definitieve scheiding tussen G.E.K. en haar vader doch laten na de grondslag hiervan mee te delen. De door de verwerende partij gedane beoordeling vindt steun in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de Raad van State die wordt aangehaald in de beslissing waarbij de aanvraag om verblijfsmachtiging onontvankelijk wordt verklaard. Het EHRM heeft in deze ook aangegeven dat staten in beginsel het recht hebben om te eisen dat vreemdelingen die op hun grondgebied wensen te verblijven hun aanvraag indienen in het buitenland, waarbij zij niet verplicht zijn om vreemdelingen toe te staan op hun grondgebied te verblijven in afwachting van de uitkomst van hun migratieprocedure (EHRM 9 oktober 2012, Djokaba Lambi Longa t. Nederland). Verzoekers benadrukken het hoger belang van het kind. Bij de afweging van de verschillende op het spel staande belangen, neemt het belang van het kind een bijzondere plaats in. Die bijzondere plaats maakt het evenwel niet onmogelijk om eveneens rekening te houden met andere belangen (EHRM, 3 oktober 2014, nr. 12738/10, Jeunesse t. Nederland, par. 101; GwH 7 maart 2013, nr. 30/2013). De Raad wijst er in dit verband ook op dat volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens het belang van het kind geen "troefkaart" kan zijn om elk kind tot verblijf te moeten toelaten (EHRM 8 maart 2016, nr. 25960/13, I.A.A. e.a. v. Verenigd Koninkrijk; *"while the Court has held that the best interests of the child is a "paramount" consideration, it cannot be a "trump card" which requires the admission of all children who would be better off living in a Contracting State (see, for example, Berisha v. Switzerland, cited above, in which the Court found no violation of Article 8 even though the domestic courts accepted that it would be in the children's best interests to remain in Switzerland)."*

Verzoekers hebben in deze diverse keuzemogelijkheden:

- ofwel vertrekt eerste verzoekster, die in het verzoekschrift benadrukt dat ze *"de primaire zorgfiguur"* is van haar dochter G.E.K., samen met haar naar het land van oorsprong om aldaar een aanvraag om verblijfsmachtiging in te dienen op grond van artikel 9 van de Vreemdelingenwet; dit is de optie die voortvloeit uit de hierboven geciteerde passage van de beslissing waarbij de aanvraag om verblijfsmachtiging onontvankelijk wordt verklaard; G.E.K. kan dan nauw contact houden met O.E.K. via de moderne communicatiemiddelen in afwachting van de behandeling van de aanvraag; dit kan de betrokkenen in staat stellen hun gezinsleven verder te onderhouden (EHRM 1 maart 2018, Ejimson/Duitsland en EHRM 26 juni 2014, nr. 71398/12, M.E. v. Zweden, par. 100); O.E.K. kan verder een maandelijkse onderhoudsbijdrage storten om de opvoeding van G.E.K. in Marokko te bekostigen; het staat verzoeksters ex-partner en vader van G.E.K. bovendien vrij om tijdens de procedure regelmatig op- en af te reizen naar Marokko dat ook zijn land van herkomst is; het betreft dus slechts een tijdelijke scheiding tussen G.E.K. en haar vader die ze thans al *"minder ziet dan haar moeder"*; in dit verband wijst de Raad er nog op dat een loutere korte en stereotiepe verklaring van O.E.K. zelf van 28 januari 2019 (stuk 19) dat hij zijn dochter om de twee weken ziet, samen met 1 foto (stuk 14) en een uitwisseling van WhatsApp berichten op één en dezelfde dag (stuk 15) bezwaarlijk kunnen aantonen dat G.E.K. daadwerkelijk één weekend om de 14 dagen bij hem verblijft zoals het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg van Brugge van 16 januari 2018 voorziet; het staat eerste verzoekster voorts vrij om G.E.K., in afwachting van de beslechting van de procedure op grond van artikel 9 van de Vreemdelingenwet, naar school te laten gaan in Marokko; alleszins kan het gegeven dat G.E.K. hier naar de kleuterschool gaat, geen aanleiding geven tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing

aangezien ze nog niet schoolplichtig is; de Raad benadrukt in dit verband dat verzoekers niets inbrengen tegen de beslissing waarbij de aanvraag om verblijfsmachtiging onontvankelijk wordt verklaard waar deze stelt, "(...) verzoekster maakt het niet aannemelijk dat haar dochter geen enkele band met Marokko zou hebben, noch dat ze een zodanige taal-en culturele achterstand zou hebben dat zij in Marokko haar scholing niet zou kunnen opstarten. Hoewel het kind niet in Marokko geboren is, heeft het wel via haar moeder een band met Marokko. Verzoekster is immers geboren en getogen in Marokko waar haar hele familie verblijft. Er mag dan ook van worden uitgegaan dat verzoekster haar kind tot op zekere hoogte de Arabische taal en cultuur heeft bijgebracht, zeker gelet op het feit dat verzoekster nooit een verblijfsrecht van enige aard heeft gehad of en ze moet hebben beseft dat haar verblijf en dat van haar dochter in België slechts voorlopig was. Dit element kan dan ook niet aanvaard worden als buitengewone omstandigheid."

- ofwel vergezelt eerste verzoeksters ex-partner en vader van G.E.K. hen tijdelijk naar Marokko dat ook zijn land van herkomst is totdat de procedure in het licht van artikel 9 van de Vreemdelingenwet zijn beslag krijgt; er wordt wel beweerd doch niet aangetoond dat verzoeksters ex-partner omwille van professionele redenen België niet kan verlaten, zelfs niet tijdelijk;

- ofwel wordt een gezinsleven georganiseerd in Marokko dat zoals gezegd ook het land van herkomst van verzoeksters ex-partner is; er worden geen onoverkomelijke hinderpalen in dit verband aangevoerd; het blijkt niet dat verzoeksters ex-partner enkel in België een professioneel leven kan leiden;

- ofwel wordt er ten behoeve van G.E.K. een aanvraag gezinshereniging ingediend op grond van de artikelen 10, §1, eerste lid, 4° van de Vreemdelingenwet juncto artikel 12 bis, §2, van dezelfde wet en wordt samen met deze procedure een aanvraag om verblijfsmachtiging op grond van artikel 9 van de Vreemdelingenwet opgestart voor eerste verzoekster; de procedure gezinshereniging veronderstelt wel dat G.E.K. zich voegt bij haar vader, O.E.K. om met hem samen te leven in België.

Verzoekers achten enkel het ontvankelijk en vervolgens gegrond verklaren van hun aanvraag om verblijfsmachtiging op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet het enige redelijke pad dat in overeenstemming is met artikel 8 van het EVRM en het belang van het kind, maar deze overtuiging toont niet aan dat de beslissing waarbij de aanvraag om verblijfsmachtiging onontvankelijk wordt verklaard getuigt van een kennelijk onredelijk handelende overheid of een overheid die optreedt in strijd met artikel 8 van het EVRM of het belang van het kind veronachtzaamt. Artikel 22 van de Grondwet kent dezelfde invulling als artikel 8 van het EVRM en dus wordt een schending van de voormelde bepaling evenmin aangetoond. Vermits de beslissing waarbij de aanvraag om verblijfsmachtiging onontvankelijk wordt verklaard in de geciteerde passage wel degelijk rekening hield met de gezinssituatie en het belang van het kind, wordt ook geen schending van de zorgvuldigheidsplicht aangetoond.

Verzoekers zoeken tevergeefs steun in een omzendbrief van 17 juli 2001. In deze dient de Raad vast te stellen dat omzendbrieven aan administratieve overheden zijn gericht en richtsnoeren bevatten over de interpretatie en de toepassing van de bestaande wetten. Zij hebben geen enkel bindend karakter, ongeacht of zij bekendgemaakt zijn of niet. Omzendbrieven kunnen dan ook geen nieuwe en dwingende rechtsregels creëren, nu deze in beginsel geen verordenend karakter hebben (cf. RvS 8 januari 2009, nr. 189.323). Ten overvloede, in de betrokken omzendbrief kan worden gelezen: *"Het kind dat geboren is in België geniet hetzelfde verblijfsstatuut als dat van de ouders. Indien beide ouders zich niet onder hetzelfde verblijfsstatuut bevinden, dient het volgende onderscheid te worden gemaakt. Indien het minderjarige kind samenleeft met beide ouders, volgt het de ouder die het meest gunstige verblijfsstatuut geniet. Indien echter de ouders gescheiden leven, volgt het kind het verblijfsstatuut van de ouder waarmee het samenleeft."* Aangezien eerste verzoekster en haar ex-partner niet meer samenleven (dit blijkt uit het verzoekschrift alsook uit de stukken gevoegd bij het verzoekschrift), kunnen verzoekers bezwaarlijk claimen dat hun kind het meest gunstige verblijfsstatuut moet volgen.

Verzoekers kunnen evenmin dienstig verwijzen naar interne instructies die afbreuk doen aan de discretionaire bevoegdheid van de verwerende partij die haar wordt toebedeeld door artikel 9bis van de Vreemdelingenwet. De Raad niet kan toelaten dat, zij het middels een instructie, dan wel middels intentieverklaringen van beleidsverantwoordelijken, bindende voorwaarden aan artikel 9bis van de Vreemdelingenwet worden toegevoegd of dat vrijstelling wordt verleend van de in dit artikel opgenomen verplichting om aan te tonen dat er buitengewone omstandigheden zijn die verhinderen dat de aanvraag om verblijfsmachtiging vanuit het land van herkomst wordt ingediend. Dienvolgens vermag de Raad niet te toetsen aan welke instructie dan ook in verband met artikel 9bis van de Vreemdelingenwet. De Raad voegt er nog aan toe dat hij niet bekend is met een *"interne instructie van Dienst Vreemdelingenzaken"*

aan de gemeenten op 31 augustus 2017". Verzoekers stellen in hun verzoekschrift dat zij deze instructie voegen als stuk 7 bij het verzoekschrift doch stuk 7 betreft geen interne instructie, noch houden de andere stukken dergelijks in. De Raad kan dan bijkomend ook niet verifiëren of de betrokken instructie zegt wat verzoekers beweren dat ze zegt.

2.12. Artikel 24, punt 2 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie handelt over het belang van het kind dat de eerste overweging moet zijn bij alle handelingen betreffende kinderen. Zoals verweerder terecht opmerkt in zijn nota, heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie het volgende verklaard met betrekking tot de artikelen 7 en 24 van het Handvest van de grondrechten: *"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 ontfangen bij het onderzoek van verzoeken om gezinshereniging."* (Arrest Europees Parlement tegen Raad van de Europese Unie, C-540/03, EU:C:2006:429, 59) Verzoekers tonen niet aan dat de verwerende partij, bij het beoordelen van de aanvraag om verblijfsmachtiging op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet, haar discretionaire bevoegdheid op een wijze heeft uitgeoefend die strijdig is met het hoger belang van het kind. Het vormt derhalve evenmin een schending van het hoger belang van het kind dat de verwerende partij een bevel om het grondgebied te verlaten geeft aan eerste verzoekster indien ze vaststelt dat ze op illegale wijze in het Rijk verblijft en hierbij G.E.K. vermeldt, waarvoor verzoekster de *"primaire zorgfiguur"* is.

2.13. Vermits de beslissing waarbij de aanvraag om verblijfsmachtiging onontvankelijk wordt verklaard, niet wordt vernietigd, kunnen verzoekers niet worden gevolgd wanneer ze in hun verzoekschrift opwerpen: *"Indien desondanks toch zou worden geoordeeld dat voor het nemen het bevel om het grondgebied te verlaten geen autonome motivering vereist is, gezien de motivatie in het licht van de 9bis-weigering daartoe zou volstaan (quod non), dient overigens te worden benadrukt dat de 9bis-onontvankelijkheidsbepaling dient te worden verboden en zulks ook de verbreking van dit alsdan hierop gesteunde bevel impliceert (zie afzonderlijk annulatieberoep tegen 9bis-weigering)."*

Het enig middel is, voor zover onvankelijk, ongegrond.

3. Korte debatten

De verzoekende partijen hebben 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 de verwerende partij.

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 zestien mei tweeduizend negentien door:

mevr. M. EKKA,

kamervoorzitter,

dhr. T. LEYSEN,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

T. LEYSEN

M. EKKA