



Arrest

nr. 228 970 van 19 november 2019
in de zaak RvV X / VIII

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat K. VERSTREPEN
Rotterdamstraat 53
2060 ANTWERPEN

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging, thans 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, op 10 augustus 2017 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 12 juli 2017 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20).

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 beschikking tot vaststelling van het rolrecht van 14 augustus 2017 met refertenummer X.

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gezien het arrest van de Raad van State van 26 juni 2019 met nummer 244.960 waarbij het arrest van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen van 22 november 2017 met nummer 195 290 wordt vernietigd.

Gelet op de beschikking van 24 september 2019, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 17 oktober 2019.

Gehoord het verslag van kamervoorzitter M. EKKA.

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. HAEGEMAN, die loco advocaat K. VERSTREPEN verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat B. HEIRMAN, die loco advocaat E. MATTERNE verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1. Verzoekster dient op 13 januari 2017 een aanvraag in tot de afgifte van een verblijfskaart van een familielid van een Belgische onderdaan, in de hoedanigheid van bloedverwant in opgaande lijn.

1.2. De gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging neemt op 12 juli 2017 een *“beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten”* (bijlage 20). Deze bijlage 20, die verzoekster op 13 juli 2017 ter kennis werd gebracht en twee beslissingen omvat, wordt thans bestreden. Ze luidt als volgt:

“[...] In uitvoering van artikel 52, §4, 5de lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, wordt de aanvraag van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, die op 13.01.2017 werd ingediend door: [...]

om de volgende reden geweigerd: De betrokkene voldoet niet aan de vereiste voorwaarden om te genieten van het recht op verblijf van meer dan drie maanden in de hoedanigheid van familielid van een burger van de Unie of van een ander familielid van een burger van de Unie. Betrokkene deed een aanvraag tot gezinshereniging in functie van haar Belgische volwassen zoon, dit is niet voorzien in art. 40ter van de wet van 15.12.1980. Derhalve kan overeenkomstig art. 40ter geen verblijfsrecht worden toegestaan.

In het dossier steken echter bewijsdocumenten in het Duits waaruit zou moeten blijken dat de Belg gebruik gemaakt heeft van zijn vrij verkeer en betrokkene daarom overeenkomstig art. 40bis, §2, 4° wel het verblijfsrecht, als gezinslid van een burger van de Unie kan aanvragen. Gelet dat artikel 21 VWEU bepaald dat ‘iedere burger van de Unie heeft het recht vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven, onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij de Verdragen en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld’.

Gelet dat het Europese Hof van Justitie in zijn arrest van 12 maart 2014 stelt dat:

‘Wanneer er in geval van een daadwerkelijk verblijf van een burger van de Unie in het gastland krachtens en onder eerbiediging van artikel 7, leden 1 en 2, van richtlijn 2004/38, aldaar een gezinsleven is opgebouwd of bestendigd, vereist de nuttige werking van de rechten die de betrokken burger van de Unie aan artikel 21, lid 1, VWEU ontleent, dat het gezinsleven dat deze burger in het gastland heeft geleid, kan worden voortgezet bij diens terugkeer in de lidstaat van zijn nationaliteit, middels de toekenning van een afgeleid verblijfsrecht aan het betrokken familielid dat derdelander is. Zonder een dergelijk afgeleid verblijfsrecht zou deze burger van de Unie er immers van worden weerhouden de lidstaat van zijn nationaliteit te verlaten om zijn recht uit te oefenen om krachtens artikel 21, lid 1, VWEU in een andere lidstaat te verblijven, omdat hij niet de zekerheid heeft dat hij in zijn lidstaat van oorsprong een gezinsleven met zijn naaste verwanten dat hij in het gastland heeft opgebouwd of bestendigd, kan voortzetten (zie in die zin arresten Eind, punten 35 en 36, en lida, punt 70).’

Uit dit arrest volgt dat de referentiepersoon enerzijds dient aan te tonen dat hij in Duitsland verbleef krachtens en volgens de bepalingen van richtlijn 2004/38/EG inzake een verblijfsrecht van meer dan drie maanden (werknemer, zelfstandige, student, beschikker voldoende bestaansmiddelen), en anderzijds dient te bewijzen dat zij in Duitsland een gezinsleven heeft opgebouwd of bestendigd met betrokkene.

Volgende onvertaalde Duitse documenten werden voorgelegd:

- een vermoedelijk inschrijvingsbewijs in Duitsland – [...] dd. 26.10.2016, waaruit blijkt dat hij daar verbleef van 27.06.2016 tot 26.10.2016.
- een vermoedelijk attest van woonst op dit adres in Duitsland
- een brief waaruit blijkt dat de referentiepersoon een ‘belastingsnummer’ heeft gekregen
- een vermoedelijk bewijs van uitschrijving uit Duitsland

Alsook een Belgische getuigschrift van woonst waarin vermeld wordt dat de referentiepersoon gehuwd is op 17.05.2011 en sinds 06.12.2001 ingeschreven is in Antwerpen, met verwijzing naar zijn tijdelijke afwezigheid naar Duitsland (van 22.06.2016 tot 27.10.2016).

Uit de voorgelegde documenten blijkt dat de referentiepersoon inderdaad tijdelijk liet afschrijven naar Duitsland. Echter, uit deze gegevens blijkt niet of en op welke basis de referentiepersoon een effectief verblijfsrecht verkregen heeft. Bijgevolg is niet afdoende aangetoond dat de referentiepersoon in Duitsland verbleef krachtens een verblijfsrecht van meer dan drie maanden als werknemer, zelfstandige, student of beschikker voldoende bestaansmiddelen, zoals bepaald in richtlijn 2004/38/EG (artikel 7, leden 1 en 2). Verder blijkt nergens uit het dossier dat de Belgische zoon zijn belangen in Duitsland had. Hij en zijn gezin verblijven immers in België en uit nazicht van DOLSIIS blijkt dat de referentiepersoon vanaf 23.10.2006 tot op heden ononderbroken in België tewerkgesteld is geweest bij [...] in Antwerpen. Dit blijkt tevens ook uit de loonfiches die de referentiepersoon voorlegt voor o.a. de maanden juli, augustus en oktober 2016 of de periode dat de referentiepersoon in Duitsland was ingeschreven. Uit de voorgelegde documenten blijkt tevens niet dat betrokkene, de referentiepersoon in Duitsland is gaan vervoegen. Bijgevolg is niet afdoende aangetoond dat betrokkene en de referentiepersoon in Duitsland een gezinsleven hebben opgebouwd of bestendigd.

De referentiepersoon kan dan ook geen beroep doen op artikel 21 VWEU en richtlijn 2004/38/EG of het recht op vrij verkeer van personen binnen de Europese Unie.

Betrokkene voldoet dan ook niet aan de vereiste voorwaarden van artikel 40bis, §2, 4° van de wet van 15.12.1980 om het verblijfsrecht in België te verkrijgen op basis van gezinshereniging.

Het recht op verblijf wordt geweigerd aan betrokkene. Het AI van betrokkene dient te worden ingetrokken. Aan betrokkene wordt het bevel gegeven het grondgebied van het Rijk te verlaten binnen 30 dagen. Wettelijke basis artikel 7,1,2° van de wet van 15.12.1980: legaal verblijf in België is verstreken. Hierbij wordt art. 74/13 van de wet van 15.12.1980 wel degelijk in overweging genomen. Van minderjarige kinderen van betrokkene is hier geen sprake, evenmin van een probleem betreffende de gezondheid van betrokkene. Verder, wat het gezins- en familieleven betreft: het bevel is het logische gevolg van het niet voldoen aan de verblijfsvoorwaarden. Indien het lang verblijf niet kan worden toegestaan en er geen andere rechtsgrond is waardoor betrokkene alsnog legaal in België zou kunnen verblijven, wat hier het geval is, is een bevel het enige alternatief. Betrokkene is een volwassen persoon die, voor zover wij weten, altijd in Marokko heeft gewoond. Het is redelijk te stellen dat zij daar haar eigen gezins- en familieleven terug kan hervatten. Het is immers niet omdat een deel van haar familie in België woont, dat ze geen familie en vrienden meer zou hebben in het land van herkomst.“

2. Onderzoek van het beroep

2.1. Verzoekster voert in een eerste middel, gericht tegen de beslissing tot weigering van verblijf, een schending aan van de artikelen 40bis, §2, 4° en 40ter, §1 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), van artikel 7 van de richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden (hierna: de richtlijn 2004/38/EG), van artikel 21 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU), van de materiële motiveringsplicht en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij verstrekt volgende toelichting bij het middel:

“[...] Verwerende partij meent te kunnen stellen dat verzoekster met de voorgelegde documenten onvoldoende heeft aangetoond op welke basis de referentiepersoon effectief verblijfsrecht verkregen heeft in Duitsland. Dat voorts nergens uit het dossier zou blijken dat de Belgische zoon zijn belangen in Duitsland had.

Als staatsburger van een lidstaat heeft de referentiepersoon immers de status van burger van de Unie volgens artikel 20, lid 1 VWEU, zodat hij zich, ook ten opzichte van de Belgische autoriteiten, kan beroepen op de bij die status horende rechten, met name op het recht om vrij te reizen en te verblijven op het grondgebied van de lidstaten, zoals verleend door artikel 21 VWEU. Afgeleid uit deze bekommernis om het effectieve genot van de voornaamste rechten verbonden aan het burgerschap van de Unie te garanderen, kunnen aldus de artikelen 20 en 21 van het VWEU zich ertegen verzetten dat een familielid die een derdelander is, een afgeleid verblijfsrecht wordt geweigerd door de lidstaat waarvan de referentiepersoon tevens de nationaliteit bezit.

Dit werd in de Belgische wetgeving omgezet nadat het Grondwettelijk Hof in 2013 (GwH 26 september 2013, nr. 121/12, B.58.8) oordeelde dat er een aparte regeling moest komen in de Verblijfswet om de

gezinshereniging te regelen voor familie van een Belg die in het verleden reëel en daadwerkelijk zijn recht van vrij verkeer uitoefende.

Door het arrest van het Grondwettelijk Hof van 26-09-2013 met nummer 121/2013 werd het volgende immers vast gesteld: "B.58.7. Wanneer een burger van de Unie, na een reëel en daadwerkelijk gebruik te hebben gemaakt van zijn recht van vrij verkeer, terugkeert naar de lidstaat waarvan hij onderdaan is, dienen zijn familieleden in de zin van artikel 2, punt 2) van de richtlijn 2004/38/EG bijgevolg hem te kunnen begeleiden, (...).

Bovendien mogen de voorwaarden die de gezinshereniging van die burger van de Unie in België regelen, niet strikter zijn dan die welke krachtens het Unierecht, in het gastland waren opgelegd. "

Heden stelt artikel 40ter, §1 van de Vreemdelingenwet het volgende: 11 § 1. De familielieden bedoeld in artikel 40bis, § 2, van een Belg die zijn recht op vrij verkeer heeft uitgeoefend overeenkomstig het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, zijn onderworpen aan dezelfde bepalingen als de familieleden van een burger van de Unie. " •

Deze wetswijziging gaat verder dan de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en stelt niet als voorwaarde dat het familielid samen met de Unieburger in een andere lidstaat moet verbleven hebben. De bewering van verwerende partij die stelt dat "uit de voorgelegde documenten (...) tevens niet [blijkt] dat betrokkene, de referentiepersoon in Duitsland is gaan vervoegen. Bijgevolg is niet afdoende aangetoond dat betrokkene en de referentiepersoon in Duitsland een gezinsleven hebben opgebouwd of bestendigd." Kan derhalve geen grondslag vinden in de toepasselijke wetgeving. In dit geval zullen dus ook dezelfde regels van toepassing zijn die van toepassing zijn op de familieleden van een Unieburger. Het is uiteraard niet aan verwerende partij om bijkomende toepassingsvoorwaarden aan de bestaande wetgeving toe te voegen.

Gelet op bovenstaande, dient in casu aldus enkel te worden vastgesteld of verzoekster heeft aangetoond zich te bevinden in een situatie, waarvan het Europees Hof van Justitie heeft aangegeven dat de artikelen 20 en 21 VWEU de Belgische overheid ertoe verplichten in een afgeleid verblijfsrecht te voorzien.

In casu wenst verzoeker in eerste instantie te verwijzen naar artikel 3, lid 1 van de richtlijn 2004/38/EG hetgeen deze richtlijn van toepassing maakt op "iedere burger van de Unie die zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, en diens familieleden. "

Dit maakt dat ook artikel 7 van diezelfde richtlijn van toepassing is op de referentiepersoon in voorliggend dossier. Dit artikel stelt immers onomwonden dat: "Iedere burger van de Unie heeft het recht gedurende meer dan drie maanden op het grondgebied van een andere lidstaat te verblijven:

(...) b) indien hij voor zichzelf en voor zijn familieleden over voldoende bestaansmiddelen beschikt om te voorkomen dat zij tijdens hun verblijf ten laste komen van het sociale bijstandstelsel van het gastland, en over een verzekering beschikt die de ziektekosten in het gastland volledig dekt" [...]

Dat men, indien een EU burger zich in schrijft, niet zal nagaan wat de herkomst van deze bestaansmiddelen is, daar de ratio legis zich steunt op het 'voorkomen dat zij tijdens hun verblijf ten laste komen van het sociale bijstandstelsel van het gastland.

In arrest C-456/12 van het Hof van Justitie wordt bevestigd dat de richtlijn 2004/38/EG naar analogie van toepassing is op de burger van de Unie dewelke terugkeert naar zijn lidstaat van oorsprong na een verblijfsrecht van meer dan 3 maanden in het gastland krachtens richtlijn 2004/38/EG.

Uw Raad is bij de beoordeling van de materiële motiveringsplicht niet bevoegd zijn beoordeling van de aanvraag in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. Uw Raad is in de uitoefening van zijn wettelijk toezicht enkel bevoegd om na te gaan of deze overheid bij de beoordeling van de aanvraag is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet onredelijk tot haar besluit is gekomen, (cfr. RvS, 7 december 2001, nr. 101 624)

Het respect voor de zorgvuldigheidsplicht houdt in dat de administratie bij het nemen van een beslissing moet steunen op alle gegevens van het dossier en op alle daarin vervatte dienstige stukken.

Verwerende partij meent het volgende te kunnen stellen: "Uit voorgelegde documenten blijkt dat de referentiepersoon inderdaad tijdelijk liet afschrijven naar Duitsland. Echter, uit deze gegevens blijkt niet

of en op welke basis de referentiepersoon een effectief verblijfsrecht verkregen heeft. Bijgevolg is niet afdoende aangetoond dat de referentiepersoon in Duitsland verbleef krachtens een verblijfsrecht van meer dan drie maanden als werknemer, zelfstandige, student of beschikker voldoende bestaansmiddelen, zoals bepaald in richtlijn 2004/38/EG. "

Verzoeker verwijst hierbij naar de voorgelegde documenten waaruit blijkt dat hij zich heeft ingeschreven in het Duitse Rijk en waaruit blijkt dat hij in België werd uitgeschreven met vermelding van zijn inschrijving in Duitsland. Hieruit blijkt ontegensprekelijk dat verzoeker werd ingeschreven bij de bevoegde Duitse overheidsdiensten.

Dit is conform section 2 van de "act on the General Freedom of Movement for EU Citizens"

(stuk 2) enkel mogelijk in de volgende hypotheses:

"(1) EU citizens and their dependants entitled to freedom of movement shall have the right to enter and reside in the federal territory pursuant to this Act.

(2) The following persons are entitled to freedom of movement under Union law:

(...)

5. EU citizens who are not gainfully employed, subject to the requirements of section 4

()"*

Vervolgens dient section 4 van diezelfde wet geraadpleegd worden, waaruit blijkt dat: (stuk 2) "non-gainfully employed EU citizens and their dependants who accompany the EU citizen or subsequently immigrate to the federal territory to join the EU citizen shall possess the right pursuant to section 2 (1) if they have adequate health insurance coverage and adequate means of subsistence. (...)"

Indien verwerende partij met de nodige zorgvuldigheid alle nodige gegevens, stukken en feiten had verwerende partij redelijkerwijs tot de conclusie kunnen komen dat de referentiepersoon zich in Duitsland had gevestigd als beschikker van voldoende bestaansmiddelen. De referentiepersoon was immers in deze periode ook tewerkgesteld bij [...] te Antwerpen, zoals blijkt uit de bestreden beslissing en het administratieve dossier.

Verwerende partij diende de Duitse Vreemdelingenwet te controleren teneinde te kunnen besluiten dat een verblijf als EU-burger in Duitsland slechts mogelijk is in de gevallen die zijn voorgeschreven in richtlijn 2004/38/EG, waardoor zij diende te besluiten dat de referentiepersoon onder de toepassing viel van de artikelen 20 en 21 VWEU.

Redelijkerwijs had zij vervolgens moeten besluiten dat artikel 40ter van de vreemdelingenwet diende toegepast te worden in voorliggend geval, waardoor verzoekster onderworpen was aan dezelfde bepalingen als de familieleden van een burger van de Unie. Verzoekster voldoet derhalve aan de voorwaarden gesteld in artikel 40ter §1 van de vreemdelingenwet, waardoor artikel 40bis, §2, 4° van de vreemdelingenwet van toepassing is in het voorliggende dossier.

Verwerende partij is derhalve te kort door de bocht gegaan bij de beoordeling van voorliggend dossier, waardoor de bestreden beslissing genomen werd in schending met de artikelen 40ter §1 en 40bis §2, 4° van de vreemdelingenwet en met de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

[...]"

2.2. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen is bij de beoordeling van de materiële motiveringsplicht niet bevoegd zijn beoordeling van de aanvraag in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. De Raad is in de uitoefening van zijn wettelijk toezicht enkel bevoegd om na te gaan of deze overheid bij de beoordeling van de aanvraag is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet onredelijk tot haar besluit is gekomen (cf. RvS 7 december 2001, nr. 101.624).

2.3. Het respect voor de zorgvuldigheidsplicht houdt in dat de administratie bij het nemen van een beslissing moet steunen op alle gegevens van het dossier en op alle daarin vervatte dienstige stukken.

2.4. Artikel 40ter, §1 van de Vreemdelingenwet luidt als volgt:

"De familieleden bedoeld in artikel 40bis, § 2, van een Belg die zijn recht op vrij verkeer heeft uitgeoefend overeenkomstig het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de

werking van de Europese Unie, zijn onderworpen aan dezelfde bepalingen als de familieleden van een burger van de Unie.”

Artikel 40 bis, §2, 4° van de Vreemdelingenwet luidt als volgt:

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

(...). 4° de bloedverwanten in opgaande lijn, alsmede die van de echtgenoot of partner als bedoeld onder 1° of 2°, die te hunnen laste zijn, die hen begeleiden of zich bij hen voegen.”

2.5. Uit voormelde bepalingen blijkt dat derdelander-familieleden van een Belgische onderdaan zich kunnen beroepen op artikel 40bis, §2, 4° van de Vreemdelingenwet, indien deze Belgische onderdaan *“zijn recht op vrij verkeer heeft uitgeoefend overeenkomstig het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie”*. In de bestreden beslissing tot weigering van verblijf wordt gesteld dat deze uitoefening van vrij verkeer vereist dat *“de referentiepersoon enerzijds dient aan te tonen dat hij in Duitsland verbleef krachtens en volgens de bepalingen van richtlijn 2004/38/EG inzake een verblijfsrecht van meer dan drie maanden (werknemer, zelfstandige, student, beschikker voldoende bestaansmiddelen), en anderzijds dient te bewijzen dat zij in Duitsland een gezinsleven heeft opgebouwd of bestendigd met betrokkene.”* Verzoekster betwist dit en stelt dat de wetgeving niet als voorwaarde stelt dat het familielid samen met de Unieburger in een andere lidstaat moet hebben verbleven.

2.6. Kernpunt van huidige betwisting is aldus de vraag aan welke voorwaarden dient te zijn voldaan, opdat verzoekster zich in casu kan beroepen op artikel 40bis, §2, 4° van de Vreemdelingenwet.

2.7. Artikel 40ter, §1 van de Vreemdelingenwet werd ingevoegd door artikel 18 van de wet van 4 mei 2016 houdende diverse bepalingen inzake asiel en migratie en tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen.

2.8. In de voorbereidende werken met betrekking tot artikel 18 van voormelde wet kan het volgende worden gelezen: *“Het beoogt ook de bepalingen van de wet van 15 december 1980 inzake de familieleden van een Belg in overeenstemming te brengen met het arrestnr. 121/2013 van 26 september 2013 van het Grondwettelijk Hof, door een onderscheid te maken tussen de Belgen die gebruik hebben gemaakt van hun recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de Europese Unie en de Belgen die daar geen gebruik van hebben gemaakt.”* (Kamer, Stukken, 2015-2016, DOC 54 ,1696/001, p.7).

alsook:

“De wijzigingen aangebracht in artikel 40ter van de wet van 15 december 1980 volgen op arrest nr. 121/2013 van het Grondwettelijk Hof. In dit arrest heeft het Hof voor recht gezegd dat: “B.58.8. In zoverre hij bepaalt dat het recht op gezinshereniging van de Belg die reëel en daadwerkelijk zijn recht van vrij verkeer heeft uitgeoefend, aan striktere voorwaarden kan worden onderworpen dan die welke, krachtens het recht van de Europese Unie, in zijn gastland waren opgelegd, heeft de wetgever afbreuk gedaan aan het daadwerkelijke genot van het recht op vrij verkeer van de Belgen die in een gastland hebben verbleven, dat is gewaarborgd bij de artikelen 20 en 21 van het VWEU en bij artikel 45 van het Handvest van de grondrechten. Dat verschil in behandeling ten aanzien van het daadwerkelijke genot van de rechten die voortvloeien uit de status van burger van de Unie schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Die discriminatie vindt haar oorsprong echter niet in artikel 40bis van de wet van 15 december 1980, maar in de ontstentenis van een wetsbepaling die een Belg die reëel en daadwerkelijk zijn recht van vrij verkeer heeft uitgeoefend, toelaat in België te verblijven met zijn familieleden in de zin van artikel 2, punt 2), van richtlijn 2004/38/EG die voordien met hem in een andere lidstaat van de Europese Unie hebben verbleven, mits is voldaan aan voorwaarden die niet strenger zijn dan die welke, krachtens het recht van de Europese Unie, door dat gastland waren opgelegd.(...) Met het oog op juridische duidelijkheid en om wetgevingstechnische redenen is er echter voor gekozen dit artikel volledig te herschrijven. In verband met het recht op vrij verkeer heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie in zijn arrest van 12 maart 2014 (zaak C-456/12) het volgende voor recht verklaard: “51. Een belemmering als die waarop in punt 47 van het onderhavige arrest is gewezen, zal zich slechts voordoen wanneer het verblijf van de burger van de Unie in het gastland van dien aard is geweest dat hij in staat is gesteld in die lidstaat een gezinsleven op te bouwen of te bestendigen. Bijgevolg vereist

artikel 21, lid 1, VWEU niet dat elk verblijf van een burger van de Unie in het gastland waarbij hij wordt begeleid door een familielid dat derdelander is, noodzakelijkerwijs impliceert dat op het tijdstip van de terugkeer van die burger naar de lidstaat van zijn nationaliteit in die lidstaat aan dat familielid een afgeleid verblijfsrecht wordt toegekend. 52. In dit verband moet worden vastgesteld dat een burger van de Unie die de hem bij artikel 6, lid 1, van richtlijn 2004/38 verleende rechten uitoefent, niet de bedoeling heeft zich op zodanige wijze in het gastland te vestigen dat dit gunstig zou zijn voor het opbouwen of bestendigen van een gezinsleven in dat land. Bijgevolg weerhoudt de weigering om bij de terugkeer van de burger van de Unie naar zijn lidstaat van oorsprong een afgeleid verblijfsrecht toe te kennen aan diens familieleden die derdelander zijn, een dergelijke burger er niet van om de rechten die hij aan dat artikel 6 ontleent, uit te oefenen. 53. Een belemmering als die waarop in punt 47 van het onderhavige arrest is gewezen, dreigt zich daarentegen wel voor te doen, wanneer de burger van de Unie de rechten beoogt uit te oefenen die hij aan artikel 7, lid 1, van richtlijn 2004/38 ontleent. Een verblijf in het gastland krachtens en onder eerbiediging van de voorwaarden van artikel 7, lid 1, van die richtlijn getuigt immers in beginsel van een vestiging – en dus van een daadwerkelijk verblijf – van de burger van de Unie in dat gastland en kan hand in hand gaan met het opbouwen of bestendigen van een gezinsleven in dat gastland.” In zijn ander arrest van 12 maart 2014 (zaak C-457/12), heeft het Hof zich in deze zin uitgesproken: “(...) richtlijn 2004/38 moet in die zin worden uitgelegd dat zij zich er niet tegen verzet dat een lidstaat weigert een verblijfsrecht toe te kennen aan een derdelander die familielid is van een burger van de Unie, wanneer deze burger de nationaliteit heeft van die lidstaat en aldaar woont, maar zich in het kader van zijn beroepswerkzaamheden regelmatig naar een andere lidstaat begeeft; Artikel 45 VWEU moet in die zin worden uitgelegd dat het aan een familielid van een burger van de Unie, dat een derdelander is, een afgeleid verblijfsrecht verleent in de lidstaat waarvan die burger de nationaliteit bezit, wanneer deze burger in laatstbedoelde lidstaat woont, maar zich als werknemer in de zin van die bepaling regelmatig naar een andere lidstaat begeeft, indien de weigering om een dergelijk verblijfsrecht toe te kennen tot gevolg heeft dat de betrokken werknemer ervan wordt weerhouden de rechten die hij aan artikel 45 VWEU ontleent, daadwerkelijk uit te oefenen. Het staat aan de verwijzende rechter om dit na te gaan.” (Kamer, Stukken, 2015-2016, DOC 54 ,1696/001, p.27 tot 30).

2.9. Uit het bovenvermelde blijkt duidelijk dat de wetgever heeft beoogt de wetgeving in overeenstemming te brengen met het arrest 121/2013 van het Grondwettelijk Hof. De wetgever heeft in deze ook duidelijk aangegeven dat hij inzake het vrij verkeer van Belgische onderdanen de lijn wenst te volgen, zoals uitgezet in nuttige rechtspraak van het Hof van Justitie, onder meer inzake de toepassing van artikel 21, lid 1, met name arrest C-456/12 (HvJ 12 maart 2014, C-456/12, O. en B. v. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel).

2.10. Uit het hierboven vermelde arrest C-456/12, §54 van het Hof van Justitie blijken twee voorwaarden, opdat een burger van de Unie na zijn recht van vrij verkeer te hebben uitgeoefend, zich kan laten vervoegen door zijn derdelander-familieleden in zijn EU-staat van herkomst:

(1) enerzijds moet de burger van de Unie in een andere EU-lidstaat een verblijf hebben gekend in de zin van artikel 7, lid 1, of artikel 16, lid 1 van de richtlijn 2004/38/EG (verblijf van meer dan drie maanden als werknemer/werkzoekende/zelfstandige, als beschikker van voldoende bestaansmiddelen, of als student dan wel een ononderbroken verblijf van vijf jaar op het grondgebied van een andere lidstaat in het kader van een duurzaam verblijfsrecht)

en

(2) anderzijds moet hij tijdens dit verblijf een gezinsleven opgebouwd of bestendigd hebben met het betrokken familielid dat daar een afgeleid verblijfsrecht heeft verworven krachtens en onder eerbiediging van de in artikel 7, lid 2 of artikel 16, lid 2 van deze richtlijn genoemde voorwaarden.

2.11. Gelet op bovenstaande dient te worden geconcludeerd dat de Belgische wetgever in artikel 40 ter, §1 van de Vreemdelingenwet niet in een uitgebreider toepassingsgebied ter zake heeft willen voorzien. Verzoekster kan aldus niet worden gevolgd waar zij stelt dat de “wetswijziging verder [gaat] dan de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en niet als voorwaarde [stelt] dat het familielid samen met de Unieburger in een andere lidstaat moet verbleven hebben”. Verweerder heeft derhalve geen voorwaarde aan de wet toegevoegd, door te vereisen dat verzoekster aantoonde dat zij samen met de referentiepersoon in Duitsland heeft verbleven.

2.12. Waar verzoekster nog stelt dat “in casu enkel [dient] te worden vastgesteld of verzoekster heeft aangetoond zich te bevinden in een situatie, waarvan het Europees Hof van Justitie heeft aangegeven dat de artikelen 20 en 21 VWEU de Belgische overheid ertoe verplichten in een afgeleid verblijfsrecht te voorzien”, kan de Raad enkel vaststellen dat verweerder precies dit heeft onderzocht. Het gehele

betoog dat verzoekster hierbij voert, met name dat de referentiepersoon zich in Duitsland heeft gevestigd als beschikker van voldoende bestaansmiddelen, kan de bestreden beslissing niet aan het wankelen brengen. De Raad benadrukt het gestelde in punt 2.10, waaruit blijkt dat er twee voorwaarden zijn, opdat een burger van de Unie na zijn recht van vrij verkeer te hebben uitgeoefend, zich kan laten vervoegen door zijn derdelander-familieleden in zijn EU-staat van herkomst. Zelfs indien zou kunnen worden aangenomen dat is aangetoond dat de referentiepersoon in Duitsland heeft verbleven, in de zin van artikel 7, lid 1 of artikel 16, lid 1 van richtlijn 2004/38/EG, is eveneens vereist dat is aangetoond dat de referentiepersoon tijdens dit verblijf een gezinsleven heeft opgebouwd of bestendigd met verzoekster, die daar een afgeleid verblijfsrecht heeft verworven krachtens en onder eerbiediging van de in artikel 7, lid 2 of artikel 16, lid 2 van deze richtlijn genoemde voorwaarden. Verzoekster betwist niet dat zij geen bewijsstukken heeft aangebracht waaruit blijkt dat zij samen met haar Belgische zoon in een andere lidstaat, in casu Duitsland, een gezinsleven heeft opgebouwd of aldaar bestendigd heeft. Aldus toont zij niet aan dat aan de tweede voorwaarde is voldaan, zodat zij geen aanspraak kan maken op een afgeleid verblijfsrecht.

2.13. Er anders over oordelen en stellen dat artikel 40ter, §1, van de Vreemdelingenwet zou inhouden dat een familielid-derdelander van een Belg die zijn recht van vrij verkeer heeft uitgeoefend, niet zou moeten aantonen dat hij samen met deze Belgische onderdaan in een andere lidstaat een gezinsleven heeft opgebouwd of aldaar heeft bestendigd, en dat deze onder dezelfde voorwaarden gezinshereniging kan verkrijgen zoals familieleden van EU-burgers die zich in België vestigen, zou neerkomen op een rechtstreekse toepassing van richtlijn 2004/38/EG. Deze richtlijn voorziet echter uitsluitend dan in een afgeleid verblijfsrecht voor derdelanders die familielid zijn van een Unieburger in de zin van artikel 2, tweede lid van deze richtlijn, wanneer laatstgenoemde zijn recht van vrij verkeer heeft uitgeoefend door zich te vestigen in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit heeft (zie HvJ 12 maart 2014, C-456/12, O. en B. v. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel, § 39 en HvJ 12 maart 2014, C-457/12, S. v. Minister voor Immigratie en Minister voor Immigratie v. G., § 34). Aan deze richtlijn kan dus voor derdelanders die familieleden zijn van een Unieburger, die woont in de lidstaat waarvan hij de nationaliteit bezit, geen afgeleid verblijfsrecht worden ontleend (zie HvJ 12 maart 2014, C-457/12, S. v. Minister voor Immigratie en Minister voor Immigratie v. G., § 34).

2.14. De Raad vermag niet te oordelen in strijd met rechtspraak van het Hof van Justitie zoals neergelegd in de laatstgenoemde arresten en in de bovenvermelde arresten C-456/12 en C-457/12.

2.15. De Raad benadrukt immers dat lidstaten ertoe zijn gehouden hun nationale recht conform het Unierecht uit te leggen (zie HvJ 6 november 2003, C-101/01, Lindqvist, punt 87 ; HvJ 26 juni 2007, C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, punt 28). Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie dient de nationale rechter bij de toepassing van het nationale recht dit zo veel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn teneinde het daarmee beoogde resultaat te bereiken en aldus te voldoen aan artikel 288, derde alinea van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU). Deze verplichting tot richtlijnconforme uitlegging is namelijk inherent aan het systeem van het VWEU, aangezien het de nationale rechter in staat stelt binnen het kader van zijn bevoegdheden de volle werking van het recht van de Unie te verzekeren bij de beslechting van de bij hem aanhangige geschillen (zie onder meer arresten van 5 oktober 2004, *Pfeiffer e.a.*, C-397/01–C-403/01, Jurispr. blz. 8835, punt 114; 23 april 2009, *Angelidaki e.a.*, C-378/07–C-380/07, Jurispr. blz. I-3071, punten 197 en 198, en 19 januari 2010, *Küçükdeveci*, C-555/07, Jurispr. blz. I-365, punt 48; HvJ 13 november 1990, C-106/89, *Marleasing*, par. 8). De nationale rechter dient tevens, als gevolg van de in artikel 4, lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: het VEU) neergelegde samenwerkingsplicht en het loyaliteitsbeginsel, rekening te 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 van het VWEU verleende bevoegdheid geeft aan een regel van Unierecht, verklaart en preciseert, voor zover 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).

2.16. Waar verzoeker nog een schending opwerpt van artikel 7 van de richtlijn 2004/38/EG, wijst de Raad erop dat deze bepaling werd omgezet in de nationale rechtsorde, zodat hij zich hier niet dienstig op kan beroepen. Dit onderdeel van het middel is onontvankelijk. Alleszins wijst de Raad erop dat zelfs indien verzoekster kan worden gevolgd in haar kritiek dat de verwerende partij de zorgvuldigheidsplicht en de materiële motiveringsplicht geschonden heeft door vast te stellen dat de referentiepersoon niet in

Duitsland heeft verbleven als beschikker van voldoende bestaansmiddelen, dit niet kan leiden tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing tot weigering van verblijf, gelet op het gestelde in punt 2.10.

2.17. Het eerste middel is, in zoverre ontvankelijk, ongegrond.

2.18 Verzoekster voert in een tweede middel, gericht tegen het bevel om het grondgebied te verlaten, een schending aan van artikel 7 en van artikel 39/79, §1 van de Vreemdelingenwet.

Zij verstrekt volgende toelichting bij het middel:

“[...] Naast de beslissing die het recht op verblijf van meer dan drie maanden weigert, werd aan verzoekster in dezelfde akte ook een bevel om het grondgebied te verlaten betekend.

Hierdoor schendt verwerende partij echter artikel 39/79 §1 en artikel 7 van de Vreemdelingenwet.

Artikel 39/79 §1 van de Vreemdelingenwet stelt het volgende:

[...]

Door het automatisch schorsend karakter van het beroep tot nietigverklaring mag tijdens de beroepstermijn en tijdens de termijn van de behandeling van het beroep geen enkele uitwijzingsbeslissing gedwongen worden uitgevoerd, én mag er tijdens deze periode geen uitwijzingsbeslissingen worden genomen 'wegens feiten die aanleiding hebben gegeven tot de beslissing waartegen het beroep is ingediend'.

Door het schorsend karakter van voorliggend beroep, verblijft verzoeker niet onwettig op het grondgebied, en laat artikel 39/79 §1 van de Vreemdelingenwet het niet toe dat een bevel om het grondgebied te verlaten wordt afgeleverd. Doordat verzoeker niet onwettig op het grondgebied verblijft, mocht verwerende partij zich niet beroepen op artikel 7 van de Vreemdelingenwet om een bevel om het grondgebied te verlaten af te leveren, aangezien dit enkel mogelijk is voor personen in illegaal verblijf.

De Raad van State bevestigde dit in haar recente arrest nr. 238.170 van 11 mei 2017, waarin de Raad het volgende stelde over artikel 39/79 van de Vreemdelingenwet:

« Cette disposition, insérée par l'article 180 de la loi du 15 septembre 2006, réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du contentieux des étrangers, concerne « certaines catégories d'étrangers » qui ont introduit un recours en annulation devant le Conseil du contentieux des étrangers contre l'une des décisions visées à l'alinéa 2 : soit des mesures d'éloignement (ordre de quitter ou mesure de renvoi), soit des décisions de refus d'autorisation ou de reconnaissance de droit de séjour, soit des décisions mettant fin au séjour, soit encore des mesures de sûreté. Conformément à l'article 39/79, § 1er, alinéa 1er, de la loi, si l'étranger fait l'objet d'une mesure d'éloignement visée à l'alinéa 2, celle-ci ne peut être exécutée pendant le délai fixé pour l'introduction du recours et l'examen de celui-ci. S'il fait l'objet d'une décision visée à l'alinéa 2 qui n'est pas une mesure d'éloignement, une telle mesure ne peut être « prise » pendant le délai fixe pour l'introduction du recours et l'examen de celui-ci.

Contrairement à ce que soutient le requérant, dès lors que l'article 39/79, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 prévoit que, pendant les délais qu'il précise, aucune mesure d'éloignement, justifiée par les mêmes faits ayant mené à l'adoption d'une des décisions visées à son alinéa 2 qui fait l'objet du recours, ne peut être prise et dès lors que le requérant n'est donc pas en séjour illégal durant ces délais, la partie adverse ne peut adopter une mesure d'éloignement, sur la base de l'article 7 de la loi du 15 décembre 1980. »

Door een bevel om het grondgebied te betekenen aan verzoekster, schond verwerende partij bijgevolg artikel 39/79, §1 en artikel 7 van de Vreemdelingenwet. [...]"

2.19. Verzoekster verwijst naar artikel 39/79, §1 van de Vreemdelingenwet en stelt dat het automatisch schorsend beroep niet toelaat dat haar, gedurende de beroepstermijn en de behandeling van het beroep, een bevel om het grondgebied te verlaten wordt afgeleverd. Zij verwijst in deze eveneens naar het arrest van de Raad van State van 11 mei 2017 met nummer 238.170.

2.20. Artikel 39/79, § 1, van de Vreemdelingenwet luidt als volgt op het ogenblik van het treffen van de bestreden beslissing:

“§ 1. Onder voorbehoud van paragraaf 3 en behalve mits toestemming van betrokkene, kan tijdens de voor het indienen van het beroep vastgestelde termijn en tijdens het onderzoek van dit beroep, gericht tegen de in het tweede lid bepaalde beslissingen, ten aanzien van de vreemdeling geen enkele maatregel tot verwijdering van het grondgebied gedwongen worden uitgevoerd en mogen geen zodanige maatregelen ten opzichte van de vreemdeling worden genomen wegens feiten die aanleiding hebben gegeven tot de beslissing waartegen dat beroep is ingediend.

De in het eerste lid bedoelde beslissingen zijn:

1° de beslissing tot weigering van de machtiging tot verblijf van de in artikel 10bis bedoelde vreemdelingen, op voorwaarde dat de vreemdeling die vervoegd werd, nog steeds in het Rijk verblijft, niet langer in het Rijk verblijft dan de beperkte duur van zijn machtiging tot verblijf of niet het voorwerp uitmaakt van een bevel om het grondgebied te verlaten;

2° de beslissing tot weigering van de erkenning van het recht op verblijf of die een einde maakt aan het recht op verblijf, genomen in toepassing van artikel 11, § 1 of 2;

3° het bevel om het grondgebied te verlaten, afgeleverd aan de in artikel 10bis, § 2 of § 3, bedoelde familieleden op basis van artikel 13, § 4, eerste lid, of aan de in artikel 10bis, § 1, bedoelde familieleden, om dezelfde redenen, op voorwaarde dat de vreemdeling die vervoegd werd, nog steeds in het Rijk verblijft, niet langer in het Rijk verblijft dan de beperkte duur van zijn machtiging tot verblijf of niet het voorwerp uitmaakt van een bevel om het grondgebied te verlaten”;

4° (opgeheven);

5° het verwerpen van een aanvraag om machtiging tot vestiging of de status van langdurig ingezetene;

6° (opgeheven);

7° elke beslissing tot weigering van erkenning van een verblijfsrecht aan een burger van de Unie of zijn familielid bedoeld in artikel 40bis op grond van toepasselijke Europese regelgeving alsmede iedere beslissing waarbij een einde gemaakt wordt aan het verblijf van een burger van de Unie of zijn familielid bedoeld, in artikel 40bis;

8° elke beslissing tot weigering van een erkenning van het verblijfsrecht van een vreemdeling bedoeld in artikel 40ter;

9° de beslissing tot weigering van de machtiging tot verblijf, die wordt aangevraagd op basis van artikel 58, door een vreemdeling die in België wenst te studeren.”

2.21. Aangezien artikel 39/79, § 1 van de Vreemdelingenwet voorziet dat tijdens de voor het indienen van het beroep vastgestelde termijn geen enkele verwijderingsmaatregel mag worden genomen wegens feiten die aanleiding hebben gegeven tot één van de beslissingen waarin het tweede lid voorziet, en de thans bestreden beslissing tot weigering van verblijf die is opgenomen in de bijlage 20 valt onder de toepassing van artikel 39/79, tweede lid, 8°, van de Vreemdelingenwet en aangezien verzoekster, die niet valt onder de toepassing van artikel 39/79, §3 van de Vreemdelingenwet, gedurende deze termijnen dus niet in illegaal verblijf is, kan verzoekster worden gevolgd wanneer zij stelt dat er geen bevel om het grondgebied te verlaten mag worden gegeven op grond van artikel 7 van de Vreemdelingenwet (cf. RvS 11 mei 2017, nr. 238.170).

2.22. Het verweer in de nota met opmerkingen dat een bevel overeenkomstig artikel 7, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet moet worden afgeleverd daar verzoeksters legaal verblijf in België is verstreken en dat dit bevel om het grondgebied te verlaten niet gedwongen zal worden uitgevoerd, kan niet gevolgd worden omdat dit strijdig is met artikel 39/79 van de Vreemdelingenwet.

2.23. Een schending van artikel 39/79 van de Vreemdelingenwet, samen gelezen met artikel 7 van dezelfde wet, wordt aangenomen.

2.24. Het tweede middel is gegrond.

2.25. De nietigverklaring van het bevel om het grondgebied te verlaten volstaat evenwel niet om tevens te besluiten tot de nietigverklaring van de beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden. Door te oordelen dat de bestreden beslissing één beslissing betreft met één motivering en door enkel omwille van een gebrek in het bevel om het grondgebied te verlaten niet alleen dat bevel maar ook de beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden te vernietigen, zou de Raad de inhoud van artikel 52, § 4, vijfde lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen miskennen (cf. RvS 23 januari 2014, nr. 226.182).

3. Kosten

Daar één van de bestreden beslissingen wordt vernietigd, past het de kosten van het beroep ten laste te leggen van de verwerende partij.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

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

Artikel 2

Het beroep tot nietigverklaring wordt verworpen voor zover het is gericht tegen de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 12 juli 2017 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden.

Artikel 3

De kosten van het beroep, begroot op 186 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

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

mevr. M. EKKA,

kamervoorzitter

dhr. T. LEYSEN,

griffier

De griffier,

De voorzitter,

T. LEYSEN

M. EKKA