

Arrest

nr. 229 394 van 28 november 2019
in de zaak RvV X / II

In zake: 1. X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat Dirk GEENS
Lange Lozanastraat 24
2018 ANTWERPEN

tegen:

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

DE WND. VOORZITTER VAN DE IIde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X en X, in hun hoedanigheid als wettelijke vertegenwoordigers van hun minderjarige dochter X, die beiden verklaren van Albanese nationaliteit te zijn, op 18 september 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 8 augustus 2019 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20).

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 9 oktober 2019, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 5 november 2019.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken M. BEELEN.

Gehoord de opmerkingen van advocaat M. KIWAKANA, die *loco* advocaat D. GEENS verschijnt voor de verzoekende partijen en van advocaat C. MUSSEN, die *loco* advocaten C. DECORDIER & T. BRICOUT verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

De verwerende partij geeft het volgende feitenrelaas weer in haar nota met opmerkingen:

“Verzoekende partij verklaart van Albanese nationaliteit te zijn, geboren te Tirana op 03.08.2014. Op 06.12.2017 dienden verzoekers, in naam van hun minderjarig kind, een aanvraag in tot afgifte van een verblijfskaart als familielid van Belg, in toepassing van artikel 47/1 van de Vreemdelingenwet.

Op 08.06.2019 nam de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie een beslissing waarin gesteld werd dat de aanvraag tot gezinshereniging op grond van artikel 47/1 van de Vreemdelingenwet buiten toepassingsgebied van de wet valt.

Op 19.07.2018 dienden verzoekers een beroep tot nietigverklaring in tegen voormelde beslissing.

Op 13.12.2018 bij arrest nr. 213.964 heeft de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen de beslissing dd. 08.06.2019 vernietigd.

Op 08.08.2019 nam de gemachtigde voor de Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie een beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20)."

Dit is correct in zoverre dat verzoekers niet de natuurlijke ouders zijn. De aanvraag werd ingediend namens het minderjarige kind in functie van de zus van de natuurlijke moeder van het kind, dus in functie van haar tante als referentiepersoon. De aanvraag werd ingediend in als "ander familielid – ten laste of deel uitmakend van het gezin" van de referentiepersoon.

Op 8 augustus 2019 neemt de gemachtigde van de bevoegde minister de volgende beslissing, die de bestreden beslissing is:

"(...)

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 voor van een verblijfskaart, die op 6.12.2017 werd ingediend door: Naam: D. Voorna(a)m(en): A. Nationaliteit: Albanië Geboortedatum: 03.08.2014 Geboorteplaats: T. Rr: (...) Verblijvende te: (...) om de volgende reden geweigerd: X 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 ander familielid van een burger van de Unie. Betrokkene vroeg verblijfsrecht aan als nichtje van een Belgische onderdane, C. V. (...). Er wordt voor de minderjarige enerzijds toepassing gevraagd van art. 47/1, 2° (zie bijlage 19ter) en anderzijds van art. 47/1, 3° van de wet van 15.12.1980 (zie brief advocate). De aanvraag van betrokkene werd reeds eerder beantwoord nl. op 8.06.2018, echter de Raad achtte dat dit antwoord geen rechtsgeldige beslissing was vandaar dat heden een nieuwe beslissing, in de vorm van een bijlage 20, dient te worden genomen. Art. 47/1 vangt echter als volgt aan: 'Als andere familieleden van een burger van de Unie worden beschouwd: (...)'. Concreet wil dit zeggen dat dit wetsartikel enkel kan ingeroepen worden door gezinsleden van EU-burgers. De referentiepersoon in casu is een Belgische. Anderzijds stelt het Grondwettelijk Hof in het arrest 121/2013 van 26.09.2013 het volgende: Het hof herinnert aan het feit dat wanneer een burger van de Unie, na zijn recht van rij verkeer reëel en daadwerkelijk te hebben uitgeoefend, terugkeert naar de lidstaat waarvan hij de nationaliteit heeft, zijn familieleden hem moeten kunnen begeleiden, zonder dat de voorwaarden strenger mogen zijn dan deze welke, krachtens het recht van de Unie, in het gastland waren opgelegd. Bijgevolg is artikel 40bis van de wet van 15.12.1980 van toepassing op de gezinshereniging van de familieleden van de Belg die zijn recht van vrij verkeer reëel en daadwerkelijk heeft uitgeoefend en die voordien met hem in een andere lidstaat verbleven hebben. In casu echter, blijkt weliswaar uit het dossier dat de Belgische referentiepersoon zich op een bepaalde moment heeft laten uitschrijven naar Nederland, alsook dat ze er ingeschreven werd in de Nederlandse gemeente Hulst, echter het is niet duidelijk of ze dit wel degelijk gedaan heeft om gebruik te maken van haar vrij verkeer. Het gesolliciteerd karakter van deze inschrijving kan niet worden uitgesloten ook al omdat het attest van de gemeentelijke basisadministratie vermeldt dat betrokkene heeft aangegeven het grootste deel van haar tijd in het buitenland te zullen verblijven.

Verder blijkt evenmin dat het kind daar de referentiepersoon zou hebben vervoegd. Dit is immers eveneens een te vervullen voorwaarde alvorens art. 47/1, 2° of 3° kan ingeroepen worden ten overstaan van een Belg. 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 het dossier blijkt allerm minst dat het kind in die periode bij de referentiepersoon in Nederland heeft verbleven, wel integendeel, in die periode was ze in behandeling in een Belgisch ziekenhuis. In de documenten die daarvan werden voorgelegd is specifiek als adres van het kind, het adres te Schilde (België) opgenomen. Deze documenten werden uiteraard voorgelegd om de medische afhankelijkheid van de minderjarige tegenover de Belgische referentiepersoon aan te tonen, echter dat gaat natuurlijk niet samen. Enerzijds claimen dat met in een andere lidstaat heeft verbleven en het vrij verkeer er heeft uitgeoefend, maar anderzijds aantonen de betrokkene sinds jaren is aangewezen op de ondersteuning van de referentiepersoon en feitelijk heel vaak in België, bij de tante heeft verbleven, om een medische behandeling te kunnen ondergaan. De termijn binnen dewelke deze nieuwe beslissing is genomen, is niet in strijd met de bepalingen hierover in art. 52 van het KB of de bepalingen van art. 42 van de wet. Immers, het kind kan niet beschouwd worden als een gezinslid van een burger van de Unie, het is een gezinslid van een Belgisch, gezien het bewijs van het gebruik maken van het vrij verkeer niet afdoende was. Bovendien stelt art. 42 dat het verblijfsrecht uiterlijk moet erkend worden binnen de 6 maanden volgend op de aanvraag. Hier betreft het allerm minst een erkenning, gezien de ontvankelijkheidsvereisten voor de aanvraag al niet zijn vervuld. Overeenkomstig het arrest Diallo is het helemaal niet mogelijk om van ambtswege een verblijfsrecht te erkennen waarvoor helemaal geen wettelijke basis is. Dit is in casu het geval.
(...)”

2. Onderzoek van het beroep

2.1. Verzoekers voeren in twee middelen de schending aan van de artikelen 42, 40, §1 en 47/1 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 52 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: het Vreemdelingenbesluit), van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en van de materiële motiveringsplicht.

De middelen hangen nauw samen en worden als volgt toegelicht:

“EERSTE MIDDEL:

SCHENDING VAN ARTIKEL 42 VREEMDELINGENWET

- SCHENDING VAN ARTIKEL 52 VREEMDELINGENBESLUIT

1. Op 6 december 2017 werd door de verzoekende partij een aanvraag tot gezinshereniging ingediend als “ander familielid” van een Belg die zijn vrij verkeer uitoefent en dus wordt gelijkgesteld - wat betreft de gezinshereniging - met een Unieburger.

De aanvraag werd ingediend op grond van artikel 40ter, §1 juncto artikel 47/1 van de Vreemdelingenwet.

Een bijlage 19ter werd afgeleverd waaruit blijkt dat volgende bewijsstukken werden overhandigd: de Albanese geboorteakte van D.A. met apostille, de Albanese geboorteakte van de moeder van het kind (D.L.) met apostille, de geboorteakte van C.V. (zus van D.L.), het bewijs van het ziekenhuis in Albanië dat A. niet kan worden behandeld in ziekenhuizen in Albanië, kopie van hun paspoort, bewijs van V.C. dat ze afgeschreven is naar Nederland (Hulst), foto's van kind tijdens behandeling, brieven van AZ Klina waaruit blijkt dat het kindje op 25.11.2014, 12.05.2015, 03.03.2016 alhier behandeld is, bewijzen van ten laste zijn van A. ten opzichte van V.: bewijzen van KBC op rekening van D.-C. naar Klina voor betaling van behandeling D. A., facturen van Klina, bewijzen van UZA zoals facturen en afspraken, consultatieverslag 20.03.2017, bijlage 3bis van 22.02.2016, bewijs van ouders dat het kindje mag wonen in het gezin van D.-C. in het belang van het kind.

De bijlage 19ter maakt melding dat er nog volgende documenten binnen de drie maanden moeten voorgelegd worden: bewijs van bestaansmiddelen van C. V., attest voor beiden niet ten laste van OCMW.

Deze documenten werden vervolgens tijdig binnengebracht.

De bijlage 19ter vermeld eveneens dat de aanvraag overeenkomst artikel 52 van het KB van 8 oktober 1981 zal worden onderzocht en dat verzoekster binnen de zes maanden zal worden uitgenodigd om zich aan te bieden bij het gemeentebestuur, zodat de beslissing inzake de aanvraag aan haar kan worden betekend.

2. Artikel 52, §1, eerste lid Vreemdelingenbesluit stelt als volgt: “Het familielid dat zelf geen burger van de Unie is en zijn familieband overeenkomstig artikel 44 bewijst, dient een aanvraag in voor een verblijfkaart van familielid van een burger van de Unie bij het gemeentebestuur van de plaats waar hij verblijft door middel van een document overeenkomstig het model van bijlage 19ter”.

Artikel 52, §4 Vreemdelingenbesluit stelt als volgt: "Indien het familielid alle vereiste documenten heeft overgemaakt, maakt het gemeentebestuur de aanvraag over aan de gemachtigde van de minister. Indien de Minister of zijn gemachtigde het verblijfsrecht toekent of als er geen enkele beslissing is genomen binnen de termijn bepaald bij artikel 42, van de wet, geeft de burgemeester of zijn gemachtigde aan de vreemdeling een "verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie" overeenkomstig het model van bijlage 9 af.

De kostprijs die de gemeente kan vorderen voor de afgifte van deze verblijfskaart mag niet meer bedragen dan de prijs die geheven wordt voor de afgifte van een identiteitskaart aan Belgische onderdanen.

Wanneer het gemeentebestuur zich in de onmogelijkheid bevindt om onmiddellijk over te gaan tot de afgifte van deze verblijfskaart, dient het attest van immatriculatie te worden verlengd tot de afgifte van de verblijfskaart.

Indien de minister of zijn gemachtigde het recht op verblijf niet erkent, wordt het familielid van deze beslissing kennis gegeven door de afgifte van een document overeenkomstig het model van bijlage 20, dat desgevallend een bevel om het grondgebied te verlaten bevat. Het attest van immatriculatie wordt ingetrokken".

Artikel 42, §1 Vreemdelingenwet stelt: "§1. Het recht op een verblijf van meer dan drie maanden in het Rijk wordt zo snel mogelijk en ten laatste zes maanden volgend op de datum van aanvraag zoals bepaald in § 4, tweede lid, erkend aan de burger van de Unie en zijn familieleden onder de voorwaarden en voor de duur door de Koning bepaald overeenkomstig de Europese verordeningen en richtlijnen. Bij de erkenning wordt rekening gehouden met het geheel van de elementen van het dossier. Indien aan de voorwaarde van het toereikend karakter van de bestaansmiddelen bedoeld in de artikelen 40bis, § 4, tweede lid, en 40ter, § 2, tweede lid, 1°, niet is voldaan, dient de minister of zijn gemachtigde, op basis van de eigen behoeften van de burger van de Unie die vervoegd wordt en van zijn familieleden te bepalen welke bestaansmiddelen zij nodig hebben om in hun behoeften te voorzien zonder ten laste te vallen van de openbare overheden. De minister of zijn gemachtigde kan hiervoor alle bescheiden en inlichtingen die voor het bepalen van dit bedrag nuttig zijn, doen overleggen door de vreemdeling en door elke Belgische overheid".

Deze bepalingen zijn van toepassing op verzoekster. Artikel 47/2 Vreemdelingenwet:

"Onverminderd de bepalingen van dit hoofdstuk, zijn de bepalingen van hoofdstuk I over de in artikel 40bis bedoelde familieleden van een burger van de Unie van toepassing op de andere familieleden bedoeld in artikel 47/1".

Artikel 58 van het KB van 8 oktober 1981 stelt in dezelfde zin: "Met uitzondering van artikel 45, zijn de bepalingen van hoofdstuk I die betrekking hebben op de familieleden van een burger van de Unie bedoeld in artikel 40bis van de wet, van toepassing op de andere familieleden bedoeld in artikel 47/1 van de wet." De Minister of zijn gemachtigde begunstigen echter hun binnenkomst en hun verblijf op het grondgebied van het Rijk, na een individueel en grondig onderzoek van hun aanvraag".

3. Op 8 juni 2018 neemt de Dienst Vreemdelingenzaken een beslissing, waarbij de aanvraag tot verblijf wordt geweigerd. Deze beslissing werd kenbaar gemaakt op 19 juni 2018.

Door verzoekster werd een beroep tot schorsing en nietigverklaring ingediend tegen deze beslissing, waarna deze beslissing werd vernietigd door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in een arrest van 13 december 2018 (nr. 213.964).

Pas op 8 augustus 2019 neemt de gemachtigde vervolgens een nieuwe beslissing waarbij de aanvraag andermaal wordt geweigerd onder de vorm van een bijlage 20 (beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten).

In casu nam de verwerende partij geen beslissing binnen de zes maanden na de aanvraag.

Nochtans werd de aanvraag rechtsgeldig ingediend, met alle nodige bewijsstukken en werd een bijlage 19ter afgeleverd.

Op grond van artikel 42 Vreemdelingenwet juncto artikel 52 van het Vreemdelingenbesluit had de verwerende partij aan verzoekster een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie moeten afleveren overeenkomstig het model van bijlage 9.

De bestreden beslissing is hierom onwettig.

TWEEDE MIDDEL:

SCHENDING VAN ARTIKEL 40TER, §1 EN ARTIKEL 47/1 VREEMDELINGENWET

- SCHENDING VAN HET ZORGVULDIGHEIDSBEGINSEL, HET REDELIJKHEIDSBEGINSEL EN DE MATERIËLE MOTIVERINGSVERPLICHTING

1. De verzoekende partij beklemt toont dat de referentiepersoon een verblijfsrecht heeft genoten in Nederland, zoals blijkt uit het administratief dossier.

Door de verzoekende partij werden verschillende documenten voorgebracht: zoals het uittreksel uit het rijksregister van haar tante, het bewijs van afvoering (model 8), de registratie persoonlijst in Nederland en het bewijs van vertrek uit Nederland.

Hiermee is aangetoond dat de referentiepersoon in Nederland heeft verbleven van 6 maart 2017 tot 13 september 2017. Bovendien is aangetoond dat zij gedurende deze periode haar adres had aan de (...) en daarna aan de (...), een burgerservicenummer had en stond geregistreerd in de basisregistratie personen.

Uit deze gegevens volgt automatisch dat de referentiepersoon in Nederland een verblijfsrecht van meer dan drie maanden in het kader van richtlijn 2004/38/EG heeft genomen.

Immers, de richtlijn 2004/36/EG is van toepassing in Nederland. In Nederland gelden dus dezelfde principes als in België om als burger van Unie verblijfsrecht te bekomen. Dit wil zeggen dat een Unieburger, en dus de referentiepersoon, maximaal drie maanden in een andere lidstaat kan verblijven zonder enige voorwaarde van formaliteiten of geldige identiteitsdocumenten (kort verblijf, artikel 6 richtlijn 2004/36/EG). In het geval dat een Unieburger langer dan drie maanden wil verblijven in een andere lidstaat kan dit als werknemer, zelfstandige, student of beschikker voldoende bestaansmiddelen (artikel 7 van de richtlijn) en kunnen bepaalde administratieve formaliteiten worden opgelegd, zoals een inschrijving bij de gemeente en de overlegging van bepaalde documenten ter verificatie van het recht op verblijf (artikel 8 richtlijn 2004/36/EG). De verwerende partij kan hiervan onmogelijk niet op de hoogte zijn.

2. Uit de voorgelegde documenten blijkt dus dat de referentiepersoon langer dan drie maanden, namelijk zes maanden, stond ingeschreven in de "basisregistratie personen".

In de Nederlandse "basisregistratie personen" staan personen geregistreerd die langer dan vier maanden in Nederland wonen. Rechtmatig in Nederland verblijven is een voorwaarde.

Personen die niet of korter dan vier maanden in Nederland verblijven, kunnen zich eveneens laten (stuk 7).

De voorgelegde documenten vermelden het adres van de referentiepersoon in Nederland en er mag dan ook vanuit worden gegaan dat zij stond geregistreerd als ingezetene en wettig in Nederland verblijft. Uit de documenten blijkt eveneens dat dit wettig verblijf meer dan drie maanden duurde.

De informatie die de Nederlandse overheid ter beschikking stelt toont eveneens aan dat een Unieburger langer dan drie maanden in Nederland mag verblijven zo lang als de Unieburger wil en dat geen verblijfsvergunning nodig is, noch een aanmelding bij de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND). De identiteitskaart of paspoort is het bewijs dat de Unieburger legaal in Nederland verblijft. Indien de Unieburger langer dan vier maanden in Nederland verblijft, moet hij zich inschrijven bij de basisregistratie personen (stuk 8).

Conform deze informatie kan de referentiepersoon dus ónmogelijk een ander verblijfsdocument voorleggen dat haar verblijfsrecht in Nederland kan staven. De voorgelegde documenten volstonden voor de referentiepersoon om in Nederland wettig te verblijven gedurende meer dan drie maanden. Het is dan ook volstrekt logisch dat de referentiepersoon deze documenten, en geen andere, heeft voorgelegd om aan te tonen dat zij over een verblijfsrecht van langer dan drie maanden beschikte in Nederland. Er kan niet worden ingezien welke documenten de verwerende partij nog zou kunnen verwachten om aan te tonen dat verzoeksters tante over een effectief verblijfsrecht van langer dan drie maanden in Nederland heeft beschikt.

Het is evenmin ondenkbaar dat verzoeksters tante op basis van een andere bepaling van de richtlijn 2004/38/EG een verblijfsrecht in Nederland zou hebben. Bovendien kan van haar geen negatief bewijs worden verwacht.

Uit de voorgelegde documenten kan effectief niet worden afgeleid of verzoeksters tante in Nederland stond ingeschreven als werknemer, zelfstandige, student of beschikker voldoende bestaansmiddelen. Echter, gezien het voorgaande is het zeker dat het in één van deze vier hoedanigheden was. Welke van de vier hoedanigheden is niet van tel gezien zij alle vier de uitoefening van het recht op vrij verkeer inhouden in de zin van de richtlijn 2004/38/EG en de rechtspraak van het Hof van Justitie.

3. Met de voorgelegde documenten heeft verzoekster aangetoond dat de referentiepersoon meer dan drie maanden op wettige manier in Nederland verbleef en dus onder de verblijfsreglementering voor Unieburgers in Nederland valt.

Gezien de richtlijn 2004/38/EG van toepassing is in Nederland en deze verblijfsreglementering dus gelijkaardig is aan de Belgische, betreft dit informatie van algemene aard waarvan de verwerende partij wordt geacht op de hoogte te zijn. Het kwam verzoekster niet toe bijkomende informatie te verschaffen bij de voorgelegde documenten, die voldoende duidelijk zijn.

4. De verzoekende partij merkt verder op dat ook het bewijs dat verzoekster en de referentiepersoon hun gezinsband hebben opgebouwd of bestendigd terwijl de referentiepersoon in Nederland verbleef, werd wel degelijk geleverd. Immers, verzoekster legde bewijzen voor dat haar tante ook vanuit Nederland bleef instaan voor de betaling van haar medische behandelingen. Zoals de bijlage 19ter ook

vermeld, legde ze betalingsbewijzen voor van medische behandelingen van verzoekster. Een aantal van deze betalingsbewijzen dateren van de periode dat de referentiepersoon in Nederland verbleef (stuk 9). De financiële (en emotionele) band die is blijven bestaan tussen verzoekster en de referentiepersoon tijdens het verblijf van de referentiepersoon in Nederland bewijst dat hun gezinsband werd bestendigd. In tegenstelling tot hetgeen de verwerende partij stelt in de bestreden beslissing, werd dit bewijs dus wel degelijk geleverd.

5. Door de gemachtigde wordt gesteld in de bestreden beslissing dat "het gesolliciteerd karakter van deze inschrijving kan niet worden uitgesloten", waarna de volledige werking wordt ontzegd van het recht op vrij verkeer van verzoekster. Ook de medische afhankelijkheid wordt betwist. Verzoekster is het fundamenteel oneens met deze bewering.

Verzoekster heeft immers aangetoond dat de referentiepersoon meer dan drie maanden op wettige manier in Nederland verbleef en dus onder de verblijfsreglementering voor Unieburgers in Nederland viel. Verzoekster heeft daarnaast aangetoond dat verzoekster en de referentiepersoon hun gezinsband hebben opgebouwd of bestendigd terwijl de referentiepersoon in Nederland verbleef (zie hierboven).

De toepassing van artikel 40ter juncto artikel 47/1 Vreemdelingenwet werd dan ook ten onrechte aan de verzoekende partij ontzegd, minstens is het oordeel van de gemachtigde onzorgvuldig dan wel kennelijk onredelijk.

6. Omwille van al deze redenen, dringt zich een schending op van artikel 40ter juncto artikel 47/1 Vreemdelingenwet evenals het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsverplichting."

2.2. De verwerende partij merkt op in haar nota met opmerkingen:

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

- Artikel 42 Vreemdelingenwet; - Artikel 52 van het Vreemdelingenbesluit.

Verzoekende partij haalt aan dat zij 06.12.2017 een aanvraag heeft ingediend voor een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie. Op 08.08.2019 neemt de gemachtigde een beslissing houdende weigering van verblijf van meer dan drie maanden, nadat de vorige beslissing dd. 08.06.2018 door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen werd vernietigd.

De beslissing dd. 08.08.2019 werd meer dan 6 maanden na de aanvraag dd. 06.12.2017 genomen.

Verzoekende partij voert aan dat de wettelijke bepalingen -artikel 42, §1 van de Vreemdelingenwet juncto artikel 52, §4 van het Vreemdelingenbesluit- voorzien in de afgifte van een verblijfskaart, indien geen beslissing is genomen binnen de voorziene beslissingstermijn, d.i. 6 maanden. Verzoekende partij houdt voor dat de gemeente gehouden is tot een automatische afgifte van een verblijfskaart indien een beslissing uitblijft binnen de gestelde beslissingstermijn.

Eén en ander kan niet worden aangenomen.

Verzoekende partij heeft een aanvraag tot gezinshereniging ingediend in toepassing van de artikelen 40bis en 47/2 van de Vreemdelingenwet. Verzoekende partij diende, in functie van haar Belgische tante, een aanvraag in tot afgifte van een verblijfskaart van een ander

Artikel 42, §1, eerste lid van de Vreemdelingenwet bepaalt het volgende:

"Het recht op een verblijf van meer dan drie maanden in het Rijk wordt zo snel mogelijk en ten laatste zes maanden volgend op de datum van aanvraag zoals bepaald in § 4, tweede lid, erkend aan de burger van de Unie en zijn familieleden onder de voorwaarden en voor de duur door de Koning bepaald overeenkomstig de Europese verordeningen en Richtlijnen. Bij de erkenning wordt rekening gehouden met het geheel van de elementen van het dossier."

Artikel 42, §1 eerste lid van de Vreemdelingenwet betreft een omzetting van artikel 10, lid van de Richtlijn 2004/38/EG:

"Het verblijfsrecht van de familieleden van een burger van de Unie die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten, wordt binnen zes maanden na de datum van indiening van een aanvraag terzake vastgesteld door de afgifte van een document, „verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie"

Artikel 52, §4, tweede lid van het KB dd. 08.10.1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: het Vreemdelingenbesluit) luidt als volgt:

“Indien de minister of zijn gemachtigde het verblijfsrecht toekent of als er geen enkele beslissing is genomen binnen de termijn bepaald bij artikel 42, van de wet, geeft de burgemeester of zijn gemachtigde aan de vreemdeling een ‘verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie’ genoemd. Een verklaring dat de aanvraag om een verblijfskaart is ingediend, wordt onmiddellijk afgegeven.”

Artikel 42,§1 van de Vreemdelingenwet bepaalt uitdrukkelijk dat het recht op een verblijf wordt erkend onder de voorwaarden en voor de duur door de Koning bepaald overeenkomstig de Europese verordeningen en Richtlijnen.

Hieruit vloeit voort dat de erkenning van een verblijfsrecht slechts kan gebeuren voor zover is voldaan aan de ter zake geldende voorwaarden, waarbij de voorwaarden voor het verkrijgen van een verblijf van meer dan drie maanden bovendien dienen uitgelegd worden conform de Europese verordeningen en Richtlijnen.

In dit kader verwijst verweerder naar het arrest Diallo van het Hof van Justitie (HvJ 27 juni 2018, C-246/17), waarin het Hof van Justitie zich uitsprak over de in casu voorliggende rechtsvraag, te weten of het verstrijken van de beslissingstermijn al dan niet aanleiding dient te geven tot de vaststelling van het verblijfsrecht / de afgifte van een verblijfskaart. De rechtspraak van het Hof van Justitie vormt, naast het primair en secundair Unierecht, eveneens een bron van Unierecht, waardoor de lidstaten zijn gebonden: *“54 Ten tweede blijkt uit het bij het Hof ingediende dossier en uit de toelichtingen die de Belgische regering ter terechtzitting heeft verstrekt, dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling een stelsel voor automatische afgifte van verblijfskaarten van een familielid van een burger van de Unie in het leven heeft geroepen, waarbij de bevoegde nationale autoriteit dergelijke kaarten ambtshalve aan de aanvragers moet afgeven wanneer de in artikel 10, lid 1, van Richtlijn 2004/38 gestelde termijn van zes maanden wordt overschreden. 55 Een dergelijk stelsel staat haaks op de doelstellingen van Richtlijn 2004/38 voor zover het mogelijk maakt dat een verblijfskaart wordt afgegeven aan iemand die niet voldoet aan de voorwaarden daarvoor. 56 Gelet op het voorgaande moet op de vijfde vraag worden geantwoord dat Richtlijn 2004/38 aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale regeling als in het hoofdgeding aan de orde, die de bevoegde nationale autoriteiten verplicht ambtshalve een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie aan de betrokkene af te geven wanneer de in artikel 10, lid 1, van Richtlijn 2004/38 voorgeschreven termijn van zes maanden wordt overschreden, zonder dat eerst wordt vastgesteld dat die persoon daadwerkelijk voldoet aan de voorwaarden om in overeenstemming met het Unierecht in het gastland te verblijven. Richtlijn 2004/38 moet aldus worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale regeling als in het hoofdgeding aan de orde, die de bevoegde nationale autoriteiten verplicht ambtshalve een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Europese Unie aan de betrokkene af te geven wanneer de in artikel 10, lid 1 van Richtlijn 2004/38 voorgeschreven termijn van zes maanden wordt overschreden, zonder dat eerst wordt vastgesteld dat die persoon daadwerkelijk voldoet aan de voorwaarden om in overeenstemming met het Unierecht in het gastland te verblijven. (eigen markering)”*

Verweerder benadrukt dat het Hof van Justitie in het arrest Diallo uitdrukkelijk stelde dat Richtlijn 2004/38 zo moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale regeling die de bevoegde nationale autoriteiten verplicht ambtshalve een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie aan de betrokkene af te geven wanneer de in artikel 10, lid 1, van Richtlijn 2004/38 voorgeschreven termijn van zes maanden wordt overschreden, zonder dat eerst wordt vastgesteld dat die persoon daadwerkelijk voldoet aan de voorwaarden om in overeenstemming met het Unierecht in het gastland te verblijven.

Verweerder benadrukt dat de bepalingen van hoofdstuk I over de in artikel 40bis bedoelde familieleden van een burger van de Unie van toepassing zijn op de andere familieleden bedoeld in artikel 47/1, waarbij laatgenoemd artikel de omzetting van artikel 3, tweede lid, van de Richtlijn 2004/38/EG betreft.

De Richtlijn 2004/38/EG, hetgeen gemeenschapsrecht is, vereist een ‘intracommunautair aspect’ opdat er eventueel rechten zouden kunnen worden ontleend aan bepalingen van het recht van de Europese Gemeenschappen (H.v.J., 27.10.1982, nrs. 35 en 36/82, Jur. 1982, 3723).

Dit wordt ook zo uitdrukkelijk in de Richtlijn 2004/38/EG gesteld.

Inderdaad bepaalt art. 3.1. van de Richtlijn:

“Deze Richtlijn van toepassing is ten aanzien van 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 als gedefinieerd in artikel 2, punt 2), die hem begeleiden of zich bij hem komen voegen.”

Bijgevolg dient de referentiepersoon aan te tonen dat hij gebruik heeft gemaakt van zijn recht op vrij verkeer.

Op basis van de door verzoekende partij voorgelegde documenten diende te worden vastgesteld dat de referentiepersoon geen gebruik heeft gemaakt van zijn recht op vrij verkeer. Ook werd door de gemachtigde vastgesteld dat verzoekende partij de referentiepersoon niet in Nederland heeft vervoegd, terwijl dit een te vervullen voorwaarde is alvorens artikel 47/1 van de Vreemdelingenwet kan worden ingeroepen t.a.v. een Belg.

Derhalve heeft verzoekende partij niet aangetoond dat zij voldoet aan de voorwaarden om een verblijfsrecht te bekomen en kan zij derhalve geen verblijfsrecht krijgen.

Gezien eiseres niet heeft aangetoond te voldoen aan de verblijfsvoorwaarden, was de gemachtigde van de Minister -in het licht van het arrest Diallo- niet verplicht om een beslissing te nemen binnen de gestelde termijn van 6 maanden.

Artikel 42, §1 van de Vreemdelingenwet, dat uitgelegd dient te worden conform de Europese verordening en Richtlijnen, is in overeenstemming met het Unierecht, daar waar het Unierecht stelt dat dat een verblijfskaart niet mag worden afgegeven wanneer de voorgeschreven termijn van zes maanden wordt overschreden, zonder dat eerst wordt vastgesteld dat de aanvrager voldoet aan de voorwaarden om in overeenstemming met het Unierecht in het gastland te verblijven.

Verzoekende partij kan derhalve niet worden gevolgd waar zij voorhoudt dat zij in het bezit dient te worden gesteld van een verblijfsdocument nu de bestreden beslissing niet binnen een termijn van 6 maanden werd genomen.

Minstens dient artikel 42 van de Vreemdelingenwet uitgelegd worden conform het arrest Diallo.

Verwerende partij benadrukt dat de lidstaten ertoe gehouden zijn hun nationale recht conform het Unierecht uit te leggen (zie HvJ 2003, C-101/01, Lindqvist, punt 87 ; HvJ 26 juni 20017, C-305-05, Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a., punt 28).

Het arrest Diallo bepaalt uitdrukkelijk dat het zich verzet tegen een nationale regeling die stelt dat een verblijfskaart moet afgegeven worden aan het familielid van een Unieburger wanneer de termijn van zes maanden is overschreden zonder dat blijkt dat de persoon daadwerkelijk voldoet aan de voorwaarden om als familielid in het gastland te verblijven.

In dit kader verwijst verweerder naar rechtspraak van Uw Raad, die reeds het volgende heeft geoordeeld:

“Uit voorgaande blijkt aldus dat verzoekster terecht stelt dat de beslissings- en betekeningstermijn van zes maanden door verweerder werd overschreden, doch dat de Raad artikel 52, §4, tweede lid van het Vreemdelingenbesluit – dat voorziet in de automatische afgifte van een verblijfskaart van een familielid van een Unieburger – buiten beschouwing dient te laten, wegens strijdigheid met het Unierecht. Verzoekster lijkt ook zelf te beseffen dat een overschrijding van de termijn van zes maanden niet automatisch aanleiding mag geven tot de afgifte van een kaart waar ze in haar verzoekschrift opwerpt, “De termijn van 6 maanden in artikel 42, § 1, eerste lid Vreemdelingenwet en artikel 10, lid 1 Europese Richtlijn kan immers niet begrepen worden in de zin dat binnen de 6 maanden telkens verblijf moet worden toegekend.” Verzoekster kan worden gevolgd in haar betoog dat de beslissingstermijn van zes maanden een ordetermijn is, of het nu een gunstige dan wel ongunstige beslissing is en dat er bijgevolg een sanctie moet zijn bij het overschrijden ervan, maar de Raad kan niet in plaats van de regelgever deze sanctie gaan bepalen als blijkt dat de voorziene sanctie in strijd is met Unierecht. Uit de bespreking van het tweede middel blijkt zoals gezegd dat verzoekster niet aantoonde te voldoen aan de voorwaarden om in overeenstemming met Unierecht in België te verblijven. Verzoekster kan dan ook niet dienstig in het kader van het eerste middel concluderen: “Bijgevolg moeten de bestreden beslissingen vernietigd

worden en moet verzoekster het verblijfsrecht op grond van artikel 42 bis §2,4de lid Vreemdelingenwet worden toegekend.” De Raad kan dan ook niet anders dan vaststellen dat verzoekster geen rechtstreeks belang kan laten gelden bij haar middel. De vernietiging van de bestreden beslissing omwille van het overschrijden van de beslissingstermijn van zes maanden kan verzoekster immers geen rechtstreeks voordeel opleveren. Verzoekster kan geen aanspraak maken op de reglementaire voorziene sanctie, met name de afgifte van een verblijfskaart zonder dat eerst is vastgesteld dat zij voldoet aan de gestelde verblijfsvoorwaarden. Het louter gelijk krijgen op zich wettigt niet de gevraagde vernietiging (RvS 29 april 1999, nr. 80.016).” (RvV arrest nr. 213 977 dd. 13.12.2018)

“Volgens het Hof verzet Richtlijn 2004/38 zich tegen een regeling waarin het uitblijven van een beslissing binnen de zes maanden na de aanvraag gelijkgesteld wordt met een goedkeuringsbesluit (punt 51). Het Hof oordeelt dat dergelijke regeling haaks staat op de doelstellingen van Richtlijn 2004/38 voor zover het het mogelijk maakt dat een verblijfskaart wordt afgegeven aan iemand die niet voldoet aan de voorwaarden daarvoor. Gelet op deze vaststelling dient de Raad de desbetreffende nationale regeling, in casu artikel 42, §1 van de Vreemdelingenwet, buiten beschouwing te laten in zoverre het de verplichting inhoudt over te gaan tot de afgifte van een verklaring van inschrijving omdat de beslissingstermijn niet geëerbiedigd werd ondanks het feit dat de burger niet voldoet aan de verblijfsvoorwaarden, en dient geoordeeld te worden in lijn met het gestelde in het voornoemde arrest van het Europees Hof van Justitie.” (RvV arrest nr. 216 547 van 11 februari 2019)

Verzoekende partij kan derhalve niet voorhouden dat de gemachtigde gehouden was tot afgifte van een verblijfskaart, doordat de termijn van 6 maanden was verstreken.

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

2.2.2. Betreffende het tweede middel

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

- Artikelen 40ter, §1 en 47/1 van de Vreemdelingenwet; - Het zorgvuldigheidsbeginsel; - Het redelijkheidsbeginsel; - De materiële motiveringsplicht.

Verzoekende partij acht voormelde regels geschonden, daar zij op voldoende wijze heeft aangetoond dat de referentiepersoon haar recht van vrij verkeer heeft uitgeoefend. Ook benadrukt zij dat verzoekster de referentiepersoon zou hebben vervoegd in Nederland.

Verzoekende partij heeft een aanvraag ingediend in tot het bekomen van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de EU gesteund op de artikelen 40bis en 47/2 van de Vreemdelingenwet. Uit de bijlage 19ter blijkt dat zij een aanvraag gezinshereniging heeft ingediend in haar hoedanigheid van “ander familielid ten laste of deel uitmakend van het gezin” van de referentiepersoon, te weten in toepassing van art. 47/2 van de Vreemdelingenwet.

Artikel 47/2 van de Vreemdelingenwet bepaalt:

“Onverminderd de bepalingen van dit hoofdstuk, zijn de bepalingen van hoofdstuk I over de in artikel 40bis bedoelde familieleden van een burger van de Unie van toepassing op de andere familieleden bedoeld in artikel 47/1”

Terwijl artikel 47/1 van de Vreemdelingenwet bepaalt:

“Als andere familieleden van een burger van de Unie worden beschouwd: 1° de partner met wie de burger van de Unie een deugdelijk bewezen duurzame relatie heeft en die niet bedoeld wordt in artikel 40bis, § 2, 2° ; 2° de niet in artikel 40bis, § 2, bedoelde familieleden die, in het land van herkomst, ten laste zijn of deel uitmaken van het gezin van de burger van de Unie; 3° de niet in artikel 40bis, § 2, bedoelde familieleden die wegens ernstige gezondheidsredenen een persoonlijke verzorging door de burger van de Unie strikt behoeven.”

Artikel 47/1 van de Vreemdelingenwet vormt de omzetting van artikel 3, tweede lid, van de Richtlijn 2004/38/EG (hierna: Burgerschapsrichtlijn) dat het volgende bepaalt:

“Onverminderd een persoonlijk recht van vrij verkeer of verblijf van de betrokkenen vergemakkelijkt het gastland overeenkomstig zijn nationaal recht, binnenkomst en verblijf van de volgende personen:

andere, niet onder de definitie van artikel 2, punt 2, vallende familieleden, ongeacht hun nationaliteit, die in het land van herkomst ten laste zijn van of inwoners bij de burger van de Unie die het verblijfsrecht in eerste instantie geniet, of die vanwege ernstige gezondheidsredenen een persoonlijke verzorging door de burger van de Unie strikt behoeven.”

De Burgerschapsrichtlijn is enkel van toepassing ten aanzien van Unieburgers die zich begeven naar of verblijven in een andere lidstaat dan die waarvan zij de nationaliteit bezitten.

De Burgerschapsrichtlijn voorziet verder 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 in beginsel geen afgeleid verblijfsrecht worden ontleend (zie HvJ 12 maart 2014, C-457/12, S. v. Minister voor Immigratie en Minister voor Immigratie v. G., § 35). Dit geldt a fortiori voor derdelanders die een ander, niet onder de definitie van artikel 2, tweede lid, van de Burgerschapsrichtlijn vallend familielid zijn van een Unieburger, voor wie het gastland ingevolge artikel 3, tweede lid, van de Burgerschapsrichtlijn binnenkomst en verblijf dient te vergemakkelijken.

Verzoekende partij houdt voor dat zij haar recht op vrij verkeer heeft uitgeoefend, daar de Belgische referentiepersoon gedurende 6 maanden was ingeschreven in Nederland. Verzoekende partij legt een inschrijving voor van in de Nederlandse gemeente Hulst.

De gemachtigde van de Minister heeft dienaangaande terecht gemotiveerd dat het niet duidelijk is of de referentiepersoon dit gedaan heeft om gebruik te maken van haar recht op verkeer. Het gesolliciteerd karakter van deze inschrijving kan niet worden uitgesloten. Bovendien vermeldt het attest van de gemeentelijke basisadministratie dat referentiepersoon heeft aangegeven het grootste deel van haar tijd in het buitenland te zullen verblijven

“Bovengenoemde zal naar verwachting gedurende ten minste één jaar tweederde van de tijd (8 maanden) buiten Nederland verblijven.”

Rekening houdend met het voorgaande is het niet kennelijk onredelijk van de gemachtigde om te oordelen dat de referentiepersoon niet op afdoende wijze heeft aangetoond dat zij haar recht op vrij verkeer heeft uitgeoefend.

De verzoekende partij meent evenwel dat de gemachtigde van Minister er vanuit dient te gaan dat het niet anders kan dan dat de Belgische referentiepersoon 6 maanden in Nederland heeft verbleven.

De verweerder laat ter zake echter gelden dat de gemachtigde van de Minister bij de beoordeling van de vraag of voldaan is aan de in de voornoemde bepaling gestelde vereiste van het ten laste zijn, over een ruime appreciatiebevoegdheid beschikt. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen oefent ter zake een marginale toetsingsbevoegdheid uit en is niet bevoegd zijn beoordeling van de feiten in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. Bij gebrek aan een wettelijke bewijsregeling, is het bewijs van het vervuld zijn van de voorwaarden tot vestiging/verblijf van meer dan drie maanden vrij en rust de bewijslast daartoe op de aanvrager. Deze vrije feitenvinding en -appreciatie impliceert dat de bevoegde administratieve overheid discretionair oordeelt of de verzoekende partij het bewijs van de voorwaarden tot vestiging levert.

Aldus kan de bevoegde overheid, in het raam van de uitoefening van deze ruime appreciatiebevoegdheid en zonder dat de regelgeving dit uitdrukkelijk stelt of oplegt, rechtmatig het voldaan zijn aan de wettelijke voorwaarden tot vestiging afleiden uit de daartoe relevante stukken, verklaringen e.d.m. die het bestuur zelf bepaalt en waarvan het de overlegging vereist.

De vraag of elk verblijf van de referentiepersoon in een Eu-gastland waarvan hij niet de nationaliteit bezit, in aanmerking komt, wordt door het Hof duidelijk beantwoord :

“Wat de vraag betreft of door het cumulatieve effect van verschillende verblijven van korte duur in de gastlidstaat aan een familielid dat derdelander is, een afgeleid verblijfsrecht kan toekomen wanneer de

burger van de Unie terugkeert naar zijn lidstaat van oorsprong, brengt het Hof in herinnering dat alleen een verblijf dat voldoet aan de bepalingen van richtlijn 2004/38 inzake een verblijf van meer dan drie maanden, bij terugkeer een afgeleid verblijfsecht doet ontstaan. Het Hof beklemtoont dat verblijven van korte duur (zoals weekends of vakanties die worden doorgebracht in een andere lidstaat dan die waarvan de burger van de Unie de nationaliteit bezit), zelfs samengenomen, niet aan deze voorwaarde voldoen.” (<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CJ0456&lang1=nl&type=TEXT&ancre=>)

Verweerder laat gelden dat het aldus cruciaal is dat de Belgische referentiepersoon aantoont dat hij/zij effectief een duurzaam verblijfsrecht heeft bekomen in het gastland, in casu Nederland.

Met de loutere bewering dat het niet anders kan dan dat de referentiepersoon een verblijfsrecht in Nederland heeft bekomen, zonder dit concreet aan te tonen, gaat de verzoekende partij in tegen de draagwijdte van het arrest d.d. 12.03.2014 in de zaak O.B..

“De Raad dient vast te stellen dat de verzoekende partij, door louter te poneren wel alle bewijsstukken te hebben neergelegd waaruit blijkt dat de referentiepersoon gebruik heeft gemaakt van het vrij verkeer door zich te vestigen in Nederland en wel te voldoen aan de voorwaarden van de richtlijn 2004/38/EG, geenszins voormelde motieven aan het wankelen kan brengen. Zij geeft ook niet aan welke specifieke neergelegde bewijsstukken zouden aantonen dat de referentiepersoon in Nederland heeft verbleven als beschikker van voldoende bestaansmiddelen, werknemer, zelfstandige of student. De verzoekende partij gaat voorts niet in op de vaststelling in de bestreden bijlage 20 dat de referentiepersoon zich doelbewust kortstondig liet afschrijven naar het buitenland enkel en alleen met de intentie om een beroep te kunnen doen op het ‘recht op vrij verkeer van personen binnen de Europese Unie’.” (R.v.V. nr. 181.066 van 23 januari 2017)

De in het kader van de aanvraag voorgelegde stukken volstaan in casu niet, zoals ook blijkt uit de motieven van de bestreden beslissing.

Verder heeft de gemachtigde geoordeeld dat niet blijkt dat verzoeker de referentiepersoon zou vervoegd hebben, terwijl dit ook een te vervullen voorwaarde is alvorens artikel 74/1, 2° en 3° kan ingeroepen worden ten overstaan van en Belg.

Verweerder wijst erop dat de Burgerschapsrichtlijn op grond van artikel 21, eerste lid, van het VWEU naar analogie toepassing vindt in een situatie waarin een Unieburger met een derdelander een gezinsleven heeft opgebouwd of bestendigd tijdens een daadwerkelijk verblijf krachtens en onder eerbiediging van de in artikel 7, eerste en tweede lid, of artikel 16, eerste en tweede lid, van deze richtlijn genoemde voorwaarden, in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, wanneer deze Unieburger met het betrokken familielid terugkeert naar zijn lidstaat van oorsprong (zie HvJ 12 maart 2014, C-456/12, O. en B. v. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel, § 61).

De gemachtigde heeft vastgesteld dat uit het dossier allerm minst blijkt dat verzoekster in Nederland heeft verbleven bij de referentiepersoon. Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat verzoekster in die periode in behandeling was in een Belgisch ziekenhuis.

Verzoekende partij kan dan ook niet ernstig voorhouden dat zij op voldoende wijze heeft aangetoond dat zij in Nederland een gezinsleven heeft opgebouwd of heeft bestendigd. De betalingsbewijzen, die verzoekende partij heeft voorgelegd, volstaan niet om het opgebouwd of bestendigd gezinsleven aan te tonen.

Verweerder benadrukt dat de bestreden beslissing is gestoeld op twee afzonderlijke motieven die elk op zich de beslissing kunnen verantwoorden, met name 1) dat “niet afdoende aangetoond (is) dat de referentiepersoon in Nederland 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)” en 2) dat “niet afdoende aangetoond (is) dat betrokkene en de referentiepersoon in Nederland een gezinsleven hebben opgebouwd of bestendigd”.

Elk van deze motieven volstaat op zichzelf reeds om de bestreden beslissing te schragen.

Verzoekende partij is er niet in geslaagd om bovenvermelde motieven te weerleggen.

Uit het voorgaande blijkt dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat de gemachtigde van de bevoegde Minister op basis van een niet correcte feitenvinding of op kennelijk onredelijke wijze tot de bestreden beslissing is gekomen.

De verweerder merkt op dat de gemachtigde van de Minister geheel terecht, en binnen de hem ter zake toebedeelde bevoegdheid, oordeelde dat een beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten diende te worden betekend.

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

Het tweede middel kan evenmin worden aangenomen.”

2.3.1. Verzoekers voeren onder meer de schending aan van de zorgvuldigheidsplicht en de materiële motiveringsplicht. Zij bekritiseren de bestreden beslissing inhoudelijk en voeren de schending aan van de materiële motiveringsplicht, die in het licht van de aangevoerde schendingen van de artikelen 47/1, 2° en 47/3 van de Vreemdelingenwet moeten onderzocht worden, samen met het onderzoek naar de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad) is niet bevoegd om zijn beoordeling 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).

Artikel 47/1 van de Vreemdelingenwet luidt:

“Als andere familieleden van een burger van de Unie worden beschouwd :

[...]

2° de niet in artikel 40bis, § 2, bedoelde familieleden die, in het land van herkomst, ten laste zijn of deel uitmaken van het gezin van de burger van de Unie;

[...]”.

Artikel 47/3, § 2, van de Vreemdelingenwet luidt:

“De andere familieleden bedoeld in artikel 47/1, 2°, moeten bewijzen dat zij ten laste zijn van de burger van de Unie die zij willen begeleiden of bij wie zij zich willen voegen of dat zij deel uitmaken van zijn gezin.

De documenten die aantonen dat het andere familielid ten laste is of deel uitmaakt van het gezin van de burger van de Unie moeten uitgaan van de bevoegde overheden van het land van oorsprong of van herkomst. Bij ontstentenis hiervan, kan het feit ten laste te zijn of deel uit te maken van het gezin van de burger van de Unie bewezen worden met elk passend middel.”

Het zorgvuldigheidsbeginsel verplicht de overheid om haar beslissingen op een zorgvuldige wijze voor te bereiden en te steunen op een correcte feitenvinding (RvS 14 februari 2006, nr. 154.954; RvS 2 februari 2007, nr. 167.411). Dit houdt ook in dat zij zich moet steunen op alle gegevens en dienstige stukken.

De overheid moet zich afdoende informeren over alle relevante elementen.

2.3.2. Verzoekers beklemtonen dat de referentiepersoon, zijnde Belg, wel degelijk haar recht van vrij verkeer heeft uitgeoefend in Nederland vanaf 6 maart 2017 tot 13 september 2017 en aldaar een verblijfsrecht genoot van meer dan drie maanden in het kader 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, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG (hierna: de richtlijn 2004/38/EG).

Ter beoordeling van de aangevoerde middelen is het van essentieel belang te weten of de referentiepersoon haar recht van vrij verkeer uitoefende, dan wel een statische Belg is. De verwerende partij houdt voor dat zij geen recht van vrij verkeer heeft uitgeoefend.

Over dit aspect motiveert de bestreden beslissing als volgt:

“In casu echter, blijkt weliswaar uit het dossier dat de Belgische referentiepersoon zich op een bepaalde moment heeft laten uitschrijven naar Nederland, alsook dat ze er ingeschreven werd in de Nederlandse gemeente Hulst, echter het is niet duidelijk of ze dit wel degelijk gedaan heeft om gebruik te maken van haar vrij verkeer. Het gesolliciteerd karakter van deze inschrijving kan niet worden uitgesloten ook al omdat het attest van de gemeentelijke basisadministratie vermeldt dat betrokkene heeft aangegeven het grootste deel van haar tijd in het buitenland te zullen verblijven. Verder blijkt evenmin dat het kind daar de referentiepersoon zou hebben vervoegd. Dit is immers eveneens een te vervullen voorwaarde alvorens art. 47/1, 2° of 3° kan ingeroepen worden ten overstaan van een Belg. 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 het dossier blijkt allerm minst dat het kind in die periode bij de referentiepersoon in Nederland heeft verbleven, wel integendeel, in die periode was ze in behandeling in een Belgisch ziekenhuis. In de documenten die daarvan werden voorgelegd is specifiek als adres van het kind, het adres te Schilde (België) opgenomen. Deze documenten werden uiteraard voorgelegd om de medische afhankelijkheid van de minderjarige tegenover de Belgische referentiepersoon aan te tonen, echter dat gaat natuurlijk niet samen. Enerzijds claimen dat met in een andere lidstaat heeft verbleven en het vrij verkeer er heeft uitgeoefend, maar anderzijds aantonen de betrokkene sinds jaren is aangewezen op de ondersteuning van de referentiepersoon en feitelijk heel vaak in België, bij de tante heeft verbleven, om een medische behandeling te kunnen ondergaan. De termijn binnen dewelke deze nieuwe beslissing is genomen, is niet in strijd met de bepalingen hierover in art. 52 van het KB of de bepalingen van art. 42 van de wet. Immers, het kind kan niet beschouwd worden als een gezinslid van een burger van de Unie, het is een gezinslid van een Belgisch, gezien het bewijs van het gebruik maken van het vrij verkeer niet afdoende was. Bovendien stelt art. 42 dat het verblijfsrecht uiterlijk moet erkend worden binnen de 6 maanden volgend op de aanvraag. Hier betreft het allerm minst een erkenning, gezien de ontvankelijkheidsvereisten voor de aanvraag al niet zijn vervuld. Overeenkomstig het arrest Diallo is het helemaal niet mogelijk om van ambtswege een verblijfsrecht te erkennen waarvoor helemaal geen wettelijke basis is. Dit is in casu het geval.”

Uit deze motieven blijkt dat de gemachtigde van de bevoegde minister aanneemt dat de referentiepersoon is ingeschreven geweest in Nederland maar dat het niet duidelijk is dat de referentiepersoon dit deed om gebruik te maken van haar recht op vrij verkeer. De inschrijving in Nederland wordt onder meer als een niet afdoende bewijsstuk beschouwt *“omdat het attest van de gemeentelijke basisadministratie vermeldt dat betrokkene heeft aangegeven het grootste deel van haar tijd in het buitenland te zullen verblijven”*.

Uit het administratief dossier blijkt dat de referentiepersoon een attest van 13 september 2017 voorlegde, zijnde een bewijs van vertrek naar het buitenland, *in casu* naar België, waarbij de referentiepersoon de gemeentelijke diensten in Nederland verwittigt dat zij ten minste één jaar twee derde van de tijd (8 maanden) buiten Nederland zal verblijven. Dit is het enige stuk dat de Raad ontwaart uit het administratief dossier dat deze bewoordingen heeft. Dit stuk is gedateerd op het ogenblik dat de referentiepersoon terug naar België keert. Uit dit stuk kan niet afgeleid worden dat de referentiepersoon twee derde van haar (ingeschreven) tijd in Nederland, in een grondgebied buiten Nederland (zoals België), verbleef. Dit handelt over de toekomst, na haar vertrek uit Nederland. Verder blijkt dat de raadsman van verzoekers voor het nemen van de bestreden beslissing uitvoerig uitlegt en hierover documenten voorlegde dat de referentiepersoon ingeschreven was als ingezetene in de ‘Basisregistratie Personen’ (hierna: de BRP) in Nederland, wat volgens de uitleg die de Nederlandse Rijksoverheid geeft

pas kan als een verblijfsvergunning is aangevraagd, terwijl de brief van 3 april 2017 van de Nederlandse autoriteiten, gericht aan de referentiepersoon, schrijft dat de referentiepersoon is ingeschreven in de BRP. Uit de toegevoegde informatie van de raadsman van verzoekers (ook bij het verzoekschrift, dat zich al in het administratief dossier bevindt) blijkt dat bij een verblijf van langer dan vier maanden de persoon verplicht is zich in te schrijven in de BRP van de woonplaats. Het komt de Raad voor dat een stuk (bewijs van vertrek) alleszins niet correct is beoordeeld.

Wat het verblijf van het kind in een ziekenhuis in België tijdens het verblijf van de referentiepersoon in Nederland betreft, blijkt dat het slechts om een daghospitalisatie gaat op 24 april 2017 en op 4 april 2017. De overige medische stukken hebben betrekking op andere periodes. Verzoekers legden ook een model 8 voor, bewijs van afvoering van 6 maart 2017, uitgaande van de Belgische autoriteiten.

Ten overvloede gaat de verwerende partij eraan voorbij dat de referentiepersoon aan de Dienst Vreemdelingenzaken kenbaar maakte door middel van een kopie van een mail dat zij verzond naar de Nederlandse autoriteiten dat zij huwelijksproblemen kende, reden van het vertrek. Verder blijkt uit de stukken van het dossier dat de referentiepersoon aanzienlijke medische kosten betaalde voor het zevenjarig kind tijdens haar verblijf in Nederland en uit de motieven van de bestreden beslissing niet blijkt of het ten laste nemen van het kind tijdens deze periode wordt betwist.

De Raad herinnert eraan dat artikel 47/3, § 2, van de Vreemdelingenwet luidt:

“De andere familieleden bedoeld in artikel 47/1, 2°, moeten bewijzen dat zij ten laste zijn van de burger van de Unie die zij willen begeleiden of bij wie zij zich willen voegen of dat zij deel uitmaken van zijn gezin.

De documenten die aantonen dat het andere familielid ten laste is of deel uitmaakt van het gezin van de burger van de Unie moeten uitgaan van de bevoegde overheden van het land van oorsprong of van herkomst. Bij ontstentenis hiervan, kan het feit ten laste te zijn of deel uit te maken van het gezin van de burger van de Unie bewezen worden met elk passend middel.” (eigen onderlijning).

In dit geval kan de Raad niets anders dan besluiten dat de schending van de materiële motiveringsplicht en van het zorgvuldigheidsbeginsel is aangetoond. Het stuk “*bewijs van vertrek*” van de Nederlandse autoriteiten is foutief beoordeeld. De Raad onderschrijft dat verzoekers weinig gegevens kenbaar maakten over het vervoegen van het kind bij de referentiepersoon tijdens het verblijf in Nederland. Wel werden bewijzen over een tenlasteneming gevoegd bij de aanvraag en tijdens de behandeling van de aanvraag, waarover de bestreden beslissing zich niet uitspreekt. De raadsman verstuurdte op 13 februari 2019 een mail naar de verwerende partij, zich beroepend op de toepassing van de artikelen 1 en 8 van de Nederlandse Vreemdelingenwet. Door deze bepalingen valt de referentiepersoon, volgens haar eigen zeggen, onder de toepassing van de richtlijn 2004/38/EG. Deze brief wijst op een mail van de Nederlandse overheid van 11 februari 2019, die deze stelling ondersteunt. De bestreden beslissing geeft geen afdoende antwoord op de uiteenzetting, verwoord in dit mailverkeer.

De opmerkingen van de verwerende partij in haar nota met opmerkingen gaan aan deze vaststellingen voorbij.

De middelen zijn in de hierboven beschreven mate gegrond zodat de overige onderdelen niet moeten onderzocht worden.

Deze vaststelling leidt tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing.

3. Korte debatten

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

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

De beslissing van de gemachtigde van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie van 8 augustus 2019 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20) wordt vernietigd.

Artikel 2

De vordering tot schorsing is zonder voorwerp.

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

mevr. M. BEELEN,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

dhr. K. VERKIMPEN,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

K. VERKIMPEN

M. BEELEN