

Arrest

nr. 231 882 van 29 januari 2020
in de zaak RvV X / VIII

In zake: X

**Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat D. 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 VIIIste KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Surinaamse nationaliteit te zijn, op 11 juli 2019 heeft 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 11 juni 2019 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met 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 28 november 2019, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 18 december 2019.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken C. VERHAERT.

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. HAEGEMAN, die *loco* advocaat D. GEENS verschijnt voor de verzoekende partij en van attaché C. D'HAENENS, die verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1. Verzoekster diende op 12 december 2018 een aanvraag in om machtiging tot verblijf als familielid van een burger van de Unie op grond van artikel 47/1, 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).

1.2. Op 11 juni 2019 werd een beslissing genomen tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20). Dit is de bestreden beslissing, die als volgt gemotiveerd is:

“(...)

BESLISSING TOT WEIGERING VAN VERBLIJF VAN MEER DAN DRIE MAANDEN MET BEVEL OM HET GRONDGEBIED TE VERLATEN

In uitvoering van artikel 52, §4, 5de lid gelezen in combinatie met artikel 69ter1 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 12.12.2018 werd ingediend door:

Naam: D. P.

Voornamen: C. C.

Nationaliteit: Suriname

Geboortedatum: 24.08.1982

Geboorteplaats: P.

Identificatienummer in het Rijksregister: (...)

Verblijvende te/verklaart te verblijven te: (...)

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 vroeg op 12.12.2018 gezinshereniging aan met haar aangehaalde feitelijke partner, zijnde E. M. J., van Nederlandse nationaliteit, met rijksregisternummer (...), op basis van artikel 47/1, 1° van de wet van 15.12.1980.

Op 12.12.2018 werd een bijlage 19ter en attest van immatriculatie afgeleverd.

Artikel 47/3 van de wet van 15.12.1980 stelt dat ‘de andere familieleden bedoeld in artikel 47/1, 1°, moeten het bestaan bewijzen van een relatie met de burger van de Unie die zij willen begeleiden of bij wie zij zich willen voegen en ook het duurzaam karakter van die relatie’.

Betrokkene bewees onvoldoende een duurzame relatie te hebben met de referentiepersoon.

Immers, op 29.11.2018 legde betrokkenen een verklaring van wettelijke samenwoning af.

Op 09.04.2019 gaf de procureur des Konings te Antwerpen een negatief advies met betrekking tot deze verklaring wettelijke samenwoning.

“Uit het geheel van omstandigheden blijkt immers dat de intentie van minstens één van de partners kennelijk enkel gericht is op het bekomen van een verblijfsrechtelijk voordeel dat is verbonden aan de staat van wettelijk samenwonende.

Dit advies is onder meer gebaseerd op volgende elementen:

- Illegaal verblijf: mevrouw kwam met een visum kort verblijf naar Europa en is thans illegaal hier, maar kan na een wettelijke samenwoning via gezinshereniging haar verblijf regulariseren.

- Vreemd relatieverloop: betrokkenen leerden elkaar kennen op 3 januari 2000 en begonnen later dat jaar een relatie. Ze waren nog jong en gingen niet meteen samenwonen. Mevrouw studeerde na het secundair onderwijs nog 5 jaar verder voor verpleegster. Op 11 maart 2009 kregen ze een dochter en op 19 augustus 2012 een zoon. Vreemd genoeg werden deze niet meteen bij de geboorte erkend door meneer maar pas in 2017 toen meneer in Suriname op vakantie was. In 2013 bouwde meneer een huis op de grond van mevrouw en ze gingen pas voor het eerst samenwonen in 2014, tot meneer in maart 2015 naar Nederland vertrok. Hij kreeg er verblijf op basis van een andere vrouw. Hij kon zijn Nederlanderschap terug opeisen na 1 jaar. In september 2018 volgens zijn verklaring (volgens informatie uit Nederland werd hij reeds op 16 mei 2017 uitgeschreven naar het buitenland) kwam hij naar België. Een jaar later kwam mevrouw vanuit Suriname naar Nederland, zonder de kinderen, deze verblijven tot heden in Suriname. Ze willen nu in België een wettelijke samenwoning afsluiten. Toch zeggen ze beiden dat ze reeds eerder huwelijksplannen hadden in Suriname en met dat huwelijk toen ook de kinderen meteen op naam van meneer wilden zetten. Nu kiezen ze na 19 jaar toch voor een wettelijke samenwoning.

- *Overlappende relaties: meneer lijkt het niet al te nauw te nemen met trouw in een relatie: hij heeft nog een kind van 15 jaar, dus verwekt tijdens zijn relatie met mevrouw, en kreeg hij in Nederland verblijf op basis van een relatie met een andere vrouw. Over deze laatste vrouw leggen ze beiden tegenstrijdige verklaringen af of meneer een relatie heeft gehad met deze vrouw of niet. Volgens meneer heet de vrouw B. G., terwijl de vrouw volgens inlichtingen vanuit Nederland B. O. zou heten. Mevrouw bevestigt op het einde van haar politieverhoor dat meneer wel een relatie had met mevrouw B. Meneer zegt dat dit een kennis was maar heeft er wel 1 jaar (officieel) mee samengewoond en gezinshereniging gedaan. De buitenechtelijke relatie zorgde duidelijk voor spanningen tussen meneer en mevrouw, zo blijkt uit de voorgelegde chatberichten.*
- *Tegenstrijdige verklaringen: volgens meneer verhuisden ze van de K(...)straat naar de N(...)straat omdat hij via zijn nichtje hoorde dat ze er gingen verbouwen, terwijl mevrouw zegt dat ze verhuisden omdat ze in vorige woning maar 2 kamers hadden en de keuken en de woonkamer open waren waardoor het naar voeding rook. Volgens mevrouw was meneer eerst een jaar werkloos toen hij naar Nederland kwam, maar meneer zegt dat hij onmiddellijk aan de slag kon.*
- *Belgiërout: meneer kwam in maart 2015 vanuit Suriname naar Nederland en in september 2017 kwam hij naar België. Kort voordien was hij in Suriname en heeft hij de 2 kinderen van en met mevrouw erkend, geboren in 2009 en 2012. Beiden zeggen dat België goedkoper en aangenamer is om te wonen, maar het is algemeen bekend dat de voorwaarden voor gezinshereniging in Nederland strenger zijn dan die in België. Ze weten ook amper iets over België. Mevrouw bevestigt dat ze hier wonen omdat de procedure (gezinshereniging) hier gemakkelijker is. Beiden hebben meer banden met Nederland, ze hebben er dichte familieleden wonen, en meneer heeft de Nederlandse nationaliteit. Meneer werkt wel in België maar op interimbasis, dus niet met een vast contract. Dit contract kan te allen tijde worden stopgezet.*
- *Samenwoningstcontrole en buurtonderzoek: de burens hebben betrokkenen amper gezien en de onderbuur zegt dat het steeds opvallend rustig is in hun woning. Tijdens de samenwoningstcontrole werden geen foto's van hen aangetroffen, en bleek er ook geen koelkast aanwezig in de woning. Dit bevestigt het vermoeden dat ze wellicht niet permanent in België wonen."*

Uit het geheel van de beschikbare gegevens blijkt dat betrokkene en/of de referentiepersoon niet de intentie heeft om een duurzame "affectieve" levensgemeenschap op te bouwen met zijn/haar partner. Gezien betrokkene en de referentiepersoon dienaangaande niet geloofwaardig waren als koppel binnen het kader van de wettelijke samenwoning, zijn ze dat evenmin als feitelijke partners. Betrokkenen misbruiken de procedure van feitelijke partnerschap louter om, via een andere weg, een verblijfsrechtelijk voordeel te verkrijgen, dit tegen de finaliteit van de vreemdelingenwet in.

In het kader van de huidige aanvraag doen de voorgelegde documenten (foto's, Whatsapp-berichten,...) geen afbreuk aan bovenstaande vaststellingen.

Uit de gegevens van het Rijksregister blijkt dat betrokkene op 12.12.2018 werd gedomicilieerd op het adres van de referentiepersoon in België. Echter, een gezamenlijke verblijfsplaats op zich is geen afdoende bewijs van een oprechte affectieve relatie met een duurzaam karakter.

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 werd wel degelijk rekening gehouden met art. 74/13 van de wet van 15.12.1980. Van gemeenschappelijke kinderen is geen sprake, noch van een medische problematiek in hoofde van betrokkene. Het bevel om het grondgebied te verlaten is een logisch gevolg van het niet voldoen aan de verblijfsvoorwaarden: immers 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. Wat betreft het aangehaalde gezinsleven met de referentiepersoon, dient opgemerkt te worden dat het duurzaam karakter van het aangehaalde feitelijke partnerschap wordt betwist. Louter een gezamenlijke verblijfsplaats is geen afdoende bewijs van een oprechte affectieve relatie met een duurzaam karakter, noch van het bestaan van een gezinsleven.

Deze beslissing heeft voorts niet tot gevolg dat betrokkene enig bestaand verblijfsrecht wordt ontnomen, zodat zij niet kan voorhouden dat deze beslissing een inmenging vormt in haar privé- of gezinsleven. De beslissing houdt enkel in dat betrokkene het land dient te verlaten met de mogelijkheid om terug te keren op het ogenblik dat voldaan is aan de in de Vreemdelingenwet bepaalde formaliteiten verbonden aan de aanvraag voor een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie. Moderne communicatiemiddelen kunnen betrokkene in staat stellen om tijdens de scheiding in nauw contact te blijven met de referentiepersoon.

(...)"

2. Onderzoek van het beroep

2.1.1. Verzoekster voert een eerste middel aan dat zij uiteenzet als volgt:

“EERSTE MIDDEL:

- *SCHENDING VAN ARTIKEL 42 VREEMDELINGENWET*
- *SCHENDING VAN ARTIKEL 10.1 RICHTLIJN 2004/38/EG*

1. *Verzoekster diende op 12 december 2018 een aanvraag in tot het verkrijgen van een verblijfskaart als familielid van een burger van de Unie.*

De bestreden beslissing werd evenwel pas op 12 juni 2019 aan verzoekster betekend.

Voor de beoordeling van huidig verzoek is de essentiële vraag of het voldoende is dat de beslissing binnen de termijn van 6 maanden tot stand komt, of dat de beslissing binnen de termijn van 6 maanden ook effectief ter kennis dient gebracht te zijn. Artikel 42, § 1 Vreemdelingenwet laat ruimte voor interpretatie, waar het enkel stelt dat het verblijfsrecht wordt "erkend" binnen de 6 maanden.

Overeenkomstig vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dienen de nationale bepalingen richtlijnconform geïnterpreteerd te worden (cfr. het arrest van het Hof van Justitie dd. 13 november 1990, Marleasing SA/La Comercial Internacional de Alimentacion SA , C106/89).

Het relevante artikel voor interpretatie van artikel 42 § 1 Vreemdelingenwet en de bepaling van toepasselijke termijn, is art. 10.1. van de Richtlijn 2004/38/EG betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden van 29 april 2004: 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 ter zake vastgesteld door de afgifte van een document, “verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie” genoemd. Een verklaring dat de aanvraag om een verblijfskaart is ingediend, wordt onmiddellijk afgegeven.

Uit de inhoud van deze bepaling kan worden afgeleid dat de beslissing dient "afgegeven" (betekend) binnen een termijn van 6 maanden.

Uit de gebruikmaking van de notie "afgifte" kan worden afgeleid dat de beslissing binnen de zes maanden dient ter kennis gebracht te worden, en dat de loutere totstandkoming van de bestreden beslissing niet voldoende is.

Zulke interpretatie spoort ook met de inhoud van artikel 10ter § 2 Vreemdelingenwet dat uitdrukkelijk bepaalt dat beslissing inzake visumaanvraag (met een niet EU-onderdaan) binnen de zes maanden dient "getroffen en betekend". Het was/is m.a.w. ook de bedoeling van de wetgever dat de termijn van 6 maanden niet enkel geldt voor het nemen van de beslissing, doch ook voor de betekening zelf van de beslissing. Het is niet aannemelijk dat de wetgever een verschil in behandeling heeft willen creëren tussen de begin- en einddatum voor de maximale periode van de behandeling van de visumaanvraag tussen enerzijds de aanvraag ex art. 10 Vreemdelingenwet en deze ex art. 40 Vreemdelingenwet. Het is daarentegen wel aannemelijk dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat het begin en einde van deze maximumtermijn congrueerden.

In casu werd de beslissing ter kennis gebracht op 12 juni 2019. Overeenkomstig art. 52 § 4 Vreemdelingenwet is de Staatssecretaris gehouden tot afgifte van de verblijfskaart.

De bestreden beslissing dient derhalve vernietigd te worden.”

2.2.1. Verzoekster voert aan dat zij op grond van artikel 42 van de vreemdelingenwet *iuncto* artikel 52, §4, tweede lid, van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 (hierna: het vreemdelingenbesluit) in het bezit moet worden gesteld van een verblijfskaart als familielid van een burger van de Unie, nu de termijn van zes maanden binnen dewelke de overheid een beslissing moet nemen, werd overschreden.

Artikel 42, § 1, eerste lid, van de vreemdelingenwet bepaalt:

“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.”

Artikel 52, §4, van het vreemdelingenbesluit bepaalt:

“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.”

Artikel 42, §1, van de vreemdelingenwet voorziet aldus dat de aanvraag op grond van artikel 40bis van de vreemdelingenwet ten laatste zes maanden na de aanvraag wordt erkend. Artikel 52, §4, van het vreemdelingenbesluit geeft verdere uitvoering aan deze bepaling door te bepalen dat, indien binnen deze termijn geen beslissing werd genomen, de burgemeester of zijn gemachtigde de verblijfskaart afgeeft.

Artikel 47/2 van de vreemdelingenwet bepaalt 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.

2.2.2. Artikel 42, §1, van de vreemdelingenwet en artikel 52, §4, van het vreemdelingenbesluit vormen de omzetting van artikel 10, eerste lid, 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 burgerschapsrichtlijn), dat stelt als volgt:

“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 ter zake vastgesteld door de afgifte van een document, ‘verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie’ genoemd. Een verklaring dat de aanvraag om een verblijfskaart is ingediend, wordt onmiddellijk afgegeven.”

Het Hof van Justitie heeft in zijn arrest *Diallo* van 27 juni 2018 (C-246/17) de strekking van artikel 10 van de burgerschapsrichtlijn als volgt verduidelijkt:

“dat artikel 10, eerste lid van de burgerschapsrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het besluit over de aanvraag voor een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Europese Unie binnen de in die bepaling gestelde termijn van zes maanden niet alleen moet worden genomen, maar ook ter kennis van de betrokkene moet worden gebracht. Op dit punt dient het betoog van de verzoekende partij dus te worden bijgetreden. Het Hof stelt daarnaast evenwel dat de burgerschapsrichtlijn zich verzet tegen een nationale regeling 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, eerste lid van deze richtlijn 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. Het Hof stelt dat een stelsel waarbij er automatisch een verblijfsrecht wordt afgegeven omwille van een overschrijding van de vastgestelde termijn “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” (§ 55)”.

Artikel 42, §1, van de vreemdelingenwet dient te worden gelezen conform de interpretatie die door het Hof van Justitie werd gegeven aan artikel 10 van de burgerschapsrichtlijn. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad) stelt in dit verband vast dat artikel 42, §1 enkel bepaalt dat een beslissing moet worden genomen binnen een termijn van zes maanden. Artikel 42, §1, van de vreemdelingenwet gaat dan ook niet verder dan artikel 10 van de burgerschapsrichtlijn zoals geïnterpreteerd in het arrest *Diallo* van het Hof van Justitie.

Artikel 42, §1, van de vreemdelingenwet, richtlijnconform geïnterpreteerd, laat bijgevolg evenmin toe dat de overschrijding van de daarin bepaalde termijn van zes maanden aanleiding kan geven tot de automatische afgifte van de verblijfskaart zonder dat daarbij werd nagegaan of aan de voorwaarden werd voldaan.

Artikel 52 van het vreemdelingenbesluit bevat de verdere uitvoeringsmaatregelen en modaliteiten met betrekking tot de afgifte van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie. Waar artikel 52, §4, tweede lid, van het vreemdelingenbesluit bepaalt dat *“als er geen enkele beslissing is genomen binnen de termijn bepaald bij artikel 42, van de wet, (...) 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 afgeeft”*, laat het toe dat een verblijfskaart automatisch wordt afgegeven bij overschrijding van de beslissingstermijn van zes maanden, zonder dat de grondvoorwaarden voor de erkenning van het verblijfsrecht werden nagegaan.

Artikel 52, §4, tweede lid, van het vreemdelingenbesluit is aldus in strijd artikel 42, §1, van de vreemdelingenwet, zoals geïnterpreteerd conform artikel 10 van de burgerschapsrichtlijn en het arrest *Diallo*.

2.2.3. Artikel 159 van de Grondwet bepaalt dat de hoven en rechtbanken de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toepassen in zoverre zij met de wetten overeenstemmen. Die vaststelling leidt ertoe dat de Raad met toepassing van artikel 159 van de Grondwet de reglementaire bepaling, waarvan hij de onwettigheid vaststelt, buiten toepassing laat (RvS nr. 240.240 van 20 december 2017). De verzoekende partij kan zich voor de Raad bijgevolg niet nuttig beroepen op de toepassing van artikel 52, §4, tweede lid, van het vreemdelingenbesluit, dat door de Raad, die een rechtscollege is, op grond van artikel 159 van de Grondwet buiten beschouwing moet worden gelaten.

Artikel 159 van de Grondwet heeft echter geen betrekking op de organen van de uitvoerende macht, zodat de verwerende partij in beginsel geen bevoegdheid heeft om artikel 52, §4, tweede lid, van het vreemdelingenbesluit buiten toepassing te laten wegens strijdigheid met artikel 42 van de vreemdelingenwet *inuncto* artikel 10 van de burgerschapsrichtlijn. Het bestuur kan immers niet op eigen gezag andere bestuursbeslissingen of reglementaire bepalingen buiten beschouwing laten (R.v.St., *Browaeyns*, nr. 37.671, 19 september 1991; R.v.St., *Kohner*, nr. 40.449, 22 september 1992; R.v.St., *Artois e.a.*, nr. 65.974, 22 april 1997).

Het beginsel dat de regel vervat in artikel 159 van de Grondwet in beginsel niet geldt voor het actief bestuur moet evenwel worden genuanceerd. Wanneer het besluit dat door het bestuur moet worden uitgevoerd is aangetast door een flagrante en onbetwistbare onwettigheid, moet dit besluit als niet bestaande worden beschouwd (zie o.m. RvS nr. 243.019 van 22 november 2018; RvS nr. 182.591 van 29 april 2008; R.v.St., *Artois e.a.*, nr. 65.974, 22 april 1997, A.J.T. 1997-98, 527, noot J. Theunis.).

Daarnaast heeft het Grondwettelijk Hof ook aanvaard dat artikel 159 van de Grondwet niet belet dat een administratieve overheid zich voor de rechter beroept op de onwettigheid van een (verordenend) besluit dat zijzelf heeft genomen (Arbitragehof nr. 70/2007, 26 april 2007, B.6.2; Grondwettelijk Hof nr. 121/2007, 19 september 2007, B.6.2.).

De rechtszekerheid vereist daarbij evenwel dat de bestuurlijke overheid, wanneer zij van oordeel is dat een door haar genomen besluit of verordening onwettig is, tot dwingende plicht heeft die onwettigheid onverwijld te herstellen door het besluit of de verordening te herzien en in overeenstemming te brengen met de wet of de hogere regel (RvS nr. 138.975 van 10 januari 2005). Het komt de overheid toe om zo spoedig mogelijk te remediëren aan de rechtsonzekerheid die zijzelf gecreëerd heeft.

2.2.4. Overeenkomstig de jurisprudentie van het Hof van Justitie moeten niet enkel rechtscolleges, maar ook administratieve overheden een onwettige bepaling buiten toepassing laten in geval van strijdigheid met een Europese rechtsnorm. In het arrest *Fratelli Costanzo* oordeelde het Hof van Justitie dat een lagere overheid de bepalingen van nationaal recht die een hogere overheid in strijd met het Unierecht heeft uitgevaardigd, zonder meer buiten toepassing moet laten (HvJ 22 juni 1989, *Fratelli Costanzo*, 103/88, punt 33. HvJ (Grote kamer) 9 september 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi*, C-198/01, punt 49, HvJ 13 juli 1972, *Commissie t. Italië*, 48/71, punt 7).

Het principe dat het bestuur eigenmachtig een onwettige bepaling buiten toepassing laat in het geval van strijdigheid met een Europese rechtsnorm, staat evenwel op gespannen voet met de

bevoegdheidsbepaling in artikel 159 van de Grondwet, bepaling die, zo stelt de Raad van State, de essentie van de rechtsstaat raakt (RvS nr. 65.974 van 22 april 1997; zie ook: A. ALÉN en J. THEUNIS, "Praktische vragen over de « exceptie van onwettigheid » in "Artikel 159 van de Grondwet", in A. ALÉN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis-Cahier 54, Brugge, die Keure, 2009, 7-8).

2.2.5. In het arrest *Diallo* verklaarde het Hof van Justitie ondubbelzinnig en onbetwistbaar dat de burgerschapsrichtlijn zich verzet tegen een nationale regeling 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, eerste lid, van deze richtlijn 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. Waar artikel 52, §4, tweede lid, van het vreemdelingenbesluit voorziet dat, wanneer geen beslissing werd genomen binnen een termijn van zes maanden, zonder onderzoek van de verdere voorwaarden, een verblijfskaart van een familielid van de Unie moet worden afgegeven, is deze bepaling aldus flagrant in strijd met de uitlegging die door het Hof van Justitie werd gegeven aan artikel 10 van de burgerschapsrichtlijn.

Gelet op de duidelijke en niet voor betwisting vatbare uitlegging die werd gedaan door het hoogste terzake bevoegde rechtscollege, moet artikel 52, §4, tweede lid, van het vreemdelingenbesluit als onbestaanbaar met artikel 40bis van de vreemdelingenwet *iuncto* artikel 10 van de burgerschapsrichtlijn worden beschouwd. De Raad stelt te dezen dan ook vast dat het inderdaad gaat om een flagrante en onbetwistbare strijdigheid met de hogere rechtsregels waaraan artikel 52, §4, tweede lid geacht wordt uitvoering te geven, zodat ook het bestuur die bepaling buiten beschouwing diende te laten.

Bijkomend kan in dit verband nog worden opgemerkt dat ingevolge de uitlegging van het Hof van Justitie in het arrest *Diallo*, de vraag naar de wettigheid van artikel 52, §4, tweede lid, van het vreemdelingenbesluit thans als uitgeklaard moet worden beschouwd. Van het bestuur wordt *in casu* niet verlangd dat zijzelf artikel 52, §4, tweede lid, van de vreemdelingenwet - in strijd met artikel 159 van de Grondwet - zelf aan de burgerschapsrichtlijn toetst, doch enkel dat zij passend gevolg geeft aan het arrest *Diallo* en ingevolge de thans uitgeklaarde flagrante en onbetwistbare strijdigheid met de hogere rechtsregels, de reglementaire bepaling buiten toepassing laat (*cf.* hierover: THEUNIS, J., *De exceptie van onwettigheid: op zoek naar een verloren evenwicht*, TBP 2011, afl. 5, 260-274, nr. 13; THEUNIS, J., *De exceptie van onwettigheid. Onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de* *Belgische* *rechtsstaat*, <https://www.uhasselt.be/Documents/faculteiten/rechten/DoctoraatJanTheunis.pdf>, nrs. 242-255).

Het eerste middel is niet gegrond.

2.3. Verzoekster voert een tweede middel aan dat zij uiteenzet als volgt:

- “- SCHENDING VAN ARTIKEL 8 EVRM
- SCHENDING ARTIKEL 47/1, 1° VREEMDELINGENWET
- SCHENDING VAN ARTIKEL 74/13 VREEMDELINGENWET
- SCHENDING VAN DE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR: HET REDELIJKHEIDSBEGINSEL, HET ZORGVULDIGHEIDSBEGINSEL, DE MATERIELE MOTIVERINGSPLICHT.

1. *In de bestreden beslissing wordt zowel de aanvraag tot machtiging van verblijf geweigerd als de beslissing genomen tot het opleggen van een bevel om het grondgebied te verlaten.*

Artikel 47/1, 1° van de Vreemdelingenwet stelt dat als andere familieleden van een burger van de Unie worden beschouwd: 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° van de Vreemdelingenwet. In de bestreden beslissing werd deze bepaling geschonden door de gemachtigde (zie verder hieronder).

Door de gemachtigde werd eveneens een bevel opgelegd om het grondgebied te verlaten, waardoor de verzoekende partij gedwongen wordt het grondgebied te verlaten.

De verzoekende partij wijst daarom op de geboden bescherming door artikel 8 EVRM.

Artikel 8 van het EVRM is erop gericht om het individu te beschermen tegen een willekeurige overheidsinmenging in het gezinsleven. Hoewel artikel 8 EVRM geen absoluut recht omvat, zijn de

Verdragsluitende Staten er wel toe gehouden om, binnen de beleidsmarge waarover zij beschikken, een billijke afweging te maken tussen de concurrerende belangen van het individu en het algemeen belang (zie EHRM 28 juni 2011, Nuñez/Noorwegen, §§ 68- 69).

Rekening houdend met het feit enerzijds dat de vereiste van artikel 8 van het EVRM, net zoals die van de overige bepalingen van het EVRM, te maken heeft met waarborgen en niet met louter goede wil of met praktische regelingen (EHRM 5 februari 2002, Conka/België, § 83), en anderzijds dat dit artikel primeert op de bepalingen van de vreemdelingenwet (RvS 22 december 2010, nr. 210.029), is het de taak van de administratieve overheid om, vooraleer te beslissen:

- een zo nauwkeurig mogelijk onderzoek te doen van de zaak;
- en dit op grond van de omstandigheden waarvan zij kennis heeft of zou moeten hebben.

Door de verzoekende partij wordt betwist dat de gemachtigde in de bestreden beslissing deze verplichting correct heeft nageleefd (zie verder hieronder).

De verwerende partij is eveneens gebonden aan artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, aangezien een beslissing tot verwijdering werd genomen.

Artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet bepaalt bovendien het volgende: “Bij het nemen van een beslissing tot verwijdering houdt de minister of zijn gemachtigde rekening met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land”.

Artikel 74/13 van de vreemdelingenwet noodzaakt steeds een individueel onderzoek waarbij de situatie van de betrokken vreemdeling wordt beoordeeld en waarborgt dat de verwerende partij bij het nemen van een verwijderingsbeslissing rekening houdt met welbepaalde fundamentele rechten en daaromtrent een concrete afweging maakt. Artikel 74/13 van de vreemdelingenwet weerspiegelt in deze zin hogere rechtsnormen, zoals artikel 3 en 8 van het EVRM.

In de lijn van de vorige bepalingen, betwist de verzoekende partij eveneens dat artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet werd gerespecteerd door de gemachtigde bij het nemen van de bestreden beslissing.

2. *Verzoekster heeft de nationaliteit van Suriname. Verzoekster heeft een feitelijke relatie met een Nederlandse onderdaan, de heer E. M. J. (RR: 71.01.03 625-70). Zij diende op 12 december 2018 een aanvraag tot machtiging van verblijf in als familielid van een burger van de Unie overeenkomstig artikel 47/1, 1° van de Vreemdelingenwet op basis van hun feitelijke relatie.*

Door verzoekster en haar partner werden verschillende bewijzen overgemaakt om het duurzaam karakter van hun relatie verder te staven (zoals onder meer foto's en WhatsApp-berichten). De partner van verzoekster is bovendien opnieuw woonachtig op hun gezamenlijk adres te 2000 Antwerpen, N(...)straat (...).

Door de gemachtigde wordt echter geen belang gehecht aan de overgemaakte bewijzen in verband met hun feitelijke relatie.

De gemachtigde verwijst namelijk naar een negatief advies van 9 april 2019 dat werd afgegeven door de Procureur des Konings te Antwerpen met betrekking tot de verklaring van wettelijke samenwoning die beide partners hebben afgelegd op 29 november 2018. Op basis hiervan besluit de gemachtigde dat er onvoldoende bewezen zou zijn dat verzoekster een duurzame relatie heeft met haar partner en stelt de gemachtigde zelfs: “betrokkenen misbruiken de procedure van feitelijke partnerschap louter om, via een andere weg, een verblijfsrechtelijke voordeel te verkrijgen, dit tegen de finaliteit van de vreemdelingenwet in”.

De gemachtigde dient evenwel rekening te houden met alle voorliggende gegevens (en zich bijgevolg niet enkel te baseren op het uitgebrachte advies door de Procureur des Konings van 9 april 2019). Verzoekster wijst onder meer naar het zorgvuldigheidsbeginsel, hetgeen een zorgvuldig feitenonderzoek veronderstelt van de gemachtigde.

Door verzoekster en haar partner werden verschillende bewijzen overgemaakt om het duurzaam karakter van hun relatie te staven (zoals onder meer foto's en WhatsApp-berichten). Door de

gemachtigde wordt nagelaten om een individueel en zorgvuldig onderzoek te verrichten naar deze overgemaakte documenten door verzoeker. Door de gemachtigde wordt namelijk in de bestreden beslissing enkel gesteld: “in het kader van de huidige aanvraag doen de voorgelegde documenten (foto’s, Whatsapp-berichten, ...) geen afbreuk aan bovenstaande vaststellingen”, waarna enkel nog een korte vermelding volgt over de gezamenlijke verblijfplaats van verzoekster en haar partner.

Het komt aan de gemachtigde toe – in het kader van het onderzoek naar duurzame relatie tussen verzoekster en haar partner – om alle elementen individueel en zorgvuldig te beoordelen.

Het blijkt net dat in het advies van de Procureur des Konings van 9 april 2019 de voorgebrachte bewijzen door verzoekster aan verweerder niet worden besproken.

De voorgebrachte bewijzen zijn daarom net van aard om het advies van de Procureur des Konings tegen te spreken, minstens behoort het de gemachtigde toe om deze bewijzen af te wegen (te beoordelen) tegen dit advies.

De gemachtigde laat dit evenwel na. In de bestreden beslissing blijkt dat het advies van de Procureur des Konings (blindelings) wordt gehanteerd als uitgangspunt, waarna kort wordt gesteld dat alle andere elementen hieraan “geen afbreuk” kunnen doen. Het blijkt echter net dat de voorgebrachte bewijzen door verzoekster aan verweerder een tegengewicht vormen voor het advies van de Procureur des Konings, waarin deze bewijzen niet worden besproken (en dus beoordeeld). Het komt bijgevolg aan de gemachtigde toe om dit oordeel op een zorgvuldige manier te maken in de bestreden beslissing, hetgeen wordt nagelaten.

Hierdoor schendt de gemachtigde artikel 47/1, 1° van de Vreemdelingenwet, samengelezen met het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

3. Verzoekster verkreeg tevens een bevel om het grondgebied te verlaten op grond van artikel 7, §1, 2° van de Vreemdelingenwet.

Door de gemachtigde wordt gesteld, in het verlengde van het bovenstaande, dat verzoekster zich niet zou kunnen beroepen op “het duurzaam karakter van het aangehaalde feitelijke partnerschap”. Dit laatste wordt door verzoekster betwist, gelet op bovenvermelde elementen. Verzoekster kan zich weldegelijk beroepen op de geboden bescherming door artikel 8 EVRM en artikel 74/13 Vreemdelingenwet omwille van de relatie die zij heeft met haar in België verblijvende Nederlandse partner (zie bovenvermelde elementen).

De gemachtigde handelt hierom in strijd met artikel 74/13 Vreemdelingenwet en artikel 8 EVRM handelt, samengelezen met het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsverplichting.”

2.3.1. Verzoekster voert met betrekking tot de bevelscomponent aan dat onvoldoende rekening werd gehouden met het gezinsleven.

*De Raad merkt op dat in de bestreden beslissing uitvoerig de redenen worden opgegeven waarom de verwerende partij van oordeel is dat er *in casu* geen sprake is van een duurzame relatie tussen verzoekster en haar partner. De verwerende partij is van oordeel dat het gaat om een schijnrelatie die werd opgezet met het oog op het bekomen van een verblijfsrechtelijk voordeel. Het bevel om het grondgebied te verlaten werd genomen tezamen met de beslissing tot weigering van verblijf en werd genomen naar aanleiding van dezelfde feitelijke overwegingen. Daarnaast wordt in de bestreden beslissing, wat de bevelscomponent betreft, een specifieke motivering met betrekking tot artikel 74/13 van de vreemdelingenwet gegeven:*

“Hierbij werd wel degelijk rekening gehouden met art. 74/13 van de wet van 15.12.1980. Van gemeenschappelijke kinderen is geen sprake, noch van een medische problematiek in hoofde van betrokkene. Het bevel om het grondgebied te verlaten is een logisch gevolg van het niet voldoen aan de verblijfsvoorwaarden: immers 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. Wat betreft het aangehaalde gezinsleven met de referentiepersoon, dient opgemerkt te worden dat het duurzaam karakter van het aangehaalde feitelijke partnerschap wordt betwist. Louter een gezamenlijke verblijfplaats is geen afdoende bewijs van een oprechte affectieve relatie met een duurzaam karakter, noch van het bestaan van een gezinsleven.

Deze beslissing heeft voorts niet tot gevolg dat betrokkene enig bestaand verblijfsrecht wordt ontnomen, zodat zij niet kan voorhouden dat deze beslissing een inmenging vormt in haar privé- of gezinsleven. De beslissing houdt enkel in dat betrokkene het land dient te verlaten met de mogelijkheid om terug te keren op het ogenblik dat voldaan is aan de in de Vreemdelingenwet bepaalde formaliteiten verbonden aan de aanvraag voor een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie. Moderne communicatiemiddelen kunnen betrokkene in staat stellen om tijdens de scheiding in nauw contact te blijven met de referentiepersoon.”

Verzoekster betoogt dat de verwerende partij zich heeft beperkt tot het advies van de Procureur des Konings en daarbij heeft nagelaten rekening te houden met alle elementen van de zaak. Zij voert aan dat geen rekening werd gehouden met de foto's en WhatsApp-berichten die werden neergelegd. De bestreden beslissing verwijst uitvoerig naar het advies van de Procureur des Koning en neemt deze uitdrukkelijk over. Zo wordt erop gewezen dat verzoekster in illegaal verblijf is, maar zich via de wettelijke samenwoning kan laten regulariseren. Verder wordt gewezen op een vreemd relatieverloop; verzoekster kende haar partner sedert 2000 maar zij gingen niet samenwonen. Ze studeerde verder en kreeg op 11 maart 2009 een dochter en op 19 augustus 2012 een zoon. Deze kinderen werden echter niet meteen erkend door de referentiepersoon, maar pas in 2017 toen deze in Suriname op vakantie was. Zij woonden er even samen maar de referentiepersoon vertrok in 2015 naar Nederland. Hij verkreeg het recht op verblijf in Nederland op grond van een relatie met een andere vrouw. Hierdoor kon hij de Nederlandse nationaliteit opeisen na een jaar. In september 2018 kwam hij naar België en kwam verzoekster over van Suriname, evenwel zonder haar kinderen. Daarnaast blijkt er sprake van overlappende relaties; de referentiepersoon heeft een kind van 15 jaar dat hij tijdens zijn relatie met verzoekster verwekte bij een andere vrouw. Beide partners legden ook tegenstrijdige verklaringen af met betrekking tot de vraag of de referentiepersoon een relatie heeft met deze vrouw of niet. Daarnaast zijn er nog tegenstrijdige verklaringen over de reden waarom ze verhuisden en met betrekking tot de tewerkstelling van de referentiepersoon. Ook blijkt het om een België-route te gaan die op het verkrijgen van het recht op verblijf gericht is en hebben ze geen daadwerkelijke band met België. Uit de woonstcontrole en buurtonderzoek blijkt ook dat verzoekster en haar partner nauwelijks te zien zijn en dat het er opvallend rustig is. Tijdens de woonstcontrole werden geen foto's van hen aangetroffen, er was ook geen koelkast aanwezig in de woning. Dit bevestigt het vermoeden dat zij niet permanent in België wonen.

De Raad merkt op dat dit pertinente motieven zijn waarom aan de waarachtigheid van het voorgehouden gezinsverband kan worden getwijfeld. Verzoekster beperkt zich tot de verklaring dat zij naderhand nog foto's en WhatsApp-berichten heeft neergelegd. Vooreerst merkt de Raad op dat de bestreden beslissing wel degelijk melding maakt van foto's en WhatsApp-berichten, doch oordeelt dat dit geen afbreuk doet aan bovenstaande vaststellingen. In tegenstelling tot wat verzoekster voorhoudt, werd in de bestreden beslissing wel rekening gehouden met deze berichten. Het enkele feit dat verzoekster stukken heeft neergelegd die dateren van na het advies van het parket, heeft niet tot gevolg dat de motieven van dit advies niet langer draagkrachtig zouden zijn. Verzoekster zet nergens uiteen op welke wijze de WhatsApp-berichten en de foto's het bestuur alsnog tot een ander inzicht hadden moeten brengen met betrekking tot de partnerrelatie. Het enkele feit dat foto's en berichtjes worden neergelegd, heeft niet tot gevolg dat de motieven in het negatief advies niet langer pertinent zouden zijn. Verzoekster zet in het middel ook nergens uiteen waarom deze motieven hierdoor onderuit zouden worden gehaald.

Het tweede middel is dan ook niet gegrond.

3. Korte debatten

De verzoekende partij heeft geen gegrond middel aangevoerd dat tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan leiden. Aangezien er grond is om toepassing te maken van artikel 36 van het koninklijk besluit van 21 december 2006 houdende de rechtspleging voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, wordt de vordering tot schorsing, als *accessorium* van het beroep tot nietigverklaring, samen met het beroep tot nietigverklaring verworpen.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Enig artikel

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op negenentwintig januari tweeduizend twintig door:

dhr. C. VERHAERT,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

dhr. K. VERKIMPEN,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

K. VERKIMPEN

C. VERHAERT