



Arrest

nr. 244 899 van 26 november 2020
in de zaak RvV X / VIII

In zake: X

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

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie, thans de staatssecretaris voor Asiel en Migratie

DE VOORZITTER VAN DE VIIIste KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Iraakse nationaliteit te zijn, op 24 januari 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 17 januari 2019 waarbij een aanvraag tot gezinshereniging van 18 december 2018 niet in overweging wordt genomen en de afgifte van het attest van immatriculatie als onbestaande wordt beschouwd.

Gezien titel Ibis, hoofdstuk 2, afdeling IV, onderafdeling 2, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gezien het arrest van 24 januari 2019 met nr. 215 665 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Gelet op de beschikking van 21 september 2020, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 29 oktober 2020.

Gehoord het verslag van kamervoorzitter M. EKKA.

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. HAEGEMAN, die loco advocaat K. VERHAEGEN verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat M. DUBOIS, die loco advocaat E. MATTERNE verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1. Verzoeker, die volgens zijn verklaringen België binnenkwam op 25 december 2005, verklaart er zich op 28 december 2005 een eerste maal vluchteling.

1.2. Op 10 juli 2007 besliste de Raad in zijn arrest nr. 627 tot weigering van de vluchtelingenstatus en weigering van de subsidiaire beschermingsstatus. Op 7 november 2007 werd beslist tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13quinquies).

1.3. Na veroordelingen tot gevangenisstraffen door de correctionele rechtbank werd ten aanzien van verzoeker op 24 september 2009 een ministerieel besluit tot terugwijzing genomen, met een geldigheidsduur van tien jaar. Dit besluit werd aan verzoeker betekend op 7 oktober 2009.

1.4. Op 11 februari 2014 werd verzoeker teruggeleid naar Erbil, Noord-Irak.

1.5. Verzoeker die volgens zijn verklaringen België opnieuw binnenkwam in 2015, verklaart er zich op 18 december 2015 een tweede maal vluchteling.

1.6. Op 31 januari 2017 besliste de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen tot weigering van de vluchtelingenstatus en weigering van de subsidiaire beschermingsstatus. Bij arrest nr. 204 009 van 18 mei 2018 kwam de Raad tot dezelfde conclusie.

1.7. Op 28 september 2018 treft de verwerende partij een beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering (bijlage 13septies). Bij arrest nr. 210 737 van 10 oktober 2018 werd de vordering tot schorsing die werd ingediend bij uiterst dringende noodzakelijkheid verworpen.

1.8. Op 22 november 2018 verklaart verzoeker zich een derde maal vluchteling.

1.9. Op 11 december 2018 heeft de commissaris-generaal een beslissing niet-ontvankelijk verzoek (volgend verzoek) genomen die op dezelfde dag per drager naar verzoeker werd gestuurd.

1.10. Op 18 december 2018 dient verzoeker een tweede aanvraag tot gezinshereniging in als ouder van een Belgisch minderjarig kind. Hij wordt daarbij in het bezit gesteld van een bijlage 19ter en een attest van immatriculatie.

1.11. Bij arrest nr. 214 476 van 20 december 2018 verwerpt de Raad het beroep dat werd ingediend tegen de in punt 1.9. bedoelde beslissing.

1.12. Op 17 januari 2019 treft de verwerende partij een beslissing waarbij de in punt 1.10. bedoelde aanvraag gezinshereniging niet in aanmerking wordt genomen. Tevens wordt hierin gesteld dat de afgifte van het attest van immatriculatie als onbestaande dient te worden beschouwd.

Dit is de thans bestreden beslissing, die luidt als volgt:

"S., K.I.

Nationaliteit Irak

Geboren op 01.04.1988

(...).

Op 18/12/2018 heeft u een aanvraag gezinshereniging (bijlage 19 ter) ingediend als ouder van een Belgisch minderjarig kind, de genaamde V.P.N.K.

Overwegende dat u dd. 24/09/2009 het voorwerp uitmaakt van een Ministerieel Besluit tot terugwijzing, u betekend op 07/10/2009 en dewelke in werking treedt dd. 13/12/2013, dag van uw vrijstelling uit de gevangenis;

Overwegende dat dit Ministerieel Besluit tot terugwijzing geldig is tot 12/12/2023 ;

Overwegende dat een Ministerieel Besluit tot terugwijzing, in tegenstelling tot een teruggedrijving en een bevel het grondgebied te verlaten dewelke onmiddellijke maatregelen betreffen, een veiligheidsmaatregel betreft voor de toekomstige binnenkomst, verblijf en vestiging, tenzij de maatregel opgeschort of opgeheven werd, of de termijn van 10 jaar verliep; dat het feit geband te zijn gedurende een periode van 10 jaar een obstakel voor de administratie inhoudt om een toegang toe te staan of een machtiging tot verblijf te verlenen; dat de wetgever in casu voorzag dat de maatregel opgeschort / opgeheven dient te

zijn teneinde de maatregel haar effect verliest, en zolang de maatregel niet opgeheven werd, de administratie geen verblijf of vestiging kan toestaan (zie Raad van State, arrest n° 218401 van 09.03.2012);

Overwegende het feit onderworpen te zijn aan een Ministerieel Besluit tot terugwijzing dewelke noch opgeschort noch opgeheven is en een verbod tot binnenkomst in het Rijk gedurende 10 jaar inhoudt, de aanwezigheid van betrokkene op het grondgebied niet toegestaan is, en het verwerven van enig verblijfsrecht a fortiori niet mogelijk is;

Overwegende dat u noch de opschorting noch de opheffing van uw Ministerieel Besluit tot terugwijzing heeft bekomen, kan u niet toegelaten of aanvaard worden tot een verblijf in België;

Overwegende dat u geen elementen aanbrengt van een dusdanige afhankelijkheidsrelatie tussen u en Uw kind waardoor u een afgeleid verblijfsrecht zou kunnen bekomen, overeenkomstig het Arrest van Hof van Justitie in de zaak C- 82/16 van 8 mei 2018. Het loutere bestaan van een gezinsband volstaat niet als rechtvaardiging om aan u een afgeleid verblijfsrecht toe te kennen. Er is in uw dossier geen enkele reden terug te vinden dat u niet zou kunnen gescheiden worden van uw kind:

Uit het dossier blijkt dat het kind verblijft bij de moeder van het kind, de genaamde Van P.P.H. ° 16/09/1984 van Belgische nationaliteit en dat er geen aanwijzingen zijn dat zij door gezondheidsproblemen niet in staat zou kunnen zijn om voor uw kind te kunnen zorgen. Evenmin dat zij niet zelfstandig zou kunnen functioneren. Integendeel zij woont samen met het kind in bij haar ouders, zodat het niet ontbreekt aan enige opvang voor het kind en dat zij voldoende is omringd door familieleden. Het feit dat er een overeenkomst betreffende de verblijfsregeling en de onderhoudsbijdrage is afgesloten op 30/09/2018 tussen u en de moeder van het kind, waarbij het kind bij u mag verblijven tijdens de weekends en in vakantieperiodes en dat u onderhoudsgeld van 200 euro zal betalen is geen reden om u het verblijf toe te kennen. Integendeel u bent immers in illegaal verblijf en gelet op het feit dat het door u erkende kind werd geboren in een periode dat u wist dat, gezien het geldende terugwijzingsbesluit, het duidelijk was dat het voortzetten van het gezinsleven met het kind op het grondgebied van de Verdragsluitende Staat een precair karakter zou kennen. Bovendien is het niet overtuigend dat u in staat zou zijn om 200 euro onderhoudsgeld te betalen. U bent reeds sedert 07/2/2018 niet langer tewerkgesteld bij de firma ASAP. BE NV en er zijn geen aanwijzingen in uw dossier dat u recentelijk tewerkgesteld was. Verder dient opgemerkt te worden dat de overeenkomst is afgesloten op het moment dat u reeds was opgesloten in het gesloten centrum van Vottem namelijk op 29/09/2018 (vermeld op de bijlage 13 septies van 28/09/2018).

Verder zijn er in uw dossier een getuigenverklaring van de moeder dd. 16/10/2018 terug te vinden waarin zij verklaart dat u nog contact hebt onderhouden met uw zoon, een verklaring van het kinderdagverblijf Bambini dat u regelmatig uw kind komt brengen en halen en een attest van het gesloten centrum van Merksplas dat u op 05/01/2019 bezoek heeft gehad van uw zoon en zijn moeder. Dat u nog contact heeft met uw zoon wordt niet betwist, maar het kind nu en dan eens zien is onvoldoende om te spreken van een afhankelijkheidsrelatie. Daarnaast zijn er nog foto's terug te vinden waarop mogelijks u en uw kind te zien zijn, maar dit zijn verklaringen op eer waarvan het gesolliciteerd karakter ervan niet kan worden uitgesloten. Van foto's valt ook niet af te leiden wat de werkelijke band is tussen u en uw zoon.

Overwegende dat uit het bovenstaande niet blijkt dat uw zoon buitengewoon afhankelijk is van u waardoor uw aanwezigheid in het Rijk werkelijk is vereist. Nergens uit het dossier blijkt dat uw aanwezigheid onontbeerlijk is om uw vaderschap te kunnen opnemen. Wij willen best aannemen dat u een goede band heeft met het kind, echter nergens uit de voorgelegde documenten blijkt dat uw aanwezigheid in België onontbeerlijk is opdat uw kind verder zou kunnen verblijven in België. Uw zoon is nog jong om eventueel het contact later terug te herstellen, is omringd door familie en kan in België verder verblijven alwaar er voldoende ondersteuning is (van medische tot opvang) waarvan de moeder evengoed gebruik kan van maken als alle andere inwoners van België om jullie zoon alle kansen te bieden om zijn ontwikkeling en welbevinden te vrijwaren. Niets sluit uit dat u financieel bijdraagt vanuit het buitenland en er een andere contactregeling kan worden getroffen via moderne communicatiemiddelen of occasionele bezoeken van uw zoon aan u in het buitenland. Minstens tot op het moment dat u de opheffing van het inreisverbod heeft bekomen of u de termijn van de inreisverbod hebt gerespecteerd en u legaal kan terugkeren naar België.

Overwegende dat de aanvraag gezinshereniging, ingediend dd.18/12/2018, niet in overweging kan worden genomen en dat de afgifte van het attest van immatriculatie dient te worden beschouwd als onbestaande;

Als gevolg hiervan dient u het bevel om het grondgebied te verlaten van 28/09/2018 dewelke u is betekend dd. 28/09/2018 op te volgen alsook het inreisverbod vervat in het Ministerieel Besluit tot terugwijzing dewelke in werking is getreden de dag van uw vrijlating dd 13/12/2013;

Dit document geldt niet als identiteits- of nationaliteitsbewijs."

1.13. Bij arrest nr. 215 665 van 24 januari 2019 wordt de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing bij uiterst dringende noodzakelijkheid verworpen. De Raad was van oordeel dat de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing reeds is geschorst op grond van artikel 39/79, §1, eerste lid, 1° juncto tweede lid, 8° 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), dit tijdens de voor het indienen van het beroep tegen de bestreden beslissing vastgestelde termijn en gedurende de behandeling van dit beroep. Dezelfde dag wordt verzoeker vrijgesteld.

2. Over de ontvankelijkheid

Artikel 39/82, §1, vierde lid van de Vreemdelingenwet bepaalt:

"De verzoeker dient, wanneer hij de schorsing van de tenuitvoerlegging vordert, te opteren hetzij voor een vordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid, hetzij voor een gewone schorsing. Hij kan op straffe van niet-ontvankelijkheid noch gelijktijdig noch opeenvolgend hetzij opnieuw toepassing maken van het derde lid, hetzij in zijn in § 3 bedoeld verzoekschrift andermaal de schorsing vorderen".

De ingediende vordering tot schorsing is onontvankelijk, gezien het gestelde in punt 1.13. De Raad heeft in dit arrest de vordering tot schorsing niet verworpen wegens een gebrek aan uiterst dringende noodzakelijkheid. Verzoeker kan dan ook niet dienstig thans andermaal een vordering tot schorsing indienen tegen de bestreden beslissing.

3. Onderzoek van het annulatieberoep

3.1. In een eerste middel werpt verzoeker de schending op van:

"- art. 40bis t.e.m. artikel 43 van de Vreemdelingenwet

- art. 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 'Vreemdelingenbesluit')

- het Ministerieel besluit houdende delegatie van bepaalde bevoegdheden van de Minister die bevoegd is voor de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en tot opheffing van het ministerieel besluit van 17 mei 1995 houdende delegatie van bevoegdheid van de Minister inzake de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (delegatiebesluit) door onbevoegdheid van de steller van de akte".

Hij betoogt als volgt:

"Uit de motivering van de bestreden beslissing blijkt dat de aanvraag tot gezinshereniging van verzoeker als vader van een minderjarige Belgische onderdaan krachtens artikel 40ter van de Vreemdelingenwet "niet in aanmerking wordt genomen" omdat hij het voorwerp uitmaakt van een Ministerieel Besluit tot terugwijzing.

Zoals uw Raad voor Vreemdelingenbetwistingen reeds oordeelde kan een dergelijke beslissing enkel worden beschouwd als een beslissing tot weigering van een erkenning van het verblijfsrecht van een vreemdeling bedoeld in artikel 40ter van de Vreemdelingenwet (o.a. RvV nr. 170 765 van 28 juni 2016).

In geen enkele wettelijke bepaling toepasselijk op aanvragen gezinshereniging als vader van een minderjarige Belgische onderdaan wordt er echter als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de aanvraag gezinshereniging gesteld dat het familielid van een Belg niet het voorwerp mag uitmaken van een Ministerieel Besluit tot terugwijzing.

Wel in tegendeel bepaalt artikel 43 van de Vreemdelingenwet, dat de omzetting is van artikel 27 van de richtlijn 2004/3 8/EG in het Belgisch recht, dat het inreisrecht of het verblijfsrecht van burgers van de

Unie of hun familieleden enkel kan beperkt worden indien hun gedrag "een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging vormt voor een fundamenteel belang voor de samenleving vormt."

Verweerder dient de door de wetgever voorziene procedures en limitatief bepaalde weigeringsgronden te respecteren. Dit houdt onder meer in dat indien verweerder de aanvraag van verzoeker wenst af te wijzen omdat hij naar zijn oordeel een gevaar uitmaakt voor de openbare orde hij rekening dient te houden met de verplichtingen die opgenomen zijn in artikel 43 van de Vreemdelingenwet en hij dient na te gaan of het gedrag van verzoeker heden nog een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormt.

De terugwijzing is niet langer een in de Vreemdelingenwet voorziene maatregel (zie derde middel) die dan ook de beslissing tot weigering van een verblijfsrecht aan een familielid van een burger van de Unie, zoals de verweerder, niet kan gronden.

Verwerende partij kan verzoekers recht op verblijf, waarop hij zich pas kon beroepen vanaf de geboorte van zijn zoon (30 juni 2016) zijnde nadat hem reeds een besluit tot terugwijzing werd betekend, niet weigeren zonder na te gaan of verzoeker nog een actueel gevaar vormde voor de openbare orde en de nationale veiligheid zoals voorgeschreven door artikel 43 van de Vreemdelingenwet.

Bovendien heeft de Europese wetgever in artikel 33 van de richtlijn 2004/38/EG bepaald dat indien een besluit tot verwijdering van het grondgebied, waartoe werd besloten als straf of bijkomende straf naast een vrijheidsstraf, ten uitvoer wordt gelegd meer dan twee jaar na de uitvaardiging, de lidstaat dient na te gaan of zich nog een actuele en werkelijke bedreiging van de openbare orde voordoet en dient te beoordelen of eventueel sedert het tijdstip waarop het besluit werd genomen wijzigingen in de omstandigheden in materiële zin zijn opgetreden.

Een Ministerieel Besluit tot terugwijzing mag dan nog een binnenkomst op het grondgebied van de lidstaten voor een bepaalde termijn verbieden, het is daarom nog niet zo dat het Ministerieel Besluit tot terugwijzing gradaties van onwettig verblijf zou introduceren in de Vreemdelingenwet.

Ministerieel Besluit tot terugwijzing of niet, een vreemdeling zonder verblijfsrecht kan niet nog minder wettig verblijven dan onwettig, en onwettig verblijf op zich verhindert niet dat een familielid van een Unieburger een aanvraag gezinshereniging indient. Het Ministerieel Besluit tot terugwijzing kan op zich dan ook geen hinderpaal vormen om een aanvraag gezinshereniging in te dienen.

Uw Raad heeft in het verleden ook reeds beslissingen van verwerende partij vernietigd waarin verwerende partij een aanvraag tot verblijf weigerde omwille van het feit dat er een Ministerieel Besluit tot terugwijzing werd genomen.

Zo vernietigde Uw Raad in het arrest nr. 72.792 van 6 januari 2012 een beslissing waarin verwerende partij een aanvraag tot verblijfsmachtiging op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet zonder voorwerp had verklaard omdat er een Ministerieel Besluit tot terugwijzing was genomen.

In het arrest nr. 76.133 van 28 februari 2012 vernietigde Uw Raad een beslissing waarin een aanvraag op grond van artikel 40ter Vw. niet in overweging werd genomen eveneens omdat er een Ministerieel Besluit tot terugwijzing was genomen:

"De verwerende partij werpt terecht op dat het recht op verblijf van een familielid van een burger van de Unie geen absoluut recht is en er voorwaarden zijn die de wetgever duidelijk heeft in kaart gebracht. Het staat de verwerende partij inderdaad vrij om te oordelen omtrent het recht van de verzoekende partij om tot een verblijf toegelaten te worden in functie van haar echtgenoot. De verwerende partij dient hierbij evenwel de door de wetgever voorziene procedures en limitatief bepaalde weigeringsgronden te respecteren. Dit houdt onder meer in dat indien de verwerende partij de aanvraag van de verzoekende partij wenst af te wijzen omdat zij naar haar oordeel een gevaar uitmaakt voor de openbare orde zij rekening dient te houden met de verplichtingen die opgenomen zijn in artikel 43 van de vreemdelingenwet en dient zij na te gaan of het gedrag van de verzoekende partij heden nog een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormt. De stelling van de verzoekende partij dat de vreemdelingenwet niet de controle die door artikel 43 van de vreemdelingenwet wordt opgelegd heeft doorgevoerd, kan worden gevolgd. Verzoeker meent dat ook deze situaties gelijkaardig zijn aan de zijne en dat dezelfde redenering op hem dient te worden toegepast.

De bestreden beslissing is overigens in tegenspraak met de informatie die verwerende partij zelf verspreidde over haar praktijk in verband met een aanvraag gezinshereniging van personen die het voorwerp uitmaken van een inreisverbod.

In een brief aan het Kruispunt Migratie-Integratie van 20 maart 2014 meldde verwerende partij met betrekking tot gezinshereniging op grond van de artikelen 40bis of 40ter van de Vreemdelingenwet het volgende:

"Indien betrokkene voldoet aan de artikelen 40bis/40ter Vreemdelingenwet wordt het verzoek onderzocht, als familielid van een burger van de Unie. Het verzoek tot gezinshereniging moet dus beschouwd worden als een impliciete aanvraag tot opheffing. "

Verwerende partij stelt dus voorop dat een aanvraag tot gezinshereniging als familielid van een Unieburger of een Belg wordt beschouwd als een impliciete aanvraag tot opheffing van het inreisverbod, maar handelt in de praktijk - zoals in casu ten aanzien van verzoeker - tegenovergesteld.

Dit wordt versterkt doordat verzoeker een bijlage 19ter.. Verzoeker kon er rechtmatig vanuit gaan dat zijn aanvraag tot gezinshereniging volledig en gegrond was, doch kreeg tot zijn verbazing de bestreden beslissing in handen.

Verzoeker meent dan ook dat de rechtszekerheid op de helling komt te staan en verwerende partij het vertrouwensbeginsel heeft geschonden.

De bestreden beslissing die aan verzoeker wordt afgeleverd neemt bovendien niet de juiste vorm aan. Indien het verblijfsrecht als familielid van een Belg niet wordt toegekend, dient volgens artikel 52 van het Vreemdelingenbesluit immers een bijlage 20 te worden afgeleverd.

Artikel 52 van het Vreemdelingenbesluit staat in de hiërarchie der rechtsnormen hoger dan een ministerieel besluit. Verwerende partij kon zich dan ook niet op het aan verzoeker afgegeven Ministerieel Besluit tot terugwijzing beroepen om geen verder gevolg te geven a.an de expliciete verplichting voorzien in artikel 52 van het Vreemdelingenbesluit om de verblijfsaanvraag van verzoeker als familielid van een Unieburger te acteren en te behandelen volgens de voorschriften van deze bepaling (RvV arrest nr. 70.912 van 29 november 2011).

Bovendien moet de steller van de akte bevoegdheid hebben om een beslissing te nemen. In casu voorziet het Delegatiebesluit geen delegatie inzake art. 40ter noch art. 40bis maar enkel voor de artikelen van het Vreemdelingenbesluit, meer bepaald art. 52.

In dergelijke gevallen kan en beslissing enkel en alleen door de Minister genomen worden. De attaché die de bestreden beslissing heeft ondertekend ontbrak dan ook de nodige bevoegdheid hiertoe.

De bestreden beslissing neemt aldus geen bij wet voorziene vorm aan en de vermelde attaché is manifest onbevoegd een beslissing te nemen in deze materie zodat de beslissing alleen al om deze reden dient te worden geschorst en nietig verklaard."

3.2. Het wordt niet betwist dat verzoeker op 18 december 2018 een aanvraag heeft ingediend tot afgifte van een verblijfskaart als ouder van een Belgisch minderjarig kind. Dit valt onder het toepassingsgebied van artikel 40ter, § 2, 2° van de Vreemdelingenwet dat de voorwaarden voor de erkenning van het verblijfsrecht omschrijft. De bestreden beslissing, met name de niet in overwegingname van de aanvraag tot gezinshereniging van 18 december 2018, is het resultaat van deze ingediende verblijfsaanvraag.

3.3. De Raad wijst erop dat onder de weigering van erkenning van een verblijfsrecht elke beslissing dient te worden begrepen tot afwijzing van een verblijfsaanvraag in het kader van gezinshereniging, ongeacht de benaming ervan (zie RvV 8 februari 2016, nr. 161 497 (drie rechters) met verwijzing naar RvS 17 maart 1999, nr. 79.313 en RvS 23 maart 2006, nr. 156.831). De bestreden beslissing dient dus te worden beschouwd als een beslissing waarin de verwerende partij het recht op verblijf niet erkent, zoals verzoeker in zijn verzoekschrift ook zelf stelt.

3.4. Dergelijke beslissing dient normaliter te zijn vervat in een bijlage 20, conform artikel 52, § 4, vijfde lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: het Vreemdelingenbesluit) dat samen gelezen met artikel 43, 3° van hetzelfde besluit ook van toepassing is op de familieleden van een Belg zoals omschreven in artikel 40ter van de Vreemdelingenwet.

Artikel 52, § 4, vijfde lid van het Vreemdelingenbesluit luidt immers als volgt: *“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.”*

3.5. Dergelijke bijlage 20 betreft echter niet meer dan de vormgeving van een beslissing waarbij de verwerende partij het recht op verblijf niet erkent. De Raad ziet niet in en verzoeker toont ook niet aan welk belang hij heeft bij zijn kritiek dat de bestreden beslissing *“niet de juiste vorm”* heeft van een bijlage 20. De Raad wijst in dit verband nog op het gestelde in punt 1.13. Uit dit arrest blijkt dat de bestreden beslissing werd beschouwd als een beslissing bedoeld in artikel 39/79, tweede lid, 8° van de Vreemdelingenwet zodat verzoeker geniet van de schorsende werking tijdens de voor het indienen van het beroep vastgestelde termijn en tijdens het onderzoek van dit beroep, net zoals het geval is met een beslissing in de vorm van een bijlage 20.

3.6. Verzoeker is van oordeel dat de attaché die de bestreden beslissing heeft ondertekend niet de vereiste bevoegdheid heeft om deze beslissing te nemen.

3.7. De Raad herhaalt dat de bestreden beslissing, overeenkomstig de rechtspraak van de Raad van State hierboven aangehaald, dient te worden beschouwd als een beslissing waarbij de verwerende partij het recht op verblijf niet erkent. Dit wordt bevestigd door verzoeker, die in zijn verzoekschrift overigens zelf verwijst naar deze rechtspraak. Artikel 52, § 4, vijfde lid van het Vreemdelingenbesluit kent op duidelijke wijze aan de minister of zijn gemachtigde de bevoegdheid toe om het recht op verblijf niet te erkennen.

3.8. In artikel 13, § 1 van het delegatiebesluit, zoals van toepassing op datum van de thans bestreden beslissing, wordt een delegatie van bevoegdheid verleend aan de personeelsleden van de Dienst Vreemdelingenzaken die minimaal een functie van attaché uitoefenen of tot de A1-klasse behoren, voor de toepassing van artikel 52, § 4, vijfde lid van het Vreemdelingenbesluit. Het staat niet ter betwisting dat mevrouw M. De Block de bevoegde minister voor Asiel en Migratie is, naar wie wordt verwezen in de bestreden beslissing. Evenmin staat ter betwisting dat W.V.D., die de bestreden beslissing heeft ondertekend en dus getroffen heeft, een personeelslid is van de Dienst Vreemdelingenzaken die de graad van attaché heeft.

3.9. Gelet op wat voorafgaat, blijkt dan ook niet dat de W.V.D., de attaché die de bestreden beslissing heeft ondertekend, niet de vereiste bevoegdheid heeft om deze beslissing te nemen. Een onbevoegdheid van de steller van de akte noch een schending van het delegatiebesluit wordt aangetoond.

3.10. Verzoeker houdt verder voor dat hem het verblijfsrecht niet kan worden geweigerd, tenzij met toepassing van de artikelen 43 en 45 van de Vreemdelingenwet.

3.11. Hij kan hierin echter niet worden gevolgd. Uit de relevante parlementaire werken blijkt duidelijk dat de wetgever met artikel 40ter, § 2, 2° van de Vreemdelingenwet specifiek gevolg heeft gegeven aan de rechtspraak van het Hof van Justitie (hierna: HvJ), met name het arrest Ruiz Zambrano, waarin een uitlegging wordt gegeven over de toepassing van artikel 20 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU; *Parl.St.* Kamer, 2010-2011, nr. 53-443/17 en 18; zie in deze zin ook GwH 26 september 2013, nr. 121/2013, B.59.6).

3.12. Als gevolg van de in artikel 4, lid 3 van het VEU neergelegde samenwerkingsplicht en het loyaliteitsbeginsel, dient de Raad rekening houden met de uniforme interpretatie die het HvJ reeds aan bepalingen van het Unierecht heeft gegeven. De rechtspraak van het HvJ vormt, naast het primair en secundair Unierecht, immers eveneens een bron van Unierecht. De uitlegging die het HvJ krachtens de hem bij artikel 267 VWEU verleende bevoegdheid geeft aan een regel van Unierecht, verklaart en preciseert, voor zover dat nodig is, de betekenis en strekking van dat voorschrift zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast (HvJ 13 januari 2004, C-453/00, Kühne en Heitz, par. 21).

3.13. Artikel 40ter, § 2, 2 ° van de Vreemdelingenwet dient dan ook conform het Unierecht te worden uitgelegd, rekening houdend met rechtspraak van het HvJ.

3.14. Verzoeker is onderhevig aan een geldend ministerieel besluit tot terugwijzing dat definitief is (zie infra punt 3.30). Deze beslissing is niet de bestreden beslissing en de bestreden beslissing houdt niet de uitvoering in van het betrokken ministerieel besluit. Verzoeker kan dan ook niet dienstig opwerpen, *“Bovendien heeft de Europese wetgever in artikel 33 van de richtlijn 2004/3 8/EG bepaald dat indien een besluit tot verwijdering van het grondgebied, waartoe werd besloten als straf of bijkomende straf naast een vrijheidsstraf, ten uitvoer wordt gelegd meer dan twee jaar na de uitvaardiging, de lidstaat dient na te gaan of zich nog een actuele en werkelijke bedreiging van de openbare orde voordoet en dient te beoordelen of eventueel sedert het tijdstip waarop het besluit werd genomen wijzigingen in de omstandigheden in materiële zin zijn opgetreden.”* Hij toont trouwens ook niet aan dat de voormelde bepaling van de richtlijn 2004/83/EG niet of niet correct werd omgezet in Belgische wetgeving, waardoor hij niet rechtstreeks de schending ervan kan inroepen.

3.15. Waar verzoeker stelt dat geen enkele wettelijke bepaling toepasselijk op verblijfsaanvragen in het kader van gezinshereniging een ontvankelijkheidsvoorwaarde voorziet waarin wordt gesteld dat een ouder van een Belgisch minderjarig kind niet het voorwerp mag uitmaken van een ministerieel besluit, verwijst de Raad naar hetgeen het HvJ heeft geoordeeld in de zaak K.A. t. België van 8 mei 2018 (C-82/16; hierna: zaak K.A.). Deze zaak K.A. wordt overigens door verzoeker zelf in zijn verzoekschrift aangehaald.

3.16. In de zaak K.A. heeft het HvJ, met verwijzing naar de zaak Ruiz Zambrano, besloten dat *“de weigering van een derdelander om gevolg te geven aan een terugkeerverplichting en mee te werken in het kader van een verwijderingsprocedure hem weliswaar niet in staat [mag] stellen zich geheel of ten dele te onttrekken aan de rechtsgevolgen van een inreisverbod (zie in die zin arrest van 26 juli 2017, Ouhrami, C-225/16, EU:C:2017:590, punt 52), maar kan de bevoegde nationale autoriteit waarbij een derdelander een verzoek heeft ingediend om toekenning van een verblijfsrecht met het oog op gezinshereniging met een Unieburger die onderdaan van de lidstaat in kwestie is, niet weigeren dit verzoek in aanmerking te nemen op de enkele grond dat deze derdelander de toegang tot het grondgebied van die lidstaat is verboden. Zij dient dat verzoek juist te behandelen en te beoordelen of er tussen de derdelander en de Unieburger in kwestie een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat dat aan deze derdelander in beginsel op grond van artikel 20 VWEU een verblijfsrecht moet worden toegekend, omdat bedoelde Unieburger anders feitelijk gedwongen zou zijn om het grondgebied van de Unie als geheel te verlaten, zodat hem het effectieve genot van de voornaamste aan zijn status ontleende rechten zou worden ontnomen. (...) Hieruit volgt dat artikel 20 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een praktijk van een lidstaat die inhoudt dat een verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging die op zijn grondgebied is ingediend door een derdelander, familielid van een Unieburger die de nationaliteit van die lidstaat bezit en zijn recht op vrij verkeer nooit heeft uitgeoefend, niet in aanmerking wordt genomen op de enkele grond dat tegen die derdelander een inreisverbod is uitgevaardigd, zonder dat is onderzocht of er een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat tussen die Unieburger en genoemde derdelander dat de weigering om aan laatstgenoemde een afgeleid verblijfsrecht toe te kennen tot gevolg zou hebben dat de betrokken Unieburger feitelijk gedwongen is het grondgebied van de Unie als geheel te verlaten, zodat hem het effectieve genot van de voornaamste aan zijn status ontleende rechten wordt ontnomen.”*

3.17. Hieruit kan worden afgeleid dat artikel 20 van het VWEU in beginsel toelaat dat een verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging, ingediend op het grondgebied van een lidstaat door een derdelander, familielid van een Unieburger die de nationaliteit van die lidstaat bezit en zijn recht op vrij verkeer nooit heeft uitgeoefend, door de betrokken lidstaat niet in aanmerking wordt genomen (en dus dat een verblijfsrecht niet wordt erkend) wegens een geldend inreisverbod uitgevaardigd tegen de genoemde derdelander, voor zover een onderzoek naar de afhankelijkheidsverhouding tussen die Unieburger en de genoemde derdelander heeft plaatsgevonden en daaruit niet blijkt dat de weigering van het verblijfsrecht tot gevolg heeft dat de Unieburger feitelijk gedwongen is het EU-grondgebied in zijn geheel te verlaten.

3.18. De Raad wijst erop dat het Grondwettelijk Hof in zijn arrest nr. 151/2019 24 oktober 2019 heeft gesteld dat de wet van 15 december 1980 [...], zoals gewijzigd bij de wet van 24 februari 2017 “tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, met het doel de bescherming van de openbare orde en

de nationale veiligheid te versterken”, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schendt in de interpretatie volgens welke het familielid van een burger van de Unie dat het voorwerp uitmaakt van een ministerieel besluit tot terugwijzing dat is genomen vóór de inwerkingtreding van de wet van 24 februari 2017 en dat na die datum uitwerking blijft hebben, kan steunen op artikel 44decies van de voormelde wet van 15 december 1980, zoals ingevoegd bij de wet van 24 februari 2017, om de opschorting of de intrekking of opheffing van dat ministerieel besluit tot terugwijzing aan te vragen. Via artikel 40 ter, §2, eerste lid van de Vreemdelingenwet is artikel 44decies van dezelfde wet ook van toepassing op de vreemdeling die onderhevig is aan een inreisverbod en ouder is van een Belgisch minderjarig kind dat zijn recht van vrij verkeer niet heeft uitgeoefend. De lering van het hogervermeld arrest K.A. van het HvJ dat betrekking heeft op familieleden van Belgen met een inreisverbod kan dan ook doorgetrokken worden naar verzoekers zaak, die betrekking heeft op een familielid van een Belg met een ministerieel besluit van terugwijzing.

3.19. In casu blijkt uit de bestreden beslissing dat de verblijfsaanvraag van verzoeker werd behandeld alsook dat een onderzoek en beoordeling van de afhankelijkheidsrelatie tussen verzoeker en zijn Belgische minderjarig kind hebben plaatsgevonden, zoals het arrest K.A. vereist. Er blijkt niet dat het gevraagde verblijf verzoeker wordt geweigerd louter en alleen omdat hij het voorwerp uitmaakt van een ministerieel besluit tot terugwijzing. In deze zin blijkt dan ook niet dat de verwerende partij de inhoud en de draagwijdte van artikel 40ter, § 2, 2° van de Vreemdelingenwet heeft miskend, gezien de bovenvermelde Unierechtelijke uitlegging, en evenmin de artikelen 43 en 45 van de Vreemdelingenwet. Na tot de vaststelling gekomen te zijn dat er geen sprake is van een dusdanige afhankelijkheidsrelatie tussen verzoeker en zijn zoon dat deze verplicht is het grondgebied te verlaten en verzoeker te volgen naar diens herkomstland als verzoeker geen verblijfsrecht krijgt, is er, conform de rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaak K.A., geen reden om het ministerieel besluit tot terugwijzing op te heffen of te schorsen, en kon de aanvraag worden geweigerd omdat, zolang dit ministerieel besluit niet is opgeheven of opgeschort, *“de aanwezigheid van betrokkene op het grondgebied niet is toegestaan, en het verwerven van enig verblijfsrecht a fortiori niet mogelijk is”*. Er moest dan ook niet worden overgegaan tot een onderzoek in het licht van de artikelen 43 en 45 van de Vreemdelingenwet. Die toets moet slechts plaatsvinden als blijkt dat de aanvraag tot gezinshereniging in aanmerking moet worden genomen ondanks het ministerieel besluit van terugwijzing. Of de verwerende partij het onderzoek naar de afhankelijkheidsrelatie tussen verzoeker en zijn zoon zorgvuldig heeft gevoerd en in overeenstemming met artikel 20 van het VWEU en artikel 8 van het EVRM, wat in het derde middel wordt betwist, wordt aldaar besproken.

3.20. Waar verzoeker verwijst naar twee arresten van de Raad, volstaat het op te merken dat één arrest betrekking heeft op een verblijfsmachtiging op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet, wat geen uitstaans heeft met verzoekers zaak en dat deze arresten alleszins dateren van vóór de uitspraak van het HvJ op 8 mei 2018 in de zaak K.A. Een verwijzing naar deze rechtspraak van de Raad is dan ook niet dienstig. Bovendien, de uitlegging die het HvJ krachtens de hem bij artikel 267 van het VWEU verleende bevoegdheid geeft aan een regel van Unierecht, verklaart en preciseert, voor zover dat nodig is, de betekenis en strekking van dat voorschrift zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast.

3.21. Wat betreft de brief van 20 maart 2014 van de verwerende partij aan het Kruispunt Migratie-Integratie, dient te worden vastgesteld dat zulke eenzijdige verklaringen geen wettelijke of reglementaire norm uitmaken. Bovendien dateert deze brief van vóór de uitspraak van het HvJ op 8 mei 2018 in de zaak K.A., zodat verzoeker zich niet nuttig kan beroepen op verouderde informatie die de verwerende partij ruim 4 jaar voor het indienen van zijn verblijfsaanvraag in december 2018 zou hebben gegeven. Verzoeker toont geenszins dat de verwerende partij dezelfde *“praktijk”* heeft gehandhaafd na het arrest van het HvJ van 8 mei 2018 en dat hierdoor of door de afgifte van een bijlage 19ter enige rechtmatige verwachting werd gewekt. Verzoeker toont niet aan dat hij niet op de hoogte was of kon zijn van deze uitspraak van het HvJ en de gevolgen ervan voor zijn aanvraag, zeker nu hij bij het indienen van zijn verblijfsaanvraag van 18 december 2018 stukken heeft ingediend ten bewijze van de duurzame en affectieve band met het minderjarig kind. Een schending van het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel waarvan in het ondersteunend betoog gewag wordt gemaakt, blijkt dan ook niet.

3.22. Verzoeker zet ten slotte niet uiteen op welke wijze de artikelen 40bis, 41, 41bis, 41ter en 42 tot en met 42octies van de Vreemdelingenwet door de bestreden beslissing werden geschonden. Deze onderdelen van het middel zijn derhalve onontvankelijk.

Het eerste middel is, voor zover ontvankelijk, ongegrond.

3.23. In een tweede middel werpt verzoeker de schending op van:

*“- artikel 44nonies, 44decies en 46bis van de Vreemdelingenwet
- artikelen 10 en 11 van de Grondwet
- de motiveringsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, en zoals vervat in artikel 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen
- de beginselen van behoorlijk bestuur, rechtszekerheid en het Zorgvuldigheidsprincipe”.*

Hij betoogt als volgt:

“Verweerder stelt in de bestreden beslissing dat verzoeker het voorwerp uitmaakt van een Ministerieel Besluit tot terugwijzing betekend op 07/10/2009, dewelke in werking treedt d.d. 13/12/2013, dag van verzoeker vrijlating uit de gevangenis, en dat dit Ministerieel Besluit bijgevolg geldig is tot 12/12/2023.

Deze stelling omtrent de inwerkingtreding is echter in strijd met rechtspraak van de Raad van State (RvSt arrest nr. 221.633 van 4 december 2012):

“Dat een verzoek tot schorsing of opheffing “ten vroegste twee jaar na de uitvoering” van het besluit kan worden ingediend, doet geen afbreuk aan het feit dat het verblijfsverbod van 10 jaar geldt vanaf de datum van het besluit tot terugwijzing, te dezen dus vanaf 15 mei 2009. [...] De wetgever heeft immers uitdrukkelijk voorzien dat de verbodsmaatregel gedurende 10 jaar geldt, dit wil zeggen vanaf de datum van het besluit en los van de uitvoering ervan, tenzij dat besluit wordt opgeschort of ingetrokken.”

Verweerder stelt in de bestreden beslissing verder dat de aanvraag tot gezinshereniging niet in overweging kan worden genomen omdat verzoeker geen opschorting of intrekking/opheffing van voormeld ministerieel besluit heeft verkregen.

Verzoeker wenst als repliek te wijzen op een hiaat in de wetgeving. De mogelijkheid tot opschorting of intrekking/opheffing van voormeld ministerieel besluit is immers thans niet langer wettelijk voorzien.

Het wettelijk kader dat betrekking heeft op verzoekers geval is ingrijpend gewijzigd ten gevolge van de wet van 24 februari 2017 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, met het doel de bescherming van de openbare orde en de nationale veiligheid te versterken.

Deze wet is in werking getreden op 29 april 2017 (hierna: de wet van 24 februari 2017). Het past te dezen te wijzen op de situatie vóór de inwerkingtreding van de wet van 24 februari 2017 en op die van erna.

Wettelijk kader vóór de inwerkingtreding van de wet van 24 februari 2017

Het onder titel I opgenomen, hoofdstuk VI 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), genaamd “terugwijzingen en uitzettingen”, omvatte onder meer volgende bepalingen:

- artikel 20, eerste alinea van de Vreemdelingenwet luidde als volgt:

“Onverminderd de meer voordelige bepalingen vervat in een internationaal verdrag en in artikel 21 kan de Minister de vreemdeling, die niet in het Rijk gevestigd is, terugwijzen wanneer hij de openbare orde of de veiligheid van het land heeft geschaad of de aan zijn verblijf gestelde voorwaarden zoals die door de wet zijn vastgesteld niet heeft nageleefd. In de gevallen waarbij krachtens een internationaal verdrag een dergelijke maatregel slechts mag genomen worden nadat de vreemdeling gehoord werd, mag de terugwijzing slechts bevolen worden na advies van de Commissie van advies voor vreemdelingen. De Koning bepaalt de overige gevallen waarin de terugwijzing slechts bevolen mag worden na advies van de Commissie van Advies voor Vreemdelingen bij een in de Ministerraad overlegd besluit.”

- artikel 26 van de Vreemdelingenwet luidde als volgt:

“De terugwijzings- of uitzettingsbesluiten leggen verbod op gedurende tien jaar het Rijk binnen te komen, tenzij ze opgeschort of ingetrokken worden.”

- artikel 46bis van de Vreemdelingenwet luidde als volgt:

"§ 1 De burger van de Unie of zijn familieleden, bedoeld in artikel 40bis, § 2, kunnen ten vroegste na een periode van twee jaar nadat het koninklijk besluit tot uitzetting of het ministerieel besluit tot terugwijzing werd uitgevoerd, onder aanvoering van argumenten om te bewijzen dat er een wijziging in materiële zin is opgetreden in de omstandigheden die het besluit destijds rechtvaardigden, bij de gemachtigde van de minister een aanvraag indienen tot schorsing of intrekking/opheffing van het betrokken besluit.

§ 2 Een besluit betreffende de bovenvermelde aanvraag wordt ten laatste binnen de zes maanden te rekenen vanaf de indiening van de aanvraag getroffen. De betrokken vreemdelingen hebben gedurende de behandeling van deze aanvraag geen recht van toegang of verblijf in het Rijk."

Het is op grond van deze wetsbepalingen dat de Raad van State (onder andere in een arrest waarnaar wordt verwezen in de bestreden beslissing) oordeelde dat een vreemdeling, die onder een geldend ministerieel besluit staat, geen verblijfsrecht als familielid van een burger van de Unie kan laten gelden, waarbij dit rechtscollege wees op de mogelijkheid om een aanvraag tot opschorting of intrekking/opheffing van het ministerieel besluit in te dienen (RvS 9 maart 2012, nr. 218.401, RvS 4 december 2012, nr. 221.633, RvS, nr. 222.654 van 27 februari 2013).

Wettelijk kader na de inwerkingtreding van de wet van 24 februari 2017

Het hierboven weergegeven wettelijk kader werd door de wet van 24 februari 2017 gewijzigd, waarbij er niet langer sprake is van terugwijzings- en uitzettingsbesluiten. Het bevel om het grondgebied te verlaten is de enige maatregel tot verwijdering die kan worden getroffen ten aanzien van een vreemdeling, wat zijn status ook moge zijn. Voortaan zal een vreemdeling die om redenen van openbare orde of nationale veiligheid een bevel om het grondgebied te verlaten krijgt, het voorwerp kunnen uitmaken van een inreisverbod waarvan de duur zal variëren naargelang het geval. Een vreemdeling kan dus niet langer het voorwerp uitmaken van een koninklijk besluit tot uitzetting, dan wel ministerieel besluit tot terugwijzing {Parl.St. Kamer, 2016-2017, 54/2215, 7}.

De hierboven weergegeven artikelen 20, 26 en 46bis van de Vreemdelingenwet werden bij voormelde wetwijziging vervangen in een totaal andere lezing.

Inzake de familieleden van burgers van de Unie, zoals in het thans voorliggende geval, werd voorzien in nieuwe bepalingen om deze personen gedurende een bepaalde periode de toegang en het verblijf op het Belgisch grondgebied te ontzeggen, met name:

- artikel 44nonies van de Vreemdelingenwet luidt als volgt:

"De minister of zijn gemachtigde kan de in de artikelen 43, § 1, eerste lid, 2°, en 44bis, bedoelde beslissingen koppelen aan een inreisverbod voor het grondgebied van het Rijk, waarvan de duur door hem wordt vastgesteld, rekening houdend met alle omstandigheden van elk geval. De duur van het inreisverbod mag vijfjaar niet overschrijden, behalve indien de burger van de Unie of zijn familielid een ernstige bedreiging is voor de openbare orde of de nationale veiligheid. "

- artikel 44decies van de Vreemdelingenwet luidt als volgt:

"§ 1. De burger van de Unie of zijn familielid die een inreisverbod voor het grondgebied van het Rijk krijgt, kan er de schorsing of de intrekking/opheffing van aanvragen na een redelijke termijn en in elk geval na drie jaar te rekenen vanaf de uitvoering ervan.

§ 2. De aanvraag voor de schorsing of intrekking/opheffing van het inreisverbod moet worden ingediend bij de minister of zijn gemachtigde vanuit het land van oorsprong of van verblijf van de burger van de Unie of zijn familielid. De minister of zijn gemachtigde beschikt over een termijn van zes maanden om over de aanvraag te beslissen.

§ 3. Indien de aanvraag niet is ingediend overeenkomstig paragraaf 2, weigert de minister of zijn gemachtigde de aanvraag in overweging te nemen. Indien de argumenten aangevoerd door de burger van de Unie of zijn familielid een wijziging in materiële zin bewijzen in de omstandigheden die destijds de beslissing tot inreisverbod op het grondgebied van het Rijk rechtvaardigden, schorst de minister of zijn gemachtigde het inreisverbod of trekt het in. In het tegenovergestelde geval weigert hij de aanvraag tot schorsing of intrekking/opheffing van het inreisverbod.

§ 4. Tijdens de behandeling van zijn aanvraag tot schorsing of intrekking/opheffing van het inreisverbod heeft de burger van de Unie of zijn familielid geen recht van toegang of verblijf op het grondgebied van het Rijk."

Het blijkt duidelijk dat niet kan worden voorgehouden dat verzoeker sedert de inwerkingtreding van de wet van 24 februari 2017 alsnog over een wettelijke mogelijkheid beschikt om een opschorting of intrekking/opheffing van het ten aanzien van hem getroffen ministerieel besluit te verkrijgen. De oude artikelen 26 en 46bis van de Vreemdelingenwet, die in deze mogelijkheid voorzagen, zijn immers niet langer van kracht.

Er werden geen overgangsmaatregelen opgenomen in de wet van 24 februari 2017, zodat niet is voorzien dat de oude wetbepalingen die handelen omtrent de ministeriële besluiten van terugwijzing alsnog van toepassing zijn op ministeriële besluiten die thans nog in het rechtsverkeer aanwezig zijn en waarvan de geldingsduur nog niet is verstreken.

Evenmin wordt in de voorbereidende werken van de wet van 24 februari 2017 dienaangaande enige verduidelijking verschaft.

De enige verwijzing naar ministeriële besluiten in de parlementaire voorbereidende werken van de wet van 24 februari 2017, is terug te vinden in de memorie van toelichting inzake het nieuwe artikel 27 van de Vreemdelingenwet - dat handelt omtrent de mogelijkheid tot een gedwongen terugleiding naar de grens indien de betrokken vreemdeling geen gevolg geeft aan de maatregel tot verwijdering - waarbij het volgende wordt gesteld: "Het brede begrip "maatregel tot verwijdering" wordt gebruikt om ook de besluiten tot terugwijzing en tot uitzetting te dekken die vóór de inwerkingtreding van de in dit ontwerp voorgestelde regels werden genomen. Het doel is hier de rechtszekerheid te vrijwaren en te vermijden dat situaties ontkomen aan de toepassing van artikel 27 om wetgevingstechnische redenen" (Parl.St. Kamer, 2016-2017, 54/2215, p. 31).

Nergens wordt evenwel voorzien op welke wijze de rechtszekerheid kan worden gevrijwaard voor wat betreft de procedure tot opschorting of intrekking/opheffing van de nog geldende ministeriële besluiten.

Aldus kan noch uit de wettelijke bepalingen zelf noch uit de voorbereidende werken dienaangaande worden afgeleid wat de wil is van de wetgever inzake de mogelijkheid van opschorting of intrekking/opheffing van ministeriële besluiten die werden afgeleverd vóór de inwerkingtreding van de wet van 24 februari 2017 en waarvan de geldingsduur nog verder loopt na de inwerkingtreding van voormelde wet.

Voor de volledigheid kan nog worden verwezen naar de parlementaire voorbereidingen van de wet van 19 januari 2012 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen waaruit blijkt dat de wetgever uitdrukkelijk heeft aangegeven dat bepalingen inzake een inreisverbod, afgeleverd op grond van het bij voormelde wet ingevoegde artikel 74/11 van de Vreemdelingenwet, geenszins betrekking hebben op de procedure van de ministeriële besluiten tot terugwijzing (Parl.St. Kamer, 2011-2012, 53/1825, p. 7).

Niettegenstaande dat nergens in de wettelijke bepalingen kan worden teruggevonden dat verzoeker, ten aanzien van wie voor de inwerkingtreding van de wet van 24 februari 2017 een ministerieel besluit tot terugwijzing werd getroffen en betekend en waarvan de geldingsduur op heden nog niet is verstreken, nog een opschorting of intrekking/opheffing van dit ministerieel besluit kan verkrijgen, heeft verweerder in de bestreden beslissing aangegeven dat "dat de wetgever in casu voorzag dat de maatregel opgeschort/opgeheven dient te zijn teneinde de maatregel haar effect verliest, en zolang de maatregel niet opgegeven werd, de administratie geen verblijf of vestiging kan toestaan (zie Raad van State, arrestnr. 218401 van 09.03.2012)".

In het licht van voorgaande overwegingen staat vast dat in de bestreden beslissing wordt verwezen naar een mogelijkheid tot opschorting of intrekking/opheffing van het ministerieel besluit tot terugwijzing, waaraan verzoeker thans nog onderhevig is, die op heden evenwel niet langer bij wet is voorzien. Het huidige wetgevend kader impliceert dat een vreemdeling - ten aanzien van wie voor de inwerkingtreding van de wet van 24 februari 2017 omwille van redenen van openbare orde een ministerieel besluit tot terugwijzing werd getroffen en betekend en waarvan de geldingsduur sedert de inwerkingtreding van voormelde wet nog niet is verstreken - niet langer de mogelijkheid heeft om een verzoek tot opschorting

of intrekking/opheffing van zijn ministerieel besluit te in te dienen en te verkrijgen, teneinde hem in staat te stellen zijn rechten als familielid van een burger van de Unie te doen gelden.

Door toch naar deze niet langer bestaande mogelijkheid te verwijzen, en voor de gevolgen hiervan de verwijzen naar rechtspraak van de Raad van State die gezien de hierboven omschreven wetswijziging niet langer dienstig is, schendt verwerende partij haar motiveringsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, en zoals vervat in artikel 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, en handelt zij in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur, rechtszekerheid en het zorgvuldigheidsprincipe

Bovendien moet worden vastgesteld dat dergelijke mogelijkheid tot opschorting of intrekking/opheffing - met name door de invoering van het artikel 44decies van de Vreemdelingenwet door de wet van 24 februari 2017 - wel openstaat voor een vreemdeling die omwille van redenen van openbare orde naast een bevel om het grondgebied te verlaten tevens een inreisverbod betekend krijgt, wat inhoudt dat de betrokken vreemdeling net zoals een vreemdeling die onderhevig is aan een ministerieel besluit tot terugwijzing, het Rijk niet meer mag betreden of er niet meer mag vertoeven gedurende de duur van het inreisverbod dat langer dan vijfjaar en dus desgevallend ook tien jaar kan bedragen (cf. artikel 44nonies, tweede lid van de Vreemdelingenwet juncto artikel 1,§ 1, 8° van de Vreemdelingenwet). Laatstgenoemde vreemdeling beschikt aldus wel over een bij wet voorziene mogelijkheid tot opschorting of intrekking/opheffing van dergelijk inreisverbod teneinde zijn rechten als familielid van een burger van de Unie te doen gelden.

In zoverre het de bedoeling van de wetgever zou zijn geweest om het gebrek aan een opschortings- of intrekking/opheffingsmogelijkheid op te vangen door de ministeriële besluiten tot terugwijzing, die voor de inwerkingtreding van de wet van 24 februari 2017 werden getroffen en betekend aan familieleden van burgers van de Unie, van rechtswege gelijk te schakelen met de door de wet van 24 februari 2017 in het leven geroepen inreisverboden voor familieleden van burgers van de Unie, zoals voorzien in artikel 44nonies van de Vreemdelingenwet, en waarvan overeenkomstig artikel 44decies van de Vreemdelingenwet- in gelijkaardige situaties als voorzien in het oude artikel 46bis van de Vreemdelingenwet - de opschorting of intrekking/opheffing kan worden gevraagd door de betrokken vreemdeling teneinde hem toe te laten zijn rechten als familielid van een burger van de Unie te doen gelden, kan enkel worden vastgesteld dat dergelijke bedoeling van de wetgever geenszins duidelijk kan worden afgeleid uit de wettelijke bepalingen, noch uit de voorbereidende werken dienaangaande, waaruit integendeel -reeds werd gesteld - veeleer blijkt dat de wetgever de intentie heeft de nog in het rechtsverkeer aanwezige ministeriële besluiten tot terugwijzing te handhaven.

Hierbij dringt zich dan de vraag op in welke mate sprake is van een discriminatie tussen twee vergelijkbare situaties van enerzijds een vreemdeling ten aanzien van wie omwille van redenen van openbare orde een ministerieel besluit tot terugwijzing werd getroffen en betekend, voor de inwerkingtreding van de wet van 24 februari 2017 en die sedert de inwerkingtreding van voormelde wet niet langer in de mogelijkheid lijkt een verzoek tot opschorting of intrekking/opheffing van zijn ministerieel besluit tot terugwijzing in te dienen teneinde zijn rechten als familielid van een burger van de Unie te doen gelden en anderzijds een vreemdeling die omwille van redenen van openbare orde, sinds de inwerkingtreding van de wet van 24 februari 2017, een inreisverbod kreeg betekend en die wel over de mogelijkheid beschikt een opschorting of intrekking/opheffing van het inreisverbod te verkrijgen teneinde zijn rechten als familielid van een burger van de Unie te doen gelden.

Teneinde voormelde vraag te zien beantwoord heeft uw Raad bij arrest nr. 203 428 van 3 mei 2018 volgende prejudiciële vraag gesteld aan het Grondwettelijk Hof:

'Is het verenigbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet dat een vreemdeling, ten aanzien van wie omwille van redenen van openbare orde een ministerieel besluit tot terugwijzing werd getroffen en betekend, dat sedert de inwerkingtreding van de wet van 24 februari 2017 nog steeds van kracht is, ten gevolge van de vervanging van het oude artikel 46bis van de Vreemdelingenwet — dat de schorsing en intrekking/opheffing van voormelde ministeriële besluiten regelde — niet langer over een bij wet voorziene mogelijkheid tot opschorting of intrekking/opheffing van dit ministerieel besluit tot terugwijzing beschikt teneinde zijn rechten als familielid van een burger van de Unie te doen laten gelden, terwijl een vreemdeling, die omwille van redenen van openbare orde sedert de inwerkingtreding van voormelde wet een inreisverbod betekend krijgt, luidens het nieuwe artikel 44decies van de Vreemdelingenwet wel beschikt over een bij wet voorziene mogelijkheid tot opschorting of intrekking/opheffing van dergelijk inreisverbod teneinde zijn rechten als familielid van een burger van de Unie te doen gelden? "

Die zaak is ingeschreven onder nummer 6923 van de rol van het Grondwettelijk Hof en is thans nog steeds hangende.

Het komt gepast voor in huidig geschil dezelfde prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen zodat de zaken kunnen worden gevoegd.

In dat geval worden conform artikel 30 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof de procedure en de termijnen van procedure en verjaring geschorst tot de datum waarop het arrest van het Grondwettelijk Hof ter kennis wordt gebracht aan uw de Raad.”

3.24. Verzoeker valt erover dat de bestreden beslissing stelt:

“Overwegende dat u noch de opschorting noch de opheffing van uw Ministerieel Besluit tot terugwijzing heeft bekomen, kan u niet toegelaten of aanvaard worden tot een verblijf in België;”.

3.25. Hij wijst er in een lang betoog – dat grotendeels een kopie is van Raad’ s arrest nr. 203 428 van 3 mei 2018 waarin een prejudiciële vraag gesteld werd aan het Grondwettelijk Hof – op dat er sprake is van een hiaat in de wetgeving en dat de bestreden beslissing verwijst naar *“de mogelijkheid tot opschorting of intrekking/opheffing”* van het ministerieel besluit tot terugwijzing die niet langer bestaat sedert de inwerkingtreding van de hogervermelde wet van 24 februari 2017. Hij concludeert dat de verwerende partij hierdoor *“haar motiveringsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, en zoals vervat in artikel 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen [schendt], en handelt [...] in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur, rechtszekerheid en het zorgvuldigheidsprincipe”*.

3.26. Het volstaat te verwijzen naar het gestelde in punt 3.18. Het Grondwettelijk Hof heeft de prejudiciële vraag van de Raad beantwoord. De Raad kan dan ook niet ingaan op het verzoek om in onderhavig geschil dezelfde prejudiciële vraag te stellen en ze te voegen bij de zaak die door de Raad reeds aanhangig werd gemaakt bij het Grondwettelijk Hof via zijn arrest nr. 203 428 van 3 mei 2018. Gezien de interpretatie moet worden gehuldigd die conform is aan de Grondwet, houdt het in punt 3.18. vermelde arrest in dat verzoekers ministerieel besluit tot terugwijzing dat getroffen werd op basis van (oud) artikel 26 van de Vreemdelingenwet voor de inwerkingtreding van de bovenvermelde wet van 24 februari 2017, wordt gelijkgeschakeld met een inreisverbod en dat het verzoeker derhalve vrijstaat om op basis van artikel 44decies van de Vreemdelingenwet de verwerende partij te verzoeken om de schorsing of de intrekking van het ministerieel besluit tot terugwijzing. Verzoeker kan dan ook niet worden gevolgd in zijn betoog dat de artikelen 10 en 11 van de Grondwet werden geschonden door de bestreden beslissing.

3.27. Verzoeker kan gelet op het voormelde ook niet worden gevolgd in zijn betoog dat de verwerende partij verwijst naar *“de mogelijkheid tot opschorting of intrekking/opheffing”* van het ministerieel besluit tot terugwijzing die niet langer bestaat sedert de inwerkingtreding van de wet van 24 februari 2017 en zich hierdoor schuldig maakt aan de schendingen waarvan gewag werd gemaakt in punt 3.25.

3.28. Door in zijn lang inleidend betoog de artikelen 44nonies, 44decies en 46bis van de Vreemdelingenwet weer te geven, maakt verzoeker niet duidelijk op welke wijze deze bepalingen werden geschonden door de bestreden beslissing. Deze onderdelen van het middel zijn derhalve onontvankelijk.

3.29. Verzoeker valt er ten slotte over dat de verwerende partij in de bestreden beslissing een stelling huldigt over de inwerkingtreding van een ministerieel besluit tot terugwijzing (datum van vrijlating uit de gevangenis), die in strijd is met rechtspraak van de Raad van State (datum van het besluit). Het is de Raad niet duidelijk aan welk onderdeel van het middel verzoeker dit koppelt. De schending van de rechtspraak van de Raad van State kan – buiten het geval van bindende cassatierechtspraak voor het betrokken geval – ook niet dienstig worden opgeworpen in een continentaal rechtstelsel dat geen precedenterwerking kent. Alleszins toont verzoeker nergens aan dat de artikelen die handelden over het ministerieel besluit tot terugwijzing voor de inwerkingtreding van de wet van 24 februari 2017, bepaalden dat een dergelijk besluit geldt vanaf de afgifte ervan en dat de zinsnede in de bestreden beslissing *“Overwegende dat u dd. 24/09/2009 het voorwerp uitmaakt van een Ministerieel Besluit tot terugwijzing, u betekend op 07/10/2009 en dewelke in werking treedt dd. 13/12/2013, dag van uw vrijstelling uit de gevangenis;”* hiermee strijdig zou zijn waardoor het getroffen ministerieel besluit niet langer geldig zou zijn of niet meer geldt. De Raad kan er ten overvloede nog aan toevoegen dat

aangezien blijkt dat een ministerieel besluit tot terugwijzing wordt gelijkgesteld met een inreisverbod (zie supra punt 3.18.), uit rechtspraak van het Hof van Justitie en meer bepaald uit het arrest Ouhrami (arrest van 26 juli 2017, in zaak C-225/16), blijkt dat een inreisverbod pas in werking treedt wanneer de betrokkene daadwerkelijk het grondgebied van de EU-lidstaten heeft verlaten.

Het tweede middel is, voor zover ontvankelijk, ongegrond.

3.30. In een derde middel werpt verzoeker de schending op van:

- art. 20 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("VWEU")
- artikel 7 en 24 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest)
- artikel 41 van het Handvest en van het hoorrecht als algemeen beginsel van unierecht
- artikel 8 juncto artikel 13 EVRM
- de motiveringsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, en zoals vervat in artikel 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen
- de beginselen van behoorlijk bestuur, rechtszekerheid en het zorgvuldigheidsprincipe".

Hij betoogt als volgt:

"De bestreden beslissing is in strijd met artikel 20 van het Verdrag met betrekking tot de werking van de EU (VWEU) zoals bevestigd door het Hof van Justitie (HvJ) in het arrest K.A. e.a. tegen België van 8 mei 2018.

Volgens het HvJ verzet artikel 20 VWEU zich tegen de praktijk van een lidstaat, waarbij het een aanvraag gezinshereniging van een derdelands familielid van een eigen onderdaan, die nooit zijn recht op vrij verkeer uitgeoefend heeft, niet in aanmerking neemt om de enige reden dat tegen de derdelander een inreisverbod uitgevaardigd is. Dit is zo omdat de lidstaat de aanvraag gezinshereniging dan niet onderzoekt en dus ook niet na gaat of er een afhankelijkheidsrelatie bestaat tussen de derdelander en de eigen onderdaan. Indien er een afhankelijkheidsrelatie zou bestaan, zou de weigering om aan de derdelander een afgeleid verblijfsrecht te geven tot gevolg hebben dat de Unieburger feitelijk gedwongen wordt het ganse EU-grondgebied te verlaten. In dat geval zou hem het effectieve genot ontzegd worden van zijn voornaamste rechten die hij ontleent aan zijn status van Unieburger: het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten. Dat is een schending van artikel 20 VWEU.

Wanneer de Unieburger minderjarig is, moet bij de beoordeling van een dergelijke afhankelijkheidsverhouding, rekening gehouden worden met alle omstandigheden van het geval, zoals: de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate waarin het een affectieve relatie met elk van zijn ouders heeft en het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het werd gescheiden van de ouder die onderdaan van een derde land is. Voor de vaststelling dat van een dergelijke afhankelijkheidsverhouding sprake is, is het niet voldoende dat er met deze onderdaan een gezinsband bestaat, of dat nu een biologische dan wel juridische is, noch is het daarvoor noodzakelijk dat het kind samenwoont met die onderdaan.

Het Hof heeft deze afwegingen met betrekking tot minderjarigen verder verduidelijkt als volgt:

"Zij eraan herinnerd dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat voor de bepaling of de weigering om een afgeleid verblijfsrecht toe te kennen aan een derdelander die de ouder is van een kind dat Unieburger is, voor dit kind zou meebrengen dat het de voornaamste aan zijn status verbonden rechten niet kan uitoefenen doordat het feitelijk is gedwongen zijn ouder te vergezellen en dus het grondgebied van de Unie in zijn geheel te verlaten, het relevant is wie het gezag over het kind heeft en of de wettelijke, financiële of affectieve last van dat kind berust bij de ouder die een derdelander is (zie in die zin arrest van 10 mei 2017, Chavez-Vilchez e.a., C-133/15, EU:C:2017:354, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Meer bepaald staat het aan de verwijzende rechter om - met het oog op de beoordeling van het risico dat het betrokken kind, dat Unieburger is, genoopt zou zijn het grondgebied van de Unie te verlaten indien aan zijn ouder, die een derdelander is, een afgeleid verblijfsrecht in de betrokken lidstaat werd geweigerd - in elk van de hoofdzaken te bepalen welke ouder de daadwerkelijke zorg over het kind heeft en of er een daadwerkelijke afhankelijkheidsverhouding bestaat tussen het kind en de ouder die een derdelander is. In het kader van die beoordeling dienen de bevoegde autoriteiten rekening te houden

met het recht op eerbiediging van het gezinsleven zoals dat is neergelegd in artikel 7 van het Handvest, waarbij dit artikel moet worden gelezen in samenhang met de verplichting tot inachtneming van het in artikel 24, lid 2, van het Handvest erkende hogere belang van het kind (arrest van 10 mei 2017, Chavez-Vilchez e.a., C-133/15, EU:C:2017:354, punt 70).

De omstandigheid dat de andere ouder, wanneer deze een Unieburger is, echt in staat - en bereid - is om de dagelijkse daadwerkelijke zorg voor het kind alleen te dragen, vormt een gegeven dat relevant is, maar op zichzelf niet volstaat om te kunnen vaststellen dat er tussen de ouder die een derdelander is en het kind geen sprake is van een zodanige afhankelijkheidsverhouding dat het kind genoopt zou zijn het grondgebied van de Unie te verlaten indien aan die derdelander een verblijfsrecht werd geweigerd. Om tot een dergelijke vaststelling te komen moeten immers, in het hogere belang van het kind, alle omstandigheden van het geval in de beschouwing worden betrokken, met name de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate waarin het een affectieve relatie heeft zowel met de ouder die Unieburger is als met de ouder die een derdelander is, alsmede het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het van deze laatste ouder werd gescheiden (arrest van 10 mei 2017, Chavez-Vilchez e.a., C-133/15, EU:C:2017:354, punt 71).

Dat de ouder die derdelander is, samenwoont met het minderjarige kind dat een Unieburger is, vormt dus een van de in aanmerking te nemen relevante factoren om te bepalen of er tussen hen sprake is van een afhankelijkheidsverhouding, zonder dat dit echter een noodzakelijke voorwaarde daarvoor is (zie in die zin arrest van 6 december 2012, O e.a., C-356/11 en C-357/11, EU:C:2012:776, punt 54).

Het tijdstip waarop de afhankelijkheidsrelatie ontstaat, zijnde voor of na het opgelegde inreisverbod, is niet van belang voor het bekomen van een eventueel verblijfsrecht op basis van artikel 20 VWEU.

Tussen verzoeker en zijn zoon bestaat wel degelijk een afhankelijkheidsverhouding.

Verzoeker heeft met zijn zoon en met de moeder van zijn zoon samengewoond tot april of mei 2018. In die periode is de relatie tussen verzoeker en de moeder van zijn zoon op de klippen gelopen, voornamelijk omwille van financiële problemen. Zij onderhouden echter nog steeds goede contacten, en verzoeker stond nog steeds mee in voor de opvoeding van zijn zoon. Deze woonde weliswaar bij zijn moeder, maar verzoeker ging hem daar op weekdagen 's ochtends vroeg oppikken om met hem te ontbijten, nog even te spelen, en hem vervolgens naar de crèche te brengen. Ook in het weekend vertoefde zijn zoon regelmatig bij verzoeker. Verzoeker heeft thans een overeenkomst betreffende de verblijfsregeling en onderhoudsbijdrage aangaande zijn zoon afgesloten met diens moeder. Krachtens deze overeenkomst heeft verzoeker een bezoekrecht (in de even weekends), zal zijn zoon bij hem verblijven gedurende in de overeenkomst bepaalde vakantieperiodes, en zal hij bijdragen in de kosten van zijn zoon in de vorm van een onderhoudsbijdrage van tweehonderd euro per maand evenals een bijdrage van een derde in de buitengewone uitgaven en de kosten gepaard gaande met hogere studies.

Het bovenstaande blijkt duidelijk uit de stukken die verzoeker aan verwerende partij heeft voorgelegd, met name:

- 1) Uittreksel geboorteakte
- 2) Erkenning voor geboorte
- 3) Attest van geboorte
- 4) Samenstelling van gezin
- 5) Foto's samen met zijn zoon
- 6) Getuigenverklaring van de moeder
- 7) Overeenkomst betreffende de verblijfsregeling en onderhoudsbijdrage verzoekers zoon
- 8) Attest van de crèche

Wanneer deze feitelijke elementen worden bekeken in het licht van de "omstandigheden van het geval" waarmee volgens het HvJ rekening moet worden gehouden bij de beoordeling van een afhankelijkheidsverhouding wanneer de Unieburger minderjarig is, moet het volgende worden vastgesteld:

a) wie het gezag over het kind heeft

Verzoeker heeft thans een overeenkomst betreffende de verblijfsregeling en onderhoudsbijdrage aangaande zijn zoon afgesloten met diens moeder (stuk 8).

Volgens deze overeenkomst wordt het gezag over de persoon en het beheer over de goederen van verzoekers zoon uitgeoefend door de moeder. Er wordt evenwel uitdrukkelijk voorgeschreven dat er steeds overleg moet worden gepleegd met verzoeker. Krachtens deze overeenkomst heeft verzoeker een bezoekrecht (in de even weekends), zal zijn zoon bij hem verblijven gedurende in de overeenkomst bepaalde vakantieperiodes, en zal verzoeker bijdragen in de kosten van zijn zoon in de vorm van een onderhoudsbijdrage van tweehonderd euro per maand evenals een bijdrage van een derde in de buitengewone uitgaven en de kosten gepaard gaande met hogere studies.

Verwerende partij meent dat dat deze overeenkomst "geen reden [is] om u [verzoeker] het verblijf toe te kennen".

Verwerende partij geeft hiervoor als eerste reden dat verzoeker illegaal verblijf is en gelet op het feit dat het door hem erkende kind werd geboren in een periode dat verzoeker wist dat, gezien het geldende terugwijzingsbesluit, het duidelijk was dat het voortzetten van het gezinsleven met het kind op het grondgebied een precair karakter zou hebben.

Deze stelling is echter in manifeste tegenspraak met de rechtspraak van het HvJ waar verwerende partij zelf naar refereert.

In het arrest K.A. e.a. tegen België van 8 mei 2018 heeft het HvJ namelijk zeer duidelijk gesteld dat het tijdstip waarop de afhankelijkheidsrelatie ontstaat, zijnde voor of na het opgelegde inreisverbod, niet van belang is voor het bekomen van een eventueel verblijfsrecht op basis van artikel 20 VWEU.

Het HvJ verduidelijkt dit als volgt:

" In dit verband zij eraan herinnerd dat het verblijfsrecht dat op grond van artikel 20 VWEU toekomt aan derdelanders die familielid van een burger van de Unie zijn, een afgeleid verblijfsrecht is dat tot doel heeft de vrijheden van verkeer en verblijf van de Unieburger te beschermen, en dat de afhankelijkheidsverhouding die tussen deze Unieburger en zijn familielid dat derdelander is, bestaat in de zin die in punt 52 van het onderhavige arrest is vermeld, de reden is waarom aan laatstgenoemde een recht moet toekomen om te verblijven op het grondgebied van de lidstaat waarvan die Unieburger onderdaan is.

Aan het burgerschap van de Unie zou dan ook het nuttige effect worden ontnomen indien een verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging automatisch zou moeten worden afgewezen wanneer een dergelijke afhankelijkheidsverhouding tussen de Unieburger en zijn familielid dat derdelander is, is ontstaan op een moment waarop tegen laatstgenoemde reeds een terugkeerbesluit was uitgevaardigd dat gepaard ging met een inreisverbod, zodat bekend was dat zijn verblijf illegaal was. In een dergelijk geval kan namelijk per definitie geen rekening zijn gehouden met het bestaan van een dergelijke afhankelijkheidsverhouding tussen de Unieburger en de derdelander toen het met een inreisverbod gepaard gaande terugkeerbesluit werd vastgesteld dat tegen hem werd uitgevaardigd.

Voor het overige heeft het Hof reeds in de arresten van 8 maart 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124), en 10 mei 2017, Chavez-Vilchez e.a. (C-133/15, EU:C:2017:354), aanvaard dat aan derdelanders die ouders zijn van minderjarige burgers van de Unie die hun recht op vrij verkeer nooit hebben uitgeoefend, een afgeleid verblijfsrecht op grond van artikel 20 VWEU toekomt, ook al verbleven die ouders illegaal op het grondgebied van de lidstaat in kwestie toen die burgers van de Unie geboren werden.

Uit een en ander volgt dat artikel 20 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het niet van belang is dat de afhankelijkheidsverhouding waarop de derdelander zich ter ondersteuning van zijn verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging beroept, is ontstaan nadat ten aanzien van hem een inreisverbod was vastgesteld."

Verder stelt verwerende partij dat ze niet overtuigend is dat verzoeker in staat zou zijn 200 euro onderhoudsgeld te betalen daar hij sedert 07/02/2018 niet langer tewerkgesteld is.

Déze stelling is echter niet ernstig. Verwerende partij is er immers van op de hoogte dat uw Raad op 18 mei 2018 het beroep ingesteld door verzoeker tegen de beslissing tot weigering vluchtelingenstatus en subsidiaire bescherming van 31 januari 2017 heeft verworpen, waardoor verzoekers recht om te werken is komen te vervallen.

Verwerende partij heeft ten andere zelf bijgedragen aan de situatie waar verzoeker geen verblijfsrecht en geen recht om te werken heeft door op 14 september 2017 al te weigeren om een eerder aanvraag tot gezinshereniging ingediend door verzoeker niet in overweging te nemen in strijd met de wetsbepalingen waarvan verzoeker in dit verzoekschrift eveneens de schending aanvoert. Het is dan ook niet ernstig verzoeker te verwijten dat hij sinds februari 2018 niet meer aan het werk is.

Er is geen enkele aanleiding om te denken dat verzoeker eens hij gemachtigd wordt tot verblijf niet snel opnieuw tewerkgesteld zou kunnen worden.

Ten slotte merkt verwerende partij op dat de overeenkomst werd gesloten terwijl verzoeker reeds was opgesloten in het gesloten centrum van Vottem. Het is verzoeker echter niet duidelijk welke gevolgen verwerende partij hieruit meent te kunnen afleiden.

b) of de wettelijke, financiële of affectieve last van dat kind berust bij de ouder die een derdelander is

Verwerende partij stelt in de bestreden beslissing dat verzoekers zoon verblijft bij zijn moeder, en dat er geen aanwijzingen zijn dat zij door gezondheidsproblemen niet in staat zou kunnen zijn om voor haar zoon te zorgen, en evenmin dat zij niet zelfstandig zou kunnen functioneren daar zij wel in tegendeel samen het kind inwoont bij haar ouders zodat het niet ontbreekt aan enige opvang voor het kind en dat zij voldoende is omringd door familieleden.

Dit gegeven wordt op zich niet betwist door verzoeker. Dit vormt echter luidens de rechtspraak van het HvJ een gegeven dat relevant is, maar op zichzelf niet volstaat om te kunnen vaststellen dat er tussen verzoeker en zijn zoon geen sprake is van een zodanige afhankelijkheidsverhouding dat verzoekers zoon genoopt zou zijn het grondgebied van de Unie te verlaten indien aan verzoeker een verblijfsrecht werd geweigerd.

Om tot een dergelijke vaststelling te komen moeten immers, opnieuw volgens het HvJ, in het hogere belang van het kind, alle omstandigheden van het geval in de beschouwing worden betrokken, met name de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate waarin het een affectieve relatie heeft zowel met de ouder die Unieburger is als met de ouder die een derdelander is, alsmede het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het van deze laatste ouder werd gescheiden.

Het is bovendien duidelijk dat de wettelijke en financiële last minstens gedeeltelijk ook bij verzoeker ligt.

Zoals gezegd heeft verzoeker een overeenkomst betreffende de verblijfsregeling en onderhoudsbijdrage aangaande zijn zoon afgesloten met diens moeder (stuk 8). Volgens deze overeenkomst wordt het gezag over de persoon en het beheer over de goederen van verzoekers zoon uitgeoefend door de moeder. Er wordt evenwel uitdrukkelijk voorgeschreven dat er steeds overleg moet worden gepleegd met verzoeker. Krachtens deze overeenkomst heeft verzoeker een bezoekrecht (in de even weekends), zal zijn zoon bij hem verblijven gedurende in de overeenkomst bepaalde vakantieperiodes, en zal verzoeker bijdragen in de kosten van zijn zoon in de vorm van een onderhoudsbijdrage van tweehonderd euro per maand evenals een bijdrage van een derde in de buitengewone uitgaven en de kosten gepaard gaande met hogere studies.

Zoals ook reeds gezegd stond verzoeker voor zijn onrechtmatige opsluiten in een gesloten centrum steeds mee in voor de opvoeding van zijn zoon. Deze woonde weliswaar bij zijn moeder, maar verzoeker ging hem daar op weekdagen 's ochtends vroeg oppikken om met hem te ontbijten, nog even te spelen, en hem vervolgens naar de crèche te brengen. Ook in het weekend vertoefde zijn zoon regelmatig bij verzoeker.

Ook de affectieve last van dat kind berust in grote mate eveneens bij verzoeker. Verwerende partij erkent in de bestreden beslissing zelf als volgt: "wij willen best aannemen dat u een goede band heeft met het kind". Verwerende partij betwist ook niet dat er zich in verzoekers dossier een getuigenverklaring van de moeder bevindt waarin zij verklaart dat verzoeker nog contact heeft onderhouden met zijn zoon, evenals een verklaring van het kinderdagverblijf dat verzoeker regelmatig zijn kind kwam brengen en halen, en een attest van het gesloten centrum van Merksplas dat verzoeker bezoek heeft gehad van zijn zoon en de moeder. Verzoeker voegt aan huidig verzoekschrift nog een update van dit attest toe waaruit meerdere bezoeken blijken in de korte periode dat verzoeker in Merksplas is opgesloten (stuk 10). Verwerende partij betwist dan ook niet dat verzoeker nog contact heeft met zijn zoon.

Met betrekking tot de door verzoeker voorgelegde foto's komt verwerende partij niet verder dan de stelling dat dit verklaringen op eer (sic.) zijn waarvan het gesolliciteerd karakter niet kan worden uitgesloten, en waaruit geen werkelijke band kan worden afgeleid. Verzoeker nodigt uw Raad uit de foto's in kwestie zelf te beoordelen. U zal kunnen vaststellen dat hierop verzoeker is te zien, samen met zijn zoon op verschillende leeftijden, bij verschillende gelegenheden, en dat duidelijk wederzijdse affectie te zien is tussen verzoeker en zijn zoontje.

c) de leeftijd van het kind en zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling

Verzoekers zoon is twee jaar oud, een leeftijd waarop hij niet in staat zal zijn de plotse afwezigheid van zijn vader te plaatsen en om op andere wijze in contact te blijven met zijn vader (zie in/ra).

d) de mate waarin het een affectieve relatie met elk van zijn ouders heeft

Zoals hierboven uitgebreid werd uiteengezet heeft verzoekers zoon met zijn beide ouders een affectieve relatie, en hebben zijn ouders ook een regeling afgesproken om deze relatie in stand te kunnen houden.

e) het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het werd gescheiden van de ouder die onderdaan van een derde land is

Zie infra i.v.m. het recht op gezinsleven.

Het HvJ heeft geoordeeld dat bij bovenstaande beoordeling van de afhankelijkheidsrelatie de bevoegde autoriteiten rekening moeten houden met het recht op eerbiediging van het gezinsleven zoals dat is neergelegd in artikel 7 van het Handvest, waarbij dit artikel moet worden gelezen in samenhang met de verplichting tot inachtneming van het in artikel 24, lid 2, van het Handvest erkende hogere belang van het kind.

Zoals bepaald in artikel 52 van voornoemd Handvest zijn voor zover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Het Handvest Dit bevestigt volgens de preambule de rechten die in het bijzonder voortvloeien uit de constitutionele tradities en de internationale verplichtingen die de lidstaten gemeen hebben, uit het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, uit de door de Unie en de Raad van Europa aangenomen sociale handvesten, alsook uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie en van het Europees Hof voor de rechten van de mens.

In wat volgt zal dan ook worden verwezen naar artikel 8 van het EHRM als corresponderende bepaling van artikel 7 van het Handvest, en naar het Internationaal verdrag voor de rechten van het kind als internationale verplichtingen die de lidstaten gemeen hebben en waarvan de bepalingen omtrent het hoger belang van het kind worden gereflecteerd in artikel 24 van het Handvest.

a) Recht op eerbiediging van het gezinsleven

Artikel 8 EVRM bepaalt:

"1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen."

Het kan niet redelijkerwijze worden betwist dat verzoeker met zijn zoon in België een gezinsleven heeft, en verwerende partij betwist dit niet als dusdanig in de bestreden beslissing. Evenmin kan redelijkerwijze worden betwist dat verzoeker hier een privéleven heeft uitgebouwd, en dat zowel zijn privé- als gezinsleven beschermenswaardig zijn onder artikel 8 van het EVRM. Het kan evenmin ter discussie dat de bestreden beslissing een inmenging vormt in het privé- en gezinsleven van verzoeker

Rest de vraag of alle relevante gegevens waarover hij beschikte of behoorde te beschikken op een zorgvuldige wijze heeft betrokken in de afweging tussen enerzijds, het belang van verzoeker bij de uitoefening van zijn privé- en gezinsleven in het Rijk en anderzijds, het algemeen belang van de Belgische samenleving bij het voeren van een migratiebeleid en het handhaven van de openbare orde.

Het is de taak van de overheid om te bewijzen dat zij de bekommernis had om een juist evenwicht te bereiken tussen het beoogde doel en de ernst van de inbreuk op het recht op respect voor het privé- en gezinsleven. Dit wordt onderzocht aan de hand van 'fair balance'-toets, waarbij wordt nagegaan of de overheid een redelijke afweging heeft gemaakt tussen de belangen van het individu en de belangen van de samenleving (EHRM 9 oktober 2003, Slivenko/Letland (GK), § 113; EHRM 23 juni 2008, Maslov/Oostenrijk (GK), § 76; EHRM 2 juni 2015, nr. 6009/10, K.M./Zwitserland, § 53). Tevens moet blijken dat daarbij alle voor die belangenafweging van betekenis zijnde feiten en omstandigheden kenbaar werden betrokken.

Staten gaan hun beoordelingsmarge te buiten en schenden artikel 8 van het EVRM wanneer zij falen op zorgvuldige wijze een redelijke belangenafweging te maken (EHRM 28 juni 2011, Nunez/Noorwegen, § 84; EHRM 10 juli 2014, Mugenzi/Frankrijk, § 62).

Algemene factoren die meespelen in het kader van de afweging van het belang van het individu zijn, onder meer, de mate waarin het privé- en gezinsleven daadwerkelijk wordt verbroken, de omvang van de banden in de Verdragsluitende Staat, alsook de aanwezigheid van omstandigheden die het moeilijk of onmogelijk maken om het bestaande privé- en gezinsleven in het land van herkomst of elders verder te zetten. Deze elementen worden afgewogen tegen de aanwezige elementen van immigratiecontrole of overwegingen inzake openbare orde (cf. EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, Nunez/Noorwegen, § 70; EHRM 12 juni 2012, nr. 54131/10, Bajsultanov/Oostenrijk, § 90; EHRM 1 december 2016, nr. 77036/11, Salem/Denemarken, § 79).

Voorts stelt het EHRM dat wanneer een verblijfs en/of verwijderingsmaatregel wordt getroffen ten aanzien van een ouder, aandacht moet worden besteed aan de uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit ervan, opdat daadwerkelijke bescherming en voldoende gewicht wordt gegeven aan het belang van de kinderen die rechtstreeks worden getroffen door die maatregel (EHRM 3 oktober 2014, nr. 12738/10, Jeunesse v. Nederland).

Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt verder dat waar overwegingen van openbare orde of nationale veiligheid een rol spelen, zoals verwerende partij in casu voorhoudt, het EHRM een aantal meer specifieke criteria heeft geformuleerd die nationale overheden moeten leiden in het maken van een redelijke belangenafweging, met name de zgn. Boultif criteria. (EHRM 2 augustus 2001, Boultif/Zwitserland, § 48).

Het betreft hier:

- (1) de aard en ernst van het gepleegde misdrijf;*
- (2) de duur van het verblijf in het gastland;*
- (3) het tijdsverloop sinds het misdrijf en het gedrag van de betrokkene tijdens die periode;*
- (4) de nationaliteit van alle betrokkenen;*
- (5) de gezinssituatie van de betrokkene, zoals duur van het huwelijk alsook andere factoren die getuigen van een daadwerkelijk gezinsleven;*
- (6) de vraag of de (huwelijks)partner op de hoogte was van het misdrijf bij de totstandkoming van de gezinsband;*
- (7) de vraag of er kinderen zijn geboren uit dit huwelijk en, als dit het geval is, hun leeftijd;*
- (8) de ernst van de moeilijkheden die de (huwelijks)partner zal ondervinden indien hij/zij de vreemdeling zou volgen naar het land waarnaar deze wordt uitgewezen*

Uit de uitspraak van het EHRM inzake Üner (EHRM 18 oktober 2006, Üner/Nederland (GK), §§ 55, 57 en 58) volgt dat naast de Boultif-criteria desgevallend ook in de belangenafweging moet worden betrokken:

- (9) het belang en het welzijn van de kinderen, in het bijzonder de ernst van de problemen die kinderen waarschijnlijk zouden ondervinden in het land van herkomst van de vreemdeling;*

(10) de hechtheid van de sociale, culturele en familiebanden van de vreemdeling met het gastland en met zijn land van herkomst.

In het arrest Emre (EHRM 22 mei 2008, Emre/Zwitserland, § 71; EHRM 11 juni 2013, nr. 52166/09, Hasanbasic/Zwitserland, § 54) vulde het Hof de gangbare criteria nog expliciet aan met twee aandachtspunten waarmee, in voorkomend geval, ook rekening moet worden gehouden bij de afweging. Het gaat om:

(11) de specifieke omstandigheden van de zaak;

(12) het voorlopige of definitieve karakter van het inreisverbod.

Verwerende partij beperkt zich echter tot de laconieke stellingen: "Uw zoon is nog jong om eventueel het contact later terug te herstellen. [...] Niets sluit uit dat u financieel bijdraagt vanuit het buitenland en er een andere contactregeling kan worden getroffen via moderne communicatiemiddelen of occasionele bezoeker van uw zoon aan u in het buitenland."

Waar verwervende partij suggereert dat het kan volstaan dat het contact eventueel op latere leeftijd kan worden hersteld wenst verzoeker op te merken dat deze suggestie niet serieus kan worden genomen.

Verzoeker zoon is twee jaar oud, zodat hij zich zijn vader niet zal herinneren indien hij van hem gescheiden wordt.

Waar verwerende partij wijst op de mogelijkheid contact via telefoon of internet te houden of de mogelijkheid tot bezoek in het land van herkomst, wenst verzoeker als volgt op te merken:

Verzoekers zoon is twee jaar oud. Hierdoor is hij volledig afhankelijk van zijn moeder om eventueel contact met verzoeker te onderhouden. De verstandhouding tussen verzoeker in de moeder mag nu dan wel behoorlijk zijn, en zij mogen nu dan wel een overeenkomst hebben gesloten, doch niets garandeert dat deze verstandhouding in de toekomst stand zal houden terwijl verzoeker bij verwijdering over geen enkel rechtsmiddel beschikt om contact met zijn zoon af te dwingen.

Bovendien kunnen contacten via telefoon, laat staat via e-mail, geenszins volstaan om een affectieve band met een tweearige te onderhouden.

Ook contacten in persoon door bezoeken van verzoekers zoon aan verzoeker in Irak, vanzelfsprekend onder begeleiding van de moeder, zijn niet realistisch. Het spreekt voor zich dat verzoekers zoontje onmogelijk naar Irak kan afreizen gezien de veiligheidssituatie aldaar. Het volstaat hiervoor te verwijzen naar het reisadvies van het Ministerie van Buitenlandse zaken (https://diplomatie.belgium.be/nl/Diensten/Op_reis_in_het_buitenland/reisadviezen/irak):

"De veiligheidssituatie in Irak is en blijft onzeker en uiterst gevaarlijk voor alle reizigers, met uitzondering van de regio Koerdistan. Het risico op terroristische aanslagen en aanvallen blijft hoog, zelfs na de nederlaag van Daesh/IS. Deze gewelddadigheden en aanslagen vinden vooral plaats in gebieden die voordien onder controle of invloed stonden van IS in de provincies Anbar en Ninawah. Ook de Betwiste Gebieden (provincies Diyala, Salah al-Din, Tameem en Nineva), en de Sjiitische provincies Kerbala, Babyion en Wassit worden met de regelmaat van de klok opgeschrikt door aanslagen en zijn dus te mijden.

In de regio Koerdistan zijn de luchthavens van Erbil en Sulaymaniyah weer open voor internationale vluchten na een blokkade van meer dan 6 maanden. Ingevolge de politieke en communautaire spanningen, vooral tussen de Koerden en de centrale overheid, kan de veiligheidssituatie in de regio snel veranderen. Niet-essentiële reizen naar de Koerdische regio worden afgeraden. Ter plaatse raden wij mensen aan om waakzaam te zijn, en zich afzijdig te houden van samenscholingen en betogingen. Reizen naar de grensstreek van de regio Koerdistan met Syrië, Turkije of Iran wordt afgeraden. De provincies Najaf, Muthanna, Qadisiya, Di-Qhar, Missan en Basra zijn steeds erg onstabiel.

Ingevolge de politieke en communautaire tegenstellingen zijn er demonstraties in heel Irak vooral tussen de Koerden en de centrale overheid. Dit gaat soms gepaard met geweld en de spanningen lopen verder op. Deelname aan of aanwezigheid op deze manifestaties is te allen tijde te vermijden.

In het hele land en voornamelijk in gebieden waar Daesh een belangrijke aanwezigheid had, blijft een hoog risico bestaan op ontvoering, zonder onderscheid in nationaliteit. Buitenlanders (vooral journalisten en mensen die werken voor humanitaire organisaties) zijn een specifiek doelwit voor ontvoeringen met financieel of politiek oogmerk. Er is ook een verhoogd risico op overvallen en diefstal door misdaadbendes. Verder zijn er risico's verbonden aan de aanwezigheid van mijnen en aan voortdurende militaire operaties."

De hierboven uiteengezette omstandigheden zijn van die aard dat ze het verzoeker en zijn zoon moeilijk of onmogelijk kan maken om het privé- en gezinsleven voort te zetten.

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 de loutere goede wil of met praktische regelingen (EHRM 5 februari 2002, Conka/Belgie, § 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 hij kennis heeft of zou moeten hebben.

Door na te laten een zo grondig als mogelijk onderzoek te voeren naar het bestaan van verzoekers gezinsleven en vervolgens naar de toelaatbaarheid van een inmenging in dit gezinsleven overeenkomstig artikel 8 EVRR voorafgaand aan het nemen van de bestreden beslissing begaat verwerende partij een schending van alle bovenvermelde wetsbepalingen en algemene rechtsbeginselen.

b) Het hoger belang van verzoekers zoon

Ook met het hoger belang van het kind, in casu verzoekers tweejarige zoon werd op geen enkele manier rekening gehouden.

Artikel 24 van het Handvest verplicht verwerende partij om bij het nemen van de bestreden beslissing het belang van het kind in rekening te brengen.

Nochtans kan uit de motivering van de bestreden beslissing op geen enkele wijze worden afgeleid dat dit gebeurde.

De beslissing heeft tot gevolg dat verzoeker voor onbepaalde termijn zal worden gescheiden van zijn zoon met wie hij een zeer hechte band heeft. Aldus heeft de bestreden beslissing verstrekken gevolgen voor dit kind en mag aldus verwacht worden dat zijn hoger belang in aanmerking werd genomen, quod non.

Om dit onderdeel van het middel te staven, verwijst verzoeker verder naar het arrest van Uw Raad nr. 97.183 van 21 februari 2013:

" 2.8. Het is in deze context echter van belang om oog te hebben voor artikel 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, dat samen met het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 in werking is getreden, dat als volgt luidt:

"De rechten van het kind

- 1. Kinderen hebben recht op de bescherming en de zorg die nodig zijn voor hun welzijn. Zij mogen vrijelijk hun mening uiten. Aan hun mening in hen betreffende aangelegenheden wordt in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid passend belang gehecht.*
- 2. Bij alle handelingen in verband met kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, vormen de belangen van het kind een essentiële overweging.*
- 3. Ieder kind heeft het recht, regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders te onderhouden, tenzij dit tegen zijn belangen indruist." (cfr. Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, Pb. C. 30 maart 2010, afl. 83, 395)*

2.9. Artikel 51 van het Handvest verduidelijkt dat het Handvest van toepassing is wanneer lidstaten bepalingen van Unierecht ten uitvoer brengen: "1. De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten. Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden en met inachtneming van de grenzen van de bevoegdheden zoals deze in de Verdragen aan de Unie zijn toegeedeeld. (...) "

In casu is artikel 24 van het Handvest van toepassing aangezien de bestreden beslissing een tenuitvoerlegging betreft van artikel 5 van richtlijn 2003/86/EG.

2.10. De Toelichtingen bij artikel 24 van het Handvest stellen het volgende: "Dit artikel is gebaseerd op het Verdrag van New York van 20 november 1989 inzake de rechten van het kind, dat door alle lidstaten is bekrachtigd, met name op de artikelen 3, 9, 12 en 13 van dat Verdrag. (...)" (cfr. Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, Pb. C. 14 december 2007, afl. 303, 17.)"

Deze toelichtingen hebben een belangrijke interpretatieve waarde. Krachtens artikel 52 § 7 van het Handvest zijn deze toelichtingen opgesteld om richting te geven aan de uitlegging van dit Handvest van de grondrechten en dient deze Toelichtingen door de rechterlijke instanties van de Unie en van de Lidstaten naar behoren in acht te worden genomen.

Voor een beter begrip van artikel 24 van het Handvest is het derhalve aangewezen om artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag nader te bekijken.

(...)

2.18. (...) Ook voor wat betreft de tweede bestreden beslissing blijkt noch uit het bevel zelf noch uit het administratief dossier dat de verwerende partij rekening heeft gehouden met het belang van de minderjarige dochter. In haar nota met opmerkingen toont de verwerende partij dit ook niet aan.

(...) De Raad wijst erop dat artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet; de omzetting vormt van artikel 5 van Richtlijn 2008/115/EG over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, op 16 december 2008 door het Europees Parlement en de Raad vastgesteld (hierna: Terugkeerrichtlijn) (cfr. Pb.L. 24 december 2008, afl. 348,98.) bij de tenuitvoerlegging van de Terugkeerrichtlijn zijn Lidstaten daarenboven eveneens gehouden om artikel 24 van het Handvest na te leven.

Aangezien uit de tweede bestreden beslissing noch uit het administratief dossier blijkt dat er rekening werd gehouden met de individuele omstandigheden van verzoekster, minstens dat die elementen in overweging werden genomen die redelijkerwijs in aanmerking dienden genomen te worden, met name het bestaan van haar minderjarige dochter, werd de tweede bestreden beslissing niet redelijk verantwoord en maakt het dan ook een schending uit van het redelijkheidsbeginsel "

In casu kan uit de bestreden beslissing op geen enkele manier worden afgeleid dat er rekening werd gehouden met de belangen van verzoekers zoontje. Zelfs indien verwerende partij van mening was dat de bestreden beslissing in overeenstemming is met het hoger belang van het kind, had zij hierover motieven moeten opnemen of tenminste impliciet moeten laten blijken dat zij hiermee rekening hield, quod non.

Om de bovenstaande elementen terdege te beoordelen had verwerende partij verzoeker en de overige betrokkenen moeten horen.

Hoewel niet elke onregelmatigheid bij de uitvoering van het hoorrecht tijdens een administratieve procedure een schending van het hoorrecht oplevert, is dit wel het geval wanneer deze procedure zonder deze onregelmatigheid een andere afloop had kunnen hebben (HvJ 10 september 2013, C-383/13 PPU, M.G. e.a., ro. 38 en de daar aangehaalde rechtspraak). In dergelijke gevallen leidt het verzuim om het hoorrecht te eerbiedigen tot de onrechtmatigheid van het genomen besluit en dient dit besluit te worden nietig verklaard.

Indien middels uitoefening van het effectief hoorrecht specifieke omstandigheden hadden kunnen worden aangevoerd die na een individueel onderzoek de administratieve beslissing hadden kunnen beïnvloeden, moet worden vastgesteld dat er sprake is van een onregelmatigheid die het hoorrecht op zodanige wijze aantast dat de besluitvorming een andere afloop had kunnen hebben. Een dergelijke onregelmatigheid moet dan aanleiding geven tot de nietigverklaring van het genomen besluit.

In casu moet worden vastgesteld dat verzoeker, noch zijn zoon, noch de moeder van zijn zoon, nochtans allen voorwerp van de bestreden beslissing werden gehoord door verwerende partij alvorens de bestreden beslissing te nemen.

Dat de bestreden beslissing dan ook alle bovenvermelde wettelijke bepalingen en beginselen van behoorlijk bestuur schendt.”

3.31. De Raad leest in het ondersteunend betoog van het derde middel geen concrete uitleg aangaande de wijze waarop het rechtszekerheidsbeginsel werd geschonden. Dit onderdeel van het middel is derhalve onontvankelijk.

3.32. Gelet op wat kan worden gelezen in de bestreden beslissing en gezien het betoog van verzoeker, kan deze laatste bezwaarlijk worden gevolgd in zijn betoog dat de bestreden beslissing niet formeel is gemotiveerd zoals de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen het vereisten. Gelet op wat kan worden gelezen in de bestreden beslissing, kan verzoeker ook niet worden gevolgd waar hij opwerpt dat ze strijdig is met artikel 20 VWEU zoals toegelicht in het arrest K.A. t. België omdat de aanvraag gezinshereniging niet in aanmerking wordt genomen om de enige reden dat tegen verzoeker een inreisverbod (onder de vorm van een ministerieel besluit van terugwijzing) werd uitgevaardigd. De bestreden beslissing verwijst uitdrukkelijk naar het arrest K.A. van het Hof van Justitie en gaat na of er een dusdanige afhankelijkheidsrelatie bestaat tussen verzoeker en zijn kind dat er een afgeleid verblijfsrecht moet uit voortvloeien voor verzoeker.

3.33. In dit arrest K.A. van het Hof van Justitie worden een aantal richtsnoeren gegeven voor het voeren van het afhankelijkheidsonderzoek wanneer de betrokken Unieburger minderjarig is (pt. 70-76).

Uitgangspunt is dat het bestaan van een gezinsband tussen de minderjarige Unieburger en zijn ouder die derdelander is, of dit nu een biologische dan wel een juridische is, niet kan volstaan als rechtvaardiging om aan die ouder op grond van artikel 20 van het VWEU een afgeleid recht van verblijf op het grondgebied van de lidstaat waarvan het minderjarige kind onderdaan is toe te kennen. Er moet een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaan dat het kind zou zijn gedwongen het grondgebied van de Unie te verlaten als de vreemdeling een verblijfsrecht wordt geweigerd. Bij de beoordeling of er sprake is van een dergelijke afhankelijkheidsverhouding, is het relevant wie het gezag over het kind heeft en of de wettelijke, financiële en affectieve last van het kind berust bij de ouder die een derdelander is. Daarbij moet wordt bepaald welke ouder de daadwerkelijke zorg over het kind heeft en of er een daadwerkelijke afhankelijkheidsverhouding bestaat tussen het kind en de ouder die derdelander is. In het kader van deze beoordeling houden de bevoegde overheden rekening met het recht op eerbiediging van het gezinsleven zoals dat is neergelegd in artikel 7 van het Handvest, samen gelezen met de verplichting tot inachtneming van het in artikel 24, lid 2 van het Handvest erkende hogere belang van het kind. De omstandigheid dat de andere ouder, wanneer deze een Unieburger is, echt in staat en bereid is om de dagelijkse daadwerkelijke zorg voor het kind alleen te dragen, vormt een relevant gegeven maar volstaat op zich niet om te kunnen stellen dat de vereiste afhankelijkheidsverhouding tussen de ouder-derdelander en de minderjarige Unieburger niet aanwezig is. Om tot een dergelijke vaststelling te komen moet, in het hoger belang van het kind, rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, met name de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate waarin het een affectieve relatie met elk van zijn ouders heeft, en het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het wordt gescheiden van de ouder die onderdaan van een derde land is. Het al dan niet samenwonen van de ouder-derdelander met de minderjarige Unieburger vormt één van de in aanmerking te nemen relevante factoren om te bepalen of er tussen hen sprake is van een afhankelijkheidsverhouding maar is geen noodzakelijke voorwaarde daarvoor.

3.34. Het komt aan verzoeker toe om met concrete argumenten aannemelijk te maken dat het gevoerde afhankelijkheidsonderzoek niet deugdelijk is. De verwerende partij heeft dit onderzoek gedaan, rekening houdend met de gegevens die haar gekend waren op het ogenblik dat zij de beslissing nam en die haar ter kennis waren gebracht door verzoeker. Het betreft hier de stukken die verzoeker tevens opsomt in zijn verzoekschrift, namelijk een uittreksel uit de geboorteakte, erkenning voor geboorte, attest van geboorte, samenstelling van gezin, foto's van verzoeker samen met zijn zoon, een getuigenverklaring van de moeder, een overeenkomst betreffende de verblijfsregeling en onderhoudsbijdrage voor verzoekers zoon en een attest van een crèche. De verwerende partij beschikte niet over het attest van het gesloten centrum van Merkplas dat verzoeker voegt als stuk 10 bij zijn verzoekschrift. Alleszins blijkt hieruit niet meer dan dat verzoeker in de periode van 4 januari 2019 tot 20 januari 2019 vooral bezoek kreeg van N.C. die blijkens het administratief dossier zijn nieuwe vriendin betreft en enkel op 6 januari 2019 het bezoek kreeg van de moeder van zijn zoon en zijn zoon zelf.

3.35. Uit de bestreden beslissing blijkt dat de verwerende partij de volgende elementen heeft nagegaan:

3.35.1. De zorg voor het kind

De bestreden beslissing stelt:

“Uit het dossier blijkt dat het kind verblijft bij de moeder van het kind, de genaamde V.P., H.° 16/09/1984 van Belgische nationaliteit en dat er geen aanwijzingen zijn dat zij door gezondheidsproblemen niet in staat zou kunnen zijn om voor uw kind te kunnen zorgen. Evenmin dat zij niet zelfstandig zou kunnen functioneren. Integendeel zij woont samen met het kind in bij haar ouders, zodat het niet ontbreekt aan enige opvang voor het kind en dat zij voldoende is omringd door familieleden.”

3.35.2. Verblijfs- en onderhoudsregeling voor het kind

De bestreden beslissing stelt: *“Het feit dat er een overeenkomst betreffende de verblijfsregeling en de onderhoudsbijdrage is afgesloten op 30/09/2018 tussen u en de moeder van het kind, waarbij het kind bij u mag verblijven tijdens de weekends en in vakantieperiodes en dat u onderhoudsgeld van 200 euro zal betalen is geen reden om u het verblijf toe te kennen. Integendeel u bent immers in illegaal verblijf en gelet op het feit dat het door u erkende kind werd geboren in een periode dat u wist dat, gezien het geldende terugwijzingsbesluit, het duidelijk was dat het voortzetten van het gezinsleven met het kind op het grondgebied van de Verdragsluitende Staat een precair karakter zou kennen. Bovendien is het niet overtuigend dat u in staat zou zijn om 200 euro onderhoudsgeld te betalen. U bent reeds sedert 07/2/2018 niet langer tewerkgesteld bij de firma ASAP. BE NV en er zijn geen aanwijzingen in uw dossier dat u recentelijk tewerkgesteld was. Verder dient opgemerkt te worden dat de overeenkomst is afgesloten op het moment dat u reeds was opgesloten in het gesloten centrum van Vottem namelijk op 29/09/2018 (vermeld op de bijlage 13 septies van 28/09/2018).”*

3.35.3. Daadwerkelijk contact met het kind/band met het kind

De bestreden beslissing stelt: *“Verder zijn er in uw dossier een getuigenverklaring van de moeder dd. 16/10/2018 terug te vinden waarin zij verklaart dat u nog contact hebt onderhouden met uw zoon, een verklaring van het kinderdagverblijf Bambini dat u regelmatig uw kind komt brengen en halen en een attest van het gesloten centrum van Merksplas dat u op 05/01/2019 bezoek heeft gehad van uw zoon en zijn moeder. Dat u nog contact heeft met uw zoon wordt niet betwist, maar het kind nu en dan eens zien is onvoldoende om te spreken van een afhankelijkheidsrelatie. Daarnaast zijn er nog foto's terug te vinden waarop mogelijks u en uw kind te zien zijn, maar dit zijn verklaringen op eer waarvan het gesolliciteerd karakter ervan niet kan worden uitgesloten. Van foto's valt ook niet af te leiden wat de werkelijke band is tussen u en uw zoon.”*

3.36. Op basis van de in punt 3.35 vermelde elementen komt de verwerende partij tot de conclusie dat niet blijkt dat verzoekers zoon buitengewoon afhankelijk is van hem waardoor verzoekers aanwezigheid in het Rijk daadwerkelijk vereist is. De verwerende partij neemt aan dat de band tussen verzoeker en zijn kind een goede band is maar is van oordeel dat uit de voorgelegde documenten niet blijkt dat verzoekers aanwezigheid in België onontbeerlijk is *“opdat uw kind verder zou kunnen verblijven in België”*. Verwerende partij stelt vervolgens: *“Uw zoon is nog jong om eventueel het contact later terug te herstellen, is omringd door familie en kan in België verder verblijven alwaar er voldoende ondersteuning is (van medische tot opvang) waarvan de moeder evengoed gebruik kan van maken als alle andere inwoners van België om jullie zoon alle kansen te bieden om zijn ontwikkeling en welbevinden te vrijwaren. Niets sluit uit dat u financieel bijdraagt vanuit het buitenland en er een andere contactregeling kan worden getroffen via moderne communicatiemiddelen of occasionele bezoeken van uw zoon aan u in het buitenland. Minstens tot op het moment dat u de opheffing van het inreisverbod heeft bekomen of u de termijn van de inreisverbod hebt gerespecteerd en u legaal kan terugkeren naar België.”*

3.37. Verzoeker herinnert aan de stukken die hij heeft voorgelegd aan de verwerende partij, is van oordeel dat er wel degelijk sprake is van een afhankelijkheidsverhouding, hij zet de geschiedenis met de moeder van zijn zoon uiteen en wat hij betekende voor zijn zoon voor ze uit elkaar gingen, hij wijst erop dat hij mee instond voor de opvoeding van zijn zoon voordat hij in het gesloten centrum werd geplaatst en dat hij aldaar bezoek kreeg van zijn zoon en diens moeder, hij voert aan dat zijn zoon twee jaar oud is, dat dit een leeftijd is waarop deze niet in staat zal zijn de plotse afwezigheid van zijn vader te plaatsen en om op andere wijze in contact te blijven met zijn vader, dat zijn zoon met zijn beide ouders een affectieve relatie heeft, dat er een regeling is afgesproken tussen de ouders om deze relatie in stand te houden, dat het gezag over de persoon en de goederen van zijn zoon wordt uitgeoefend door de moeder maar dat er steeds overleg is met verzoeker, dat er namelijk een verblijfs- en onderhouds-

regeling is die hij uiteenzet, dat er een gedeeltelijke wettelijke en financiële last ligt bij verzoeker, dat de affectieve last *“in grote mate”* eveneens bij hem berust. Daarna houdt verzoeker een uitgebreid betoog over artikel 8 van het EVRM en over het hoger belang van het kind waarmee volgens hem op geen enkele manier werd rekening gehouden. Hij voert tevens aan dat de verwerende partij de betrokkenen had moeten horen over de belangen van zijn zoon.

3.38. Met deze argumentatie toont verzoeker echter niet aan dat de verwerende partij op onzorgvuldige wijze of in strijd met artikel 20 van het VWEU heeft vastgesteld dat er geen elementen werden aangebracht van een dusdanige afhankelijkheidsrelatie tussen verzoeker en zijn zoon waardoor aan verzoeker een afgeleid verblijfsrecht moet worden verstrekt. De moeder van verzoekers zoon heeft getuige de regeling die zij heeft afgesproken met verzoeker toen hij in het gesloten centrum van Merksplas zat, het gezag over het kind en ook de wettelijke, financiële en grootste affectieve last voor het kind berust bij haar. Zij draagt daadwerkelijk zorg voor verzoekers kind, het kind heeft zijn hoofdverblijfplaats bij haar en dit kind kan dan ook worden beschouwd als zijnde daadwerkelijk afhankelijk van zijn moeder die als centrale figuur instaat voor diens lichamelijke en emotionele ontwikkeling. Verzoekers kind staat immers onder het ouderlijk gezag van zijn moeder die inwoont bij haar ouders, ze beheert tevens de goederen van haar tweejarig kind en ze draagt de dagdagelijkse zorg voor hem, neemt alle beslissingen over diens gezondheid, opvoeding en ontspanning alsook over godsdienstige en levensbeschouwelijke keuzes en staat financieel voor hem in, terwijl verzoeker slechts een overleggende rol heeft alsook een beperkt omgangsrecht en de vakantie- en verblijfsregeling slechts van kracht worden als hij een officiële verblijfplaats heeft. Zijn financiële bijdrage tot de opvoeding in algemene zin van zijn kind, afgesproken in de onderhoudsregeling, kan hij niet waarmaken aldus de bestreden beslissing. De goede band die verzoeker had met zijn kind wordt erkend in de bestreden beslissing alsook zijn rol als vader doch hierover werd gesteld dat hij deze ook vanuit het buitenland zou kunnen blijven opnemen, nu afspraken kunnen worden gemaakt voor een financiële bijdrage vanuit het buitenland alsook voor een andere contactregeling aldaar via moderne communicatiemiddelen.

3.39. Uit een uittreksel uit de geboorteakte, een akte van erkenning voor geboorte, een attest van geboorte, een attest gezinssamenstelling opgesteld op 22 februari 2017, niet nader gedateerde foto's van verzoeker samen met zijn zoon, een korte getuigenverklaring van de moeder van zijn zoon (V.P.H.), opgesteld op 16 oktober 2018 toen verzoeker vertoefde in het gesloten centrum van Merksplas en waarin zeer kort wordt gesteld dat verzoeker nog regelmatig contact had met zijn zoon nadat ze niet meer op hetzelfde adres woonden, dat verzoeker zijn zoon regelmatig naar de crèche brengt en aldaar afhaalt en dat er regelmatig gezamenlijke uitstapjes plaatsvinden in de weekends, dat verzoeker haar auto mag lenen voor een uitstapje met hun zoon en waarin V.P.H. het van belang acht dat de band vader-zoon behouden blijft, uit een overeenkomst betreffende de verblijfsregeling en onderhoudsbijdrage voor verzoekers zoon, opgesteld op 30 september 2018 toen verzoeker eveneens vertoefde in het gesloten centrum van Merksplas en een ongedateerd attest van de crèche Bambini waarin kort wordt gesteld dat verzoeker zijn zoon *“regelmatic”* kwam brengen en afhalen, kan niet meer worden afgeleid dan dat verzoeker de vader is van een tweejarig kind, dat hij een tijdje heeft samengewoond met V.P.H. en zijn zoon op hetzelfde adres en dat hij zeker contacten heeft gehad met zijn kind, maar hieruit blijkt geen dusdanige afhankelijkheidsband dat verzoekers zoon op geen enkele wijze kan worden gescheiden van verzoeker. Zoals het Hof van Justitie in het arrest in de zaak K.A. heeft gesteld kan het bestaan van een gezinsband tussen de minderjarige Unieburger en zijn ouder die derdelander is, of dit nu een biologische dan wel een juridische is, niet volstaan als rechtvaardiging om aan die ouder op grond van artikel 20 van het VWEU een afgeleid recht van verblijf op het grondgebied van de lidstaat waarvan het minderjarige kind onderdaan is, toe te kennen.

3.40. Verzoeker stelt in zijn verzoekschrift dat hij samenwoonde met zijn zoon en diens moeder tot *“april of mei 2018”* toen de relatie op de klippen liep. Verzoeker betoogt dat *“ze”* daarna nog goede contacten onderhielden en dat hij *“nog steeds mee in [stond] voor de opvoeding van zijn zoon. Deze woonde weliswaar bij zijn moeder, maar verzoeker ging hem daar op weekdagen 's ochtends vroeg oppikken om met hem te ontbijten, nog even te spelen, en hem vervolgens naar de crèche te brengen. Ook in het weekend vertoefde zijn zoon regelmatig bij verzoeker”*. Dit alles moet blijken uit de getuigenverklaring van V.P.H., die werd opgesteld op 16 oktober 2018, toen verzoeker was opgesloten in het gesloten centrum van Merksplas op basis van een bijlage 13septies van 28 september 2018 en er dus een repatriëring naar het herkomstland dreigde plaats te vinden en uit een ongedateerd attest van een crèche waarin kort wordt gesteld dat verzoeker zijn zoon *“regelmatic”* kwam brengen en afhalen. De bewijswaarde hiervan is dus relatief maar de Raad herhaalt dat hieruit alleszins geen dusdanige afhankelijkheidsband blijkt dat verzoekers zoon feitelijk genoopt zou zijn het grondgebied van de Unie in

zijn geheel te verlaten indien verzoeker geen verblijfsrecht wordt toegekend. Verzoeker benadrukt het belang van de verblijfs- en onderhoudsregeling voor zijn zoon die hij heeft afgesloten met diens moeder. De context waarin deze regeling tot stand kwam kan niet zomaar opzij worden geschoven zoals verzoeker doet in zijn verzoekschrift. Ze werd namelijk ondertekend op 30 september 2018, nadat verzoeker was opgesloten in het gesloten centrum van Merksplas op basis van een bijlage 13septies van 28 september 2018 en er dus een repatriëring naar het herkomstland dreigde plaats te vinden. Voorts kan voor de bespreking van de betrokken regeling worden verwezen naar het gestelde in punt 3.38. Het wijst opnieuw niet op een dusdanige afhankelijkheidsrelatie tussen verzoeker en zijn zoon waardoor verzoeker een afgeleid verblijfsrecht zou moeten worden toegekend. Zoals gezegd kan er blijkens de bestreden beslissing ook een andere contactregeling met het kind worden afgesproken, namelijk via moderne communicatiemiddelen. Het afgesproken overleg met de moeder voor wat betreft de opvoeding van verzoekers zoon kan eveneens plaatsvinden via moderne communicatiemiddelen. Ook al kan verzoeker worden gevolgd in zijn kritiek op de passage in de bestreden beslissing over de verblijfs- en onderhoudsregeling waar deze stelt, *“Integendeel u bent immers in illegaal verblijf en gelet op het feit dat het door u erkende kind werd geboren in een periode dat u wist dat, gezien het geldende terugwijzingsbesluit, het duidelijk was dat het voortzetten van het gezinsleven met het kind op het grondgebied van de Verdragsluitende Staat een precair karakter zou kennen”*, kan dit niet leiden tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing aangezien dit kan worden beschouwd als een motief dat thuishoort in het kader van een afweging in het licht van artikel 8 van het EVRM (zie infra). Over de afgesproken onderhoudsregeling stelt de bestreden beslissing ook: *“Bovendien is het niet overtuigend dat u in staat zou zijn om 200 euro onderhoudsgeld te betalen. U bent reeds sedert 07/2/2018 niet langer tewerkgesteld bij de firma ASAP. BE NV en er zijn geen aanwijzingen in uw dossier dat u recentelijk tewerkgesteld was.”* Deze vaststelling is deugdelijk en pertinent. Van een financiële afhankelijkheid is dus geen sprake, en zoals de bestreden beslissing stelt kan verzoeker zijn zoon financieel steunen vanuit het buitenland. Verzoeker kan de gedane vaststellingen niet aan het wankelen brengen door te betogen dat het de fout is van de verwerende partij dat zijn recht op werken is komen te vervallen. Verzoekers verblijfssituatie is wat ze is en de verwerende partij kan niet worden verweten de gepaste maatregelen te nemen die de verblijfsreglementering haar toestaat te nemen en waartegen verzoeker beroepen heeft kunnen instellen. Uit niets blijkt dat verzoeker ooit daadwerkelijk financieel heeft bijgedragen in de opvoeding van zijn zoon. Tevergeefs voert verzoeker aan dat hij wel zal worden tewerkgesteld als hij opnieuw wordt gemachtigd tot een verblijf in het Rijk.

3.41. Verzoeker betwist voorts de in punt 3.35.1. vermelde passage van de bestreden beslissing niet maar is van oordeel dat dit weliswaar een relevant gegeven is, maar op zich niet volstaat. Echter blijkt uit de bestreden beslissing niet dat dit het enige gegeven is waarop de bestreden beslissing steunt. Verzoeker benadrukt voorts dat de wettelijke en financiële last minstens gedeeltelijk bij hem ligt en verwijst naar de verblijfs- en onderhoudsregeling, het feit dat hij mee instond voor de opvoeding van zijn zoon voordat hij terecht kwam in het gesloten centrum en dat de affectieve last *“in grote mate eveneens”* bij hem berust, maar dit alles kan niet aantonen dat er sprake is van een werkelijke dusdanige afhankelijkheidsband tussen verzoeker en zijn zoon dat de belangrijkste rechten die zijn verbonden aan het burgerschap van de Unie van verzoekers zoon in het gedrang komen als aan verzoeker geen verblijfsrecht wordt toegekend. Er kan opnieuw worden verwezen naar het gestelde in punt 3.38. De verblijfs- en onderhoudsregeling wijst erop dat het de intentie van verzoeker is om nog een rol te spelen in het leven van zijn zoon maar het wijst op een beperkte rol. Dat hij daadwerkelijk mee instond voor de opvoeding van zijn zoon voor zijn opname in het gesloten centrum wordt nergens aangetoond. Er ligt enkel voor dat hij zijn zoon regelmatig naar de crèche bracht en aldaar afhaalde en volgens een korte getuigenverklaring van V.P.F deden ze regelmatig gezamenlijke uitstapjes in het weekend en mocht verzoeker haar wagen lenen voor een uitstapje. Ook de bewering dat de affectieve last *“in grote mate eveneens”* bij hem berust is niet meer dan een loze bewering (cf. punt 3.38). Verzoeker wijst verder op de getuigenverklaring van de moeder van zijn zoon van 16 oktober 2018, op het attest van het kinderdagverblijf Bambini en een attest van het gesloten centrum van 5 januari 2019 die hij heeft voorgelegd aan de verwerende partij, maar hij brengt niets aan dat de gedane beoordeling ervan, met name *“Dat u nog contact heeft met uw zoon wordt niet betwist, maar het kind nu en dan eens zien is onvoldoende om te spreken van een afhankelijkheidsrelatie”* aan het wankelen brengt. Verzoeker stelt voorts terecht dat de foto's die hij heeft overgemaakt bezwaarlijk kunnen worden beschouwd als *“verklaringen op eer waarvan het gesolliciteerd karakter ervan niet kan worden uitgesloten”* maar de bestreden beslissing stelt ook nog: *“Van foto's valt ook niet af te leiden wat de werkelijke band is tussen u en uw zoon.”* De foto's van verzoeker met zijn zoon, de verblijfs- en onderhoudsregeling die werd opgesteld op het ogenblik dat hij in het gesloten centrum zat, de contacten die verzoeker volgens de getuigenverklaring opgesteld door de moeder van zijn zoon gehad heeft met deze, het bezoek dat verzoeker van zijn zoon en diens moeder op één dag mocht ontvangen toen hij in het gesloten centrum

zat, het “*regelmatig*” op- en afhalen van zijn zoon aan de crèche, tonen geen “*buitengewone*” afhankelijkheid aan tussen verzoeker en zijn zoon, die de normale affectieve band tussen een ouder en zijn kind overstijgt. Verzoeker is aanwezig in het leven van zijn zoon maar niet op de dagdagelijkse basis en intense wijze zoals dat het geval is met de moeder van de zoon die de centrale figuur vormt in diens opvoeding en leven. Dat de verwerende partij de contacten van verzoeker met zijn zoon en de goede band van verzoeker met het kind erkent, maakt dus niet dat de balans in het voordeel van verzoeker kan omslaan omdat dit geen voldoende elementen zijn die wijzen op een dusdanige afhankelijkheidsband tussen verzoeker en zijn zoon dat als verzoeker geen verblijfsrecht wordt toegekend, er geen andere optie is voor verzoekers zoon dat hem te volgen naar het buitenland.

3.42. De verwerende partij stelt in de bestreden beslissing, “*Wij willen best aannemen dat u een goede band heeft met het kind, echter nergens uit de voorgelegde documenten blijkt dat uw aanwezigheid in België onontbeerlijk is opdat uw kind verder zou kunnen verblijven in België. Uw zoon is nog jong om eventueel het contact later terug te herstellen, is omringd door familie en kan in België verder verblijven alwaar er voldoende ondersteuning is (van medische tot opvang) waarvan de moeder evengoed gebruik kan van maken als alle andere inwoners van België om jullie zoon alle kansen te bieden om zijn ontwikkeling en welbevinden te vrijwaren. Niets sluit uit dat u financieel bijdraagt vanuit het buitenland en er een andere contactregeling kan worden getroffen via moderne communicatiemiddelen of occasionele bezoeken van uw zoon aan u in het buitenland. Minstens tot op het moment dat u de opheffing van het inreisverbod heeft bekomen of u de termijn van de inreisverbod hebt gerespecteerd en u legaal kan terugkeren naar België.*” Hiermee heeft de verwerende partij wel degelijk het hoger belang van het kind in ogenschouw genomen en rekening gehouden met de leeftijd van het kind, diens ontwikkelingsnoden en geoordeeld dat de goede band die verzoeker heeft met het kind niet van die aard is dat een scheiding met verzoeker door een vertrek naar het buitenland, een risico met zich meebrengt voor het evenwicht van het kind, gezien de band die verzoeker heeft met zijn zoon kan worden verdergezet vanuit het buitenland door een andere contactregeling te treffen via moderne communicatiemiddelen of occasionele bezoeken van verzoekers zoon aan hem in het buitenland.

3.43. Verzoeker stelt dat zijn zoon zich zijn vader niet zal herinneren indien hij van hem gescheiden wordt, maar dit betoog is niet dienstig aangezien moderne communicatiemiddelen verzoeker toelaten om om het even wanneer contact te hebben met zijn zoon. Verzoeker stelt verder dat hij afhankelijk is van de moeder van zijn zoon om contact met hem te hebben via moderne communicatiemiddelen vermits hij twee jaar oud is, maar zoals verzoeker zelf stelt in zijn verzoekschrift, heeft hij een goede band met de moeder van zijn zoon en zijn speculatief betoog dat niets garandeert dat deze verstandhouding blijft duren kan niet volstaan om de bestreden beslissing op dit punt aan het wankelen te brengen. Verzoeker stelt voorts dat contacten via telefoon en e-mail geenszins volstaan om een affectieve band met een tweejarige te onderhouden, maar dit is slechts de uiting van een persoonlijke overtuiging. Verzoeker kan wel worden gevolgd waar hij stelt dat het niet realistisch is te verwachten dat zijn zoontje onder begeleiding van zijn moeder naar Irak kan gaan om hem te bezoeken, gezien de veiligheidssituatie aldaar, maar dit element volstaat niet om verzoeker een verblijfsrecht te verstrekken, gezien er zoals herhaaldelijk gezegd geen sprake is van een buitengewone afhankelijkheidsband tussen verzoeker en zijn zoontje en het contact dat hij met hem had zeker kan worden verdergezet met moderne communicatiemiddelen. Daar kan aan toegevoegd worden dat dergelijke regeling tijdelijk is, zoals de bestreden beslissing het stelt: “*Minstens tot op het moment dat u de opheffing van het inreisverbod heeft bekomen of u de termijn van de inreisverbod hebt gerespecteerd en u legaal kan terugkeren naar België.*”

3.44. Rest de vraag of er in casu sprake is van een schending van het gezinsleven van verzoeker en zijn kind, en het hoger belang van dat kind. Verzoeker is van oordeel van wel, en voert om die reden de schending aan van artikel 8 van het EVRM en de daarin besloten ‘fair balance’-toets en van artikel 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

3.45. Voor de theoretische beschouwingen omtrent deze bepalingen kan in hoofdzaak worden verwezen naar de uiteenzetting van verzoeker in zijn derde middel.

3.46. Wat zijn specifieke situatie betreft, moet vooreerst worden vastgesteld dat verzoeker onbetwistbaar het voorwerp uitmaakt van een geldig en definitief ministerieel besluit van terugwijzing. Dit besluit houdt een verbod van binnenkomst en verblijf in het Rijk in gedurende 10 jaar. Verzoekers situatie betreft derhalve geen situatie van voortgezet verblijf maar wel een situatie van eerste toelating en dus niet van een inmenging in zijn gezinsleven. In het kader van artikel 8 van het EVRM moet dan worden onderzocht of er een positieve verplichting is voor de Staat om de betrokken vreemdeling op zijn

grondgebied toe te laten of te laten verblijven zodat hij zijn recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven aldaar kan handhaven en ontwikkelen (EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 63; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 38; EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 105).

3.47. Dit geschiedt aan de hand van de 'fair balance'-toets waarbij wordt nagegaan of de staat een redelijke afweging heeft gemaakt tussen de concurrerende belangen van het individu, enerzijds, en de samenleving, anderzijds. Staten beschikken bij deze belangenafweging over een zekere beoordelingsmarge. De omvang van de positieve verplichting is afhankelijk van de specifieke omstandigheden van de betrokken individuen en het algemeen belang (EHRM 17 oktober 1986, Rees/The United Kingdom, § 37; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 39; EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), §§ 106-107). In het kader van een redelijke afweging worden een aantal elementen in rekening genomen, met name de mate waarin het gezins- en privéleven daadwerkelijk wordt verbroken, de omvang van de banden in de Verdragsluitende Staat, alsook de aanwezigheid van onoverkomelijke hinderpalen die verhinderen dat het gezinsleven in het land van herkomst normaal en effectief wordt uitgebouwd of verdergezet. Deze elementen worden afgewogen tegen de aanwezige elementen van immigratiecontrole of overwegingen inzake openbare orde. Een andere belangrijke overweging is of het gezinsleven zich heeft ontwikkeld in een periode waarin de betrokken personen zich ervan bewust dienden te zijn dat de verblijfsstatus van een van hen er toe leidt dat het voortbestaan van dit gezinsleven in het gastland vanaf het begin precair zou zijn. Waar dit het geval is, zal er enkel in zeer uitzonderlijke omstandigheden sprake zijn van een schending van artikel 8 van het EVRM (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 108; zie ook EHRM 17 april 2014, Paposhvili/België, § 142).

3.48. Wat dit laatste aspect betreft, moet worden vastgesteld dat toen verzoekers zoon werd geboren op 30 juni 2016, verzoeker reeds het voorwerp uitmaakte van het ministerieel besluit tot terugwijzing dat werd getroffen op 24 september 2009 en in werking trad op 13 december 2013. Verzoeker wist of moest weten dat het, gezien het geldende terugwijzingsbesluit, duidelijk was dat het voortzetten van het gezinsleven met het kind op het grondgebied van de Verdragsluitende Staat een precair karakter zou kennen. Het komt dus aan verzoeker toe om aan te tonen dat er in zijn geval sprake is van de vereiste zeer uitzonderlijke omstandigheden, wil hij een schending van artikel 8 van het EVRM aannemelijk maken.

3.49. De bestreden beslissing stelt, *"Overwegende dat uit het bovenstaande niet blijkt dat uw zoon buitengewoon afhankelijk is van u waardoor uw aanwezigheid in het Rijk werkelijk is vereist. Nergens uit het dossier blijkt dat uw aanwezigheid onontbeerlijk is om uw vaderschap te kunnen opnemen. Wij willen best aannemen dat u een goede band heeft met het kind, echter nergens uit de voorgelegde documenten blijkt dat uw aanwezigheid in België onontbeerlijk is opdat uw kind verder zou kunnen verblijven in België. Uw zoon is nog jong om eventueel het contact later terug te herstellen, is omringd door familie en kan in België verder verblijven alwaar er voldoende ondersteuning is (van medische tot opvang) waarvan de moeder evengoed gebruik kan van maken als alle andere inwoners van België om jullie zoon alle kansen te bieden om zijn ontwikkeling en welbevinden te vrijwaren. Niets sluit uit dat u financieel bijdraagt vanuit het buitenland en er een andere contactregeling kan worden getroffen via moderne communicatiemiddelen of occasionele bezoeken van uw zoon aan u in het buitenland. Minstens tot op het moment dat u de opheffing van het inreisverbod heeft bekomen of u de termijn van de inreisverbod hebt gerespecteerd en u legaal kan terugkeren naar België."*

Deze motieven tonen aan dat de verwerende partij in wezen is nagegaan in welke mate de bestaande gezinsbanden daadwerkelijk worden verbroken alsook of er onoverkomelijke hinderpalen aanwezig zijn die beletten dat deze gezinsbanden bij terugkeer van verzoeker naar Irak kunnen worden verdergezet.

3.50. Voor wat betreft verzoekers kritiek die reeds werd weergegeven in punt 3.43, kan worden verwezen naar de weerlegging ervan hogerop in dit arrest. Verzoeker toont met zijn betoog niet aan dat de gedane beoordeling strijdig is met artikel 8 van het EVRM en dat hij de gezinsband met zijn kind niet zou kunnen onderhouden vanuit zijn land van herkomst. Het EHRM stelt namelijk dat de uitwijzing van een ouder die niet samenwoont met zijn minderjarig kind niet dezelfde ontwrichtende impact heeft op het leven van dit kind als de uitwijzing van een ouder die wel als een gezin samenwoont met zijn/haar minderjarig kind, zeker indien contact via telefoon en internet mogelijk blijft vanuit het land waarnaar de ouder zal worden uitgewezen (EHRM 18 oktober 2006, Üner / Nederland; EHRM 8 januari 2009, Grant / het Verenigd Koninkrijk; EHRM 17 februari 2009, Onur / het Verenigd Koninkrijk), zoals dat in casu wordt gesuggereerd door de verwerende partij. Verzoeker kan voorts vanuit het buitenland zijn zoon

financieel ondersteunen (cf. EHRM, *Berisha v. Switzerland*, ECHR 2013, § 60). Verder moet opnieuw worden benadrukt dat het niet gaat om een definitieve scheiding tussen verzoeker en zijn zoon en dat de bestreden beslissing hierop ook de aandacht vestigt door te stellen *“Niets sluit uit dat u financieel bijdraagt vanuit het buitenland en er een andere contactregeling kan worden getroffen via moderne communicatiemiddelen of occasionele bezoeken van uw zoon aan u in het buitenland. Minstens tot op het moment dat u de opheffing van het inreisverbod heeft bekomen of u de termijn van de inreisverbod hebt gerespecteerd en u legaal kan terugkeren naar België.”* Ook andere mogelijkheden zijn niet uitgesloten, zoals het vragen van een opschorting van het verbod om België binnen te komen en een visum aan te vragen om zijn zoon kortstondig te bezoeken (cf. EHRM 7 juli 2020, *K.A./Zwitzerland* en EHRM, 20 december 2018).

3.51. Voorts werd hogerop al gesteld dat de verwerende partij rekening heeft gehouden met het belang van het kind. Het volstaat te verwijzen naar het gestelde in punt 3.42. waar verzoekers kritiek in dit verband werd besproken. Verzoeker stelt nog specifiek dat de verwerende partij heeft nagelaten hem, zijn zoon of diens moeder te horen alvorens de bestreden beslissing te treffen. Echter kan verzoeker niet worden gevolgd in zijn betoog. Verzoeker kan niet onwetend zijn van het feit dat hij onder een ministerieel besluit staat en heeft een aanvraag tot gezinshereniging kunnen indienen en deze kunnen stofferen met alle mogelijke elementen en stukken om te bewerkstelligen dat deze in aanmerking wordt genomen. De Raad ziet niet in waarom verzoeker dan nog de verwachting koesterde om te worden gehoord door de verwerende partij alvorens ze de bestreden beslissing trof. De moeder van zijn kind heeft ook kunnen zeggen wat ze te zeggen heeft via haar getuigenverklaring die in de bestreden beslissing wordt besproken. Verzoeker geeft ook niet concreet weer wat hij of de moeder van zijn kind ten behoeven van hun kind nog zouden gezegd hebben bij hun gehoor door de verwerende partij dat ze nog niet wist en dat aanleiding had kunnen geven tot een andersluidende beslissing.

3.52. Gelet op het geheel van motieven omtrent het gezinsleven tussen verzoeker en zijn zoon is een disproportionaliteit tussen de belangen van verzoeker en zijn kind enerzijds en de belangen van de Belgische Staat in het kader van het doen naleven van de verblijfsreglementering anderzijds, niet aangetoond. Het blijkt niet dat er in casu sprake is van dermate uitzonderlijke omstandigheden dat er sprake is van een schending van artikel 8 van het EVRM. Evenmin leidt de uiteenzetting van verzoeker ertoe aan te nemen dat er een schending is van het hoger belang van het kind ex artikel 24, lid 2 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

3.53. In de mate, ten slotte, dat verzoeker elementen aanstipt die betrekking hebben op zijn privéleven in België, moet erop worden gewezen dat deze niet relevant zijn bij de beoordeling van de aanvraag, nu reeds werd vastgesteld dat artikel 43 van de Vreemdelingenwet in casu niet moest worden onderzocht, en de bestreden beslissing geen verwijderingsmaatregel in zich draagt.

Het derde middel is niet gegrond.

4. Korte debatten

De vordering tot schorsing is onontvankelijk. De verzoekende partij heeft geen gegrond middel dat tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan leiden aangevoerd.

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 zesentwintig november tweeduizend twintig door:

mevr. M. EKKA,

kamervoorzitter

dhr. T. LEYSEN

griffier

De griffier,

De voorzitter,

T. LEYSEN

M. EKKA