

Arrest

nr. 254 052 van 6 mei 2021
in de zaak RvV X / VIII

In zake: X

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

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie.

DE WND. VOORZITTER VAN DE VIIIste KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Surinaamse nationaliteit te zijn, op 19 januari 2021 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie van 21 december 2020 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20).

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

Gezien de beschikking houdende de vaststelling van het rolrecht van 25 januari 2021 met refertenummer X

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 25 februari 2021, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 22 maart 2021.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken F. TAMBORIJN.

Gehoord de opmerkingen van advocaat B. DHONDT, die *loco* advocaat K. VERSTREPEN verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat M. MISSEGHERS, die *loco* advocaten C.DECORDIER & T. BRICOUT verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1. Verzoeker en zijn partner legden op 15 april 2014 te Antwerpen een verklaring van wettelijke samenwoning af.

1.2. Verzoeker diende op 29 juni 2020 via volmacht een aanvraag in van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie (bijlage 19*ter*) in functie van zijn partner, die Nederlands staatsburger is.

1.3. De gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie (hierna: de gemachtigde van de staatssecretaris) trof op 21 december 2020 een beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20). Verzoeker werd hiervan op 22 december 2020 in de penitentiaire inrichting te Beveren in kennis gesteld.

Dit vormt de bestreden beslissing, waarvan de motieven luiden als volgt:

“(…)

in uitvoering van artikel 52, §4, 5de lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, wordt de aanvraag van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, die op 29/06/2020 werd ingediend door:

Naam: E.(…)

Voornamen: A.(…) S.(…)

Nationaliteit: Suriname

Geboortedatum: (…)

Geboorteplaats: (…)

Identificatienummer in het Rijksregister: (…)

Verblijvende te: (…)

om de volgende reden geweigerd:

Betrokkene heeft een aanvraag tot verblijf als familielid van een burger van de Unie ingediend, in functie van zijn wettelijk geregistreerde partner de genaamde E.(…), D.(…) V.(…) M.(…) ((…)3) van Nederlandse nationaliteit.

Het verblijfsrecht dient geweigerd te worden aan betrokkene op basis van artikel 43, §1, 2° van de wet van 15.12.1980 dat stelt dat het verblijf en de binnenkomst, geweigerd kan worden om redenen van openbare orde of nationale veiligheid. Om redenen van openbare orde en door het persoonlijk gedrag van betrokkene is zijn verblijf ongewenst.

Overwegende dat betrokkene werd veroordeeld door de Correctionele rechtbank van ANTWERPEN (afdeling Antwerpen) dd 13/05/2015 tot een gevangenisstraf van 15 maanden en een bijkomende gevangenisstraf van 6 maanden (Antwerpen 19/03/2015 voor verdovende middelen meer bepaald voor cocaïne en cannabis : bezit zonder vergunning : handel : vervaardiging zonder vergunning een daad van deelneming zijnde aan de hoofd- of bijkomende bedrijvigheid van een vereniging, in de hoedanigheid van leidend persoon, feiten gepleegd tussen 26/02/2014 en 27/09/2014 en op 28/02/2015;

Overwegende dat betrokkene werd veroordeeld door de Correctionele rechtbank van ANTWERPEN (Afdeling Antwerpen dd 24/11/2016) voor verdovende middelen, meer bepaald cocaïne en cannabis: bezit: handel: vervaardigen zonder vergunning dit leidde tot een gevangenisstraf van 30 maanden (Geldboete van 2.000,00 EUR (x6= 12000.00EUR) (of een vervangende gevangenisstraf van 3 maanden), feiten gepleegd op 25/06/2016;

Dient uit het geheel van de bovenstaande feiten geconcludeerd te worden dat overeenkomstig artikel 43, §1,2° van de vreemdelingenwet van 15.12.1980 het verblijfsrecht van betrokkene dient geweigerd te worden. Op grond van het administratief dossier wordt geconcludeerd dat dit een noodzakelijke beslissing is ter bescherming van de openbare orde daar het gedrag van betrokkene een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt voor een fundamenteel belang van de samenleving.

Nergens uit het dossier blijkt dat betrokkene heden een nieuwe weg zou zijn ingeslagen en dus geen actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging meer zou vormen. Integendeel betrokkene is nog steeds opgesloten in de gevangenis sedert 26/06/2016 en er zijn bij zijn aanvraag gezinshereniging of in zijn administratief dossier geen elementen terug te vinden dat betrokkene dermate inspanningen levert die van belang zouden kunnen zijn bij zijn strafuitvoering. Zijn aanvraag gezinshereniging is ingediend via volmacht, wat er opwijst dat hij niet onder uitgangspersmissie, penitentiair verlof of elektronisch toezicht stond.

De feiten waarvoor betrokkene is veroordeeld zijn dan ook ernstig te noemen. Het verkopen van verdovende middelen, betekent overlast voor de samenleving vermits deze de volksgezondheid ernstig in gevaar brengen en drugsverslavingen op hun beurt andere misdrijven uitlokken, zoals diefstallen en geweldplegingen. De hele maatschappij wordt hierdoor benadeeld. Het is duidelijk dat betrokkene zich niet bekommerde over de nefaste gevolgen van drugs op de gezondheid van de afnemers. Meer nog uit het vonnis dd. 13/05/2015 blijkt dat betrokkene het misdraad gepleegd heeft ten aanzien van een minderjarige boven de volle leeftijd van 16 jaar. Op 24/11/2016 wordt betrokkene opnieuw veroordeeld voor de handel in cocaïne en bevindt hij zich dus in een staat van wettelijke herhaling. Hij trekt geen lering uit zijn vorige veroordeling en is dus hardleers. Een eerdere veroordeling heeft betrokkene er dus niet van weerhouden om nieuwe feiten te plegen. Het bestaan van een reëel risico op herhaling van strafbare feiten volstaat om in het kader van het verblijfscontentieux op kennelijk redelijke wijze een actuele bedreiging voor de openbare orde te hebben vastgesteld.

Gezien het voorgaande wordt het familiale en persoonlijke belang van betrokkene ondergeschikt geacht aan de vrijwaring van de openbare orde. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen stelt immers in het

arrest met, nummer 41987 dd. 22.04.2010 onder andere dat uit artikel 8, tweede lid van het EVRM blijkt dat een inmenging in het privé - en gezinsleven mogelijk is wanneer er een wettelijke basis is en een maatregel nodig is om bepaalde doelstellingen, zoals de bescherming van de openbare orde, te verzekeren. Doch werd er bij deze beslissing wel degelijk rekening gehouden met art. 8 EVRM.

Betrokkene heeft op 15/04/2014 de wettelijke samenwoning afgesloten met de genaamde E.(...) D.(...) V.(...) M.(...) van Nederlandse nationaliteit die sedert 05/03/2014 in België verblijft. Op 18/06/2014 staat hij bij haar ingeschreven in de (...) te Antwerpen en op 06/08/2014 erkent hij haar volgende kinderen, de genaamden E.(...) N.(...) I.(...), geboren op (...) en de tweeling E.(...) M.(...) en D.(...), geboren op (...). Mevrouw heeft ook nog 3 andere kinderen, geboren in 2003, 2005 en 2007. In hoeverre er daadwerkelijk sprake was/ is van een samenwoning valt te betwijfelen gezien in het vonnis dd. 13/05/2015 staat te lezen dat er op 23/11/2014 een huiszoeking heeft plaatsgevonden in de (...) te Antwerpen waaruit blijkt dat betrokkene er niet verbleef, hij was niet in het bezit van een huissleutel en er werden geen kledij en goederen van hem aangetroffen. Bovendien kan er moeilijk van een gezinscel sprake zijn gezien betrokkene van 27/09/2014 tot 24/11/2014; van 17/12/2014 tot 23/12/2014, van 28/02/2015 tot 20/09/2015 en van 26/06/2016 tot heden in de gevangenis heeft verbleven/verblijft. Uit een attest van gevangenschap van de FOD Justitie dd. 29/04/2020 blijkt dat betrokkene van 07/07/2016 tot 04/01/2017 onder elektronisch toezicht stond.

Een voldoende hechte band kan betrokkene dus niet hebben opgebouwd met zijn partner en de kinderen zodat er geen sprake is van een gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM waarbij betrokkene zijn verantwoordelijkheid opneemt ten aanzien van zijn kinderen en mee instaat voor hun opvoeding en hun verzorging. Er dient eerder te worden aangenomen dat de zorg voor de kinderen overwegend wordt gedragen door de moeder. Betrokkene verblijft heden in de gevangenis en verbleef in het verleden ook reeds in de gevangenis, concreet wil dit dus zeggen dat de dagelijkse zorg sinds lange tijd aan de moeder van de kinderen is toegedragen. Zij is nog steeds de primaire en continue zorgfiguur voor de kinderen. Het feit dat de kinderen en zijn partner hem zijn komen opzoeken in de gevangenis en het feit dat betrokkene voor een tijdje onder elektronisch toezicht stond doen geen afbreuk aan deze vaststelling. Het feit dat elektronisch toezicht werd toegekend, wil geenszins zeggen dat betrokkene geen gevaar meer zou vormen voor de openbare orde. Het is immers in zijn eigen belang dat hij zich gedraagt tijdens zijn elektronisch toezicht, daar enige misstap aanleiding zou kunnen geven aan het niet meer verlenen van het elektronisch toezicht. Elektronisch toezicht is ook aan strikte voorwaarden onderworpen waardoor het moeilijk is om tijdens deze periode te recidiveren. Het feit dat betrokkene slechts een tijdje onder elektronisch toezicht heeft gestaan, doet het vermoeden rijzen dat hij zich mogelijks niet heeft gehouden aan de voorwaarden. Het brengen van bezoek van de partner en de kinderen aan betrokkene in de gevangenis zijn vanaf 05/01/2017 dan opnieuw de enige mogelijkheid om nog contact te onderhouden. Net om deze redenen is deze beslissing evenredig geacht en niet in strijd met de belangen van de kinderen. Hoewel het belang van het kind een primordiaal karakter heeft, heeft het daarom nog geen absoluut karakter. Bij de afweging van de verschillende op het spel staande belangen, neemt het belang van het kind een bijzondere plaats in. Die bijzondere plaats maakt het evenwel niet onmogelijk om eveneens rekening te houden met andere belangen (EHRM, 3 oktober 2014, nr. 12738/10, Jeunesse t. Nederland, par. 101; GwH 7 maart 2013, nr. 30/2013). Het gevaar dat betrokkene vormt voor de openbare orde is superieur aan de gezinsbelangen die betrokkene kan doen gelden.

Indien toch zou blijken dat betrokkene alsnog zal worden verwijderd, heeft de uitwijzing van een ouder die niet samenwoont met zijn kind niet dezelfde ontwrichtende impact op het leven van het kind als de uitwijzing van een ouder die wel als een gezin samenwoont met zijn kinderen, zeker indien contact via telefoon en internet mogelijk blijft vanuit het land waarnaar de ouder zal worden uitgewezen en er voor de kinderen geen beletsel bestaat om deze ouder te gaan opzoeken in diens land van herkomst (EHRM 18 oktober 2006, Ünur/Nederland; EHRM 8 januari 2009, Grant/het Verenigd Koninkrijk; EHRM 17 februari 2009, Onur/Het Verenigd Koninkrijk). Hoe dan ook, betrokkene's partner en kinderen worden geenszins verplicht België te verlaten, het staat het gezin immers vrij zich elders als gezin te vestigen alwaar zij legaal kunnen binnenkomen en verblijven of hun gezinsleven zo in te richten dat moeder en kinderen in België verblijven en betrokkene een andere verblijfplaats kiest. Dit hoeft niet noodzakelijk afbreuk te doen aan hun gezinsleven. Door middel van intensieve contacten met de kinderen, eventueel via moderne communicatiemiddelen en occasionele bezoeken van de kinderen en de partner aan betrokkene kan betrokkene ook zijn vaderschap opnemen. Er dient daarbij opgemerkt te worden dat dergelijke contacten niet veel verschillen van de huidige situatie. Betrokkene verblijft heden immers in gevangenis en is dus evenmin samenwonend met zijn kinderen en partner.

Overeenkomstig art.43, §2 van de wet van 15.12.1980 dient bij het overwegen van deze beslissing, rekening gehouden te worden met de duur van het verblijf van betrokkene, zijn leeftijd, gezondheidstoestand, gezins- en economische situatie, sociale en culturele integratie in het Rijk en de mate waarin betrokkene bindingen heeft met zijn land van oorsprong.

Wat betreft de duur van zijn verblijf in België, kan niet worden gesteld dat betrokkene een lange periode van verblijf in België heeft gekend waardoor hij zijn banden met zijn land van herkomst zou verloren hebben. Betrokkene heeft een eerste aanvraag gezinshereniging ingediend op 23/07/2014 in functie van zijn partner. In deze periode kwam hij al in aanraking met het gerecht. Tijdens de opsluiting in de gevangenis kunnen er geen banden met België worden opgebouwd of is er geen sprake van integratie. Wat betrokkenes economische situatie betreft, zijn er hierover geen gegevens gekend in zijn dossier. Er kan dus niet worden gesproken van een economische binding met België. Voor zover betrokkene een reële kans zou maken op de Belgische arbeidsmarkt zou toch mogen verwacht worden dat hij intussen zou kunnen buigen op een duidelijk werkverleden. Het bezit van een strafblad zal zijn inschakeling op de arbeidsmarkt niet ten goede komen. De eventuele opleidingen die hij zou hebben gevolgd en de eventuele werkzaamheden in de gevangenis, zullen hem wellicht ook elders van pas kunnen komen.

Wat betreft de sociale- en culerele integratie kan worden gesteld dal deze hier niet aan de orde is gezien het niet respecteren van de strafrechtelijke bepalingen in België expliciet getuigt van het niet geïntegreerd zijn in de Belgische samenleving en dit eigenlijk ook niet na te streven. Betrokkene is momenteel opgesloten in de gevangenis, waardoor er geen verdere banden met België kan worden opgebouwd.

Wat betreft betrokkenes leeftijd is het redelijk te stellen dat hij nog jong genoeg is om zich aan te passen aan nieuwe levensomstandigheden en een nieuwe omgeving. Hij is meerderjarig, maar niet van hoge leeftijd waardoor zijn leeftijd op zich niet voldoende reden vormt om de beslissing lot weigering niet te kunnen nemen.

Wat betreft de medische toestand blijkt niet uit het administratief dossier dat er medische beletsels zouden zijn waarmee rekening moet worden gehouden.

Het verblijf van betrokkene wordt overeenkomstig artikel 43 §1, 2° van de wet van 15/12/80 geweigerd om redenen van openbare orde. Door het persoonlijk gedrag van betrokkene is zijn verblijf ongewenst. DIT DOCUMENT IS GEENSZINS EEN IDENTITEITSEBEWIJS NOCH EEN NATIONALITEITSEBEWIJS. (...)"

2. Onderzoek van het beroep

2.1. In een eerste en enig middel voert verzoeker de schending aan van artikel 8 van het Europees Verdrag tot Bescherming voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955 (hierna: het EVRM), van de artikelen 3, 9 en 12 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (hierna: het IVRK), van de artikelen 7 en 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest), van artikel 20 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van de artikelen 40bis en 62 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 en van het redelijkheid- en het zorgvuldigheidsbeginsel. Verzoeker stelt in zijn enig middel het volgende:

"Art. 40bis.¶ § 1. Onverminderd de meer voordelige bepalingen vervat in wetten of Europese verordeningen waarop de familieleden van de burger van de Unie zouden kunnen aanspraak maken, zijn de hiernavolgende bepalingen op hen van toepassing. § 2. Als familielid van de burger van de Unie worden beschouwd :

(...)

2° de partner, die hem begeleidt of zich bij hem voegt, met wie de burger van de Unie overeenkomstig een wet een geregistreerd partnerschap heeft gesloten.

" Verwerende partij weigerde de aanvraag op grond van artikel 43 §1 2° Vreemdelingenwet, om redenen van openbare orde. Artikel 43 Vreemdelingenwet bepaalt het volgende:

"Art. 43. 1 § 1. De minister of zijn gemachtigde kan de binnenkomst en het verblijf van de burgers van de Unie en hun familieleden weigeren [...] :

1 ° wanneer zij valse of misleidende informatie of valse of vervalste documenten hebben gebruikt, of fraude hebben gepleegd of andere onwettige middelen hebben gebruikt, die hebben bijgedragen tot het verkrijgen van het verblijf;

2° om redenen van openbare orde, nationale veiligheid of volksgezondheid.

§ 2. Wanneer de minister of zijn gemachtigde overweegt een beslissing zoals bedoeld in paragraaf 1 te nemen, houdt hij rekening met de duur van het verblijf van de burger van de Unie of zijn familielid op het grondgebied van het Rijk; zijn leeftijd, gezondheidstoestand, gezins- en economische situatie, sociale en culturele integratie in het Rijk en de mate waarin hij bindingen heeft met zijn land van oorsprong. "

Deze redenen van openbare orde, nationale veiligheid en volksgezondheid worden geëxpliciteerd in artikel 45 §1-§3 van de Vreemdelingenwet. Zo stelt artikel 45 §1 dat zulke redenen niet mogen worden aangevoerd voor economische doeleinden.

Daarnaast moet ingevolge artikel 45 §2 eerste lid Vreemdelingenwet, de beslissing in overeenstemming zijn het evenredigheidsbeginsel en mag die louter en alleen gebaseerd zijn op het persoonlijk gedrag van de Unieburger of diens familielid. In het tweede lid bepaalt dat wetsartikel dat strafrechtelijke veroordelingen an sich geen reden voor dergelijke beslissing kunnen uitmaken.

Volgens het derde lid van artikel 45 §2 Vreemdelingenwet: "Het gedrag van de burger van de Unie of van zijn familielid moet een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving zijn. Motiveringen die los staan van het individuele geval of met algemene preventieve redenen verband houden, mogen niet worden aangevoerd. "

1.

Verzoekers verblijfsaanvraag werd geweigerd op grond van artikel 43 §1,2° Vreemdelingenwet, omwille van redenen van openbare orde.

Verwerende partij is van mening dat verzoeker een "actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging" vormt. Dit vanwege een veroordeling van de Correctionele rechtbank van ANTWERPEN (afd. Antwerpen) dd 13/05/2015 tot een gevangenisstraf van 15 maanden en een bijkomende gevangenisstraf van 19/03/2015, voor verdovende middelen, voor feiten gepleegd tussen 26/02/2014 en 27/09/2014 en op 28/02/2015.

En vanwege een veroordeling van de Correctionele rechtbank van ANTWERPEN (afd. Antwerpen) dd 24/11/2016, van 30 maanden gevangenisstraf en een geldboete van 2000,00 EUR, voor verdovende middelen, voor feiten gepleegd op 25/06/2016.

Hoe langer geleden dat het gedrag van verzoeker zich heeft voorgedaan, hoe minder het ingeroepen kan worden als weigeringsgrond gezien het gevaar actueel dient te zijn (zie L. DENYS, Vreemdelingenrecht: handboek voor de advocaat-stagiair 2019-2020, Wolters Kluwer, 2019, p.520). Zo besliste de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in arrest 214 038 van 14 december 2018 dat een strafrechtelijke veroordeling van 4 jaar geleden niet meer als actueel gekenmerkt kon worden.

In casu dateren de feiten van 2014-2016. Dat wil zeggen dat de jongste feiten 4 jaar oud zijn, de oudste 6 jaar oud. Volgens verzoeker kan dan ook bezwaarlijk van een actueel gevaar voor de openbare orde gesproken worden.

Verwerende partij stelt onomwonden dat gezien verzoeker nog opgesloten zit in de gevangenis en "nergens uit het dossier blijkt dat betrokkene heden een nieuwe weg zou zijn ingeslagen (...) integendeel, betrokkene is nog steeds opgesloten". Betrokkene nadert het einde van zijn straf. Op 1 juni 2021 komt verzoeker vrij. Met het oog hierop wilde verzoeker zijn verblijfsrecht dan ook in regel stellen. Dat feit kan hem moeilijk kwalijk genomen worden.

Daarnaast houdt verwerende partij het verzoeker tegen dat zijn aanvraag per volmacht werd ingediend, "wat er op wijst dat hij niet onder uitgangspemissie, penitentiair verlof of elektronisch toezicht stond."

Sinds de wet van 5 februari 2016 tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie (BS 19 februari 2016), beter bekend als Potpouri II, mogen uitgaansvergunningen, penitentiaire verloven of onderbrekingen van de strafuitvoering niet meer worden toegekend wanneer op grond van een advies van de Dienst Vreemdelingenzaken blijkt dat de veroordeelde niet toegelaten of gemachtigd is tot een verblijf in ons land.

Het gaat dus om een cirkelredenering. Verwerende partij houdt het verzoeker tegen dat hij de aanvraag per volmacht indiende om zijn verblijf te regulariseren, terwijl hij als persoon zonder verblijfsrecht in België niet in aanmerking komt voor uitgaansvergunningen en penitentiaire verloven. Daarom vroeg verzoeker die in het verleden nooit aan.

Al geldt op deze bepaling wel een uitzondering. Zo blijft een uitgaansvergunning mogelijk om de 'sociale, morele, juridische, familiale, opleidings- of professionele belangen te behartigen die de aanwezigheid van de veroordeelde buiten de gevangenis vereisen' en om 'een medisch onderzoek of een medische behandeling buiten de gevangenis te ondergaan'. Verzoeker heeft dan ook één verzoek tot uitgaansvergunning ingediend, om naar de gemeente te kunnen gaan, maar die aanvraag werd geweigerd.

Het feit dat de aanvraag per volmacht werd ingediend kan dan ook bezwaarlijk tegengehouden worden aan verzoeker.

Eerdere strafrechtelijke veroordelingen an sich zijn geen voldoende reden om een verblijf te weigeren. Het is aan de Dienst Vreemdelingenzaken om aan zorgvuldige feitenvinding te doen en indien deze de strafrechtelijke veroordelingen verkeerd heeft ingeschat, wordt de materiële motiveringsplicht geschonden (zie L. DENYS, Vreemdelingenrecht: handboek voor de advocaat-stagiair 2019-2020, Wolters Kluwer, 2019, p.523).

Het evenredigheidsbeginsel wordt geschonden wanneer er "geen billijke afweging gemaakt werd tussen de betrokken rechtmatige belangen, o.m. in het licht van de grondrechten waaronder in het bijzonder het

recht op privé-en gezinsleven, zoals vervat in artikel 8 EVRM." (zie L. DENYS, *Vreemdelingenrecht: handboek voor de advocaat-stagiair 2019- 2020*, Wolters Kluwer, 2019, p.525).

Het begrip openbare orde werd door het HvJ gedefinieerd in het Bouchereau arrest- :

"het beroep van een nationale instantie op het begrip openbare orde (veronderstelt) in elk geval, afgezien van de storing van de sociale orde die bij elke wetsovertreding plaatsvindt, het bestaan van een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast."

Elke inbreuk op de wet impliceert een verstoring van de maatschappelijke orde. Dit betekent echter niet dat elke wetsovertreding ook een beroep op de openbare orde rechtvaardigt. Dit is enkel het geval wanneer de verstoring van de maatschappelijke orde ook een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt voor een fundamenteel belang van de samenleving.

Het gepleegd hebben van strafrechtelijke feiten an sich is evenmin voldoende om tot een uitwijzingsbeslissing te komen, zelfs al gaat het om ernstige criminele feiten. Er moet immers een daadwerkelijke en vastgestelde kans bestaan dat de individu opnieuw strafrechtelijke daden zou begaan - een louter hypothetische kans volstaat niet.

Er moet een risico tot recidive zijn vooraleer het risico voor de openbare orde actueel kan worden beschouwd.

Het komt aan verwerende partij toe om aannemelijk te maken dat er in hoofde van verzoeker sprake is van een 'werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast'.

Ook Uw Raad bevestigde in arrest nr. 172.632 van 28 juli 2016, met verwijzing naar HvJ 11 juni 2015, C-554/13, Z. Zh. En O. t. Staatsecretaris voor Veiligheid en Justitie dat de dienst Vreemdelingenzaken - wat de ernstige bedreiging voor de openbare orde of openbare veiligheid betreft - niet louter kan verwijzen naar veroordelingen of processenverbaal, maar de aard en de ernst van de feiten en de tijd verstreken sinds het plegen van de feiten in rekening dient te brengen.

De feiten die aanleiding gaven tot de eerdere veroordelingen zijn ernstig. Desondanks werd aan verzoeker nooit een gevangenisstraf van meer dan 3 jaar opgelegd en dateren de laatste feiten van eind 2015, begin 2016. Verzoekers langdurig verblijf in de gevangenis deed hem inzien dat hij zijn gedrag op ingrijpende wijze moest aanpassen en zijn zonden achter zich moet laten. Deze omstandigheden dienden deel uit te maken te maken van de beoordeling van verwerende partij, quod non.

Verder stelt verwerende partij in de bestreden beslissing onomwonden dat tijdens een opsluiting in de gevangenis "geen banden met België worden opgebouwd of is er geen sprake van integratie." Verzoeker is het hiermee niet eens.

Verzoeker heeft wel degelijk schuldbesef en inzicht, en heeft wel degelijk een nieuwe weg ingeslagen in de gevangenis. Zo nam hij in 2019 deel aan een opleiding 'veiligheid' in de gevangenis (stuk 8).

Daarnaast zijn de notities van het gevangenispersoneel in de observatiefiche van verzoeker duidelijk over zijn goede gedrag in de gevangenis. Zo wordt verschillende malen vermeld dat verzoeker uiterst werkbereid is, en steeds vraagt om te mogen beginnen werken, altijd vriendelijk naar het personeel toe, rustig en ordelijk (stuk 7).

De gevoegde bezoekerslijst is duidelijk omtrent de regelmatige bezoeken die verzoeker van diens familie krijgt (stuk 6).

2.

Verzoeker heeft een gezins- en privéleven in België zoals beschermd onder artikel 8 EVRM. Het betreft zijn gezinsleven met zijn wettelijk partner, die tevens de moeder van zijn drie kinderen is. Drie meisjes, een van 11 en twee van 9 jaar oud.

Daarnaast heeft verzoeker ook een sterke band met de andere drie kinderen van zijn wettelijk partner, wiens vader geen rol in hun leven speelt.

Er wordt in de bestreden beslissing ook nergens betwist dat verzoeker een gezinsleven heeft in België zoals beschermd onder artikel 8 EVRM.

Nu vaststaat dat er wel degelijk sprake is van een gezins- en privéleven, en verwerende partij hiervan op de hoogte was, moet er gekeken worden of er sprake is van een inmenging in dit gezinsleven.

Elke lidstaat heeft het recht het verblijf en binnenkomst van vreemdelingen te controleren onder het EVRM. Het EVRM garandeert geen recht op verblijf of binnenkomst op zich, en in *Uner v. Nederland* stelt de Grote Kamer van het Hof daarbij in §54:

"(...) and, in pursuance of their task of maintaining public order; Contracting States have the power to expel an alien convicted of criminal offences. However; their decisions in this field must; in so far as they may interfere with a right protected under paragraph 1 of Article 8, be in accordance with the law and necessary in a democratic society, that is to say justified by a pressing social need and, in particular, proportionate to the legitimate aim pursued (see *Dalia v. France*, judgment of 19 February 1998, Reports 1998-1, p. 91, § 52; *Mehemi v. France*, judgment of 26 September 1997, Reports 1997-VI, p. 1971, § 34; *Boultif v. Switzerland*, cited above, § 46; and *Slivenko v. Latvia* [GC], no. 48321/99, ECHR 2003-X, § 113)"

Een lidstaat kan dus in geval van misdrijven een veroordeelde vreemdeling het land uitzetten, mits deze beslissing in overeenstemming is met wat voorzien is door de wet, noodzakelijk is in een democratische samenleving, en proportioneel ten opzichte van een legitiem doel, dus in zoverre het tweede lid van artikel 8 EVRM gerespecteerd werd.

In *Üner t. Nederland* zet de Grote Kamer nog eens de lijnen uit met betrekking tot artikel 8 EVRM in het geval er een misdrijf gepleegd werd. Er wordt aangegeven dat zelfs als de bepaling geen absoluut recht op niet-verwijdering inhoudt, de rechtspraak van het Hof wel erg duidelijk maakt dat er omstandigheden zijn waarbij een verwijdering aanleiding geeft tot een schending van het recht op een privéleven.

"Even if Article 8 of the Convention does not therefore contain an absolute right for any category of alien not to be expelled, the Court's case-law amply demonstrates that there are circumstances where the expulsion of an alien will give rise to a violation of that provision (see, for example, the judgments in *Moustaquim v. Belgium*, *Beldjoudi v. France* and *Boultif v. Switzerland*, cited above; see also *Amrollahi v. Denmark*, no. 56811/00, 11 July 2002; *Yilmaz v. Germany*, no. 52853/99, 17 April 2003; and *Keles v. Germany*, 32231/02, 27 October 2005)." (EHRM, GK, *Üner t. Nederland*, 5 juli 2005, §57)

Het Hof geeft in *Üner t. Nederland* aan wat de criteria zijn die gebruikt moeten worden om in te schatten of een inmenging in het privéleven noodzakelijk is in een democratische samenleving en proportioneel is t.o.v. een legitiem doel:

"In the case of *Boultif* the Court elaborated the relevant criteria which it would use in order to assess whether an expulsion measure was necessary in a democratic society and proportionate to the legitimate aim pursued. These criteria, as reproduced in paragraph 40 of the Chamber judgment in the present case, are the following:

- the nature and seriousness of the offence committed by the applicant;
- the length of the applicant's stay in the country from which he or she is to be expelled;
- the time elapsed since the offence was committed and the applicant's conduct during that period;
- the nationalities of the various persons concerned;
- the applicant's family situation, such as the length of the marriage, and other factors expressing the effectiveness of a couple's family life;
- whether the spouse knew about the offence at the time when he or she entered into a family relationship;
- whether there are children of the marriage, and if so, their age; and the seriousness of the difficulties which the spouse is likely to encounter in the country to which the applicant is to be expelled.

58. The Court would wish to make explicit two criteria which may already be implicit in those identified in the *Boultif* judgment: - the best interests and well-being of the children, in particular the seriousness of the difficulties which any children of the applicant are likely to encounter in the country to which the applicant is to be expelled; and - the solidity of social, cultural and family ties with the host country and with the country of destination. As to the first point, the Court notes that this is already reflected in its existing case law (see, for example, *Şen v. the Netherlands*, no. 31465/96, § 40, 21 December 2001, *Tuquabo-Tekle and Others v. the Netherlands*, no. 60665/00, § 47, 1 December 2005) and is in line with the Committee of Ministers' Recommendation Rec(2002)4 on the legal status of persons admitted for family reunification (see paragraph 38 above). As to the second point, it is to be noted that, although the applicant in the case of *Boultif* was already an adult when he entered Switzerland, the Court has held the "*Boultif* criteria" to apply all the more so (*à plus forte raison*) to cases concerning applicants who were born in the host country or who moved there at an early age (see *Mokra ni v. France*, no. 52206/99, § 31, 15 July 2003). Indeed, the rationale behind making the duration of a person's stay in the host country one of the elements to be taken into account lies in the assumption that the longer a person has been residing in a particular country the stronger his or her ties with that country and the weaker the ties with the country of his or her nationality will be. Seen against that background, it is self-evident that the Court will have regard to the special situation of aliens who have spent most, if not all, their childhood in the host country, were brought up there and received their education there." (EHRM, GK, *Üner t. Nederland*, 5 juli 2005, §§57-58)

Uw Raad bevestigde deze criteria in een arrest nr. 197 311 van 22 december 2017 en stelde als volgt:

"3.12. In deze belangenafweging moeten vanzelfsprekend alle van betekenis zijnde feiten en omstandigheden kenbaar worden betrokken. Waar overwegingen van openbare orde of nationale veiligheid een rol spelen, *quod in casu*, heeft het EHRM een aantal welbepaalde criteria geformuleerd die nationale overheden in het maken van een billijke belangenafweging moeten leiden, namelijk de zogenaamde *Boultif/Üner* criteria (EHRM 2 juni 2015, nr. 6009/10, *K.M./Zwitserland*, § 51).

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 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 (bv. toen hij/zij met de vreemdeling in het huwelijk trad of een relatie aanging);

(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 waarheen ze worden uitgewezen; met name zijn er belemmeringen die terugkeer naar het land van herkomst bemoeilijken.

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

(9) het belang en 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.

Het gewicht dat aan elk van de respectievelijke criteria moet gehecht worden varieert naargelang de specifieke omstandigheden van de voorliggende zaak (EHRM 23 juni 2008, Maslov/Oostenrijk (GK), § 70)."

In het geval van vreemdelingen die veroordeeld werden voor een misdrijf dient bijgevolg te worden nagegaan of de uitwijzing noodzakelijk is in een democratische samenleving en proportioneel is met het doel van de maatregel, in het bijzonder rekening houdende met de Boultif-criteria, quod non.

In casu moet er dus rekening gehouden worden met het belang en welzijn van verzoekers kinderen en de hechtheid van de sociale, culturele en familiebanden van verzoeker in België. Daarbij heeft verzoeker bijna zijn gehele gevangenisstraf uitgezeten. Deze neemt een einde op 1 juni 2021 (zie administratief dossier).

Zoals uw Raad in hetzelfde arrest oordeelde volstaat het louter verwijzen naar het bestaan van strafbare feiten niet om beperkende verblijfsmaatregelen op te leggen:

"3.7. [...] Maatregelen die worden genomen ter bescherming van de openbare orde, zoals een beëindiging van verblijf, mogen uitsluitend gebaseerd zijn op het persoonlijk gedrag van de betrokken vreemdeling waaruit een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving blijkt, zoals artikel 45, § 2 van de Vreemdelingenwet stipuleert (zie in deze zin HvJ 13 september 2016, C-165/14, Rendon Marin, pt. 59-61). Dit impliceert een individueel onderzoek van het voorliggende geval."

Gescheiden leven van zijn minderjarige kinderen en hen niet kunnen zien opgroeien door zijn verblijf in de gevangenis weegt erg zwaar op verzoeker waardoor hij zijn uiterste best wil doen om nooit meer in dezelfde positie te belanden.

Al deze elementen dienden in rekening te worden gebracht door verwerende partij, quod non.

Verzoekers hierboven geschetste familie-, gezins- en privéleven weegt dan ook veel zwaarder door dan het belang voor de Staat hem een verblijfstitel te weigeren en hem verwijderd te zien. Er kan niet worden ingezien waarom de maatregel noodzakelijk is in een democratische samenleving noch proportioneel is.

Net zoals de overige bepalingen van het EVRM, heeft artikel 8 van het EVRM te maken met waarborgen en niet met de loutere goede wil of met praktische regelingen (EHRM 5 februari 2002, Conka t. België, § 83). Dit artikel primeert ook op de bepalingen van de Vreemdelingenwet (RvS 22 december 2010, nr. 210.029). Het is 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.

In arrest nr. 127.171 van 17 juli 2014 lichtte Uw Raad het onderzoek en de proportionaliteitstoets onder artikel 8 EVRM als volgt toe:

"Verdragsluitende Staten [zijn] er wel toe gehouden om, binnen de beleidsmarge waarover zij beschikken, een billijke afweging (of zoals verzoeker stelt: een proportionaliteitstoets) te maken tussen de concurrerende belangen van het individu en het algemeen belang (zie EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, Nunez v. Noorwegen, par. 68-69). In zaken die zowel op een gezinsleven als op immigratie betrekking hebben, zal de omvang van de negatieve dan wel positieve verplichtingen van een Verdragsluitende Staat in het kader van artikel 8 van het EVRM afhankelijk zijn van de individuele omstandigheden van de betrokken persoon en het algemeen belang (EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, Paposhvili v. België, par. 140).

De beleidsmarge van verdragsluitende staten wordt overschreden wanneer zij geen billijke afweging maken tussen het algemeen belang, enerzijds, en het belang van het individu, anderzijds. Of het nu een negatieve verplichting of een positieve verplichting betreft, in beide gevallen dienen de genomen maatregelen gerechtvaardigd en proportioneel te zijn. Dit vereist een correcte belangenafweging waarbij rekening wordt gehouden met de concrete omstandigheden die de individuele zaak kenmerken. Zo stelt

de rechtspraak van het EHRM dat er onder meer rekening moet worden gehouden met de aard en ernst van de gepleegde strafbare feiten, de tijdsduur van het verblijf in het gastland, de tijdsduur die is verstreken sinds het strafbare feit is gepleegd en het gedrag van verzoeker sindsdien, de gezinssituatie van verzoeker, de omvang van de band met het land van herkomst, het bestaan van onoverkomelijke hinderpalen die verhinderen dat het gezinsleven elders normaal kan worden uitgebouwd, de vraag of het gezinsleven werd ontwikkeld tijdens een periode dat de betrokken personen wisten dat gezien de verblijfsstatus van één van hen, het onmiddellijk duidelijk was dat het voorzetten van het gezinsleven op het grondgebied van de Verdragsluitende staat een precair karakter zou kennen. Indien zulke situatie zich voordoet dan zal enkel in uitzonderlijke omstandigheden een schending van artikel 8 van het EVRM worden vastgesteld (EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, Paposhvili v. België, par. 142; EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, Nunez v. Noorwegen, par. 70).(...)

De algemene stelling, die de verwerende partij aanhangt, dat een rechtmatige toepassing van de vreemdelingenwet geen schending van artikel 8 van het EVRM kan uitmaken, volstaat niet en kan niet worden bijgetreden (RvS 26 mei 2009, nr. 193.522). De toepassing van de vreemdelingenwet moet aan de voorwaarden van artikel 8 van het EVRM worden getoetst. Er rust bijgevolg een onderzoeksplicht bij de Verdragsluitende Staten: bij het nemen van een verblijfs- en/of verwijderingsbeslissing dienen steeds nauwgezet de individuele en concrete omstandigheden van een bepaald geval te worden onderzocht in het kader van een billijke belangenafweging conform artikel 8 van het EVRM (EHRM 11 februari 2010, nr. 31465/08, Raza v. Bulgarije, par. 54)."

Deze proportionaliteitstoets had conform de zogenaamde Boultif-criteria ook als element moeten in rekening brengen dat verzoeker reeds zeven jaar in België verblijft waardoor hij een enorm sterk netwerk heeft uitgebouwd, én over een feitelijk gezinsleven beschikt met zowel zijn huidige wettelijk partner van bijna 10 jaar (zij woonden namelijk eerder al drie jaar samen) als met zijn eigen drie kinderen als met de drie kinderen van zijn wettelijk partner met wie hij een bijzondere band heeft opgebouwd en voor wie het quasi onmogelijk zou zijn contact te onderhouden bij een verwijdering.

Zoals supra uiteengezet mag daarbij niet uit het oog worden verloren dat verzoekers kinderen niet de nationaliteit bezitten van verzoekers thuisland, zijnde Suriname. Zij zijn namelijk Unieburgers. en bezitten allen de Nederlandse nationaliteit. Naast alle andere praktische en financiële aspecten vormt dit een ernstige belemmering van hun mogelijkheden om verzoeker te gaan bezoeken in Suriname. De bestreden beslissing houdt daarenboven geen enkele rekening met het hoger belang van de kinderen.

De bestreden beslissing vermeldt niets met betrekking tot de leeftijd van zijn dochtertjes en de kwetsbare positie waarin zij zich bevinden. Nochtans wordt er aan deze gezinsband niet getwijfeld in de bestreden beslissing.

Het belang van ieder kind dat door de bestreden beslissing geraakt wordt dient een essentiële overweging te vormen bij het nemen van een verwijderingsmaatregel. In casu gaat het over verzoekers drie minderjarige dochters, die zullen moeten opgroeien zonder hun vader en de manier waarop zij geraakt zullen worden door de beslissing. Hiermee werd onvoldoende rekening gehouden door verwerende partij. Er wordt gesteld dat verzoeker zijn vaderschap zou kunnen opnemen en contact houden met zijn kinderen via digitale communicatie. Echter, gezien de leeftijd van de kinderen kan een skype of telefoongesprek niet de aanwezigheid van een ouder vervangen. Met name niet van een ouder die zij al lange tijd hebben moeten missen.

Dienaangaande kan nuttig verwezen worden naar een recent arrest van het EHRM, Unuane t. Verenigd Koninkrijk, waarin het Hof heeft bevestigd dat bij de verwijdering van een vreemdeling met een gezin in een Verdragsstaat er toepassing moet gemaakt worden van de Boultifcriteria of Unercriteria, zonder enkel terug te vallen op openbare orde problematiek die meespeelt. Zelfs ernstige criminele feiten zijn slechts een element in de afweging die moet gebeuren en geven op zich de doorslag niet (EHRM, Unuane t. Verenigd Koninkrijk, 24 november 2020, nr 80343/17, §87). Bij een dergelijke beoordeling kan er niet voorbijgegaan worden aan het feit dat een rechter in de Verdragsstaat reeds heeft vastgesteld dat het voor de kinderen omwille van hun verregaande integratie in de verdragsstaat voor hun hoger belang aangewezen is dat zowel zij als hun derdelands ouder in de Verdragsstaat kan blijven (EHRM, Unuane t. VK, §88-89).

Net zoals in het arrest Unuane van het EHRM, is ook hier sprake van verregaande integratie van de kinderen. Zij gaan hier sinds 2014 naar school en leven hier. Gezien hun jong leeftijd (zijnde 11 en 9), speelt hun volledige bewuste leven zich af in België. Het is dan ook in hun hoger belang dat ook hun vader in België mag verblijven, om hun situatie stabiel te houden.

3.

Gezien de minderjarige kinderen van verzoeker de Nederlandse nationaliteit bezitten, en dus Unieburgers zijn, is het interessant om te kijken naar de rechtspraak om te bepalen of een derdelander, zoals verzoeker, een afgeleid verblijfsrecht zou moeten kunnen krijgen op grond van het Unieburgerschap. Er zijn daarbij verschillende factoren die een rol spelen.

Ten eerste moest verwerende partij effectief rekening houden met het gegeven dat het weigeren van een verblijfsrecht van verzoeker, eveneens de effectieve rechten van zijn kinderen als Unieburger in het gedrang brengt, gezien deze kinderen gedwongen zouden kunnen worden het territorium van de Unie te verlaten.

Het Hof van Justitie oordeelde hieromtrent in haar arrest van 8 maart 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09), het volgende:

"42 In die omstandigheden verzet artikel 20 VWEU zich tegen nationale maatregelen die tot gevolg hebben dat burgers van de Unie het effectieve genot wordt ontzegd van de belangrijkste aan hun status van burger van de Unie ontleende rechten (zie in die zin arrest Rottmann, punt 42).

43 Een dergelijke situatie ontstaat wanneer een staatsburger van een derde staat het recht wordt ontzegd te verblijven in de lidstaat waar zijn kinderen van jonge leeftijd, staatsburgers van die lidstaat en te zijnen laste, verblijven, en wordt geweigerd hem een arbeidsvergunning af te geven.

44 Er is namelijk van uit te gaan dat een dergelijke weigering ertoe zal leiden dat deze kinderen, burgers van de Unie, zullen worden verplicht het grondgebied van de Unie te verlaten om hun ouders te volgen. Tevens loopt de betrokken persoon, indien hem geen arbeidsvergunning wordt afgegeven, het risico niet over voldoende bestaansmiddelen te beschikken om te voorzien in zijn eigen onderhoud en in dat van zijn gezin, wat er eveneens toe zou leiden dat zijn kinderen, burgers van de Unie, zouden worden verplicht het grondgebied van de Unie te verlaten. In die omstandigheden zullen bedoelde burgers van de Unie in de feitelijke onmogelijkheid verkeren de belangrijkste aan hun status van burger van de Unie ontleende rechten uit te oefenen.

45 Op de voorgelegde vragen dient dus te worden geantwoord dat artikel 20 VWEU aldus moet worden uitgelegd, dat het zich ertegen verzet dat een lidstaat aan een staatsburger van een derde staat, die zijn kinderen van jonge leeftijd, burgers van de Unie, ten laste heeft, het recht van verblijf ontzegt in de lidstaat waar deze kinderen verblijven en waarvan zij de nationaliteit bezitten, en hem bovendien een arbeidsvergunning weigert, aangezien zulke beslissingen de betrokken kinderen het effectieve genot van de belangrijkste aan de status van burger van de Unie ontleende rechten ontzeggen."

In het arrest van het Hof van Justitie van 10 mei 2017, Chavez-Vilchez e.a. (C-133/15) heeft het Hof geoordeeld:

"65 Indien in de onderhavige zaken - het is aan de verwijzende rechterlijke instantie om dat na te gaan - bij weigering om een verblijfsvergunning te verlenen aan de onderdanen van derde landen in de hoofdingen, de belanghebbenden het grondgebied van de Unie zouden moeten verlaten, zou dat kunnen leiden tot een beperking van de rechten die hun kinderen aan de status van burger van de Unie ontnemen, inzonderheid van het verblijfsrecht, daar die kinderen genoopt zouden kunnen zijn hun moeder te vergezellen en dus het grondgebied van de Unie in zijn geheel te verlaten. Door de eventuele verplichting voor de moeders om het grondgebied van de Unie te verlaten, zou hun kinderen het effectieve genot van de essentie van de rechten die zij evenwel aan hun status van Unieburger ontnemen, worden ontzegd (zie in die zin arrest van 13 september 2016, Rendón Marin, C-165/14, EU:C:2016:675, punt 78 en aldaar aangehaalde rechtspraak)."

Bij de beoordeling van het risico (!) dat de minderjarige Unieburger genoopt zal zijn het grondgebied van de Unie te verlaten dient te worden bepaald welke ouder de daadwerkelijke zorg heeft over het kind en of er een daadwerkelijke afhankelijkheidsverhouding bestaat tussen het kind en de ouder die onderdaan is van een derde land. Die beoordeling dient te gebeuren rekening houdende met artikel 7 van het Handvest en artikel 24 van het Handvest:

"70 In het onderhavige geval moet, voor de beoordeling van het risico dat het betrokken kind, burger van de Unie, genoopt zal zijn het grondgebied van de Unie te verlaten en hem dus het effectieve genot van de essentie van de rechten die artikel 20 VWEU hem verleent, zal worden ontzegd indien aan zijn ouder, onderdaan van een derde land, een verblijfsrecht in de betrokken lidstaat werd geweigerd, voor elk van de hoofdingen worden bepaald welke ouder de daadwerkelijke zorg over het kind heeft en of er een daadwerkelijke afhankelijkheidsverhouding bestaat tussen het kind en de ouder die onderdaan is van een derde land. 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 van de grondrechten van de Europese Unie, waarbij dat artikel moet worden gelezen in samenhang met de verplichting tot inachtneming van het in artikel 24, lid 2, van dat Handvest erkende hogere belang van het kind"

Het Hof oordeelt in Chavez-Vilchez dan dat het feit dat het gegeven dat de andere ouder (eveneens Unieburger) de dagelijkse daadwerkelijke zorg voor het kind kan en wil dragen weliswaar relevant is maar niet volstaat om te besluiten dat er geen zodanige afhankelijkheidsrelatie met de derdelands ouder bestaat dat het kind bij een weigering verblijfsrecht van die laatste zich genoopt zou zien de Unie te verlaten, maar dat alle betrokken omstandigheden in rekening moeten worden gebracht specifiek de leeftijd van het kind, diens lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate van affectieve relatie met beide ouders, als het risico voor het kind uit balans te geraken indien hij van de derdelands ouder gescheiden zou worden:

"71 Voor die beoordeling vormt de omstandigheid dat de andere ouder, burger van de Unie, daadwerkelijk alleen de dagelijkse daadwerkelijke zorg voor het kind kan en wil dragen, een gegeven dat relevant is, maar dat op zich niet volstaat om te kunnen vaststellen dat er tussen de ouder die onderdaan van een derde land is en het kind niet een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat dat het kind genoopt zou zijn het grondgebied van de Unie te verlaten indien aan die onderdaan van een derde land een verblijfsrecht werd geweigerd. Om tot een dergelijke vaststelling te komen moeten immers, in het hogere belang van het kind, alle betrokken omstandigheden in de beschouwing worden betrokken, meer in het bijzonder de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate van zijn affectieve relatie zowel met de ouder die burger van de Unie is als met de ouder die onderdaan van een derde land is, evenals het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het van deze laatste ouder zou worden gescheiden"

In laatste instantie herinnert het Hof in Chavez-Vilchez aan de onderzoeksplicht van de lidstaten op om basis van de verstrekte gegevens het nodige onderzoek te doen naar de gevolgen van een eventuele weigering verblijfsrecht op het kind (pnt 78 van het arrest). In het arrest van het Hof van justitie in de zaak C-82/16 van 8 mei 2018 (K.A. ea) herhaalt het Hof de principes die van toepassing zijn:

"48 Het burgerschap van de Unie verleent iedere Unieburger, binnen de beperkingen van het Verdrag en de maatregelen tot uitvoering daarvan, een fundamenteel en persoonlijk recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten (arrest van 13 september 2016, Rendón Marin, C-165/14, EU:C:2016:675, punt 70 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

49 In die context heeft het Hof geoordeeld dat artikel 20 VWEU zich verzet tegen nationale maatregelen, daaronder begrepen beslissingen tot weigering van verblijf van familieleden van een burger van de Unie, die tot gevolg hebben dat Unieburgers het effectieve genot van de voornaamste aan hun status ontleende rechten wordt ontzegd (arresten van 8 maart 2011, Ruiz Zambrano, C-34/09, EU:C:2011:124, punt 42; 6 december 2012, O e.a., C-356/11 en C-357/11, EU:C:2012:776, punt 45, en 10 mei 2017, Chavez-Vilchez e.a., C-133/15, EU:C:2017:354, punt 61)."

"52 De weigering om aan een derdelander een verblijfsrecht toe te kennen kan echter alleen afbreuk doen aan het nuttige effect van het burgerschap van de Unie indien er tussen die derdelander en de Unieburger, die een lid is van zijn familie, een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat dat deze ertoe zou leiden dat laatstgenoemde gedwongen is de betrokken derdelander te vergezellen en het grondgebied van de Unie als geheel te verlaten (zie in die zin arresten van 15 november 2011, Dereci e.a., C-256/11, EU:C:2011:734, punten 65-67; 6 december 2012, O e.a., C-356/11 en C-357/11, EU:C:2012:776, punt 56, en 10 mei 2017, Chavez-Vilchez e.a., C-133/15, EU:C:2017:354, punt 69)."

De afhankelijkheidsrelatie dient dus onderzocht te worden. Het Hof vervolledigt in pnt 57 van dit arrest dat of er nu een inreisverbod is of niet, de afhankelijkheidsrelatie nog steeds onderzocht moet worden:

"89 Voorts zij eraan herinnerd dat het recht van verblijf in de gastlidstaat dat de derdelander die een familielid van een Unieburger is, aan artikel 20 VWEU ontleent, rechtstreeks uit dit artikel voortvloeit en niet onderstelt dat de derdelander reeds in het bezit is van een andere verblijfstitel voor het grondgebied van de lidstaat in kwestie. Daarbij komt dat het voordeel van dat verblijfsrecht aan die derdelander moet toekomen zodra de afhankelijkheidsverhouding tussen hem en de Unieburger ontstaat, zodat hij vanaf dat moment en zolang die afhankelijkheidsverhouding voortduurt, niet kan worden geacht illegaal OP het grondgebied van de lidstaat in kwestie te verblijven in de zin van artikel 3, punt 2, van richtlijn 2008/115." Het Hof geeft duiding over hoe de afhankelijkheidsrelatie tussen een derdelands ouder en minderjarige kinderen moet onderzocht worden en herhaalt daarbij de rechtspraak in Chavez-Vilchez:

"70 Wat de in de hoofd zaken door M. J., N. N. N., O. I. O. en R. I. ingestelde beroepen betreft, 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).

71 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).

72 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).

73 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 Hof bevestigt dus Chavez Vilchez en het onderzoek dat dient te gebeuren. Het is duidelijk dat er geen strikte criteria zijn, maar bepaalde relevante indicaties bij de beoordeling van de afhankelijkheidsverhouding. Het EHRM zou stellen dat het een feitelijke beoordeling vergt van geval tot geval. Het Hof van Justitie expliciteert dat het feit dat de minderjarige bij de ouder Unieburger woont dus niet determinerend is, en dat het geen noodzakelijke voorwaarde is dat de derdelander samenwoont met zijn kind.

Het is duidelijk dat er een in concrete onderzoek moet zijn naar het hoger belang van het kind, door zowel de DVZ als door Uw Raad, en er rekening houdend met dit hoger belang van het kind en het recht op gezinsleven een inschatting dient te gebeuren van het risico dat de Unieburger minderjarige zich genoopt zou zien het grondgebied te verlaten indien de derdelands ouder geen verblijfsrecht krijgt.

Het is dus relevant, maar niet determinerend, wie het gezag over het kind heeft en bij wie de wettelijke, financiële of affectieve last berust.

Het is ook relevant te bepalen welke ouder de daadwerkelijke zorg voor het kind draagt (uit niets blijkt dat dit slechts één ouder zou kunnen zijn, die zorg kan gedeeld zijn) en of er een daadwerkelijke (geen uitzonderlijke of bijzondere) afhankelijkheidsrelatie bestaat. Het is niet omdat de Unieburger samenwoont met het kind en de derdelands ouder niet dat die afhankelijkheidsrelatie er niet zou zijn.

Dat één ouder 'echt' in staat en bereid is om de dagelijkse daadwerkelijke zorg voor het kind alleen te dragen sluit niet uit dat er een daadwerkelijke afhankelijkheidsrelatie tussen het kind en de derdelandsouder bestaat. Een overheid kan een verblijfsrecht dus niet weigeren omdat één functionerende ouder waarbij een kind inwoont zou volstaan voor dat kind.

Het hoger belang van het kind en het recht op familieleven moet immers mee beoordeeld worden, m.n. de leeftijd van het kind, of er een affectieve relatie is met beide ouders, diens fysieke en emotionele ontwikkeling, en de evenwichtige ontplooiing van dat kind.

Dit spoort allemaal heel mooi met de rechtspraak van het EHRM omtrent de, veronderstelde, afhankelijkheidsband tussen een ouder en kind.

Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat de gezinsband tussen een ouder en zijn minderjarig kind wordt verondersteld (EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 60; EHRM 2 november 2010, Serife Yigit/Turkije (GK), § 94). Enkel in zeer uitzonderlijke omstandigheden zou men kunnen aannemen dat er geen sprake meer is van een gezinsleven (EHRM 19 februari 1996, Gül/Zwitserland, § 32; EHRM 21 december 2001, Sen/Nederland, § 28).

De (echt)scheiding van de ouders maakt geen einde aan deze als gezinsleven geldende natuurlijke band tussen ouder en kind (EHRM 26 mei 1994, Keegan/Ierland, §§ 44 en 50; zie ook Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (hierna: ECRM) 13 juli 1987, Irlen/Bondsrepubliek Duitsland), ook niet ten aanzien van de ouder die hierdoor niet langer samenwoont met het kind (EHRM 11 juli 2000, Ciliz/Nederland, § 59; EHRM 21 juni 1988, Berrehab/Nederland, § 21). Ook het feit dat een kind wordt opgenomen in de pleegzorg, beëindigt de natuurlijke gezinsband niet (EHRM 25 februari 1992, Margareta en Roger Andersson/Zweden, § 72; zie ook ECRM 27 juni 1996, Johansen/Noorwegen, § 52). Om het bestaan van een beschermenswaardig gezinsleven vast stellen, is de samenwoning van de ouder met het minderjarig kind aldus niet noodzakelijk; wel moeten factoren aanwezig zijn die maken dat de relatie tussen de betrokken ouder en het minderjarig kind voldoende standvastig is om de facto gezinsbanden te creëren (EHRM 8 januari 2009, Joseph Grant/Verenigd Koninkrijk, § 30; EHRM 27 oktober 1994, Kroon/Nederland, § 30). Enkel in zeer uitzonderlijke omstandigheden kan men aannemen dat er geen sprake meer is van een gezinsleven tussen een ouder en diens minderjarig kind (EHRM 21 december 2001, Sen/Nederland, § 28; EHRM 19 februari 1996, Gül/Zwitserland, § 32).

Door in artikel 40ter van de Vreemdelingenwet de gezinshereniging van minderjarige Belgen met hun beide ouders toe te laten zonder bijkomende voorwaarden, houdt de wetgever met name rekening met

de bijzondere band van afhankelijkheid tussen jonge kinderen en hun ouders in de zin van artikel 8 EVRM (GwH 26 september 2013, nr. 121/2013, B.54.2; RvV 17 april 2020, nr. 23292).

In een recent arrest heeft het EHRM bevestigd dat bij de verwijdering van een vreemdeling met een gezin in een Verdragsstaat er toepassing moet gemaakt worden van de Boultificriteria of Unercriteria, zonder enkel terug te vallen op openbare orde problematiek die meespeelt. Zelfs ernstige criminele feiten zijn slechts een element in de afweging die moet gebeuren en geven op zich de doorslag niet (EHRM, Unuane t. Verenigd Koninkrijk, 24 november 2020, nr 80343/17, §87). Bij een dergelijke beoordeling kan er niet voorbijgegaan worden aan het feit dat een rechter in de Verdragsstaat reeds heeft vastgesteld dat het voor de kinderen omwille van hun verregaande integratie in de verdragsstaat voor hun hoger belang aangewezen is dat zowel zij als hun derdelands ouder in de Verdragsstaat kan blijven (EHRM, Unuane t. VK, §88- 89).

Uit K.A. en uit Chavez-Vilchez kan niet afgeleid worden dat er een uitzonderlijke afhankelijkheid tussen ouder en kind zou moeten aangetoond worden vooraleer er sprake kan zijn van een risico dat de minderjarige Unieburger zich genoopt zou zien het grondgebied van de Unie te verlaten, of dat die inschatting niet conform de rechtspraak van het EHRM in artikel 8 EVRM dossiers zou moeten verlopen. Er kan evenmin uit afgeleid worden dat de zorg van één bereidwillige ouder volstaat om te besluiten dat er geen dergelijke afhankelijkheid en geen dergelijk risico zou bestaan.

Al wat het Hof van Justitie stelt is dat het loutere bestaan van een afstammingsband, juridisch of biologisch, tussen een kind en zijn ouder niet volstaat om te stellen dat er een afgeleid verblijfsrecht toekomt aan die ouder op grond van artikel 20 VWEU (punt 75 en 76 van het K.A. arrest), terwijl het EHRM stelt dat er wel verondersteld wordt dat er een gezinsleven bestaat tussen ouder en kind.

In weerwil van alle informatie die voorligt, van de bewijzen van de wettelijke samenwoning met zijn partner in België, de bewijzen dat de zorg voor het kind bij beide ouders ligt, de bewijzen dat een goede band en hechting met beide ouders voor de kinderen van belang wordt geacht, de bewijzen dat het hoger belang van de kinderen bestaat uit een reële relatie met beide ouders en het centrum van de belangen en de identiteit van de kinderen in Antwerpen liggen waar zij zijn opgegroeid, school lopen en hun sociaal en familiaal leven hebben, meent verwerende partij dat dit allemaal veranderlijk is, wordt er gespeculeerd over mogelijke veranderingen in de beoordeling hiervan zonder daar enige grond toe aan te dragen, wordt er verwezen naar het feit dat de partner van verzoeker nu instaat voor de dagelijkse zorgen van de kinderen en impliceert dat zij dit probleemloos kan blijven doen, en de moeder eigenlijk de zorg voor de kinderen alleen zou kunnen dragen, om dan te besluiten dat moderne communicatiemiddelen zouden volstaan om de affectieve band met zijn kinderen te onderhouden vanuit het buitenland, quod non.

Verwerende partij gaat daarmee ten eerste volledig voorbij aan de redenering in Chavez Vilchez en KA, en toont nergens aan dat er niet zou voldaan zijn aan de voorwaarde van de daadwerkelijke afhankelijkheidsrelatie en dat het niet volstaat dat één ouder in staat zou zijn (als die dat zou willen) de zorg alleen op zich te nemen om te stellen dat er geen afhankelijkheidsrelatie met de andere ouder zou bestaan.

Waar verwerende partij dan ook stelt dat de beslissing niet zou inhouden dat verzoeker zijn vaderschap niet verder zou kunnen uitoefenen, gezien er via digitale weg contact gehouden kan worden en er afspraken gemaakt zouden kunnen worden tussen de ouders en dat de moeder met de kinderen op bezoek zou kunnen komen in Suriname, gaat zij volledig voorbij aan de realiteit.

De realiteit is, dat met name voor dergelijk jonge kinderen zoals de kinderen van verzoeker, zorg en affectie van een van de hoofdzorgfiguren niet vervangen kunnen worden door digitale media. De realiteit is eveneens dat de partner van verzoeker, instaat voor 6 kinderen. Verwachten dat zij te pas en te onpas voor zichzelf en ten minste drie kinderen vliegtickets naar Suriname en terug kan aanschaffen, is dan ook onrealistisch.

Het is aan verwerende partij om in haar beslissingen terdege rekening te houden met het hoger belang van het kind en dit als primordiale overweging door te laten wegen in haar beslissing, quod non in casu.

Het is absoluut niet in het hoger belang van de drie minderjarige kinderen van verzoeker om voor onbepaalde duur gescheiden te zijn van hun vader.

Artikel 24 van het Handvest van Grondrechten van de Unie stelt:

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 aangelegenheden die hen betreffen wordt passend belang gehecht in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid.
2. Bij alle handelingen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging.
3. Ieder kind heeft er recht op regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders te onderhouden, tenzij dit tegen zijn belangen indruist.

In de Conclusie van Advocaat-Generaal P. Cruz Villalon van 21 februari 2013 in zaak C 648/11, wordt gesteld dat om te beslissen wat in het hoger belang van het kind de participatie van het kwetsieuze kind vereist is:

"74. Hierbij wil ik echter nog een ander punt aanstippen. Om vast te stellen wat in elk individueel geval het belang van het kind is en te beoordelen met welke beslissing dat belang het meest gediend is, is de medewerking van het kind vereist. (13) In dat verband is de plaats waar de minderjarige zich bevindt op het tijdstip waarop wordt bepaald welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van zijn asielerzoek, een factor die bijzondere aandacht verdient, aangezien voor de passende bescherming van de belangen van het kind in beginsel elke hem betreffende beslissing moet worden genomen door de autoriteit die de omstandigheden waarin het zich bevindt rechtstreeks kan onderzoeken."

De geciteerde referentie naar voetnoot 13 stelt "Artikel 24, lid 1, van het Handvest zelf schrijft voor dat aan de vrijelijk geuite mening van kinderen „in hen betreffende aangelegenheden [...] in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid passend belang [wordt] gehecht". Ik ben hierop ingegaan in mijn conclusie in de zaak X (C-507/10, Jurispr. blz. 1-14241, punten 46-49), onder verwijzing naar het arrest van 22 december 2010, Aguirre Zarraga (C-491/10 PPU, Jurispr. blz. 1-14247, punten 64-67)."

In zaak C-507/10 verwijst Advocaat-Generaal P. Cruz Villalon naar het belang van de mening van de betrokken kinderen volgens art. 24 van het Handvest en verwijst daarbij naar art. 12 VRK: "46. Tot slot wijs ik op artikel 24, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, waarin is bepaald dat aan de mening van kinderen „in aangelegenheden die hen betreffen [...] passend belang [wordt] gehecht in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid". De formulering van de bepaling is blijkens de toelichtingen op de bepalingen van het Handvest ontsproten aan artikel 12 van het Verdrag van New York inzake de rechten van het kind(28). dat door alle lidstaten is bekrachtigd. De formulering daarvan komt nagenoeg overeen met die van het recht dat is voorzien in het Handvest van de Unie. (29) Het voornaamste verschil tussen beide bepalingen (dit houdt echter geenszins een tegenstrijdigheid in) schuilt in artikel 12, lid 2, van het Verdrag, waar, na de erkenning van het recht van het kind om zijn of haar mening te uiten en te worden gehoord, wordt toegevoegd dat „het kind met name in de gelegenheid [wordt] gesteld te worden gehoord in iedere gerechtelijke en bestuurlijke procedure die het kind betreft, hetzij rechtstreeks, hetzij door tussenkomst van een vertegenwoordiger of een daarvoor geschikte instelling, op een wijze die verenigbaar is met de procedureregels van het nationale recht".

47. Artikel 24, lid 1, van het Handvest omvat dus met betrekking tot het recht van het kind, dat aan zijn mening belang wordt gehecht in overeenstemming met zijn of haar bijzondere omstandigheden, een gerechtelijke dimensie. Uit de uitlegging ervan in het licht van het Verdrag van New York valt af te leiden dat de lidstaten rekening moeten houden met de behoeften van minderjarige slachtoffers wanneer zij voor de rechter moeten verschijnen. Maar noch het Handvest, noch het Verdrag schrijft de lidstaten een bepaalde wijze van interventie voor. De opdracht van voormeld artikel 24 houdt enkel in dat de beschermingsmaatregelen moeten bestaan - de lidstaten hebben dienaangaande echter een ruime beoordelingsbevoegdheid.

48. Dit is door het Hof bevestigd in de schaarse arresten die tot dusver met betrekking tot artikel 24 van het Handvest zijn geweest. Bijvoorbeeld het arrest in de zaak Aguirre Zarraga(30). waarin het ging om het recht van een minderjarige om te worden gehoord in een civiele procedure betreffende het gezagsrecht over een minderjarig kind. Net als in de zaak Pupino herhaalde het Hof dat het Unierecht het bestaan van procedures vereist; maar niet één specifieke procedure, voor de bescherming van de rechten van de minderjarige tijdens gerechtelijke procedures. Aldus wordt in het arrest vastgesteld dat de lidstaten een ruime beoordelingsmarge hebben, in het kader waarvan zij afwegen welke maatregelen in ieder concreet geval passend zijn. (31) In lijn met deze vaststelling merkt het Hof verder op: ondanks de bewoordingen van artikel 24 van het Handvest „kan dit [recht van het kind om te worden gehoord] dus niet een absolute verplichting uitmaken, maar moet het in het licht van de noden in verband met het belang van het kind [...] concreet worden beoordeeld".(32)

49. Hoewel het kaderbesluit voorafgaand aan de inwerkingtreding van het Handvest is vastgesteld, dient het te worden uitgelegd in overeenstemming met de daarin neergelegde grondrechten.(33) En zoals we zo-even hebben gezien, gaan het Handvest en het Verdrag, harmonieus uitgelegd, steeds uit van dezelfde premisse: de lidstaten zijn gehouden specifieke maatregelen te nemen die beantwoorden aan de bijzondere behoeften van minderjarige slachtoffers in gerechtelijke procedures. Geen van de besproken bepalingen schrijft evenwel een concrete en afzonderlijke procedure voor, maar laat de lidstaten een ruime beoordelingsmarge, die niet enkel een leidraad moet zijn voor de wetgever, maar ook voor de rechter."

En in arrest C-491/10 wordt er geoordeeld hoe het participatierecht van het kind invulling dient te krijgen: "64 Dit betekent dat de rechter die over de terugkeer van een kind uitspraak moet doen, moet beoordelen of het nuttig is om het kind te horen. De conflicten op grond waarvan een beslissing tot toekenning van het gezagsrecht aan één van de ouders noodzakelijk is en de ermee verbonden spanningen, zijn namelijk situaties waarin het horen van het kind, in het bijzonder voor zover desgevallend vereist is dat het kind fysiek aanwezig is voor de rechter, niet raadzaam kan blijken te zijn of zelfs schadelijk zou kunnen zijn voor de psychische gezondheid van het kind, dat vaak deze spanningen ondergaat en onder de schadelijke gevolgen ervan lijdt. Ook al heeft het kind een recht om te worden gehoord, kan dit dus niet een absolute verplichting uitmaken, maar moet het in het licht van de noden in verband met het belang

van het kind overeenkomstig artikel 24, lid 2, van het Handvest van de grondrechten concreet worden beoordeeld.

65 Zoals bepaald in artikel 24 van het Handvest van de grondrechten en in artikel 42, lid 2, eerste alinea, sub a, van verordening nr. 2201/2003, vereist het recht van het kind om te worden gehoord dus niet dat het kind noodzakelijkerwijs door de rechter van de lidstaat van herkomst moet worden gehoord, maar legt het op dat aan het kind de procedures en de wettelijke voorwaarden ter beschikking worden gesteld opdat het vrijelijk zijn mening kan geven en dat de rechter van deze mening kennis neemt.

66 Met andere woorden, ofschoon artikel 24 van het Handvest van de grondrechten en artikel 42, lid 2, eerste alinea, sub a, van verordening nr. 2201/2003 de rechter van de lidstaat van herkomst niet verplichten om het kind altijd te horen, zodat deze rechter dus een bepaalde beoordelingsmarge wordt gelaten, neemt dit niet weg dat deze bepalingen, wanneer de rechter besluit om het kind te horen, opleggen dat hij, in het licht van het belang van het kind en rekening houdend met de concrete omstandigheden, alle passende maatregelen neemt om het kind te horen, opdat deze bepalingen hun nuttige effect behouden en het kind een daadwerkelijke en effectieve mogelijkheid wordt geboden om zijn mening te geven."

Artikel 41 van het Handvest omvat een zelfstandig recht om gehoord te worden als onderdeel van het recht op behoorlijk bestuur:

1. Eenieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de instellingen en organen van de Unie worden behandeld.
2. Dit recht behelst met name: het recht van eenieder te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen, het recht van eenieder om toegang te krijgen tot het dossier hem betreffende, met inachtneming van het gerechtvaardigde belang van de vertrouwelijkheid en het beroeps- en het zakengeheim, de plicht van de betrokken instanties om hun beslissingen met redenen te omkleden

Het hoorrecht, zoals vervat in artikel 41 van het Handvest dat het recht op behoorlijk bestuur waarborgt, verzekert het recht van eenieder te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie vormt het hoorrecht een algemeen beginsel van Unierecht vormt (HvJ 22 november 2012, C-277/11, M.M., ro. 81-82). Het hoorrecht maakt tevens deel uit van de grondrechten die bestanddeel zijn van de rechtsorde van de Unie en die verankerd zijn in het Handvest.

Dit hoorrecht dient niet enkel door de instellingen van de Unie te worden erkend, maar aangezien het een algemeen beginsel van het Unierecht betreft, ook door de overheidsinstanties van alle lidstaten wanneer zij beslissingen nemen die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen, zelfs al schrijft de toepasselijke regelgeving een dergelijke formaliteit niet expliciet voor (Zie artikel 51 van het Handvest en de toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten Pb.C. 14 december 2007, afl. 303; Zie ook HvJ 18 december 2008, C-349/07, Sopropé, ro. 38 en HvJ 22 november 2012, C-277/11, M.M., ro. 86).

Het hoorrecht kent een algemene toepassing. Het Hof heeft steeds gewezen op het belang van het recht om te worden gehoord en op de zeer ruime strekking ervan in de rechtsorde van de Unie. Vaste rechtspraak van het Hof stelt dan ook dat dit hoorrecht van toepassing is in iedere procedure die tot een bezwarend besluit kan leiden, d.i. een besluit dat de belangen van de betrokken persoon ongunstig kan beïnvloeden (HvJ 22 november 2012, C-277/11, M.M., ro. 85 en de daar aangehaalde rechtspraak).

Artikel 12 van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind Aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties op 20 november 1989 (VRK) stelt:

- "1. De Staten die partij zijn, verzekeren het kind dat in staat is zijn of haar eigen mening te vormen, het recht die mening vrijelijk te uiten in alle aangelegenheden die het kind betreffen, waarbij aan de mening van het kind passend belang wordt gehecht in overeenstemming met zijn of haar leeftijd en rijpheid.
2. Hiertoe wordt het kind met name in de gelegenheid gesteld te worden gehoord in iedere gerechtelijke en bestuurlijke procedure die het kind betreft, hetzij rechtstreeks, hetzij door tussenkomst van een vertegenwoordiger of een daarvoor geschikte instelling, op een wijze die verenigbaar is met de procedureregels van het nationale recht."

Het VN-Kinderrechtencomité heeft verduidelijkt dat art. 12 een van de vier fundamentele rechten van het VRK is (UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard, 20 July 2009, CRC/C/GC/12, available at: <https://www.refworld.org/docid/4ae562c52.html>)

"2. The right of all children to be heard and taken seriously constitutes one of the fundamental values of the Convention. The Committee on the Rights of the Child (the Committee) has identified article 12 as one of the four general principles of the Convention, the others being the right to non-discrimination, the right to life and development, and the primary consideration of the child's best interests, which highlights the fact that this article establishes not only a right in itself, but should also be considered in the interpretation and implementation of all other rights."

Een kind moet gehoord worden om diens leeftijd en maturiteit in te kunnen schatten:

"10. The conditions of age and maturity can be assessed when an individual child is heard

"11. States parties should encourage the child to form a free view and should provide an environment that enables the child to exercise her or his right to be heard.

12. The views expressed by children may add relevant perspectives and experience and should be considered in decision-making, policymaking and preparation of laws and/or measures as well as their evaluation.

13. These processes are usually called participation. The exercise of the child's or children's right to be heard is a crucial element of such processes. The concept of participation emphasizes that including children should not only be a momentary act, but the starting point for an intense exchange between children and adults on the development of policies, programmes and measures in all relevant contexts of children's lives"

Lidstaten moeten inschatten in welke mate het kind een autonome opinie kan vormen. Het is niet aan het kind dit eerst te bewijzen:

"(ii) "Capable of forming his or her own views"

20. States parties shall assure the right to be heard to every child "capable of forming his or her own views". This phrase should not be seen as a limitation, but rather as an obligation for States parties to assess the capacity of the child to form an autonomous opinion to the greatest extent possible. This means that States parties cannot begin with the assumption that a child is incapable of expressing her or his own views. On the contrary, States parties should presume that a child has the capacity to form her or his own views and recognize that she or he has the right to express them; it is not up to the child to first prove her or his capacity"

"(v) "Being given due weight in accordance with the age and maturity of the child"

28. The views of the child must be "given due weight in accordance with the age and maturity of the child". This clause refers to the capacity of the child, which has to be assessed in order to give due weight to her or his views, or to communicate to the child the way in which those views have influenced the outcome of the process. Article 12 stipulates that simply listening to the child is insufficient; the views of the child have to be seriously considered when the child is capable of forming her or his own views."

"30. (...) The greater the impact of the outcome on the life of the child, the more relevant the appropriate assessment of the maturity of that child. "

"32. Article 12, paragraph 2, specifies that opportunities to be heard have to be provided in particular "in any judicial and administrative proceedings affecting the child". The Committee emphasizes that this provision applies to all relevant judicial proceedings affecting the child, without limitation, including, for example, separation of parents, custody, care and adoption, children in conflict with the law, child victims of physical or psychological violence, sexual abuse or other crimes, health care, social security, unaccompanied children, asylum-seeking and refugee children, and victims of armed conflict and other emergencies (...)"

"53. Whenever a decision is made to remove a child from her or his family because the child is a victim of abuse or neglect within his or her home, the view of the child must be taken into account in order to determine the best interests of the child. The intervention may be initiated by a complaint from a child, another family member or a member of the community alleging abuse or neglect in the family."

Het VN-Kinderrechtencomité laat er verder geen twijfel over bestaan dat het horen van het kind in kader van het inschatten van het hoger belang van dat kind verplicht is:

"70. The purpose of article 3 is to ensure that in all actions undertaken concerning children, by a public or private welfare institution, courts, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child are a primary consideration. It means that every action taken on behalf of the child has to respect the best interests of the child. The best interests of the child is similar to a procedural right that obliges States parties to introduce steps into the action process to ensure that the best interests of the child are taken into consideration. The Convention obliges States parties to assure that those responsible for these actions hear the child as stipulated in article 12. This step is mandatory".

Het VN-Kinderrechtencomité heeft de band tussen het participatierecht van kinderen en hun hoger belang keer op keer benadrukt en verduidelijkt (UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC /C/GC/14):

"43. Assessment of a child's best interests must include respect for the child's right to express his or her views freely and due weight given to said views in all matters affecting the child. This is clearly set out in the Committee's general comment No. 12 which also highlights the inextricable links between articles 3, paragraph 1, and 12. The two articles have complementary roles: the first aims to realize the child's best interests, and the second provides the methodology for hearing the views of the child or children and their inclusion in all matters affecting the child, including the assessment of his or her best interests. Article 3, paragraph 1, cannot be correctly applied if the requirements of article 12 are not met. Similarly, article 3,

paragraph 1, reinforces the functionality of article 12, by facilitating the essential role of children in all decisions affecting their lives.

44. The evolving capacities of the child (art. 5) must be taken into consideration when the child's best interests and right to be heard are at stake. The Committee has already established that the more the child knows, has experienced and understands, the more the parent, legal guardian or other persons legally responsible for him or her have to transform direction and guidance into reminders and advice, and later to an exchange on an equal footing."

Het VN Kinderrechtencomité benadrukt daarbij met verwijzing naar artikelen 9 en 16 VRK dat gezinseenheid een essentieel recht is en scheiding van familie voor een kind enkel kan indien dit noodzakelijk is om het belang van het kind te vrijwaren. Noodzakelijkheid is geen lichte voorwaarde.

"59. The family is the fundamental unit of society and the natural environment for the growth and well-being of its members, particularly children (preamble of the Convention). The right of the child to family life is protected under the Convention (art. 16). The term "family" must be interpreted in a broad sense to include biological, adoptive or foster parents or, where applicable, the members of the extended family or community as provided for by local custom (art. 5).

60. Preventing family separation and preserving family unity are important components of the child protection system, and are based on the right provided for in article 9, paragraph 1, which requires "that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when [...] such separation is necessary for the best interests of the child". Furthermore, the child who is separated from one or both parents is entitled "to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests" (art. 9, para. 3). This also extends to any person holding custody rights, legal or customary primary caregivers, foster parents and persons with whom the child has a strong personal relationship." (UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC /C/GC/14)

Het Comité benadrukt dan ook nog eens dat scheiding van familie niet mag indien andere, minder verregaande maatregelen kunnen genomen worden om het kind te beschermen. Vooraleer over te gaan tot scheiding moet de staat de ouders eerst steun verlenen om de capaciteit te versterken van het gezin om het kind te beschermen:

"61. Given the gravity of the impact on the child of separation from his or her parents, such separation should only occur as a last resort measure, as when the child is in danger of experiencing imminent harm or when otherwise necessary; separation should not take place if less intrusive measures could protect the child. Before resorting to separation, the State should provide support to the parents in assuming their parental responsibilities, and restore or enhance the family's capacity to take care of the child, unless separation is necessary to protect the child. Economic reasons cannot be a justification for separating a child from his or her parents"" (UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC/C/GC/14).

In UN Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (CMW), Joint general comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration, 16 November 2017, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, (stuk 12) met betrekking tot NBMV's: "32. (...) j) (...) Possible solutions and plans should be discussed and developed together with the child, in a childfriendly and sensitive manner, in accordance with Committee on the Rights of the Child general comment No. 12 (2009) on the right of the child to be heard)"

"35. The Committee on the Rights of the Child, in its general comment No. 12, underlines that adequate measures to guarantee the right to be heard should be implemented in the context of international migration, as children who come to a country could be in a particularly vulnerable and disadvantaged situation. 10 For that reason, it is critical to implement fully their right to express their views on all aspects affecting their lives, including as an integral part of immigration and asylum proceedings, and for their views to be given due weight. Children may have their own migration projects and migration-driving factors, and policies and decisions cannot be effective or appropriate without their participation."

"37. States parties should take all measures appropriate to fully promote and facilitate the participation of children, including providing them with the opportunity to be heard in any administrative or judicial proceeding related to their or their families' cases, including any decision on care, shelter or migration status. Children should be heard independently of their parents, and their individual circumstances should be included in the consideration of the family's cases. Specific best-interests assessments should be carried out in those procedures, and the child's specific reasons for the migration should be taken into account. Regarding the significant relationship between the right to be heard and the best interests of the

child, the Committee on the Rights of the Child has already stated that there can be no correct application of article 3 if the components of article 12 are not respected."

"38. States parties should take all appropriate measures aimed at ensuring children's right to be heard in the immigration procedures concerning their parents, in particular where the decision could affect the children's rights, such as the right to not be separated from their parents, except when such separation is in their best interests (see art. 9 of the Convention on the Rights of the Child)."

De materiële motiveringsplicht gebiedt dat iedere bestuurshandeling gedragen wordt door motieven die in rechte en in feite aanvaardbaar zijn en blijken uit de beslissing. De motieven moeten bijgevolg minstens kenbaar, feitelijk juist en draagkrachtig zijn. In casu is dat niet het geval, zoals hierboven werd aangetoond. De opgegeven motieven kunnen de bestreden beslissing niet schragen, waardoor de materiële motiveringsplicht geschonden werd.

Volgens verzoeker kon verwerende partij niet tot een redelijke, zorgvuldige en afdoende gemotiveerde beslissing komen, en werden de hierboven vermelde beginselen van behoorlijk bestuur dan ook geschonden.

Om deze redenen wenst verzoekende partij dan ook de nietigverklaring te bekomen van de aangevochten beslissing.

De bestreden beslissing schendt alle bovenvermelde wettelijke bepalingen en beginselen van behoorlijk bestuur.

Het verzoek tot nietigverklaring dient dan ook ontvankelijk en gegrond verklaard te worden."

2.2. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad) mag zich bij het beoordelen van de redelijkheid van de genomen beslissing niet in de plaats stellen van de bevoegde overheid. Hij beschikt te dezen slechts over een marginale toetsingsbevoegdheid. Dit betekent dat hij alleen die beslissing strijdig met het redelijkheidsbeginsel kan bevinden die dermate buiten verhouding staat tot de feiten dat geen enkele redelijk oordelende overheid die beslissing zou nemen (RvS 17 juni 2013, nr. 223.931).

2.3. Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De zorgvuldigheid verplicht de overheid onder meer om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en ervoor te zorgen dat de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk onderzocht worden, zodat de overheid met kennis van zaken kan beslissen (RvS 22 november 2012, nr. 221.475).

2.4. De wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en bij uitbreiding artikel 62, §2, van de vreemdelingenwet hebben betrekking op de formele motiveringsplicht (RvS 7 maart 2011, nr. 211.838). De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen verplichten de administratieve overheid in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat op "afdoende" wijze. Het afdoende karakter van de motivering betekent dat de motivering pertinent moet zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben, en dat ze draagkrachtig moet zijn, dit wil zeggen dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen (RvS 27 augustus 2019, nr. 245.324).

De Raad stelt vast dat de verzoekende partij de motieven die aan de grondslag liggen van de bestreden beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden kent, nu zij deze aan een inhoudelijk onderzoek onderwerpt in een middel, zodat voldaan is aan de formele motiveringsplicht. Het middel dient derhalve vanuit het oogpunt van de materiële motiveringsplicht behandeld te worden.

2.5. Zowel bij het beoordelen van de zorgvuldigheidsplicht als bij de beoordeling van de materiële motiveringsplicht treedt de Raad niet op als rechter in hoger beroep die de ware toedracht van de feiten gaat vaststellen. Hij onderzoekt enkel of de overheid in redelijkheid is kunnen komen tot de door haar gedane feitenvaststelling en of er in het dossier geen gegevens voorhanden zijn die met die vaststelling onverenigbaar zijn. Verder toetst de Raad in het kader van zijn wettigheidstoezicht of het bestuur de feitelijke vaststellingen correct heeft beoordeeld en of het op grond daarvan niet onredelijk tot zijn besluit is gekomen (cf. RvS 7 december 2001, nr. 101.624).

2.6. De bestreden beslissing vermeldt uitdrukkelijk artikel 43 van de vreemdelingenwet als haar juridische grondslag (meer bepaald artikel 43, §1, 2°). Deze wetsbepaling luidt als volgt:

"§ 1. De minister of zijn gemachtigde kan de binnenkomst en het verblijf van de burgers van de Unie en hun familieleden weigeren :

1° wanneer zij valse of misleidende informatie of valse of vervalste documenten hebben gebruikt, of fraude hebben gepleegd of andere onwettige middelen hebben gebruikt, die hebben bijgedragen tot het verkrijgen van het verblijf;

2° om redenen van openbare orde, nationale veiligheid of volksgezondheid.

§ 2. Wanneer de minister of zijn gemachtigde overweegt een beslissing zoals bedoeld in paragraaf 1 te nemen, houdt hij rekening met de duur van het verblijf van de burger van de Unie of zijn familielid op het grondgebied van het Rijk, zijn leeftijd, gezondheidstoestand, gezins- en economische situatie, sociale en culturele integratie in het Rijk en de mate waarin hij bindingen heeft met zijn land van oorsprong.”

Aan zijn verzoekschrift voegt verzoeker een uittreksel uit het strafregister toe, de E-kaart van zijn partner, een bewijs van wettelijke samenwoning, de identiteitskaarten van zijn dochters, een lijst met gevangenisbezoeken, een observatiefiche van de gevangenis van Merksplas en een deelname-attest aan de opleiding 'veiligheid' in de gevangenis (Verzoekschrift, bijlagen 2-8).

2.7. Uit het administratief dossier blijkt dat verzoeker in december 2014 en in maart 2015 werd aangehouden op verdenking van druggerelateerde feiten. Verzoeker werd op 19 maart en 13 mei 2015 veroordeeld door de correctionele rechtbank te Antwerpen tot een autonome werkstraf van 180 u en een geldboete van 1000 euro (waarvan 100 euro effectief) wegens het dealen van crack. Op 13 mei 2015 werd verzoeker wederom veroordeeld door de correctionele rechtbank te Antwerpen tot een gevangenisstraf van 15 maanden en een geldboete van 1000 euro (waarvan 100 euro effectief) wegens handel in cannabis en cocaïne. Tenslotte wordt verzoeker op 24 november 2016 in staat van wettelijke herhaling veroordeeld tot een gevangenisstraf van 30 maanden en een geldboete van 2000 euro wegens de handel in cannabis en cocaïne.

2.8. De gemachtigde van de staatssecretaris is van oordeel dat *“uit het geheel van de bovenstaande feiten geconcludeerd (dient) te worden dat overeenkomstig artikel 43, §1,2° van de vreemdelingenwet van 15.12.1980 het verblijfsrecht van betrokkene dient geweigerd te worden. Op grond van het administratief dossier wordt geconcludeerd dat dit een noodzakelijke beslissing is ter bescherming van de openbare orde daar het gedrag van betrokkene een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt voor een fundamenteel belang van de samenleving.*

Nergens uit het dossier blijkt dat betrokkene heden een nieuwe weg zou zijn ingeslagen en dus geen actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging meer zou vormen. Integendeel betrokkene is nog steeds opgesloten in de gevangenis sedert 26/06/2016 en er zijn bij zijn aanvraag gezinshereniging of in zijn administratief dossier geen elementen terug te vinden dat betrokkene dermate inspanningen levert die van belang zouden kunnen zijn bij zijn strafuitvoering. Zijn aanvraag gezinshereniging is ingediend via volmacht, wat er opwijst dat hij niet onder uitgangspermissie, penitentiair verlof of elektronisch toezicht stond. De feiten waarvoor betrokkene is veroordeeld zijn dan ook ernstig te noemen. Het verkopen van verdovende middelen, betekent overlast voor de samenleving vermits deze de volksgezondheid ernstig in gevaar brengen en drugsverslavingen op hun beurt andere misdrijven uitlokken, zoals diefstallen en geweldplegingen. De hele maatschappij wordt hierdoor benadeeld. Het is duidelijk dat betrokkene zich niet bekommerde over de nefaste gevolgen van drugs op de gezondheid van de afnemers. Meer nog uit het vonnis dd. 13/05/2015 blijkt dat betrokkene het misdraad gepleegd heeft ten aanzien van een minderjarige boven de volle leeftijd van 16 jaar. Op 24/11/2016 wordt betrokkene opnieuw veroordeeld voor de handel in cocaïne en bevindt hij zich dus in een staat van wettelijke herhaling. Hij trekt geen lering uit zijn vorige veroordeling en is dus hardleers. Een eerdere veroordeling heeft betrokkene er dus niet van weerhouden om nieuwe feiten te plegen. Het bestaan van een reëel risico op herhaling van strafbare feiten volstaat om in het kader van het verblijfscontentieux op kennelijk redelijke wijze een actuele bedreiging voor de openbare orde te hebben vastgesteld.”

2.9. Verzoeker betoogt in zijn middel vooreerst dat de veroordelingen verband houden met feiten die dateren uit de periode 2014-2016 waardoor er volgens hem bezwaarlijk kan worden gesproken van een actueel gevaar voor de openbare orde.

Samen met de verwerende partij in haar nota met opmerkingen brengt de Raad tegen verzoekers argument betreffende het tijdsverloop in dat hij sedert de periode waarin de feiten werden gepleegd in de gevangenis heeft verbleven. Hij geeft trouwens zelf in zijn middel aan dat hij slechts op 1 juni 2021 zijn strafeinde bereikt. Bijgevolg kan het loutere tijdsverloop sinds het ogenblik waarop de feiten werden gepleegd bezwaarlijk een valabele parameter vormen om het actueel karakter van het gevaar voor de openbare orde te beoordelen.

2.10. Naar aanleiding van de vaststelling in de bestreden beslissing dat de aanvraag per volmacht werd ingediend, waarbij verzoeker zijn verblijfsrecht in regel trachtte te stellen met het oog op zijn vrijstelling, gaat verzoeker in zijn middel in op de praktische onmogelijkheid om deze aanvraag in te dienen omdat hij niet in aanmerking zou komen voor uitgangspemissies om de aanvraag persoonlijk in te dienen. Het betoog van verzoeker over deze obstakels volstaat echter niet om de pertinente vaststelling te weerleggen dat “(n)ergens uit het dossier blijkt dat betrokkene heden een nieuwe weg zou zijn ingeslagen en dus geen actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging meer zou vormen” en dat er “in zijn administratief dossier geen elementen terug te vinden dat betrokkene dermate inspanningen levert die van belang zouden kunnen zijn bij zijn strafuitvoering”. In de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt gesteld dat bepaalde gunstmaatregelen bij de strafuitvoering tot gevolg kunnen hebben dat de voorwaarde betreffende het actueel karakter van de bedreiging voor de openbare orde niet is voldaan (HvJ 13 september 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, § 65). Verzoeker beweert dat zijn langdurig verblijf in de gevangenis hem deed inzien dat hij zijn gedrag op ingrijpende wijze moest aanpassen, maar deze bewering wordt geenszins concreet gestaafd. Verzoeker maakt in elk geval niet aannemelijk dat hem in het kader van de strafuitvoering ingevolge zijn voorgehouden gedragsverandering bepaalde gunsten zouden zijn verleend.

2.11. In zijn middel meent verzoeker op basis van de notities van het gevangenis personeel in de observatiefiches en het gegeven dat hij in de gevangenis een opleiding ‘veiligheid’ volgde, waarvan hij aan zijn verzoekschrift bewijsstukken toevoegt (Verzoekschrift, bijlagen 7-8), dat er schuldinzicht zou zijn en dat hij een goed gedrag zou vertonen in de gevangenis. De Raad merkt in de eerste plaats op dat verzoeker niet aannemelijk maakt dat deze gegevens op een nuttig tijdstip aan de gemachtigde van de staatssecretaris ter kennis werden gebracht, zodat de laatstgenoemde hiermee geen rekening kon houden. Verzoeker kan de gemachtigde van de staatssecretaris dus geen onzorgvuldigheid verwijten of een motiveringsgebrek in de bestreden beslissing aantonen doordat met deze elementen geen rekening zou zijn gehouden. Ten overvloede stipt de Raad aan dat uit de uitprint van het cursustraject (Verzoekschrift, bijlage 8) blijkt dat verzoeker in 2018 niet had deelgenomen aan deze cursus en in 2019 niet geslaagd was, waardoor uit deze informatie niet kan worden opgemaakt dat hij een nieuwe weg zou zijn ingeslagen, zoals verzoeker beweert. Voorts pleit een grondige lectuur van het aangeleverde observatieverslag niet in het voordeel van verzoeker (Verzoekschrift, bijlage 7). Het verslag is een gevolg van de disciplinaire verwijdering van verzoeker op 22 maart 2019 uit de strafinrichting van Merksplas na agressie op het personeel. Uit het verslag blijkt dat verzoeker bij momenten vriendelijk en beleefd is, maar ook ernstige gedragsproblemen vertoont die aanleiding gaven tot rapportage aan de directie en afzonderingsregimes (*Ibid.*). De stukken die verzoeker aanlevert, ondersteunen bijgevolg het standpunt van de gemachtigde van de staatssecretaris dat verzoeker geen blijk geeft van inspanningen in het kader van de strafuitvoering die een ander licht werpen op het actueel karakter van de bedreiging die van hem zou uitgaan.

2.12. Wat de ernst van de bedreiging voor de openbare orde betreft, betoogt verzoeker dat het gepleegd hebben van strafrechtelijke feiten *an sich* niet volstaat. Nochtans kan met voorafgaand gedrag en de ernst ervan rekening worden gehouden indien er een risico bestaat dat de betrokkene het gedrag in de toekomst voort zou zetten (HvJ 27 oktober 1977, nr. C-30/77, *Bouchereau*, §29). Uit het gegeven dat verzoeker meermaals voor gelijkaardige feiten van drughandel werd veroordeeld, kon de gemachtigde van de staatssecretaris dus rechtsgeldig concluderen dat verzoeker “*hardleers*” is en er een reëel risico bestaat op herhaling van strafbare feiten. Bovendien wordt betreffende georganiseerde illegale drughandel door het Hof van Justitie gesteld dat dit een diffuse vorm van criminaliteit is, die een bedreiging vormt voor de gezondheid, de veiligheid en de levenskwaliteit van de burgers van de Unie, alsook voor de wettige economie, de stabiliteit en de veiligheid van de lidstaten (HvJ, 23 november 2010, nr. C-145/09, *Tsakouridis*, §46). De overwegingen uit de bestreden beslissing zijn trouwens niet beperkt tot een loutere verwijzing naar verzoekers veroordeling, maar houden een beoordeling in van de mate van gevaar voor de samenleving van het criminele gedrag en de eventuele gevolgen van een dergelijk gedrag voor de openbare orde of de openbare veiligheid, aangezien hieromtrent het volgende wordt gesteld: “*De feiten waarvoor betrokkene is veroordeeld zijn dan ook ernstig te noemen. Het verkopen van verdovende middelen, betekent overlast voor de samenleving vermits deze de volksgezondheid ernstig in gevaar brengen en drugsverslavingen op hun beurt andere misdrijven uitlokken, zoals diefstallen en geweldplegingen. De hele maatschappij wordt hierdoor benadeeld. Het is duidelijk dat betrokkene zich niet bekommerde over de nefaste gevolgen van drugs op de gezondheid van de afnemers. Meer nog uit het vonnis dd. 13/05/2015 blijkt dat betrokkene het misdraad gepleegd heeft ten aanzien van een minderjarige boven de volle leeftijd van 16 jaar.*”

2.13. Uit het geheel van wat voorafgaat dient te worden geconcludeerd dat verzoeker niet aantoont dat de gemachtigde van de staatssecretaris kennelijk onredelijk of onzorgvuldig te werk ging door te oordelen dat het gedrag van verzoeker een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt voor een fundamenteel belang van de samenleving.

2.14. Met betrekking tot de belangenafweging betoogt verzoeker dat zijn gezins- en privéleven en het hoger belang van de minderjarige kinderen zouden doorwegen.

2.15. Artikel 8 van het EVRM bepaalt het volgende:

“1. Eenieder 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.”

De Raad oefent slechts een wettigheidscontrole uit op de bestreden beslissing. Bijgevolg gaat hij na of de verwerende partij alle relevante feiten en omstandigheden in haar belangenafweging heeft betrokken en, indien dit het geval is, of de verwerende partij zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat die afweging heeft geresulteerd in een “fair balance” tussen enerzijds het belang van een vreemdeling bij de uitoefening van het familie- en gezins-/privéleven hier te lande en anderzijds het algemeen belang van de Belgische samenleving bij het voeren van een migratiebeleid en het handhaven van de openbare orde.

Het waarborgen van een recht op respect voor het privé- en/of familie- en gezinsleven veronderstelt het bestaan van een privé- en/of familie- en gezinsleven dat beschermenswaardig is onder artikel 8 van het EVRM. Dit privé- en/of familie- en gezinsleven dient te bestaan op het moment van de bestreden beslissing. De Raad kijkt in eerste instantie dan ook na of de verzoekende partij een beschermenswaardig privé- en/of familie- en gezinsleven aanvoert in de zin van het EVRM, vooraleer te onderzoeken of een inbreuk werd gepleegd op het recht op respect voor het privé- en/of familie- en gezinsleven door het nemen van de bestreden beslissing. De verzoekende partij, die een schending van artikel 8 van het EVRM aanvoert, dient minstens het begin van bewijs aan te brengen van het privéleven en/of het familie- en gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM waarop zij zich beroept. Artikel 8 van het EVRM definieert niet de begrippen ‘gezinsleven’ en ‘privéleven’, die onafhankelijk van het nationale recht dienen te worden geïnterpreteerd. De beoordeling of er al dan niet sprake is van een beschermenswaardig gezins- en/of privéleven, is in wezen een feitenkwestie die afhankelijk is van de aanwezigheid van effectief beleefde hechte persoonlijke banden (zie EHRM 12 juli 2001, nr. 25702/94, *K. en T. v. Finland*, § 150).

2.16. In weerwil van verzoekers beweringen wordt in de bestreden beslissing het bestaan van een beschermenswaardig gezinsleven wel degelijk in twijfel getrokken, ondanks het feit dat verzoeker een wettelijke samenwoning aanging met E.(...) D.(...) V.(...) M.(...) en drie van haar kinderen heeft erkend. In de beslissing wordt hieromtrent het volgende gesteld: *“Betrokkene heeft op 15/04/2014 de wettelijke samenwoning afgesloten met de genaamde E.(...) D.(...) V.(...) M.(...) van Nederlandse nationaliteit die sedert 05/03/2014 in België verblijft. Op 18/06/2014 staat hij bij haar ingeschreven in de (...) te Antwerpen en op 06/08/2014 erkent hij haar volgende kinderen, de genaamden E.(...) N.(...) I.(...), geboren op (...) en de tweeling E.(...) M.(...) en D.(...), geboren op (...). Mevrouw heeft ook nog 3 andere kinderen, geboren in 2003, 2005 en 2007. In hoeverre er daadwerkelijk sprake was/ is van een samenwoning valt te betwijfelen gezien in het vonnis dd. 13/05/2015 staat te lezen dat er op 23/11/2014 een huiszoeking heeft plaatsgevonden in de (...) te Antwerpen waaruit blijkt dat betrokkene er niet verbleef, hij was niet in het bezit van een huissleutel en er werden geen kledij en goederen van hem aangetroffen. Bovendien kan er moeilijk van een gezinscel sprake zijn gezien betrokkene van 27/09/2014 tot 24/11/2014; van 17/12/2014 tot 23/12/2014, van 28/02/2015 tot 20/09/2015 en van 26/06/2016 tot heden in de gevangenis heeft verbleven/verblijft. Uit een attest van gevangenschap van de FOD Justitie dd. 29/04/2020 blijkt dat betrokkene van 07/07/2016 tot 04/01/2017 onder elektronisch toezicht stond.*

Een voldoende hechte band kan betrokkene dus niet hebben opgebouwd met zijn partner en de kinderen zodat er geen sprake is van een gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM waarbij betrokkene zijn verantwoordelijkheid opneemt ten aanzien van zijn kinderen en mee instaat voor hun opvoeding en hun verzorging.”

2.17. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt voorts dat niet alleen de verwijdering van een vreemdeling, maar ook de toegang tot het grondgebied en de weigering om aan een vreemdeling, die reeds op het grondgebied van de verdragsstaat verblijft, een verblijfsvergunning af te leveren én zelfs de vraag of er een positieve verplichting bestaat om aan een vreemdeling een verblijfsvergunning af te leveren, door het EHRM werden onderzocht in het licht van artikel 8 van het EVRM (zie ECHR, *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights – Immigration*, 31 augustus 2020 update, p. 23-24, https://echr.coe.int/Documents/Guide_Immigration_ENG.pdf). De grenzen tussen de positieve en de negatieve verplichtingen onder artikel 8 van het EVRM kunnen niet altijd duidelijk worden afgebakend. Het komt er wel telkens op neer dat een “*fair balance*”-toets dient te worden doorgevoerd, waarbij wordt nagegaan of de verdragsstaat een redelijke afweging heeft gemaakt tussen de concurrerende belangen van het individu enerzijds, en de samenleving anderzijds (EHRM 26 april 2018, *Hoti t. Kroatië*, §122; EHRM 3 oktober 2014, *Jeunesse t. Nederland*, §106). In de bestreden beslissing wordt, in zoverre er sprake is van een daadwerkelijk gezinsleven in hoofde van verzoeker, het volgende gesteld: *“Er dient eerder te worden aangenomen dat de zorg voor de kinderen overwegend wordt gedragen door de moeder. Betrokkene verblijft heden in de gevangenis en verbleef in het verleden ook reeds in de gevangenis, concreet wil dit dus zeggen dat de dagelijkse zorg sinds lange tijd aan de moeder van de kinderen is toegedragen. Zij is nog steeds de primaire en continue zorgfiguur voor de kinderen. Het feit dat de kinderen en zijn partner hem zijn komen opzoeken in de gevangenis en het feit dat betrokkene voor een tijdje onder elektronisch toezicht stond doen geen afbreuk aan deze vaststelling. Het feit dat elektronisch toezicht werd toegekend, wil geenszins zeggen dat betrokkene geen gevaar meer zou vormen voor de openbare orde. Het is immers in zijn eigen belang dat hij zich gedraagt tijdens zijn elektronisch toezicht, daar enige misstap aanleiding zou kunnen geven aan het niet meer verlenen van het elektronisch toezicht. Elektronisch toezicht is ook aan strikte voorwaarden onderworpen waardoor het moeilijk is om tijdens deze periode te recidiveren. Het feit dat betrokkene slechts een tijdje onder elektronisch toezicht heeft gestaan, doet het vermoeden rijzen dat hij zich mogelijks niet heeft gehouden aan de voorwaarden. Het brengen van bezoek van de partner en de kinderen aan betrokkene in de gevangenis zijn vanaf 05/01/2017 dan opnieuw de enige mogelijkheid om nog contact te onderhouden. Net om deze redenen is deze beslissing evenredig geacht en niet in strijd met de belangen van de kinderen. Hoewel het belang van het kind een primordiaal karakter heeft, heeft het daarom nog geen absoluut karakter. Bij de afweging van de verschillende op het spel staande belangen, neemt het belang van het kind een bijzondere plaats in. Die bijzondere plaats maakt het evenwel niet onmogelijk om eveneens rekening te houden met andere belangen (EHRM, 3 oktober 2014, nr. 12738/10, *Jeunesse t. Nederland*, par. 101; GwH 7 maart 2013, nr. 30/2013). Het gevaar dat betrokkene vormt voor de openbare orde is superieur aan de gezinsbelangen die betrokkene kan doen gelden.”*

Net zoals de verwerende partij in haar nota met opmerkingen stipt de Raad aan dat de bestreden beslissing niet noodzakelijk een breuk in de familiale relaties met zich mee hoeft te brengen omdat het gaat om een beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten. Bijgevolg kan de rechtspraak van het EHRM, die verzoeker in zijn middel citeert en die betrekking heeft op de verwijdering van gevestigde vreemdelingen met een naar behoren bewezen effectief gezinsleven, niet zonder meer op zijn geval worden toegepast. Verzoeker maakt immers niet aannemelijk dat de “*fair balance*”-toets in zijn situatie, waarbij de beslissing niet gepaard gaat met een verwijderingsmaatregel, de vorm moet aannemen van een belangenafweging in het licht van de zogeheten *Boultif/Üner*-criteria. In de beslissing wordt enkel ten overvloede ingegaan op de situatie waarbij verzoeker van het grondgebied zou worden verwijderd: *“Indien toch zou blijken dat betrokkene alsnog zal worden verwijderd, heeft de uitwijzing van een ouder die niet samenwoont met zijn kind niet dezelfde ontwrichtende impact op het leven van het kind als de uitwijzing van een ouder die wel als een gezin samenwoont met zijn kinderen, zeker indien contact via telefoon en internet mogelijk blijft vanuit het land waarnaar de ouder zal worden uitgewezen en er voor de kinderen geen beletsel bestaat om deze ouder te gaan opzoeken in diens land van herkomst (EHRM 18 oktober 2006, *Ünur/Nederland*; EHRM 8 januari 2009, *Grant/het Verenigd Koninkrijk*; EHRM 17 februari 2009, *Onur/Het Verenigd Koninkrijk*). Hoe dan ook, betrokkene partner en kinderen worden geenszins verplicht België te verlaten, het staat het gezin immers vrij zich elders als gezin te vestigen alwaar zij legaal kunnen binnenkomen en verblijven of hun gezinsleven zo in te richten dat moeder en kinderen in België verblijven en betrokkene een andere verblijfplaats kiest. Dit hoeft niet noodzakelijk afbreuk te doen aan hun gezinsleven. Door middel van intensieve contacten met de kinderen, eventueel via moderne communicatiemiddelen en occasionele bezoeken van de kinderen en de partner aan betrokkene kan betrokkene ook zijn vaderschap opnemen. Er dient daarbij opgemerkt te worden dat dergelijke contacten niet veel verschillen van de huidige situatie. Betrokkene verblijft heden immers in gevangenis en is dus evenmin samenwonend met zijn kinderen en partner.*

Overeenkomstig art.43, §2 van de wet van 15.12.1980 dient bij het overwegen van deze beslissing, rekening gehouden te worden met de duur van het verblijf van betrokkene, zijn leeftijd, gezondheidstoestand, gezins- en economische situatie, sociale en culturele integratie in het Rijk en de mate waarin betrokkene bindingen heeft met zijn land van oorsprong.

Wat betreft de duur van zijn verblijf in België, kan niet worden gesteld dat betrokkene een lange periode van verblijf in België heeft gekend waardoor hij zijn banden met zijn land van herkomst zou verloren hebben. Betrokkene heeft een eerste aanvraag gezinshereniging ingediend op 23/07/2014 in functie van zijn partner. In deze periode kwam hij al in aanraking met het gerecht. Tijdens de opsluiting in de gevangenis kunnen er geen banden met België worden opgebouwd of is er geen sprake van integratie. Wat betrokkenes economische situatie betreft, zijn er hierover geen gegevens gekend in zijn dossier. Er kan dus niet worden gesproken van een economische binding met België. Voor zover betrokkene een reële kans zou maken op de Belgische arbeidsmarkt zou toch mogen verwacht worden dat hij intussen zou kunnen buigen op een duidelijk werkverleden. Het bezit van een strafblad zal zijn inschakeling op de arbeidsmarkt niet ten goede komen. De eventuele opleidingen die hij zou hebben gevolgd en de eventuele werkzaamheden in de gevangenis, zullen hem wellicht ook elders van pas kunnen komen.”

De Raad kan enkel vaststellen dat verzoeker uitgaat van een onjuiste lezing van de bestreden beslissing waar hij in zijn middel ingaat op de obstakels en belemmeringen die de door hem erkende kinderen, die Nederlands staatsburger zijn, zouden kennen om hem in Suriname te bezoeken. Hetzelfde geldt voor zijn bewering dat onvoldoende rekening zou zijn gehouden met de belangen van de kinderen bij het opleggen van een verwijderingsmaatregel en voor de uiteenzetting van verzoeker die verband houdt met het belang van de kinderen in geval de gezinsleden als gevolg van een overheidsbeslissing van elkaar worden gescheiden.

2.18. Verzoeker beweert dat bij het nemen van de bestreden beslissing onvoldoende rekening zou zijn gehouden met de belangen van zijn minderjarige dochters, maar hij verzuimt om concreet te verduidelijken welke impact de weigeringsbeslissing heeft op de situatie van zijn kinderen. De bewering dat zijn kinderen gedwongen zouden worden om het grondgebied van de Unie te verlaten, mist elke grondslag omdat zijn partner ook de Nederlandse nationaliteit heeft. Bovendien blijkt uit niets dat verzoeker de daadwerkelijke zorg over de kinderen waarneemt. Tenslotte dient te worden opgemerkt dat verzoeker niet concreet aantoonde dat de kinderen in het kader van de aanvraagprocedure met het oog op het bekomen van een verblijfsrecht van meer dan drie maanden op grond van artikel 40bis van de vreemdelingenwet zouden moeten worden gehoord.

2.19. Er werd geen schending aannemelijk gemaakt van artikel 8 van het EVRM, noch van de artikelen 7 en/of 24 van het Handvest. Verzoeker heeft ook geen schending aangetoond van de artikelen 3, 9 en 12 van het IVRK, noch van artikel 20 van het VWEU en evenmin van artikel 40bis van de vreemdelingenwet. De bestreden beslissing steunt op deugdelijke, feitelijke en juridische overwegingen en de motieven staan niet in kennelijke wanverhouding tot het besluit. Verzoeker toont niet aan dat de gemachtigde van de staatssecretaris bepaalde elementen niet of onvoldoende zou hebben onderzocht. Er is geen sprake van een schending van de motiveringsplicht, noch van het redelijkheids- en/of het zorgvuldigheidsbeginsel.

Het enig middel is ongegrond.

3. Kosten

Gelet op het voorgaande past het de kosten van het beroep ten laste te leggen van de verzoekende partij.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

Het beroep tot nietigverklaring wordt verworpen.

Artikel 2

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op zes mei tweeduizend eenentwintig door:

dhr. F. TAMBORIJN,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

dhr. K. VERKIMPEN,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

K. VERKIMPEN

F. TAMBORIJN