



Arrest

nr. 256 012 van 9 juni 2021
in de zaak RvV X / II

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat Y. CHALLOUK
Abdijstraat 234
2020 ANTWERPEN

tegen:

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

DE WND. VOORZITTER VAN DE IIde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Marokkaanse nationaliteit te zijn, op 15 februari 2021 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van 7 januari 2021 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 19 februari 2021 met refertenummer X

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 12 april 2021, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 28 april 2021.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken C. VERHAERT.

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. HAEGEMAN, die *loco* advocaat Y. CHALLOUK verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat C. VANBEYLEN, 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

Verzoeker diende op 29 juli 2020 een aanvraag in van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie. Op 7 januari 2021 werd een beslissing genomen tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20). Dit is bestreden beslissing, die als volgt gemotiveerd is:

“(…)

In uitvoering van artikel 52, §4, 5de lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, wordt de aanvraag van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, die op 29.07.2020 werd ingediend door:

[...]

om de volgende reden geweigerd:

De betrokkene voldoet niet aan de vereiste voorwaarden om te genieten van het recht op verblijf van meer dan drie maanden in de hoedanigheid van familielid van een burger van de Unie of van ander familielid van een burger van de Unie.

Betrokkene vraagt gezinshereniging aan in functie van zijn Belgisch minderjarig kind de genaamde E. M. A. (RR: ...) in toepassing van artikel 40 ter, §2, eerste lid, 2° van de wet van 15.12.1980.

Er dient in deze aan twee voorwaarden voldaan te worden: om het verblijfsrecht als gezinslid te bekomen, dient een vreemdeling niet enkel te voldoen aan de voorwaarden van artikel 40ter van de wet van 15.12.1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, maar ook aan het recht tot binnenkomst in België (arrest van de Raad v State n° 238.596 van 09/08/2016). Betrokkene is tijdelijk van dit recht ontszegd, gezien hij het voorwerp uitmaakt van een inreisverbod genomen op 05.05.2018 en hem betekend op dezelfde datum.

Dit inreisverbod is nog steeds van kracht, gezien de termijn van een inreisverbod pas begint te lopen vanaf de datum waarop betrokkene effectief het grondgebied van België heeft verlaten (arrest Ouhrami Hof van Justitie - C-225/16 van 26.07.2017). Nergens uit het dossier blijkt dat hij, na het betekenen van het inreisverbod, het grondgebied heeft verlaten, noch kan blijken dat hij de opheffing van het inreisverbod heeft bekomen in toepassing van artikel 74/12 van de wet van 15.12.1980. Bijgevolg dient betrokkene gevolg te geven aan het bevel om het grondgebied (bijlage 13) te verlaten en aan het inreisverbod (bijlage 13sexies), hem beiden betekend op 05.05.2018.

Uit het administratief dossier blijkt dat betrokkene ouder is van een Belgisch minderjarig kind, E. M. A. Verder blijkt hij tevens samen te wonen met de Belgische moeder van het kind, de genaamde B. O. (RR: ...) waarvan hij stelt dat zij partners zijn.

Overeenkomstig het Arrest van Hof van Justitie in de zaak C-82/16 van 8 mei 2018, dient beoordeeld te worden of er een zodanige afhankelijkheidsverhouding tussen betrokkene en zijn partner, en betrokkene en zijn kind bestaat dat deze kan rechtvaardigen dat aan betrokkene een afgeleid verblijfsrecht zou moeten worden toegekend. Vooreerst kan opgemerkt worden dat er reeds met betrokkenes gezinssituatie rekening werd gehouden bij het nemen van het inreisverbod. Tevens dient te worden benadrukt dat het loutere bestaan van een gezinsband tussen betrokkene en zijn partner, en het loutere bestaan van een gezinsband tussen een minderjarige Unieburger en zijn ouder die derdelander is, niet kunnen volstaan als rechtvaardiging om aan die ouder een afgeleid recht van verblijf toe te kennen.

Het Hof benadrukt namelijk in het voornoemde arrest dat volwassenen in beginsel in staat zijn om onafhankelijk van hun familieleden een leven te leiden. Voor een volwassene is een afgeleid verblijfsrecht dan ook slechts in uitzonderlijke gevallen voorstelbaar, namelijk wanneer de betrokkene, gelet op alle relevante omstandigheden, op geen enkel wijze kan worden gescheiden van het familielid van wie hij afhankelijk is. Uit het dossier blijkt dat de partner van betrokkene, net zoals zijn kind, drager is van de Belgische nationaliteit. Wat de beoordeling van een eventuele afhankelijkheidsverhouding betreft, in het belang van het kind, kan worden opgemerkt dat er ook hier evenmin sprake is van een zodanige afhankelijkheidsverhouding dat deze betrokkene de toekenning van een afgeleid verblijfsrecht zou rechtvaardigen. Er blijkt geen afhankelijkheidsrelatie tussen betrokkene en het kind te bestaan in die zin dat de aanwezigheid van betrokkene in het Rijk werkelijk is vereist. Er kan wel worden verondersteld dat betrokkene met zijn kind een affectieve band heeft. Echter blijkt nergens uit het dossier dat zijn aanwezigheid in België ontoontbeerlijk is om het vrij verkeer van zijn partner en kind te vrijwaren. Uit niets in het dossier blijkt dat de moeder de zorg voor het kind niet op zich zou kunnen nemen. Niets sluit uit dat betrokkene financieel bijdraagt vanuit het buitenland en er een andere contactregeling kan worden getroffen via moderne communicatiemiddelen of occasionele bezoeken van het kind aan betrokkene in het buitenland. Minstens tot op het moment dat de opheffing van het inreisverbod zou worden bekomen of dat de termijn van het inreisverbod werd gerespecteerd en betrokkene legaal kan terugkeren naar België.

Op grond van bovenstaande wordt geconcludeerd dat uit niets blijkt dat de naleving van de verplichting voor betrokkene om het Belgisch grondgebied en van de Europese Unie te verlaten teneinde om de opheffing of opschorting van het geldende inreisverbod te verzoeken, de Belgische partner en het kind ertoe zouden dwingen betrokkene te vergezellen en dus eveneens het grondgebied van de Unie in zijn geheel te verlaten. De afhankelijkheidsrelatie zoals vereist om een afgeleid verblijfsrecht af te kunnen dwingen, kan hier dus niet worden vastgesteld.

Betrokkene beschikt niet over het recht op binnenkomst, gezien hij nog steeds onder inreisverbod staat dewelke noch opgegeven noch geschorst zijn door de Belgische autoriteiten en hij zich bevindt onder artikel 3, alinea 1, 5° van de vreemdelingenwet van 15.12.1980 en als zodanig in illegaal verblijf.

Betrokkene voldoet dan ook niet aan de vereiste voorwaarden van artikel 40ter van de wet van 15.12.1980 om het verblijfsrecht in België te verkrijgen op basis van gezinshereniging.

Het recht op verblijf wordt geweigerd aan betrokkene. Het AI van betrokkene dient te worden ingetrokken.

(...)"

2. Onderzoek van het beroep

2.1.1. Verzoeker voert een eerste middel aan dat hij uiteenzet als volgt:

"Eerste Middel: Schending van artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen (hierna: Wet Formele Motivering Bestuurshandelingen), Schending van art. 40ter Vw. juncto artikel 52 van het Koninklijk Besluit van 8 oktober 1981; Schending van de rechtspraak van het Hof van Justitie zoals vastgelegd in het arrest OUHRAMI d.d. 26.07.2017 m.b.t. art. 11 lid 2 van de Terugkeerrichtlijn (HvJ, C-225/16) en zoals vastgelegd in het arrest C-82/16 K.A. e.a. tegen België d.d. 08.05.2018 m.b.t. artikel 20 van het Verdrag met betrekking tot de werking van de EU (VWEU).

Geschonden bepalingen en bespreking:

Artikelen 2 en 3 van de Wet Formele Motivering Bestuurshandelingen en artikel 62 van Vreemdelingenwet bepalen dat de administratieve beslissingen zowel in feite als in rechte moeten worden gemotiveerd.

De artikelen 2 en 3 van de Wet Formele Motivering Bestuurshandelingen stellen dat de administratieve handeling uitdrukkelijk dient te worden gemotiveerd en dat in de motivering van de akte de feitelijke en de juridische motivering dienen te worden opgenomen. Bovendien dient de motivering afdoende te zijn.

Zo stipuleert artikel 62 van de Vreemdelingenwet het volgende:

"De administratieve beslissingen worden met redenen omkleed.[...]"

Er moet worden benadrukt dat conform artikelen 2 en 3 Wet Formele Motivering Bestuurshandelingen in de motivering van de administratieve beslissing steeds uitdrukkelijk de feitelijke en de juridische gronden vermeld moeten worden opdat de betrokken perso(o)n(en) kennis zouden hebben van gronden waarop de administratieve overheid zich baseert om een (weigerings)beslissing te nemen.

Uit de samenlezing van de artikelen 2 en 3 van de Wet Formele Motivering Bestuurshandelingen volgt duidelijk dat:

- a) De administratieve beslissing uitdrukkelijk dient gemotiveerd te worden;*
- b) In de motivering (opgenomen in de betrokken administratieve beslissing – in casu de bestreden beslissing d.d. 07.01.2021) zowel de feitelijke als de juridische gronden dienen vermeld te worden;*
- c) De motivering afdoende dient te zijn;*

De administratieve beslissing is slechts afdoende gemotiveerd wanneer de aangehaalde motieven draagkrachtig zijn rekening houdend met de evenredigheid van de te nemen beslissing door de administratieve overheid. Zo kan er slechts sprake zijn van een afdoende motivering wanneer de motivering duidelijk, juist, pertinent, concreet, precies en volledig geformuleerd wordt zodat de

bestuurde in alle duidelijkheid kan oordelen of het al dan niet zinvol is de genomen beslissing aan te vechten.

Het zorgvuldigheidsbeginsel legt de overheid de verplichting op haar beslissingen op een zorgvuldige wijze voor te bereiden en te steunen op een correcte feitenvinding (R.v.St. arrest n° 154.954 van 14 februari 2006; R.v.St. arrest n° 167.411 van 2 februari 2007; R.v.V. arrest n° 43.735 van 25 mei 2010). Het respect voor het zorgvuldigheidsbeginsel houdt derhalve in dat de administratieve overheid bij het nemen van de beslissing moet steunen op ALLE GEGEVENS van het betreffende dossier en op ALLE daarin vervatte dienstige stukken (R.v.V. arrest n° 43.735 van 25 mei 2010; R.v.V. arrest n° 28.599 van 11 juni 2009, punt 2.4.).

Er is sprake van een schending van het redelijkheidsbeginsel wanneer men zich tevergeefs afvraagt hoe het bestuur tot een dergelijke keuze is gekomen. Met andere woorden, om het redelijkheidsbeginsel geschonden te kunnen noemen, moet men voor een beslissing staan waarvan men na lectuur ervan ternauwernood kan geloven dat ze werkelijk genomen is. Het is de taak van Uw Raad om het oordeel van het bestuur onwettig te bevinden wanneer de administratieve beslissing tegen alle redelijkheid ingaat doordat de door het bestuur geponeerde verhouding tussen de motieven en het dispositief volkomen ontbreekt (R.v.St. n° 82.301 van 20 september 1999; R.v.V. arrest n° 43.735 van 25 mei 2010; R.v.V. arrest nr. 28602 van 11 juni 2009, punt 2.3. in fine en R.v.V. arrest nr. 28599 van 11 juni 2009, punt 2.4. in fine). Met betrekking tot de uiteenzetting inzake het zorgvuldigheidsbeginsel verwijst verzoeker naar zijn uiteenzetting in het eerste middel van huidig verzoekschrift.

Het rechtszekerheidsbeginsel in combinatie met het vertrouwensbeginsel houdt in dat een rechtsonderhorige erop moet kunnen vertrouwen dat de administratieve overheid een vaste gedragslijn zal blijven aanhouden en dat de rechtsonderhorige bij het uitblijven van enig handelen van de administratieve overheid ervan mag uitgaan dat er geen reden zal bestaan dat het bestuur anders zal handelen dan de schijn die zij heeft opgewekt door te verzuimen te handelen. De rechtsonderhorige mag er dan ook op rekenen dat hij niet langer in een rechtsonzekere positie verkeert, zodat hij erop kan vertrouwen dat er geen reden bestaat dat de administratie een andere gedragslijn zal aannemen.

De materiële motiveringsplicht houdt grosso modo in dat iedere bestuurshandeling moet gedragen worden door motieven die in rechte en in feite aanvaardbaar zijn en met andere woorden gecontroleerd kunnen worden aan de hand van (overtuigings)stukken uit het (administratief) dossier.

Artikel 40ter van de Vreemdelingewet bepaalt de regels inzake een aanvraag gezinshereniging en artikel 52 van het Vreemdelingenbesluit luidt als volgt:

"[...] Het familielid dat zelf geen burger van de Unie is en zijn familieband overeenkomstig artikel 44 bewijst, dient een aanvraag in voor een verblijfkaart van familielid van een burger van de Unie bij het gemeentebestuur van de plaats waar hij verblijft door middel van een document overeenkomstig het model van bijlage 19ter.

In dit geval wordt de betrokkene, na de controle van de verblijfplaats, ingeschreven in het vreemdelingenregister en in het bezit gesteld van een attest van immatriculatie (model A) met een geldigheidsduur van zes maanden, te rekenen vanaf de aanvraag. De woorden " Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid of ", die voorkomen in de tweede paragraaf van de tekst op de voorzijde van dit document, worden geschrapt.

Indien de vreemdeling het bewijs van zijn familieband daarentegen niet overlegt, overeenkomstig artikel 44, om zijn aanvraag te staven, neemt de burgemeester of zijn gemachtigde de aanvraag niet in overweging, door middel van een document overeenkomstig het model van bijlage 19quinquies. Hij overhandigt geen bijlage 19ter.

Na de woonstcontrole wordt de betrokkene ingeschreven in het vreemdelingenregister en hij ontvangt een attest van immatriculatie model A met een geldigheidsduur van [1 zes maanden]1 te rekenen vanaf de aanvraag. [...]"

In casu is de bestreden beslissing van 7 januari 2021 op een niet-afdoende wijze gemotiveerd, daar administratieve beslissingen slechts afdoende gemotiveerd zijn wanneer de motivering duidelijk, juist, pertinent, concreet, precies en volledig geformuleerd wordt zodat de bestuurde in alle duidelijkheid kan oordelen of het al dan niet zinvol is de genomen beslissing aan te vechten. Bovendien legt het zorgvuldigheidsbeginsel de verwerende partij de plicht op om beslissingen zorgvuldig voor te bereiden en te steunen op een correcte en volledige feitenvinding (Cf. R.v.V. arrest n° 28.602 van 11 juni 2009, punt 2.3.).

De zorgvuldigheidsplicht bij de feitenvinding vereist dat de verwerende partij slechts na een behoorlijk onderzoek van de zaak en met kennis van alle relevante (ACTUELE) gegevens een beslissing mag nemen (Cf. R.v.V. arrest n° 28599 van 11 juni 2009, punt 2.4.). Overigens staat ook vast dat het redelijkheidsbeginsel Uw Raad toestaat de bestreden beslissing onwettig te bevinden wanneer het tegen alle redelijkheid ingaat (Cf. Cf. R.v.V. arrest n° 28.602 van 11 juni 2009, punt 2.3. in fine en Cf. R.v.V. arrest n° 28.599 van 11 juni 2009, punt 2.4. in fine).

Verwerende partij stelt het volgende vast:

- dat verzoeker een actief inreisverbod van 3 jaren heeft en nog geen opheffing daarvan heeft gevraagd, dat loopt tot 28/07/2023;
- dat verzoeker blijkbaar geen bijzondere afhankelijkheidsrelatie kan aantonen met zijn minderjarig Belgisch kind;

Conform artikel 52 van het Vreemdelingen-KB heeft de gemeente aan verzoeker een bijlage 19ter afgeleverd.

Verzoeker heeft in casu een aanvraag gezinshereniging ingediend op basis van artikel 40ter van de Vreemdelingenwet, waardoor normalerwijze artikel 52 van het Koninklijk Besluit van 8 oktober 1981 verder bepaalt hoe de procedure gezinshereniging verder dient gevolgd te worden.

Verwerende partij is klaarblijkelijk de mening toegedaan dat ze de procedure gezinshereniging kan weigeren door een bijlage 20, wegens het bestaan van een inreisverbod.

De RVV stelde echter reeds in haar arrest nr. 135.627 van 19 december 2014 dat de Dienst Vreemdelingenzaken niet louter naar een eerder opgelegd inreisverbod kan verwijzen als motivering om de verblijfsaanvraag van familie van een Unieburger te weigeren.

RvV arrest nr. 139.567 van 26 februari 2015 en RvV arrest nr. 140 920 d.d. 12.03.15 zeggen hetzelfde over een verblijfsaanvraag van een familielid van een Belg. De DVZ moet de gezinshereniging onderzoeken en kan deze alleen gemotiveerd weigeren omdat de wettelijke voorwaarden niet voldaan zijn, of omdat er fraude of misbruik of een ernstige bedreiging van de openbare orde is.

In casu heeft verzoeker een blanco strafblad.

Het bestuur heeft verzoeker met de afgifte van de bijlage 19ter een tijdelijk verblijfsrecht toegestaan, waardoor het bevel d.d. 05.05.2018 impliciet, doch zeker werd ingetrokken (RvS 16 december 2014, nr. 229.575 en RvS 25 mei 2014, nr. 10.529).

Dit bevel om het grondgebied te verlaten is immers onverenigbaar met het nadien aan verzoeker toegekend tijdelijk verblijf. Het gegeven dat het slechts een tijdelijke en preciaire verblijfstitel betreft, doet hieraan geen afbreuk. De bijlage 19ter raakt niet enkel aan de uitvoerbaarheid van een verwijderingsmaatregel maar ook aan die verwijderingsmaatregel zelf (RvS 14 juni 2016, nr. 235.046 – RvV 18.11.2016, nr. 177 933, p.22).

De gemeente was conform artikel 52 van het koninklijk besluit van 1981 als het ware verplicht om een bijlage 19ter af te leveren.

In één arrest, waarnaar verwerende partij verwijst in de bestreden beslissing, oordeelde de RvS wel dat een inreisverbod een wettige reden vormt om een aanvraag gezinshereniging ten gronde te weigeren omdat het genot van een verblijfsrecht in België ook een recht op binnenkomst vereist. Dat laatste veronderstelt een afwezigheid van inreisverbod.

Om die reden volstaat een geldend inreisverbod als enige reden om een aanvraag gezinshereniging ten gronde te weigeren, aldus de Raad van State (RvS 9 augustus 2016, nr. 235.596). Deze zienswijze is duidelijk in strijd met de rechtspraak van het Hof van Justitie (zie infra).

In zijn arrest Ouhrami van 26 juli 2017 verduidelijkt het Hof van Justitie (HvJ) op vraag van de Hoge Raad der Nederlanden hoe artikel 11, lid 2 Terugkeerrichtlijn geïnterpreteerd moet worden.

Het HvJ verduidelijkt dat een inreisverbod pas ingaat op het ogenblik dat de betrokkene het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk verlaten heeft.

In casu heeft verzoeker nooit het Rijk verlaten, zodat het inreisverbod nooit is ingetreden!

Het inreisverbod en de rechtsgevolgen ervan beginnen te lopen vanaf de datum waarop de betrokkene het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk verlaten heeft.

Uit dit arrest volgt dat een inreisverbod pas uitwerking heeft vanaf het moment dat betrokkene het grondgebied van de lidstaten verlaat. Aangezien een inreisverbod volgens het Hof niet in werking kan treden bij blijvende aanwezigheid op het Belgisch grondgebied kan DVZ een niet-uitgevoerd BGV met inreisverbod NIET invoeren als motief om een latere verblijfsaanvraag niet in aanmerking te nemen of ten gronde te weigeren.

De bewoordingen van het arrest zijn duidelijk en niet voor interpretatie vatbaar.

Het inreisverbod sorteert pas rechtsgevolgen nadat de betrokkene het grondgebied van de Schengenlanden heeft verlaten, dus NIET eerder.

Verzoeker verwijst hiervoor naar de puntjes 42, 45, 49, 50, 51 en 53 van het arrest Ouhrami:

42. De vraag wat uiteindelijk het tijdstip is waarop een inreisverbod begint rechtsgevolgen teweeg te brengen, en op basis waarvan de duur van dat verbod moet worden berekend, dient te worden beantwoord gelet op de bewoordingen, de opzet en het doel van richtlijn 2008/115.

45. Uit de bewoordingen van deze bepalingen alsmede uit het gebruik van de uitdrukking „inreisverbod” vloeit voort dat een dergelijk verbod wordt geacht een terugkeerbesluit aan te vullen door het de betrokkene te verbieden gedurende een bepaalde tijd na zijn „terugkeer”, zoals deze term is gedefinieerd in artikel 3, punt 3, van richtlijn 2008/115, en dus na zijn vertrek van het grondgebied van de lidstaten, dat grondgebied opnieuw te betreden en er vervolgens te verblijven. Voor het ingaan van een dergelijk verbod is dus verondersteld dat de betrokkene dat grondgebied eerst heeft verlaten.

49. Daaruit volgt dat het onrechtmatige verblijf van de betrokkene tot het tijdstip van de vrijwillige of gedwongen uitvoering van de terugkeerverplichting en bijgevolg van de daadwerkelijke terugkeer naar zijn land van herkomst, een land van doorreis of een ander derde land, in de zin van artikel 3, punt 3, van richtlijn 2008/115, wordt beheerst door het terugkeerbesluit en niet door het inreisverbod, dat pas vanaf dat tijdstip rechtsgevolgen teweegbrengt door het de betrokkene te verbieden om gedurende een bepaalde periode na zijn terugkeer het grondgebied van de lidstaten weer te betreden en er opnieuw te verblijven.

50. Dus hoewel richtlijn 2008/15 de lidstaten op grond van artikel 6, lid 6, de mogelijkheid biedt om het terugkeerbesluit en het inreisverbod tegelijkertijd vast te stellen, volgt uit de opzet van deze richtlijn duidelijk dat deze twee besluiten los van elkaar staan: het eerste verbindt consequenties aan de onrechtmatigheid van het oorspronkelijke verblijf terwijl het tweede een eventueel later verblijf betreft en dit onrechtmatig maakt.

51. Een eventueel inreisverbod vormt aldus een middel om de doeltreffendheid van het terugkeerbeleid van de Unie te vergroten, door te waarborgen dat gedurende een bepaalde periode na de verwijdering van een illegaal verblijvende derdelander, deze persoon niet legaal zal kunnen terugkomen op het grondgebied van de lidstaten.

53. Uit de bewoordingen, de opzet en het doel van richtlijn 2008/115 vloeit dus voort dat het tijdvak van het inreisverbod pas ingaat vanaf de datum waarop de betrokkene het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk heeft verlaten.

Alle rechtscollages in de EU moeten in identieke of vergelijkbare situaties als die waarvan sprake is in de rechtszaak, de door het HvJ gegeven interpretatie van artikel 11, lid 2 Terugkeerrichtlijn volgen, en dit vanaf het moment dat het Hof uitspraak heeft gedaan.

De door het Hof gegeven uitleg van een bepaling geldt vanaf de datum van inwerkingtreding van die bepaling (ex tunc werking).

Ook de administratieve overheden zijn gebonden door de interpretatie van artikel 11, lid 2 Terugkeerrichtlijn.

De RvV en de Raad van State hebben de rechtspraak van het Hof van Justitie meerdere malen gevolgd.

Sinds het arrest *Ouhrami* vernietigt de RvV zonder voorwerp verklaringen van 9bis aanvragen wegens eerder opgelegd (en niet opgeheven of geschorst) inreisverbod. Het inreisverbod gaat pas in op het moment dat betrokkene het grondgebied verlaat en een 9bis aanvraag kan worden ingediend vanuit onwettig verblijf (RvV nr. 194066, 23 oktober 2017; RvV nr. 195142, 16 november 2017; RvV nr. 197804, 11 januari 2018; RvV nr. 202703, 19 april 2018; RvV nr. 205920, 26 juni 2018). Deze rechtspraak werd bevestigd door de RvS (Cass nr. 240394, 11 januari 2018).

Bovendien is de stelling van de RvS dat een verblijfsrecht op basis van artikel 40ter tevens een recht op toegang impliceert (en dus afwezigheid van inreisverbod) achterhaald door het arrest *K.A. t. België*. In dat arrest stelt het HvJ immers duidelijk dat een derdelands familielid van een statische Belg dat een verblijfsrecht ontleent aan artikel 20 VWEU, geen voorafgaand wettig verblijf (en dus recht op toegang) in de lidstaat veronderstelt. Het familielid put zijn verblijfsrecht immers rechtstreeks uit artikel 20 VWEU (zie *infra*).

De bestreden beslissing is tevens in strijd met artikel 20 VWEU. Dat oordeelde het Hof van Justitie (HvJ) in het arrest *K.A. e.a. tegen België* van 8 mei 2018 naar aanleiding van een aantal prejudiciële vragen van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

Artikel 20 VWEU stelt:

1. Er wordt een burgerschap van de Unie ingesteld. Burger van de Unie is eenieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit. Het burgerschap van de Unie komt naast het nationale burgerschap doch komt niet in de plaats daarvan.

2. De burgers van de Unie genieten de rechten en hebben de plichten die bij de Verdragen zijn bepaald. Zij hebben, onder andere,

a) het recht zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven;

b) het actief en passief kiesrecht bij de verkiezingen voor het Europees Parlement en bij de gemeenteraadsverkiezingen in de lidstaat waar zij verblijf houden, onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die staat;

c) het recht op bescherming van de diplomatieke en consulaire instanties van iedere andere lidstaat op het grondgebied van derde landen waar de lidstaat waarvan zij onderdaan zijn, niet vertegenwoordigd is, onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die lidstaat;

d) het recht om verzoekschriften tot het Europees Parlement te richten, zich tot de Europese ombudsman te wenden, alsook zich in een van de talen van de Verdragen tot de instellingen en de adviesorganen van de Unie te richten en in die taal antwoord te krijgen.

Deze rechten worden uitgeoefend onder de voorwaarden en binnen de grenzen welke bij de Verdragen en de maatregelen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld.

Volgens het HvJ verzet artikel 20 VWEU zich tegen de praktijk van een lidstaat, waarbij het een aanvraag gezinshereniging van een derdelands familielid van een eigen onderdaan, die nooit zijn recht op vrij verkeer uitgeoefend heeft, niet in aanmerking neemt om de enige reden dat tegen de derdelander een inreisverbod uitgevaardigd is.

De lidstaat onderzoekt de aanvraag gezinshereniging dan niet en gaat dus ook niet na of er een afhankelijkheidsrelatie bestaat tussen de derdelander en de eigen onderdaan (= Unieburger). Indien er een afhankelijkheidsrelatie zou bestaan, zou de weigering om aan de derdelander een afgeleid verblijfsrecht te geven tot gevolg hebben dat de Unieburger feitelijk gedwongen wordt het ganse EU-grondgebied te verlaten. In dat geval zou hem het effectieve genot ontzegd worden van zijn

voornaamste rechten die hij ontleent aan zijn status van Unieburger: het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten. Dat is een schending van artikel 20 VWEU.

In casu is er sprake van 1 minderjarige Belg. Ondertussen is de partner van verzoeker zwanger van tweede minderjarig Belgisch kind.

Bij de beoordeling van de afhankelijkheidsverhouding, dient rekening gehouden worden met alle omstandigheden van het geval, zoals:

- *wie heeft het ouderlijk gezag over het kind?*
- *welke ouder heeft de daadwerkelijke zorg over het kind?*
- *de leeftijd van het kind*
- *de lichamelijke en emotionele ontwikkeling van het kind*
- *de mate waarin het kind een affectieve relatie heeft met elk van zijn ouders*
- *het eventuele risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan als het wordt gescheiden van de ouder die onderdaan is van een derde land*
- *een verwantschapsband (biologisch of juridisch) met de derdelands ouder, is niet voldoende*
- *samenwoont met het kind is een van de relevante factoren om het bestaan van een afhankelijkheidsverhouding te bepalen, maar is geen absolute vereiste*

Het tijdstip waarop de afhankelijkheidsrelatie ontstaat (= vóór of na het opgelegde inreisverbod) is niet van belang voor het bekomen van een eventueel verblijfsrecht op basis van artikel 20 VWEU. Verzoeker is de vader van binnenkort 2 Belgische minderjarige kinderen.

In de bestreden beslissing wordt met geen op en niet afdoende wijze gerept over de belangen van de Belgische minderjarige zoon, E. M.A.

Indien verzoeker zou dienen terug te keren naar zijn herkomstland, zou dit de facto betekenen dat de vrouw en het (de) kind(eren) België zullen dienen te verlaten om zich bij verzoeker te voegen. In dat geval zou de kinderen het effectieve genot ontzegd worden van hun voornaamste rechten die zij ontleen aan hun status van Unieburger/Belg: nl. het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten. Dit is zoals hoger gezegd een schending van artikel 20 VWEU.

Het is evenmin relevant of het inreisverbod al dan niet definitief was op het ogenblik van de aanvraag gezinshereniging.

Het middel is ernstig en gegrond."

2.1.2. Waar verzoeker zich beroept op een schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, dient te worden opgemerkt dat deze artikelen de overheid verplichten om in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat op een "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. De belangrijkste bestaansredenen van de motiveringsplicht, zoals die wordt opgelegd door de voormelde wet van 29 juli 1991, bestaat erin dat de betrokkenen in de hen aanbelangende beslissing zelf de motieven moeten kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, derwijze dat blijkt, of minstens kan worden nagegaan, of de overheid is uitgegaan van gegevens die in rechte en in feite juist zijn, of zij die gegevens correct heeft beoordeeld, en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar beslissing is kunnen komen, opdat de betrokkenen met kennis van zaken zouden kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden.

2.1.3. Na een theoretische inleiding voert verzoeker *in concreto* aan dat ingevolge de aanvraag tot gezinshereniging op grond van artikel 40ter 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) een voorlopig verblijfsdocument 'bijlage 19ter' werd afgeleverd, zodat het bevel van 5 mei 2018 impliciet, maar zeker werd ingetrokken. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad) merkt in dit verband op dat artikel 1/3 van de vreemdelingenwet, zoals ingevoerd door de wet van 24 februari 2017, bepaalt dat het indienen van een verblijfsaanvraag het bestaan van een vroegere verwijderingsmaatregel niet aantast en dat de afgifte van een voorlopig verblijfsdocument tijdens het onderzoek de uitvoerbaarheid van een dergelijke maatregel enkel opschort.

Waar verzoeker op grond van het arrest van het Hof van Justitie van 26 juli 2017, *Ouhrami*, aanvoert dat hij het grondgebied nog niet heeft verlaten en het inreisverbod hem aldus niet kan worden tegengesteld, merkt de Raad op dat de Raad van State onder meer in zijn arrest nr. 247.421 van 17 april 2020 heeft verduidelijkt dat het feit dat de betrokken vreemdeling het grondgebied nog niet heeft verlaten, overeenkomstig het arrest *Ouhrami*, enkel tot gevolg heeft dat de termijn van het inreisverbod nog geen aanvang heeft genomen. Dit doet echter geen afbreuk aan de vaststelling dat een inreisverbod werd uitgevaardigd en verzoeker dus niet op het grondgebied aanwezig mag zijn.

2.1.4. Vervolgens verwijst verzoeker naar het arrest in de zaak C-82/16 van 8 mei 2018 *K.A. tegen België* waarin het Hof van Justitie oordeelde dat artikel 20 van het Verdrag met betrekking tot de Werking van de Europese Unie er aan in de weg staat dat een verzoek tot gezinshereniging van een derdelander met een Unieburger wordt afgewezen omwille omdat hem de toegang tot het grondgebied is verboden, zonder dat is onderzocht of er een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat tussen die Unieburger en de derdelander dat de weigering tot gevolg zou hebben dat de betrokken Unieburger feitelijk gedwongen is het grondgebied van de Unie als geheel te verlaten. Verzoeker voert aan dat deze afweging niet naar behoren is geschied en dat niet werd gemotiveerd omtrent de belangen van de minderjarige Belgische zoon.

In het arrest *K.A. van het Hof van Justitie* (HvJ 2 mei 2018 (GK), nr. C-82/16, *K.A.*) worden een aantal richtsnoeren gegeven voor het voeren van het afhankelijkheidsonderzoek wanneer de betrokken Unieburger minderjarig is (*ibid.*, pt. 70-76). Uitgangspunt is dat het bestaan van een gezinsband tussen de minderjarige Unieburger en zijn ouder die derdelander is, of dit nu een biologische dan wel een juridische is, niet kan volstaan als rechtvaardiging om aan die ouder op grond van artikel 20 van het VWEU een afgeleid recht van verblijf op het grondgebied van de lidstaat waarvan het minderjarige kind onderdaan is, toe te kennen. Er moet, zoals gesteld en zoals in de bestreden beslissing ook wordt aangegeven, een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaan dat het kind gedwongen zou zijn het grondgebied van de Unie te verlaten als aan de vreemdeling een verblijfsrecht wordt geweigerd. Bij de beoordeling of er sprake is van een dergelijke afhankelijkheidsverhouding, is het relevant wie het gezag over het kind heeft en of de wettelijke, financiële en affectieve last van het kind berust bij de ouder die een derdelander is. Daarbij moet wordt bepaald welke ouder de daadwerkelijke zorg over het kind heeft en of er een daadwerkelijke afhankelijkheidsverhouding bestaat tussen het kind en de ouder die derdelander is. In het kader van deze beoordeling houden de bevoegde overheden rekening met het recht op eerbiediging van het gezinsleven zoals dat is neergelegd in artikel 7 van het Handvest, samen gelezen met de verplichting tot inachtneming van het in artikel 24, lid 2, van het Handvest erkende hogere belang van het kind – bepaling waarvan de verzoekende partij overigens eveneens de schending aanvoert. De omstandigheid dat de andere ouder, wanneer deze een Unieburger is, echt in staat en bereid is om de dagelijkse daadwerkelijke zorg voor het kind alleen te dragen, vormt een relevant gegeven maar volstaat op zich niet om te kunnen stellen dat de vereiste afhankelijkheidsverhouding tussen de ouder-derdelander en de minderjarige Unieburger niet aanwezig is. Om tot een dergelijke vaststelling te komen moet, in het hoger belang van het kind, rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, met name de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate waarin het een affectieve relatie met elk van zijn ouders heeft, en het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het werd gescheiden van de ouder die onderdaan van een derde land is. Het al dan niet samenwonen van de ouder-derdelander met de minderjarige Unieburger vormt één van de in aanmerking te nemen relevante factoren om te bepalen of er tussen hen sprake is van een afhankelijkheidsverhouding maar is geen noodzakelijke voorwaarde daarvoor.

In de thans voorliggende zaak is verzoeker een derdelander die zich wenst te voegen bij zijn Belgisch minderjarig kind. Met betrekking tot de afhankelijkheidsrelatie motiveert de bestreden beslissing:

“Overeenkomstig het Arrest van Hof van Justitie in de zaak C-82/16 van 8 mei 2018, dient beoordeeld te worden of er een zodanige afhankelijkheidsverhouding tussen betrokkene en zijn partner, en betrokkene en zijn kind bestaat dat deze kan rechtvaardigen dat aan betrokkene een afgeleid verblijfsrecht zou moeten worden toegekend. Vooreerst kan opgemerkt worden dat er reeds met betrokkenes gezinssituatie rekening werd gehouden bij het nemen van het inreisverbod. Tevens dient te worden benadrukt dat het loutere bestaan van een gezinsband tussen betrokkene en zijn partner, en het loutere bestaan van een gezinsband tussen een minderjarige Unieburger en zijn ouder die derdelander is, niet kunnen volstaan als rechtvaardiging om aan die ouder een afgeleid recht van verblijf toe te kennen. Het Hof benadrukt namelijk in het voornoemde arrest dat volwassenen in beginsel in staat zijn om onafhankelijk van hun familieleden een leven te leiden. Voor een volwassene is een afgeleid

verblijfsrecht dan ook slechts in uitzonderlijke gevallen voorstelbaar, namelijk wanneer de betrokkene, gelet op alle relevante omstandigheden, op geen enkel wijze kan worden gescheiden van het familielid van wie hij afhankelijk is. Uit het dossier blijkt dat de partner van betrokkene, net zoals zijn kind, drager is van de Belgische nationaliteit. Wat de beoordeling van een eventuele afhankelijkheidsverhouding betreft, in het belang van het kind, kan worden opgemerkt dat er ook hier evenmin sprake is van een zodanige afhankelijkheidsverhouding dat deze betrokkene de toekenning van een afgeleid verblijfsrecht zou rechtvaardigen. Er blijkt geen afhankelijkheidsrelatie tussen betrokkene en het kind te bestaan in die zin dat de aanwezigheid van betrokkene in het Rijk werkelijk is vereist. Er kan wel worden verondersteld dat betrokkene met zijn kind een affectieve band heeft. Echter blijkt nergens uit het dossier dat zijn aanwezigheid in België onontbeerlijk is om het vrij verkeer van zijn partner en kind te vrijwaren. Uit niets in het dossier blijkt dat de moeder de zorg voor het kind niet op zich zou kunnen nemen. Niets sluit uit dat betrokkene financieel bijdraagt vanuit het buitenland en er een andere contactregeling kan worden getroffen via moderne communicatiemiddelen of occasionele bezoeken van het kind aan betrokkene in het buitenland. Minstens tot op het moment dat de opheffing van het inreisverbod zou worden bekomen of dat de termijn van het inreisverbod werd gerespecteerd en betrokkene legaal kan terugkeren naar België.

Op grond van bovenstaande wordt geconcludeerd dat uit niets blijkt dat de naleving van de verplichting voor betrokkene om het Belgisch grondgebied en van de Europese Unie te verlaten teneinde om de opheffing of opschorting van het geldende inreisverbod te verzoeken, de Belgische partner en het kind ertoe zouden dwingen betrokkene te vergezellen en dus eveneens het grondgebied van de Unie in zijn geheel te verlaten. De afhankelijkheidsrelatie zoals vereist om een afgeleid verblijfsrecht af te kunnen dwingen, kan hier dus niet worden vastgesteld.”

Verzoeker wijst erop dat de referentiepersoon *in casu* een minderjarig Belgisch kind is. Verzoekers partner is zwanger van een tweede kind. Verzoeker betoogt dat niet *in concreto* werd nagegaan wie de daadwerkelijke zorg heeft over het kind, wie het ouderlijk gezag uitoefent, er wordt niet verwezen naar de leeftijd, de lichamelijke en emotionele ontwikkeling, het risico voor het evenwicht van het kind indien het wordt gescheiden van de ouder, de verwantschapsband en de samenwoning. Dit wordt in de bestreden beslissing onderkend, maar er wordt gemotiveerd dat verzoekers aanwezigheid in België onontbeerlijk is om het vrij verkeer van zijn partner en kind te vrijwaren. Er blijkt niet dat de moeder de zorg voor het kind niet op zich zou kunnen nemen en dat verzoeker financieel bijdraagt vanuit het buitenland en via moderne communicatiemiddelen of occasionele bezoeken van het kind aan betrokkene in het buitenland.

Verzoeker verwijst naar de criteria die aangewezen werden door het Hof van Justitie in de zaak K.A. (HvJ 8 mei 2018, C-82/16, pt. 70-76) om te bepalen of er sprake is van een dergelijke afhankelijkheidsverhouding. Hij toont daarmee niet aan dat in de bestreden beslissing ten onrechte werd geoordeeld dat het loutere bestaan van een gezinsband tussen betrokkene en zijn partner en de minderjarige Unieburger niet volstaat om aan verzoeker een afgeleid recht van verblijf toe te kennen. Verzoekers partner is Belg en er blijkt niet dat verzoekers aanwezigheid in België onontbeerlijk is om het vrij verkeer van zijn partner en kind te vrijwaren. Er blijkt niet dat de moeder de zorg voor het kind niet op zich zou kunnen nemen en dat verzoeker financieel niet zou kunnen bijdragen vanuit het buitenland en contact kan worden gehouden via moderne communicatiemiddelen of occasionele bezoeken van het kind aan verzoeker in het buitenland, tot op het moment dat de opheffing van het inreisverbod zou worden bekomen of dat de termijn van het inreisverbod werd gerespecteerd en betrokkene legaal kan terugkeren naar België. Verzoeker weerlegt niet dat zijn Belgische partner inmiddels niet voor het kind zou kunnen zorgen. Verzoeker toont aldus niet aan dat hem een verblijfsrecht moest worden toegekend, omdat zijn Belgisch minderjarig kind anders feitelijk gedwongen zou zijn om het grondgebied van de Unie als geheel te verlaten, zodat het effectieve genot van de voornaamste aan zijn status ontleende rechten zou worden ontzegd.

Het eerste middel is niet gegrond.

2.2.1. Verzoeker voert een tweede middel aan dat hij uiteenzet als volgt:

“Tweede Middel: Schending van artikel 8 EVRM, schending van de rechtspraak van het Hof van Justitie zoals vastgelegd in het arrest Jeunesse tegen Nederland, schending van het algemeen rechtsbeginsel ‘fair balance’, schending van art. 3 Kinderrechtenverdrag.

Met betrekking tot de schending van artikel 8 EVRM:

Artikel 8 van het EVRM bepaalt dat:

“Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.

Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”

Het recht op een gezinsleven dat geput kan worden uit artikel 8 van het EVRM sluit niet uit dat de overheid, gelet op het tweede lid van artikel 8 van het EVRM, zich in het gezinsleven mengt op voorwaarde dat dit gebeurt via een maatregel die voorzien is bij de wet, dat de inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving en dat een legitiem doel wordt nagestreefd.

Echter is het zo dat de bestreden beslissing op geen enkele wijze in evenredigheid is met de grote schade die zij aanricht aan het hele gezin.

De bestreden beslissing is echter enkel onrechtmatig wanneer zij het resultaat is van een kennelijk onredelijk handelen, en wanneer het voordeel dat de overheid uit de bestreden beslissing zou putten, buiten elke redelijke verhouding staat tot het nadeel dat de verzoekende partij erdoor ondergaat.

Verweerster heeft haar beslissing hieromtrent niet correct gemotiveerd en heeft op geen enkel moment een ernstige belangenafweging gemaakt die de beslissing zou kunnen verantwoorden.

Verweerster beperkt zich door te stellen dat verzoeker een inreisverbod heeft.

Verweerster is op de hoogte van de familiale situatie van verzoeker, doch veronderstelt dat er tussen verzoeker en zijn Belgisch minderjarig kind geen afhankelijkheidsrelatie zou bestaan.

Verwerende partij heeft slechts een zwakke poging ondernomen om rekening te houden met de familie- en gezinsleven van verzoeker.

Verzoeker woont samen met zijn 1 Belgisch kind, een Belgische partner, die thans zwanger is van hun tweede Belgisch kind.

De bestreden beslissing is dan ook onjuist.

In elke verblijfsbeslissing die mogelijk het recht op gezinsleven (artikel 8 EVRM) schendt, moet de staat bovendien het hoger belang van het kind in overweging nemen. Dat volgt uit het arrest Jeunesse tegen Nederland van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

Verzoeker is, zoals boven vermeld, de vader van 1 Belgisch minderjarig kind.

Verwerende partij moest nagaan of de beslissing het recht op een gezinsleven (artikel 8 EVRM) al dan niet schendt. Zij moest een belangenafweging ('fair balance'-toets) maken: dat is een afweging tussen het belang van de staat om immigratie te controleren, en het belang van de vreemdeling om een gezinsleven te hebben op het grondgebied van de staat. In die afweging moet de overheid voldoende gewicht toekennen aan het hoger belang van het kind.

Dit is de 'fair balance'-toets. Bij de belangenafweging moet de staat onder meer rekening houden met de volgende elementen:

- *de mate waarin het gezinsleven daadwerkelijk wordt verbroken bij uitwijzing naar het land van bestemming,*
- *de omvang van de banden in de staat,*
- *de aanwezigheid van onoverkomelijke hinderpalen die verhinderen dat het gezinsleven elders normaal en effectief wordt uitgebouwd of verdergezet.*
- *de vraag of de vreemdeling wist, op het moment dat hij het gezinsleven creëerde, dat het voortbestaan van dit gezinsleven van bij het begin onzeker was omwille van zijn precair verblijf. Als dit*

het geval is, volgt uit vaste rechtspraak van het EHRM dat de uitwijzing van een derdelands-familieelid slechts in uitzonderlijke omstandigheden een schending kan uitmaken van artikel 8 EVRM.

- Tot slot moet het hoger belang van het kind in overweging genomen worden, wanneer kinderen betrokken zijn bij de verblijfsaanvraag. Het Hof herhaalt zijn rechtspraak dat er een brede consensus bestaat, ook in het internationale recht, dat in alle beslissingen waarbij kinderen betrokken zijn, hun belangen van het hoogste belang zijn.

Uit dit arrest blijkt dat staten bij de beoordeling van eender welke verblijfsaanvraag waarin de aanvrager zijn gezinsleven inroept, een grondige belangenafweging moet maken. Wanneer kinderen betrokken zijn moet het hoger belang van het kind mee in overweging genomen worden.

Artikel 3 Kinderrechtenverdrag legt staten op om ervoor te zorgen dat “bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, [...] de belangen van het kind de eerste overweging vormen.”

In casu is de ‘fair balance’-toets niet voldoende gebeurd, minstens is de toets niet afdoende om een weigering van verblijf te verantwoorden.

Dat ondanks deze elementen, de Dienst Vreemdelingenzaken niet getuigt van een proportioneel en zorgvuldig handelen;

Dat er dan ook een schending voorhanden is van artikel 8 EVRM, daar met het gezinsleven van verzoeker door verwerende partij schromelijk met de voeten werd gestreden.

Uit de in het eerste middel aangehaalde elementen en feitelijkheden maakt verzoeker minstens aannemelijk dat de verwerende partij een disproportionele beslissing heeft genomen en dat het voordeel dat de verweerder uit de bestreden beslissing haalt, buiten elke redelijke en evenwichtige verhouding is tot het nadeel dat verzoeker en familieleden.

Dat verzoeker duurzame en hechte relatie heeft met zijn familieleden. Immers, alle gegevens bevinden zich in het administratief dossier en/of zijn ter beschikking van verwerende partij.

Dat verwerende partij geen enkele ernstige afweging heeft gemaakt van de persoonlijke belangen van verzoeker. Immers, verzoeker toonde minstens aan dat hij een gezinscel vormt in de zin van artikel 8 EVRM.

Bovendien is er sprake van een voldoende hechte relatie tussen de verzoeker en Belgische familieleden. Het is nagenoeg onmogelijk (of alleszins bijzonder moeilijk) voor verzoeker om op basis van deze opgebouwde relatie in zijn land van oorsprong een familieleven te leiden, daar het centrum van zijn sociale, familiale en economische belangen zich in België bevinden en zijn land van oorsprong nu eenmaal België is.

Gelet op dit alles maakt verzoeker minstens aannemelijk dat er sprake is van een kennelijk disproportionele en kennelijk onredelijke beslissing, dewelke in strijd is met de bepalingen en de geest van artikel 8 EVRM.

Minstens is er een schending van artikel 8 EVRM vast te stellen;

Om deze redenen dient de bestreden beslissing te worden vernietigd;”

2.2.2. Artikel 8 van het EVRM bepaalt:

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

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

Wanneer een risico van schending van het respect voor het privé- en/of familie- en gezinsleven wordt aangevoerd, kijkt de Raad in de eerste plaats na of er een privé- en/of familie- en gezinsleven bestaat in de zin van het EVRM, vooraleer te onderzoeken of hierop een inbreuk werd gepleegd door de bestreden beslissing. Bij de beoordeling of er al dan niet sprake is van een privé- en/of familie- en gezinsleven, dient de Raad zich te plaatsen op het tijdstip waarop de bestreden beslissing is genomen (EHRM 31 oktober 2002, *Yildiz/Oostenrijk*, § 34; EHRM 23 juni 2008, *Maslov/Oostenrijk (GK)*, § 61). De verzoekende partij die een schending van artikel 8 van het EVRM aanvoert, zal vooreerst het bestaan moeten aantonen van het privé- en/of het familie- en gezinsleven waarop zij zich beroept, en dit op voldoende nauwkeurige wijze in achtgenomen de omstandigheden van de zaak.

In deze zaak beroept de verzoekende partij zich op een schending van haar recht op het gezinsleven zoals beschermd door artikel 8 van het EVRM. Dit artikel definieert niet het begrip 'familie- en gezinsleven', die onafhankelijk van het nationale recht dient te worden geïnterpreteerd. Wat het bestaan van een gezinsleven betreft, dient vooreerst te worden nagegaan of er sprake is van een gezin en of in de feiten blijkt dat de persoonlijke band tussen de gezinsleden voldoende hecht is (EHRM 12 juli 2001, *K. en T./Finland (GK)*, § 150; EHRM 2 november 2010, *Şerife Yiğit/Turkije (GK)*, § 93). De beoordeling of er sprake kan zijn van een familie- en gezinsleven, is een feitenkwestie. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat de gezinsband tussen een ouder en zijn minderjarig kind wordt verondersteld (EHRM 28 november 1996, *Ahmut/Nederland*, § 60; EHRM 2 november 2010, *Şerife Yiğit/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 scheiding of de echtscheiding van de ouders kunnen niet als dergelijke omstandigheden beschouwd worden, noch het feit dat de contacten tussen het kind en zijn ouder die het niet opvangt, slechts af en toe zouden plaatsvinden (EHRM 11 juli 2000, *Ciliz/Nederland*, § 59).

In voorliggende zaak betreft het een situatie van eerste toelating. Hierbij oordeelt het EHRM dat er geen inmenging is en geschiedt geen toetsing aan de hand van het tweede lid van artikel 8 van het EVRM. In dit geval moet er volgens het EHRM onderzocht worden of er een positieve verplichting is voor de staat om het recht op privé- en/of familie- en gezinsleven te handhaven en te ontwikkelen (EHRM 28 november 1996, *Ahmut/Nederland*, § 63; EHRM 31 januari 2006, *Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland*, § 38; EHRM 3 oktober 2014, *Jeunesse/Nederland (GK)*, § 105). Dit geschiedt aan de hand van de 'fair balance'-toets waarbij wordt nagegaan of de staat een redelijke afweging heeft gemaakt tussen de concurrerende belangen van het individu enerzijds, en de samenleving anderzijds. Staten beschikken bij deze belangenafweging over een zekere beoordelingsmarge. De omvang van de positieve verplichting is afhankelijk van de specifieke omstandigheden van de betrokken individuen en het algemeen belang (EHRM 17 oktober 1986, *Rees/The United Kingdom*, § 37; EHRM 31 januari 2006, *Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland*, § 39; EHRM 3 oktober 2014, *Jeunesse/Nederland (GK)*, §§ 106-107). In het kader van een redelijke afweging worden een aantal elementen in rekening genomen, met name de mate waarin het gezins- en privéleven daadwerkelijk wordt verbroken, de omvang van de banden in de Verdragsluitende Staat, alsook de aanwezigheid van onoverkomelijke hinderpalen die verhinderen dat het gezinsleven in het land van herkomst normaal en effectief wordt uitgebouwd of verdergezet. Deze elementen worden afgewogen tegen de aanwezige elementen van immigratiecontrole of overwegingen inzake openbare orde. Een andere belangrijke overweging is of het gezinsleven zich heeft ontwikkeld in een periode waarin de betrokken personen zich ervan bewust dienden te zijn dat de verblijfsstatus van een van hen ertoe leidt dat het voortbestaan van dit gezinsleven in het gastland vanaf het begin precair zou zijn. Waar dit het geval is, zal er enkel in zeer uitzonderlijke omstandigheden sprake zijn van een schending van artikel 8 van het EVRM (EHRM 3 oktober 2014, *Jeunesse/Nederland (GK)*, § 108; zie ook EHRM 17 april 2014, *Paposhvili/België*, § 142).

Wat dit laatste aspect betreft, moet worden vastgesteld dat, toen verzoekers zoon werd geboren, hij reeds het voorwerp uitmaakte van het vermelde inreisverbod dat definitief geworden was. Het komt dus aan de verzoeker toe om aan te tonen dat er in zijn geval sprake is van de vereiste zeer uitzonderlijke omstandigheden, wil hij een schending van artikel 8 van het EVRM aannemelijk maken. Zoals hiervoor reeds werd vastgesteld, betwist de verwerende partij niet dat de verzoeker een zekere vaderrol speelt in het leven van zijn zoon. Zij heeft echter vastgesteld dat het kind kan worden opgevangen en verzorgd door de moeder en dat, gedurende de geldigheidsduur van het inreisverbod, verzoeker het gezin financieel kan bijstaan en er contact kan worden gehouden via moderne communicatiemiddelen en periodieke bezoeken in het buitenland. Er werd aldus geoordeeld dat de terugkeer van verzoeker gedurende de looptijd van het inreisverbod het welzijn, het welbevinden en de ontwikkeling van zijn zoon niet in de weg staat. Zoals hoger gesteld, wordt erop gewezen dat verzoeker en zijn partner dit

gezinsleven hebben gesticht terwijl zij zich bewust waren van de precare verblijfssituatie van verzoeker, en dat het hen vrij staat om zich elders te vestigen waar zij samen legaal kunnen verblijven of om dit gezinsleven zo in te richten dat moeder en kind in België verblijven terwijl de verzoekende partij een andere verblijfplaats kiest. De verwerende partij stelt dat dit geen afbreuk hoeft te doen aan het gezinsleven voor zover zij bereid zijn om op afstand nauwe contacten te onderhouden, eventueel via de moderne communicatiemiddelen.

Deze motieven tonen aan dat de verwerende partij in wezen is nagegaan in welke mate de bestaande gezinsbanden daadwerkelijk worden verbroken, alsook of er onoverkomelijke hinderpalen aanwezig zijn die verhinderen dat deze gezinsbanden bij terugkeer van de verzoekende partij naar Marokko kunnen worden verdergezet. De verzoekende partij toont niet aan dat de belangenafweging die de verwerende partij heeft doorgevoerd kennelijk onredelijk is, of in strijd met artikel 8 van het EVRM, en dat hij de gezinsband met zijn kind niet zou kunnen onderhouden vanuit zijn land van herkomst. Uit de bestreden beslissing blijkt verder dat de verwerende partij wel degelijk rekening heeft gehouden met het belang van het kind. Immers, zij heeft zich gebogen over de vraag of het wel aangewezen is voor het kind dat de verzoeker zich daadwerkelijk bij hem voegt, maar heeft geoordeeld dat de omstandigheden eigen aan de zaak, zoals hoger omschreven, de bestreden beslissing niet in de weg staan nu geen bijzondere afhankelijkheidsband tussen de verzoeker en zijn zoon blijkt. Gelet op het geheel van motieven omtrent het gezinsleven tussen de verzoeker en zijn zoon is een disproportionaliteit tussen de belangen van de verzoeker en zijn kind enerzijds en de belangen van de Belgische Staat in het kader van het doen naleven van de verblijfsreglementering anderzijds, niet aangetoond. Het blijkt niet dat er in voorliggende zaak sprake is van dermate uitzonderlijke omstandigheden dat er sprake is van een schending van artikel 8 van het EVRM. Evenmin leidt de uiteenzetting van verzoeker ertoe aan te nemen dat er een schending is van het hoger belang van het kind op grond van artikel 3 van het Kinderrechtenverdrag.

Het tweede middel is niet gegrond.

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 negen juni tweeduizend eenentwintig door:

dhr. C. VERHAERT,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken.

dhr. K. VERKIMPEN,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

K. VERKIMPEN

C. VERHAERT