

Arrest

nr. 258 387 van 19 juli 2021
in de zaak RvV X / IX

In zake: X

**Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat R. AKTEPE
Amerikalei 95
2000 ANTWERPEN**

tegen:

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

DE WND. VOORZITTER VAN DE IXde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Marokkaanse nationaliteit te zijn, op 1 maart 2021 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie van 29 januari 2021 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten.

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

Gezien de beschikking houdende de vaststelling van het rolrecht van 5 maart 2021 met refertenummer X.

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 21 april 2021, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 5 mei 2021 .

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken A. WIJNANTS

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. HAEGEMAN, die loco advocaat R. AKTEPE verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat M. DUBOIS die loco advocaten C. DECORDIER en T. BRICOUT verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1. Bij koninklijk besluit van 10 augustus 2015 werd verzoeker bevolen het Belgisch grondgebied te verlaten en werd hem gedurende 10 jaar de toegang tot het Rijk verboden.

1.2. Op 19 maart 2019 diende verzoeker een aanvraag in voor een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, op grond van artikel 40*bis* van de 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), met het oog op gezinshereniging met zijn in België verblijvende Nederlandse echtgenote.

1.3. Op 23 mei 2019 besloot de gemachtigde van de burgemeester van Antwerpen tot de weigering van het verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20), dit na een negatieve woonstcontrole, meer bepaald omdat verzoeker in de gevangenis verblijft.

1.4. Op 28 juni 2019 diende verzoeker een tweede, gelijkaardige aanvraag in, via een volmacht aan zijn raadsman.

1.5. Op 23 december 2019 besliste de gemachtigde van de toenmalige minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid en van Asiel en Migratie tot de weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20). Het beroep dat verzoeker indiende tegen deze beslissing werd door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen gegrond bevonden. De beslissing van 23 december 2019 werd aldus bij arrest nr. 236 800 van 12 juni 2020 vernietigd, waardoor de verblijfsaanvraag op grond van artikel 40bis van de Vreemdelingenwet opnieuw open viel.

1.6. Op 19 juni 2020 werd verzoeker opnieuw in het bezit gesteld van een attest van immatriculatie.

1.7. Op 29 januari 2021 nam de verwerende partij in hoofde van verzoeker opnieuw een beslissing van weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten. Dit is de thans bestreden beslissing, en ze luidt 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 28/06/2019 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.

Op datum van 28/06/2019 heeft betrokkene een aanvraag tot vestiging ingediend in de hoedanigheid van echtgenoot van de genaamde A.K. van Nederlandse nationaliteit in toepassing van artikel 40 bis van de wet van 15/12/80. Deze aanvraag werd oorspronkelijk geweigerd met een bijlage 20 dd. 23/12/2019. De RVV vernietigde deze beslissing bij arrest 236.800 dd. De beslissing in bijlage betreft een nieuwe beslissing aangaande bovenstaande aanvraag.

Het verblijfsrecht dient opnieuw 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 zich tussen 28 februari en 13 februari 2009 schuldig heeft gemaakt, als dader of mededader, aan verdovende middelen te hebben in bezit gehad, verkocht ofte koop gesteld, afgeleverd of aangeschaft, namelijk cannabis en cocaïne, het misdrijf een daad zijnde van deelneming aan de hoofd- of bijkomende bedrijvigheid van een vereniging, in de hoedanigheid van een leidend persoon; aan wetens en willensdeel te hebben uitgemaaktls leidend persoon van een criminele organisatie, me las oofmerk het in onderling overleg plegen van misdaden en wanbedrijven tot een definitief geworden gevangenisstraf van 5 jaar;

Overwegende dat betrokkene zich op 10 juli 2009 schuldig heeft gemaakt aan verdovende middelen te hebben in bezit gehad, verkocht of te koop gesteld, afgeleverd of aageschaft, namelijk cannabis, feit waarvoor hij op 1 juni 2010 werd veroordeeld tot een werkstraf van 60 uren die vervangen werden dooreen gevangenisstraf van 3 maanden;

Overwegende dat betrokkene zich tussen 31 augustus 2011 en 30 maart 2012 schuldig heeft gemaakt, als dader of mededader, aan verdovende middelen te hebben in bezit gehad, verkocht ofte koop gesteld, afgeleverd of aangeschaft, namelijk cocaïne en heroïne, het misdrijf een daad zijnde van deelneming aan de hoofd- of bijkomende bedrijvigheid van een vereniging, in de hoedanigheid van een leidend persoon; aan wetens en willens deel te hebben uitgemaakt als leidend persoon van een criminele organisatie, met als oogmerk het in onderling overleg plegen van misdaden en wanbedrijven, in staat van bijzondere herhaling, feiten waarvoor hij op 8 maart 2013 werd veroordeeld tot een definitief geworden gevangenisstraf van 6 jaar;

Overwegende dat uit de activiteiten, waarvoor betrokkene veroordeeld is, blijkt dat hij door zijn persoonlijk gedrag en handelen onbetwistbaar en bij herhaling een ernstige aanslag op de openbare orde van de samenleving heeft gepleegd; dat handel in grote hoeveelheden drugs een ernstige aanslag is op de openbare orde van de samenleving, omwille van de vele gezondheidsrisico's en criminaliteit die druggebruik voor vele verslaafden teweeg brengt en de aard van de criminele activiteiten die het drugsmisdaadmilieu kenmerken; dat betrokkene geen enkel respect heeft voor andermans gezondheid en uit is op zeer gemakkelijk geldgewin; dat hij bovendien kennelijk geen enkele lering trok uit zijn eerdere veroordeling; dat de zwaarte van het geheel van de gevangenisstraffen daartoe onmiskenbaar een duidelijke indicatie vormt;

Overwegende dat betrokkene voor deze feiten werd onderworpen aan een koninklijk besluit tot uitzetting dd. 10/08/2015 met een inreisverbod van 10 jaar op het grondgebied, hem betekend op 21/08/2015 in de gevangenis van Wortel dewelke pas in werking zal treden vanaf de datum van zijn invrijheidstelling,

Overwegende dat nergens uit zijn dossier blijkt dat hij 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 29/03/2012 en zijn strafeinde komt pas te verstrijken op 29/03/2022. Nergens zijn er in zijn dossier elementen terug te vinden van inspanningen die hij zou hebben geleverd die van belang zouden kunnen zijn bij zijn strafuitvoering. Integendeel hij heeft geen penitentiaire verlopen of uitgangspersmissies bekomen; meer nog zijn verzoek tot het plaatsen onder elektronisch toezicht werd op 31/08/2020 door de strafuitvoeringsrechtbank van Gent afgewezen. Momenteel is er een nieuw verzoek hangende;

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.

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.

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 is op 24/05/2005 gehuwd te Tanger met de genaamde A.K. [...] van Nederlandse nationaliteit. Zij is sedert februari 2005 gevestigd in België. Uit dit huwelijk zijn 5 kinderen geboren nl. op 12/10/2005, 20/02/2008, 22/08/2011, 01/06/2018 en 26/12/2019.

Van een volwaardig gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM waarbij betrokkene zijn verantwoordelijkheid heeft opgenomen ten aanzien van zijn kinderen en mee heeft ingestaan voor hun opvoeding en hun verzorging is weinig sprake.

Er is vooreerst het feit dat betrokkene sedert 29/03/2012 in de gevangenis verblijft en ook voorheen is opgesloten geweest, nl. van 12/02/2009 tot 30/07/2009 en van 25/11/2009 tot 11/01/2010 en van 03/03/2010 tot 14/07/2010, Verder blijkt uit het dossier van betrokkene dat ook het gezinsleven vóór zijn opsluitingen op losse schroeven stond. Op 01.03.2007 werd er door Mevrouw A. een verzoekschrift neergelegd bij het Vrederegerecht van Antwerpen om dringende en voorlopige maatregelen te bekomen.

Op 21.03.2007 machtigde de vrederechter aan eiseres om afzonderlijk te wonen. Deze beschikking was 6 maanden geldig. Er werd op 08.02.2007, 01.03.2007 en op 05.04.2007 een proces verbaal van verhoor opgesteld waarin A.K. klacht indiende tegen betrokkene uit hoofde van het schoppen tegen haar heen, het stelen van haar identiteitsbewijs, huissleutels en trouwdocumenten en bedreigingen. Mevrouw legde op 26.04.2007 een klacht neer wegens schijnhuwelijk.

Uit het rijksregister van betrokkene blijkt dan ook dat betrokkene reeds sedert 18/01/2007 niet langer op het adres woonachtig was van zijn echtgenote en kinderen. Later verklaarde hij op 16/02/2017 in een interview aan de DVZ in de gevangenis van Beveren dat hij gescheiden is van zijn vrouw dat zijn vrouw niet naar hem omziet en hij zijn leven wil verderzetten in Marokko met een andere vrouw. Nadien werden toch nog twee kinderen geboren uit het huwelijk met zijn vrouw toen hij in gevangenschap was. Het is meer dan duidelijk dat de relatie met zijn vrouw eerder een knipperlichtrelatie betreft.

Wat de relatie met zijn kinderen betreft, dient er eerder worden aangenomen dat de zorg voor de kinderen overwegend werd en wordt gedragen door de moeder. Betrokkene verblijft heden in de gevangenis, verbleef in het verleden ook reeds in de gevangenis en is eerder niet dan wel samenwonend geweest met zijn kinderen.

De dagelijkse zorg is reeds lange tijd aan de moeder van de kinderen toegedragen geweest. Zij is nog steeds de primaire en continue zorgfiguur voor de kinderen. Dat zijn vrouw en kinderen op bezoek komen in de gevangenis is niet doorslaggevend om van werkelijke gezinsbanden te kunnen spreken.

Net om deze redenen is deze beslissing tot weigering van verblijf 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 anderebelangen (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 omwille van het nog van kracht zijnde besluit tot uitzetting, 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 partneren 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 moeders 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.

Wat betreft de duur van zijn verblijf in België; hij diende op 17/08/2005 een aanvraag tot vestiging in als echtgenoot. Op 19/09/2005 werd hij gevestigd. Op 12/02/2009 werd hij reeds onder aanhoudingsmandaat geplaatst. Op 16/03/2012 werd zijn verblijfskaart gesupprimeerd en op 10/08/2015 werd zijn verblijf beëindigd aan de hand van het koninklijk besluit tot uitzetting. Betrokkene is dus al heel vroeg in contact gekomen met het gerecht waardoor er geen sprake kan zijn van een integratie in België. Uit periodes van opsluiting in de gevangenis kunnen er geen banden met België worden opgebouwd. Een eventuele terugkeer naar Marokko zou in die zin niet onmogelijk zijn, hij spreekt de taal, zou er nog familie hebben en zelfs een partner en kind. En voorzover dit nog van toepassing zou zijn, heeft hij in 2017 te kennen gegeven vrijwillig te willen terugkeren.

Wat betrokkene's economische situatie betreft, kan er evenmin 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 culturele integratie kan worden gesteld dat 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 tot 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."

2. Onderzoek van het beroep

2.1.1. Het eerste middel is afgeleid uit de schending van artikel 42 van de Vreemdelingenwet, van artikel 52 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: het Vreemdelingenbesluit), en van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het wordt op volgende wijze uiteengezet:

"1.

Verzoeker diende op 28.06.2019 een aanvraag gezinshereniging in met zijn Nederlandse echtgenote (stuk 6).

Dit betreft een aanvraag voor een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, op grond van artikel 40bis Vreemdelingenwet.

Deze aanvraag werd evenwel geweigerd op 23.12.2019, waarna verzoeker in beroep ging bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen en waarna de weigeringsbeslissing vernietigd werd.

Verzoeker werd vervolgens opnieuw ingeschreven in het rijksregister op 19.06.2020 (stuk 5) en verkreeg opnieuw een attest van immatriculatie.

Verwerende partij diende dus een nieuwe beslissing te nemen in het kader van deze nieuwe aanvraag. De hierop toepasselijke wetsartikelen luiden als volgt:

Artikel 42, §1, eerste lid Vreemdelingwet:

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

Artikel 52, §4, tweede lid van het KB bepaalt vervolgens:

"Indien de Minister of zijn gemachtigde het verblijfsrecht toekent of als er geen enkele beslissing is genomen binnen de termijn bepaald bij artikel 42, van de wet, geeft de burgemeester of zijn gemachtigde aan de vreemdeling een "verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie" overeenkomstig het model van bijlage 9 af."

Beide artikelen, dus zowel de betrokken bepaling in het KB als deze in de Vreemdelingenwet, spreken dus over een termijn van zes maanden.

De volgende adagia dienen te worden samen gelezen met voornoemde wettelijke bepalingen:

- *"Nemo auditur turpitudinem suam allegans" of "niemand kan gehoord worden door de rechter wanneer hij zich beroept op zijn eigen ongeoorloofde bedoelingen":*

- *“Patere legem quam ipse fecisti”* of *“het bestuur moet de algemene regels die het zelf vastgesteld heeft, eerbiedigen”*.

De nieuwe aanvraag tot gezinshereniging dateert van 19.06.2020.

2.

Verwerende partij had de beslissing aldus moeten nemen ten laatste op 19.12.2020, en dus binnen de zes maanden, bij gebreke waaraan de verblijfsaanvraag diende te worden goedgekeurd.

De bestreden beslissing werd pas genomen op 29.01.2021, en dus maar liefst 40 dagen (!) te laat. Verwerende partij had een F-kaart moeten afleveren aan verzoeker overeenkomstig artikel 52, §4, tweede lid KB, daar er geen enkele beslissing werd genomen binnen de termijn van zes maanden zoals bepaald in voornoemd artikel en in artikel 42, §1, eerste lid Vreemdelingenwet.

Bovendien voldoet verzoeker aan de voorwaarden van artikel 40bis Vreemdelingenwet (zie infra).

3.

Voor zover verwerende partij, dan wel Uw Raad zou verwijzen naar het Unierecht en het arrest Diallo, wenst verzoeker het hierna volgende aan te halen.

In dit arrest Diallo veroordeelde het Hof van Justitie de ambtshalve afgifte van een verblijfskaart wanneer er geen beslissing is genomen binnen de zes maanden als een foutieve omzetting van de Burgerschapsrichtlijn.

Verzoeker wenst vooreerst te wijzen op de volgende rechtspraak, waaruit duidelijk blijkt dat de Belgische overheid zich niet mag beroepen op de eigen fout (i.e. de eigen foutieve omzetting).

In een vonnis van 29 januari 2019 oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde (Rb. Dendermonde 29 januari 2019, rolnummer 19/25/A) het volgende/

“Op zich zijn de teksten van de VW en VB duidelijk: de beslissing over een aanvraag moet de Minister nemen binnen zes maanden na indiening van de aanvraag en bij gebreke deze termijn te respecteren geeft de burgermeester een verblijfskaart af.

Deze definiëren kennelijk een subjectief recht: zij zijn duidelijk en onvoorwaardelijk en houden een verplichting in in hoofde van de verwerende partij.

Dat het HOF VAN JUSTITIE geoordeeld heeft dat de Vreemdelingenwet niet conform richtlijn 2004/38 is gesteld doet er niet toe.

Wanneer een staat zich beroept op de foutieve omzetting van een richtlijn om aldus burgers bepaalde rechten alsnog te ontzeggen, beroep deze staat zich op de eigen fout (met voetnoot naar: “HvJ, 148/78, 5 april 1979, RATTI, jur, 1979, 1629, RO 22, geciteerd in WYATT, D, DASHWOOD, A (eds), European Community Law, 3e uitg, 1993, Londen, Sweet & Maxwell, 73-74”). Het spreekt voor zich dat zij dat niet kan, gezien de principes nemo auditur turpitudinem suam allegans (met voetnoot naar: “Vrij vertaald: niemand wordt gehoord wanneer die zich op zijn eigen slechtheid beroept”) en patere legem quam ipse fecisti (met voetnoot naar: “Vrij vertaald: de wet is duidelijk voor degene die deze zelf geschreven heeft”).”

Een lidstaat kan zich dus NOOIT beroepen op de eigen fout om alsnog subjectieve rechten aan burgers te gaan ontzeggen.

Het bestuur dient immers de algemene regelen die het zelf het vastgesteld te eerbiedigen.

4.

Bovendien is het zo dat - wanneer de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen de Belgische verblijfswetgeving buiten toepassing zou laten en zich zou baseren op artikel 10 van de Burgerschapsrichtlijn zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie in het arrest Diallo - er verticale directe werking wordt gegeven aan de Burgerschapsrichtlijn.

Dat is evenwel zélf in strijd met de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, zoals hieronder zal blijken.

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen zou daarmee de voornoemde bepalingen uit de Vreemdelingenwet en het Vreemdelingenbesluit opzij schuiven en directe werking geven aan artikel 10 Burgerschapsrichtlijn in de Belgische rechtsorde zonder dat dit artikel (correct) omgezet werd in de Belgische verblijfswetgeving, waarna het vervolgens wordt tegengeworpen aan particulieren.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie kan een EU-richtlijn, bij laattijdige of foutieve omzetting van de richtlijn door een lidstaat, uit zichzelf nooit verplichtingen opleggen aan een particulier. Bepalingen van een richtlijn kunnen dus niet rechtstreeks tegen een particulier ingeroepen worden voor of door de nationale rechter (HvJ 10 oktober 2017, Farrell, C-413/15; HvJ 27 februari 2014, OSA, C-351/12; HvJ 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a., C- 397/01 tot C-403/01 ; HvJ 14 juli 1994, Faccini Dori, C-91/92; HvJ 7 maart 1996, El Corte Inglés, C--192/94; HvJ 8 oktober 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86).

In recente rechtspraak van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen wordt niettemin gesteld dat het Hof van Justitie, in het arrest Diallo, de ambtshalve afgifte van een verblijfskaart, wanneer er geen beslissing is genomen binnen de zes maanden, veroordeelt als een foutieve omzetting van de Burgerschapsrichtlijn.

In deze rechtspraak, moet er volgens de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen dus niet langer ambtshalve een F-kaart afgeleverd worden aan familie van een Unieburger wanneer Dienst Vreemdelingenzaken geen beslissing neemt of geen kennisgeving doet van die beslissing binnen 6 maanden na de aanvraag tot gezinshereniging.

De Raad laat hiermee de Belgische verblijfswetgeving dus buiten toepassing en baseert zich rechtstreeks op artikel 10 Burgerschapsrichtlijn, zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie in het arrest Diallo. Op deze manier wordt er dus verticale werking gegeven aan de Burgerschapsrichtlijn.

Zo stelt de Raad, in verschillende recente arresten (RvV 10 oktober 2018, arrest nr. 210.732; RvV 13 december 2018, arrest nr. 213.977; RvV 8 januari 2019, arrest nr. 214.835; RvV 24 januari 2019, arrest nr. 215.688) dat artikel 52, §4, tweede lid KB, dat voorziet in de ambtshalve afgifte van een F-kaart wanneer Dienst Vreemdelingenzaken geen enkele beslissing neemt binnen de 6 maanden na de aanvraag tot gezinshereniging, niet meer toegepast kan worden.

Volgens de Raad is dat een gevolg van voornoemd Diallo-arrest van het Hof van Justitie (HvJ 27 juni 2018, Diallo, C-246/17).

In dit Diallo-arrest stelde het Hof van Justitie dat de Belgische regeling, waarbij automatisch een verblijfskaart wordt afgegeven aan een familielid van een Unieburger bij het verstrijken van de termijn van 6 maanden, haaks staat op de doelstellingen van de Burgerschapsrichtlijn. Een dergelijke regeling, zo wordt geoordeeld, maakt het mogelijk dat een verblijfskaart afgegeven wordt aan iemand die niet voldoet aan de voorwaarden.

Volgens de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen is het artikel 52, §4, tweede lid KB vervolgens onverzoenbaar met dit Diallo-arrest en is het bijgevolg onmogelijk om dit artikel richtlijnconform uit te leggen. Bijgevolg wordt deze Belgische wetsbepaling buiten toepassing gelaten.

5.

Dergelijke zienwijze is evenwel in strijd met de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie.

Wanneer Uw raad bijgevolg bovengenoemd standpunt, namelijk om artikel 52, §4, tweede lid ter zijde te schuiven, opnieuw zou volgen, zou dit betekenen dat er directe werking wordt gegeven aan artikel 10 Burgerschapsrichtlijn in de Belgische rechtsorde zonder dat dit artikel (correct) omgezet werd in de Belgische verblijfswetgeving, waarna het vervolgens wordt tegengeworpen aan particulieren (i.e. neerwaartse verticale directe werking).

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie kan een EU-richtlijn, bij laattijdige of foutieve omzetting van de richtlijn door een lidstaat, uit zichzelf nooit verplichtingen opleggen aan een particulier. Bepalingen van een richtlijn kunnen dus niet rechtstreeks tegen een particulier ingeroepen worden voor of door de nationale rechter (HvJ 10 oktober 2017, Farrell, C-413/15; HvJ 27 februari 2014, OSA, C-

351/12; HvJ 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a., C-397/01 tot C-403/01; HvJ 14 juli 1994, Faccini Dori, C-91/92; HvJ 7 maart 1996, El Corte Inglés, C-192/94; HvJ 8 oktober 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86).

Het Hof baseert zijn rechtspraak op:

- Artikel 288 VWEU, hetwelk een dwingend karakter toekent aan richtlijnen, maar alleen aan 'elke lidstaat waarvoor zij bestemd is' en dus niet aan particulieren. Indien richtlijnen directe werking zouden hebben ten aanzien van particulieren, zou dit betekenen dat de Unie de bevoegdheid heeft om met onmiddellijke ingang aan particulieren verplichtingen op te leggen, wat zij alleen kan in het kader van haar bevoegdheid om verordeningen vast te stellen (HvJ 14 juli 1994, Faccini Dori, C-91/92);
- Het principe dat een lidstaat geen voordeel kan halen uit zijn eigen miskennis van het Unierecht. Dit is een toepassing van het bovengenoemde adagium "nemo auditur turpitudinem suam allegans" of "niemand kan gehoord worden door de rechter wanneer hij zich beroept op zijn eigen ongeoorloofde bedoelingen".

6.

In andere rechtspraak oordeelde de Raad voor Vreemdelingebedwistingen oordeelde recent dat er geen sprake is van een foutieve omzetting van de Burgerschapsrichtlijn in de Belgische rechtsorde, zodat er ook geen sprake kan zijn van een verticale directe werking (RvV 27 augustus 2019, arrest nr. 225.296).

Er wordt daarin gesteld dat alleen artikel 42, §1 Vreemdelingenwet de omzetting vormt van artikel 10 Burgerschapsrichtlijn en dat er niet blijkt dat artikel 42, §1 Vreemdelingenwet artikel 10 Burgerschapsrichtlijn foutief heeft omgezet.

Artikel 52, §4, tweede lid KB, dat voorziet in de ambtshalve afgifte van een F-kaart na 6 maanden, vormt in deze rechtspraak volgens de Raad géén omzetting van de Burgerschapsrichtlijn. Volgens het Hof van Justitie bepaalt artikel 10 Burgerschapsrichtlijn immers niet welke sanctie geldt bij het overschrijden van de termijn van 6 maanden. Dit wordt juist overgelaten aan de vrijheid van de lidstaten, voor zover de nationale bepalingen niet indruisen tegen het doel van het Unierecht. In het Diallo-arrest heeft het Hof van Justitie evenwel vastgesteld dat de Belgische wetgeving wel indruist tegen de doelstellingen van de Burgerschapsrichtlijn. Bijgevolg is de Raad voor Vreemdelingenbedwistingen bij het standpunt gebleven om artikel 52, §4, tweede lid KB buiten beschouwing te laten wegens strijdigheid met het Unierecht.

Door te stellen dat artikel 52, §4, tweede lid KB géén (foutieve) omzetting zou vormen van artikel 10 Burgerschapsrichtlijn geeft de Raad voor Vreemdelingenbedwistingen evenwel een zeer enge invulling aan de begrippen 'omzetting' en 'foutieve omzetting'.

Artikel 52, §4, tweede lid KB was, samen met artikel 42, §1 Vreemdelingenwet, door de Belgische overheid immers wél degelijk bedoeld als omzetting van artikel 10 Burgerschapsrichtlijn (zie ook RvV 17 januari 2020, arrest nr. 231.395).

Zoals hierboven reeds geciteerd, luidt artikel 42, §1 Vreemdelingenwet als volgt:

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

Het KB moest dus de voorwaarden bepalen voor de erkenning van het verblijfsrecht van het familielid van een Unieburger, in overeenstemming met de Burgerschapsrichtlijn.

In dit KB, meer bepaald in artikel 52, §4, tweede lid wordt vervolgens bepaald:

"Indien de Minister of zijn gemachtigde het verblijfsrecht toekent of als er geen enkele beslissing is genomen binnen de termijn bepaald bij artikel 42, van de wet, geeft de burgemeester of zijn gemachtigde aan de vreemdeling een "verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie" overeenkomstig het model van bijlage 9 af. "

Deze regeling moest er dus voor zorgen dat de maximale termijn voor erkenning van het verblijfsrecht van het familielid van een Unieburger, opgelegd door artikel 10 Burgerschapsrichtlijn en artikel 42 Vreemdelingenwet, gerespecteerd zou worden en gaf er dus mee uitvoering aan.

Vervolgens wordt in het Diallo-arrest geoordeeld door het Hof van Justitie dat de Belgische regeling van de ambtshalve afgifte van verblijfskaarten na 6 maanden in strijd is met artikel 10 Burgerschapsrichtlijn. Artikel 52, §4, tweede lid KB vormt aldus een foutieve omzetting van dat artikel.

Zelfs indien zou worden aangenomen dat artikel 52, §4, tweede lid KB géén (foutieve) omzetting zou zijn van artikel 10 Burgerschapsrichtlijn, is dit eigenlijk niet van belang.

Volgens rechtspraak van het Hof van Justitie moet het volledige interne recht immers richtlijnconform geïnterpreteerd worden, dus ook het interne recht dat niet specifiek bedoeld is als omzetting van het Unierecht. Het principe van de richtlijnconforme interpretatie is echter niet absoluut. Richtlijnconforme interpretatie kan er immers nooit toe leiden dat aan een particulier verplichtingen tegengeworpen worden die voortkomen uit een niet of foutieve omzetting van een richtlijn. Naar analogie kan worden aangenomen dat aan een particulier geen rechten ontzegd kunnen worden wanneer die voortkomen uit een niet of foutieve omzetting van een richtlijn, of wanneer die rechten, meer algemeen, niet richtlijnconform zijn.

Dit is het geval voor artikel 52, §4, tweede lid KB, dat voorziet in het recht op een ambtshalve afgifte van een F-kaart wanneer Dienst Vreemdelingenzaken geen beslissing neemt en hiervan kennis geeft binnen de 6 maanden na de aanvraag.

Het eerste middel is gegrond.

Daarnaast is verzoeker van mening dat wij wel degelijk voldoet aan de voorwaarden op een verblijfsrecht te verkrijgen op grond van artikel 40bis Vreemdelingenwet, zoals hieronder zal blijken.”

2.1.2. Verzoeker diende een aanvraag in als echtgenoot van zijn in België verblijvende Nederlandse echtgenote. In casu is artikel 40bis, §2, eerste lid, 1° van de Vreemdelingenwet van toepassing, dat luidt als volgt:

“Als familielid van de burger van de Unie worden beschouwd :

1° de echtgenoot of de vreemdeling waarmee een geregistreerd partnerschap werd gesloten dat beschouwd wordt als zijnde gelijkwaardig met het huwelijk in België, die hem begeleidt of zich bij hem voegt;”

Artikel 40bis, §2, eerste lid, 1° van de Vreemdelingenwet is het resultaat van de omzetting van artikel 2, 2, a) van de richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden (hierna: de Burgerschapsrichtlijn).

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

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

Deze bepaling vormt de omzetting van artikel 10, eerste lid, van de Burgerschapsrichtlijn, dat stelt als volgt:

“Het verblijfsrecht van de familieleden van een burger van de Unie die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten, wordt binnen zes maanden na de datum van indiening van een aanvraag ter zake vastgesteld door de afgifte van een document, ‘verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie’ genoemd. Een verklaring dat de aanvraag om een verblijfskaart is ingediend, wordt onmiddellijk afgegeven.”

Artikel 52, §4, tweede lid van het Vreemdelingenbesluit bepaalt het volgende:

“Indien de Minister of zijn gemachtigde het verblijfsrecht toekent of als er geen enkele beslissing is genomen binnen de termijn bepaald bij artikel 42, van de wet, geeft de burgemeester of zijn gemachtigde aan de vreemdeling een " verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie " overeenkomstig het model van bijlage 9 af.”

Artikel 42, §1, eerste lid van de Vreemdelingenwet voorziet dus dat het recht op een verblijf van meer dan drie maanden op grond van artikel 40bis van dezelfde wet ten laatste zes maanden na de aanvraag wordt erkend. Artikel 52, §4, tweede lid van het Vreemdelingenbesluit geeft verdere uitvoering aan deze bepaling door voor te schrijven dat, indien binnen deze termijn geen beslissing werd genomen, de burgemeester of zijn gemachtigde de verblijfskaart afgeeft.

2.1.3. In zijn middel betoogt verzoeker dat de verwerende partij de beslissing over de aanvraag ten laatste op 19 december 2020 had moeten nemen, aangezien hij, na de vernietiging van de eerste weigeringsbeslissing, opnieuw in het bezit werd gesteld van een attest van immatriculatie op 19 juni 2020. Daar de bestreden beslissing dateert van 29 januari 2021, houdt verzoeker voor dat hij overeenkomstig artikel 52, §4, tweede lid van het Vreemdelingenbesluit een verblijfskaart had moeten krijgen.

De verwerende partij betwist in haar nota niet dat de bestreden beslissing niet binnen een termijn van zes maanden werd genomen, maar voert aan dat, gelet op de hiërarchie der rechtsnormen, artikel 52, §4, tweede lid van het Vreemdelingenbesluit niet kan worden toegepast.

2.1.4. De Raad herhaalt dat artikel 42, §1, eerste lid van de Vreemdelingenwet de omzetting vormt van artikel 10, eerste lid van de Burgerschapsrichtlijn.

Het Hof van Justitie heeft in zijn arrest *Diallo* van 27 juni 2018 (C-246/17) verduidelijkt dat de Burgerschapsrichtlijn zich verzet tegen een nationale regeling die de bevoegde nationale autoriteiten verplicht ambtshalve een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Europese Unie aan de betrokkene af te geven wanneer de in artikel 10, eerste lid van deze richtlijn voorgeschreven termijn van zes maanden wordt overschreden, zonder dat eerst wordt vastgesteld dat die persoon daadwerkelijk voldoet aan de voorwaarden om in overeenstemming met het Unierecht in het gastland te verblijven. Het Hof stelt dat een stelsel waarbij er automatisch een verblijfsrecht wordt afgegeven omwille van een overschrijding van de vastgestelde termijn *“haaks [staat] op de doelstellingen van richtlijn 2004/38 voor zover het het mogelijk maakt dat een verblijfskaart wordt afgegeven aan iemand die niet voldoet aan de voorwaarden daarvoor”* (§ 55). Er wordt dan ook geconcludeerd dat *“de richtlijn 2004/38 aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale regeling als in het hoofdgeding aan de orde, die de bevoegde nationale autoriteiten verplicht ambtshalve een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie aan de betrokkene af te geven wanneer de in artikel 10, lid 1, van richtlijn 2004/38 voorgeschreven termijn van zes maanden wordt overschreden, zonder dat eerst wordt vastgesteld dat die persoon daadwerkelijk voldoet aan de voorwaarden om in overeenstemming met het Unierecht in het gastland te verblijven”*.

De afgifte van een verblijfskaart is dus enkel aan de orde indien vaststaat dat de aanvrager voldoet aan de gestelde verblijfsvoorwaarden.

2.1.5. De Raad benadrukt dat lidstaten ertoe zijn gehouden hun nationale recht conform het Unierecht uit te leggen (zie HvJ 6 november 2003, C-101/01, *Lindqvist*, punt 87; HvJ 26 juni 2007, C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone* e.a., punt 28). Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dient de nationale rechter bij de toepassing van het nationale recht dit zo veel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn teneinde het daarmee beoogde resultaat te bereiken en aldus te voldoen aan artikel 288, derde alinea van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU). Deze verplichting tot richtlijnconforme uitlegging is namelijk inherent aan het systeem van het VWEU, aangezien het de nationale rechter in staat stelt binnen het kader van zijn bevoegdheden de volle werking van het recht van de Unie te verzekeren bij de beslechting van de bij hem aanhangige geschillen (zie onder meer HvJ 5 oktober 2004, C-397/01 – C-403/01, *Pfeiffer* e.a., punt 114; HvJ 23 april 2009, C-378/07 – C-380/07, *Angelidaki* e.a., punten 197 en 198; en HvJ 19 januari 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, punt 48). De nationale rechter dient tevens, als gevolg van de in artikel 4, derde lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie neergelegde samenwerkingsplicht en het loyaliteitsbeginsel, rekening te houden met de uniforme interpretatie die het Hof van Justitie reeds aan bepalingen van het Unierecht heeft gegeven.

De rechtspraak van het Hof van Justitie vormt overigens, naast het primair en secundair Unierecht, eveneens een bron van Unierecht. De uitlegging die het Hof van Justitie krachtens de hem bij artikel 267 van het VWEU verleende bevoegdheid geeft aan een regel van Unierecht, verklaart en preciseert, voor zover dat nodig is, de betekenis en strekking van dat voorschrift zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast (HvJ 13 januari 2004, C-453/00, *Kühne en Heitz*, par. 21).

2.1.6. De Raad stelt in dit verband vooreerst vast dat artikel 42, §1, eerste lid van de Vreemdelingenwet enkel bepaalt dat een beslissing moet worden genomen binnen een termijn van zes maanden en in wezen niet verder gaat dan artikel 10 van de Burgerschapsrichtlijn zoals geïnterpreteerd in het arrest *Diallo* van het Hof van Justitie. Er kan niet uit worden afgeleid dat de overschrijding van de termijn van zes maanden aanleiding kan geven tot de automatische afgifte van de verblijfskaart zonder dat daarbij werd nagegaan of aan de voorwaarden werd voldaan.

2.1.7. Artikel 52 van het Vreemdelingenbesluit bevat de verdere uitvoeringsmaatregelen en modaliteiten met betrekking tot de afgifte van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie. Waar artikel 52, §4, tweede lid, van het Vreemdelingenbesluit bepaalt dat *“als er geen enkele beslissing is genomen binnen de termijn bepaald bij artikel 42, van de wet, (...) de burgemeester of zijn gemachtigde aan de vreemdeling een " verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie " overeenkomstig het model van bijlage 9 af(geeft)”*, laat het toe dat een verblijfskaart automatisch wordt afgegeven bij overschrijding van de termijn van zes maanden, zonder dat de grondvoorwaarden voor de erkenning van het verblijfsrecht werden nagegaan.

2.1.8. In het arrest *Diallo* kan worden gelezen dat de wijze waarop de Belgische wetgever gebruik heeft gemaakt van zijn procedurele autonomie zoals bepaald in artikel 10, eerste lid van richtlijn 2004/38, afbreuk doet aan de nuttige werking ervan. Meer bepaald wordt het volgende gesteld:

*“45. In dat verband moet erop worden gewezen dat richtlijn 2004/38 geen bepalingen bevat tot regeling van de gevolgen die verbonden zijn aan de overschrijding van de in artikel 10, lid 1, van richtlijn 2004/38 gestelde termijn, zodat het in beginsel aan de lidstaten is om die kwestie in het kader van hun procedurele autonomie te regelen met inachtneming van het doeltreffendheids- en het gelijkwaardigheidsbeginsel (zie in die zin arrest van 17 maart 2016, *Bensada Benallal*, C-161/15, EU:C:2016:175, punt 24).*

46 *Daarbij verzet het Unierecht zich er weliswaar niet tegen dat de lidstaten regelingen tot stilzwijgende goedkeuring of toestemming invoeren, maar die mogen geen afbreuk doen aan de nuttige werking van het Unierecht.*

47 *Dienaangaande blijkt uit artikel 10, lid 1, van richtlijn 2004/38 dat het verblijfsrecht van de familieleden van een burger van de Unie in de zin van artikel 2, punt 2, daarvan wordt „vastgesteld” door de afgifte van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie. Met het oog daarop vermeldt datzelfde artikel 10 in lid 2 de documenten die derdelanders moeten overleggen om die kaart te verkrijgen en waaruit moet blijken dat zij een „familie lid” in de zin van richtlijn 2004/38 zijn.*

48 *Volgens vaste rechtspraak van het Hof scheidt de afgifte van een verblijfstitel als bedoeld in artikel 10, lid 1, van richtlijn 2004/38 aan een derdelander geen rechten, maar gaat het om een handeling waarbij de lidstaat vaststelt wat de individuele situatie van een dergelijke derdelander is in het licht van het Unierecht (zie in die zin arresten van 21 juli 2011, *Dias*, C-325/09, EU:C:2011:498, punt 48, en 12 maart 2014, *O. en B.*, C-456/12, EU:C:2014:135, punt 60).*

49 *De declaratoire aard van de verblijfskaarten brengt mee dat deze kaarten niet meer doen dan een reeds bestaand recht van de betrokkene bevestigen (arresten van 25 juli 2008, *Metock e.a.*, C-127/08, EU:C:2008:449, punt 52, en 21 juli 2011, *Dias*, C-325/09, EU:C:2011:498, punt 54).*

50 *Daaruit volgt dat artikel 10, lid 1, van richtlijn 2004/38 eraan in de weg staat dat een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie wordt afgegeven aan een derdelander die niet voldoet aan de voorwaarden waarvan de richtlijn die afgifte afhankelijk stelt.”*

Artikel 52, §4, tweede lid, van het Vreemdelingenbesluit is aldus manifest in strijd met artikel 42, §1, van de Vreemdelingenwet, zoals geïnterpreteerd conform artikel 10 van de Burgerschapsrichtlijn en het arrest *Diallo* indien de toepassing ervan leidt tot de afgifte van een verblijfskaart zonder dat voorafgaandelijk werd nagegaan of is voldaan aan de voorwaarden. Een richtlijnconforme interpretatie kan *in casu* geen soelaas bieden.

2.1.9. Wanneer het voor de rechter onmogelijk is om de nationale bepalingen in overeenstemming met de eisen van het recht van de Europese Unie uit te leggen en toe te passen, moet de rechter, op eigen

gezag, de nationale wetgeving die strijdig is met de bepalingen van het EU-recht buiten toepassing laten. Deze verplichting volgt uit de voorrang van het Unierecht (HvJ 19 januari 2010, *Küçükdeveci*, C-397-403/01, punt 51 en het hierin aangehaalde arrest *Mangold* van 22 november 2005, C-144/04, punt 77). De rechter moet daarvoor niet de voorafgaande opheffing via de wetgeving of enige andere constitutionele procedure vragen of afwachten (zie onder meer arresten van het HvJ van 22 juni 2010, *Melki*, C-188/10; van 11 januari 2007, *ITC*, C-208/05; van 9 maart 1978, *Simmenthal*, 106/77; van 5 oktober 2010, *Elchinov*, C 173/09 en van 17 november 2011, zaak C 434/10).

In casu kan de Raad om nuttige werking en dus voorrang te verlenen aan het Unierecht dan ook niet anders dan artikel 52, §4, tweede lid, van het Vreemdelingenbesluit buiten toepassing te laten.

2.1.10. Verzoeker voert evenwel aan dat het bestuur artikel 52, §4, tweede lid van het Vreemdelingenbesluit niet rechtmatig buiten toepassing kan laten. Hij stelt dat de Belgische overheid zich niet mag beroepen op de eigen fout, zijnde de foutieve omzetting van de richtlijn, om alsnog subjectieve rechten aan rechtsonderhorigen te ontzeggen. Door artikel 52, §4, tweede lid van het Vreemdelingenbesluit buiten toepassing te laten, zou volgens verzoeker bovendien ten aanzien van de rechtsonderhorige verticale rechtstreekse werking worden gegeven aan de Burgerschapsrichtlijn, hetgeen in strijd is met de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie. Meer bepaald zou er in de Belgische rechtsorde rechtstreekse werking worden gegeven aan artikel 10 van de Burgerschapsrichtlijn en zou dit artikel tegengeworpen worden aan particulieren, zonder dat dit artikel correct werd omgezet in de Belgische verblijfswetgeving.

Verzoeker kan daarin niet worden gevolgd, om de volgende redenen:

Vooreerst moet erop worden gewezen dat overeenkomstig de jurisprudentie van het Hof van Justitie niet enkel rechtscolleges, maar ook bestuursorganen –en dus administratieve overheden zoals de verwerende partij– een onwettige bepaling buiten toepassing moeten laten in geval van strijdigheid met een Europese rechtsnorm. (HvJ 22 juni 1989, C-103/88, *Fratelli Costanzo*, punt 33; HvJ 9 september 2003, C-198/01, *Consortio Industrie Fiammiferi*, punt 49; HvJ 13 juli 1972, C-48/71, *Commissie t. Italië*, punt 7).

Verzoeker kan worden bijgetreden in zoverre hij stelt dat er een verbod op ‘neerwaartse verticale rechtstreekse werking’ bestaat, hetgeen inhoudt dat een overheid een verplichting volgend uit een rechtstreeks werkende bepaling van een niet (correct) omgezette richtlijn niet tegen een particulier kan afdwingen.

Het is immers vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen. Het Hof benadrukt dat, overeenkomstig artikel 288, derde alinea van het VWEU het verbindende karakter van een richtlijn, dat de grondslag vormt voor de mogelijkheid om deze in rechte aan te voeren, slechts bestaat ten aanzien van “elke lidstaat waarvoor zij bestemd is”. (HvJ 26 februari 1986, C-152/84, *Marshall*, punt 48; HvJ 8 oktober 1987, C-8/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, punt 9; HvJ 14 juli 1994, C-91/92, *Faccini Dori*, punt 20; HvJ 5 oktober 2004, C-397/01 – C-403/01, *Pfeiffer*, punt 108; HvJ 24 januari 2012, C-282/10, *Dominguez*, punt 37, HvJ 12 december 2013, C-425/12, *Portgás*, punt 22; HvJ 7 augustus 2018, C-122/17, *Smith*, punt 42) De inroepbaarheid van een niet (correct) omgezette bepaling uit een richtlijn tegen andere actoren dan de staat is derhalve begrensd, in die zin dat ze er niet toe mag leiden dat aan de Europese Unie “de bevoegdheid wordt toegekend met onmiddellijke ingang de particulieren verplichtingen op te leggen, wat [de Unie] alleen kan in het kader van haar bevoegdheid om verordeningen vast te leggen”. (HvJ 14 juli 1994, C-91/92, *Faccini Dori*, punten 23-24; HvJ 7 augustus 2018, C-122/17, *Smith*, punt 42)

Diezelfde beperking geldt voor het buiten toepassing laten van met het Unierecht strijdige regels van nationaal recht. (K.LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees Recht* (6^e ed.), Mortsels, Intersentia, 2017, p. 605).

Het is aldus uitgesloten dat aan een particulier rechtstreeks een uit een niet (correct) omgezette richtlijn voortvloeiende verplichting wordt opgelegd.

Deze these is echter thans niet aan de orde om de volgende redenen.

Vooreerst moet erop worden gewezen dat artikel 10, eerste lid van de Burgerschapsrichtlijn een bepaling betreft die procedurele autonomie verstrekt aan de lidstaten. Er is m.a.w. geen sprake van een

foutieve of het gebrek aan omzetting van een bepaling van een richtlijn, omdat de lidstaten net zelf mogen bepalen wat de gevolgen zijn van het uitblijven van een beslissing inzake het verzoek tot gezinshereniging bij het verstrijken van de in de nationale wetgeving voorziene termijn. Hier zijn echter grenzen aan, met name mag de nationale regeling niet de doeltreffendheid van de richtlijn ondermijnen en mag ze niet in strijd zijn met de doelstellingen ervan. Artikel 52, §4, tweede lid van de Vreemdelingenwet doet net dat en daarom moet deze bepaling buiten toepassing worden laten.

Waar verzoeker betoogt dat deze handelwijze hem een subjectief recht ontnemt moet erop worden gewezen dat dit nog niet impliceert dat er in casu sprake is van een niet-toegelaten neerwaartse verticale werking van de bepalingen van de Burgerschapsrichtlijn. Een afschaffing van voordelen wordt door het Hof van Justitie niet beschouwd als een "verplichting" die aan een particulier wordt opgelegd. (cf. HvJ 17 juli 2008, C-152/07 – C-154/07, *Arcor AG*, punt 38) Het feit dat verzoeker negatieve gevolgen ondervindt door het buiten toepassing laten van artikel 52, §4, tweede lid van het Vreemdelingenbesluit, en met name dat hij zijn aanspraak op een verblijfskaart overeenkomstig die bepaling verliest, betekent dus niet dat aan verzoeker, in strijd met het Unierecht, verplichtingen uit een niet (correct) omgezette richtlijn worden opgelegd.

Verzoeker duidt in zijn middel verder ook nergens *in concreto* aan welke verplichting uit de Burgerschapsrichtlijn hem rechtstreeks, zijnde zonder correcte omzetting in het Belgische recht, wordt opgelegd ten gevolge van het buiten toepassing laten van artikel 52, §4, tweede lid van het Vreemdelingenbesluit.

2.1.11. Zodoende toont verzoeker niet aan dat het buiten toepassing laten van laatstgenoemde bepaling in strijd is met het Unierecht.

2.1.12. Het eerste middel is ongegrond.

2.2.1. In een tweede middel voert verzoeker de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van de artikelen 40bis, 43 en 62 van de Vreemdelingenwet, van artikel 27 van de Burgerschapsrichtlijn, van artikel 20 van het WVEU, van de materiële motiveringsplicht en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Hij zet het middel op de volgende wijze uiteen:

"1.

De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 (hierna: de Wet formele motivering bestuurshandelingen) en artikel 62 van de Vreemdelingenwet bepalen dat de administratieve beslissingen zowel in feite als in rechte moeten worden gemotiveerd.

Zo bepalen de artikel 2 en 3 van de Wet formele motivering bestuurshandelingen het volgende:

"Art. 2. De bestuurshandelingen van de besturen bedoeld in artikel 1 moeten uitdrukkelijk worden gemotiveerd.

Art. 3. De opgelegde motivering moet in de akte de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen. Zij moet afdoende zijn. "

Daarnaast bepaalt artikel 62, §2 van de Vreemdelingenwet het volgende:

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

Er moet bijgevolg worden benadrukt dat conform de voornoemde wetsbepalingen de administratieve beslissing steeds uitdrukkelijk melding moet maken van de feitelijke en juridische gronden, opdat de betrokken persoon kennis zou hebben van de gronden waarop de administratieve overheid zich baseert om de weigeringsbeslissing te nemen.

Uit het samenlezen van voornoemde wetsbepalingen volgt immers duidelijk dat:

- 1) De administratieve beslissing uitdrukkelijk dient te worden gemotiveerd;*
- 2) In de motivering, die wordt opgenomen in de bestreden, zowel de feitelijke als de juridische gronden dienen te worden vermeld;*

3) *De motivering afdoende dient te zijn.*

De administratieve beslissing is slechts afdoende gemotiveerd wanneer de aangehaalde motieven draagkrachtig zijn, rekening houdende 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 wordt geformuleerd, opdat de betrokken persoon in alle duidelijkheid kan oordelen of het al dan niet zinvol is om de genomen beslissing aan te vechten.

Er is bijgevolg sprake van een schending van het redelijkheidsbeginsel wanneer de betrokken persoon zich tevergeefs afvraagt hoe het bestuur tot een dergelijke beslissing is gekomen. Met andere woorden, om het redelijkheidsbeginsel geschonden te kunnen noemen, moet men voor een beslissing staan waarvan men na de lezing 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 (RvS 20 september 1999, arrest nr. 82.301; RvV 25 mei 2010, arrest nr. 43.735; RvV 11 juni 2009, arrest nr. 28.602, punt 2.3 in fine en punt 2.4 in fine).

2.

Daarnaast legt het zorgvuldigheidsbeginsel de overheid de verplichting op om haar beslissingen op een zorgvuldige wijze voor te bereiden en te stoelen op een correcte feitenbevinding (RvS 14 februari 2006, arrest nr. 154.954; RvS 2 februari 2007, arrest nr. 167.411; RvV 25 mei 2010, arrest nr. 43.735).

Het respect voor het zorgvuldigheidsbeginsel houdt derhalve in dat de administratieve overheid bij het nemen van de beslissing zich moet steunen op alle gegevens van het dossier en op alle daarin vervatte dienstige stukken (RvV 25 mei 2010, arrest nr. 43.735; RvV 11 juni 2009, arrest nr. 28.599, punt 2.4).

3.

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.

Het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur van de hoorplicht houdt in dat een rechtsonderhorige het recht heeft om te worden gehoord of om zijn standpunt naar voor te brengen wanneer een administratieve overheid het overweegt om ten aanzien van hem een ernstige maatregel te nemen gebaseerd op zijn persoonlijk gedrag, dat hem als een tekortkoming wordt aangerekend, en welke maatregel van aard is om zijn belangen zwaar aan te tasten.

4.

In casu is de bestreden beslissing op een niet op een afdoende wijze gemotiveerd, daar administratieve beslissingen slechts afdoende gemotiveerd zijn wanneer de motivering duidelijk, juist, pertinent, concreet, precies en volledig geformuleerd wordt zodat de betrokken persoon in alle duidelijkheid kan oordelen of het al dan niet zinvol is om de genomen beslissing aan te vechten.

Bovendien legt het zorgvuldigheidsbeginsel de verwerende partij de plicht op om beslissingen zorgvuldig voor te bereiden en te stoelen op een correcte en volledige feitenbevinding (RvV 11 juni 2009, arrest nr. 28.602, punt 2.3). Het zorgvuldigheidsbeginsel bij de feitenbevinding vereist dat de verwerende partij slechts na een behoorlijk onderzoek van de zaak en met kennis van alle relevante gegevens een beslissing mag nemen (RvV 11 juni 2009, arrest nr. 28.599, punt 2.4).

Overigens staat ook vast dat het redelijkheidsbeginsel Uw Raad het toelaat de bestreden beslissing onwettig te bevinden wanneer het tegen alle redelijkheid ingaat (RvV 11 juni 2009, arrest nr. 28.602, punt 2.3 in fine; RvV 11 juni 2009, arrest nr. 28.599, punt 2.4 in fine).

De bestreden beslissing is bijgevolg kennelijk onredelijk genomen, zoals hieronder blijkt.

5.

Verzoeker heeft in casu een aanvraag gezinshereniging ingediend op basis artikel 40bis Vreemdelingenwet in functie van zijn Nederlandse echtgenote, mevrouw A.K.. Partijen zijn gehuwd sinds 24.05.2005.

De bestreden beslissing is vooreerst in strijd met artikel 20 VWEU, dat luidt als volgt:

“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.”

Artikel 40bis Vreemdelingenwet voorziet in de mogelijkheid tot gezinshereniging van derdelanders van een echtgeno(o)t(e)-Unieburger.

Het Hof van Justitie zette in zijn rechtspraak reeds uiteen dat er zeer bijzondere situaties bestaan waarin, hoewel het secundaire recht inzake het verblijfsrecht van derdelanders niet van toepassing is en de betrokken Unieburger zijn recht van vrij verkeer niet heeft uitgeoefend, niettemin een verblijfsrecht moet worden toegekend aan een derdelander die familielid is van die Unieburger, omdat anders aan het burgerschap van de Unie de nuttige werking zou worden ontnomen indien de betrokken Unieburger, ten gevolge van de weigering om een dergelijk recht toe te kennen, feitelijk genoot zou zijn het grondgebied van de Unie in zijn geheel te verlaten, waardoor hem het effectieve genot van de belangrijkste aan die status ontleende rechten zou worden onzegd.

Het betreft dus een afgeleid verblijfsrecht dat in zeer bijzondere situaties voortvloeit uit artikel 20 VWEU (HvJ 8 maart 2011, C-34/09, Ruiz Zambrano, pt. 43 en 44 ; HvJ 10 mei 2017, C-133/15, Chavez-Vilchez e.a., pt. 63 ; HvJ 8 maart 2018, C-82/16, K.A. e.a., pt. 51 en 52). Daarbij heeft het HvJ aangegeven dat het weliswaar de zaak is van de lidstaten om te bepalen hoe zij gestalte geven aan het afgeleide verblijfsrecht dat in de zeer bijzondere situaties krachtens artikel 20 VWEU aan de derdelander moet toekomen, maar dat dit gegeven niet wegneemt dat deze procedurevoorschriften geen afbreuk mogen doen aan de nuttige werking van genoemd artikel 20 VWEU (HvJ 10 mei 2017, C-133/15, Chavez-Vilchez e.a., pt. 76; HvJ 8 maart 2018, C-82/16, K.A.a., pt. 54).

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

In zijn arrest van 8 mei 2018 (C-82/16) heeft het Hof van Justitie uitgelegd dat artikel 20 VWEU zich verzet tegen een praktijk van een lidstaat die inhoudt dat een verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging, ingediend op zijn grondgebied door een derdelander die familielid is van een Unieburger die de nationaliteit van de lidstaat bezit en zijn recht van vrij verkeer nooit heeft uitgeoefend, niet in aanmerking neemt op de enkele grond dat deze derdelander de toegang tot dat grondgebied is verboden, zonder dat is onderzocht of er een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat tussen deze

Unieburger en de genoemde derdelander dat de weigering om aan deze derdelander een afgeleid verblijfsrecht toe te kennen tot gevolg zou hebben dat de betrokken Unieburger feitelijk gedwongen is het grondgebied van de Unie als geheel te verlaten, zodat hem het effectieve genot van de voornaamste aan zijn status ontleende rechten wordt ontzegd.

Uit de bewoordingen van de bestreden beslissing volgt dat de verwerende partij van oordeel is dat het strafblad van verzoeker verhindert dat hij een recht op verblijf heeft van langer dan drie maanden in functie van zijn Nederlandse echtgenote.

Verwerende partij kan in dit betoog niet gevolgd worden nu het Hof van Justitie op dit punt in zijn arrest van 8 mei 2018 (C-82/16) in zeer duidelijke bewoordingen het volgende heeft gesteld:

“57. Derhalve mag de weigering van een derdelander om gevolg te geven aan een terugkeerverplichting en mee te werken in het kader van een verwijderingsprocedure hem weliswaar niet in staat stellen zich geheel of ten dele te onttrekken aan de rechtsgevolgen van een inreisverbod (zie in die zin arrest van 26 juli 2017, Ouhrami, C-225/16, EU:C:2017:590, punt 52), maar kan de bevoegde nationale autoriteit waarbij een derdelander een verzoek heeft ingediend om toekenning van een verblijfsrecht met het oog op gezinshereniging met een Unieburger die onderdaan van de lidstaat in kwestie is, niet weigeren dit verzoek in aanmerking te nemen op de enkele grond dat deze derdelander de toegang tot het grondgebied van die lidstaat is verboden. Zij dient dat verzoek juist te behandelen en te beoordelen of er tussen de derdelander en de Unieburger in kwestie een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat dat aan deze derdelander in beginsel op grond van artikel 20 VWEU een verblijfsrecht moet worden toegekend, omdat bedoelde Unieburger anders feitelijk gedwongen zou zijn om het grondgebied van de Unie als geheel te verlaten, zodat hem het effectieve genot van de voornaamste aan zijn status ontleende rechten zou worden ontzegd. Indien dat het geval is, moet de lidstaat in kwestie het tegen genoemde derdelander uitgevaardigde terugkeerbesluit en inreisverbod dan ook opheffen of op zijn minst schorsen.

58. Het zou immers met het doel van artikel 20 VWEU in strijd zijn wanneer de derdelander zou worden gedwongen het grondgebied van de Unie voor onbepaalde tijd te verlaten teneinde de opheffing of opschorting van het tegen hem uitgevaardigde verbod van toegang tot dat grondgebied te verkrijgen, zonder dat eerst is nagegaan of er tussen die derdelander en de Unieburger die lid is van zijn familie, een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat dat laatstgenoemde gedwongen zou zijn de derdelander naar zijn land van herkomst te vergezellen, terwijl juist wegens deze afhankelijkheidsverhouding in beginsel aan genoemde derdelander een verblijfsrecht zou moeten toekomen op grond van artikel 20 VWEU.”

Deze rechtspraak kan naar analogie toegepast worden op de situatie van verzoeker.

Alhoewel het inreisverbod in de thans bestreden beslissing geen hinderpaal meer lijkt te vormen voor verwerende partij (dit was wel het geval in de vorige bijlage 20), haalt verwerende partij het strafblad van verzoeker om hem een verblijfsrecht toe te kennen, waardoor de Nederlandse echtgenote (en de kinderen) feitelijk zal (zullen) gedwongen worden om België te verlaten.

Er werd daarmee op onvoldoende wijze onderzocht of er tussen verzoeker en zijn Nederlandse echtgenote een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat dat aan verzoeker in beginsel op grond van artikel 40bis Vreemdelingenwet een afgeleid verblijfsrecht moet worden toegekend, omdat zijn Nederlandse echtgenote anders feitelijk gedwongen zou zijn om het grondgebied van de Unie als geheel te verlaten, zodat aan deze echtgenote het effectieve genot van de voornaamste aan zijn status ontleende rechten, in casu artikel 20 VWEU, zou worden ontzegd.

In casu is er wel degelijk sprake van een afhankelijkheidsrelatie tussen verzoeker en zijn echtgenote en bovendien is er sprake van 5 minderjarige kinderen.

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

- Wie het ouderlijk gezag over het kind heeft;*
- Welke ouder de daadwerkelijke zorg over het kind heeft;*
- 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;*
- *Samenwoning met het kind is een van de relevante factoren om het bestaan van een afhankelijkheidsverhouding te bepalen, doch is geen absolute vereiste.*

Verzoeker is de vader van 5 minderjarige kinderen, die allen uit het huwelijk met zijn echtgenote werden geboren.

Verwerende partij stelt in de bestreden beslissing:

“Gezien het voorgaande wordt het familiale en persoonlijke belang van betrokkene ondergeschikt geacht aan de vrijwaring van de openbare orde. [...] Van een volwaardig gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM waarbij betrokkene zijn verantwoordelijkheid heeft opgenomen ten aanzien van zijn kinderen en mee heeft ingestaan voor hun opvoeding en hun verzorging is weinig sprake. [...]”

Er wordt vervolgens verwezen naar een situatie van jaren geleden, zonder dat de huidige situatie wordt onderzocht. Nochtans kon verwerende partij dit afleiden uit het dossier van verzoeker (men is immers wél op de hoogte van het gegeven dat verzoeker zijn verzoek om elektronisch toezicht werd afgewezen op 31.08.2020).

Dergelijke motivering is dus compleet gebrekkig en is gebaseerd op een situatie uit 2017 en dus van meer dan drie jaar vóór de aanvraag tot verblijf in functie van zijn echtgenote!

Verzoeker en zijn echtgenote zijn reeds gehuwd sinds 2005. Zij hebben zoals gezegd thans samen vijf kinderen.

Lange tijd ging hun huwelijk goed, doch het klopt dat zij een periode feitelijk uit elkaar zijn geweest. Verzoeker hield er toen evenwel een andere relatie op na, met een Marokkaanse vrouw, waarmee hij ook een kind kreeg.

Deze relatie is intussen reeds geruime tijd beëindigd. Het is daarbij zelfs zo dat deze vrouw terugkeerde naar Marokko en daar getrouwd is met een andere man.

De affaire van verzoeker liep dus reeds jaren geleden op zijn einde, en verzoeker en zijn echtgenote besloten om hun huwelijk een nieuw leven in te blazen.

Op het ogenblik van de aanvraag en ook nu (en zelfs reeds geruime tijd daarvoor ook al) onderhield/onderhoudt verzoeker wél degelijk een afhankelijkheidsrelatie met zijn vrouw en kinderen. Hun twee jongste kinderen werden trouwens geboren na de tweede start van hun huwelijk in 2017 (dit in 2018 en 2019) (stuk 6).

Bovendien blijven het verzoeker zijn kinderen - los van een vroegere affaire - waarbij een wederzijdse afhankelijkheidsrelatie bestaat tussen deze kinderen en verzoeker!

Verwerende partij heeft de huidige situatie totaal niet onderzocht bij het nemen van de bestreden beslissing en zich volledig gebaseerd op een verklaring van verzoeker uit 2017!

Zij had het huidige gezins- en familieleden en dus de huidige afhankelijkheidsrelatie moeten onderzoeken.

Ook de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen oordeelde trouwens in dezelfde zin in de arresten nr. 222 938 dd. 20.06.2019 en nr. 216 382 dd. 05.02.2019.

Indien verzoeker zou dienen terug te keren naar zijn herkomstland, zou dit de facto betekenen dat de echtgenote en de kinderen België zullen dienen te verlaten om zich bij verzoeker te voegen. In dat geval zou aan hen het effectieve genot ontzegd worden van hun voornaamste rechten die zij ontleen aan hun status van Unieburger: 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.

Wat betreft de schending van de openbare orde, waarnaar verwerende partij in de thans bestreden beslissing verwijst, dient het volgende te worden gezegd:

De motiveringsverplichting houdt in dat de beslissing, op grond waarvan de vestiging geweigerd is aan verzoeker, niet alleen uitdrukkelijk moet zijn gemotiveerd, maar dat de motieven, aangehaald in de bestreden beslissing, ook afdoende moeten zijn.

Bijgevolg moet de omvang van de motivering aangepast zijn aan het belang van beslissing, alsook dat de ingeroepen redenen van toepassing moeten zijn en de beslissing moeten verantwoorden.

De bestreden beslissing is gebaseerd op het feit dat het persoonlijke gedrag van verzoeker een bedreiging zou vormen voor de openbare orde. In de bestreden beslissing wordt evenwel niet op afdoende wijze uiteengezet op welke manier in concreto dit persoonlijk gedrag van verzoeker de openbare orde zou kunnen bedreigen, gelet op de positieve elementen die voorliggen (zie infra). De bestreden beslissing is aldus niet naar behoren gemotiveerd (RvSt 15e k. 14 december 2004, nr. 138.468; A.P.M. 2005 (samenvatting), afl. 1, 7; Rev. dr. étr. 2004, afl. 130, 602, noot; Rev. dr. étr. 2005 (samenvatting), afl. 135, 579; <http://www.raadvst-consetat.be> 7 februari 2006).

Zo wordt er in de bestreden beslissing gesteld dat nergens uit het dossier blijkt dat verzoeker effectief een nieuwe weg is ingeslagen, en dat nergens uit zijn dossier blijkt dat hij inspanningen zou hebben geleverd die van belang zijn bij zijn strafuitvoering. Integendeel, stelt verwerende partij, werd zijn verzoek om elektronisch toezicht recent geweigerd op 31.08.2020.

Artikel 43 Vreemdelingenwet bepaalt het volgende:

“§ 1. De minister of zijn gemachtigde kan de binnenkomst en het verblijf van de burgers van de Unie en hun familieleden weigeren en hun het bevel geven het grondgebied te verlaten:

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. ”

Artikel 45 Vreemdelingenwet bepaalt:

“§1. De redenen van openbare orde, nationale veiligheid en volksgezondheid bedoeld in de artikelen 43 en 44bis mogen niet worden aangevoerd voor economische doeleinden.

§2. De in de artikelen 43 en 44bis bedoelde beslissingen moeten in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel en uitsluitend gebaseerd zijn op het persoonlijk gedrag van de betrokken burger van de Unie of zijn familielid.

Eerdere strafrechtelijke veroordelingen zijn als zodanig geen reden voor dergelijke beslissingen.

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.

Om te beoordelen of de burger van de Unie of zijn familielid een gevaar voor de openbare orde of de nationale veiligheid vormt, kan de minister of zijn gemachtigde, bij de afgifte van de verklaring van inschrijving of van de verblijfskaart van familielid van een burger van de Unie, en als hij het onontbeerlijk acht, aan de lidstaat van oorsprong en, eventueel aan andere lidstaten, inlichtingen vragen over de gerechtelijke antecedenten van de betrokkene. Deze raadpleging mag geen systematisch karakter dragen.

§3. Alleen de ziekten opgesomd in de bijlage bij deze wet kunnen de in artikelen 43 en 44bis bedoelde maatregelen rechtvaardigen.

Het optreden van een van deze ziekten na een periode van drie maanden na de aankomst van de burger van de Unie of zijn familielid op het grondgebied van het Rijk stelt de minister of zijn gemachtigde niet in staat aan het verblijf van de burger van de Unie of zijn familielid een einde te maken overeenkomstig artikel 44bis.

Binnen drie maanden na hun aankomst op het grondgebied van het Rijk, en indien ernstige aanwijzingen daartoe aanleiding geven, kan de minister of zijn gemachtigde de burger van de Unie of zijn familielid onderwerpen aan een kosteloos medisch onderzoek opdat wordt bevestigd dat hij niet lijdt aan een van de ziekten bedoeld in het eerste lid. Dit medisch onderzoek mag geen systematisch karakter dragen.

§4. Het verstrijken van de geldigheidsduur van de identiteitskaart of het paspoort waarmee de burger van de Unie of zijn familielid het grondgebied van het Rijk is binnengekomen, is geen voldoende reden om een einde te maken aan zijn verblijf. ”

Bovengenoemde artikelen vormen een omzetting van artikel 27 van de Richtlijn 2004/38.

*Volgens de rechtspraak van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen dienen de lidstaten hun nationale recht conform het Unierecht uit te leggen (HvJ 26 juni 2007, C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, pt. 28; HvJ 6 november 2003, C-101/01, *Lindqvist*, pt. 87).*

Bijgevolg moeten de artikelen 43 en 45 Vreemdelingenwet richtlijnconform worden uitgelegd, zodat het past te wijzen op relevante rechtspraak van het Hof van Justitie. Artikel 43, §1, 2° Vreemdelingenwet laat het bestuur toe om de binnenkomst van een familielid van een burger van de Unie te weigeren “om redenen van openbare orde, nationale veiligheid of volksgezondheid”.

Uit de bewoordingen van de Burgerschapsrichtlijn en de rechtspraak van het Hof van Justitie, en uit de bewoordingen van artikel 45, §2, derde lid Vreemdelingenwet blijkt dat dit veronderstelt dat de Unieburger door zijn persoonlijk gedrag een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving moet vormen.

*De loutere vaststelling dat de burger van de Unie een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging vormt, volstaat op zich echter niet, aangezien het bestuur bij zijn beoordeling het evenredigheidsbeginsel moet eerbiedigen. Het moet bijgevolg een billijk evenwicht vinden tussen de betrokken rechtmatige belangen, onder andere in het licht van de grondrechten, in het bijzonder van het in artikel 8 EVRM vastgelegde recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven (HvJ 29 april 2004, C-482/01 en C-493/01, *Orfanopoulos en Oliveri*, ptn. 95-99; HvJ 23 november 2010 (*Grote Kamer*), C-145/09, *Tsakouridis*, ptn. 52-53).*

*Voor de interpretatie van het begrip “actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging” heeft het Hof van Justitie erop gewezen dat, opdat zou kunnen worden vastgesteld dat het gedrag van de betrokken persoon een reële en actuele bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving of van het betrokken gastland vormt, de vaststelling is vereist dat de betrokken persoon een neiging vertoont om dit gedrag in de toekomst voort te zetten (HvJ 22 mei 2012, C-348/09, *Oberburgmeisterin der Stadt Remscheid*, pt. 34).*

In de bestreden beslissing acht verwerende partij de bedreiging die uitgaat van verzoeker van een dergelijke aard dat de persoonlijke en familiale belangen van verzoeker niet kunnen primeren op het behoud van de openbare orde en is verwerende partij van mening dat er een ernstig en actueel risico bestaat op een nieuwe schending van de openbare orde.

Verwerende partij focust zich daarbij op het feit dat verzoeker in 2010 en 2012 correctioneel werd veroordeeld. Er wordt met andere gefocust op de opgelopen veroordelingen, waarna wordt besloten dat er een zogenaamd ernstig en actueel risico zou bestaan voor de openbare orde. Men verwijst daarbij ook naar het gegeven dat verzoeker thans nog steeds in de gevangenis zit.

Er wordt met geen belang gehecht aan het feit dat verzoeker sindsdien niet meer werd veroordeeld, noch dat er gerechtelijke of politionele onderzoeken tegen hem lopen.

Zoals gezegd bepaalt artikel 43 Vreemdelingenwet zeer duidelijk dat de binnenkomst en het verblijf aan de burgers van de Unie en hun familieleden slechts kan geweigerd worden binnen welomschreven perken.

Zo wordt uitdrukkelijk vermeld dat strafrechtelijke veroordelingen als zodanig geen reden vormen voor weigering en dat de genomen maatregelen in overeenstemming moeten zijn met het evenredigheidsbeginsel.

In casu blijkt uit de motivering van de bestreden beslissing niet dat een dergelijke afweging, tussen enerzijds de veroordelingen en de actuele situatie van verzoeker en anderzijds het al of niet weigeren

van de gezinshereniging en de gevolgen, heeft plaatsgevonden. Evenmin werd onvoldoende rekening gehouden met het persoonlijk gedrag van verzoeker.

Uit het dossier blijkt duidelijk dat verwerende partij geen rekening hield met de huidige omstandigheden.

Het klopt dat het verzoek om elektronisch toezicht van verzoeker werd geweigerd, doch NIET omdat hij zijn best niet zou doen tijdens zijn strafuitvoering, doch wel omdat hij zijn dossier nog niet voldoende heeft opgebouwd (nog geen eerdere uitgaansvergunningen bv.), alsook vanwege zijn preciaire verblijfssituatie.

Het is duidelijk dat verwerende partij kennis heeft van deze beslissing dd. 31.08.2020, daar er naar wordt verwezen in de bestreden beslissing.

Verwerende partij is evenwel uiterst selectief in het aanhalen van de elementen die aldaar worden besproken.

Wat men bv. niet aanhaalt is het volgende (stuk 8) :

“Ondertussen werden in 2018 de plooiën - in hoeverre er ooit sprake was van een echte breuk - met mevr. A. gladgestreken en blijkt thans dat hij een vraag tot gezinshereniging indiende. [...]”

Betrokkene zou zijn intrek nemen bij zijn gezin in Antwerpen. Een maatschappelijke enquête vond plaats. De justitieassistent besluit dat het opvangmilieu een controleren rol zal opnemen en geen tweede maal zal toelaten dat haar man strafbare feiten pleegt. [...]”

Het opvangmilieu van verzoeker (zijn echtgenote en kinderen) worden dus als positief element beschouwd - er is bovendien nergens sprake van een breuk met zijn gezin!

Recent werd er tevens een uitgaansvergunning toegestaan aan verzoeker, waarbij wordt verwezen naar zijn positieve detentieverloop en het feit dat hij betrokken is ten aanzien van zijn partner en kinderen (stuk 9).

Van dit positieve detentieverloop is altijd al sprake geweest - uit het dossier blijkt immers zeer duidelijk (het dossier waarvan verwerende partij wel degelijk kennis van heeft (kunnen) hebben) dat het reclasseringsproject van verzoeker en daardoor de verzoeken om uitgaansvergunningen en elektronisch toezicht worden bemoeilijkt door zijn preciaire verblijfssituatie en NIET door zijn eigen gedrag!

Met dit alles werd door verwerende partij evenwel geen rekening gehouden. Er wordt eenvoudigweg verwezen naar de veroordelingen en geoordeeld dat er een ernstig en actueel risico bestaat op een nieuwe schending van de openbare orde. Van een beoordeling van het persoonlijk gedrag van verzoeker en de actuele en werkelijke situatie, zoals vereist door artikel 43 Vreemdelingenwet, is dan ook geen sprake.

Dat er een ernstig en actueel risico zou bestaan op een nieuwe schending van de openbare orde, is met andere woorden niet correct en wordt volledig weerlegd door het voorgaande. Bovendien blijkt nergens uit de bestreden beslissing dat dit actuele en werkelijke karakter van een eventuele bedreiging ook werkelijk werd onderzocht.

Men is uiterst selectief in de elementen die men aanhaalt uit het dossier van verzoeker en alle positieve elementen worden bewust genegeerd, wat uiteraard een schending vormt van het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel.

Ook het argument dat verzoeker thans nog steeds in de gevangenis verblijft houdt geen steek, daar zijn strafeinde ook nog niet officieel ten einde is en hierboven werd uitgelegd waarom hij nog niet in aanmerking kwam voor gunstmaatregelen (NIET omwille van zijn gedrag, WEL omwille van zijn preciaire verblijfssituatie en daardoor beperkt reclasseringsproject).

Indien zijn verblijfsaanvraag effectief wordt goedgekeurd, kan hij rekenen op een gezin op naar terug te keren en is de kans nihil dat hij opnieuw een dergelijk feit zal plegen omdat hij zijn les heeft geleerd en omdat er duidelijk sprake zal zijn van een controlerende omgeving. Er kan dan ook niet ernstig worden voorgehouden dat verzoeker een gevaar vormt voor de openbare orde of de openbare veiligheid in de zin van artikel 43 Vreemdelingenwet.

7.

Zoals gezegd volstaat de loutere vaststelling dat verzoeker een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging vormt, op zich zelfs niet, aangezien het bestuur bij zijn beoordeling het evenredigheidsbeginsel moet eerbiedigen. Het moet bijgevolg een billijk evenwicht vinden tussen de betrokken rechtmatige belangen, onder andere in het licht van de grondrechten, in het bijzonder van het in artikel 8 EVRM vastgelegde recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven (HvJ 29 april 2004, C-482/01 en C-493/01, Orfanopoulos en Oliveri, ptn. 95-99; HvJ 23 november 2010 (Grote Kamer), C-145/09, Tsakouridis, ptn. 52-53).

In casu is er geen billijk evenwicht gevonden tussen de betrokken rechtmatige belangen en is het evenredigheidsbeginsel geschonden.

Ook de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen oordeelde reeds als volgt (RvV 6 november 2013, arrest nr. 113 395):

“Uit bovenstaande geciteerde rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat het Hof wijst op de bijzondere rechtspositie van de onder het gemeenschapsrecht vallende personen en op het fundamentele karakter van het beginsel van het vrij verkeer van personen. Het Hof wijst er bijkomend op dat het bestaan van strafrechtelijke veroordelingen slechts ter zake doet voor zover uit de omstandigheden die tot de veroordelingen hebben geleid, blijkt van het bestaan van een persoonlijk gedrag dat een actuele bedreiging van de openbare orde vormt waarbij relevant is of bij de betrokkene een neiging bestaat om dit gedrag in de toekomst te handhaven. Verzoeker wijst op het feit dat de moord die hij op zijn ex-vrouw heeft gepleegd, zijn enige veroordeling betreft, welke intussen meer dan 12 jaar geleden is. Hij stelt ook herhaaldelijk dat er duidelijk geen enkele aanwijzing van enig risico op recidive is, hetgeen wel door de interpretatie van het Hof van Justitie wordt vereist, omdat de actuele situatie van verzoekende partij en zijn gedrag doorheen de jaren op geen enkele wijze wordt aangehaald, hetgeen nochtans essentiële elementen uitmaken bij de beoordeling van zijn aanvraag en het eventueel risico voor de openbare orde. Hij meent dan ook dat niet rechtsgeldig kan worden voorgehouden dat verzoeker een gevaar vormt voor de openbare orde of de openbare veiligheid in de zin van artikel 43, 2e van de vreemdelingenwet. Het feit dat verzoeker werd veroordeeld voor de moord op zijn ex-vrouw wordt door geen van de partijen betwist. Verweerder wijst er terecht op dat met deze veroordeling mag rekening worden gehouden. Ze meent echter, zoals verwoord in de nota, dat er ook expliciet zou gemotiveerd zijn omtrent de actuele aard van de ernstige bedreiging. De Raad kan daaromtrent echter niets bekennen in de bestreden beslissing. Verweerder meent dat de aard en zwaarwichtigheid van de feiten op zich volstaan om aan te nemen dat verzoeker zich met dergelijke praktijken opnieuw zal inlaten. Hij meent dat er duidelijk rekening is gehouden met het gevaar voor recidive. Verweerder meent dat hij wel een grondig onderzoek heeft gedaan van de elementen die de situatie van verzoeker concreet kenmerken. De Raad stelt echter vast dat verweerder niet betwist dat de eenmalige veroordeling reeds dateert van het jaar 2000, dus meer dan 12 jaar geleden. Verweerder betwist niet dat verzoeker voor deze feiten door de rechtbank van Batman werd veroordeeld tot een gevangenisstraf wegens vrijwillige doodslag en dat hij deze straf ook heeft ondergaan. Waar er evenwel discussie bestaat over het feit of dit nu op grond van eremoord dan wel in een vlaag van woede is gebeurd, wordt er door verweerder niet betwist dat verzoeker vervroegd werd vrijgelaten en dat sindsdien geen enkel nieuw feit aan verzoeker kon worden ten laste gelegd. Ook in het politieverlag van 25 mei 2013 staat te lezen: “gedrag: er zijn ons geen negatieve elementen bekend omtrent zijn gedrag, centraal signalementenblad: niets gekend; Schengen informatiesysteem: niets gekend”. Het komt de Raad bijgevolg niet redelijk voor te spreken van een recidivegevaar, omdat de enige, weliswaar ernstige veroordeling dateert van het jaar 2000. Dertien jaar later blijkt dat verzoeker sindsdien geen feiten meer heeft gepleegd, zodat er op heden nog bezwaarlijk kan gesproken worden van recidivegevaar. Zoals artikel 43 van de vreemdelingenwet aangeeft, kan het niet de bedoeling zijn om algemene preventieve maatregelen te nemen. De ernst van het feit is op zich ook niet dermate dat men na bijna dertien jaar verzoeker nog als een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving kan beschouwen. ”

Ook in een ander arrest vernietigde de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen de beslissing van de DVZ, waarbij de gezinshereniging van een derdelander met zijn Belgisch kind werd geweigerd wegens drugsfeiten, waarna de betrokkene in het bezit werd gesteld van een F- kaart (RvV 13 januari 2016, arrest nr. 159 789).

De bestreden beslissing dient wegens alle bovengenoemde elementen ook in deze zaak vernietigd te worden.

Het middel is om alle bovengenoemde redenen gegrond.”

2.2.2. De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen verplichten de overheid 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 bestaansreden van de motiveringsplicht, zoals die wordt opgelegd door de voormelde wet van 29 juli 1991, bestaat erin dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet 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 betrokkene met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden. (RvS 18 januari 2010, nr. 199.583, Staelens; RvS 11 december 2015, nr. 233.222). Artikel 62, §2 van de Vreemdelingenwet legt evenzeer de plicht op om de beslissingen die voortvloeien uit de toepassing van de Vreemdelingenwet formeel te motiveren.

Bij de beoordeling van de materiële motiveringsplicht is de Raad niet bevoegd om zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. De Raad is in de uitoefening van zijn wettelijk toezicht enkel bevoegd om na te gaan of deze overheid bij de totstandkoming van de bestreden beslissing is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet op kennelijk onredelijke wijze tot haar besluit is gekomen (RvS 7 november 2001, nr. 101.624).

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 overheid is onder meer verplicht om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk te onderzoeken, zodat zij met kennis van zaken kan beslissen. (RvS 28 juni 2018, nr. 241.985, ROELS)

2.2.3. Verzoeker beroept zich in een eerste middelonderdeel op het arrest *K.A.* van het Hof van Justitie (HvJ 8 mei 2018, C-82/16, *K.A.*). In dat arrest heeft het Hof van Justitie uitgelegd dat artikel 20 van het VWEU zich verzet tegen een praktijk van een lidstaat die inhoudt dat een verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging, ingediend op zijn grondgebied door een derdelander die familielid is van een Unieburger die de nationaliteit van de lidstaat bezit en zijn recht van vrij verkeer nooit heeft uitgeoefend, niet in aanmerking neemt op de enkele grond dat deze derdelander de toegang tot dat grondgebied is verboden, zonder dat is onderzocht of er een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat tussen deze Unieburger en de genoemde derdelander dat de weigering om aan deze derdelander een afgeleid verblijfsrecht toe te kennen tot gevolg zou hebben dat de betrokken Unieburger feitelijk gedwongen is het grondgebied van de Unie als geheel te verlaten, zodat hem het effectieve genot van de voornaamste aan zijn status ontleende rechten wordt ontzegd.

De Raad merkt vooreerst op dat uit de bestreden beslissing duidelijk blijkt dat de verblijfsaanvraag werd geweigerd om redenen van openbare orde, op grond van artikel 43, §1, 2° van de Vreemdelingenwet, en niet omdat verzoeker de toegang tot het grondgebied is verboden.

Artikel 43 van de Vreemdelingenwet 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.”

Deze bepaling vormt de omzetting in Belgisch nationaal recht van artikel 27, eerste lid van de Burgerschapsrichtlijn (zie Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 11 januari 2007 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl. St., Kamer*, 2006- 2007, nr. 51-2845/001, 60-61 en Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 12 december 2016 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, met het doel de bescherming van de openbare orde en de nationale veiligheid te versterken, *Parl. St., Kamer*, 2016- 2017, nr. 54-2215/001, 32-33)

Verzoeker verwijst naar de *K.A.*-rechtspraak van het Hof van Justitie en stelt dat de verwerende partij zich niet zonder meer op zijn strafblad mocht beroepen om hem het verblijfsrecht te weigeren, zonder te onderzoeken of er tussen verzoeker en zijn Nederlandse echtgenote een afhankelijkheidsverhouding in de zin van het *K.A.*- arrest bestaat.

Hij kan hierin echter niet worden bijgetreden.

In eerste instantie moet worden vastgesteld dat het Hof van Justitie in het door verzoeker aangehaalde arrest zich heeft uitgesproken over de vraag in welke mate het bestaan van een inreisverbod in hoofde van een vreemdeling eraan in de weg staat dat een aanvraag tot gezinshereniging wordt ingediend. In die context heeft het Hof inderdaad, zoals verzoeker terecht stelt, geoordeeld dat artikel 20 van het VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een praktijk van een lidstaat die inhoudt dat een verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging die op zijn grondgebied is ingediend door een derdelander, familielid van een Unieburger die de nationaliteit van die lidstaat bezit en zijn recht op vrij verkeer nooit heeft uitgeoefend, niet in aanmerking wordt genomen op de enkele grond dat tegen die derdelander een inreisverbod is uitgevaardigd, zonder dat is onderzocht of er een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat tussen die Unieburger en genoemde derdelander dat de weigering om aan laatstgenoemde een afgeleid verblijfsrecht toe te kennen tot gevolg zou hebben dat de betrokken Unieburger feitelijk gedwongen is het grondgebied van de Unie als geheel te verlaten, zodat hem het effectieve genot van de voornaamste aan zijn status ontleende rechten wordt ontzegd. (HvJ 8 mei 2018, C-82/16, *K.A.*, punt 62)

Zoals reeds gesteld, en zoals verzoeker overigens zelf ook aangeeft, wordt het bestaan van het koninklijk besluit van 10 augustus 2015 waarbij hem gedurende 10 jaar de toegang tot het Rijk wordt verboden hem in casu niet tegengeworpen door de verwerende partij, maar is de bestreden beslissing enkel en alleen gegrond op artikel 43 van de Vreemdelingenwet.

De situatie zoals geïllustreerd in het voormelde arrest *K.A.* is dus thans in beginsel niet aan de orde. Wat er ook van zij, het Hof van Justitie geeft in het voormelde arrest *K.A.* uitdrukkelijk aan dat de weigering om een verblijfsrecht toe te kennen in overeenstemming is met het Unierecht voor zover zij is gebaseerd op de vaststelling dat er, met name gelet op de strafbare feiten die zijn gepleegd door een derdelander, sprake is van een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging voor de openbare orde of de openbare veiligheid, ook al is er sprake van een zodanige afhankelijkheidsverhouding dat die weigering voor de Unieburger die een familielid van die derdelander is, de verplichting met zich mee zou brengen om het grondgebied van de Unie te verlaten. (HvJ 8 mei 2018, C-82/16, *K.A.*, punt 92). Het Hof verwijst daarbij ook naar haar rechtspraak in de zaak *Rendón Marín*, waarin zij beklemtoonde “*dat artikel 20 VWEU niet afdoet aan de mogelijkheid voor de lidstaten om zich te beroepen op een uitzondering [inzake een uit artikel 20 VWEU voortvloeiend afgeleid verblijfsrecht] in verband met, met name, de handhaving van de openbare orde of de bescherming van de openbare veiligheid.*” (HvJ 13 september 2016, C-C-165/14, *Rendón Marín*, punt 81)

2.2.4. Met betrekking tot de vraag of de verwerende partij op deugdelijke wijze heeft vastgesteld dat verzoeker, door zijn gedrag, een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt voor een fundamenteel belang van de samenleving, wordt gewezen op het volgende:

Artikel 45, §2 van de Vreemdelingenwet, door verzoeker ingeroepen, bepaalt het volgende:

“De in de artikelen 43 en 44bis bedoelde beslissingen moeten in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel en uitsluitend gebaseerd zijn op het persoonlijk gedrag van de betrokken burger van de Unie of zijn familielid.

Eerdere strafrechtelijke veroordelingen zijn als zodanig geen reden voor dergelijke beslissingen.

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.

Om te beoordelen of de burger van de Unie of zijn familielid een gevaar voor de openbare orde of de nationale veiligheid vormt, kan de minister of zijn gemachtigde, bij de afgifte van de verklaring van inschrijving of van de verblijfskaart van familielid van een burger van de Unie, en als hij het onontbeerlijk acht, aan de lidstaat van oorsprong en, eventueel aan andere lidstaten, inlichtingen vragen over de gerechtelijke antecedenten van de betrokkene. Deze raadpleging mag geen systematisch karakter dragen.”

Volgens verzoeker wordt in de bestreden beslissing niet op afdoende wijze uiteengezet op welke wijze zijn persoonlijk gedrag *in concreto* de openbare orde zou kunnen bedreigen, gelet op de positieve elementen die voorliggen. Hij viseert ook het motief dat nergens uit het dossier zou blijken dat hij een nieuwe weg is ingeslagen of dat hij inspanningen zou hebben geleverd die van belang zijn bij zijn strafuitvoering, en stelt dat geen belang wordt gehecht aan het feit dat hij sinds 2012 niet meer werd veroordeeld en dat er geen gerechtelijke of politionele onderzoeken tegen hem lopen. Hij betoogt dat de verwerende partij geen rekening hield met de huidige omstandigheden, waaronder zijn positief detentieverloop en zijn betrokkenheid ten aanzien van zijn partner en kinderen. Inzake het detentieverloop voert verzoeker aan dat uit het dossier zeer duidelijk blijkt dat zijn verzoeken om uitgaansvergunningen en elektronisch toezicht bemoeilijkt worden door zijn precare verblijfssituatie, en niet door zijn eigen gedrag. Volgens verzoeker wordt eenvoudigweg verwezen naar de veroordelingen, en wordt zonder beoordeling van zijn persoonlijk gedrag en van de actuele en werkelijke situatie geoordeeld dat er een ernstig en actueel risico bestaat op een nieuwe schending van de openbare orde – hetgeen hij dus betwist. Aldus is volgens verzoeker ook geen billijk evenwicht gevonden tussen de betrokken rechtmatige belangen.

De Raad stelt vooreerst vast dat in de bestreden beslissing niet enkel verzoekers strafrechtelijk verleden wordt aangehaald, maar ook gewezen wordt op de aard en de ernst van de als misdrijf strafbaar gestelde feiten, het herhaald en georganiseerd karakter daarvan, en zijn hoedanigheid als leidend persoon van een criminele organisatie. Verder wordt toegelicht waarom voor de verwerende partij nergens uit het dossier blijkt dat verzoeker een nieuwe weg zou zijn ingeslagen, en er blijkt tot slot dat er een afweging werd gebeurd ten aanzien van het familiale en persoonlijke belang van verzoeker.

Meer in het bijzonder heeft de verwerende partij gemotiveerd dat het verblijf van verzoeker ongewenst is om redenen van openbare orde en door zijn persoonlijk gedrag, verwijzend naar verschillende veroordelingen voor inbreuken op de drugswetgeving. De gemachtigde benadrukte daarbij dat verzoeker wetens en willens als leidend persoon deel heeft uitgemaakt van een criminele organisatie, dat hij zich bij de feiten gepleegd tussen 31 augustus 2011 en 30 maart 2012 in staat van bijzondere herhaling bevond, dat hij kennelijk geen lering trok uit eerdere veroordelingen, en dat handel in grote hoeveelheden drugs een ernstige aanslag vormt op de openbare orde van de samenleving, omwille van de vele gezondheidsrisico's en criminaliteit die druggebruik voor vele verslaafden teweeg brengt en de aard van de criminele activiteiten die het drugsmisdaadmilieu kenmerken; en dat verzoeker aldus geen enkel respect heeft voor andermans gezondheid en uit is op zeer gemakkelijk geldgewin.

De Raad wijst erop dat dit standpunt in de lijn ligt van de rechtspraak van zowel het Hof van Justitie van de Europese Unie als van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM). Zo heeft het Hof van Justitie in het arrest *Tsakouridis* (C-145/09) het volgende geponereerd:

“46. De georganiseerde drugshandel is een diffuse vorm van criminaliteit, met indrukwekkende economische en operationele middelen en zeer dikwijls grensoverschrijdende connecties. Gelet op de verwoestende effecten van de met deze handel verbonden criminaliteit wordt in kaderbesluit 2004/757/JBZ van de Raad van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van

de illegale drugshandel (PB L 335, blz. 8) in het eerste punt van de considerans overwogen dat de illegale drugshandel 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.

47. Drugsverslaving is een ramp voor de individuele mens en een economisch en sociaal gevaar voor de mensheid (zie in die zin met name arrest van 26 oktober 1982, Wolf, 221/81, Jurispr. blz. 3681, punt 9, en EHRM, arrest Aoulmi tegen Frankrijk van 17 januari 2006, § 86); ook kan de georganiseerde drugshandel zulke vormen aannemen dat zij een rechtstreekse bedreiging vormt voor de gemoedsrust en de fysieke veiligheid van de bevolking als geheel of een groot deel daarvan.

54. Hoe dan ook, daar het Hof heeft verklaard dat een lidstaat in verband met de handhaving van de openbare orde het gebruik van verdovende middelen als een zodanig gevaar voor de samenleving kan beschouwen dat ten aanzien van buitenlanders die de wetgeving inzake verdovende middelen overtreden, bijzondere maatregelen gerechtvaardigd zijn (zie arrest van 19 januari 1999, Calfa, C-348/96, Jurispr. blz. I-11, punt 22, en arrest Orfanopoulos en Oliveri, reeds aangehaald, punt 67)."

De maatschappelijke impact van druggerelateerde feiten werd ook reeds herhaaldelijk benadrukt door het EHRM. Het EHRM heeft gesteld dat Staten, gelet op de vernietigende effecten van drugs op mensenlevens, in beginsel gerechtigd zijn doortastend op te treden tegen personen die actief betrokken zijn bij de verspreiding ervan. Het EHRM beschouwt het dealen van drugs als een ernstige verstoring van de openbare orde en een ondermijning van de gezondheid van anderen (EHRM 19 februari 1998, Dalia t. Frankrijk, EHRM 30 november 1999, Baghli t. Frankrijk; EHRM 11 juli 2002, Amrollahi t. Denemarken; EHRM 10 juli 2003, Benhebba t. Frankrijk).

Verzoeker betwist deze weergave van zijn strafrechtelijk verleden niet, maar voert aan dat de verwerende partij zich louter op de bestaande veroordelingen focust zonder belang te hechten aan het feit dat hij in de afgelopen jaren niet meer veroordeeld werd, en dat er ook geen gerechtelijke of politionele onderzoeken tegen hem lopen. Hij stelt dat de verwerende partij geen rekening hield met de huidige omstandigheden en met zijn positieve detentieverloop, en dat zijn verzoeken om uitgaansvergunningen en elektronisch toezicht dan wel afgewezen werden, maar dat dit niet door zijn eigen gedrag of gebrek aan inspanningen komt, maar wel (mede) het gevolg zou zijn van zijn preciaire verblijfssituatie.

Verzoeker verwijst ter ondersteuning van zijn betoog naar een beslissing van de strafuitvoeringsrechtbank van Gent van 30 december 2020 over een verzoek tot elektronisch toezicht, en naar een beslissing van de directie detentiebeheer over de toekenning van een uitgaansvergunning van 18 februari 2021 – die beide als bijlage aan het verzoekschrift zijn toegevoegd.

De Raad stelt vast dat uit de beslissing van de strafuitvoeringsrechtbank dan wel blijkt dat de justitieassistent van oordeel is dat het opvangmilieu een controlerende rol zal opnemen en niet zal toelaten dat verzoeker opnieuw strafbare feiten pleegt, maar dat de rechtbank alsnog een "verhoogd risico op recidive" weerhoudt. Voorts blijkt dat ook de directie detentiebeheer meerdere tegenindicaties tegen het toekennen van een uitgaansvergunning erkent, waaronder een risico dat verzoeker zich aan de uitvoering van zijn straf zou onttrekken, en een risico dat hij tijdens de uitgaansvergunning ernstige strafbare feiten zou plegen. Aangaande dat laatste wordt inderdaad, zoals wordt aangehaald in het middel, gesteld dat verzoeker heden een tijdelijk recht op verblijf heeft en voorlopig niet op legale wijze een reclassering kan uitwerken, maar wordt eveneens gesteld dat het risico op nieuwe strafbare feiten hoog wordt geacht. Uit het stuk kan tot slot worden afgeleid dat ook de gevangenisdirecteur het algeheel risico op het plegen van nieuwe feiten op lange termijn hoog inschat.

Voorts kan de verwerende partij gevolgd worden waar zij in de nota stelt dat verzoeker geen argument kan putten uit het feit dat hij sinds 2012 niet meer werd veroordeeld en er ook geen gerechtelijke of politionele onderzoeken tegen hem lopen, aangezien hij sedert 29 maart 2012 in de gevangenis verblijft. Verzoeker was daardoor logischerwijze gelimiteerd in zijn mogelijkheden om nieuwe strafbare feiten te plegen.

Gelet op al deze elementen is volgens de Raad niet aangetoond dat het oordeel van de verwerende partij dat uit het dossier niet blijkt dat verzoeker heden een nieuwe weg zou zijn ingeslagen, en dat hij derhalve een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormt, onwettig, kennelijk onredelijk of onzorgvuldig is. Het gegeven dat er in het dossier ook een aantal voor verzoeker 'positieve' elementen te vinden zijn, doet daaraan geen afbreuk.

2.2.5. Wat betreft het door verzoeker aangehaalde evenredigheidsbeginsel moet erop worden gewezen dat de tweede paragraaf van artikel 43 van de Vreemdelingenwet oplegt dat *“wanneer de minister of zijn gemachtigde overweegt een beslissing zoals bedoeld in paragraaf 1 te nemen, [...] hij rekening [houdt] 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”*.

Waar verzoeker zijn gezinsbelang benadrukt, stelt de Raad vast dat de verwerende partij heeft geoordeeld dat het familiale en persoonlijke belang van betrokkene ondergeschikt wordt geacht aan de vrijwaring van de openbare orde nu er weinig sprake is van een volwaardig gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM waarbij betrokkene zijn verantwoordelijkheid heeft opgenomen ten aanzien van zijn kinderen en mee heeft ingestaan voor hun opvoeding en hun verzorging

Zo heeft de gemachtigde vooreerst geoordeeld dat verzoekers relatie op losse schroeven staat, enerzijds omdat verzoeker sinds 2012 in de gevangenis verblijft, en ook voordien herhaaldelijk werd opgesloten, en anderzijds omdat, hoewel in recente jaren twee kinderen uit het huwelijk werden geboren, uit de stukken van het dossier blijkt dat de relatie eerder een knipperlichtrelatie betreft.

Er wordt in het bijzonder verwezen naar de PV's en de gerechtelijke stappen ondernomen door mevrouw A. in 2007, naar de door haar neergelegde klacht wegens schijnhuwelijk, en het feit dat verzoeker een tijd lang niet woonachtig was op het gezinsadres. Verder wordt belang gehecht aan verzoekers verklaringen uit 2017 dat hij gescheiden is van zijn echtgenote en zijn leven in Marokko wil verderzetten met een andere vrouw.

Daarnaast heeft de verwerende partij toegelicht dat de zorg voor de kinderen overwegend werd en wordt gedragen door de moeder, aangezien verzoeker als sinds 2012 in de gevangenis verblijft en dus eerder niet dan wel samenwonend is geweest met zijn kinderen. De moeder draagt aldus reeds lange tijd de dagelijkse zorg voor de kinderen, zij is de primaire en continue zorgfiguur voor de kinderen, en het feit dat zijn echtgenote en kinderen op bezoek komen in de gevangenis is niet doorslaggevend om van werkelijke gezinsbanden te kunnen spreken, aldus de gemachtigde.

De gemachtigde wijst er ook terecht op dat de uitwijzing van een ouder die niet samenwoont met zijn minderjarig kind volgens het EHRM niet dezelfde ontwrichtende impact heeft op het leven van dit kind als de uitwijzing van een ouder die wel als een gezin samenwoont met zijn/haar minderjarig kind, zeker indien contact via telefoon en internet mogelijk blijft vanuit het land waarnaar de ouder zal worden uitgewezen en er voor de kinderen geen beletsel bestaat om deze ouder te gaan opzoeken in diens land van herkomst (EHRM 18 oktober 2006, Üner / Nederland; EHRM 8 januari 2009, Grant / het Verenigd Koninkrijk; EHRM 17 februari 2009, Onur / het Verenigd Koninkrijk).

De verwerende partij benadrukt tot slot dat verzoeker zijn vaderschap kan opnemen door middel van intensieve contacten met de kinderen, eventueel via moderne communicatiemiddelen en occasionele bezoeken van de kinderen en de partner, en dat dergelijke contacten overigens niet veel zouden verschillen van de huidige situatie aangezien verzoeker in de gevangenis verblijft en thans dus evenmin samenwonend is met zijn kinderen en partner.

Zodoende acht de verwerende partij de beslissing tot weigering van verblijf evenredig en niet in strijd met de belangen van de kinderen, te meer nu het belang van het kind, hoewel het een primordiaal karakter heeft, niet absoluut is.

Uit het voorgaande blijkt dat de verwerende partij verzoekers gezinsbelangen, en met name de relatie met zijn echtgenote en de belangen van zijn kinderen heeft onderzocht, en heeft toegelicht waarom zijn familiale en persoonlijke belangen ondergeschikt geacht worden aan de vrijwaring van de openbare orde. Zodoende kan verzoeker niet gevolgd worden waar hij stelt dat uit de motivering van de bestreden beslissing niet blijkt dat een afweging heeft plaatsgevonden tussen enerzijds de veroordeling en de actuele situatie van verzoeker en anderzijds de gevolgen van de weigering.

Verder kan verzoeker niet worden gevolgd waar hij betoogt dat de motivering gebrekkig is en gebaseerd op een situatie uit 2017. Immers, zelfs aangenomen dat verzoeker en zijn echtgenote hun knipperlichtrelatie nieuw leven zouden hebben ingeblazen, dan nog blijkt dat de verwerende partij heeft geoordeeld dat er in casu andere manieren zijn die het koppel en hun kinderen toelaten om de

gezinsbanden te onderhouden op een manier die niet erg verschillend is van de huidige bestaande situatie, daarbij rekening houdend met het feit dat de moeder de voornaamste zorgdrager is voor de kinderen en er al gedurende een zeer lange tijd geen samenwonen meer is. Dit wordt uitgebreid toegelicht in de bestreden beslissing, en de Raad kan ter zake alleen maar vaststellen dat verzoeker tegen deze motieven geen concrete argumenten aanvoert. Verzoekers standpunt dat geen billijk evenwicht gevonden werd tussen de betrokken rechtmatige belangen, zonder die grief op ook maar enige wijze toe te lichten of te staven, is geenszins van aard om een schending van het evenredigheidsbeginsel aannemelijk te maken. Het louter tegenspreken van de verwerende partij volstaat daartoe immers niet.

2.2.6. Waar verzoeker tot slot ook nog zijdelings verwijst naar het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en de hoorplicht, kan de Raad enkel vaststellen dat in het middel op geen enkele wijze wordt uiteengezet hoe deze beginselen geschonden zouden zijn, zodat deze onderdelen van het middel onontvankelijk zijn.

2.2.7. Het tweede middel is, in de mate dat het ontvankelijk is, ongegrond.

2.3.1. Het derde middel is gestoeld op de schending van artikel 8 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (hierna: het EVRM), van artikel 3 van het Kinderrechtenverdrag en van het algemeen rechtsbeginsel 'fair balance'. Het wordt als volgt uiteengezet:

"1.

Verwerende partij heeft haar beslissing niet correct en niet afdoende gemotiveerd en heeft op geen enkel ogenblik een belangenafweging gemaakt die de beslissing zou kunnen verantwoorden.

Verwerende partij is nochtans is op de hoogte van de familiale situatie van verzoeker, doch baseert zich op een situatie van in 2017. Verwerende partij heeft geen afdoende poging ondernomen om rekening te houden met het huidige gezins- en familieleven van verzoeker.

Verzoeker is gehuwd en uit dit huwelijk werden vijf (thans minderjarige) kinderen geboren!

Verwerende partij is nochtans op de hoogte van hoe het familiaal leven van verzoeker wordt beoordeeld, daar er naar wordt verwezen in de beslissing van de strafuitvoeringsrechtbank dd. 31.08.2020, waarnaar verwerende partij zélf verwijst in de bestreden beslissing (zie supra).

De bestreden beslissing is dan ook onjuist.

In elke verblijfsbeslissing die mogelijks het recht op gezinsleven (zoals vervat in artikel 8 EVRM) schendt, moet de lidstaat bovendien het hoger belang van het kind in overweging nemen. Dat volgt uit het arrest Jeunesse tegen Nederland van het EHRM.

Verzoeker is, zoals boven vermeld, de vader van vijf minderjarige kinderen.

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

Bij deze de belangenafweging moet de lidstaat 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-familielid 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 EHRM 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 de lidstaten bij de beoordeling van éénder 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 lidstaten 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 deze "fair balance-toets" niet voldoende gebeurd, omdat er niet voldoende rekening werd gehouden met de minderjarige kinderen.

Het middel is ontvankelijk en gegrond.

2.

Artikel 8 van het EVRM bepaalt:

"Eenieder heeft recht op respect van zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie."

Het tweede lid van artikel 8 EVRM beperkt de macht van de Staat en stelt:

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

Het 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. 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 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 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 beginsel ontstaat vanaf de geboorte tussen een minderjarig kind en zijn ouder een natuurlijke band die gelijkstaat met een gezinsleven. Het is daarbij niet noodzakelijk dat het kind binnen een huwelijk of andere samenlevingsvorm werd geboren. Om een voldoende graad van "gezinsleven" vast te stellen, dewelke valt onder de bescherming van artikel 8 EVRM, is de samenwoning van de ouder met het minderjarig kind niet noodzakelijk; wel moeten andere factoren worden voorgelegd die aantonen dat de relatie tussen de betrokken ouder en het minderjarig kind voldoende standvastig is om de facto gezinsbanden te creëren ("Although co-habitation may be a requirement for such a relationship, however, other factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create de facto family ties" - EHRM 8 januari 2009, Joseph Grant/Verenigd Koninkrijk, §30). Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat een gezinsband tussen echtgenoten of partners wordt verondersteld (EHRM 21 juli 1988, Berrehab/Nederland, §21).

In casu is er geen evenwichtige en redelijke beoordeling gemaakt van alle in het geding zijnde belangen, minstens dat in het bijzonder rekening werd gehouden met de belangen van het gehele gezin.

Verwerende partij heeft geen rekening gehouden met het hoger belang van het kind, wat zij nochtans diende te doen.

Rekening houdend met het feit enerzijds dat de vereiste van artikel 8 EVRM, net zoals die van de overige bepalingen van het EVRM, te maken heeft met waarborgen en niet met de loutere goede wil of met praktische regelingen (EHRM 5 februari 2002, Conka/België, §83), en anderzijds dat dit artikel primeert op de bepalingen van de vreemdelingenwet (RvS 22 december 2010, nr. 210.029), is het de taak van de administratieve overheid om, vooraleer te beslissen, een zo nauwkeurig mogelijk onderzoek te doen van de zaak en dit op grond van de omstandigheden waarvan zij kennis heeft of zou moeten hebben. De toepassing van de vreemdelingenwet moet aan de voorwaarden van artikel 8 EVRM, als zijnde de hogere norm, worden getoetst. Er rust bijgevolg een onderzoeksverplichting 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 EVRM (EHRM 11 februari 2010, nr. 31465/08, Raza v. Bulgarije, §54).

In de bestreden beslissing wordt gesteld dat het persoonlijk gedrag van verzoeker een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging vormt voor het fundamenteel belang van de samenleving. Verwerende partij besluit daaruit meteen dat het familiale en persoonlijk belang van verzoeker hier dan ook ondergeschikt is aan de vrijwaring van de openbare orde.

Verwerende partij gaat evenwel geheel voorbij aan het gegeven dat het vaststellen van bedreiging voor de openbare orde niet voldoet, maar dat tevens moet worden nagegaan of de bescherming van de openbare orde, in casu uitgedrukt door de beslissing tot weigering van verblijf, in verhouding staat met de concrete individuele belangen van verzoeker. Er dient dus een correcte en concrete billijke afweging te worden gemaakt tussen de individuele en concrete omstandigheden van de verzoeker, enerzijds, en het algemeen belang, anderzijds (de zogenaamde "proportionaliteitstoets"). Zoals hierboven reeds vermeld, heeft het EHRM criteria geformuleerd die nationale overheden dienen te leiden in het beoordelen van zulke zaken.

Uit de bestreden beslissing blijkt evenwel dat verwerende partij onvoldoende in concreto de individuele belangen van verzoeker én van zijn gezin heeft afgewogen."

2.3.2. Artikel 8 van het EVRM bepaalt wat volgt:

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

2. 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 rechten en vrijheden van anderen."

Het door artikel 8 van het EVRM gewaarborgde recht op respect voor het gezins- en/of privéleven is niet absoluut. Inzake immigratie heeft het EHRM er in beide voormelde gevallen en bij diverse gelegenheden aan herinnerd dat het EVRM als dusdanig geen enkel recht voor een vreemdeling waarborgt om het grondgebied van een staat waarvan hij geen onderdaan is, binnen te komen of er te verblijven (EHRM 9 oktober 2003, Slivenko/Letland (GK), § 115; EHRM 24 juni 2014, Ukaj/Zwitserland, § 27). Artikel 8 van het EVRM kan evenmin zo worden geïnterpreteerd dat het voor een Staat de algemene verplichting inhoudt om de door vreemdelingen gemaakte keuze van de staat van gemeenschappelijk verblijf te respecteren en om de gezinshereniging op zijn grondgebied toe te staan (EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 39; EHRM 10 juli 2014, Mugenzi/Frankrijk, § 43), noch om het recht op een bepaalde verblijfstitel te garanderen (EHRM 16 december 2014, Chbihi Loudoudi en a./België, § 135). De verdragsstaten hebben het recht, op grond van een vaststaand beginsel van internationaal recht, behoudens hun verdragsverplichtingen, met inbegrip van het EVRM, de toegang, het verblijf en de verwijdering van niet-onderdanen te controleren (EHRM 26 juni 2012, Kurić en a./Slovenië (GK), § 355; zie ook EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 100). De staat is aldus gemachtigd om de voorwaarden voor de binnenkomst, het verblijf en de verwijdering van niet-onderdanen vast te leggen.

Niettemin kunnen in bepaalde gevallen binnenkomst-, verblijfs- en verwijderingsmaatregelen aanleiding geven tot een schending van het recht op eerbiediging van het gezins- of privéleven, zoals gewaarborgd onder artikel 8 van het EVRM.

2.3.3. Verzoeker had aanvankelijk een verblijfsrecht in België op grond van een gezinshereniging met zijn Nederlandse echtgenote, maar dit verblijfsrecht werd beëindigd middels een KB tot uitzetting van 10 augustus 2015. Deze beslissing werd niet aangevochten. Verzoeker is aldus thans niet in wettig verblijf in België, zodat de bestreden beslissing, die geen verwijderingsmaatregel in zich draagt, als zodanig geen wijziging van het gezinsleven in de vorm zoals het nu bestaat met zich meebrengt.

Een toetsing aan de hand van het tweede lid van artikel 8 van het EVRM is derhalve niet aan de orde, maar er moet eerder onderzocht worden of er een positieve verplichting is voor de staat om de betrokken vreemdeling op zijn grondgebied toe te laten of te laten verblijven zodat hij zijn gezinsleven aldaar kan handhaven en ontwikkelen (EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 63; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 38; EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 105). Dit geschiedt aan de hand van een 'fair balance'-toets waarbij wordt nagegaan of de staat een redelijke afweging heeft gemaakt tussen de concurrerende belangen van de vreemdeling en diens familie, enerzijds, en die van de Belgische samenleving bij het voeren van een migratiebeleid en het handhaven van de openbare orde, 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. (EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, Nuñez v. Noorwegen, §70) Indien minderjarige kinderen betrokken zijn, zoals *in casu*, moet het hoger belang van deze kinderen in acht worden genomen. Hoewel hieraan een belangrijk gewicht moet worden toegekend in de belangenafweging vereist onder artikel 8 van het EVRM, is het hoger belang van het kind op zichzelf evenwel niet beslissend (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 109). Verzoeker toont niet aan dat artikel 3 van het Kinderrechtenverdrag op dit vlak een ruimere, juridisch afdwingbare bescherming biedt.

2.3.4. Uit de motieven van de bestreden beslissing blijkt dat de verwerende partij daadwerkelijk is overgegaan tot een belangenafweging van verzoekers familiale en persoonlijke belang enerzijds en de vrijwaring van de openbare orde anderzijds, en daarbij rekening heeft gehouden met het hoger belang van de kinderen.

In het tweede middel werd reeds vastgesteld dat uitvoerig werd gemotiveerd over de gezinsbanden van verzoeker met zijn echtgenote en zijn kinderen. Hieruit blijkt al dat verzoeker niet kan worden bijgetreden waar hij stelt dat verwerende partij geheel voorbijgaat aan het gegeven dat het vaststellen van een bedreiging voor de openbare orde niet voldoet, maar dat tevens moet worden nagegaan of de bescherming van de openbare orde in verhouding staat met de concrete individuele belangen van verzoeker. Voormelde motieven tonen immers aan dat de verwerende partij in wezen is nagegaan in welke mate de bestaande gezinsbanden daadwerkelijk worden aangetast door de bestreden beslissing alsook of er onoverkomelijke hinderpalen aanwezig zijn die verhinderen dat deze gezinsbanden bij terugkeer van verzoeker naar Marokko kunnen worden verdergezet.

De Raad oefent slechts een wettigheidscontrole uit op de bestreden beslissing. Bijgevolg kan enkel worden nagegaan of de gemachtigde alle relevante feiten en omstandigheden in zijn belangenafweging heeft betrokken en, indien dit het geval is, of de gemachtigde zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat die afweging heeft geresulteerd in de voormelde "fair balance". Deze maatstaf impliceert dat de Raad niet de bevoegdheid bezit om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. Bijgevolg kan de Raad niet zelf de belangenafweging doorvoeren (RvS 26 juni 2014, nr. 227.900 en RvS 11 december 2015, nr. 233.222).

Het komt dus aan verzoeker toe om met concrete argumenten aan te tonen dat voormelde belangenafweging, in zijn specifieke omstandigheden, kennelijk onredelijk of disproportioneel is.

Verzoeker brengt in zijn middel evenwel geen concrete argumenten aan die de betrokken overwegingen onderuit halen.

Hij stelt dan wel dat de 'fair balance' toets niet voldoende gebeurd is, maar laat zelf na om op concrete wijze uiteen te zetten in welke zin de belangenafweging ontoereikend zou zijn. Verzoeker overtuigt de Raad op die manier niet dat het standpunt van de verwerende partij in de gegeven omstandigheden kennelijk onredelijk is, te meer nu dat, zoals hoger geëuid, in overeenstemming is met de rechtspraak van het EHRM.

2.3.5. Een schending van artikel 8 van het EVRM, van artikel 3 van het Kinderrechtenverdrag of van het 'fair balance' beginsel wordt niet aangetoond. Het derde middel is ongegrond.

2.4.1. In het vierde middel werpt verzoeker de schending van het rechterlijk gewijsde op. Hij motiveert het middel als volgt:

"Het gerechtelijk wetboek stelt:

Art. 24. Iedere eindbeslissing heeft gezag van gewijsde vanaf de uitspraak.

Art. 25. Het gezag van het rechterlijk gewijsde verhindert dat de vordering opnieuw wordt ingesteld.

Art 26. Het gezag van het rechterlijk gewijsde blijft bestaan zolang de beslissing niet ongedaan is gemaakt.

Art. 27. De exceptie van gewijsde kan in elke stand van het geding worden voorgedragen voor de feitenrechter voor wie de vordering is ingesteld. Zij kan door de rechter niet ambtshalve worden opgeworpen.

Art. 28. Iedere beslissing gaat in kracht van gewijsde zodra zij niet meer voor verzet of hoger beroep vatbaar is, behoudens de uitzonderingen die de wet bepaalt en onverminderd de gevolgen van de buitengewone rechtsmiddelen.

Het reeds tussengekomen arrest van de RVV in deze zaak, heeft gezag van gewijsde en het arrest is tevens in kracht van gewijsde getreden.

Het arrest is definitief geworden omdat verwerende partij dit arrest nooit heeft aangevochten voor de Raad van State.

Desondanks heeft zij de huidige aanvraag gezinshereniging afgewezen.

De motivering m.b.t. het familiale en gezinsleven van verzoeker is daarbij zeer gelijkaardig aan de motivering in de vorige bijlage 20, waarbij men verwijst naar een situatie in 2017 en waarbij men geen huidige elementen (elementen waarvan men duidelijk WEL op de hoogte is, zie supra) in rekening heeft gebracht.

Bijgevolg schendt verwerende partij het beginsel van het rechterlijk gewijsde.

Het middel is gegrond."

2.4.2. Verzoeker laat aldus gelden dat de bestreden beslissing het gezag van gewijsde van arrest nr. 236 800 van 12 juni 2020 zou schenden, omdat de motivering aangaande het familiale en gezinsleven zeer gelijkaardig zou zijn aan deze die was opgenomen in de beslissing van 23 december 2019, die bij dat arrest vernietigd werd. Hij dan daarin evenwel niet worden bijgetreden.

Verzoeker gaat er vooreerst aan voorbij dat het determinerende motief in de beslissing van 23 december 2019 was dat verzoeker het voorwerp uitmaakt van een inreisverbod van 10 jaar, vervat in een KB tot uitzetting genomen op 10 augustus 2015 dat nog steeds van kracht is, en dat er geen sprake is van een zodanige afhankelijkheidsverhouding dat deze de toekenning van een afgeleid verblijfsrecht zou rechtvaardigen. In het arrest van 12 juni 2020 stelde de Raad vast dat de aanvraag niet geweigerd mag worden op grond van het feit dat verzoeker het voorwerp uitmaakt van een inreisverbod zonder een zorgvuldig onderzoek te voeren naar de afhankelijkheidsrelatie tussen verzoeker en zijn echtgenote, waarna de beslissing van 23 december 2019 werd vernietigd.

De thans bestreden beslissing is echter gestoeld op de vaststelling dat verzoeker door zijn gedrag als een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving beschouwd wordt, met toepassing van de artikel 43, §1, 2° en 45, §2 van de Vreemdelingenwet. De grondslag van de thans bestreden beslissing verschilt dus volledig van deze van de beslissing van 23 december 2019.

Uit de bespreking van het tweede middel is reeds gebleken dat een lidstaat steeds mag weigeren een verblijfsrecht toe te kennen wanneer de betrokken derdelander een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging voor de openbare orde vormt, ongeacht het bestaan van een eventuele afhankelijkheidsrelatie met de gezinshereniger.

Bovendien moet worden vastgesteld dat de overwegingen aangaande verzoekers gezinsleven in de bestreden beslissing van een heel andere draagwijdte zijn dan die uit de beslissing van 23 december 2019, zodat verzoeker ten onrechte voorhoudt dat de motivering met betrekking tot het familiale en gezinsleven “zeer gelijkaardig” is aan de motivering uit de vorige beslissing.

In de beslissing van 23 december 2019 beperkte de verwerende partij zich tot het volgende motief :
“Van een afhankelijkheidsrelatie ten aanzien van zijn echtgenote en kinderen is weinig sprake. Betrokkene heeft immers in een interview op 16/02/2017 in de gevangenis van Beveren verklaart dat hij een andere vrouw heeft in Marokko met wie hij ook een kind heeft en dat hij wil terugkeren naar zijn land van herkomst. Hij leeft gescheiden van zijn echtgenote in België en verklaart dat zij niet naar hem omkijkt.”

In de thans bestreden beslissing heeft de gemachtigde evenwel een stuk uitgebreider gemotiveerd, zowel over verzoekers relatie met zijn echtgenote als over zijn vaderschapsrol ten aanzien van de kinderen, en over het hoger belang van die laatsten – zoals ook reeds werd vastgesteld bij de beoordeling van het derde middel. Volgens de verwerende partij is, samengevat, van een volwaardig gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM waarbij betrokkene zijn verantwoordelijkheid heeft opgenomen ten aanzien van zijn kinderen en mee heeft ingestaan voor hun opvoeding en hun verzorging, weinig sprake en bovendien kunnen de gezinsbanden met echtgenote en kinderen worden onderhouden op een manier die niet erg verschilt van de bestaande situatie. In tegenstelling tot wat het geval was in de vernietigde beslissing van 23 december 2019 heeft de verwerende partij zich dus niet beperkt tot de verklaring van verzoeker op 16 februari 2017.

Een schending van het gezag van gewijsde is niet aangetoond.

2.4.3. Het vierde 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 negentien juli tweeduizend eenentwintig door:

mevr. A. WIJNANTS,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

mevr. N. VERBRUGGHE,

toegevoegd griffier.

De griffier,

De voorzitter,

N. VERBRUGGHE

A. WIJNANTS