

**nr. 56 521 van 23 februari 2011
in de zaak RvV X / II**

In zake: X

Gekozen woonplaats: X

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid.

DE WND. VOORZITTER VAN DE Ilde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X en X, die verklaren van Kosovaarse nationaliteit te zijn, op 18 november 2010 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid van 4 oktober 2010 waarbij de aanvraag om machtiging tot verblijf in toepassing van artikel 9*bis* van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen onontvankelijk verklaard wordt, aan verzoekers ter kennis gebracht op 19 oktober 2010.

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

Gezien de regelmatig gewisselde memories en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 3 februari 2011, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 17 februari 2011.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken J. CAMU.

Gehoord de opmerkingen van advocaat H. VAN NIJVERSEEL, die *loco* advocaat A. DE POURCQ verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat I. FLORIO, die *loco* advocaten E. MATTERNE en N. LUCAS HABA verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

Verzoekers verbleven van 1999 tot 2 september 2009 in Duitsland. Zij waren in Duitsland toegelaten tot een verblijf van 18 augustus 1999 tot 30 december 2009.

Op 10 september 2009 dienden zij een asielaanvraag in, in België.
Op diezelfde dag werd een vraag tot terugname gericht aan de Duitse asielinstanties.

Op 13 november 2009 stemden de Duitse autoriteiten in met de terugname van verzoekers.

Op 26 november 2009 dienden verzoekers een aanvraag om machtiging tot verblijf in om medische redenen. Deze aanvraag werd onontvankelijk verklaard op 25 februari 2010.

Op 5 maart 2010 werd ten aanzien van beide verzoekers een beslissing genomen tot weigering van verblijf met bevel om het grondgebied te verlaten. Tegen deze beslissingen dienden verzoekers een beroep in bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Hun beroep werd verworpen door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen bij arrest nr. 43.985 van 27 mei 2010.

Op 13 april 2010 dienden verzoekers opnieuw een aanvraag om machtiging tot verblijf in, ditmaal in toepassing van artikel 9bis van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna verkort de Vreemdelingenwet).

Op 4 oktober 2010 nam de gemachtigde van de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid de beslissing waarbij verzoekers aanvraag om machtiging tot verblijf van 13 april 2010 onontvankelijk werd verklaard. Dit is thans de bestreden beslissing, waarvan de motivering luidt als volgt:

“Onder verwijzing naar de aanvraag om machtiging tot verblijf die op datum van 13.04.2010 werd ingediend door:

(...)

in toepassing van artikel 9bis van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, ingevoegd bij artikel 4 van de wet van 15 september 2006 tot wijziging van de wet van 15 december 1980, deel ik u mee dat dit verzoek onontvankelijk is.

Reden(en):

De aangehaalde elementen vormen geen buitengewone omstandigheid waarom de betrokkenen de aanvraag om machtiging tot verblijf niet kunnen indienen via de gewone procedure namelijk via de diplomatieke of consulaire post bevoegd voor de verblijfplaats of de plaats van oponthoud in het buitenland.

Verzoekers verwijzen naar het verzoek tot gezinshereniging van de echtgenote van hun zoon ingevolge de bloedverwantschap tussen haarzelf en haar vader die de Belgische nationaliteit heeft. Gezien verzoekers zich niet kunnen beroepen op het recht op gezinshereniging in toepassing van de artikelen 40 bis en 40 ter van de Vreemdelingenwet verwijzen verzoekers naar art. 3, 2e Richtlijn EU 2004/38 van 29.04.2004 en naar art. 8 EVRM. De verwijzing naar de Richtlijn en naar art. 8 EVRM volstaat niet om als buitengewone omstandigheid aanvaard te worden. Er kan namelijk gesteld worden dat de terugkeer naar het land van herkomst om aldaar een machtiging aan te vragen niet in disproportionaliteit staat ten aanzien van het recht op een gezins- of privéleven. De verplichting om terug te keren naar het land van herkomst betekent geen breuk van de familiale relaties maar enkel een eventuele tijdelijke verwijdering van het grondgebied wat geen ernstig en moeilijk te herstellen nadeel met zich meebrengt. Gewone sociale relaties vallen niet onder de bescherming van artikel 8 van het EVRM.

De bewering dat zij tussen 1999 en 2009 in Duitsland verbleven en dat zij ondanks hun lang verblijf in Duitsland een asielaanvraag in België wensten in te dienen en dat pas op 05.03.2010 een beslissing van weigering van verblijf werd genomen door de Dienst Vreemdelingen kan evenmin aanzien worden als een buitengewone omstandigheid. Verzoekers hebben zelf gekozen om een asielaanvraag in te dienen in België na hun jarenlang verblijf in Duitsland. Betrokkenen wisten bovendien dat hun verblijf slechts voorlopig werd toegestaan in het kader van de asielprocedure en dat zij bij een negatieve beslissing het land dienden te verlaten. Hun asielaanvraag werd afgesloten op 05.03.2010 met een beslissing van weigering van verblijf door de Dienst Vreemdelingenzaken. Betrokkenen dienden een beroep in tegen deze beslissing. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen heeft op datum van 27.05.2010 het beroep tot nietigverklaring verworpen. Betrokkenen verkozen echter geen gevolg te geven aan het bevel om

het grondgebied te verlaten en verblijven sindsdien illegaal in België.

De duur van de procedure – namelijk nog geen half jaar – was ook niet van die aard dat ze als onredelijk lang kan beschouwd worden.

Een terugkeer naar Kosovo zou uitgesloten moeten worden omdat verzoekers er geen enkel belang meer hebben sinds meer dan tien jaar. Er werd op 05.03.2010 een bevel om het grondgebied te verlaten betekend aan betrokkenen, betrokkenen verkozen echter geen gevolg te geven aan het bevel om het grondgebied te verlaten en verblijven sindsdien illegaal in België. Er dient te worden opgemerkt dat het hun persoonlijk keuze is geweest om jarenlang in Duitsland te verblijven, gevolgd door een illegaal verblijf in België alsook om geen verdere contacten/banden te onderhouden met hun land van herkomst.

Wat de vermeende schending van art. 3 van het EVRM betreft dient opgemerkt te worden dat de bescherming verleend via art. 3 van het EVRM slechts in uitzonderlijke gevallen toepassing zal vinden. Hiervoor dienen verzoekers hun beweringen te staven met een begin van bewijs terwijl in casu het enkel bij een bewering blijft en dit niet kan volstaan om een inbreuk uit te maken op het vernoemde artikel 3. De algemene bewering wordt niet toegepast op de eigen situatie. De loutere vermelding van het artikel 3 EVRM volstaat dus niet om als buitengewone omstandigheid aanvaard te worden.

Verzoekers willen geen enkel risico lopen door vrijwillig naar Duitsland terug te keren in het kader van een terugname gezien zij schending van het 'non-refoulement' beginsel vrezen. Er dient echter opgemerkt te worden dat het indienen van onderhavig regularisatieverzoek geen soort "hoger beroep" kan vormen tegen de afwijzing van de asielaanvraag of tegen een verwijderingsbeslissing, nadat de betrokkene reeds alle geëigende beroepsmogelijkheden heeft uitgeput.

Wat betreft de verwijzing naar een rapport van Amnesty International; rapporten en artikelen zoals van Amnesty International schetsen enkel een beeld van de algemene situatie in het land. (...) [De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen] herinnert eraan dat het louter inroepen van rapporten die op algemene wijze melding maken van de schending van mensenrechten in een land, niet volstaat om te staven dat iedere onderdaan van dat land een risico loopt onderworpen te worden aan marteling of aan onmenselijke of mensonterende behandelingen. In dit geval constateert de RVV dat, hoewel bronnen melding maken van schendingen van de fundamentele rechten van het individu in het land van herkomst van verzoekende partij, geen enkel middel wordt aangewend dat bewijst dat verzoekende partij persoonlijk een reëel risico zou lopen onderworpen te worden aan ernstige schade in de zin van artikel 48/4 van de wet. » (R.V.V., 27 jul. 2007, nr 1.018).

Wat betreft de verwijzing naar een arrest van de Franstalige Raad voor Vreemdelingenbetwistingen; de betrokkenen slagen er niet in om het individuele risico inzake hun persoonlijke veiligheid aan te tonen bij een zelfs tijdelijke terugkeer, zodat er geen buitengewone omstandigheid blijkt. ”

2. Onderzoek van het beroep

In een eerste middel voeren verzoekers de schending aan van artikel 3, 2° van de Richtlijn 2004/38 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden (hierna: Europese richtlijn 2004/38).

Ter adstruering van hun middel zetten verzoekers het volgende uiteen:

“Schending van het art. 3, 2° Richtlijn EU nr. 2004/38 van 29.04.2004, dat stelt:

“Onverminderd een persoonlijk recht van vrij verkeer of verblijf van de betrokkene, vergemakkelijkt het gastland overeenkomstig zijn nationaal recht, binnenkomst en verblijf van de volgende personen:

a. Andere, niet onder de definitie van art. 3.2 vallende familieleden, ongeacht hun nationaliteit...” en schending van het art. 8 EVRM, gekoppeld aan de schending van de materiële motiveringsplicht en van art.9bis Vreemd.wet.

Verweerder heeft in dit verband als volgt overwogen:

"De verwijzing naar de Richtlijn en naar art. 8 EVRM volstaat niet om als buitengewone omstandigheid aanvaard te worden. Er kan namelijk gesteld worden dat de terugkeer naar het land van herkomst om aldaar een machtiging aan te vragen niet in disproportionaliteit staat ten aanzien van het recht op een gezins- of privéleven. ... Gewone sociale relaties vallen niet onder de bescherming van art. 8 van het EVRM."

Antwoord:

Ook als er geen formeel recht op gezinshereniging bestaat, moet de DVZ, in toepassing van voormeld art. 3, 2° van voormelde Richtlijn de persoonlijke situatie van de verzoekers nauwkeurig onderzoeken en ernstig, wat betekent adequaat en afdoende, motiveren waarom het gastland België zowel de binnenkomst als het verblijf van verzoekers niet zou moeten vergemakkelijken. In het kader van dergelijke motivering, volstaat het niet de klassieke overweging mee te geven dat een terugkeer enkel een eventuele tijdelijke verwijdering met zich meebrengt of, wat trouwens fout is, te stellen dat gewone sociale relaties niet onder art. 8 EVRM vallen.

* Het gaat in casu niet om gewone sociale relaties, het gaat in casu om de ouders (voor de heer G. A.) of de schoonouders (voor mevrouw G. K., die zelf met succes beroep heeft kunnen doen op de toepassing van de Richtlijn 2004/38 en de art. 40 e.v. Vreemdelingenwet).

Bovendien blijkt uit alle stukken dat verzoekers vanaf hun vlucht uit Kosovo in 1999 tot op heden, steeds deel uitgemaakt hebben van dezelfde familiale cel als hun zoon A. en hun schoondochter K.: zij zijn samen gevlucht, zij hebben altijd samen in Duitsland verbleven, zij zijn gezamenlijk naar België gekomen om hier asiel aan te vragen en om, in tweede instantie, een regularisatieverzoek in te dienen.

Daarbovenop komt het feit - wat niet onbekend is voor DVZ - dat verzoekers, hangende de regularisatieprocedure, ook een aanvraag op basis van art. 9ter hebben ingediend op 24.08.2010 (zie stuk 2 - aangetekende brief aan DVZ, verzonden op 24.08.2010). Vooral in hoofde van tweede verzoekster blijkt dat de dokters het hebben over een "ontregelde zware diabetespatiënt" wiens fysieke conditie derhalve bijna dagelijks moet opgevolgd kunnen worden.

Op deze medische regularisatieaanvraag is wel nog geen beslissing genomen, doch de indiening ervan was aan DVZ bekend en DVZ had dus deze vaststelling moeten meenemen in de evaluatie van de "uitzonderlijke omstandigheden", meerbepaald de vraag naar de proportionaliteit van de noodzaak om de machtiging tot verblijf aan te vragen in het buitenland, meerbepaald in Kosovo.

* Verweerder negeert trouwens alle internationale rapporten ter zake voor wat betreft een mogelijke terugkeer (tijdelijk of definitief) naar Kosovo voor verzoekers als etnische Roma zigeuners.

Het past het reeds gekende arrest van de Franstalige Raad voor Vreemdelingenbetwistingen even te citeren, meerbepaald het arrest nr. 26.689 van 29.04.2009, onder Overweging 4.11: "Eu egard à ce contexte général, le Conseil estime qu'il s'impose de faire montre d'une grande prudence ... Dans le présent cas d'espèce, indépendamment de la question de savoir si les requérants ont, comme ils le soutiennent, tenté vainement de s'installer au Montenegro avant 2003, il peut être tenu pour établi qu'ils n'ont plus d'attaches au Kosovo et qu'ils y seraient exposés à une situation de grande fragilité. ... »

Concreet: In welke omstandigheden zouden verzoekers - die steeds beroep hebben kunnen doen op hun zoon en schoondochter voor alle ondersteuning - kunnen terugkeren naar Kosovo om aldaar bij de Belgische ambassade in Prishtina een aanvraag tot machtiging verblijf in te dienen, zonder middelen van bestaan, zonder behuizing of mogelijkheid om gedurende een onbepaalde termijn (er zijn geen termijnen waarbinnen DVZ moet beslissen over dergelijke aanvraag), in een voor hen vijandige en niet ongevaarlijke omgeving, ergens te verblijven? Verzoekers verkeren in een zelfde situatie als het geval behandeld door de C.C.E.."

In haar nota met opmerkingen antwoordt de verwerende partij als volgt op het middel van verzoekers:

"Ook als er geen formeel recht op gezinshereniging bestaat moet de Dienst Vreemdelingenzaken volgens verzoekers de persoonlijke situatie van hen nauwkeurig onderzoeken en motiveren waarom het gastland België zowel de binnenkomst als het verblijf van verzoekers niet zou moeten vergemakkelijken. Zeggen dat de sociale relaties niet beschermd worden door artikel 8 EVRM volstaat niet. Het gaat hier trouwens over de ouders en schoonouders, wat toepassing vergt van artikel 40 van de Vreemdelingenwet. Verzoekers hebben altijd deel uitgemaakt van dezelfde familiale cel als hun zoon en schoondochter. Verzoekers hebben ook nog een regularisatieverzoek lopen op basis van artikel 9 ter van de Vreemdelingenwet. Deze vaststelling had moeten meegenomen worden in de buitengewone omstandigheden. Internationale rapporten

worden genegeerd over Roma zigeuners in Kosovo. Zij hebben geen middelen van bestaan, geen behuizing en kunnen niet voor onbepaalde tijd naar een onveilige omgeving gaan. Verwerende partij heeft de eer te antwoorden dat de thans bestreden beslissing deze is, d.d. 4 oktober 2010, waarmee de aanvraag om machtiging tot verblijf d.d. 13 april 2010 onontvankelijk werd verklaard.

De aanvraag werd onontvankelijk verklaard omdat geen buitengewone omstandigheden worden aangehaald door verzoekende partij.

Zo werd bijvoorbeeld niet als buitengewone omstandigheden aanvaard: het verzoek tot gezinshereniging van de echtgenote van hun zoon omwille van bloedverwantschap tussen haarzelf en haar vader die de Belgische nationaliteit heeft.

Verzoekers recht op de bescherming van het gezins- en privéleven staat immers niet in de weg dat zij tijdelijk zouden terugkeren naar hun land van herkomst om een ontvankelijke aanvraag om machtiging tot verblijf te doen. Verzoekers zijn de ouders van meerderjarige kinderen en behoren derhalve niet tot het kerngezin. Bovendien behoren gewone sociale relaties niet onder de bescherming van artikel 8 EVRM.

Verwerende partij heeft betreffende de vermeende schending van artikel 8 EVRM de eer te antwoorden dat:

- artikel 8 EVRM de eerbiediging waarborgt van het recht op gezinsleven en privé-leven en de niet-inmenging van enig openbaar gezag bij de uitoefening van dat recht.

- de niet noodzakelijk definitieve verwijdering van het grondgebied van verzoekende partij geen verboden inmenging vormt in de uitoefening door deze laatste van haar recht op privé- en gezinsleven in de zin van dit verdragsartikel.

- het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inderdaad aanneemt dat uit art. 8 EVRM niet kan worden afgeleid dat een vreemdeling er een staat toe kan verplichten om hem op zijn grondgebied te gedogen (cf. VAN DE PUTTE, M. , "Straatsburg gaat vreemd. De vreemdeling in de jurisprudentie van de Straatsburgse organen", T.V.R. 1994, (3), 12), - het de verwerende partij toegelaten is wetsontduiking tegen te gaan, en daartoe de nodige maatregelen te nemen.

Bovendien reeds werd geoordeeld dat een mogelijke toepassing van art. 8 EVRM de betrokken vreemdeling niet vrijstelt van het verkrijgen van de vereiste documenten om het Rijk binnen te komen, en dat een tijdelijke verwijdering om reden dat hij niet in het bezit is van die documenten dan ook geenszins

strijdig is met dit verdragsartikel (zie R.v.St. nr 48.653, 20.07.1994, Arr. R. v. St. 1994, z.p.; R.v.St. nr. 42.039, 22.02.1993, Arr. R. v. St. 1993, z.p.);

- opdat een vreemdeling zich op artikel 8 van het EVRM zou kunnen beroepen, er niet alleen sprake moet zijn van een voldoende hechte relatie tussen de vreemdeling en diens familie, maar dat het nagenoeg ook onmogelijk moet zijn voor de vreemdeling om in zijn land van oorsprong een familieleven te leiden (J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), Handboek EVRM deel 2 Artikelgewijze Commentaar, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2004, p. 754.);

- de in casu bestreden beslissing inderdaad enkel tot gevolg heeft dat verzoekende partij tijdelijk het land dient te verlaten met de mogelijkheid er terug te keren nadat zij zich in het bezit zal hebben gesteld van de nodige documenten voor een regelmatige binnenkomst in het Rijk,

- er geen sprake is van een schending van het art. 8 EVRM.

Indien verzoekers menen recht te hebben op gezinshereniging in toepassing van artikel 40bis en verder van de Vreemdelingenwet d.d. 15 december 1980, dan moeten zij daartoe de nodige procedures inleiden. Het vermoeden van verzoekers recht te hebben op gezinshereniging in het land, is op zich onvoldoende om een recht op verblijf te openen in België. Verzoekende partij dient de wettelijke bepalingen ter zake te respecteren, en de daarbij horende procedures te doorlopen.

Dat er nog een aanvraag om machtiging tot verblijf lopende is, in toepassing van artikel 9 ter van de Vreemdelingenwet d.d. 15 december 1980, is in het kader van de voorliggende beslissing niet relevant, en vormt zoals aangegeven in de beslissing op zich inderdaad geen buitengewone omstandigheid.

Verzoekers verwijzen naar de situatie van Roma-zigeuners in Kosovo en zegge dat het voor hen onmogelijk is om terug te keren.

Ook dit gegeven werd terecht niet weerhouden als een buitengewone omstandigheid.

Verwerende partij merkt immers op dat verzoekers geen persoonlijke problemen hebben aangehaald, en geen bewijzen en feiten hebben aangehaald waaruit een persoonlijk risico zou blijken. Verzoekers hebben inderdaad zoals aangegeven in de beslissing, niet aangetoond dat zij een persoonlijk en reëel risico zouden lopen om onderworpen te worden aan ernstige schade in de zin van artikel 48/4 van de Vreemdelingenwet d.d. 15 december 1980.

*Ook in het beroepsschrift worden geen bijkomende elementen aangehaald, waaruit zou moeten blijken dat verzoekers risico's lopen in het thuisland, indien zij (tijdelijk) zouden moeten terugkeren.
Het eerste middel is niet gegrond.”*

In antwoord op de nota met opmerkingen van de verwerende partij dupliceren verzoekers wat volgt:

*“Verweerder stelt dat verzoekers de ouders zijn van meerderjarige kinderen, dus niet tot het kerngezin behoren en dus niet vallen onder de door art. 8 EVRM beschermde relaties. Bovendien mag verweerder wetsontduiking tegengaan (wat deze wetsontduiking zou inhouden, wordt niet gespecificeerd).
Voor de toepassing van art. 8 EVRM moet er sprake zijn van voldoende hechte relaties, maar moet het ook onmogelijk of quasi onmogelijk zijn voor de betrokken vreemdeling om in zijn eigen land zijn gezins- of familieleven verder te leiden.*

Replik:

*Verzoekers hebben in hun verzoekschrift aangegeven, zonder dat dit trouwens betwist wordt.
1. Dat zij vanaf het vertrek uit Kosovo in 1999 tot op de dag van vandaag altijd samengewoond hebben met hun zoon A. en schoondochter K. (K. G. werd met de minderjarige kinderen het recht toegekend tot vestiging en verblijf in België op basis van de art. 40bis en 40ter Vreemdelingenwet, als meerderjarig kind dat financieel ten laste viel van haar Belgische vader, de heer B. R.).*

2. Dat geen antwoord werd en wordt gegeven op volgende vraag: "In welke omstandigheden zouden verzoekers - die steeds beroep hebben kunnen doen op hun zoon en schoondochter voor ondersteuning - kunnen terugkeren naar Kosovo om aldaar bij de Belgische ambassade in Priscina een aanvraag tot machtigingverblijf in te dienen, zonder middelen van bestaan, zonder behuizing of mogelijkheid om gedurende een onbepaalde termijn (er zijn geen termijnen waarbinnen DVZ moet beslissen over dergelijke aanvraag) in een voor hen vijandige en niet ongevaarlijke omgeving, ergens te verblijven?"

Verzoekers verwezen in dit verband naar een zeer expliciet arrest van de Franstalige Raad voor Vreemdelingenbetwistingen nr. 26.689 van 29.04.2009.

Ten titel van informatie verwijzen verzoekers naar het asiolverhaal van de ouders van hun schoonouders K., de heer B. R. en zijn echtgenote E. Dezen werden uiteindelijk, weliswaar ingevolge een tweede asiolverzoek, op 11.06.2004 als vluchteling erkend door het Commissariaat Generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen, samen met hun minderjarige kinderen (O.V. 4.866.475).

Hun eerste asielaanvraag had geleid tot een "décision confirmant le refus de séjour" omdat hun vluchtverhaal manifest ongegrond was of zou geweest zijn wegens belangrijke tegenstrijdigheden.

Tijdens de tweede asielprocedure werden zij echter zeer uitgebreid ondervraagd door het CGRA. Het bleek dat zij na de eerste weigering teruggekeerd waren naar ex-Joegoslavië eind maart 2002, doch nergens vaste voet onder de grond gekregen: tijdelijk verblijf van 2 maanden in Titograd, meer bepaald in de wijk Konik, waar voornamelijk op de vlucht geslagen Roma verbleven in primitieve houten bungalows; regelmatige controles door de Servische politie, soms gevolgd door slagen en/of verzoeken tot omkoping met het oog op vrijlating; tijdelijk zwartwerk dat onderbetaald was, de zoektocht naar de moeder van de heer B.R., zonder resultaat; het ouderlijk huis in Vucitrn in brand gestoken in 1999, nadat de familie door het UCK manu militari uit zijn eigendom verdreven was, enz...

De tweede asielaanvraag van 25.06.2002 werd aldus op 11.06.2004 positief bevonden!

Besluit:

Er is wel degelijk een hechte, reële en voortdurende band tussen verzoekers en hun zoon A. (ondertussen ook gemachtigd tot verblijf als gevolg van de positieve beslissing in hoofde van zijn echtgenote K.), vermits zij respectievelijk vader of moeder dan wel schoonvader of schoonmoeder zijn van de vernoemde personen, en bovendien maken verzoekers duidelijk dat terugkeren naar Kosovo in functie van een verderzetting van hun leven ginder misschien niet onmogelijk is maar wel, rekening houdend met de minimum voorwaarden vooreen normaal leven, eigenlijk uitgesloten is.”

De Raad wijst erop dat een richtlijn slechts directe werking heeft in de Belgische rechtsorde wanneer de omzettingstermijn voor de betrokken richtlijn is verstreken en indien zij duidelijke en

onvoorwaardelijke bepalingen bevat die geen verdere substantiële interne uitvoeringsmaatregel door communautaire of nationale overheden behoeven om het gewild effect op nuttige wijze te bereiken (RvS 15 oktober 2001, nr. 99.794, RvS 30 juli 2002, nr. 109.563). Bovendien is van rechtstreekse werking pas sprake zodra de rechter in staat is om zonder verdere uitvoeringsmaatregelen, een voor het concrete geval dienstige uitlegging aan te reiken, waardoor particulieren hun aan de norm ontleende rechten kunnen afdwingen.

Het staat vast dat de omzettingstermijn voor de Richtlijn 2004/38/EG, zijnde 30 april 2006, is verstreken. Hierover bestaat geen betwisting. De wet van 25 april 2007 tot wijziging de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen bepaalt in artikel 2 het volgende *“Deze wet integreert onder meer de bepalingen inzake de binnenkomst, het verblijf en de verwijdering van de richtlijn 2000/3/EG (...) en van de richtlijn 2004/38/EG van de Raad van de Europese Unie van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, en (...)”*. Ook uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 25 april 2007 blijkt duidelijk dat de Richtlijn waar verzoeker zich op beroept, werd omgezet in de Belgische wetgeving en werd opgenomen in 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. 2845/001, 10). Tevens blijkt dit ook uit het koninklijk besluit van 7 mei 2008 tot wijziging van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen waarin in artikel 1 staat vermeld: *“Dit besluit integreert de bepalingen inzake de binnenkomst, het verblijf en de verwijdering van de richtlijn 2004/38/EG van de Raad van de Europese Unie van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, in het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.”* Verzoekers tonen niet aan dat deze omzetting niet op correcte of onvolledige wijze geschiedde, zodat zij zich niet langer rechtstreeks kunnen beroepen op de richtlijn 2004/38/EG.

Artikel 9 van de Vreemdelingenwet luidt als volgt:

*“Om langer dan de in artikel 6 bepaalde termijn in het Rijk te mogen verblijven, moet de vreemdeling die zich niet in één der artikel 10 voorziene gevallen bevindt, daartoe gemachtigd worden door de Minister of zijn gemachtigde.
Behoudens de in een internationaal verdrag, in een wet of in een koninklijk besluit bepaalde afwijkingen, moet de machtiging door de vreemdeling aangevraagd worden bij de Belgische diplomatieke of consulaire post die bevoegd is voor zijn plaats van oponthoud in het buitenland.”*

Artikel 9bis van de Vreemdelingenwet luidt als volgt:

“§1. In buitengewone omstandigheden en op voorwaarde dat de vreemdeling over een identiteitsdocument beschikt, kan de machtiging tot verblijf worden aangevraagd bij de burgemeester van de plaats waar hij verblijft. Deze maakt ze over aan de minister of aan diens gemachtigde. Indien de minister of diens gemachtigde de machtiging tot verblijf toekent, zal de machtiging tot verblijf in België worden afgegeven.”

Betreffende de toepassing van artikel 9 van de Vreemdelingenwet geldt als algemene regel dat een machtiging om langer dan drie maanden in het Rijk te verblijven door een vreemdeling moet worden aangevraagd bij de Belgische diplomatieke of consulaire post die bevoegd is voor zijn verblijfplaats of zijn plaats van oponthoud in het buitenland. In buitengewone omstandigheden wordt hem evenwel toegestaan die aanvraag te richten tot de burgemeester van zijn verblijfplaats in België. Enkel wanneer er buitengewone omstandigheden aanwezig zijn om het niet afhalen van de machtiging bij de Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordigers in het buitenland te rechtvaardigen, kan de verblijfsmachtiging in België worden aangevraagd.

De buitengewone omstandigheden waarvan sprake in artikel 9bis van de vreemdelingenwet mogen niet verward worden met de argumenten ten gronde die kunnen worden ingeroepen om een verblijfsmachtiging te bekomen.

De toepassing van artikel 9bis van de vreemdelingenwet houdt met andere woorden een dubbel onderzoek in:

1. wat de regelmatigheid of de ontvankelijkheid van de aanvraag betreft: of er buitengewone omstandigheden worden ingeroepen om het niet aanvragen van de machtiging in het buitenland te rechtvaardigen en zo ja, of deze aanvaardbaar zijn. Zo dergelijke buitengewone omstandigheden niet blijken voorhanden te zijn, kan de aanvraag tot het bekomen van een verblijfsmachtiging niet in aanmerking worden genomen.

2. wat de gegrondheid van de aanvraag betreft: of er reden is om de vreemdeling te machtigen langer dan drie maanden in het Rijk te verblijven. Desbetreffend beschikt de minister over een ruime appreciatiebevoegdheid.

De vreemdeling moet klaar en duidelijk in zijn aanvraag vermelden welke de buitengewone omstandigheden zijn die hem verhinderen zijn aanvraag bij de diplomatieke dienst in het buitenland in te dienen. Uit zijn uiteenzetting moet duidelijk blijken waaruit het ingeroepen beletsel precies bestaat.

In casu werd de aanvraag om machtiging tot verblijf onontvankelijk verklaard, hetgeen betekent dat de buitengewone omstandigheden die verzoekers hebben ingeroepen om te verantwoorden waarom zij geen aanvraag om machtiging tot verblijf in het land van oorsprong hebben ingediend, niet werden aanvaard of bewezen.

Uit hun aanvraag om machtiging tot verblijf in toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet van 13 april 2010 blijkt dat verzoekers deze aanvraag hebben ingediend samen met hun zoon G.A.(...). In deze aanvraag verduidelijken verzoekers dat zij Rom zigeuners zijn en dat zij samen met hun zoon en schoondochter en diens kinderen tussen 1999 en 2009 in Duitsland hebben verbleven. Nadat hun verblijf in Duitsland niet meer werd verlengd, verkozen zij naar België te komen met het hele gezin. Hun schoondochter en haar kinderen verkregen een (tijdelijk) verblijf op grond van gezinshereniging tussen de schoondochter en diens vader. Verzoekers en hun zoon konden zich echter niet beroepen op de procedure van gezinshereniging, waardoor zij een aanvraag om regularisatie in toepassing van artikel 9bis van de vreemdelingenwet indienden.

Als buitengewone omstandigheid halen zij enerzijds aan dat indien zij een aanvraag in hun land van herkomst moeten indienen, zij gescheiden zullen worden van de andere leden van het gezin, hetgeen een schending van artikel 8 van het EVRM zou uitmaken en anderzijds dat zij geen enkel belang meer hebben in Kosovo, alsook verwijzen zij naar de situatie van de Rom zigeuners in Kosovo en leiden hieruit af dat een gedwongen terugkeer een schending van artikel 3 van het EVRM zou uitmaken.

Betreffende de ingeroepen schending van artikel 8 van het EVRM motiveert de bestreden beslissing dat de verplichting om terug te keren geen breuk betekent van de familiale relaties maar enkel een tijdelijke verwijdering inhoudt, zodat dit niet aanvaard wordt als buitengewone omstandigheid. Verder stelt de bestreden beslissing dat gewone sociale relaties niet onder de bescherming van artikel 8 van het EVRM vallen.

Verzoekers zijn het niet eens met deze beoordeling en benadrukken dat ze vanaf hun vlucht in Kosovo in 1999 tot op heden steeds deel hebben uitgemaakt van dezelfde familiale cel als hun zoon en schoondochter.

Artikel 8 van het EVRM luidt als 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 gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”

Het begrip 'gezinsleven' in voormeld artikel 8, 1^{ste} lid van het EVRM is een autonoom begrip dat onafhankelijk van het nationaal recht dient te worden geïnterpreteerd. Om zich dienstig te kunnen beroepen op artikel 8 van het EVRM dienen verzoekers te vallen onder het toepassingsgebied van artikel 8, lid 1 van het EVRM. Er moet *in casu* nagegaan worden of er daadwerkelijk sprake is van een familie- of gezinsleven in de betekenis van artikel 8 van het EVRM (EHRM, Gül t. Zwitserland, 19 februari 1996, 22 EHRR 228, 29). De vreemdeling dient in zijn aanvraag ten aanzien van het bestuur en ten laatste voor deze tot zijn beslissing komt, aannemelijk te maken dat hij een feitelijk gezin vormt met een Belg of een vreemdeling met legaal verblijf in België. Er moet sprake zijn van een effectief beleefde gezinssituatie of van een voldoende hechte relatie tussen de vreemdeling en zijn familie.

In casu verwijzen verzoekers naar het feit dat ze een familiale cel vormen met hun zoon, schoondochter en kleinkinderen. Uit de niet betwiste gegevens blijkt dat de schoondochter en de kleinkinderen over een immatriculatieattest beschikken en aldus legaal op het grondgebied verblijven. Daar waar de gezinsband tussen partners, alsook tussen ouders en minderjarige kinderen wordt verondersteld, ligt het anders in de relatie tussen ouders en meerderjarige kinderen of tussen grootouders en kleinkinderen. In het arrest Mokrani t. Frankrijk (15 juli 2003) stelt het EHRM dat betrekkingen tussen ouders en meerderjarige kinderen "*ne bénéficieront pas nécessairement de la protection de l'article 8 de la Convention*". Bij het beoordelen van het al dan niet bestaan van een gezinsleven zal veel belang worden gehecht aan de omstandigheid of de betrokkenen samenleven en aan de duur van de samenwoning, de onderlinge betrokkenheid, zorg en genegenheid, alsook de financiële afhankelijkheid. In de onderhavige zaak wordt niet betwist dat verzoekers van 1999 tot 2009 samen met hun zoon, schoondochter en kleinkinderen in Duitsland hebben verbleven. Zij verklaren steeds samengewoond te hebben en verklaren tevens dat ze ook op heden nog steeds samenwonen. Dit wordt niet betwist door de verwerende partij en er zijn ook geen indicaties terug te vinden in het administratief dossier waaruit zou kunnen afgeleid worden dat dit niet klopt. Verder blijkt uit de stukken van het administratief dossier dat beide verzoekers gezondheidsproblemen hebben en in hun verzoekschrift geven ze aan dat hun zoon en schoondochter instaan voor alle ondersteuning. De Raad is aldus van oordeel dat *in casu* niet betwist kan worden dat verzoekers een feitelijk gezin vormen met hun zoon, schoondochter en kleinkinderen.

Tevens dient te worden vastgesteld dat door de verwerende partij niet betwist wordt dat verzoekers een feitelijk gezin vormen met hun zoon, schoondochter en kleinkinderen in de zin van artikel 8 van het EVRM. Bevreemdend is *in casu* dat niettegenstaande de aanvraag om machtiging tot verblijf ingediend werd door verzoekers en hun zoon om reden dat zij zich, in tegenstelling tot hun schoondochter/echtgenote niet kunnen beroepen op gezinshereniging, er slechts een beslissing wordt genomen ten aanzien van verzoekers en niet ten aanzien van hun zoon.

Aangezien verzoekers aldus onder het toepassingsgebied van artikel 8 van het EVRM lijken te vallen dient artikel 8, tweede lid van het EVRM in ogenschouw te worden genomen. Wat de eerste voorwaarde van artikel 8, tweede lid van het EVRM betreft (legaliteitstoets), dient te worden opgemerkt dat de "inmenging van het openbaar gezag" inderdaad bij wet is voorzien, met name in artikel 9*bis* van de Vreemdelingenwet. Wat de tweede voorwaarde betreft (legitimitéstoets), dient dan weer te worden vastgesteld dat deze inmenging *in casu* minstens één van de in artikel 8, tweede lid van het EVRM opgesomde doelen nastreeft, nl. de vrijwaring van 's lands openbare orde. De handhaving van de verblijfsreglementering door de overheid is een middel ter vrijwaring van 's lands openbare orde. Volgens een vaststaand principe van internationaal recht komt het immers aan staten toe om de openbare orde te verzekeren door, meer in het bijzonder, de toegang en het verblijf van niet-onderdanen te regelen. Tevens moet de inmenging noodzakelijk zijn in een democratische samenleving of anders geformuleerd moet er een proportioneel evenwicht bestaan tussen de inmenging en de ermee nagestreefde doelstelling (de noodzakelijkheids- of proportionaliteitstoets).

Om te bepalen of er inmenging op het recht op gezinsleven heeft plaatsgevonden moet er gekeken worden of de vreemdeling voor de eerste keer om toelating heeft verzocht, of dat het gaat om de weigering van voortgezet verblijf. Gaat het namelijk om een eerste toelating dan is er geen sprake van inmenging en moet er gekeken worden of er een positieve verplichting is voor de staat om het recht op gezinsleven te handhaven (EHRM 28 november 1996, nr. 21702/93,

Ahmut v. the Netherlands). *In casu* is er geen sprake van de weigering van een voortgezet verblijf. De beantwoording van de vraag of er dan *in casu* sprake is van een positieve verplichting leidt tot een belangenafweging.

Aan de hand van de 'fair balance'-toets, zal blijken of er sprake is van een positieve verplichting. De 'fair balance'-toets is een afweging van belangen in redelijkheid, welke niet mag leiden tot onevenredige hardheid. Deze 'fair balance'-toets houdt in, dat er een evenwicht moet zijn tussen het belang van een individu en het belang van de gemeenschap. Per geval moeten de concrete omstandigheden worden bekeken om te kunnen beoordelen of er al dan niet sprake is van een positieve verplichting voor de staat om het recht op gezinsleven te handhaven. Wanneer er wel een positieve verplichting voor de staat is en de staat is deze niet nagekomen, dan is er sprake van een schending van artikel 8 van het EVRM. De staat is dan haar verplichtingen die voortvloeien uit artikel 8 van het EVRM, niet nagekomen. Als na de belangenafweging, de 'fair balance'-toets, blijkt dat er geen positieve verplichting voor de staat is, dan is er geen sprake van schending van artikel 8 van het EVRM (EHRM 17 oktober 1986, nr 9532/81, Rees v. The United Kingdom).

In het arrest "Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. The Netherlands" (EHRM 31 januari 2006, nr. 50435/99) heeft het EHRM geoordeeld dat een lidstaat zich niet mag laten leiden door een excessief formalisme. Factoren welke meespelen in deze belangenafweging zijn de beantwoording van de vraag of het voor verzoekers (on)mogelijk is een familieleven te leiden in het land van oorsprong, het al dan niet absoluut karakter van de verwijdering, de situatie in het land van herkomst, de leeftijd, de afhankelijkheid van de familie, ...

Wat de reële banden met hun land van herkomst betreft dient de Raad vast te stellen dat uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat verzoekers voor hun aankomst in België samen met de overige gezinsleden 10 jaar in Duitsland hebben verbleven. Niettegenstaande 10 jaar een lange periode is kan evenwel worden aangenomen dat verzoekers, abstractie makend van de gewijzigde situatie in hun herkomstland sinds hun vertrek, mogelijks nog banden hebben in het land van herkomst waar zij blijkbaar zijn opgegroeid. Evenwel kan dit niet gesteld worden van hun kleinkinderen die daar niet zijn opgegroeid of die het land op zeer jonge leeftijd hebben verlaten. Voorts hebben verzoekers in hun aanvraag verwezen naar de situatie in Kosovo en de gevaren/problemen die de Rom zigeuners in dat land ervaren. De Raad is van oordeel dat het niet redelijk verantwoord om eventueel van de andere gezinsleden die over een (tijdelijk) verblijfsrecht in België beschikken te verwachten dat zij verzoekers volgen naar Kosovo. De verwerende partij meent dat de inmenging gerechtvaardigd kan worden door te stellen dat het slechts om een tijdelijke scheiding gaat. Ook in haar nota met opmerkingen bevestigt de verwerende partij dat de bestreden beslissing enkel tot gevolg heeft dat verzoekers tijdelijk het land dienen te verlaten met de mogelijkheid er terug te keren nadat zij zich in het bezit hebben gesteld van de nodige documenten voor een regelmatige binnenkomst in het Rijk. Dienaangaande meent de Raad dat gelet op de situatie in het thuisland van verzoekers, met name de zeer vijandige en niet ongevaarlijke omgeving voor Rom zigeuners (hetgeen verzoekers staven met rapporten en rechtspraak), de leeftijd van verzoekers, hun afhankelijkheid van de andere gezinsleden ten gevolge van hun medische situatie, het niet redelijk lijkt van de verwerende partij om zich te verschuilen achter een tijdelijke verwijdering. De Raad is van oordeel dat de verwerende partij zich *in casu* heeft laten leiden door een overdreven formalisme en meent dan ook dat de verwerende partij artikel 9bis van de Vreemdelingenwet heeft geschonden door aan te nemen dat de ingeroepen schending van artikel 8 van het EVRM geen buitengewone omstandigheid vormt.

Het eerste middel is in de aangegeven mate gegrond.

Aangezien de eventuele gegrondheid van de overige onderdelen van het middel niet tot een ruimere vernietiging kan leiden, dienen deze niet meer onderzocht te worden.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Enig artikel

De beslissing van de gemachtigde van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Migratie- en

asielbeleid van 4 oktober 2010 waarbij de aanvraag om machtiging tot verblijf in toepassing van artikel 9*bis* van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen onontvankelijk verklaard wordt ten aanzien van Vehbi GUSANI en Hajrija GUSANI, wordt vernietigd.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op drieëntwintig februari tweeduizend en elf door:

mevr. J. CAMU,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

dhr. M. DENYS,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

M. DENYS

J. CAMU