

Arrest

nr. 263 792 van 17 november 2021
in de zaak RvV X / II

In zake: X

**Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat R. KNALLER
Louizalaan 114 / 27
1050 BRUSSEL**

tegen:

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

DE WND. VOORZITTER VAN DE IIde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Braziliaanse nationaliteit te zijn, op 2 juli 2021 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie van 7 mei 2021 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20).

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

Gezien de beschikking houdende de vaststelling van het rolrecht van 8 juli 2021 met referentnummer X

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 20 augustus 2021, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 15 september 2021.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken C. VERHAERT.

Gehoord de opmerkingen van advocaat P.-V. CIOCOTISAN, die *loco* advocaat R. KNALLER verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat C. DECORDIER, die verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1. Op 30 juni 2009 werd ten aanzien van verzoeker een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13) afgeleverd. Verzoeker legde een verklaring van vrijwillig vertrek af, waarna hij op 10 augustus 2009 gerepatrieerd werd naar zijn land van herkomst.

1.2. Op 4 juli 2011 werd verzoeker opnieuw aangetroffen op het grondgebied, zonder geldige verblijfstitel. Op 4 juli 2011 werd ten aanzien van verzoeker een bevel om het grondgebied te verlaten

(bijlage 13) afgeleverd. Verzoeker legde een verklaring van vrijwillig vertrek af, waarna hij op 14 juli 2011 voor een tweede keer gerepatriëerd werd naar zijn land van herkomst.

1.3. Op 12 oktober 2012 werd verzoeker door de politie te Etterbeek betrappt op valsheid in geschriften. Op dezelfde dag nam verweerder een beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering met inreisverbod voor de duur van drie jaar (bijlage 13septies). Op 19 oktober 2012 werd verzoeker voor een derde maal gerepatriëerd naar Brazilië.

1.4. Op 21 december 2013 werd verzoeker andermaal aangetroffen in het Rijk, zonder houder te zijn van een geldige verblijfstitel. Dezelfde dag nam verweerder opnieuw een beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering (bijlage 13septies). Verzoeker werd voor een vierde maal gerepatriëerd op 8 januari 2014.

1.5. Verzoeker werd op 29 juli 2016 veroordeeld door de correctionele rechtbank te Luik, onder meer wegens oplichting en diefstal met geweld of bedreigingen.

Op 25 augustus 2016 nam verweerder opnieuw een beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering (bijlage 13septies). Ten aanzien van verzoeker werd op 12 september 2016 tevens besloten tot het opleggen van een inreisverbod (bijlage 13sexies) voor de duur van acht jaar. Op 16 september 2016 werd verzoeker voor een vijfde maal gerepatriëerd.

1.6. Op 27 november 2017 werd verzoeker opnieuw aangetroffen in het Rijk, zonder houder te zijn van een geldige verblijfstitel. Er werd tevens een PV opgemaakt lastens verzoeker wegens misbruik van sociale goederen. Op 27 november 2017 nam verweerder opnieuw een beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13). Het beroep dat werd ingediend tegen deze beslissing werd verworpen bij arrest van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad) van 29 juni 2021 met nummer 257 360.

1.7. Verzoeker diende op 7 januari 2019 een aanvraag in voor een verblijfskaart van een familielid van een Unieburger, in functie van zijn minderjarige dochter M.P.D., van Spaanse nationaliteit. Op dezelfde dag werd namens de minderjarige dochter een aanvraag voor een verklaring van inschrijving ingediend, als houder van toereikende bestaansmiddelen. De minderjarige kinderen van verzoeker werden in het bezit gesteld van een E-kaart.

Ten aanzien van verzoeker werd op 9 juli 2019 evenwel besloten tot de weigering van het verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20). Op 10 september 2020 werd ten aanzien verzoeker besloten tot de afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13). Het beroep dat werd ingediend tegen deze beslissing werd door de Raad verworpen bij het arrest van 9 februari 2021 met nummer 248 834.

1.8. Op 26 oktober 2020 diende verzoeker een aanvraag in van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie in functie van zijn minderjarige Spaanse zoon E.P.D. Op 7 mei 2021 nam verweerder een beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20). Dit is de bestreden beslissing, gemotiveerd als volgt:

“(…)

BESLISSING TOT WEIGERING VAN VERBLIJF VAN MEER DAN DRIE MAANDEN ZONDER BEVEL OM HET GRONDGEBIED TE VERLATEN

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 26/10/2020 werd ingediend door:

Naam: D.

Voorna(a)m(en): V. D.

Nationaliteit: [...]

Geboortedatum: [...]

Geboorteplaats: [...]

Identificatienummer in het Rijksregister:[...]

Verblijvende te: [...]

Alias F. A. °[...] van Italiaanse nationaliteit

Alias R. P. °[...] van Portugese nationaliteit

om de volgende reden geweigerd:

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

Betrokkene vraagt gezinshereniging aan in functie van zijn Spaans minderjarig kind, de genaamde P. D.E. (RR: [...]) in toepassing van artikel 40 bis van de wet van 15/12/80.

Om het verblijfsrecht als gezinslid te bekomen, dient betrokkene niet enkel te voldoen aan de voorwaarden van artikel 40 bis van de wet van 15/12/80 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, maar ook aan het recht tot binnenkomst in België (arrest van de Raad v State n° 238.596 van 09/08/2016). Betrokkene staat tot 11/09/2024 geseind als ontoegankelijk op het Schengengrondgebied ter fine van weigering van toegang gesignaleerd in de staten die partij zijn bij de Uitvoeringsovereenkomst van het Akkoord van Schengen, ondertekend op 19 juni 1990 (BEE689042500128000001 Art. 24 S.I.S. II).

Betrokkene heeft dit inreisverbod bekomen op 12/09/2016 op één van zijn aliasnamen, nl. F. A. °[...] van Italiaanse nationaliteit, nadat ten aanzien van hem een verwijderingsmaatregel met opsluiting werd genomen op 25/08/2016 en nadat hij werd vrijgesteld uit de gevangenis van Vorst omwille van een veroordeling door de correctionele rechtbank van Luik dd. 08/09/2014 tot 3 jaar gevangenis wegens feiten van diefstal met geweld. Betrokkene werd toen reeds voor de 5de keer gerepatrieerd naar Brazilië op 16/09/2016. Op 27/11/2017 werd betrokkene opnieuw opgepakt op het Belgisch grondgebied door de politie inzake een dossier misbruik van de sociale bijstand. Er werd hem een bevel om het grondgebied te verlaten afgeleverd met de vermelding van het inreisverbod. Uit het paspoort blijkt dat hij toen reeds Schengen opnieuw was binnengekomen via Spanje op 04/12/2016. Betrokkene heeft dus op de één af andere manier zijn seining kunnen ontlopen en is het Schengengrondgebied vóór het verstrijken van zijn inreisverbod opnieuw binnengekomen. Het inreisverbod is dus nog steeds van toepassing gezien betrokkene de opheffing ervan niet heeft aangevraagd in toepassing van artikel 74/12 van de wet van 15/12/80.

Om de aanvraag gezinshereniging te laten primeren op het bestaan van het inreisverbod dient er te worden beoordeeld in hoeverre betrokkene een afgeleid verblijfsrecht zou kunnen bekomen op basis van de afhankelijkheidsrelatie met zijn kind in toepassing van het arrest C - 82/16 van het Hof van Justitie van 8 mei 2018. In ieder geval volstaat het louter bestaan van een gezinsband niet als rechtvaardiging om aan betrokkene een afgeleid verblijfsrecht toe te kennen. Uit het dossier van betrokkene zal moeten blijken dat zijn aanwezigheid op het grondgebied onontbeerlijk is om zijn vaderschap verder te kunnen opnemen en dat het kind dermate afhankelijk is van betrokkene om verder een evenwichtig leven te kunnen opbouwen.

Er zal hierbij eveneens rekening worden gehouden met zijn 3 andere kinderen, de genaamden P.D.M. ° [...] (geboren in Spanje), P.D.V. ° [...] (geboren in België) en zijn jongste P.D.H. ° [...] (geboren in België).

Vooreerst wordt er vastgesteld dat betrokkene, toen zijn kinderen werden geboren in Spanje en in België, reeds het voorwerp uitmaakte van een eerder inreisverbod dan dewelke nu nog steeds van toepassing is. Het inreisverbod werd genomen op 13/10/2012 voor 5 jaar en duurde tot 12/10/2017, omdat hij gebruik had gemaakt van een vervalste Italiaanse identiteitskaart om verblijfsrecht te bekomen. Hij werd op 19/10/2017 voor de 3de keer naar Brazilië gerepatrieerd.

In plaats van de opheffing van het inreisverbod aan te vragen, keerde betrokkene terug naar België en werd hij op 21/12/2013 opnieuw door de politie opgepakt en opnieuw gerepatrieerd naar Brazilië op 08/01/2014. Hij kwam terug en belandde op 13/07/2016 in de gevangenis van Vorst en bekwam zijn huidige inreisverbod.

Betrokkene had dus kunnen weten dat het uitbouwen/verderzetten van een gezinsleven op het Schengen grondgebied precair zou zijn. In die zin kan er moeilijk sprake zijn van een afhankelijkheidsrelatie met zijn kinderen gezien betrokkene geen stabiel leven kende, doordat hij verschillende keren werd gerepatrieerd naar zijn thuisland om dan op de één of andere manier telkens weer al dan niet legaal binnen te komen. Betrokkene kan tijdens deze periode niet de voornaamste zorgdrager over de kinderen zijn geweest. Hij was ook steeds in illegaal verblijf waaruit geen rechten kunnen worden geput, laat staan een legale tewerkstelling.

Nadat betrokkene reeds pogingen had ondernomen om zijn verblijf te regulariseren, diende hij op 07/01/2019 een 1ste aanvraag gezinshereniging in, nadat zijn kinderen met de Spaanse nationaliteit hun verblijf hadden bekomen op 21/04/2020 in België. Naderhand werd het verblijf van de moeder, de genaamde P.d.K., en partner van betrokkene ook goedgekeurd en bekwam ze de verblijfskaart op 18/05/2020. Zijn aanvraag werd geweigerd op 09/07/2019. Onderhavige aanvraag betreft de 2de aanvraag.

Ten slotte woont betrokkene pas officieel samen met zijn kinderen en partner sedert 09/01/2019. Bij de aanvraag gezinshereniging worden als bewijs van de afhankelijkheidsrelatie slechts enkele foto's voorgelegd, zonder context en data, vermoedelijk van betrokkene samen met zijn kinderen en partner. Van foto's valt niet af te leiden in hoeverre er sprake is van een dermate ouderlijke betrokkenheid. Daarnaast brengt betrokkene ook het bewijs aan van een tewerkstelling in België als gerant op zelfstandige basis. We mogen niet vergeten dat deze tewerkstelling enkel mogelijk was door de tijdelijke verblijfskaart dewelke betrokkene heeft bekomen door het indienen van huidige aanvraag gezinshereniging.

Afsluitend kan worden gesteld dat de aanvraag gezinshereniging niet primeert op het inreisverbod en dat betrokkene geen afgeleid verblijfsrecht kan bekomen op basis van deze aanvraag, omdat onvoldoende is aangetoond dat er een afhankelijkheidsrelatie bestaat tussen betrokkene en zijn kinderen. Zijn kinderen worden niet verplicht om het Belgische grondgebied te verlaten. Zij verblijven bij de moeder die eveneens verblijfsrecht heeft bekomen. Bovendien brengt de verplichting om het Belgisch grondgebied te verlaten om de opheffing van het inreisverbod te bekomen enkel een tijdelijke scheiding met zich mee tussen betrokkene en zijn minderjarige kinderen en heeft niet tot gevolg dat het betrokkene definitief onmogelijk wordt gemaakt om in de toekomst een familieleven met zijn kinderen uit te bouwen, in België of ergens anders. Bovendien kan er een andere contactregeling via moderne communicatiemiddelen of via occasionele bezoeken van zijn kinderen en partner aan betrokkene in het buitenland worden geregeld.

Betrokkene zal dus gevolg moeten geven aan het inreisverbod hem opgelegd op 12/09/2016.

Het verblijfsrecht in toepassing van artikel 40 bis wordt dus geweigerd aan betrokkene wegens geen recht op binnenkomst.

(...)"

2. Onderzoek van het beroep

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

"EERST MIDDEL

Betreffende het EERST MIDDEL van schending van:

- de artikelen 2 en 3 van de Wet dd. 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen;
- artikel 22bis van de Grondwet;
- Artikel 24.2 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie;
- Het Verdrag inzake de rechten van het kind dd. 20 november 1989 en meer bepaald het artikel 3.1. ;
- Artikel 74/13 van de wet van 15 december 1980 die vereist dat rekening wordt gehouden met de belangen van het kind;
- Artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM);
- Artikel 20 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)

Doordat de bestreden akte, zoals supra in zijn totaliteit hernomen, in geen enkel punt van de motivering het belang van het kind, nochtans verankerd in onze Grondwet, het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en het Verdrag inzake de rechten van het kind, vermeldt,

Terwijl uit het administratief dossier ontegensprekelijk blijkt dat mijn verzoeker de vader is van vier kinderen, allen minderjarig, de jongste amper 5 maand oud en dat hij een affectieve band met hen onderhoudt;

Dat het artikel 22bis, alinea 4 van de Grondwet als volgt luidt: "Het belang van het kind is de eerste overweging bij elke beslissing die het kind aangaat

Dat artikel 24.2 van voormeld Handvest stelt dat "Bij alle handelingen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging

Dat artikel 3.1. van het Verdrag van 20 november 1989 stelt 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, vormen de belangen van het kind de eerste overweging

Dat artikel 74/13 van de Wet van 15 december 1980 voorziet dat “Bij het nemen van een beslissing tot verwijdering houdt de minister of zijn gemachtigde rekening met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land.

Dat, in casu, het belang van het kind vereist dat een gezinsleven tot stand wordt gebracht, hetgeen zich dient te verwezenlijken door de toelating van de verblijfsvergunning van mijn verzoeker. Mijn verzoeker, die steeds een toelating tot verblijf geweigerd werd, heeft inderdaad een manier moeten zoeken om bij zijn familie te blijven, wat slechte keuzes met zich meebracht en waarvoor hij reeds betaald heeft;

Dat mijn verzoeker reeds in 2019 getracht heeft zijn situatie te regulariseren maar dat de procedure met een weigering eindigde;

Dat mijn verzoeker, die een verlating van zijn gezien weigerde, opnieuw een verzoek tot gezinshereniging heeft ingeleid eind 2020 teneinde zijn gezin een rustige sfeer te laten kennen;

Dat de aangevochten beslissing ook op professioneel en economisch vlak schade berokkent aan mijn verzoeker aangezien, zoals blijkt uit het administratief dossier, zijn professionele activiteit in België gelegen is; dat hij inderdaad samen met zijn partner zaakvoerder is van de vennootschap M.C.S.;

Dat de partner van mijn verzoeker, die afgelopen februari bevallen is van hun vierde kind, op haar alleen niet kan instaan voor de opvoeding van de kinderen en daarenboven werken om de familie van eten te voorzien;

Dat de aanwezigheid van mijn verzoeker op het grondgebied nabij zijn familie onmisbaar is opdat hij zou kunnen tegemoetkomen aan de noden van de kinderen; dat de aangevochten beslissing zonder twijfel de financiële stabiliteit van mijn verzoeker in gevaar brengt en zodoende schade berokkent voor zijn kinderen in het kader van hun opvoeding en onderhoud;

Dat het EHRM reeds gesteld heeft dat “(...) het opsplitsen van een familie een zeer zware inmenging betekend. Dergelijke maatregel dient dan ook geënt zijn op voldoende gewichtige overwegingen in het belang van het kind.” (EHRM 24 maart 1988, Olsson t. Zweden I, Series A vol. 130, pp. 33-34, § 72); Dat het Hof van Justitie van de Europese Unie recentelijk artikel 20 van het VWEU als volgt heeft geïnterpreteerd:

“Artikel 20 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat:

- het zich verzet tegen een praktijk van een lidstaat die inhoudt dat een dergelijke aanvraag niet in aanmerking wordt genomen op die enkele grond, 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;*
- wanneer de burger van de Unie meerderjarig is, het alleen in uitzonderlijke gevallen - waarin de betrokkene, gelet op alle relevante omstandigheden, op geen enkele wijze kan worden gescheiden van het familielid van wie hij afhankelijk is - voorstelbaar is dat er een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat dat deze kan rechtvaardigen dat aan de betrokken derdelander op grond van die bepaling een afgeleid verblijfsrecht wordt toegekend;*
- wanneer de burger van de Unie minderjarig is, bij de beoordeling of van een dergelijke afhankelijkheidsverhouding sprake is, in het belang van het kind rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, met name de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate waarin het een affectieve relatie met elk van zijn ouders heeft en het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het werd gescheiden van de ouder die onderdaan van een derde land is. Voor de vaststelling dat van een dergelijke*

afhankelijkheidsverhouding sprake is, is het niet voldoende dat er met deze onderdaan een gezinsband bestaat, of dat nu een biologische dan wel juridische is, noch is het daarvoor noodzakelijk dat het kind samenwoont met die onderdaan;

- *het niet van belang is dat de afhankelijkheidsverhouding waarop de derdelander zich ter ondersteuning van zijn verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging beroept, is ontstaan nadat ten aanzien van hem een inreisverbod was vastgesteld;*
- *het niet van belang is dat het tegen de derdelander uitgevaardigde inreisverbod definitief was geworden op het moment waarop de derdelander zijn verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging indiende, en*
- *het niet van belang is dat het inreisverbod dat is uitgevaardigd tegen de derdelander die een verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging heeft ingediend, is gerechtvaardigd door het niet voldoen aan een terugkeerverplichting. Wanneer redenen van openbare orde de rechtvaardigingsgrond voor een dergelijke beslissing waren, kunnen deze er alleen toe leiden dat die derdelander een afgeleid verblijfsrecht op grond van dat artikel wordt ontzegd, wanneer uit een concrete beoordeling van alle omstandigheden van het geval in het licht van het evenredigheidsbeginsel, het belang van het eventuele kind of de eventuele kinderen en de grondrechten blijkt dat de betrokkene een werkelijk, actueel en voldoende ernstig gevaar voor de openbare orde vormt.”*
(HvJ 8 mei 2018, K.A. e.a., zaak C-82/16, EU:C:2018:308; eigen onderlijning en vetdruk);

Dat er op generlei wijze uit het administratief dossier en nog minder uit de motivering van de aangevochten beslissing blijkt dat de tegenpartij, bij het nemen van de beslissing, het belang van het kind als primordiale overweging vooropgesteld, gezien ze er op geen enkele vermelding van doet, aldus een inbreuk plegend op artikel 22bis van de Grondwet, artikel 24.2 van voormeld Handvest en op artikel 3.1. van het Verdrag van 20 november 1989 alsook op artikel 71/13 van de Wet van 15 december 1980;

Dat de tegenpartij in casu geen rekening gehouden heeft met de leeftijd noch de lichamelijke en emotionele ontwikkeling, noch de graad van affectieve band met elkeen der ouders van de minderjarige kinderen en zelf nog minder met het risico dat voor het evenwicht van de jonge minderjarige kinderen zou ontstaan indien mijn verzoeker van hen gescheiden zou worden;

Dat de tegenpartij dan ook artikel 20 VWEU geschonden heeft door de uitleg die eraan gegeven werd door het EHJ in zijn arrest van 8 mei 2018, K.A. e.a., dossier C-82/16, EU:C:2018:308 niet na te leven;

Dat de tegenpartij evenmin rekening gehouden heeft met artikel 8 van het EVRM dat voor eenieder het respect en bescherming van het privé-en familieleven voorziet;

Dat “voor een ouder en zijn kind het samen zijn een fundamenteel onderdeel van het familiaal leven in de zin van artikel 8 van het Verdrag uitmaakt (zelfs indien de relatie tussen de ouders verbroken is) en interne maatregelen die hen daarin hinderen een inmenging uitmaken in het recht beschermd door artikel 8 van het Verdrag” (Monory c. Roemenië en Hongarije, §70; Zorica Jovanovic C. Servië, §68; Kutzner c. Duitsland, §58; Elsholz c. Duitsland [GC], §43; K. et T. c. Finland [GC], §151);

Dat de tegenpartij, door het weigeren van een verblijf van meer dan drie maanden aan mijn verzoeker, deze laatste verhindert samen te zijn met zijn kinderen en de familiale relatie tussen hem en zijn kinderen in gevaar brengt gezien hij niet meer wettelijk toegelaten is om op het Belgisch grondgebied te verblijven bij zijn familie;

Dat de tegenpartij zelfs zo ver durft te gaan als te stellen dat “Bovendien brengt de verplichting om het Belgisch grondgebied te verlaten om de opheffing van het inreisverbod te bekomen enkel een tijdelijk schending met zich mee tussen betrokkene en zijn minderjarige kinderen en heeft niet tot gevolg dat het betrokkene definitief onmogelijk wordt gemaakt om in de toekomst een familieleven met zijn kinderen uit te bouwen, in België of ergens anders. Bovendien kan er een andere contactregeling via moderne communicatiemiddelen of via occasionele bezoeken van zijn kinderen en partner aan betrokkene in het buitenland worden geregeld.”;

Dat de tegenpartij, door dergelijke zaak te stellen, de noodzakelijkheid van een regelmatig, rechtstreeks contact tussen een vader en diens minderjarige kinderen minimaliseert, hierbij zelfs zo ver gaand als te

overwegen dat de moderne communicatiemiddelen zouden kunnen verhelpen aan het wegnemen van een vader van zijn kinderen gedurende nog eens drie jaar;

Dat de tegenpartij aldus artikel 8 EVRM, dat voorziet in het recht op respect voor het familiaal leven, waaronder het recht van het kind om bij zijn twee ouders te zijn, schendt;

Dat de tegenpartij, door die verschillende artikels te schenden, haar verplichting tot formele motivering, welke vereist dat de motivering adequaat is, niet nakomt en zodoende ook artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 schendt;

Dat de bestreden beslissing dan ook vernietigd dient te worden.”

2.2.1. De bestreden beslissing weigert de aanvraag van een verblijfskaart van een burger van de Unie op grond van artikel 40*bis* 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) omdat verzoeker onder de toepassing valt van een inreisverbod dat hem werd opgelegd op 12 september 2016. Vervolgens wordt nagegaan of conform de leer van het arrest *K.A.*, zoals geciteerd in de bestreden beslissing, sprake is van een dermate afhankelijkheidsband tussen de verzoeker en de burger van de Unie op grond waarvan een recht op verblijf zou moeten worden toegekend, *quod non in casu*.

2.2.2. Artikel 8 van het EVRM bepaalt:

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

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

De bestreden beslissing weigert verzoekers aanvraag teneinde zijn minderjarige zoon die in België verblijft te vervoegen. Deze weigering steunt meer bepaald op de vaststelling dat er een inreisverbod van kracht is ten aanzien van verzoeker, zodat hij actueel geen recht op binnenkomst heeft in België. De bestreden beslissing weigert de aanvraag om die reden zonder verder te onderzoeken of verzoeker voldoet aan de grondvoorwaarden voor verblijf, bepaald in artikel 40*bis* van de vreemdelingenwet.

Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat ook al waarborgt het EVRM het recht van een buitenlander om een bepaald land binnen te komen of er te verblijven niet als een grondrecht, het uitsluiten van een persoon uit een land waar zijn naaste verwanten wonen, een inmenging kan zijn in het recht op eerbiediging van het gezinsleven zoals dit wordt beschermd door artikel 8, lid 1, EVRM (HvJ, 27 juni 2006, C-540/03, Parlement/Raad). De bestreden weigeringsbeslissing dient bijgevolg te worden getoetst aan de voorwaarden van artikel 8.2 van het EVRM.

Binnen de grenzen, gesteld door artikel 8.2 van het EVRM, is de inmenging van het openbaar gezag toegestaan voor zover die bij wet is voorzien (legaliteit), ze geïnspireerd is door een of meerdere van de in het tweede lid van artikel 8 van het EVRM vermelde legitieme doelen (legitimiteit) en voor zover ze noodzakelijk is in een democratische samenleving om ze te bereiken (proportionaliteit).

Wat betreft de eerste van deze voorwaarden, de vraag of de inmenging in het gezinsleven bij wet is voorzien, bepaalt artikel 40*bis* van de vreemdelingenwet de grondvoorwaarden waaraan moet worden voldaan opdat het recht op verblijf van een burger van de Unie wordt erkend.

Artikel 40*bis* van de vreemdelingenwet vormt de omzetting van artikel 2, lid 2, a) en artikel 3, lid 1, van de Burgerschapsrichtlijn (zie memorie van toelichting bij 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, doc. nr. 51-2845/001).

Het inreisverbod dat aan verzoeker werd opgelegd steunt op artikel 74/11 van de vreemdelingenwet. Deze bepaling is een omzetting van artikel 11 van de richtlijn 2008/115 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor

de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (hierna: de Terugkeerrichtlijn).

Artikel 2, punt 3, van de Terugkeerrichtlijn bepaalt:

“Deze richtlijn is niet van toepassing op personen die onder het Gemeenschapsrecht inzake vrij verkeer vallen in de zin van artikel 2, punt 5, van de Schengengrenscodex.”

Artikel 3, punt 1, van de Terugkeerrichtlijn bepaalt:

“Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

1. ‘onderdaan van een derde land’: eenieder die geen burger van de Unie is in de zin van artikel 17, lid 1, van het Verdrag en die geen persoon is, die onder het Gemeenschapsrecht inzake vrij verkeer valt, als bepaald in artikel 2, punt 5, van de Schengengrenscodex (eigen onderlijnen);”

Artikel 2, punt 5, van de Schengengrenscodex bepaalt:

“Definities

In deze verordening wordt verstaan onder:

[...]

5. „personen die onder het Unierecht inzake vrij verkeer vallen”:

a) de burgers van de Unie in de zin van artikel 20, lid 1, VWEU en de in Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad bedoelde onderdanen van derde landen die familielid zijn van een burger van de Unie die zijn recht van vrij verkeer uitoefent;

b) [...];”

De kernfamilieleden van de Unieburger, zoals vermeld in artikel 2, lid 2 van de Burgerschapsrichtlijn, beschikken over een recht op binnenkomst en op verblijf in de gastlidstaat onder de in de Burgerschapsrichtlijn gestelde voorwaarden. In deze zin kent artikel 40bis, §§ 3 en 4, van de vreemdelingenwet een recht van verblijf toe voor zover de familieleden van de Unieburgers, vermeld in artikel 40bis, § 2, van de vreemdelingenwet, voldoen aan de gestelde binnenkomst- en verblijfsvoorwaarden.

Uit de bestreden beslissing blijkt niet dat de identiteit van verzoeker en de gezinsband tussen verzoeker en zijn zoon worden betwist. Het wordt niet betwist dat verzoeker de vader is van een Spaanse minderjarige die in België woont en van wie kan worden aangenomen dat hij zijn rechten van vrij verkeer als Unieburger heeft uitgeoefend. Verzoeker moet daarom worden beschouwd, niet als een derdelander zoals bedoeld in de Terugkeerrichtlijn, maar als een derdelander die familielid is van een burger van de Unie die gebruik heeft gemaakt van zijn rechten van vrij verkeer.

Titel II, Hoofdstuk I, van de vreemdelingenwet heeft betrekking op *“Vreemdelingen, burgers van de Unie en hun familieleden en vreemdelingen, familieleden van een Belg.”* Dit hoofdstuk voorziet enkel dat het recht op verblijf, zoals het wordt toegekend aan familieleden van Unieburgers vernoemd in artikel 40bis van de vreemdelingenwet, kan worden beperkt in de volgende gevallen, voorzien in artikel 43:

“§ 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.”

Blijkens deze bepalingen kan de gezinshereniging tussen Unieburgers en hun familieleden, ongeacht hun nationaliteit, enkel beperkt worden om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid of indien valse documenten werden gebruikt of fraude werd gepleegd. Het niet in aanmerking nemen van een verblijfsaanvraag van een familielid van een Unieburger moet worden beschouwd als het beperken van de vrijheid van verkeer en verblijf van Unieburgers en hun familieleden.

Overeenkomstig artikel 45 van de vreemdelingenwet moet het gedrag van de burger van de Unie of van zijn familielid een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving zijn.

Het begrip 'openbare orde', zoals het wordt gebruikt in artikel 27 van de Burgerschapsrichtlijn, waarvan de artikelen 43 en 45 van de vreemdelingenwet de omzetting vormen, moet restrictief worden uitgelegd. De uitzondering van openbare orde vormt een afwijking van het fundamentele beginsel van het vrije verkeer van personen, die strikt moet worden opgevat en waarvan de draagwijdte niet eenzijdig door de lidstaten kan worden bepaald. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie veronderstelt het beroep van een nationale instantie op het begrip openbare orde, in het kader van de Burgerschapsrichtlijn, hoe dan ook het bestaan van een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast (HvJ 10 juli 2008, C-33/07, *Jipa*, en verwijzing naar rechtspraak daarin).

In casu verwijst de gemachtigde naar het gegeven dat verzoeker het voorwerp uitmaakt van een inreisverbod als reden om de verblijfsaanvraag niet in behandeling te nemen. Uit de bestreden beslissing blijkt niet dat de gemachtigde is nagegaan of verzoeker valt onder voormelde gronden waardoor het verblijf kan worden geweigerd, of dat verzoeker een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging vormt voor een fundamenteel belang van de samenleving.

De Raad herinnert eraan dat het verblijf als familielid van een burger van de Unie een declaratoir recht betreft. De afgifte van de verblijfskaart doet geen nieuwe rechten ontstaan, maar is de handeling waarbij een lidstaat de individuele positie van een onderdaan van een andere lidstaat ten opzichte van het Unierecht vaststelt (HvJ 25 juli 2002, *MRAX*, C-459/99, nr. 74). Dit heeft tot gevolg dat, indien na het onderzoek van de aanvraag komt vast te staan dat de betrokken derdelander-familielid voldoet aan de grondvoorwaarden om het recht op vrij verkeer te genieten, hij geacht wordt dat recht op vrij verkeer te hebben genoten van op het ogenblik dat hij zich kenbaar heeft gemaakt als familielid van de Unieburger die zijn recht op vrij verkeer heeft uitgeoefend. Bijgevolg kan het bestuur niet, zonder eerst na te gaan of de verzoeker al dan niet begunstigde is van het recht op vrij verkeer, deze aanvraag weigeren.

Bijgevolg kan het bestuur deze aanvraag niet weigeren louter omwille van het feit dat er een inreisverbod tegen de verzoeker van kracht is, zonder eerst na te gaan of de verzoeker al dan niet begunstigde is van het recht op vrij verkeer, of vast te stellen dat ten aanzien van verzoeker een beperking van het recht op vrij verkeer geldt onder artikel 43 van de vreemdelingenwet. Immers, indien vastgesteld wordt dat verzoeker zich bevindt in een situatie van vrij verkeer van personen, valt verzoeker onder de toepassing van de bepalingen van de Burgerschapsrichtlijn vanaf het ogenblik dat hij zich als familielid van een Unieburger kenbaar heeft gemaakt. Indien daarentegen wordt vastgesteld dat verzoeker niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 40*bis* van de vreemdelingenwet, zal hij worden beschouwd als derdelander en kan het inreisverbod hem worden tegengeworpen.

Besluitend dient dan ook te worden vastgesteld dat de bestreden beslissing, door aan verzoeker het verblijf als familielid van een Unieburger te weigeren, zonder dat werd nagegaan of verzoeker voldoet aan de voorwaarden van artikel 40*bis* van de vreemdelingenwet, noch werd vastgesteld dat hij een werkelijk en actueel gevaar voor de openbare orde vormt, geen steun vindt in artikel 40*bis* van de vreemdelingenwet, zoals geïnterpreteerd in het licht van artikel 2.2 van de Burgerschapsrichtlijn en artikel 3.2. van de Terugkeerrichtlijn.

De inmenging in het gezinsleven vindt derhalve geen steun in de wet. Er is bijgevolg niet voldaan aan de voorwaarden binnen welke een inmenging in het gezinsleven overeenkomstig artikel 8.2 van het EVRM toelaatbaar is.

2.2.3. In de nota met opmerkingen werpt de verwerende partij met betrekking tot artikel 8 van het EVRM tegen dat er *in casu* sprake is van een situatie van eerste toelating, zodat overeenkomstig de jurisprudentie van het Hof een toetsing aan artikel 8.2 van het EVRM niet vereist is.

Hoger werd er echter reeds op gewezen dat, conform de rechtspraak van het Hof van Justitie, het EVRM inderdaad niet het recht van een buitenlander om een bepaald land binnen te komen of er te verblijven, waarborgt. Het uitsluiten van een persoon uit een land waar zijn naaste verwanten wonen, kan evenwel een inmenging zijn in het recht op eerbiediging van het gezinsleven zoals dit wordt beschermd door artikel 8, lid 1, van het EVRM (HvJ, 27 juni 2006, C-540/03, Parlement/Raad). *In casu* woont verzoeker met de rest van het gezin immers als EU-burger wettig in België en wordt verzoeker door de bestreden beslissing uitgesloten van zijn recht op gezinshereniging onder artikel 40*bis* van de vreemdelingenwet. Derhalve diende de bestreden weigeringsbeslissing te worden getoetst aan de voorwaarden van artikel 8.2 van het EVRM. Het standpunt van de verwerende partij wordt dan ook niet bijgetreden.

2.2.4. Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

3. Kosten

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

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

De beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie van 7 mei 2021 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20) wordt vernietigd.

Artikel 2

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op zeventien november tweeduizend eenentwintig door:

dhr. C. VERHAERT,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

mevr. M.-C. VERTOMMEN,

toegevoegd griffier.

De griffier,

De voorzitter,

M.-C. VERTOMMEN

C. VERHAERT