



Arrest

nr. 76 133 van 28 februari 2012
in de zaak RvV X / II

In zake: X

Gekozen woonplaats: X

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de staatssecretaris voor Migratie- en
asielbeleid, thans de staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke
Integratie en Armoedebestrijding

DE VOORZITTER VAN DE IIde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Liberiaanse nationaliteit te zijn, op 28 september 2011 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid van 23 september 2011 waarbij *“de aanvraag tot verblijf van 30.04.2011 niet kon gebeuren en de in overwegingname van de aanvraag als onbestaande moet beschouwd worden”*.

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 nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gezien de beschikking van 28 november 2011 houdende het indienen van een syntheseseminarie door de verzoekende partij.

Gezien de syntheseseminarie.

Gelet op de beschikking van 20 januari 2012, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 15 februari 2012.

Gehoord het verslag van kamervoorzitter C. BAMPS.

Gehoord de opmerkingen van advocaat M. KIWAKANA, die *loco* advocaat J. BAELDE verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat L. BRACKE, 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

Op 6 november 1996 verklaart de verzoekende partij die aangeeft van Liberiaanse nationaliteit te zijn, zich vluchteling.

Op 24 maart 1997 neemt de commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen een bevestigende beslissing tot weigering van verblijf.

Op 18 oktober 2001 wordt de verzoekende partij door de rechtbank van eerste aanleg veroordeeld tot tien jaar gevangenisstraf wegens de exploitatie van prostitutie of ontucht en wederrechtelijke vrijheidsberoving met foltering. Op 18 december 2001 wordt dit vonnis integraal bevestigd door het hof van beroep te Antwerpen.

Op 20 mei 2003 neemt de gemachtigde van de minister van Binnenlandse Zaken ten aanzien van de verzoekende partij een ministerieel besluit tot terugwijzing.

Op 14 april 2004 wordt de verzoekende partij moeder van een dochter L.S.(...).

Op 23 maart 2009 treedt de verwerende partij in het huwelijk met de heer W.S.(...), een Belgische onderdaan.

Op 30 april 2010 dient de verzoekende partij in functie van haar Belgische echtgenoot een aanvraag in om een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie (bijlage 19ter).

Op 3 augustus 2010 neemt de gemachtigde van de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid de beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten. De bijlage 19ter en het attest van immatriculatie van de verzoekende partij worden ingetrokken.

Op 6 augustus 2010 stelt de verzoekende partij tegen deze beslissing een beroep in bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad). Bij arrest nr. 52 575 van 7 december 2010 vernietigt de Raad deze beslissing.

Op 23 december 2010 neemt de gemachtigde van de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid de beslissing de aanvraag om een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie van de verzoekende partij niet in overweging te nemen en als onbestaande te beschouwen. De bijlage 19ter en het attest van immatriculatie van de verzoekende partij worden ingetrokken.

Op 8 januari 2011 stelt de verzoekende partij tegen deze beslissing beroep in bij de Raad. De Raad vernietigt deze beslissing bij arrest nr. 59 340 van 6 april 2011.

Op 23 september 2011 neemt de gemachtigde van de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid de beslissing waarbij de aanvraag om een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie van de verzoekende partij niet in overweging wordt genomen en als onbestaande dient te worden beschouwd. De bijlage 19ter en het attest van immatriculatie van de verzoekende partij worden ingetrokken. Deze beslissing wordt op 26 september 2011 aan de verzoekende partij ter kennis gebracht.

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

“Overwegende dat betrokkene onderworpen is aan een Ministerieel Besluit genomen op 20.05.2003, betekend aan betrokkene op 28.05.2003;

Overwegende dat, volgens de algemene hiërarchie der rechtsnormen, een individuele beslissing van een ondergeschikte administratieve autoriteit niet de overhand kan krijgen op een maatregel die genomen werd door een superieure administratieve autoriteit, in casu een beslissing genomen door de bevoegde Minister met betrekking tot de toegang, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen in het Rijk;

Volgt dat het feit onderworpen te zijn aan een Ministerieel Besluit, dat noch ingetrokken noch opgeschort is en een verbod tot binnenkomst in het Rijk gedurende 10 jaar inhoudt, het verkrijgen van een verblijfsrecht verhindert.

Overwegende dat in casu het verzoek tot herziening van het Ministerieel Besluit op 10.04.2006 werd geweigerd aangezien de ingestelde termijn van 8 dagen waarbinnen het verzoek moet ingediend worden, niet werd gerespecteerd;

Overwegende dat het Ministerieel Besluit nog steeds van toepassing is, mocht de gemeentelijke administratie geen aanvraag tot gezinshereniging in overweging genomen hebben, noch een bijlage 19ter afgeleverd hebben.

Overwegende bovendien dat ook al is het Ministerieel Besluit nog niet van kracht, het wel op een wettelijke manier aan betrokkene betekend werd waardoor betrokkene op het moment van de aanvraag tot verblijf niet kon negeren dat zij geen verblijfsrecht kon bekomen aangezien het Ministerieel Besluit noch ingetrokken noch opgeschort was;

Volgt het feit dat de aanvraag tot verblijf van 30.04.2011 niet kon gebeuren en de in overwegingname van de aanvraag als onbestaande moet beschouwd worden.

Het A. I. van betrokkene dient ingehouden te worden."

2. Onderzoek van het beroep

2.1. De verzoekende partij voert in een eerste onderdeel van haar synthesesmemorie de schending aan van artikel 43 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: de vreemdelingenwet) en de richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad 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, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG (hierna: de richtlijn 2004/38/EG) *juncto* de schending van "de bindende kracht van gewijsde van de twee arresten a quo in onderhavige zaak", met name de arresten nr. 52 575 van 7 december 2010 en nr. 59 340 van 6 april 2011 van deze Raad, en van de materiële motiveringsplicht en het redelijkheidsbeginsel, tevens in samenhang met de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en het beginsel van de *fair play*.

Ter adstruering van wat de verzoekende partij in haar synthesesmemorie uiteenzet, voert zij het volgende aan:

"EERSTE MIDDEL : Schending van :

artikel 43 van de Vreemdelingenwet;

de bindende kracht van gewijsde van de twee arresten a quo in onderhavige zaak, de materiële motiveringsplicht en het redelijkheidsbeginsel als algemeen beginselen van behoorlijk bestuur Het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het beginsel van de fair play

a) Artikel 43 Vw + Richtlijn 2004/38/EG dd. 29 april 2009

Huidig dossier situeert zich op het spanningsveld tussen enerzijds een ministerieel besluit tot terugwijzing zoals in 2003 afgeleverd aan verzoekster en anderzijds het gegeven dat verzoekster inmiddels reeds geruime tijd terug in het huwelijk trad en op grond hiervan een verzoek tot verblijfskaart als partner van een burger van de Unie aanvroeg.

Overeenkomstig art. 43 Vreemdelingenwet kan het verblijf aan een burger van de Unie en zijn familieleden immers slechts limitatief worden geweigerd om redenen van 'openbare orde', van 'nationale veiligheid' of van Volksgezondheid', en zulks bovendien enkel binnen de voorts in dit artikel beschreven perken.

Vooreerst is het onbetwist dat verzoekster wel degelijk als 'familielid' in die zin wordt aanzien.

Inmiddels is de Dienst Vreemdelingenzaken al aan haar 3^{de} weigering van het verzoek tot verblijfskaart als partner van een burger van de Unie toe in huidig dossier. Telkens werd deze weigering verbroken door Uw raad.

In het vorige verbrekingarrest in huidig dossier (RvV 6 april 2011, nr. 59.340 in de zaak RvV 64.990) oordeelde Uw Raad inzake het standpunt van verweerder dewelke zich beriep op het MB teneinde te oordelen dat de aanvraag tot gezinshereniging (bijlage 19ter) niet in overweging kon worden genomen:

"Verweester betwist dit niet, doch stelt dat een vreemdeling aan wie een ministerieel besluit tot terugwijzing werd betekend niet in de mogelijkheid is om een aanvraag tot afgifte van de verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie in te dienen. Hij laat evenwel na de wetbepaling te duiden waaruit dergelijke onmogelijkheid zou kunnen afgeleid worden. Er dient voorts op te worden gewezen dat het feit dat aan een vreemdeling een ministerieel besluit tot terugwijzing werd betekend, rekening houdende met hetgeen is bepaald in artikel 20 van de Vreemdelingenwet, enkel toelaat vast te stellen dat de betrokken vreemdeling een bepaald ogenblik de openbare orde heeft geschaad en dat zijn aanwezigheid in het Rijk daarom niet langer gewenst was. De loutere vaststelling dat een vreemdeling in een ver verleden, in casu in de periode 1998-2001 de openbare orde heeft geschaad laat evenwel niet automatisch toe te concluderen dat deze

vreemdeling door zijn gedrag nog een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging vormt voor een fundamenteel belang van de samenleving. Het feit dat een vreemdeling onderworpen werd aan een ministerieel besluit tot terugwijzing verhindert ook niet dat de actuele situatie van deze vreemdeling opnieuw wordt bekeken. Artikel 26 van de Vreemdelingenwet voorziet trouwens dat een ministerieel besluit kan worden opgeschort of ingetrokken. Door de beslissing te nemen om de aanvraag van verzoekster om in functie van haar echtgenoot tot een verblijf te worden toegelaten niet in overweging te willen nemen - wat in voorliggende zaak niets anders is dan een niet door de wetgever voorziene weigeringsbeslissing - heeft verweerder dan ook artikel 43 van de Vreemdelingenwet geschonden. Hij heeft immers nagelaten te onderzoeken of de inbreuk op de openbare orde door verzoekster die aanleiding gaf tot de beslissing tot afgifte van een ministerieel besluit tot terugwijzing heden nog toelaat te besluiten dat verzoekster een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging vormt voor een fundamenteel belang voor de samenleving en hieromtrent een motivering te voorzien."

Alwaar de dienst geschillen binnen verweerder aan de dienst gezinshereniging binnen verweerder vervolgens de opdracht gaf een nieuwe beslissing te nemen rekening houdende met de motieven van dit vernietigingsarrest, dient vastgesteld dat i.p.v. de actualiteitstoets van art. 43 Vreemdelingenwet uit te voeren zoals de wet en Uw Raad dit voorziet, verweerder poogt om alsnog een 'wettelijke basis' van haar standpunt te zoeken in artikel 46bis Vreemdelingenwet.

Artikel 46bis Vreemdelingenwet kan evenwel geen soelaas bieden en aldus de weigeringsbeslissing van verweerder niet schragen.

Meest recent, per arrest van 29 november 2011 (arrest nr. 70.912 in de samengevoegde zaken RvV 79.023 en 80.191 - zie stuk 15) heeft Uw raad zich in een volkomen analoog dossier alreeds uitgesproken omtrent de verhouding tussen art. 46bis Vw ten opzichte van art. 43 Vw:

"De Raad merkt op dat verweerder verwijst naar artikel 46bis van de Vreemdelingenwet en voorhoudt dat deze bepaling elk recht op toegang of verblijf in het Rijk ontzegt aan verzoekster die gehuwd is met een Belgisch onderdaan. Er dient evenwel te worden geduïd dat voormelde wetsbepaling, die een omzetting is van artikel 32 van de Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad 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, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van Richtlijn 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG (hierna: de richtlijn 2004/38/EG), slechts betrekking heeft op de burger van de Unie of zijn familieleden ten aanzien van wie een koninklijk besluit tot uitzetting of een ministerieel besluit tot terugwijzing "werd uitgevoerd". Artikel 46bis van de Vreemdelingenwet bepaalt met andere woorden slechts dat burgers van de Unie of hun familieleden die zich reeds in het buitenland bevinden en die onderworpen zijn aan een koninklijk besluit tot uitzetting of een ministerieel besluit tot terugwijzing uit het loutere feit dat zij verzochten om deze maatregel te schorsen of op te heffen geen recht kunnen ontlenen om opnieuw tot het Belgisch grondgebied toegelaten te worden of om er te verblijven. In voorliggende zaak werd verzoekster op 22 mei 2009 weliswaar een ministerieel besluit tot terugwijzing ter kennis gebracht, doch het staat niet ter discussie dat dit besluit tot op heden niet werd uitgevoerd. (...)

Een ruimere interpretatie van artikel 46bis van de Vreemdelingenwet vindt, in tegenstelling tot wat verweerder voorhoudt, ook geen steun in de richtlijn 2004/38/EG. De Europese wetgever heeft immers aangegeven dat een situatie waarbij een beslissing tot verwijdering van het grondgebied reeds werd uitgevoerd niet zonder meer kan gelijkgesteld worden met de situatie waarbij deze tenuitvoerlegging pas in een latere fase gebeurt. Zo bepaalt artikel 33 van de richtlijn 2004/38/EG dat indien een besluit tot verwijdering van het grondgebied, waartoe werd besloten als straf of bijkomende straf naast een vrijheidsstraf, ten uitvoer wordt gelegd meer dan twee jaar na de uitvaardiging, de lidstaat dient na te gaan of zich nog een actuele en werkelijke bedreiging van de openbare orde voordoet en dient te beoordelen of eventueel sedert het tijdstip waarop het besluit werd genomen wijzigingen in de omstandigheden in materiële zin zijn opgetreden. (...)

Het staat verweerder inderdaad vrij om te oordelen omtrent het recht van verzoekster om tot een verblijf toegelaten te worden in functie van haar echtgenoot. Verweerder dient hierbij evenwel de door de wetgever voorziene procedures en limitatief bepaalde weigeringsgronden te respecteren. Dit houdt onder meer in dat indien verweerder de aanvraag van verzoekster wenst af te wijzen om dat zij naar zijn oordeel een gevaar uitmaakt voor de openbare orde, hij rekening dient te houden met de verplichtingen die opgenomen zijn in artikel 43 van de Vreemdelingenwet en hij dient na te gaan of het gedrag van verzoekster heden nog een werkelijk en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormt.

De stelling van verzoekster dat verweerder niet de controle die door artikel 43 van de Vreemdelingenwet wordt opgelegd heeft: doorgevoerd kan worden gevolgd.

Artikel 43 van de Vreemdelingenwet werd geschonden,"

Eén en ander gaat letterlijk identiek op in huidig dossier, zodat ook hier - andermaal en inmiddels voor de 3de maal in hetzelfde dossier - tot een schending van artikel 43 Vreemdelingenwet dient te worden besloten.

b) Schending van de bindende kracht van gewijsde van de twee arresten a quo in onderhavige zaak, van de materiële motiveringsplicht en het redelijkheids-beginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

Verweerder was/is betrokken partij in de procedures a quo, waarbij men alsdan evenzoveel is gehouden door de bindende kracht van gewijsde van de voorgaande arresten. De notificatie van deze arresten stellen dan ook niet voor niets:

"De ministers en de administratieve overheden, wat hen aangaat, zijn gehouden te zorgen voor de uitvoering van deze beschikking."

Verweerder is dan ook gehouden de duidelijke instructies van de twee arresten a quo van de RvV in onderhavig dossier na te leven en aldus - vooraleer een beslissing te nemen op grond van de aanvraag tot verblijfsvergunning als echtgenote van een burger van de Unie - na te gaan of verzoekster nog steeds een actuele, werkelijke en ernstige bedreiging voor de openbare orde zou opleveren in de zin van art. 43 Vreemdelingenwet!

Alle nodige aanvullende informatie m.o.o. deze actualiteitstoets werd verweerder overgemaakt (o.a. brief van werkgever, attesten school van dochter verzoekster, ...), doch verweerder weigert deze toets te maken en wringt zich in bochten om zich alsnog aan deze actualiteitstoets inzake 'gevaar' te kunnen onttrekken (gezien verzoekster immers geen gevaar voor een fundamenteel belang van de samenleving vormt en in die zin inmiddels alreeds meer dan een jaar is tewerkgesteld tot groot genoegen van haar werkgever).

Verweerder schend hiermee het redelijkheidsbeginsel, volgens hetwelk een oordeel als onwettig dient te worden bestempeld wanneer dit tegen alle redelijkheid en weldenkendheid ingaat en aldus "kennelijk onredelijk" is (quod in casu).

Het is ook veelzeggend dat verweerder zich omtrent dit onderdeel van het eerste middel met geen woord rept in de nota met opmerkingen dd. 10.10.2011.

c) Schending van het zorgvuldigheids-, rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, alsook van het beginsel van de fair play

Verzoekster verwijst naar hetgeen hierboven onder punt b) uiteengezet.

Andermaal rept verweerder met geen woord over dit onderdeel van het eerste middel, hetgeen veelzeggend is.

In het licht van de twee tussengekomen arresten van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in onderhavig dossier, moge het duidelijk wezen dat verzoekster het rechtmatig vertrouwen mocht koesteren dat verweerder eindelijk eens de actuele, werkelijke en persoonlijke situatie van verzoekster in ogenschouw zou nemen, teneinde tot een nieuwe beslissing te komen. Eén en ander werd intern binnen verweerder ook als opdracht gegeven vanwege de dienst geschillen aan de dienst gezinshereniging ("gelieve een nieuwe beslissing te nemen rekening houdende met de motieven van dit vernietigingsarrest").

Onzorgvuldig bestuursoptreden maakt een schending van het beginsel van de fair play uit, zo aan dit optreden moedwilligheid ten grondslag ligt.

De goede trouw van het bestuur is ook aan de orde waar het gaat om het zogeheten beginsel van fair play, Het bestuur dient in zijn relatie met de burger een elementaire eerlijkheid aan de dag te leggen."

(VAN DAMME, M., Auditeur in de Raad van State, 'Goede trouw van burger en bestuur', in R. W. 1989-90, p. 1109 en 1115)

Het dossier van verzoekster dient bovendien objectief op haar actuele situatie te worden beoordeeld zoals alreeds werd aangegeven door de Raad in de arresten a quo.

"Het onderzoek van het bestuur dient zonder vooringenomenheid te geschieden (RvS nr. 17411 van 3 februari 1976). Het bestuur dient de vereiste zorgvuldigheid aan de dag te leggen bij het uitoefenen van zijn informatieplicht (Cass. 4 januari 1973, R.W. 1972-1973,1279)."

(A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDELANOTTE, Overzicht van het Belgisch Administratief Recht, Antwerpen, Kluwer, 1999, p. 53)

Het gedrag van verweerder mits hardnekkige weigering zich te houden aan de wet en aan de bindende kracht van gewijsde van beide arresten a quo, toont manifest een vooringenomenheid (gebrek aan objectiviteit) aan in hoofde van verweerder, alsook een manifeste schending van de zorgvuldigheidsnorm en de goede trouw (fair play beginsel)."

2.2. In de nota met opmerkingen werpt de verwerende partij op dat de verzoekende partij de werking van het ministerieel besluit van 20 mei 2003 uit het oog verliest. Als gevolg van dit besluit kan zij immers niet worden gemachtigd tot verblijf en kan zij evenmin enig verblijfsrecht tegenwerpen aan het bestuur. Er anders over oordelen zou volgens de verwerende partij uitsluiten dat er rechtsgevolgen verbonden

zijn aan een definitief ministerieel besluit, wat niet de bedoeling kan zijn van de wetgever. Bij citering van artikel 46bis van de vreemdelingenwet benadrukt de verwerende partij dat de verzoekende partij, ondanks haar huwelijk, gedurende de behandeling van een aanvraag tot schorsing of opheffing van een ministerieel besluit geen recht van toegang of verblijf in het Rijk heeft. De verwerende partij betoogt dat dit recht op binnenkomst of verblijf in België *a fortiori* tevens is uitgesloten wanneer geen dergelijke procedure werd ingeleid. Immers, er anders over oordelen zou ertoe leiden dat het indienen van een aanvraag tot opheffing of schorsing de betrokkene in een minder gunstige positie zou brengen dan wanneer geen dergelijke aanvraag zou zijn ingediend. Verwerende partij is dan ook van mening dat artikel 46bis van de vreemdelingenwet op helling wordt geplaatst indien het bestuur zou zijn gehouden een aanvraag van een vreemdeling om een verblijfskaart van een familielid van een burger van de unie, die werd teruggewezen bij ministerieel besluit, te behandelen. Tevens duidt de verwerende partij erop dat artikel 46bis van de vreemdelingenwet voorziet dat argumenten moeten worden aangevoerd om te bewijzen dat er een wijziging in materiële zin is opgetreden in de omstandigheden die het ministerieel besluit destijds rechtvaardigden. Doch blijkt volgens verwerende partij nergens als zou dit onderzoek identiek zijn aan de evaluatie betreffende de actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van het gedrag van de betrokkene voor een fundamenteel belang van de samenleving zoals voorgeschreven in artikel 43, 2° van de vreemdelingenwet. In iedere hypothese stelt de verwerende partij dat artikel 46bis van de vreemdelingenwet niet naar voormeld onderzoek zoals vooropgesteld door artikel 43, 2° van de vreemdelingenwet verwijst en kan niet anders worden geponeerd dan dat de beoordeling van een aanvraag tot opheffing of schorsing van een ministerieel besluit niet het onderzoek uitmaakt zoals voorgeschreven door artikel 43, 2° van de vreemdelingenwet. De verwerende partij voert aan dat een verblijfsaanvraag na een ministerieel besluit tot terugwijzing enkel mogelijk is via een verzoek tot schorsing of opheffing in toepassing van artikel 46bis van de vreemdelingenwet aangezien de wetgever de volle uitwerking van een ministerieel besluit erkent en geen enkele wettelijke bepaling erin voorziet dat een ministerieel besluit zijn uitwerking zou kunnen verliezen door het optreden van een hiërarchisch lager ambtenaar. De verwerende partij acht artikel 46bis van de vreemdelingenwet specifieker omdat het in dergelijke gevallen niet gaat om verblijfsaanvraag van een familielid van een burger van de Unie *tout court*, zoals in artikel 40bis van de vreemdelingenwet, doch betreft het in tegendeel, zoals *in casu*, een verblijfsaanvraag van een familielid van een burger van de Unie na een ministerieel besluit tot terugwijzing. Vervolgens onderstreept de verwerende partij dat slechts aanspraak kan worden gemaakt op een binnenkomst of een verblijf in België nadat de gemachtigde van de minister een aanvraag tot schorsing of opheffing van een ministerieel besluit gunstig heeft beoordeeld. Dergelijke procedure kan bovendien slechts worden aangevat nadat twee jaar zijn verlopen te rekenen vanaf de uitvoering van het besluit. Tot slot vestigt de verwerende partij er de aandacht op dat het recht op verblijf van een familielid van een burger van de Unie geen absoluut recht is en hieraan voorwaarden verbonden zijn die de wetgever duidelijk in kaart heeft gebracht. Zo heeft de minister de verzoekende partij door het nemen van een ministerieel besluit uitgesloten van een recht op binnenkomst en op verblijf. De verwerende partij oppert aldus dat het bestuur in de gegeven omstandigheden onmogelijk gehouden kan zijn tot het in ontvangst nemen van een aanvraag waarbij het een beoordeling zal dienen te doen van de motieven die tot het nemen van een ministerieel besluit hebben geleid. Verwerende partij laat gelden dat het beginsel van de algemene hiërarchie der rechtsnormen zich verzet tegen dergelijke praktijk. De verwerende partij verduidelijkt nog dat de verzoekende partij heeft kunnen genieten van het grondrecht te huwen, doch dat zij bij ministerieel besluit van 20 mei 2003 werd uitgesloten van een verblijfsrecht. Verwerende partij is van oordeel dat de verzoekende partij niet kan worden gevolgd waar zij stelt dat de bestreden beslissing het redelijkheidsbeginsel zou miskennen. Zij maakt naar de mening van de verwerende partij immers niet duidelijk welke wettelijke bepaling de beoordeling van de opschorting of de opheffing van het ministerieel besluit automatisch en van rechtswege zou verbinden aan het indienen van een aanvraag om een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie. De verzoekende partij geeft evenmin aan op basis van welke rechtsregel die beoordeling noodzakelijkerwijs zou moeten gebeuren in het licht van artikel 43 van de vreemdelingenwet. Verwerende partij concludeert dat zij zich niet kan beroepen op artikel 43 van de vreemdelingenwet nu zij van de toepassing van dit artikel is uitgesloten als gevolg van het in het rechtsverkeer aanwezige ministerieel besluit tot terugwijzing van 20 mei 2003. De verwerende partij acht het eerste middel ongegrond.

2.3. De Raad merkt op dat de verwerende partij verwijst naar artikel 46bis van de vreemdelingenwet en voorhoudt dat deze bepaling elk recht op toegang of verblijf in het Rijk ontzegt aan de verzoekende partij die gehuwd is met een Belgisch onderdaan. Er dient evenwel te worden gediend dat voormelde wetsbepaling die een omzetting is van artikel 32 van de richtlijn 2004/38/EG, slechts betrekking heeft op de burger van de Unie of zijn familieleden ten aanzien van wie een koninklijk besluit tot uitzetting of een ministerieel besluit tot terugwijzing "*werd uitgevoerd*". Artikel 46bis van de vreemdelingenwet

bepaalt met andere woorden slechts dat burgers van de Unie of hun familieleden die zich reeds in het buitenland bevinden en die onderworpen zijn aan een koninklijk besluit tot uitzetting of een ministerieel besluit tot terugwijzing uit het loutere feit dat zij erom verzochten deze maatregel te schorsen of op te heffen geen recht kunnen ontlenen om opnieuw tot het Belgische grondgebied toegelaten te worden of om er te verblijven. In voorliggende zaak werd in hoofde van de verzoekende partij op 20 mei 2003 weliswaar een ministerieel besluit tot terugwijzing genomen, doch het staat niet ter discussie dat dit besluit tot op heden niet werd uitgevoerd. De verwerende partij blijft verder in gebreke aan te tonen dat artikel 46bis van de vreemdelingenwet ruimer dient geïnterpreteerd te worden en tevens zou verhinderen dat de verzoekende partij die, nadat haar een besluit tot terugwijzing werd betekend, verplicht werd verder in het Rijk te verblijven om een vrijheidsstraf te ondergaan, niet de mogelijkheid zou hebben om, in functie van haar later huwelijk met een Belg, voor het eerst een verblijfsrecht te laten gelden. Zij toont evenmin aan dat zij dit recht op verblijf, waarop de verzoekende partij zich pas kon beroepen nadat haar reeds een besluit tot terugwijzing werd betekend, zou kunnen weigeren zonder na te gaan of de verzoekende partij nog een actueel gevaar vormde voor de openbare orde en de nationale veiligheid. Te meer daar een ruimere interpretatie van artikel 46bis van de vreemdelingenwet, zoals de verwerende partij ze voorstaat, tevens geen steun vindt in de richtlijn 2004/38/EG. De Europese wetgever heeft immers aangegeven dat een situatie waarbij een beslissing tot verwijdering van het grondgebied reeds werd uitgevoerd niet zonder meer kan gelijkgesteld worden met de situatie waarbij deze tenuitvoerlegging pas in een latere fase gebeurt. Zo bepaalt artikel 33 van de richtlijn 2004/38/EG dat indien een besluit tot verwijdering van het grondgebied, waartoe werd besloten als straf of bijkomende straf naast een vrijheidsstraf, ten uitvoer wordt gelegd meer dan twee jaar na de uitvaardiging, de lidstaat dient na te gaan of zich nog een actuele en werkelijke bedreiging van de openbare orde voordoet en dient te beoordelen of eventueel sedert het tijdstip waarop het besluit werd genomen wijzigingen in de omstandigheden in materiële zin zijn opgetreden. De verwerende partij lijkt met haar betoog in de nota met opmerkingen aldus uit het oog te verliezen dat in artikel 43 van de vreemdelingenwet, dat de omzetting in Belgisch recht vormt van artikel 27 van de richtlijn 2004/38/EG, uitdrukkelijk bepaald is dat het inreisrecht of het verblijfsrecht van burgers van de Unie of hun familieleden enkel kan beperkt worden indien hun gedrag *“een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging vormt voor een fundamenteel belang voor de samenleving vormt”*.

De verwerende partij stelt nog dat een ministerieel besluit tot terugwijzing zijn uitwerking niet kan verliezen door het optreden van een lagere ambtenaar. Zij lijkt hiermee te willen aangeven dat de gemachtigde van de burgemeester van de gemeente Wuustwezel de aanvraag van de verzoekende partij om een verblijfskaart niet kon acteren zonder het ministerieel besluit te miskennen. Zij gaat hierbij evenwel voorbij aan het feit dat de betrokken ambtenaar slechts handelde overeenkomstig de verplichtingen die voortvloeien uit 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 en lijkt uit het oog te verliezen dat een ministerieel besluit een rechtsnorm is die in de hiërarchie der rechtsnormen lager staat dan een koninklijk besluit. De bewering van de verwerende partij dat uit een ministerieel besluit tot terugwijzing een impliciet verbod zou voortvloeien om een verblijfsaanvraag van een familielid van een burger te acteren, laat derhalve niet toe te besluiten dat een gemeentelijk ambtenaar geen gevolg diende te geven aan een expliciete verplichting die voortvloeit uit een koninklijk besluit.

De verwerende partij werpt terecht op dat het recht op verblijf van een familielid van een burger van de Unie geen absoluut recht is en er voorwaarden zijn die de wetgever duidelijk heeft in kaart gebracht. Het staat de verwerende partij inderdaad vrij om te oordelen omtrent het recht van de verzoekende partij om tot een verblijf toegelaten te worden in functie van haar echtgenoot. De verwerende partij dient hierbij evenwel de door de wetgever voorziene procedures en limitatief bepaalde weigeringsgronden te respecteren. Dit houdt onder meer in dat indien de verwerende partij de aanvraag van de verzoekende partij wenst af te wijzen omdat zij naar haar oordeel een gevaar uitmaakt voor de openbare orde zij rekening dient te houden met de verplichtingen die opgenomen zijn in artikel 43 van de vreemdelingenwet en dient zij na te gaan of het gedrag van de verzoekende partij heden nog een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormt. De stelling van de verzoekende partij dat de vreemdelingenwet niet de controle die door artikel 43 van de vreemdelingenwet wordt opgelegd, heeft doorgevoerd, kan worden gevolgd.

Artikel 43 van de vreemdelingenwet werd geschonden.

Aangezien een onderdeel van het aangevoerd middel tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing leidt, is er geen noodzaak tot onderzoek van de overige middelen, noch van de overige in het

onderzochte middel aangehaalde bepalingen of beginselen (RvS 18 december 1990, nr. 36.050; RvS 24 oktober 2002, nr. 111.881).

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Enig artikel

De beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid van 23 september 2011 waarbij *“de aanvraag tot verblijf van 30.04.2011 niet kon gebeuren en de in overwegingname van de aanvraag als onbestaande moet beschouwd worden”*, wordt vernietigd.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op achtentwintig februari tweeduizend en twaalf door:

mevr. C. BAMPs,

kamervoorzitter,

dhr. M. DENYS,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

M. DENYS

C. BAMPs