

## Arrest

nr. 170 860 van 29 juni 2016  
in de zaak RvV X / VIII

In zake: X

Gekozen woonplaats: X

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging.

### DE WND. VOORZITTER VAN DE VIIIste KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Algerijnse nationaliteit te zijn, op 4 maart 2016 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 27 januari 2016 waarbij de aanvraag voor een toelating tot verblijf onontvankelijk wordt verklaard (bijlage 15<sup>quater</sup>).

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 9 maart 2016 met referentenummer X.

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 14 april 2016, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 25 mei 2016.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken C. VERHAERT.

Gehoord de opmerkingen van advocaat T. WIBAULT, die *loco* advocaat V. VAN DER PLANCKE verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat I. FLORIO, die *loco* advocaat E. MATTERNE verschijnt voor de verwerende partij.

### WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1. Verzoekster huwde op 6 mei 2013 te Ben Kanoun (Algerije) met A.A.M., een in België erkend Palestijnse vluchteling.

1.2. Verzoekster kwam op 8 juli 2014 het Rijk binnen en deed op 3 oktober 2014 te Leuven, onder een bijlage 3, een aankomstverklaring. Zij werd tot verblijf toegelaten tot 6 oktober 2014.

1.3. Verzoekster beviel op 8 oktober 2014, te Leuven, van een zoon van A.A.M.

1.4. Verzoekster diende op 9 oktober 2014 een aanvraag tot machtiging tot voorlopig verblijf in, conform artikel 10 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).

1.5. Op 19 januari 2015 werd er voor haar zoon, als begeleide minderjarige, onder een bijlage 26, een asielaanvraag ingediend. Op 25 augustus 2015 werd deze aanvraag geweigerd door de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen.

1.6. Op 28 april 2015 werd een beslissing genomen houdende de onontvankelijkheid van de aanvraag om toelating tot verblijf (bijlage 15<sup>quater</sup>). Deze beslissing werd vernietigd bij 's Raads arrest nr. 159 494 van 5 januari 2016.

1.7. Op 27 januari 2016 werd een nieuwe beslissing tot onontvankelijkheid genomen. Dit is de thans bestreden beslissing, die luidt als volgt:

*“Met het oog op artikel 12bis §4, eerste lid van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en artikel 26/1, §2, tweede lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen*

*is de aanvraag voor een toelating tot verblijf, ingediend op 09.10.2014, in toepassing van de artikelen 10, 12bis, §1, tweede lid van de wet van 15 december betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, door:*

*[...]*

*om de volgende reden onontvankelijk:*

*Betrokkene toont niet aan zich in buitengewone omstandigheden te bevinden die haar verhinderen terug te keren naar het land van herkomst om ginds het vereiste visum te vragen bij de bevoegde Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger, zoals bepaald in artikel 12bis§1, tweede lid, 3° van de wet van 15.12.1980.*

*Betrokkene haalt aan dat zij op 08.10.2014 bevallen is en dat het vliegtuig niet goed is voor het pasgeboren kindje; betrokkene zou een beetje bij haar zoon en man willen blijven; als haar kind het goed stelt zou zij teruggaan naar haar land van herkomst. Zij verwijst tevens naar het feit dat zij naar België kwam om haar man te bezoeken, die hier in Leuven woont en werkt in het Erasmus hospitaal en dat toen zij 37 weken zwanger was ze niet meer kon reizen.*

*Deze argumenten zijn achterhaald en vormen bovendien geen buitengewone omstandigheden die de aanvraag in België rechtvaardigen. Hun gezamenlijke zoon is ondertussen meer dan een jaar oud. Ook werden geen nieuwe stukken aangebracht waaruit zou blijken dat het met het kind niet goed gesteld is. Daarenboven vermeldt betrokkene zelf in haar aanvraag dat zij terug zou keren naar land van herkomst indien het goed gesteld is met haar kindje. Deze intentie blijkt onheus te zijn, aangezien betrokkene nog steeds niet vertrokken is. Betrokkene kan zich, van zodra zij zich in het bezit heeft gesteld van de nodige documenten vereist om tot binnenkomst in het Rijk te worden toegelaten, opnieuw verenigen met haar echtgenoot en zoon. De verplichting om terug te keren betreft slechts een tijdelijke verwijdering van het grondgebied.*

*Een tijdelijke scheiding van de echtgenoot en hun kind verhindert betrokkene niet om de aanvraag in het land van herkomst in te dienen. Mevrouw kan zelf beslissen om al dan niet haar zoon mee te nemen. Tijdens de tijdelijke afwezigheid kan ze via de moderne communicatiemiddelen contact houden met haar echtgenoot en in voorkomend geval haar kind.*

*Alle aangehaalde motieven verhinderen betrokkene niet tijdelijk terug te keren naar het land van herkomst om aldaar een aanvraag in te dienen.”*

## 2. Onderzoek van het beroep

2.1.1. In een tweede middel voert verzoekster de schending aan van de artikelen 9bis, 10, 12bis en 62 van de vreemdelingenwet, van artikel 5, §§3 en 5 van de richtlijn 2003/86/EG van de Raad van 22 sedert 2003 inzake het recht op gezinshereniging, van de artikelen 7 en 24.2 van het Handvest van de

Grondrechten van de Europese Unie, van artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en van het hoogste belang van het kind als algemeen rechtsbeginsel. Zij licht het middel toe als volgt:

*“Eerste onderdeel*

*De administratie verklaart de aanvraag onontvankelijk wegens gebrek aan buitengewone omstandigheden die de verzoekster verhinderen om terug te keren naar het land van herkomst om de vereiste visumaanvraag bij de bevoegde Belgische diplomatieke post in te dienen.*

*Artikel 9bis van de Vreemdelingenwet bepaalt:*

*“§ 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.*

*(...)*

*§ 2. Onverminderd de andere elementen van de aanvraag, kunnen niet aanvaard worden als buitengewone omstandigheden en worden onontvankelijk verklaard:*

*1° elementen die reeds aangehaald werden ter ondersteuning van een asielaanvraag in de zin van de artikelen 50, 50bis, 50ter en 51 en die verworpen werden door de asiendiensten, met uitzondering van elementen die verworpen werden omdat ze vreemd zijn aan de criteria van de Conventie van Genève, zoals bepaald in artikel 48/3, en aan de criteria voorzien in artikel 48/4 met betrekking tot de subsidiaire bescherming of omdat de beoordeling ervan niet behoort tot de bevoegdheid van die instanties;*

*2° elementen die in de loop van de procédure ter behandeling van de asielaanvraag in de zin van artikel 50, 50bis, 50ter en 51 hadden moeten worden ingeroepen, aangezien zij reeds bestonden en gekend waren voor het einde van deze procedure;*

*3° elementen die reeds ingeroepen werden bij een vorige aanvraag tot het bekomen van een machtiging tot verblijf in het Rijk;*

*4° elementen die ingeroepen werden in het kader van een aanvraag tot het bekomen van een machtiging tot verblijf op grond van artikel 9ter”*

*Volgens de vaste rechtspraak van uw Raad, zijn buitengewone omstandigheden de omstandigheden die een tijdelijke terugkeer onmogelijk of bijzonder moeilijk maken.*

*“ Vooraf en als algemeen principe dient te worden gesteld dat de mogelijkheid om in België een verblijfsmachtiging aan te vragen als uitzonderingsbepaling restrictief moet worden geïnterpreteerd. De "buitengewone omstandigheden " strekken er niet toe te verantwoorden waarom de machtiging voor een verblijf van meer dan drie maanden wordt verleend, maar om te verantwoorden waarom de aanvraag in België en niet in het buitenland wordt ingediend. Deze buitengewone omstandigheden mogen niet worden verward met de argumenten ten gronde die worden ingeroepen om een verblijfsmachtiging aan te vragen. Het betreft omstandigheden die een tijdelijke terugkeer van de vreemdeling naar zijn land van oorsprong om er de noodzakelijke formaliteiten voor het indienen van een aanvraag te vervullen, onmogelijk of bijzonder moeilijk maken (RvS 9 december\*2009, nr. 198.769,punt 3.3.3.).*

*Artikel 5, §3 van de Richtlijn 2003/86/EG bepaalt:*

*"Het verzoek wordt ingediend en behandeld wanneer de gezinsleden verblijven buiten het grondgebied van de lidstaat van verblijf van de gezinshereniger.*

*In afwijking hiervan kan een lidstaat in passende gevallen aanvaarden dat een verzoek wordt ingediend wanneer de gezinsleden zich reeds op het grondgebied bevinden.”*

*Verzoekster beweert dat de buitengewone omstandigheden van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet (in hun toepassing) haar recht op gezinsleven en een familieleven die uit de Richtlijn 2003/86 voortvloeien, beperken.*

*De voorwaarde voor het indienen van de aanvraag buiten het grondgebied van de lidstaat is een beperking van het recht op gezinshereniging. Deze beperking moet strikt geïnterpreteerd worden. Verzoekster verwijst mutatis mutandis naar het arrest Chakroun van het Hof van Justitie.*

*“43 Aangezien gezinshereniging de algemene regel is, dient de bevoegdheid in artikel 7, lid 1, aanhef en sub c, van de richtlijn strikt te worden uitgelegd. Bovendien mogen de lidstaten hun handelingsvrijheid niet zo gebruiken dat afbreuk wordt gedaan aan het doel van de richtlijn, namelijk de bevordering van gezinshereniging, en aan het nuttig effect daarvan. gezinshereniging, en aan het nuttig effect daarvan.”*

*De hoge drempel van de buitengewone omstandigheden (wat een omgekeerde strikte interpretatie inhoudt, tegenovergesteld aan diegene die het Hof van Justitie hanteert) verstrengt de toegang tot het recht op gezinshereniging. Verzoekster meent dat dit in haar geval van haar pasgeboren kind, een disproportionele inmenging vormt in haar familieleven. Een inmenging die haar recht op gezinshereniging ondermijnt.*

Als lidstaten voorwaarden bepalen voor de toepassing van Europese richtlijnen, moeten deze voorwaarden proportioneel zijn en het doeleinde van de betreffende richtlijn. Verzoekster verwijst in dit verband naar het arrest Europese Commissie tegen het Koninkrijk der Nederlanden van het Hof van Justitie:

"65. De op dit punt door richtlijn 2003/109 aan de lidstaten verleende beoordelingsbevoegdheid is evenwel niet onbeperkt. De lidstaten mogen namelijk geen nationale regeling toepassen die de verwezenlijking van de door een richtlijn nagestreefde doelen in gevaar kan brengen en deze haar nuttig effect kan ontnemen (zie in die zin arrest van 28 april 2011, El Dridi, C 61/11 PPU, Jurispr. Blz. I-3015, punt (I))."

De vereisten van buitengewone omstandigheden zijn niet passend zoals voorzien in artikel 5, §3 van de Richtlijn 2003/86/EG.

Tweede onderdeel

Het kind is in België geboren.

Volgens de huidige administratieve praktijk, stelt verzoekster vast dat haar kind van een wettig verblijf geniet in België, onafhankelijk van een aanvraag tot gezinshereniging.

"Het kind dat geboren is in België geniet hetzelfde verblijfsstatuut als dat van de ouders. Indien beide ouders toch niet onder hetzelfde verblijfsstatuut bevinden, dient het volgende onderscheid te worden gemaakt. Indien het minderjarige kind samenleeft met beide ouders, volgt het de ouder die het meest gunstige verblijfsstatuut geniet. Indien echter de ouders gescheiden leven, volgt het kind het verblijfsstatuut van de ouder waarmee het samenleeft

Dit beginsel is van toepassing op de gemeenten en werd vastgelegd in de omzendbrief van 17.7.2001 aangaande de rol van het gemeentebestuur in het kader van de toepassing van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, alsmede aangaande de taken van bepaalde diensten van de Dienst Vreemdelingenzaken.

De mogelijkheid dat verzoekster het land verlaat zonder haar kind, vormt een zware impact op het kind aangezien een moeder voor een klein kind de voornaamste figuur is in diens omgeving. Nochtans is dit de oplossing die aangereikt werd in de bestreden beslissing.

"een tijdelijke scheiding van de echtgenoot en hun kind verhindert betrokkene niet om de aanvraag in het land van herkomst in te dienen."

Om deze impact te verminderen, zou verzoekster samen met haar kind vertrekken, wat ieder nuttig effect van het verblijfsrecht van het kind zou ontnemen.

"45. Indien daarentegen de ouder; onderdaan van een lidstaat of een derde staat, die daadwerkelijk zorgt voor een kind waaraan artikel 18 EG en richtlijn 90/364 een verblijfsrecht toekennen, niet werd toegestaan met dit kind in de lidstaat van ontvangst te verblijven, zou zulks het verblijfsrecht van het kind ieder nuttig effect ontnemen. Het is immers duidelijk dat het genot van het verblijfsrecht door een kind van jonge leeftijd noodzakelijkerwijs impliceert dat dit kind het recht heeft om te worden begeleid door de persoon die er daadwerkelijk voor zorgt, en dientengevolge dat deze persoon gedurende dat verblijf bij het kind in de lidstaat van ontvangst kan wonen (%ie mutatis mutandis met betrekking tot artikel 12 van verordening nr. 1612/68, arrest Baumbast en R, reeds aangehaald, punten 71-75).

Derde onderdeel

Art. 8 EVRM beschermt het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven. 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 voor het belang van de nationale en 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.

Artikel 3 van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind zorgt ervoor dat bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, de belangen van het kind de eerste overweging vormen.

Dit begrip is opgenomen in artikel 24.2 van het Europees Handvest en expliciet ingeschreven in artikel 5, §5 van de Richtlijn 2003/86/EG.

"Bij de behandeling van het verzoek zorgen de lidstaten ervoor dat terdege rekening wordt gehouden met de belangen van minderjarige kinderen"

Het bijzonder belang van het kind werd bevestigd door het Hof van Justitie:

"81. Het is aan de bevoegde nationale autoriteiten, bij de tenuitvoerlegging van richtlijn 2003/86 en bij het onderzoek van de verzoeken om gezinshereniging een evenwichtige en redelijke beoordeling van

alle in het geding zijnde belangen te maken en daarbij in het bijzonder rekening te houden met de belangen van de betrokken kinderen "

Het EHRM erkent het hoogste belang van het kind als een algemeen rechtsbeginsel dat naar voor komt bij de toepassing van artikel 8 EVRM. Dit vormt een cruciaal aandachtspunt voor de inschatting van de proportionaliteit van de inmenging in het familieleven.

«109. lorsque des enfants sont concernés, il faut prendre en compte leur intérêt supérieur (Tuquabo-Tekle et autres c. Pays-Bas, no 60665/00, Jf 44, 1er décembre 2005 ; mutatis mutandis, Popov c. France, nos 39472/07 et 39474/07, JfJf 139-140, 19janvier 2012 ; Neulinger et Shuruk, précité, Jf 135, et X c. "Lettonie [GC], no 27853/09, Jf 96, CEDH 2013). Sur ce point particulier, la Cour rappelle que l'idée selon laquelle l'intérêt supérieur des enfants doit primer dans toutes les décisions qui les concernent fait l'objet d'un large consensus, notamment en droit international (Neulinger et Shuruk, précité, Jf 135, et X c. "Lettonie, précité, Jf 96). Cet intérêt n'est certes pas déterminant à lui seul, mais il faut assurément lui accorder un poids important. Pour accorder à l'intérêt supérieur des enfants qui sont directement concernés une protection effective et un poids suffisant, les organes décisionnels nationaux doivent en principe examiner et apprécier les éléments touchant à la commodité, à la faisabilité et à la proportionnalité d'un éventuel éloignement de leur père ou mère ressortissants d'un pays tiers.»

Het belang van het kind wordt onder andere bepaald door diens persoonlijke ontwikkeling en de aan- of afwezigheid van zijn ouders.

« 138. Il découle de l'article 8 que le retour de l'enfant ne saurait être ordonné de façon automatique ou mécanique dès lors que la Convention de La Haye s'applique. L'intérêt supérieur de l'enfant du point de vue de son développement personnel, dépend en effet de plusieurs circonstances individuelles, notamment de son âge et de sa maturité, de la présence ou de l'absence de ses parents, de l'environnement dans lequel il vit et de son histoire personnelle (voiries lignes directrices du HCR, paragraphe 52 ci-dessus). C'est pourquoi il doit s'apprécier au cas par cas. Cette tâche revient en premier lieu aux autorités nationales, qui ont souvent le bénéfice de contacts directs avec les intéressés. Elles jouissent pour ce faire d'une certaine marge d'appréciation, laquelle s'accompagne toutefois d'un contrôle européen en vertu duquel la Cour examine sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de ce pouvoir (voir, par exemple, Hokkanen c. Finlande, 23 septembre 1994, série A n°299-A, p. 20, Jf 55, et Kutner précité, §§65-66 1 HvJ, O., S. tegen Maahanmuuttovirasto (0356/11), en Maahanmuuttovirasto tegen L. (C-357/11), 6 december 2012; §81.

De Dienst Vreemdelingenzaken gaat ervan uit dat de scheiding tijdelijk is. Voor een kind van 1 jaar, is het begrip "tijdelijk" onbegrijpelijk. Kind en Gezin geeft het voorbeeld van de afwezigheid van een ouder wegens gezondheidsproblemen:

"Chronische ziekte bij een ouder vormt een risicofactor voor psychologische problemen bij de kinderen. Wanneer de ouder regelmatig wordt gescheiden van het kind omwille van noodzakelijke behandelingen, voelt dit voor de zuigeling tot 1 jaar aan als een bedreiging. Hun zekerheden vallen weg en deze kinderen zijn te jong om te begrijpen dat het tijdelijk is. Bij kinderen tussen 1 en 3 jaar kan de scheiding aanvoelen als een bestraffing. Wanneer de alledaagse routine wegvalt tijdens de afwezigheid van de ouder, kan dit leiden tot vertragingen in de ontwikkeling.

Wanneer het kind te weinig uitleg krijgt, is het aangewezen op eigen fantasie, waardoor angsten kunnen ontstaan (Molier, 2008).

Terwijl het blijkbaar geen buitengewone omstandigheden vormt in het oog van de administratie, vormt het wel een bedreiging voor de ontwikkeling van het kind ten gunste van louter procedurele voorwaarden in de toepassing van de wetgeving over gezinshereniging.

Het kind heeft een recht op verblijf, zijn vader heeft een vast contract als assistent-stomatoloog en de voorwaarden voor een gezinshereniging onder artikel 10 van de Vreemdelingenwet zijn vervuld. Verzoekster ziet niet welk belang hier noodzakelijk is voor een democratische samenleving om voorrang te krijgen op het hoogste belang van haar kind.

Het middel is ernstig en gegrond."

2.1.2. In casu heeft verzoekster een aanvraag tot voorlopig verblijf ingediend overeenkomstig de modaliteiten, bepaald in de artikelen 10, §1, 4° en 12bis, § 1, 3°, van de vreemdelingenwet.

Artikel 10, § 1, eerste lid, 4°, van de vreemdelingenwet luidt als volgt:

"Onder voorbehoud van de bepalingen van artikelen 9 en 12, zijn van rechtswege toegelaten om meer dan drie maanden in het Rijk te verblijven:

[...]

4° de volgende familieleden van een vreemdeling die sedert minimaal twaalf maanden toegelaten of gemachtigd is tot een verblijf van onbepaalde duur in het Rijk of sedert minimaal twaalf maanden

*gemachtigd is om er zich te vestigen. Die termijn van twaalf maanden vervalt indien de echtelijke band of het geregistreerde partnerschap reeds bestond voor de vreemdeling die vervoegd wordt, in het Rijk aankwam of indien zij een gemeenschappelijk minderjarig kind hebben, of indien het familieleden betreft van een vreemdeling die erkend is als vluchteling of die de subsidiaire bescherming geniet:*

*– de buitenlandse echtgenoot of de vreemdeling waarmee een geregistreerd partnerschap gesloten werd dat als gelijkwaardig beschouwd wordt met het huwelijk in België, die met hem komt samenleven, op voorwaarde dat beiden ouder zijn dan eenentwintig jaar. Deze minimumleeftijd wordt echter teruggebracht tot achttien jaar wanneer, naargelang het geval, de echtelijke band of dit geregistreerd partnerschap, reeds bestond vóór de vreemdeling die vervoegd wordt, in het Rijk aankwam;[...]*

Artikel 12bis, § 1, eerste lid en tweede lid, 3°, van de vreemdelingenwet bepaalt verder:

*“§ 1. De vreemdeling die verklaart dat hij zich in één der in artikel 10 voorziene gevallen bevindt, moet zijn aanvraag indienen bij de Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger die bevoegd is voor zijn woonplaats of zijn verblijfplaats in het buitenland.*

*In de volgende gevallen kan hij zijn aanvraag echter indienen bij het gemeentebestuur van zijn verblijfplaats:*

*[...]*

*3° indien hij zich bevindt in buitengewone omstandigheden die hem verhinderen terug te keren naar zijn land om het op grond van artikel 2 vereiste visum te vragen bij de bevoegde Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger en alle in § 2 bedoelde bewijzen overmaakt, evenals een bewijs van zijn identiteit”*

Op grond van artikel 10 van de vreemdelingenwet is de echtgenoot van een derdelander met een onbeperkt verblijf van rechtswege toegelaten om meer dan drie maanden in het Rijk te verblijven, mits hij evenwel voldoet aan bepaalde voorwaarden. Artikel 12bis, § 1, eerste lid, van de vreemdelingenwet voorziet verder dat de vreemdeling die zich in één van de in artikel 10 van de vreemdelingenwet voorziene gevallen bevindt, in beginsel zijn aanvraag in principe moet indienen bij de Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger die bevoegd is voor zijn woonplaats of zijn verblijfsplaats in het buitenland. Hierop zijn enkele uitzonderingen voorzien, waaronder de situatie waarin de aanvrager zich bevindt in buitengewone omstandigheden die hem verhinderen terug te keren naar zijn land van herkomst om aldaar het vereiste visum te vragen en hij alle vereiste bewijzen overmaakt, zoals wordt gesteld in artikel 12bis, § 1, tweede lid, 3°, van de vreemdelingenwet.

*In casu* werd de aanvraag om toelating tot verblijf onontvankelijk verklaard, wat betekent dat de buitengewone omstandigheden die verzoekster heeft ingeroepen om te verantwoorden waarom zij geen aanvraag vanuit haar land van herkomst kan indienen, niet werden aanvaard of bewezen.

Verzoekster betwist deze beoordeling en stelt dat de toetsing van de buitengewone omstandigheden te strikt was en een disproportionele beperking van het recht op gezinsleven, zoals bepaald in de gezinsherenigingsrichtlijn, inhoudt. Zij wijst op het feit dat er een zeer jong kind in het gezin is, van anderhalf jaar oud, dat volop in de hechtingsfase is. Zij wijst ook op het hoger belang van het kind dat is opgenomen in artikel 24.2 van het Europees Handvest en expliciet is ingeschreven in artikel 5, §5, van de gezinsherenigingsrichtlijn. Dit hoger belang van het kind vereist dat het op die jonge leeftijd kan vertoeven in de nabijheid van zijn beide ouders en niet gedwongen wordt om voor lange tijd te worden onthouden van contact met één van zijn ouders. Zij voert aan dat geen afweging werd gemaakt tussen het belang, noodzakelijk in een democratische samenleving om voorrang te krijgen op het hoogste belang van het kind.

Vooraleer te onderzoeken of er voldoende grond is om een toelating tot verblijf toe te kennen, dient de gemachtigde na te gaan of verzoekster aanvaardbare buitengewone omstandigheden heeft ingeroepen. De appreciatie van de feitelijke gegevens ter beoordeling van zulke buitengewone omstandigheden is in de eerste plaats een zaak van de overheid. De Raad moet enkel nagaan of de overheid deze beoordeling op in rechte en in feite aanneembare redenen heeft gesteund en de grenzen van de redelijkheid niet heeft overschreden.

Wat buitengewone omstandigheden zijn in de zin van artikel 12bis, § 1, tweede lid, 3°, van de vreemdelingenwet wordt niet gedefinieerd in de vreemdelingenwet.

Aanwijzingen over de invulling en de beoordeling van zulke buitengewone omstandigheden, met name in het licht van het belang van het kind, kunnen worden teruggevonden in het Unierecht. De Raad is in het kader van de beginselen van voorrang en volle werking van het Unierecht, er toe gehouden om nationale bepalingen en regelingen conform het Unierecht uit te leggen. De Raad dient nationale bepalingen of regelingen niet enkel uit te leggen op basis van relevante secundair Unierecht (d.i.

richtlijnconform) maar er ook op toe te zien dat deze uitlegging niet in conflict komt met de Unierechtelijke beschermde grondrechten of andere algemene beginselen van Unierecht. Kortom, nationale bepalingen of regelingen, in zoverre zij onder de werkingssfeer van het Unierecht vallen, moeten ook Handvestconform worden uitgelegd (HvJ 5 oktober 2004, zaak C-397/01 tot C-403/01, *Pfeiffer*, pt. 114; HvJ 23 april 2009, zaak C-378/07 tot C-380/07, *Angelidaki e.a.*, pt. 197-198, HvJ 19 januari 2010, zaak C-555/07, *Kücükdeveci*, pt. 48; HvJ 13 november 1990, zaak C-106/89, *Marleasing*, pt. 8). De Raad dient tevens, als gevolg van de in artikel 4, lid 3, VEU neergelegde samenwerkingsplicht en het loyaliteitsbeginsel, rekening houden met de uniforme interpretatie die het Hof van Justitie reeds aan bepalingen van het Unierecht heeft gegeven. De rechtspraak van het Hof van Justitie vormt overigens, naast het primair en secundair Unierecht, eveneens een bron van Unierecht. De uitlegging die het Hof krachtens de hem bij artikel 267 VWEU verleende bevoegdheid geeft aan een regel van Unierecht, verklaart en preciseert, voorzover dat nodig is, de betekenis en strekking van dat voorschrift, zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast (HvJ 13 januari 2004, C-453/00, *Kühne en Heitz*, par. 21).

Artikel 12bis, § 1, tweede lid, 3°, van de vreemdelingenwet vormt de omzetting naar Belgisch recht van artikel 5 van de Richtlijn 2003/86/EG van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging (hierna: Richtlijn 2003/86/EG) dat betrekking heeft op de indiening en de behandeling van het verzoek tot toegang en verblijf in het kader van het recht op gezinshereniging.

Artikel 5, lid 3, van richtlijn 2003/86/EG bepaalt:

*“Het verzoek wordt ingediend en behandeld wanneer de gezinsleden verblijven buiten het grondgebied van de lidstaat van verblijf van de gezinshereniger.  
In afwijking hiervan kan een lidstaat in passende gevallen aanvaarden dat een verzoek wordt ingediend wanneer de gezinsleden zich reeds op zijn grondgebied bevinden.”*

Artikel 12bis, § 7, van de vreemdelingenwet, dat stipuleert dat *“In het kader van het onderzoek van de aanvraag wordt terdege rekening gehouden met het hoger belang van het kind”*, vormt meer precies de omzetting naar Belgisch recht van artikel 5, § 5, van de Richtlijn 2003/86/EG. Artikel 5, § 5, van de richtlijn 2003/86/EG bepaalt: *“Bij de behandeling van het verzoek zorgen de lidstaten ervoor dat terdege rekening wordt gehouden met de belangen van minderjarige kinderen.”*

Ten deze moet worden gewezen op de rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaak C-540/03 (*Parlement v. Raad*) van 27 juni 2006, waar wordt gesteld:

*“52 Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat het recht op eerbiediging van het gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM deel uitmaakt van de grondrechten die volgens vaste rechtspraak van het Hof in de communautaire rechtsorde worden beschermd (reeds aangehaalde arresten Carpenter, punt 41, en Akrich, punten 58 en 59). Dit recht om samen te leven met zijn naaste verwanten brengt voor de lidstaten verplichtingen mee die negatief kunnen zijn, wanneer één van de lidstaten een persoon niet mag uitzetten, of positief, wanneer hij verplicht is een persoon toe te laten op zijn grondgebied en er te laten verblijven.*

*53 Zo heeft het Hof 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 (reeds aangehaalde arresten Carpenter, punt 42, en Akrich, punt 59)*

*54 Zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft geoordeeld in § 31 van zijn arrest Sen v. Nederland van 21 december 2001, kan voorts „artikel 8 [EVRM] positieve verplichtingen meebrengen die inherent zijn aan een daadwerkelijke ‚eerbiediging‘ van het gezinsleven. De op dergelijke verplichtingen toepasselijke beginselen zijn vergelijkbaar met die welke gelden voor negatieve verplichtingen. In beide gevallen moet rekening worden gehouden met het juiste evenwicht dat tot stand moet worden gebracht tussen de concurrerende belangen van het individu en de samenleving in haar geheel; in beide gevallen beschikt de staat over een bepaalde beoordelingsmarge (arresten Gül [v. Zwitserland van 19 februari 1996, Recueil des arrêts et décisions, 1996-I], blz. 174, § 38, en Ahmut [v. Nederland van 28 november 1996, Recueil des arrêts et décisions, 1996-VI, blz. 2030], § 63)”.  
55 In § 36 van het reeds aangehaalde arrest Sen v. Nederland heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens als volgt herinnerd aan de ter zake van gezinshereniging toepasselijke beginselen, zoals*

die in § 38 van voormeld arrest *Gül v. Zwitserland* en in § 67 van voormeld arrest *Ahmut v. Nederland* zijn geformuleerd:

“a) De omvang van de verplichting van een staat om verwanten van immigranten op zijn grondgebied toe te laten, is afhankelijk van de situatie van de belanghebbenden en het algemeen belang.

b) Krachtens een vast volkenrechtelijk beginsel hebben de staten, onverminderd hun verdragsverplichtingen, het recht om de toegang van niet-onderdanen tot hun grondgebied te controleren.

c) Wat immigratie betreft, kan artikel 8 niet aldus worden uitgelegd dat het voor een staat de algemene verplichting omvat om de keuze van getrouwde koppels met betrekking tot hun gemeenschappelijke woonplaats te eerbiedigen en de gezinshereniging op zijn grondgebied toe te staan.”

56 Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft verduidelijkt dat het bij zijn analyse rekening houdt met de leeftijd van de betrokken kinderen, hun situatie in het land van herkomst en de mate waarin zij van verwanten afhankelijk zijn (arrest *Sen v. Nederland*, reeds aangehaald, § 37; zie ook arrest *Rodrigues da Silva v. Nederland* van 31 januari 2006, § 39).

57 Het Verdrag inzake de rechten van het kind erkent eveneens het beginsel van de eerbiediging van het gezinsleven. Het verdrag is gebaseerd op de in de zesde overweging ervan tot uitdrukking gebrachte erkenning dat het kind voor de harmonische ontplooiing van zijn persoonlijkheid dient op te groeien in een gezinsomgeving. Artikel 9, lid 1, van dit verdrag bepaalt aldus dat de staten die partij zijn, waarborgen dat een kind niet wordt gescheiden van zijn ouders tegen hun wil, en overeenkomstig artikel 10, lid 1, volgt uit deze verplichting dat aanvragen van een kind of van zijn ouders om een staat die partij is, voor gezinshereniging binnen te gaan of te verlaten, door de staten die partij zijn met welwillendheid, menselijkheid en spoed worden behandeld.

58 Ook het Handvest erkent in artikel 7 het recht op eerbiediging van het privé leven en het familie en gezinsleven. Deze bepaling moet worden gelezen in samenhang met de verplichting van artikel 24, lid 2, van het Handvest om rekening te houden met de belangen van het kind, en met inachtneming van de in artikel 24, lid 3, tot uitdrukking gebrachte noodzaak dat een kind regelmatig persoonlijke betrekkingen met zijn beide ouders onderhoudt.

59 Deze verschillende teksten leggen de nadruk op het belang van het gezinsleven voor het kind en bevelen de staten aan om rekening te houden met de belangen van het kind, maar scheppen geen subjectief recht voor de leden van een gezin om tot het grondgebied van een staat te worden toegelaten en mogen niet aldus worden uitgelegd dat zij de staten een zekere beoordelingsmarge zouden ontzeggen bij het onderzoek van verzoeken om gezinshereniging.”

Voorts is het van belang om te wijzen op het arrest van het Hof van Justitie van 6 december 2012 in de gevoegde zaken C-356/11 en C-357/11, waarin het volgende wordt overwogen:

“78. De lidstaten moeten immers niet alleen hun nationale recht conform het Unierecht uitleggen, maar er ook op toezien dat zij zich niet baseren op een uitlegging van een tekst van afgeleid recht die in conflict zou komen met de door de rechtsorde van de Unie beschermde grondrechten (zie arresten *Parlement/Raad*, punt 105, en *Detiček*, punt 34).

79 Het is juist dat de artikelen 7 en 24 van het Handvest, die de nadruk leggen op het belang van het gezinsleven voor het kind, niet aldus mogen worden uitgelegd dat zij de lidstaten de beoordelingsmarge zouden ontzeggen bij het onderzoek van verzoeken om gezinshereniging (zie in die zin arrest *Parlement/Raad*, punt 59).

80 Bij een dergelijk onderzoek en met name bij de bepaling of de voorwaarden van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/86 zijn vervuld, moeten de bepalingen van deze richtlijn echter tegen de achtergrond van de artikelen 7 en 24, leden 2 en 3, van het Handvest worden uitgelegd en toegepast, zoals overigens blijkt uit de bewoordingen van punt 2 van de considerans en artikel 5, lid 5, van deze richtlijn, op grond waarvan de lidstaten de betrokken verzoeken om gezinshereniging moeten onderzoeken in het belang van de betrokken kinderen en teneinde het gezinsleven te begunstigen.

86. Het is aan de bevoegde nationale autoriteiten, bij de tenuitvoerlegging van richtlijn 2003/86 en bij het onderzoek van de verzoeken om gezinshereniging, een evenwichtige en redelijke beoordeling van alle in het geding zijnde belangen te maken en daarbij in het bijzonder rekening te houden met de belangen van de betrokken kinderen.”

In de richtsnoeren voor de toepassing van Richtlijn 2003/86/EG (COM (2014) 210 final van 3 april 2014) stelt de Commissie dat: “Overeenkomstig artikel 5, lid 3, tweede alinea, en overweging 7, kunnen de lidstaten, in passende gevallen, afwijken van de algemene regel van de eerste alinea en de richtlijn



*toepassen in situaties waar de eenheid van het gezin kan worden behouden vanaf het begin van het verblijf van de gezinshereniger. Daarom kunnen de lidstaten, in passende gevallen, aanvaarden dat een verzoeken wordt ingediend wanneer de gezinsleden zich al op hun grondgebied bevinden. De lidstaten hebben een ruime beoordelingsmarge bij het bepalen van de gepastheid van de omstandigheden.”* De Commissie verduidelijkt daarbij dat lidstaten bijvoorbeeld een afwijking kunnen overwegen in het geval van pasgeborenen, onderdanen van derde landen die geen visum nodig hebben, een situatie waarin een afwijking het beste wordt geacht voor de belangen van minderjarige kinderen, een relatie die is ontstaan voor binnenkomst en waarbij de partners gedurende een aanzienlijke periode hebben samengewoond, humanitaire redenen, etc. Deze voorbeelden zijn niet exhaustief en hangen altijd af van het individuele geval, aldus de Commissie. Hierbij stipt de Raad aan dat deze richtsnoeren niet bindend zijn maar wel gezaghebbend.

Uit het een en ander volgt dat, zonder afbreuk te doen aan hun beoordelingsmarge, Lidstaten gehouden zijn om verzoeken om gezinshereniging te onderzoeken in het belang van betrokken kinderen en dit teneinde het gezinsleven te begunstigen. Lidstaten dienen bij de tenuitvoerlegging van richtlijn 2003/86/EG - inclusief de vraag of er sprake is van een passend geval (d.i. een buitengewone omstandigheid) waar een verzoek tot gezinshereniging op het grondgebied kan worden ingediend - een *“evenwichtige en redelijke beoordeling te maken van alle in het geding zijnde belangen”* en *“daarbij in het bijzonder rekening te houden met belangen van de betrokken kinderen”*.

Tenslotte wijst de Raad nog op de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) inzake artikel 8 van het EVRM. Artikel 8 van het EVRM omvat zowel negatieve als positieve verplichtingen voor Staten. Wanneer een vreemdeling nooit een niet-precair verblijfsrecht heeft gehad in België, *quod in casu*, moet worden onderzocht of er een positieve verplichting is voor de staat om het recht op gezinsleven te handhaven en te ontwikkelen (EHRM 28 november 1996, Ahmut v. Nederland, § 63; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer v. Nederland, § 38). Dit geschiedt aan de hand van de ‘fair balance’-toets waarbij wordt nagegaan of de staat een billijke afweging heeft gemaakt tussen de concurrerende belangen van het individu enerzijds, en de samenleving, anderzijds. Staten beschikken bij deze belangenafweging over een zekere beoordelingsmarge. De omvang van de positieve verplichtingen die op de staat rusten is afhankelijk van de precieze omstandigheden die eigen zijn aan het voorliggend individueel geval. Staten gaan hun beoordelingsmarge te buiten wanneer zij falen een billijke belangenafweging te maken, wat aanleiding geeft tot een schending van artikel 8, eerste lid, van het EVRM (EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, Nuñez v. Noorwegen, par. 84).

Wat immigratie betreft, oordeelt het EHRM dat het EVRM als dusdanig geen enkel recht voor een vreemdeling waarborgt om het grondgebied van een staat waarvan hij geen onderdaan is, binnen te komen of er te verblijven (EHRM 15 juli 2003, Mokrani/Frankrijk, § 23; EHRM 26 maart 1992, Beldjoudi/Frankrijk, § 74; EHRM 18 februari 1991, Moustaquim/België, § 43) noch houdt artikel 8 van het EVRM een algemene verplichting in om de door vreemdelingen gemaakte keuze van de staat van gemeenschappelijk verblijf te respecteren en om de gezinshereniging op zijn grondgebied toe te staan (EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 39). Met toepassing van een vaststaand beginsel van internationaal recht is het immers de taak van de Staat om de openbare orde te waarborgen en in het bijzonder in de uitoefening van zijn recht om de binnenkomst en het verblijf van niet-onderdanen te controleren (EHRM 12 oktober 2006, Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga/België, § 81; EHRM 18 februari 1991, Moustaquim/België, § 43; EHRM 28 mei 1985, Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk, § 67). De Staat is dus gemachtigd om de voorwaarden hiertoe vast te leggen. In die zin stelt het EHRM dat Staten het recht hebben om van vreemdelingen die een verblijfsrecht of verblijfsmachtiging wensen op hun grondgebied, te vereisen dat zij een passende aanvraag indienen in het buitenland. Staten hebben geen verplichting om vreemdelingen het resultaat van de behandeling van hun aanvraag op hun grondgebied te laten afwachten (EHRM, 9 oktober 2012, nr. 33917/12, Djokaba Lambi Longa vs. Nederland, par. 81; en EHRM, 3 oktober 2014, nr. 12738/10, Jeunesse vs. Nederland, par. 101).

Een ander belangrijke overweging is of het gezinsleven zich heeft ontwikkeld in een tijd waarin de betrokken personen bewust waren dat de verblijfsstatus van een van hen er toe leidt dat het voortbestaan van het gezins- en privéleven in het gastland vanaf het begin precair is. Waar dit het geval is, zal er enkel in zeer uitzonderlijke omstandigheden sprake zijn van een schending van artikel 8 van het EVRM (EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, Nuñez v. Noorwegen, par. 70; EHRM 4 december 2012, nr. 47017/09, par. 70).

Evenwel, waar kinderen betrokken zijn, moeten deze elementen van migratiecontrole worden afgewogen tegen het belang van het kind. Het belang van het kind vormt een essentiële overweging die moet worden meegenomen in de belangenafweging vereist onder artikel 8 van het EVRM. Hoewel het

belang van het kind op zich niet beslissend is, moet aan dit belang een zeker gewicht worden toegekend. Dit betekent dat nationale overheden, in beginsel, aandacht moeten besteden aan elementen met betrekking tot de uitvoerbaarheid, haalbaarheid, proportionaliteit van een verblijfs- en of verwijderingsmaatregel die wordt getroffen ten aanzien van een ouder en deze moeten beoordelen in het licht van het belang van de betrokken kinderen (EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, *Nuñez v. Noorwegen*, par. 78; EHRM 30 juli 2013, nr. 33169/10, *Polidario v. Zwitserland*; EHRM 30 juli 2013, nr. 948/12, *Berisha v. Zwitserland*, par. 51 met verwijzing naar EHRM, Grote Kamer, 6 juli 2010, nr. 41615/07, *Neulinger en Shuruk v. Zwitserland*, par. 135-136; EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, *Paposhvili v. België*, par. 144; EHRM 8 juli 2013, nr. 3910/13, *M.P.E.V. v. Zwitserland*; EHRM 24 juli 2014, nr. 32504/11, *Kaplan e.a. v. Noorwegen*; EHRM, 3 oktober 2014, nr. 12738/10, *Jeunesse vs. Nederland*, par. 109).

De aanvraag om toelating tot verblijf werd onontvankelijk verklaard, daar de gemachtigde besluit dat verzoekster niet is getroffen door buitengewone en onvoorziene omstandigheden om een visumaanvraag in Algerije in te dienen. Hij motiveert dit besluit als volgt:

*“Betrokkene haalt aan dat zij op 08.10.2014 bevallen is en dat het vliegtuig niet goed is voor het pasgeboren kindje; betrokkene zou een beetje bij haar zoon en man willen blijven; als haar kind het goed stelt zou zij teruggaan naar haar land van herkomst. Zij verwijst tevens naar het feit dat zij naar België kwam om haar man te bezoeken, die hier in Leuven woont en werkt in het Erasmus hospitaal en dat toen zij 37 weken zwanger was ze niet meer kon reizen.*

*Deze argumenten zijn achterhaald en vormen bovendien geen buitengewone omstandigheden die de aanvraag in België rechtvaardigen. Hun gezamenlijke zoon is ondertussen meer dan een jaar oud. Ook werden geen nieuwe stukken aangebracht waaruit zou blijken dat het met het kind niet goed gesteld is. Daarenboven vermeldt betrokkene zelf in haar aanvraag dat zij terug zou keren naar land van herkomst indien het goed gesteld is met haar kindje. Deze intentie blijkt onheus te zijn, aangezien betrokkene nog steeds niet vertrokken is. Betrokkene kan zich, van zodra zij zich in het bezit heeft gesteld van de nodige documenten vereist om tot binnenkomst in het Rijk te worden toegelaten, opnieuw verenigen met haar echtgenoot en zoon. De verplichting om terug te keren betreft slechts een tijdelijke verwijdering van het grondgebied.*

*Een tijdelijke scheiding van de echtgenoot en hun kind verhindert betrokkene niet om de aanvraag in het land van herkomst in te dienen. Mevrouw kan zelf beslissen om al dan niet haar zoon mee te nemen. Tijdens de tijdelijke afwezigheid kan ze via de moderne communicatiemiddelen contact houden met haar echtgenoot en in voorkomend geval haar kind.”*

Uit deze bewoordingen volgt dat de gemachtigde de vraag of de aanvraag in België kan worden ingediend, negatief beantwoordt nadat hij op algemene wijze een belangenafweging heeft gemaakt in het licht van het gezinsleven van verzoekster.

Weliswaar werd daarmee geantwoord op de buitengewone omstandigheden die verzoekster aanvoerde in haar verklaring aan de burgemeester van Leuven op 9 oktober 2014. De Raad kan uit de bewoordingen van de bestreden beslissing evenwel niet opmaken of de gemachtigde daarbij - in overeenstemming met artikel 12bis, § 7, van de vreemdelingenwet, zoals Handvest- en richtlijnconform uitgelegd, en artikel 8 van het EVRM - in het bijzonder aandacht heeft gehad voor het betrokken kind en zijn particuliere belangen. De overwegingen met betrekking tot de gezondheidstoestand van het kind zijn terecht, doch houden op zich geen beoordeling in van de familiale toestand of van de banden met zijn ouders. Wat betreft het feit dat verzoekster aanvankelijk verklaarde dat ze zou terugkeren wanneer het goed ging met haar kind, is de opmerking in de bestreden beslissing dat deze verklaring niet oprecht was, niet relevant met betrekking tot de beoordeling van de belangen van het kind geboren in België.

Er is geen aanwijzing dat de gemachtigde in zijn oordeel, dat er geen buitengewone omstandigheden zijn daar slechts sprake is van een tijdelijke scheiding die het gezinsleven niet ernstig verstoort, op concrete wijze terdege de belangen van het betrokken kind, dat eveneens wordt getroffen door de bestreden beslissing, in overweging heeft genomen. Aldus blijkt niet dat de gemachtigde een beoordeling heeft gemaakt van alle in het geding zijnde belangen. Evenmin blijkt uit de stukken van het administratief dossier enige belangenafweging die aantoonde dat terdege rekening werd gehouden met de belangen van het betrokken minderjarig kind. Hierbij moet worden benadrukt dat de gemachtigde weliswaar *in casu* over een ruime beoordelingsmarge beschikt, maar deze beoordelingsmarge impliceert eveneens een meer nauwgezette motiveringsplicht, die des te meer geldt in het licht van artikel 12bis, § 7, van de vreemdelingenwet – bepaling die moet worden uitgelegd in het licht van de

richtlijn 2003/86/EG en de rechtspraak van het Hof van Justitie – en de billijke belangenafweging vereist onder artikel 8 van het EVRM. De Raad kan niet zelf tot deze beoordeling of belangenafweging overgaan zonder zich in de plaats van het bestuur te stellen (cf. RvS 26 juni 2014, nr. 227.900).

De verwerende partij stelt in de nota dat verzoekster de huidige situatie zelf heeft gecreëerd, dat zij reeds wist, op het ogenblik dat zij kort verblijf aanvraag, reeds zwanger te zijn van haar echtgenoot met wie zij op 6 mei 2013 in Algerije huwde, en dat zij heeft nagelaten de nodige stappen te ondernemen. De verwerende partij stelt verder dat verzoekster niet aantoonde dat haar echtgenoot haar niet zou kunnen begeleiden of bezoeken in haar land van herkomst gedurende de periode, nodig voor het onderzoek van de visumaanvraag gezinshereniging. Verzoeksters echtgenoot heeft immers meermaals naar Algerije gereisd om er verzoekster te zien. Dit is echter een *a posteriori* motivering waarmee geen rekening kan worden gehouden bij de beoordeling van de bestreden beslissing. Nergens in de bestreden beslissing, noch in het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij in haar belangenafweging inderdaad, zoals artikel 8 van het EVRM en artikel 12bis, § 7, van de vreemdelingenwet vereisen, op concrete wijze rekening heeft gehouden met het belang van het kind.

In haar nota ontwikkelt de verwerende partij verder geen repliek met betrekking tot de aangevoerde schending van artikel 12bis, § 7, van de vreemdelingenwet en de verplichting die daaruit volgt om terdege rekening te houden met het belang van het betrokken kind. Verwerende partij betwist niet dat ze gehouden was om conform artikel 12bis § 7, van de vreemdelingenwet terdege rekening te houden met het belang van het betrokken kind. De verwerende partij toont verder ook niet aan dat ze dit heeft gedaan of niet moest doen.

Bovendien gaat verwerende partij voorbij aan het feit dat verzoekster een verzoek tot gezinshereniging indiende op basis van artikel 10 van de vreemdelingenwet, die de omzetting vormt van de artikelen 4 en 7 van de Richtlijn 2003/86/EG. Het Hof van Justitie oordeelde reeds in de zaak C-540/03 dat Richtlijn 2003/86/EG verder gaat dan artikel 8 van het EVRM, aangezien artikel 4, lid 1, van de richtlijn precieze verplichtingen oplegt aan de lidstaten waaraan duidelijk omschreven subjectieve rechten beantwoorden. Daardoor zijn de lidstaten verplicht om, in de door de richtlijn vastgestelde gevallen, de gezinshereniging van de leden van het kerngezin van de gezinshereniger toe te staan zonder dat de lidstaten hier hun beoordelingsmarge kunnen uitoefenen en voor zover is voldaan aan de in artikel 7 van de richtlijn gestelde voorwaarden. Wat betreft de gezinsleden van de gezinshereniger, specificieert de richtlijn overigens dat het moet gaan om “*onderdanen van een derde land met ongeacht welke status*”. Artikel 10, § 1, 4°, van de vreemdelingenwet voorziet dat een echtgenoot van een in België verblijfsgerechtigde derdelander, van rechtswege toegelaten is tot verblijf mits aan de gestelde verblijfsvoorwaarden is voldaan. Noch uit de Richtlijn 2003/86/EG, noch uit de vreemdelingenwet volgt dat het ontwikkelen van een gezinsleven tijdens legaal verblijf een voorwaarde is om een verblijfsrecht te bekomen. Daarenboven is dit betoog niet dienstig nu de bestreden beslissing zich (nog) niet uitspreekt uit over de vraag of verzoekster in aanmerking komt voor een verblijfsrecht, maar wel over de vraag of verzoekster haar verzoek tot gezinshereniging kan indienen in België.

Uit het hierboven gestelde volgt dat niet blijkt dat de gemachtigde in zijn beoordeling van de aanvraag om toelating tot verblijf als onontvankelijk, bij gebrek aan buitengewone omstandigheden, terdege rekening heeft gehouden met de belangen van het betrokken kind. Een schending van de materiële motiveringsplicht in het licht van artikel 12bis, § 7, van de vreemdelingenwet *juncto* artikel 8 van het EVRM wordt aangetoond. De nota van verwerende partij laat niet toe anders te besluiten.

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 en Administratieve Vereenvoudiging van 27 januari 2016, waarbij de aanvraag voor een toelating tot verblijf onontvankelijk wordt verklaard (bijlage 15*quater*), 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 negenentwintig juni tweeduizend zestien door:

dhr. C. VERHAERT,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

dhr. K. VERKIMPEN,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

K. VERKIMPEN

C. VERHAERT