

Arrest

nr. 240 024 van 25 augustus 2020
in de zaak X / IX

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat C. TORFS
Amerstraat 121
3200 AARSCHOT

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie.

DE WND. VOORZITTER VAN DE IXE KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Afghaanse nationaliteit te zijn, op 6 mei 2020 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging en de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie van 26 maart 2020 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten.

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.

Gelet op de beschikking van 13 juli 2020, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 5 augustus 2020.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken N. MOONEN.

Gehoord de opmerkingen van advocaat H. VAN NIJVERSEEL, die *loco* advocaat C. TORFS verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat M. DUBOIS, die *loco* advocaten D. MATRAY en A. DE WILDE verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

Op 8 oktober 2019 dient verzoeker een aanvraag in tot het bekomen van een verblijfskaart als familielid van een burger van de Europese Unie, met name als vader van een minderjarig kind met Portugese nationaliteit.

Op 26 maart 2020 neemt de gemachtigde van de minister de beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20), aan verzoeker ter kennis gebracht op 8 april 2020. Dit is de bestreden beslissing waarvan de motivering luidt 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 08.10.2019 werd ingediend door:

<i>Naam: H.</i>	<i>Nationaliteit: Afghanistan</i>	<i>Geboorteplaats: Dauran</i>
<i>Voorna(a)m(en): M.</i>	<i>Geboortedatum: (...)1998</i>	<i>RR: (...)</i>
<i>Verblijvende te/verklaart te verblijven te: (...)</i>		

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.

Artikel 40bis §2, 5° van de wet van 15.12.1980 stelt het volgende: 'Als familielid van een burger van de Unie worden beschouwd: vader of moeder van een minderjarige burger van de Europese Unie, bedoeld in artikel 40 §4, eerste lid 2° voor zover de laatstgenoemde te zijnen laste is en hij daadwerkelijk over het hoede recht beschikt.' Betrokkene kan het verblijfsrecht overeenkomstig artikel 40bis §2, 5° van de wet van 15.12.1980 niet bekomen.

Als bewijs van zijn bestaansmiddelen legt betrokkene bewijzen voor van loonafrekeningen van de moeder van de referentiepersoon, de genaamde M. M. A. R. (RR: ...) van Portugese nationaliteit, van de maanden juli, augustus en september 2019. In het kader van een aanvraag gezinshereniging volgens artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet van 15.12.1980 echter dient de aanvragende ouder aan te tonen de referentiepersoon ten laste te hebben. Uit de voorgelegde stukken kan dit niet blijken. Vooreerst worden er geen bestaansmiddelen van betrokkene zelf voorgelegd. Er kan niet blijken dat betrokkene het kind ten laste zou hebben én dat hij er de financiële draagkracht voor zou hebben. Nergens uit het dossier kan heden blijken dat betrokkene de voornaamste zorgdrager is van het kind. Er is geen wettelijke band tussen betrokkene en mevr. M. M., moeder van referentiepersoon, van wie er bestaansmiddelen werden voorgelegd. Er kan bezwaarlijk gesteld worden dat betrokkene zomaar over haar bestaansmiddelen zou kunnen beschikken. Bovendien dient opgemerkt te worden dat mevrouw reeds steun geniet van het OCMW Landen, met name een aanvullend leefloon bovenop haar inkomsten. Voor zover betrokkene alsnog van mening zou zijn dat deze bestaansmiddelen wel degelijk te zijner beschikking zouden zijn, dient opgemerkt te worden dat hij alvast met deze bestaansmiddelen niet in zijn behoeften en die van het kind kan voorzien om niet ten laste te komen van het sociale bijstandstelsel, gelet dit reeds het geval is. Bovendien blijkt uit de voorgelegde loonafrekeningen van mevrouw dat zij het kind ten laste heeft.

Betrokkene heeft dus niet aangetoond dat hij de daadwerkelijke zorg draagt voor zijn kind, zodat niet kan gesteld worden dat het kind afhankelijk is van hem om in zijn materiële zorg te voorzien. Er kan dus niet toe besloten worden dat de referentiepersoon te zijnen laste is.

Voor zover eveneens de affectieve band van de vader met het Portugese kind in overweging zou moeten worden genomen, als een figuurlijke manier om een kind 'ten laste' te hebben, dient te worden opgemerkt dat niets ter staving van de affectieve band tussen vader en kind werd voorgelegd. Het is niet omdat de vader sinds kort op het zelfde adres woont als het kind dat het een uitzonderlijke band heeft met de vader, die het niet heeft met de moeder zou hebben. Het verblijfsrecht van het kind hoeft helemaal niet in het gedrang te komen door de afwezigheid van de vader. Het kind is sinds de geboorte gedomicilieerd in België bij de mama. Beiden hebben reeds geruime tijd verblijfsrecht, los van betrokkene. Er is sowieso geen sprake van een eventuele schending van het recht op vrij verkeer van beide EU-burgers. Het is aan de ouders van het kind om in het belang van het kind te beslissen hoe zij de contacten met het kind verder wensen te organiseren nadat betrokkene het land heeft verlaten. De voorwaarden van art. 40bis, §2, 5° zijn niet voldaan.

Voor zover betrokkene alsnog ook artikel 40bis, §2, 4° van de wet van 15.12.1980 zou wensen in te roepen, dient opgemerkt te worden dat ook de toepassing van dit wetsartikel niet tot het verblijfsrecht van betrokkene kan leiden. Overeenkomstig dit wetsartikel dient de bloedverwant in opgaande lijn 'ten laste te zijn van de EU-burger die wordt vervoegd'. Uit het huidige administratieve dossier kan dit echter

niet besloten worden. Bovendien zou dit dus in dergelijk geval met o.a. geld van het sociale bijstandstelsel zijn. Maar, de minderjarige heeft uiteraard zijn vader niet ten laste, noch in het verleden, noch in het heden. Op zich zou dat uiteraard ook niet kunnen, zelfs mocht de peuter vermogend zijn, is het niet aan de peuter om dit vermogen te beheren en dus bijvoorbeeld een volwassene ten laste te nemen (cfr. art 376 BW).

Bijgevolg wordt het recht op verblijf geweigerd aan betrokkene. Het AI van betrokkene dient te worden ingetrokken.

De Dienst Vreemdelingenzaken wenst de aandacht erop te vestigen dat de te vervullen voorwaarden van de gezinshereniging cumulatief zijn. Aangezien minstens één van deze voorwaarden niet vervuld is, wordt uw aanvraag van verblijf geweigerd. De Dienst Vreemdelingenzaken heeft de andere voorwaarden niet volledig onderzocht. Deze beslissing belet de Dienst Vreemdelingenzaken dus niet om bij de indiening van een nieuwe aanvraag van verblijf deze andere voorwaarden na te gaan of over te gaan tot een onderzoek of analyse die zij nodig acht. De Dienst Vreemdelingenzaken raadt aan het dossier grondig na te kijken vooraleer een nieuwe aanvraag in te dienen."

2. Onderzoek van het beroep

2.1 In het eerste middel voert verzoeker de schending aan van artikel 8 van het Europees Verdrag tot Bescherming voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955 (hierna: het EVRM), van de artikelen 3, 16 en 18 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind, aangenomen te New York op 20 november 1989 en goedgekeurd bij wet van 25 november 1991 (hierna: IVRK) en van artikel 24 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Ter adstruering van het middel zet verzoeker het volgende uiteen:

"Verzoeker is de vader van een EU onderdaan. Hij verblijft met zijn huidige partner en moeder van het kindje in Landen.

Verweerster schendt artikel 8 EVRM en artikel 3 IVRK door te motiveren: Het verblijfsrecht van het kind hoeft helemaal niet in het gedrang te komen door de afwezigheid van de vader.

...

Het is aan de ouders van het kind om in het belang van het kind te beslissen hoe zij de contacten met het kind verder wensen te organiseren nadat betrokkene het land heeft verlaten.

Verweerster kan niet dienstig voorhouden dat een gezinsleven en het recht van het kind om op regelmatige wijze contact te hebben met zijn beide ouders niet in het gedrang komt wanneer de vader verplicht afwezig is.

Artikel 8 EVRM beschermt net het recht op een gezinsleven terwijl artikel 3 IVRK stelt dat in het belang van het kind beslissingen moeten genomen worden, dat artikel 16 IVRK het recht voor elk kind op een 'thuis' erkent en artikel 18 IVRK het recht van het kind om contact te hebben met beide ouders bevestigt.

Kwestieuze beslissing schendt al deze rechten. Het belang van het kind werd miskend.

Verweerster kan niet dienstig voorhouden dat er tussen verzoeker en zijn kind geen uitzonderlijke band zou bestaan.

Bij de aanvraag gezinshereniging werd de geboorteakte van het kindje voorgelegd. Hierop staat verzoeker vermeld als vader.

Verweerster kan dit zomaar niet naast zich neerleggen en stellen dat er geen enkel bewijs van affectieve band werd voorgelegd.

Verzoeker is de vader van een minderjarig kindje en is steeds bij de opvoeding betrokken geweest, partijen hebben steeds een gezin gevormd en doen dat nu ook nog.

Het EVRM primeert op de bepalingen van de Vreemdelingenwet. Er mag geen bevel worden afgeleverd of dit bevel mag niet ten uitvoer worden gelegd wanneer dat in strijd zou zijn met het EVRM.

Alvorens het verblijfsrecht te weigeren moet verweerder rekening houden met alle elementen van het dossier: de duur van het verblijf in België, de leeftijd, de gezondheidstoestand, de gezins- en economische situatie, de sociale en culturele integratie in België en de banden met het herkomstland.

Verzoeker voegt zijn loonfiches toe waaruit ook blijkt dat hij zijn kind ten laste heeft, (stuk 4).

Dat het middel bijgevolg ernstig is.

Dat de bestreden beslissing van verwerende partij op grond van schending van artikel 8 EVRM en van de artikelen 3, 16 en 18 IVRK dient te worden vernietigd."

2.2 Artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955 (hierna: EVRM) bepaalt het volgende:

"1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, 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."

Rekening houdend met het feit enerzijds dat de vereiste van artikel 8 van het EVRM, net zoals die van de overige bepalingen van het EVRM, te maken heeft met waarborgen en niet met de loutere goede wil of met praktische regelingen (EHRM 5 februari 2002, *Conka/België*, § 83), en anderzijds dat dit artikel primeert op de bepalingen van de vreemdelingenwet (RvS 22 december 2010, nr. 210.029), is het de taak van de administratieve overheid om, vooraleer te beslissen, een zo nauwkeurig mogelijk onderzoek te voeren van de zaak en dit op grond van de omstandigheden waarvan zij kennis heeft of zou moeten hebben.

Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) volgt dat bij de belangenafweging in het kader van het door artikel 8 van het EVRM beschermde recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven een "fair balance" moet worden gevonden tussen het belang van de vreemdeling en diens familie enerzijds en het algemeen belang van de Belgische samenleving bij het voeren van een migratiebeleid en het handhaven van de openbare orde anderzijds. Daarbij moeten alle voor die belangenafweging van betekenis zijnde feiten en omstandigheden kenbaar worden betrokken.

De Raad oefent slechts een wettigheidscontrole uit op de bestreden beslissing. Bijgevolg gaat hij na of de verwerende partij alle relevante feiten en omstandigheden in haar belangenafweging heeft betrokken en, indien dit het geval is, of de verwerende partij zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat die afweging heeft geresulteerd in een "fair balance" tussen enerzijds het belang van een vreemdeling bij de uitoefening van het privé- en familie- en gezinsleven hier te lande, en anderzijds het algemeen belang van de Belgische samenleving bij het voeren van een migratiebeleid en het handhaven van de openbare orde. Deze maatstaf impliceert dat de Raad niet de bevoegdheid bezit om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. Bijgevolg kan de Raad niet zelf de belangenafweging doorvoeren (RvS 26 januari 2016, nr. 233.637; RvS 26 juni 2014, nr. 227.900).

Het waarborgen van een recht op respect voor het privé- en/of familie- en gezinsleven veronderstelt het bestaan van een privé- en/of familie- en gezinsleven, dat beschermenswaardig is onder artikel 8 van het EVRM.

Dit privé- en/of familie- en gezinsleven dient te bestaan op het moment van de bestreden beslissing.

De Raad kijkt in eerste instantie na of de verzoekende partij een beschermenswaardig privé- en/of familie- en gezinsleven aanvoert in de zin van het EVRM, vooraleer te onderzoeken of een inbreuk werd gepleegd op het recht op respect voor het privé- en/of familie- en gezinsleven door het nemen van de bestreden beslissing.

Verzoeker betoogt dat zijn gezinsleven en het recht van het kind om op regelmatige wijze contact te hebben met beide ouders in het gedrang komen wanneer hij verplicht afwezig is. De verwerende partij kan ook niet dienstig stellen dat hij geen affectieve band heeft met zijn kind. Ze vormen een gezin en hij is steeds bij de opvoeding betrokken. Verzoeker voegt thans loonfiches toe waaruit blijkt dat hij zijn kind ten laste heeft.

Het gezinsleven tussen verzoeker en zijn minderjarig kind lijkt niet betwist te worden in de bestreden beslissing, in tegenstelling tot de ten laste neming van het kind door verzoeker, dat wel wordt betwist. Bijgevolg dient de Raad te onderzoeken of er sprake is van een schending van het recht op eerbiediging van het gezinsleven.

In de bestreden beslissing wordt over het gezinsleven van verzoeker met zijn zoon als volgt gemotiveerd:

“Voor zover eveneens de affectieve band van de vader met het Portugese kind in overweging zou moeten worden genomen, als een figuurlijke manier om een kind ‘ten laste’ te hebben, dient te worden opgemerkt dat niets ter staving van de affectieve band tussen vader en kind werd voorgelegd. Het is niet omdat de vader sinds kort op het zelfde adres woont als het kind dat het een uitzonderlijke band heeft met de vader, die het niet heeft met de moeder zou hebben. Het verblijfsrecht van het kind hoeft helemaal niet in het gedrang te komen door de afwezigheid van de vader. Het kind is sinds de geboorte gedomicilieerd in België bij de mama. Beiden hebben reeds geruime tijd verblijfsrecht, los van betrokkene. Er is sowieso geen sprake van een eventuele schending van het recht op vrij verkeer van beide EU-burgers. Het is aan de ouders van het kind om in het belang van het kind te beslissen hoe zij de contacten met het kind verder wensen te organiseren nadat betrokkene het land heeft verlaten. De voorwaarden van art. 40bis, §2, 5° zijn niet voldaan.”

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

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

Of daarvan daadwerkelijk sprake is, moet onderzocht worden in het licht van de vraag of de vreemdeling voor de eerste keer om toelating tot binnenkomst en/of verblijf heeft verzocht, dan wel of het gaat om een weigering van een voortgezet verblijf.

In casu betreft het een situatie eerste toelating.

Hierbij oordeelt het EHRM dat er geen toetsing geschiedt aan de hand van het tweede lid van artikel 8 van het EVRM, maar moet eerder onderzocht worden of er een positieve verplichting is voor de Staat om de betrokken vreemdeling op zijn grondgebied toe te laten of te laten verblijven zodat hij zijn recht op eerbiediging van het privé- en/of familie- en gezinsleven aldaar kan handhaven en ontwikkelen (EHRM 28 november 1996, *Ahmut/Nederland*, § 63; EHRM 31 januari 2006, *Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland*, § 38; EHRM 3 oktober 2014, *Jeunesse/Nederland (GK)*, § 105). Dit geschiedt aan de hand van de ‘fair balance’-toets waarbij wordt nagegaan of de staat een redelijke 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 verplichting is afhankelijk van de specifieke omstandigheden van de betrokken individuen en het algemeen belang (EHRM 17 oktober 1986, Rees/The United Kingdom, § 37; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 39; EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), §§ 106-107). In het kader van een redelijke afweging worden een aantal elementen in rekening genomen, met name de mate waarin het gezins- en privéleven daadwerkelijk wordt verbroken, de omvang van de banden in de Verdragsluitende Staat, alsook de aanwezigheid van onoverkomelijke hinderpalen die verhinderen dat het gezins- en privéleven elders normaal en effectief wordt uitgebouwd of verdergezet. Deze elementen worden afgewogen tegen de aanwezige elementen van immigratiecontrole of overwegingen inzake openbare orde.

Een ander belangrijke overweging is of het gezinsleven zich heeft ontwikkeld in een periode waarin de betrokken personen zich ervan bewust dienden te zijn 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 zou zijn.

Waar dit het geval is, zal er enkel in zeer uitzonderlijke omstandigheden sprake zijn van een schending van artikel 8 van het EVRM (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 108; zie ook EHRM 17 april 2014, Paposhvili/België, § 142).

Hoewel artikel 8 van het EVRM geen uitdrukkelijk procedurele waarborgen bevat, stelt het EHRM dat de besluitvormingsprocedure die leidt tot maatregelen die een inmenging uitmaken op het privé- en gezinsleven, billijk moet verlopen en op passende wijze rekening moet houden met de belangen die door artikel 8 van het EVRM worden gevrijwaard. Deze procedurele vuistregel is volgens het EHRM tevens van toepassing op situaties waar sprake is van een eerste toelating tot verblijf (EHRM 10 juli 2014, Mugenzi/Frankrijk, § 46; EHRM 10 juli 2014, Tanda Muzinga/Frankrijk, § 68). Staten gaan hun beoordelingsmarge te buiten en schenden artikel 8 van het EVRM wanneer zij falen op zorgvuldige wijze een redelijke belangenafweging te maken (EHRM 28 juni 2011, Nuñez/Noorwegen, § 84; EHRM 10 juli 2014, Mugenzi/Frankrijk, § 62).

Waar verzoeker aanvoert dat hij verplicht wordt afwezig te zijn en dus gescheiden zal worden van zijn kind, kan hij niet worden gevolgd. De bestreden beslissing bevat geen bevel om het grondgebied te verlaten. De bestreden beslissing heeft niet tot gevolg dat hij van zijn minderjarig kind wordt gescheiden. Nu er geen verwijderingsmaatregel werd getroffen en verzoeker aldus niet verplicht wordt om het grondgebied te verlaten, maakt hij niet aannemelijk dat de bestreden beslissing een impact heeft op zijn gezinssituatie zoals die op heden bestaat. Verzoeker maakt ook niet aannemelijk dat hij zijn gezins- en familieleven met zijn minderjarig kind, die de Portugese nationaliteit heeft niet elders dan in België, vb. in Portugal zou kunnen uitoefenen.

De Raad merkt op dat het Grondwettelijk Hof in zijn arrest nr. 2013/121 in punt B.44.3. op het volgende heeft gewezen:

“Artikel 21 van het VWEU (...) het recht van vrij verkeer van de burger van de Unie – en bijgevolg dat van zijn familieleden – echter aan de « beperkingen en voorwaarden die [...] zijn vastgesteld », met name bij de richtlijn 2004/38/EG, die het verblijfsrecht van de burger van de Unie aan verscheidene voorwaarden onderwerpt die inzonderheid ten doel hebben de gezinshereniging te beperken tot de naaste familieleden van de burger van de Unie, de onrechtmatige praktijken te bestrijden en erop toe te zien dat die burger of zijn familieleden geen onredelijke last voor het gastland worden. In de 31ste overweging van de richtlijn 2004/38/EG wordt ten slotte onderstreept dat die laatste « de grondrechten en de fundamentele vrijheden [eerbiedigt] en [...] met name de beginselen in acht [neemt] die zijn neergelegd in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie », met inbegrip van het recht op menselijke waardigheid en het recht op het familie- en gezinsleven (artikelen 1 en 7 van het Handvest)”.

In de bestreden beslissing wordt vastgesteld dat verzoeker geen inkomen voorlegt en het kind ten laste zou hebben:

“Vooreerst worden er geen bestaansmiddelen van betrokkene zelf voorgelegd. Er kan niet blijken dat betrokkene het kind ten laste zou hebben én dat hij er de financiële draagkracht voor zou hebben. Nergens uit het dossier kan heden blijken dat betrokkene de voornaamste zorgdrager is van het kind. Er is geen wettelijke band tussen betrokkene en mevr. M., moeder van referentiepersoon, van wie er bestaansmiddelen werden voorgelegd. Er kan bezwaarlijk gesteld worden dat betrokkene zomaar over haar bestaansmiddelen zou kunnen beschikken. Bovendien dient opgemerkt te worden dat mevrouw reeds steun geniet van het OCMW Landen, met name een aanvullend leefloon bovenop haar

inkomsten. Voor zover betrokkene alsnog van mening zou zijn dat deze bestaansmiddelen wel degelijk te zijner beschikking zouden zijn, dient opgemerkt te worden dat hij alvast met deze bestaansmiddelen niet in zijn behoeften en die van het kind kan voorzien om niet ten laste te komen van het sociale bijstandstelsel, gelet dit reeds het geval is. Bovendien blijkt uit de voorgelegde loonafrekeningen van mevrouw dat zij het kind ten laste heeft."

Waar verzoeker thans loonfiches voorlegt wijst de Raad erop dat deze loonfiches niet voorlagen op het ogenblik van het nemen van de bestreden beslissing, zodat het de verwerende partij niet ten kwade kan worden geduid hiermee geen rekening te hebben gehouden. Immers dient de regelmatigheid van een bestuursbeslissing te worden beoordeeld in functie van de gegevens waarover het bestuur ten tijde van het nemen van zijn beslissing kon beschikken om deze beslissing te nemen. Voor het beoordelen van de wettelijkheid van een bestuursbeslissing dient men zich inderdaad te plaatsen op het ogenblik van het nemen van die beslissing, rekening houdend met de alsdan voorhanden zijnde feitelijke en juridische gegevens (cf. bv. RvS 30 maart 1994, nr. 46.794, R.A.C.E. 1994, z.p.). De Raad zou zijn bevoegdheid overschrijden indien hij rekening zou houden met elementen die niet aan de verwerende partij waren voorgelegd op het ogenblik dat zij haar beslissing nam. De Raad kan dus alleen maar vaststellen dat deze nieuwe documenten niet dienstig kunnen worden bijgebracht. Het staat verzoeker evenwel vrij om wanneer hij voldoet aan de bestaansmiddelenvereiste, een nieuwe verblijfsaanvraag tot gezinshereniging in te dienen die gestaafd is met de nodige bewijsstukken.

Een schending van artikel 8 van het EVRM, van de artikelen 3, 16 en 18 van het IVRK en van artikel 24 van het Handvest wordt niet aangetoond.

Het eerste middel is ongegrond.

2.3 In het tweede middel voert verzoeker de schending aan van artikel 6.2 van het EVRM, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen en van de artikelen 8, 62 en 74/13 van de vreemdelingenwet.

Ter adstruering van het middel zet verzoeker het volgende uiteen:

"Verweerster stelt als motivering: Voor zover eveneens de affectieve bami van de vader niet het Portugese kind in overweging zou moeten worden genomen, als een figuurlijke manier om een kind 'ten laste' te hebben, dient te worden opgemerkt dat niets (er staving van de affectieve band tussen vader en kind werd voorgelegd.

Vooreerst is het verzoeker niet duidelijk waarop verweerster stoelt: dient te worden opgemerkt dat niets ter staving van de affectieve band tussen vader en kind werd voorgelegd.

De geboorteakte van het kind werd voorgelegd en bevindt zich in het administratief dossier.

De motiveringsplicht wordt geschonden wanneer met bepaalde feitelijke gegevens geen of onvoldoende rekening werd gehouden (RvSt. Nr. 49.362. 3 oktober 1994);

Dat verwerende partij niet is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, dat zij deze niet correct heeft beoordeeld en tot een manifeste foute appreciatie is gekomen en alzo de materiële motiveringsverplichting geschonden heeft:

Dat de materiële motiveringsplicht een rechtsbeginsel is van behoorlijk bestuur (RvV 1619. RvV 4727). "Heel precies kan men steden dat het redelijkheidsbeginsel een aspect is van het motiveringsbeginsel. Het motiveringsbeginsel is erg ruim. en zelfs al beperkt men het tot het afdoende ' karakter, omvat het vele aspecten zoals OPDEBEEK en COOLSAET aantonen: de motivering moet duidelijk zijn. niet tegenstrijdig, juist, pertinent, concreet, precies en volledig ". (zie M. BOES, l.c., nr. 238, p. 179).

Dat verwerende partij de elementen waarover zij beschikte niet juist heeft beoordeeld door te stellen dat "het verblijfsrecht van het kind hoeft helemaal niet in het gedrang te komen door de afwezigheid van de vader.

...

Het is aan de ouders van het kind om in het belang van het kind te beslissen hoe zij de contacten met het kind verder wensen te organiseren nadat betrokkene het land heeft verlaten ", (eigen onderstreping).

Dat het middel bijgevolg ernstig is.

Dat de bestreden beslissing van verwerende partij ook op deze grond dient te worden vernietigd.

Kwestieuze beslissing schendt tevens artikel 74/13 Vw. en artikel 24 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie over de rechten van het kind.

Zie naar analogie Uw rechtspraak RvV 20 maart 2014

Een bevel gegeven aan de moeder derdelandsonderdaan van een minderjarige Unieburger zonder dat rekening wordt gehouden met het gezinsleven tussen moeder en kind, schendt artikel 74/13 Vw..

Artikel 74/13 Vw. bepaalt uitdrukkelijk dat verweerster bij het nemen van een beslissing tot verwijdering rekening dient te houden met het familieleven van de derdelandsonderdaan.

Hieruit volgt dat het bevel afdoende dient gemotiveerd te zijn met betrekking tot het hoger belang van de kinderen, het gezins -en familieleven en de gezondheidstoestand van verzoekers.

Elke motivering in casu ontbreekt.

De motivering is gebrekkig, reden waarom kwestieus bevel dient vernietigd te worden."

2.4 De uitdrukkelijke motiveringsplicht is vervat in artikel 62 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 in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen. Het doel is de bestuurde in te lichten over de redenen waarom het bestuur zo beslist. De verzoeker moet in staat zijn te oordelen of er aanleiding toe bestaat de beroepen in te stellen waarover hij beschikt. De artikelen 2 en 3 van de voornoemde wet van 29 juli 1991 verplichten de overheid de juridische en feitelijke overwegingen te melden, die de grond zijn van een beslissing en dit op een "afdoende" wijze. Het begrip "afdoende" impliceert dat de motivering in rechte en in feite evenredig moet zijn aan het gewicht van de genomen beslissing.

De bestreden beslissing geeft duidelijk het determinerend motief aan op grond waarvan deze werd genomen. In de motivering van de bestreden beslissing wordt verwezen naar de juridische grondslag, met name artikel 40bis, § 2, eerste lid, 5° en § 4 van de vreemdelingenwet en naar het feit dat verzoeker niet voldoet aan de voorwaarden om te genieten van het recht op verblijf van meer dan drie maanden. Verzoeker moet aantonen dat hij over het hoederecht beschikt en over voldoende bestaansmiddelen om in de eigen behoeften en die van het kind te voorzien teneinde niet ten laste te komen van het sociale zekerheidstelsel van het Rijk. Verzoeker laat na bewijzen voor te leggen waaruit blijkt dat het kind ten laste valt van betrokkene.

Verzoeker maakt niet duidelijk op welk punt deze motivering hem niet in staat stelt om te begrijpen op grond van welke juridische en feitelijke gegevens de bestreden beslissing is genomen. Het doel van de formele motiveringsplicht is bereikt (RvS 26 maart 2002, nr. 105.103).

Waar verzoeker kritiek uit op de motieven in de bestreden beslissing voert hij in wezen de schending aan van de materiële motiveringsplicht.

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen is niet bevoegd om zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. De Raad is in de uitoefening van zijn wettelijk toezicht enkel bevoegd om na te gaan of deze overheid bij de beoordeling van de aanvraag is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet onredelijk tot haar besluit is gekomen (cf. RvS 7 december 2001, nr. 101.624).

Verzoeker beriep zich tegenover het bestuur op een recht op verblijf van meer dan drie maanden als familielid van een burger van de Unie zoals bedoeld in artikel 40bis, § 2, eerste lid, 5° van de vreemdelingenwet. Deze bepaling luidt als volgt:

Artikel 40bis, § 2, 5°, van de vreemdelingenwet luidt:

“§ 2. Als familielid van de burger van de Unie worden beschouwd:

(...)

5° de vader of de moeder van een minderjarige burger van de Europese Unie, bedoeld in artikel 40, § 4, eerste lid, 2°, voor zover de laatstgenoemde te zijnen laste is en hij daadwerkelijk over het hoederecht beschikt.(...)”

§ 4

De in § 2 bedoelde familieleden die burger van de Unie zijn, hebben het recht de in artikel 40, § 4, eerste lid, 1° en 2°, bedoelde burger van de Unie te begeleiden of zich bij hem te voegen voor een periode van meer dan drie maanden voor zover zij de in artikel 41, eerste lid, bedoelde voorwaarde vervullen. Indien het familieleden betreft die geen burger van de Unie zijn, moeten zij de in artikel 41, tweede lid, bedoelde voorwaarde vervullen.

(...)

Het in § 2, eerste lid, 5°, bedoelde familielid moet het bewijs leveren dat hij over voldoende bestaansmiddelen beschikt om in zijn eigen behoeften en die van zijn kind, burger van de Unie, te voorzien, om niet ten laste te komen van het sociale zekerheidsstelsel van het Rijk, en over een ziektekostenverzekering die alle risico's in België dekt. In het kader van de evaluatie van de bestaansmiddelen wordt met name rekening gehouden met hun aard en hun regelmaat.”

Uit de hierboven geciteerde wetsbepalingen blijkt dat verzoeker om een recht op gezinshereniging met zijn minderjarig kind met de Portugese nationaliteit te kunnen laten gelden op grond van artikel 40bis, §§ 2, eerste lid, 5° en 4 van de vreemdelingenwet het kind ten laste moet hebben, daadwerkelijk over het hoederecht moet beschikken en over voldoende bestaansmiddelen moet beschikken om in zijn eigen behoeften en die van zijn kind te voorzien teneinde niet ten laste te komen van het sociale zekerheidsstelsel van het Rijk. Hij moet eveneens over een ziektekostenverzekering beschikken die alle risico's in België dekt. Verder moet het minderjarig kind dat Unieburger is, zoals bedoeld in artikel 40, § 4, eerste lid, 2° van de vreemdelingenwet, over voldoende bestaansmiddelen beschikken om te voorkomen dat het tijdens zijn verblijf ten laste komt van het sociale bijstandsstelsel van het Rijk en over een verzekering beschikken die de ziektekosten in het Rijk volledig dekt. Er is sprake van cumulatieve voorwaarden waaraan dient te zijn voldaan.

De Raad benadrukt ten slotte dat, wat betreft de voorwaarden in artikel 40bis, § 2, 5° van de vreemdelingenwet, er geen wettelijke bewijsregeling voorhanden is en het bewijs van het vervuld zijn van de voorwaarden aldus vrij is. Deze vrije feitenvinding en -appreciatie impliceren dat de bevoegde administratieve overheid discretionair oordeelt of verzoeker het bewijs van de voorwaarden levert. Hierop oefent de Raad een wettigheidstoetsing uit.

In de bestreden beslissing oordeelt verweerder, onder meer, dat verzoeker geen bewijs heeft voorgelegd dat hij over voldoende bestaansmiddelen beschikt om in zijn eigen behoeften en die van zijn kind te voorzien om niet ten laste te komen van het sociale zekerheidsstelsel van het Rijk en ook niet blijkt dat het minderjarig kind kan beschikken over voldoende bestaansmiddelen om te voorkomen dat het tijdens zijn verblijf ten laste komt van het sociale bijstandsstelsel van het Rijk. Uit de voorgelegde loonafrekeningen blijkt dat het kind te laste is van de moeder. Zij geniet evenwel steun van het OCMW, met name een aanvullend leefloon bovenop haar inkomsten. Verzoeker kan aldus ook met de inkomsten van de moeder van het kind niet aantonen dat hij met deze bestaansmiddelen in zijn behoeften en die van het kind kan voorzien en niet ten laste te komen van het sociale bijstandsstelsel, aangezien dit reeds het geval is. Verzoeker betwist dit niet.

Er wordt nog opgemerkt dat ook indien de moeder de daadwerkelijke zorgdrager is van het kind, aangetoond moet worden dat er voldoende bestaansmiddelen zijn. Hetgeen niet blijkt nu de moeder een aanvullend leefloon geniet van het OCMW. Verzoeker gaat er aldus aan voorbij dat zijn aanvraag niet alleen werd geweigerd omdat hij niet aantoonde zelf in te staan voor het financieel aspect van zijn kind, maar ook omdat sowieso de inkomsten niet voldoende en toereikend zijn. Waar verzoeker verwijst naar zijn affectieve band met het kind en de geboorteakte, doet hij met zijn betoog geen afbreuk aan de vaststelling dat niet blijkt dat hij beschikt over voldoende bestaansmiddelen om in zijn eigen behoeften en die van zijn kind te voorzien teneinde niet ten laste te komen van het sociale zekerheidsstelsel van het Rijk en de moeder van het kind verder een aanvullend leefloon geniet als persoon met gezinslast. De verweerder kon verder ook in alle redelijkheid oordelen dat evenmin blijkt dat de minderjarige referentiepersoon voldoende bestaansmiddelen ter beschikking heeft om te voorkomen dat hij tijdens zijn verblijf ten laste komt van het sociale bijstandsstelsel van het Rijk.

De vaststelling dat niet is voldaan aan de voorwaarden inzake de voldoende bestaansmiddelen, die door verzoeker niet onderuit wordt gehaald, volstond reeds opdat verweerder het verzoek tot gezinshereniging op grond van artikel 40bis van de vreemdelingenwet kon afwijzen. Er is immers sprake van cumulatieve verblijfsvoorwaarden. Bijgevolg is het niet nodig voor de Raad om nog in te gaan op de overige kritiek van verzoeker die betrekking heeft op zijn affectieve band of (een van) de andere verblijfsvoorwaarden. Deze kritiek kan geen aanleiding geven tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing.

Waar verzoeker de schending aanvoert van artikel 8 en artikel 74/13 van de vreemdelingenwet, herhaalt de Raad dat de bestreden beslissing geen bevel om het grondgebied te verlaten bevat. De bestreden beslissing heeft niet tot gevolg dat hij van zijn minderjarig kind wordt gescheiden, nu er geen verwijderingsmaatregel werd getroffen en verzoeker aldus niet verplicht wordt om het grondgebied te verlaten. De aangevoerde schending van artikel 8 en artikel 74/13 van de vreemdelingenwet is aldus niet dienstig.

Waar verzoeker nog de schending van artikel 6.2 van het EVRM aanvoert merkt de Raad op dat voormeld artikel betrekking heeft op strafvervolgning, hetgeen totaal vreemd is aan het thans voorliggende geschil.

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

3. Korte debatten

De verzoekende partij heeft geen gegrond middel dat tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan leiden aangevoerd. Aangezien er grond is om toepassing te maken van artikel 36 van het koninklijk besluit van 21 december 2006 houdende de rechtspleging voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, wordt de vordering tot schorsing, als *accessorium* van het beroep tot nietigverklaring, samen met het beroep tot nietigverklaring verworpen. Er dient derhalve geen uitspraak gedaan te worden over de exceptie van onontvankelijkheid van de vordering tot schorsing, opgeworpen door de verwerende partij.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Enig artikel

De vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring worden verworpen.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op vijftwintig augustus tweeduizend twintig door:

mevr. N. MOONEN,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

dhr. M. DENYS,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

M. DENYS

N. MOONEN