



Arrest

nr. 248 178 van 26 januari 2021
in de zaak RvV X II

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat B. VRIJENS
Kortrijksesteenweg 641
9000 GENT

tegen:

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

DE WND. VOORZITTER VAN DE IIde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Russische nationaliteit te zijn, op 28 oktober 2020 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie van 31 augustus 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 beschikking houdende de vaststelling van het rolrecht van 30 oktober 2020 met refertenummer X

Gezien het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 11 december 2020, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 15 januari 2021.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken S. DE MUYLDER.

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. HAEGEMAN, die loco advocaat B. VRIJENS verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat B. HEIRMAN, die verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1. Verzoekende partij dient op 6 maart 2020 een aanvraag van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie in.

1.2. Op 31 augustus 2020 wordt beslist tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten. Dit is de bestreden beslissing, die 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 06.03.2020 werd ingediend door:

Naam: G. (..)

Voorna(a)m(en): L. (..)

Nationaliteit: Russische Federatie

Geboortedatum: (..)

Geboorteplaats: Bataisk

Identificatienummer in het Rijksregister: xxxxxxxx

Verblijvende te/verklaart te verblijven te: (..)

om de volgende reden geweigerd:

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

Betrokkene deed een aanvraag in functie van zijn Belgische grootvader, de genaamde P., M. (..) (RR. xxxxxxxxxxxx).

Artikel 40ter, §2 van de Vreemdelingenwet stipuleert als volgt:

"§2 De bepalingen van dit hoofdstuk zijn van toepassing op de volgende familieleden van een Belg die niet zijn recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten heeft uitgeoefend krachtens het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie: 1° de familieleden bedoeld in artikel 40bis, § 2, eerste lid, 1° tot 3°, mits zij de Belg die het recht op gezinshereniging opent vergezellen of zich bij hem voegen; Om als minderjarige, overeenkomstig art. 40bis, §2, 3° het verblijfsrecht te kunnen genieten dient de referentiepersoon over het recht van bewaring van de minderjarige te beschikken. Zoals immers in art. 40bis §2, 3° staat omschreven Als familielid van de burger van de Unie wordt beschouwd: De bloedverwant in neergaande lijn, alsmede die van de echtgenoot of partner als bedoeld onder 1° of 2°, beneden de leeftijd van eenentwintig jaar (...) die hen komen begeleiden of zich bij hen voegen, voor zover de vreemdeling die vervoegd wordt, zijn echtgenoot of de bedoelde geregistreerde partner over het recht van bewaring beschikt en, indien het recht van bewaring wordt gedeeld, op voorwaarde dat de andere houder van het recht van bewaring zijn toestemming heeft gegeven."

Van rechtswege zijn het, overeenkomstig het Belgisch burgerlijk wetboek, de ouders die gezamenlijk de bewaring en de ouderlijke macht uitoefenen. Voor zover zij de bewaring aan iemand anders wensen te geven, kan dit gebeuren in onderlinge overeenstemming, maar de rechtbank dient een dergelijke overeenkomst te homologeren. De rechtbank zal daarbij uiteraard het belang van het kind onderzoeken (dit alles overeenkomstig art. 392 BW). Betrokkene woont wel degelijk in bij de grootvader, maar uit het dossier blijkt nergens dat de grootvader het recht van bewaring heeft gekregen. Om aan te tonen dat betrokkene aan de voorwaarden voldoet werd door zowel de moeder als de vader een volmacht voorgelegd waarin zij de toestemming geven dat hun minderjarige zoon permanent mag verblijven in België bij hun (schoon)vader, de referentiepersoon, P. M. (..). Echter een dergelijke toestemming van de ouders, kan niet als voldoende bewijs van recht van bewaring worden beschouwd. Het voorgelegde document is eigenlijk een document dat bij de notaris werd opgesteld. Dat verleent dit document een authentiek maar geen gerechtelijk karakter. Een dergelijke akte heeft niet dezelfde rechtsgevolgen als een gerechtelijke beslissing waarbij een rechter, in het belang van het kind, een gelijkaardige beslissing zou nemen of een dergelijke vrijwillige overdracht van de ouderlijke macht zou homologeren. Er is geen enkele rechtelijke of administratieve controle over de voorwaarden van de uitoefening van het recht van bewaring. In het voorgelegde stuk kan ook nergens worden gelezen dat de overdracht van de ouderlijke macht is ingegeven door of noodzakelijk is voor de bescherming van het kind. Er blijkt evemin uit het stuk dat de Russische voogdijrechter toelating heeft gegeven dat het kind Rusland zou mogen verlaten. In een dergelijk geval dient immers, in overeenstemming met het Haags Kinderbeschermingsverdrag, dat Rusland heeft ondertekend, contact opgenomen te worden met België om na te gaan of het kind wel degelijk toegang heeft tot het gastland en er kan verblijven. Dat vereist dan ook een document van de buitenlandse regering. Het Russisch consulaat volgt dan verder het welzijn van het kind op in België. Verder wordt bij deze nieuwe aanvraag een document voorgelegd van het 'Bestuur Departement Onderwijs' dd. 28.02.2020 en een ongedateerd document ook van het 'Bestuur Departement Onderwijs'.

Hieruit blijkt dat het voogdijerschap enkel aan iemand anders dan de ouders kan worden toegekend in geval van hun overlijden of indien ze de zorg over hun kind niet goed uitoefenen. Dit is hier kennelijk niet het geval, waardoor er geen voogdij kan geregeld worden. Dit is eigenlijk de bevestiging van het feit dat het geen officiële voogdijregeling betreft.

Het recht op verblijf wordt daarom geweigerd aan betrokkene. Het AI van betrokkene dient te worden ingetrokken.“

2. Onderzoek van het beroep

2.1. In een eerste middel betoogt de verzoekende partij als volgt:

Eerste middel : schending van artikel 40bis, §2, eerste lid, 3° van de wet van 15 december 1980, schending van artikel 50, §2, 6°, van het Vreemdelingenbesluit van het KB van 8 oktober 1981, schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de formele motivering van bestuurshandelingen, schending van de algemene rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur, m.n. het redelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en de motiveringsplicht

Dat verzoeker op 6 maart 2020 een aanvraag gezinshereniging op grond van artikel 40ter, §2 Vw. heeft ingediend.

Artikel 40ter Vw. stelt:

De familieleden bedoeld in artikel 40bis, § 2, van een Belg die zijn recht op vrij verkeer heeft uitgeoefend overeenkomstig het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, zijn onderworpen aan dezelfde bepalingen als de familieleden van een burger van de Unie.

§ 2. De bepalingen van dit hoofdstuk zijn van toepassing op de volgende familieleden van een Belg die niet zijn recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten heeft uitgeoefend krachtens het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie :

1° de familieleden bedoeld in artikel 40bis, § 2, eerste lid, 1° tot 3°, mits zij de Belg die het recht op gezinshereniging opent vergezellen of zich bij hem voegen;

2° de familieleden bedoeld in artikel 40bis, § 2, eerste lid, 4°, mits het de vader en moeder van een minderjarige Belg betreft die hun identiteit bewijzen door middel van een geldig identiteitsdocument en zij de Belg die het recht op gezinshereniging opent vergezellen of zich bij hem voegen.

De familieleden bedoeld in het eerste lid, 1°, moeten bewijzen dat de Belg : 1° beschikt over stabiele, toereikende en regelmatige bestaansmiddelen. Aan die voorwaarde wordt geacht te zijn voldaan indien de bestaansmiddelen ten minste gelijk zijn aan honderdtwintig procent van het bedrag bedoeld in artikel 14, § 1, 3°, van de wet van 26 mei 2002 betreffende het recht op maatschappelijke integratie en zoals geïndexeerd volgens artikel 15 van voormelde wet. Bij het beoordelen van deze bestaansmiddelen wordt rekening gehouden met hun aard en regelmatigheid. Er wordt daarentegen geen rekening gehouden met de middelen verkregen uit het leefloon, de financiële maatschappelijke dienstverlening, de kinderbijslagen en toeslagen, de inschakelingsuitkeringen en de overbruggingsuitkering. De werkloosheidsuitkering komt alleen in aanmerking indien de Belg bewijst dat hij actief werk zoekt.

Deze voorwaarde is niet van toepassing indien alleen zijn minderjarige familieleden bedoeld in artikel 40bis, § 2, eerste lid, 3°, de Belg vergezellen of zich bij hem voegen.

2° beschikt over voldoende huisvesting die hem in staat stelt zijn familielid of familieleden die hem vergezellen of zich bij hem voegen te herbergen en die voldoet aan de voorwaarden opgelegd aan een onroerend goed dat als hoofdverblijfplaats wordt verhuurd zoals bepaald in artikel 2 van Boek III, Titel VIII, Hoofdstuk II, Afdeling 2, van het Burgerlijk Wetboek. De Koning bepaalt, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de wijze waarop de Belg bewijst dat het onroerend goed aan de opgelegde voorwaarden voldoet.

3° beschikt over een ziektekostenverzekering die de risico's in België voor hem en zijn familieleden dekt. Als een attest van geen huwelijksbeletsel is afgegeven, wordt er naar aanleiding van het onderzoek van een aanvraag tot gezinshereniging gebaseerd op het voltrokken huwelijk, waarvoor het attest is afgegeven, geen nieuw onderzoek uitgevoerd, tenzij er nieuwe gegevens zijn. Wat de personen betreft bedoeld in artikel 40bis, § 2, eerste lid, 1° en 2°, moeten de echtgenoten of de partners beiden ouder zijn dan eenentwintig jaar. Deze minimumleeftijd wordt echter teruggebracht tot achttien jaar indien de echtelijke band of het geregistreerd partnerschap dat als gelijkwaardig wordt beschouwd met het huwelijk reeds vóór de indiening van het verzoek tot gezinshereniging bestond of indien ze, in het geval van een wettelijk geregistreerd partnerschap, bewijzen dat ze vóór de indiening van het verzoek tot gezinshereniging minstens één jaar hebben samengewoond. Onverminderd de artikelen 42ter en

42quater, kan aan het verblijf van een familielid van een Belg ook een einde worden gemaakt wanneer de voorwaarden van het tweede lid niet meer zijn vervuld”.

Bloedverwanten in de neergaande lijn worden in artikel 40bis §2, 3° omschreven als:

De bloedverwanten in neergaande lijn alsmede die van de echtgenoot of partner als bedoeld onder 1° of 2°, beneden de leeftijd van eenentwintig jaar of die te hunnen laste zijn, die hen begeleiden of zich bij hen voegen, voor zover de vreemdeling die vervoegd wordt, zijn echtgenoot of de bedoelde geregistreerde partner over het recht van bewaring beschikt en, indien het recht van bewaring wordt gedeeld, op voorwaarde dat de andere houder van het recht van bewaring zijn toestemming heeft gegeven

Dat overeenkomstig artikel 50, §2, 6°, van het Vreemdelingenbesluit bij de aanvraag gezinshereniging of ten laatste binnen de drie maanden na de aanvraag volgende documenten dienen te worden overgemaakt:

6° familielid bedoeld in artikel 40bis, van de wet:

a) de officiële documenten of elk ander bewijs waarmee op geldige wijze de band van bloed- of aanverwantschap of van partnerschap, bedoeld in artikel 44, 2e lid, kan worden vastgesteld;

b) elk ander document waarmee op geldige wijze kan worden vastgesteld dat hij de andere voorwaarden, die zijn voorgeschreven bij artikel 40bis, § 2 en § 4, van de wet, die op hem van toepassing zijn, vervult; (...).”

Dat verzoeker bijgevolg aan de hand van elk passend middel en dus elk welkdanig document mag aantonen dat de referentiepersoon, in casu de grootvader van verzoeker, het recht van bewaring bezit.

Verweerder meent namelijk dat de grootvader het recht van bewaring over verzoeker niet heeft gekregen van de ouders van verzoeker. Volgens verweerder volstaat de volmacht die gegeven wordt niet omdat het document opgesteld werd door een notaris en niet door een rechtbank werd gelegaliseerd, quod non.

In het Belgische recht is het immers zo dat de overdracht van het recht van bewaring in onderlinge toestemming kan gebeuren maar dat de rechtbank dergelijke overeenkomst dient te homologeren.

In de Russische Federatie geldt echter een andere regeling. Er kan enkel en alleen afstand gedaan worden van het recht van bewaring voor een rechtbank in enkele specifieke gevallen, bijvoorbeeld: de ouders zijn overleden, de ouders worden handelingsonbekwaam verklaard, ze zijn lang afwezig, ze zijn ziek, ze ontwijken het opvoeden van hun kinderen of het beschermen van hun rechten en belangen, hun kinderen weigeren medische hulp aan te bieden, etc..

De gevallen, waarin er afstand gedaan kan worden van het recht van bewaring, zijn extreem en inderdaad in casu niet van toepassing. Bijgevolg kan er geen rechterlijke uitspraak bekomen worden want de rechter bezit geen bevoegdheid om zich hierover uit te spreken.

Daarnaast kan er in de Russische Federatie geen afstand gedaan worden van het recht van bewaring in onderlinge toestemming zoals dit in België wel het geval is.

Dit wordt ook bevestigd in het document van het Bestuur Departement Onderwijs dd. 3 maart 2020.

Wanneer het niet mogelijk is om een rechterlijk vonnis te bekomen om de overdracht van recht van bewaring aan te tonen, volstaat een schriftelijke verklaring van de ouders.

Het gelegaliseerde authentieke document dat is opgesteld door een notaris is de schriftelijke verklaring van de ouders met betrekking tot de overdracht van hun recht van bewaring over verzoeker naar zijn grootvader.

Dat de bestreden beslissing evenwel ten onrechte stelt dat verzoeker niet aan de voorwaarden zou voldoen om te genieten van de recht op verblijf van meer dan drie maanden omdat niet zou aangetoond zijn dat de referentiepersoon in bezit was van het recht op bewaring over verzoeker.

Dat verzoeker immers diverse stukken heeft voorgelegd waaruit blijkt dat de ouders van verzoeker van die wil zijn om het recht op bewaring over te dragen aan de grootvader van verzoeker o.m. een volmacht, een verklaring van het Bestuur Departement Onderwijs,...

De bestreden beslissing heeft echter geen rekening gehouden met al deze door verzoeker voorgelegde bewijzen, minstens werd geen afdoende motivering gegeven waarom met al deze documenten samen geen rekening kan gehouden worden, waardoor de bestreden beslissing een schending inhoudt van de motiveringsplicht.

Dat verweerder minstens al deze aantoonbare bewijzen van de overdracht van het recht op bewaring, op een onzorgvuldige wijze heeft onderzocht, waardoor er tevens sprake is van een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Aangaande de zorgvuldigheidsplicht dient te worden opgemerkt dat dit beginsel van behoorlijk bestuur de overheid de verplichting oplegt haar beslissingen op een zorgvuldige wijze voor te bereiden en te steunen op een correcte feitenvinding (RvS 22 maart 2010, nr. 202.182, RvS 21 september 2009, nr.196.247; RvS 2 februari 2007, nr. 167 411; RvS 14 februari 2006, nr. 154 954).

Een zorgvuldige voorbereiding van de beslissing impliceert dat deze beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De

zorgvuldigheid verplicht de overheid onder meer om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en ervoor te zorgen dat de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk onderzocht worden, zodat de overheid met kennis van zaken kan beslissen (RvS 22 maart 2013, nr.222.953, RvS 28 juni 2012, nr. 220.053).

Dat de beginselen van behoorlijk bestuur – en meer in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel – impliceren dat de Dienst Vreemdelingenzaken bij het nemen van een bepaalde beslissing, niet alleen relevante feiten correct en volledig moet vaststellen, waarderen en interpreteren, maar zich ook van alle relevante gegevens op de hoogte moet stellen (BOUCKAERT, S., Documentloze vreemdelingen, Maklu, Antwerpen, 2007, p. 161).

Dat in casu artikel 40bis, §2, eerste lid, 3° Vw. en artikel 50, §2, 6° Vreemdelingenbesluit geschonden werden, nu verzoeker duidelijk en genoegzaam heeft aangetoond dat zijn ouders op een geldige wijze het recht op bewaring hebben overgedragen naar de referentiepersoon, in casu zijn grootvader.

Dat verweerder dan ook onjuist, onzorgvuldig, kennelijk onredelijk en in strijd met voornoemde artikelen tot de bestreden beslissing is gekomen en geen nauwkeurig onderzoek heeft gevoerd naar de persoonlijke situatie van verzoeker.

Dat de bestreden beslissing dan ook dient vernietigd te worden”

2.2. De bestreden beslissing moet duidelijk het determinerend motief aangeven op grond waarvan de beslissing is genomen. In de motieven wordt verwezen naar de toepasselijke rechtsregel, namelijk artikel 40ter van de Vreemdelingenwet en artikel 52, §4, 5^{de} lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (Vreemdelingenbesluit). Tevens bevat de beslissing een motivering in feite, met name dat verzoekende partij niet voldoet 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, nu de voorgelegde ouderlijke toestemming niet kan beschouwd worden als voldoende bewijs van recht van bewaring.

Verzoekende partij maakt bijgevolg niet duidelijk op welk punt deze motivering haar niet in staat stelt te begrijpen op basis van welke juridische en feitelijke gegevens de bestreden beslissing is genomen derwijze dat hierdoor niet zou voldaan zijn aan het doel van de formele motiveringsplicht.

2.3. Bij de beoordeling van de materiële motiveringsplicht is de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen niet bevoegd 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 in onredelijkheid tot haar besluit is gekomen.

2.4. Het zorgvuldigheidsbeginsel legt aan het bestuur de verplichting op haar beslissingen op een zorgvuldige wijze voor te bereiden en te steunen op een correcte feitenvinding.

2.5. Het redelijkheidsbeginsel staat de Raad niet toe het oordeel van het bestuur over te doen, maar enkel dat oordeel onwettig te bevinden wanneer het tegen alle redelijkheid ingaat doordat de door het bestuur geponeerde verhouding tussen de motieven en het dispositief volkomen ontbreekt (RvS 20 september 1999, nr. 82.301).

2.6. Artikel 40bis, §2, 3° van de Vreemdelingenwet luidt:

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

(...)

3° de bloedverwanten in neergaande lijn alsmede die van de echtgenoot of partner als bedoeld onder 1° of 2°, beneden de leeftijd van eenentwintig jaar of die te hunnen laste zijn, die hen begeleiden of zich bij hen voegen, voor zover de vreemdeling die vervoegd wordt, zijn echtgenoot of de bedoelde geregistreerde partner over het recht van bewaring beschikt en, indien het recht van bewaring wordt gedeeld, op voorwaarde dat de andere houder van het recht van bewaring zijn toestemming heeft gegeven.”

Uit voormelde bepaling blijkt duidelijk dat de bloedverwanten in neergaande lijn slechts tot verblijf van meer dan drie maanden kunnen worden toegelaten, indien zij de referentiepersoon vervoegen én de referentiepersoon over het recht van bewaring beschikt of, indien het recht van bewaring gedeeld wordt, de andere houder van het recht van bewaring zijn toestemming geeft.

Uit het administratief dossier blijkt dat verzoekende partij aangaande het recht op bewaring een document voorlegde, gedateerd 4 maart 2020 en waarin de vader en de moeder van verzoekende partij hun toestemming geven dat hun minderjarige zoon permanent in België mag verblijven bij de grootvader, zijnde de referentiepersoon. Verder heeft de verzoekende partij ook twee documenten voorgelegd van het “Bestuur Departement Onderwijs.”

2.6.1. De bestreden beslissing wijst de aanvraag af op grond van het determinerend motief: *“Van rechtswege zijn het, overeenkomstig het Belgisch burgerlijk wetboek, de ouders die gezamenlijk de bewaring en de ouderlijke macht uitoefenen. Voor zover zij de bewaring aan iemand anders wensen te geven, kan dit gebeuren in onderlinge overeenstemming, maar de rechtbank dient een dergelijke overeenkomst te homologeren. De rechtbank zal daarbij uiteraard het belang van het kind onderzoeken (dit alles overeenkomstig art. 392 BW). Betrokkene woont wel degelijk in bij de grootvader, maar uit het dossier blijkt nergens dat de grootvader het recht van bewaring heeft gekregen. Om aan te tonen dat betrokkene aan de voorwaarden voldoet werd door zowel de moeder als de vader een volmacht voorgelegd waarin zij de toestemming geven dat hun minderjarige zoon permanent mag verblijven in België bij hun (schoon)vader, de referentiepersoon, P. M. (...). Echter een dergelijke toestemming van de ouders, kan niet als voldoende bewijs van recht van bewaring worden beschouwd. Het voorgelegde document is eigenlijk een document dat bij de notaris werd opgesteld. Dat verleent dit document een authentiek maar geen gerechtelijk karakter. Een dergelijke akte heeft niet dezelfde rechtsgevolgen als een gerechtelijke beslissing waarbij een rechter, in het belang van het kind, een gelijkaardige beslissing zou nemen of een dergelijke vrijwillige overdracht van de ouderlijke macht zou homologeren. Er is geen enkele rechtelijke of administratieve controle over de voorwaarden van de uitoefening van het recht van bewaring. In het voorgelegde stuk kan ook nergens worden gelezen dat de overdracht van de ouderlijke macht is ingegeven door of noodzakelijk is voor de bescherming van het kind. Er blijkt evenmin uit het stuk dat de Russische voogdijrechter toelating heeft gegeven dat het kind Rusland zou mogen verlaten. In een dergelijk geval dient immers, in overeenstemming met het Haags Kinderbeschermingsverdrag, dat Rusland heeft ondertekend, contact opgenomen te worden met België om na te gaan of het kind wel degelijk toegang heeft tot het gastland en er kan verblijven. Dat vereist dan ook een document van de buitenlandse regering. Het Russisch consulaat volgt dan verder het welzijn van het kind op in België. Verder wordt bij deze nieuwe aanvraag een document voorgelegd van het ‘Bestuur Departement Onderwijs’ dd. 28.02.2020 en een ongedateerd document ook van het ‘Bestuur Departement Onderwijs’. Hieruit blijkt dat het voogdijchap enkel aan iemand anders dan de ouders kan worden toegekend in geval van hun overlijden of indien ze de zorg over hun kind niet goed uitoefenen. Dit is hier kennelijk niet het geval, waardoor er geen voogdij kan geregeld worden Dit is eigenlijk de bevestiging van het feit dat het geen officiële voogdijregeling betreft.”*

2.6.2. De Raad benadrukt dat artikel 35, §1, tweede lid WIPR als volgt luidt: *“De uitoefening van het ouderlijk gezag of van de voogdij wordt beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied het kind zijn gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip waarop die uitoefening wordt aangevoerd.”*

Gelet op voorgaande stelt de Raad vast dat in casu toepassing moet gemaakt worden van het Belgisch recht aangezien verzoekende partij haar gewone verblijfplaats in België had op het moment dat de uitoefening van het ouderlijk gezag werd ingeroepen.

De Raad wijst er daarbij op dat in het Belgisch recht de uitoefening van het ouderlijk gezag valt onder de artikelen 371 en volgende van het Burgerlijk Wetboek en meer bepaald artikelen 373 en 374 van het B.W.

Artikel 373 van het B.W. luidt als volgt: *“Wanneer de ouders samenleven, oefenen zij het gezag over de persoon van het kind gezamenlijk uit.*

Ten opzichte van derden die te goeder trouw zijn, wordt elke ouder geacht te handelen met de andere ouder wanneer hij, alleen, een handeling stelt die met gezag verband houdt behouden de bij de wet bepaalde uitzonderingen.

Bij gebreke van instemming kan één van beide ouders de zaak bij de familierechtbank aanhangig maken.

De rechtbank kan één van de ouders toestemming verlenen alleen op te treden voor één of meer bepaalde handelingen”

Artikel 374, §1 van het B.W. luidt: *“Wanneer de ouders niet samenleven, blijven zij het ouderlijk gezag gezamenlijk uitoefenen en geldt het in artikel 373, tweede lid, bepaalde vermoeden.*

Bij gebreke van overeenstemming over de organisatie van de huisvesting van het kind, over de belangrijke beslissingen betreffende zijn gezondheid, zijn opvoeding, zijn opleiding en zijn ontspanning en over de godsdienstige of levensbeschouwelijke keuzes of wanneer deze overeenstemming strijdig lijkt met het belang van het kind, kan de bevoegde familierechtbank de uitoefening van het ouderlijk gezag uitsluitend opdragen aan één van beide ouders.

Hij kan eveneens bepalen welke beslissingen met betrekking tot de opvoeding alleen met instemming van beide ouders kunnen worden genomen.

Hij bepaalt de wijze waarop de ouder die niet het ouderlijk gezag uitoefent, persoonlijk contact met het kind onderhoudt. Dat persoonlijk contact kan enkel om bijzonder ernstige redenen worden geweigerd. De ouder die niet het ouderlijk gezag uitoefent, behoudt het recht om toezicht te houden op de opvoeding van het kind. Hij kan bij de andere ouder of bij derden alle nuttige informatie hieromtrent inwinnen en zich in het belang van het kind tot de familierechtbank wenden.”

Uit voormelde bepalingen volgt aldus dat in beginsel het ouderlijk gezag gezamenlijk wordt uitgeoefend door de ouders en dat de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag enkel kan gewijzigd worden via een gerechtelijke beslissing.

2.6.3. Verzoekende partij kan niet gevolgd worden in haar kritiek waar zij meent dat de door haar voorgelegde documenten afdoende zijn om aan te tonen dat de grootvader – de referentiepersoon – het recht van bewaring heeft over de verzoekende partij.

Daarenboven wijst de Raad erop dat het recht van bewaring niet enkel de huisvesting van het kind betreft, maar eveneens de belangrijke beslissingen inzake de gezondheid van het kind, diens opvoeding, opleiding, vrije tijd alsook godsdienstige of levensbeschouwelijke oriëntatie en dat nergens uit blijkt dat dit via rechterlijke beslissing is toevertrouwd aan een derde. Het document waarin de ouders van verzoekende partij hun minderjarige zoon toestemming geven om bij de Belgische grootvader in te wonen voldoet geenszins aan de vereisten inzake het recht van bewaring.

Waar verzoekende partij voorts stelt dat een rechterlijke beslissing onmogelijk is kan zij niet gevolgd worden. Dat het regelen van het ouderlijk gezag via rechterlijke beslissing immers aan bepaalde vereisten is onderworpen houdt geenszins in dat een rechterlijke beslissing bekomen onmogelijk is. Dat de verzoekende partij niet aan de voorwaarden zou voldoen om via rechterlijke beslissing – waarbij gekeken wordt naar het belang van het kind – het ouderlijk gezag te laten toekomen aan de grootvader, betekent ook niet dat een loutere onderlinge overeenkomst van de ouders om het ouderlijk gezag te laten toekomen aan de grootvader zonder rechterlijke tussenkomst moet aanvaard worden door het bestuur.

2.7. Verzoekende partij maakt met haar betoog geen schending van de door haar aangehaalde bepalingen en beginselen aannemelijk.

2.8. In een tweede middel betoogt de verzoekende partij als volgt:

“Tweede middel : schending van artikel 22 van de Grondwet en artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Recht op bescherming van het privé- en/of gezins- en familieleven.

2.2.1.

Dat artikel 22 G.W. voorziet in een recht op eerbieding van het privéleven en overeenkomstig artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens eenieder recht heeft op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij 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.

Wanneer een risico van schending van het respect voor het privé- en familieleven wordt aangevoerd, moet in de eerste plaats nagekeken worden of er een familieleven bestaat in de zin van het Europees Verdrag voor de Rechten van de mens, vooraleer te onderzoeken of hierop een inbreuk werd gepleegd door de bestreden beslissing.

Dat artikel 8 EVRM noch begrip ‘familie- en gezinsleven’, noch het begrip privéleven definieert. Beide begrippen zijn autonome begrippen die onafhankelijk van het nationale recht dienen te worden geïnterpreteerd.

Wat het bestaan van een familie- en gezinsleven betreft, moet vooreerst worden nagegaan of er sprake is van een familie of een gezin. Vervolgens moet blijken dat in de feiten de persoonlijke band tussen deze familie- of gezinsleden voldoende hecht is (cf. EHRM 12 juli 2001, K. en T./Finland, §150).

Dat overeenkomstig de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens het begrip privéleven een brede term is en het mogelijk is, noch noodzakelijk om er een exhaustieve definitie van te geven (EHRM 16 december 1992, Niemietz/Duitsland, §29). De beoordeling of er sprake kan zijn van een familie- en gezinsleven of van een privéleven of van beiden, is dan ook een feitenkwestie.

Verzoeker is de kleinzoon van de referentiepersoon en woont februari 2019 samen met zijn grootvader in België, zodat er zonder enige twijfel sprake is van een familie.

2.2.2.

Dat de volgende vraag die zich stelt is of er sprake is van een inmenging in het privé- en/of familieleven. Gezien het in casu een eerste toelating tot verblijf betreft, geschiedt er geen toetsing aan de hand van het 2e lid van artikel 8 EVRM. In dit geval moet er volgens het EHRM onderzocht worden of er een positieve verplichting is voor de staat om het recht op het privé- en/of familie- en gezinsleven te handhaven en te ontwikkelen (EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, §63; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, §38).

Dit geschiedt aan de hand van een 'fair balance'-toets. Als na deze toets uit de belangenafweging blijkt dat er een positieve verplichting voor de staat is, dan is er een schending van artikel 8 EVRM (EHRM 17 oktober 1986, Rees/United Kingdom, §37).

Dat de bestreden beslissing dan ook een schending van artikel 8 EVRM inhoudt, nu uit de fair balance toets blijkt dat er geen gegronde redenen zijn om de gezinshereniging te weigeren.

Dat bovendien moet rekening worden gehouden met het feit dat artikel 8 EVRM primeert op de bepalingen van de Vreemdelingenwet (cf. RvSt., 22 december 2010, nr. 210.029), zodat de bestreden beslissing dient vernietigd te worden.

Dat de bestreden beslissing dan ook een schending behelst van artikel 22 G.W. en artikel 8 EVRM en dient vernietigd te worden."

2.9. Voor zover de verzoekende partij zich wenst te beroepen op een familieleven met haar grootvader, laat de Raad gelden dat, waar de gezinsband tussen partners, alsook tussen ouders en minderjarige kinderen wordt verondersteld, het anders ligt in de relatie tussen verwanten. Overeenkomstig de rechtspraak van het EHRM (EHRM 9 oktober 2003, Slivenko/Litouwen; EHRM 17 februari 2009, Onur/Groot-Brittannië; Mole N., Asylum and the European Convention on Human Rights, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2007, 97) kan slechts van een door artikel 8 van het EVRM beschermd familie- en gezinsleven tussen verwanten worden gesproken indien, naast de afstammingsband, een vorm van afhankelijkheid blijkt. Bij de beoordeling of er al dan niet een familie- en gezinsleven bestaat, moet rekening worden gehouden met alle indicaties die de verzoekende partij dienaangaande aanbrengt, zoals onder andere het samenwonen, de (financiële) afhankelijkheid en de reële banden tussen verwanten. De Raad stelt vast dat verzoekende partij er enkel op wijst dat zij sinds februari 2019 in België inwoont bij haar grootvader. Daarmee toont zij echter niet aan dat haar band met haar grootvader de gewone affectieve relatie overstijgt en dat er in casu sprake is van een vorm van afhankelijkheid tussen haarzelf en haar grootvader. Het loutere feit dat de ouders van verzoekende partij ervoor gekozen hebben om hun zoon op vijftienjarige leeftijd te doen inwonen bij de grootvader, dit terwijl nergens uit blijkt dat de grootvader het recht van bewaring heeft en evenmin blijkt dat de ouders niet in staat zijn voor hun zoon te zorgen, is geenszins afdoende om aan te tonen dat er tussen verzoekende partij en haar grootvader een beschermenswaardig gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM aanwezig is.

Verzoekende partij maakt met haar betoog geen schending van de door haar aangehaalde bepalingen aannemelijk.

2.10. Het tweede middel is ongegrond.

3. Kosten

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

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

Het beroep tot nietigverklaring wordt verworpen.

Artikel 2

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op zesentwintig januari tweeduizend eenentwintig door:

mevr. S. DE MUYLDER,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

mevr. K. VERHEYDEN,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

K. VERHEYDEN

S. DE MUYLDER