



Arrest

nr. 263 812 van 18 november 2021
in de zaak RvV X / IX

In zake: 1. X
 2. X
als wettelijk vertegenwoordigers van het minderjarig kind X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat H. VANDER VELPEN
Atletenstraat 31
2020 ANTWERPEN

tegen:

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

DE WND. VOORZITTER VAN DE IXde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X en X, die verklaren van Marokkaanse nationaliteit te zijn, als wettelijk vertegenwoordigers van het minderjarig kind X op 7 september 2021 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie van 12 augustus 2021 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden *zonder* bevel om het grondgebied te verlaten.

Gezien titel *Ibis*, 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 7 oktober 2021, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 21 oktober 2021.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken A. WIJNANTS.

Gehoord de opmerkingen van advocaat M. KIWAKANA, die *loco* advocaat H. VANDER VELPEN verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat M. MISSEGHERS, die *loco* advocaten C. DECORDIER en T. BRICOUT verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1. Op 22 februari 2021 wordt voor het minderjarige kind L.L. een aanvraag van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie ingediend in functie van haar Belgische grootvader.

1.2. Op 12 augustus 2021 wordt beslist tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten. Dit is de bestreden beslissing. Ze 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, 5ae 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 22.02.2021 werd ingediend door

[...]

om de volgende reden geweigerd

De betrokkene voldoet opnieuw 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.

*Betrokkene deed opnieuw een aanvraag in functie van haar Belgische grootvader, de genaamde O.T., (RR. *).*

Er werd reeds eerder een aanvraag gezinshereniging ingediend op 04.06.2020 met een weigering Bijlage 20 dd 30.11.2020. Het beroep tot nietigverklaring werd verworpen door de RvV bij arrest nr. 250 425 van 4.03.2021 (betekend op 8.03.2021).

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 op 30.04.2021 ouderlijke toestemmingen voor een vestiging in België ondertekend (gelegaliseerd door het consulaat-generaal van Marokko te Antwerpen). Echter een dergelijke toestemming van de ouders, kan niet als voldoende bewijs van recht van bewaring worden beschouwd.

Alle andere voorgelegde bewijzen doet geen afbreuk aan deze beslissing

Het recht op verblijf wordt daarom geweigerd aan betrokkene“

2. Onderzoek van het beroep

2.1. Het enig middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen. Het wordt uiteengezet als volgt:

“Verweerster motiveert dat de aanvraag dient te worden afgewezen omdat de grootvader geen bewijs van bewaring voorlegt zoals gevraagd in artikel 40 bis§2,3° vreemdelingenwet.

Verweerster is van mening dat de ouderlijke toestemmingen d.d. 30.04.2021 van vader en moeder en waarin zij toestemming geven dat hun kind zich permanent in België komt vestigen bij hun Belgische grootvader en dat deze het recht van bewaring krijgt niet voldoende is.

Zij motiveert:

" Van rechtswege zijn het, overeenkomstig het Belgisch burgerlijk wetboek; de ouders die gezamenlijk de bewaring en de ouderlijke macht uitoefenen. Voor zover de bewaring aan iemand anders wenselijk te geven, kan dit gebeuren in onderlinge toestemming, maar de rechtbank dient een dergelijke overeenkomst te homologeren. De rechtbank zal daarbij uiteraard het belang van het kind onderzoeken (dit alles overeenkomstig artikel 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 op 30.04.2021 ouderlijke toestemmingen voor een vestiging in België ondertekend (gelegaliseerd door het consulaat-generaal van Marokko te Antwerpen). Echter ene dergelijke toestemming van de ouders, kan niet als voldoende bewijs van recht van bewaring worden beschouwd."

De wettelijke bepaling, artikel 392 BW, waarnaar verweerster verwijst in haar motivering heeft echter betrekking op het hoofdstuk 'Voogdij'. In casu is er helemaal geen sprake van voogdij. Voogdij valt immers pas open indien de beide ouders van het minderjarig kind zijn overleden of niet in staat zijn hun ouderlijk gezag uit te oefenen.

Artikel 40 bis vreemdelingenwet bepaalt helemaal niet dat de grootouder met wie gezinshereniging wordt aangevraagd als voogd dient te fungeren. De grootouder dient enkel aan te tonen dat hij beschikt over het 'recht van bewaring'.

Artikel 374 BW bepaalt dat:

"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.

In elk geval bepaalt de rechter de wijze waarop het kind wordt gehuisvest en de plaats waar het in het bevolkingsregister wordt ingeschreven als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf. [§2

Ingeval de ouders niet samenleven en hun geschil bij de familierechtbank aanhangig wordt gemaakt, wordt het akkoord over de huisvesting van de kinderen door de rechtbank gehomologeerd, tenzij het akkoord kennelijk strijdig is met het belang van het kind.

Bij gebrek aan akkoord, in geval van gezamenlijk ouderlijk gezag, onderzoekt de rechtbank op vraag van minstens één van de ouders bij voorrang de mogelijkheid om de huisvesting van het kind op een gelijkmatige manier tussen de ouders vast te leggen.

Ingeval de rechtbank echter van oordeel is dat de gelijkmatig verdeelde huisvesting, niet de meest passende oplossing is, kan zij evenwel beslissen om een ongelijk verdeeld verblijf vast te leggen.

De rechtbank oordeelt in ieder geval bij een met bijzondere redenen omkleed vonnis, en rekening houdend met de concrete omstandigheden van de zaak en het belang van de kinderen en de ouders."

M.a.w. het recht op persoonlijk contact houdt in dat elke ouder steeds het recht heeft om op regelmatige wijze persoonlijk contact te hebben met zijn kind. Het recht op persoonlijk contact wordt concreet verwezenlijkt in functie van de uitoefening van het zgn. "recht van bewaring". Het recht van (materiële) bewaring is een onderdeel van het gezag over de persoon van de minderjarige en is een synoniem voor

het hoederecht. De term "hoederecht" wordt echter niet meer in de Wet gebruikt. Het recht van (materiële) bewaring betekent het recht om het kind op een voortdurende wijze bij zich te hebben.

Dit recht van bewaring werd in casu toegestaan afgestaan aan de grootvader via een schriftelijke verklaring. Er staat nergens in de wet bepaald dat dit akkoord gehomologeerd moet zijn in een vonnis, zoals verweerster suggereert.

In realiteit verblijven de kinderen reeds jaren bij hun Belgische grootvader, zodat deze ook al lange tijd het recht van bewaring uitoefent. Indien de ouders zouden moeten terugkeren naar Marokko is het ook hun wens dat hun kinderen bij de grootvader kunnen blijven en opgroeien en hier school lopen zoals zij reeds doen vanaf hun geboorte in België.

Ook uit een overleg van 28 april 2016 dat het Agentschap Integratie en Inburgering had samen met de Franstalige NGO Ciré met de directeur-generaal van de Dienst Vreemdelingenzaken en waarin DVZ zijn actuele praktijken toelichtte, blijkt met betrekking tot diverse thema's dat wat betreft de toestemming bij een gedeeld recht van bewaring de andere houder van het recht van bewaring zijn toestemming kon geven bij gewone brief waarin hij expliciet toestemt dat het minderjarig kind in België mag komen wonen. De toestemming moest niet gelegaliseerd zijn, wel vertaald. (stuk 3)
Naar analogie kan dit worden toegepast naar het recht van bewaring t.a.v. een Belgische grootvader.

In casu gaven beide ouders hun toestemming en werden hun handtekeningen gelegaliseerd door het Marokkaanse consulaat. Zij verklaarden expliciet dat zij het recht van bewaring overdragen aan de grootvader en dat de kinderen permanent in België mogen blijven.

(stuk 4).

Bijgevolg werd de beslissing gebrekkig gemotiveerd en dient zij te worden vernietigd."

2.2. De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen verplichten de overheid in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat op een "afdoende" wijze. Het begrip afdoende impliceert dat de opgelegde motivering in rechte en in feite evenredig moet zijn aan het gewicht van de genomen beslissing (RvS 6 september 2002, nr. 110.071; RvS 21 juni 2004, nr. 132.710). De motivering moet in dit opzicht dus draagkrachtig zijn, hetgeen wil zeggen dat de motivering voldoende duidelijk, juist, niet tegenstrijdig, pertinent, concreet, precies en volledig moet zijn (RvS 31 augustus 2009, nr. 195.654). De belangrijkste bestaansreden van de motiveringsplicht, zoals die wordt opgelegd door de voormelde wet van 29 juli 1991, bestaat erin dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, derwijze dat blijkt, of minstens kan worden nagegaan of de overheid is uitgegaan van gegevens die in rechte en in feite juist zijn, of zij die gegevens correct heeft beoordeeld, en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar beslissing is kunnen komen, opdat de betrokkene met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden. (RvS 18 januari 2010, nr. 199.583, Staelens; RvS 11 december 2015, nr. 233.222).

De Raad stelt vast dat eenvoudige lezing van de bestreden beslissing leert dat ze formeel gemotiveerd is. Dit wordt ook niet betwist door verzoekers, die luidens de uiteenzetting van het middel en de inhoudelijke kritiek op de motieven veeleer doelen op een schending van de materiële motiveringsplicht. Dat werd overigens ook zo door de verwerende partij begrepen, getuige haar uiteenzetting in de nota.

Bij de beoordeling van de materiële motiveringsplicht is de Raad 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 totstandkoming van de bestreden beslissing is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet op kennelijk onredelijke wijze tot haar besluit is gekomen (RvS 7 november 2001, nr. 101.624).

Artikel 40bis, §2, 3° 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), waarnaar wordt verwezen in artikel 40ter, §2 van dezelfde wet, 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 en de bestreden beslissing blijkt dat verzoekers aangaande het recht op bewaring een door het consulaat-generaal van Marokko gelegaliseerd document voorlegden, ondertekend door zowel de moeder als de vader op 30 april 2021 en waarin zij de toestemming geven voor een vestiging van het kind in België bij de grootvader.

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.”* Er wordt vastgesteld dat het kind wel inwoont bij de grootvader, maar dat uit niets blijkt dat deze het recht van bewaring heeft gekregen en dat de voorgelegde toestemming van de ouders daartoe niet volstaat.

Uit de uiteenzetting van het middel blijkt dat verzoekers ook erkennen dat dit het determinerend motief is. De verwijzing naar artikel 392 van het Burgerlijk Wetboek is dan ook overtollig, en verzoekers hebben geen belang bij hun kritiek dienaangaande. De verwerende partij stelt immers nergens dat de Belgische grootvader als voogd moet zijn aangeduid, enkel dat hij een door de rechtbank gehomologeerd recht van bewaring inzake het betrokken kind moet hebben.

De Raad benadrukt verder, samen met de verwerende partij in haar nota, dat artikel 35, §1, tweede lid van het Wetboek Internationaal Privaatrecht (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.”

Aangezien het kind haar gewone verblijfplaats in België had op het moment dat de uitoefening van het ouderlijk gezag werd ingeroepen, is het Belgische recht van toepassing.

Verzoekers willen doen aannemen dat de verwijzing naar het “recht van bewaring” in artikel 40bis, §2, 3° van de Vreemdelingenwet moet worden beperkt tot de materiële bewaring van het kind of het recht op persoonlijk contact. Echter, het recht op persoonlijk contact is een autonoom recht dat geenszins kan worden gelijkgesteld met het “recht van bewaring”. Dit recht van bewaring is een onderdeel van het ouderlijk gezag; het heeft een ruimere invulling dan alleen de materiële bewaring van het kind en betreft ook het recht van opvoeding. (ECLI:BE:CABRL:2009:ARR.20090302.5)

In het Belgisch recht valt de uitoefening van het ouderlijk gezag 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.

Verzoekers kunnen dan ook niet gevolgd waar zij van oordeel zijn dat het door hen voorgelegde document volstaat om aan te tonen dat de grootvader -de referentiepersoon- het recht van bewaring heeft inzake het minderjarige kind L.L. Waar zij erop wijzen dat de kinderen reeds jaren bij hun Belgische grootvader verblijven zodat deze ook al lange tijd het recht van bewaring uitoefent, moet erop worden gewezen, zoals dat hiervoor reeds werd gesteld, het recht van bewaring niet alleen de materiële bewaring en dus de huisvesting van het kind betreft, maar ook 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 verzoekers hun minderjarige kind de toestemming geven om bij de Belgische grootvader te verblijven voldoet geenszins aan de vereisten inzake het recht van bewaring.

Verzoekers tonen derhalve niet aan dat de verwerende partij niet deugdelijk heeft geoordeeld dat uit niets blijkt dat de Belgische referentiepersoon het recht van bewaring heeft en dat aldus voor hun minderjarige dochter niet is voldaan 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. De verwijzing naar informatie beschikbaar op de website van het agii is niet dienstig om daar anders over te doen denken, nu deze informatie niet kan worden beschouwd als een wetsbepaling, algemeen rechtsbeginsel of algemeen beginsel van behoorlijk bestuur waarop verzoekers zich in rechte kunnen beroepen.

2.3. Het enig middel kan niet worden aangenomen.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Enig artikel.

Het beroep tot nietigverklaring wordt verworpen.

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

mevr. A. WIJNANTS,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

mevr. C. VAN DEN WYNGAERT,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

C. VAN DEN WYNGAERT

A. WIJNANTS