

Arrest

nr. 267 444 van 28 januari 2022
in de zaak RvV X / II

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat L. VANBRABANT
Louizalaan 363/4
1050 BRUSSEL

tegen:

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

DE WND. VOORZITTER VAN DE IIde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Congolese (D.R.C.) nationaliteit te zijn, op 26 augustus 2021 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van 20 april 2021 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 1 september 2021 met refertenummer X.

Gezien het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 21 oktober 2021, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 10 november 2021.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken C. VERHAERT.

Gehoord de opmerkingen van advocaat L. VANBRABANT die verschijnt voor de verzoekende partij en van attaché K. PAPPAERT, die verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

Op 23 oktober 2020 diende verzoeker een aanvraag in van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, in functie van zijn minderjarig kind, van Nederlandse nationaliteit.

Op 20 april 2021 werd een beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten genomen (bijlage 20). Dit is de bestreden beslissing, die als volgt gemotiveerd is:

“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 23.10.2020 werd ingediend door:

[...]

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 vraagt opnieuw gezinshereniging aan in functie van zijn minderjarig kind, de genaamde K.N.N. (RR: [...]) van Nederlandse nationaliteit in toepassing van artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet van 15.12.1980.

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

“(…) § 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 ten hare laste is en zij daadwerkelijk over het hoederecht beschikt

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 rekening gehouden met hun aard en hun regelmaat.

Er werden reeds eerdere aanvragen gezinshereniging ingediend nl. op 28.06.2019, met een weigering op 20.12.2019 en op 09.01.2020 met een weigering op 01.07.2020 op basis van onvoldoende bewijzen van financiële en affectieve band.

Betrokkene legt voor onderhavige aanvraag volgende stukken voor:

- * Bewijs ziektekostenverzekering*
- * Arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur als arbeider van betrokkene bij Delhaize en bijhorende loonfiches*
- * Schrijven advocaat dd 15.01.2020 en de akkoordconclusies opgesteld door B-V Advocaten & Partners dd 25.11.2020 waaruit blijkt dat betrokkene en de moeder van de kinderen tot een onderling akkoord zijn gekomen wat betreft de verblijfsregeling van de kinderen. Echter vermeldt de brief ook dat er (nog) geen akkoord is over de uitoefening van het ouderlijk gezag en het financiële luik. Hier werden evenwel ook geen nieuwe bewijzen van voorgelegd.*
- * Brief advocaat dd 13.10.2020*
- * Brief Rechtbank van Eerste Aanleg Leuven, sectie Familie- en jeugdrechtbank dd 27.07.2020.*

Er dient herhaald te worden dat betrokkene niet samenwonend is met het kind (de kinderen), de referentiepersoon woont bij de Nederlandse mama, die eveneens in België verblijft. Betrokkene oefent dus het hoederecht over de kinderen NIET uit. Hij is niet de voornaamste zorgdrager over de kinderen. Zij zijn immers gedomicilieerd bij mama. Logischerwijze staat zij in voor de dagelijkse zorg van de kinderen. Uit de akkoordconclusies opgesteld door B-V Advocaten & Partners dd 25.11.2020 blijkt dat betrokkene en de moeder van de kinderen, mevrouw A.T. ([...]), tot een onderling akkoord zijn gekomen betreffende de verblijfsregeling voor de kinderen. Echter vermeldt de brief ook dat er (nog) geen akkoord is over de uitoefening van het ouderlijk gezag en het financiële luik. Hier werden evenwel geen nieuwe concrete bewijzen van voorgelegd. Er is dus geen sprake van dat betrokkene het hoederecht zou uitoefenen over de kinderen, daarmee wordt bedoeld de voornaamste zorgdrager zou zijn. Betrokkene deelt mogelijks de ouderlijke macht officieel met de moeder, echter hij toont allerm minst aan de voornaamste zorgdrager te zijn.

Het nemen van deze beslissing houdt geenszins in dat het Nederlandse kind het grondgebied zou moeten verlaten. Het vrij verkeer van het kind is gevrijwaard door de moeder van het kind. Zij verblijft immers ook in België, staat in voor de dagelijkse zorg van het kind en heeft het ongetwijfeld ten laste.

Bijgevolg kan betrokkene geen recht op gezinshereniging met zijn minderjarige kind laten gelden op grond van artikel 40bis, §2 eerste lid, 5° van de Vreemdelingenwet.

Er werd bij het nemen van deze beslissing rekening gehouden met art. 8 EVRM. Betrokkene maakt sinds jaren geen deel meer uit van het kerngezin van zijn kinderen, hij heeft immers jarenlang het land verlaten om zich elders te gaan vestigen (zie brief advocaat). In die zin is er helemaal geen sprake meer van een beschermenswaardig gezinsleven. Dat het in het belang is van de kinderen dat zij contact kunnen houden met hun vader, hun vader kunnen leren kennen, spreekt voor zich. Maar dat hoeft niet noodzakelijk te betekenen dat betrokkene daartoe verblijfsrecht moet krijgen in België. Betrokkene kan ook vanop afstand de relatie met zijn kinderen in stand houden, voor zover die relatie er heden is, door gebruik van sociale media en/of occasionele bezoeken van de kinderen aan betrokkene of omgekeerd. Betrokkene is en blijft een gezinslid van burgers van de Unie en heeft dus het recht, voor bezoek aan de kinderen, de EU binnen te reizen, toch voor zover er geen bezwaren zouden zijn van openbare orde of nationale veiligheid en betrokkene over voldoende financiële middelen beschikt om zijn logement te betalen. Betrokkene kan eveneens zijn kinderen vanuit het buitenland financieel ondersteunen.”

2. Onderzoek van het beroep

2.1. Verzoeker voert een enig middel aan dat hij uiteenzet als volgt:

“Een eerste en enig middel genomen uit de schending van art. 40bis van de Wet van 15 december 1980, van art. 8 EVRM, van art. 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen en van het zorgvuldigheidsbeginsel, van het ontbreken van een rechtens en feitelijke juiste grondslag en van het principe van het gezag van gewijsde.

Art. 40 bis Vw luidt als volgt:

§ 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 hijdaadwerkelijk over het hoederecht beschikt. ”

Uw Raad overwoog wat volgt: “In zijn arrest van 8 mei 2018 (C-82/16) heeft het HvJ uitgelegd dat artikel 20 van het VWEU zich verzet tegen een praktijk van een lidstaat die inhoudt dat een verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging, ingediend op zijn grondgebied door een derdelander die familielid is van een Unieburger die de nationaliteit van de lidstaat bezit en zijn recht van vrij verkeer nooit heeft uitgeoefend, niet in aanmerking neemt op de enkele grond dat deze derdelander de toegang tot dat grondgebied is verboden, zonder dat is onderzocht of er een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat tussen deze Unieburger en de genoemde derdelander dat de weigering om aan deze derdelander een afgeleid verblijfsrecht toe te kennen tot gevolg zou hebben dat de betrokken Unieburger feitelijk gedwongen is het grondgebied van de Unie als geheel te verlaten, zodat hem het effectieve genot vande voornaamste aan zijn status ontleende rechten wordt ontnegd.

Daarbij heeft het Hof nader uitgelegd dat wanneer de Unieburger minderjarig is, bij de beoordeling of van een der gelijke afhankelijkheidsverhouding sprake is, in het belang van het kind rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, met name de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate waarin het een affectieve relatie met elk van zijn ouders heeft en het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het zou worden gescheiden van de ouder die onderdaan van een derde land is. Voor de vaststelling dat van een dergelijke afhankelijkheidsverhouding sprake is, is het niet voldoende dat er met deze onderdaan een gezinsbond bestaat, of dat nu een biologische dan wel juridische is, noch is het daarvoor noodzakelijk dat het kind samenwoont met die onderdaan.

Zo stelt het Hof :

“70. Wat de in de hoofdzaken door M. J., N. N. N., O. I. O. en R. I. ingestelde beroepenbetreft, zij eraan herinnerd dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat voor de bepaling of de weigering om een afgeleid verblijfsrecht toe te kennen aan een derdelander die de ouder is van een kind dat Unieburger is, voor dit kind zou meebrengen dat het de voornaamste aan zijn status verbonden rechten niet kan uitoefenen doordat het feitelijk is gedwongen zijn ouder te vergezellen en dus het grondgebied van de Unie in zijn

geheel te verlaten, het relevant is wie het gezag over het kind heeft en of de wettelijke, financiële of affectieve last van dat kind berust bij de ouder die een derdelander is (zie in die zin arrest van 10 mei 2017, Chavez-Vilchez e.a., C-133/15, EU:C:2017:354, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

71 Meer bepaald staat het aan de verwijzende rechter om - met het oog op de beoordeling van het risico dat het betrokken kind, dat Unieburger is, genoopt zou zijn het grondgebied van de Unie te verlaten indien aan zijn ouder, die een derdelander is, een afgeleid verblijfsrecht in de betrokken lidstaat werd geweigerd - in elk van de hoofdzaken te bepalen welke ouder de daadwerkelijke zorg over het kind heeft en of er een daadwerkelijke afhankelijkheidsverhouding bestaat tussen het kind en de ouder die een derdelander is. In het kader van die beoordeling dienen de bevoegde autoriteiten rekening te houden met het recht op eerbiediging van het gezinsleven zoals dat is neergelegd in artikel 7 van het Handvest, waarbij dit artikel moet worden gelezen in samenhang met de verplichting tot inachtneming van het in artikel 24, lid 2, van het Handvest erkende hogere belang van het kind (arrest van 10 mei 2017, Chavez- Vilchez e.a., C-133/15, EU:C:2017:354, punt 70).

72 De omstandigheid dat de andere ouder, wanneer deze een Unieburger is, echt in staat - en bereid - is om de dagelijkse daadwerkelijke zorg voor het kind alleen te dragen, vormt een gegeven dat relevant is, maar op zichzelf niet volstaat om te kunnen vaststellen dat er tussen de ouder die een derdelander is en het kind geen sprake is van een zodanige afhankelijkheidsverhouding dat het kind genoopt zou zijn het grondgebied van de Unie te verlaten indien aan die derdelander een verblijfsrecht werd geweigerd. Om tot een dergelijke vaststelling te komen moeten immers, in het hogere belang van het kind, alle omstandigheden van het geval in de beschouwing worden betrokken, met name de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate waarin het een affectieve relatie heeft zowel met de ouder die Unieburger is als met de ouder die een derdelander is, alsmede het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het van deze laatste ouder werd gescheiden (arrest van 10 mei 2017, Chavez- Vilchez e.a., C-133/15, EU:C:2017:354, punt 71).

73 Dat de ouder die derdelander is, samenwoont met het minderjarige kind dat een Unieburger is, vormt dus een van de in aanmerking te nemen relevante factoren om te bepalen of er tussen hen sprake is van een afhankelijkheidsverhouding, zonder dat dit echter een noodzakelijke voorwaarde daarvoor is (zie in die zin arrest van 6 december 2012, O e.a., C-356/11 en C-357/11, EU:C:2012:776, punt 54).

74 Het enkele feit dat het voor een onderdaan van een lidstaat misschien wenselijk is - om economische redenen of om de eenheid van de familie op het grondgebied van de Unie te bewaren - dat de leden van zijn familie, die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten, bij hem op het grondgebied van de Unie kunnen verblijven, volstaat daarentegen op zich niet om aan te nemen dat de burger van de Unie gedwongen zou zijn om het grondgebied van de Unie te verlaten indien een dergelijk recht niet werd toegekend (zie in die zin arresten van 15 november 2011, Dereci e.a., C-256/11, EU:C:2011:734, punt 68, en 6 december 2012, O e.a., C-356/11 en C-357/11, EU:C:2012:776, punt 52).

75 Bijgevolg kan het bestaan van een gezinsbond tussen de minderjarige Unieburger en zijn ouder die derdelander is, of dit nu een biologische dan wel een juridische is, niet volstaan als rechtvaardiging om aan die ouder op grond van artikel 20 VWEU een afgeleid recht van verblijf op het grondgebied van de lidstaat waarvan het minderjarige kind onderdaan is, toe te kennen.

76 Uit de punten 64 tot en met 75 van het onderhavige arrest volgt dat artikel 20 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat:

- wanneer de burger van de Unie meerderjarig is, het alleen in uitzonderlijke gevallen
- waarin de betrokkene, gelet op alle relevante omstandigheden, op geen enkele wijze kan worden gescheiden van het familielid van wie hij afhankelijk is - voorstelbaar is dat er een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat dat deze kan rechtvaardigen dat aan de betrokken derdelander op grond van die bepaling een afgeleid verblijfsrecht wordt toegekend;
- wanneer de burger van de Unie minderjarig is, bij de beoordeling of van een dergelijke afhankelijkheidsverhouding sprake is, in het belang van het kind rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, met name de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate waarin het een affectieve relatie met elk van zijn ouders heeft, en het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het werd gescheiden van de ouder die onderdaan van een derde land is. Voor de vaststelling dat van een dergelijke afhankelijkheidsverhouding sprake is, is het niet voldoende dat er met deze onderdaan een gezinsbond bestaat, of dat nu een biologische dan wel juridische is, noch is het daarvoor noodzakelijk dat het kind samenwoont met die onderdaan." (RvV, nr. 218 690 van 22 maart 2019) (eigen vetdruk)

Uit rechtspraak van het EHRM blijkt bovendien dat de gezinsband tussen een ouder en zijn minderjarig kind in principe wordt verondersteld (EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 60; EHRM 2 november 2010, Çerife Yigit/Turkije (GK), § 94). In beginsel ontstaat vanaf de geboorte tussen een minderjarig kind en zijn ouder een natuurlijke band die gelijkstaat met een gezinsleven. Ook het gezinsleven tussen verzoekster en zijn partner valt onder de bescherming van artikel 8 EVRM. Indien minderjarige kinderen betrokken zijn, zoals in deze zaak het geval is, dan moet bovendien het hoger belang van deze kinderen in acht worden genomen. Hoewel het hoger belang van het kind op zichzelf niet beslissend is, moet hieraan wel een belangrijk gewicht worden toegekend in de belangenafweging vereist onder artikel 8 van het EVRM (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 109).

Onder verwijzing van internationaal recht, waaronder artikel 9 van het Kinderrechtenverdrag en artikel 24 van het Handvest, zet het EHRM in een arrest van de Grote Kamer uiteen dat het beginsel van het belang van het kind twee aspecten omvat, met name het behouden van eenheid van het gezin en het welzijn van het kind (EHRM 6 juli 2010, nr. 41615/07, Neulinger en Shuruk v. Zwitserland (GK), §§ 48, 56 en 135-136).

Het blijkt niet dat de Staatssecretaris dit hoger belang van het kind op een zorgvuldige wijze in overweging heeft genomen in de bestreden beslissing.

In de bestreden beslissing wordt overwogen dat de heer K. niet samenwoont met de kinderen, hij niet de voornaamste zorgdrager is en dat ondanks dat er sprake is van een omgangsrecht is, niet blijkt dat de heer K. de voornaamste zorgdrager is.

Uit de voormelde rechtspraak blijkt echter dat het al dan niet samenwonen niet determinerend is bij het beoordelen van de aanvraag, noch dat het noodzakelijk dat de ouder de voornaamste zorgdrager is. Nagegaan dient te worden of er sprake is van een afhankelijkheidsverhouding tussen de derdelander en het minderjarige kind en deze afhankelijk dient niet alleen te worden beoordeeld op materieel niveau. De affectieve band tussen het kind en de derdelander is minstens even doorslaggevend.

Over de effectieve band van de heer K. met zijn kinderen die hij opgebouwd heeft in de periode 2008-2014 en dit alles gedurende legaal verblijf, wordt in de bestreden beslissing niets gezegd.

Evenmin wordt op een concrete wijze nagegaan of het in het belang van het kind is om te worden gescheiden van diens vader die ook heden een aanwezige en bestendige rol speelt in het leven van het kind. Het spreekt voor zich dat indien de heer KI. in het buitenland zou moeten verblijven deze bestendige band wordt doorbroken met zijn kind en hij niet verder een actieve en betrokken rol als ouder kan spelen. Bijvoorbeeld: het opvolgen van de schoolresultaten, het ondersteunen van het kind op emotioneel vlak, het doen van leuke dingen samen op regelmatige basis tijdens het weekend en de vakanties, het bijwonen van voetbalmatchen en trainingen...)

Verzoeker benadrukt ook dat de familierechter het akkoord heeft gehomologeerd hetgeen betekent dat elke Belgische overheid, en dus ook de verweerder, dient te erkennen dat dergelijke omgangsregeling bestaat en dat deze regeling tot stand is gekomen juist rekening houdende met het belang van het kind. Een uitspraak van de Familierechtbank heeft immers een gezag van gewijsde dat erga omnes geldt.

Al deze elementen zijn, in tegenstelling tot wat verwerende partij voorhield, doorslaggevend om de affectieve band die de kinderen met hun vader hebben gedegen te kunnen beoordelen en om tot een gunstige beoordeling te komen van de aanvraag tot gezinshereniging. In de beslissing wordt dan ook in het licht van voorgaande rechtspraak een te restrictieve invulling gegeven van de voorwaarden voor gezinshereniging met een minderjarige Unie-burger door het begrip zorgdragen steeds naar voren te schuiven.

Uw Raad oordeelde in het arrest met nr. 205 211 van 13 juni 2018 onder andere ook dat: "Met betrekking tot de vóór gelegde bewijzen van affectieve banden met de referentiepersoon, verwijst de verzoeker op goede gronden naar de door hem bij zijn aanvraag voorgelegde foto's. Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat het gaat om 11 verschillende foto's, waarop de verzoeker inderdaad samen met zijn dochter is te zien op duidelijke verschillende plaatsen, in verschillende seizoenen en op verschillende leeftijden van de dochter: gaande van baby, tot kleuter, tot de zesde verjaardag van het kind. Het loutere feit dat op de foto's geen specifieke datum is aan gebracht, doet geen afbreuk aan het gegeven dat de foto's duidelijk werden genomen op verschillende levensmomenten van de dochter en dat zij ook een beeld geven van affectie (omarmingen, kus, verjaardagscadeau) van het kind naar de verzoeker toe en omgekeerd.

Uit de bestreden beslissing blijkt evenwel dat geen enkele eerdere motivering wordt geboden dan het ongedateerd karakter ervan, om het geheel van de voorgelegde foto's niet te aanvaarden als een afdoende bewijs van affectieve banden. De Raad is dan ook van oordeel dat het elke redelijkheid te buiten gaat om deze foto's, louter omwille van het gebrek aan datering, niet te aanvaarden als bewijs van affectieve banden tussen de verzoeker en zijn minderjarige dochter. " (RvV, nr. 205 211 van 13 juni 2018, eigen onderlijning)

Het arrest onderstreept met andere woorden nogmaals het belang van de affectieve band.

De woning waar de kinderen in verblijven werd bovendien betaald door de heer K. middels zijn inkomsten als voetballer en hij zorgt dan ook tot op heden voor het dak boven hun hoofd. Ook woonde de heer K.- en verzoeker herhaalt- sinds de geboorte van de kinderen tot de breuk in 2014 samen met zijn gezin. Vanuit dat oogpunt is het niet ongeloofwaardig dat hij vandaag de bestaande affectieve band wenst te bestendigen en thans verder wenst uit te diepen.

De bevoegde Minister diende dan ook in de lijn van de voormelde rechtspraak de bestaande affectieve band en de eventuele negatieve gevolgen in geval van een langdurige breuk tussen de heer K. en zijn kinderen te beoordelen. Zij stelt daaromtrent louter dat de heer K. maar deze band dient te onderhouden vanop afstand (sociale media en/of occasionele bezoek in zoverre hij de logies kan betalen). Deze overweging is gratis en niet onderbouwd. Zo wordt niet onderzocht of verzoeker wel de nodige middelen heeft om deze bezoeken te financieren (minstens meerdere keren per jaar), noch wordt gestaafd dat het voldoende is voor de gezonde ontwikkeling van kinderen om slechts via sociale media een affectieve band te onderhouden met hun vader of moeder -quod certe non.

De beslissing miskent bovendien het persoonlijk recht tot omgang dat aan verzoeker werd toegekend door de Familierechtbank. Indien verzoeker in het derdeland verblijft, kan redelijkerwijs dit omgangsrecht niet worden uitgeoefend.

In de bestreden beslissing wordt enkel terecht overwogen dat het in het belang van de kinderen is dat zij hun vader leren kennen en hun contact kunnen behouden.

Het criterium 'ten laste zijn' moet tot slot zo worden begrepen dat moet worden nagegaan of de derdelander over voldoende bestaansmiddelen beschikt opdat de kinderen niet ten laste vallen van de ontvangende lidstaat, (zie HvJ EG 19 oktober 2004, zaak C-200/02, Kunquian Catherine Zhu en Man Lavette Chen/Secretary of State for the Home Department)

De relevante loonfiche tonen aan dat verzoeker over eigen inkomsten beschikt en niet ten laste valt van de overheid. Of het kind ten laste is van verzoeker of de moeder is daarentegen naast de kwestie.

Het eerste en enigste middel is gegrond."

2.2.1. Verzoeker diende een aanvraag gezinshereniging in op basis van artikel 40bis, § 2, eerste lid, 5° en § 4 van de vreemdelingenwet. Dit bepaalt:

"§ 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. [...]

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 artikel 40bis, § 2, 5°, volgt dat, om een recht op gezinshereniging met zijn minderjarig kind te doen gelden, de verzoeker het kind ten laste moet hebben en hij daadwerkelijk over het hoederecht moet beschikken.

Met betrekking tot de uitoefening van het hoederecht oordeelt de bestreden beslissing op determinerende wijze dat de akkoordconclusies die werden voorgelegd aantonen dat er een akkoord is over de verblijfsregeling van de kinderen, maar dat er nog geen akkoord is over de uitoefening van het ouderlijk gezag en het financiële luik. Er werden ook geen andere bewijzen voorgelegd. De bestreden beslissing besluit dat verzoeker niet samenwoont met het kind-referentiepersoon en dat deze laatste bij de moeder woont, zodat niet blijkt dat verzoeker het hoederecht uitoefent. Er blijkt niet dat verzoeker de voornaamste zorgdrager is voor het kind.

2.2.2. Waar verzoeker in zijn middel verwijst naar jurisprudentie met toepassing van het arrest van het Hof van Justitie van 8 mei 2018, in de zaak C-82/16 inzake *K.A. e.a.*, merkt de Raad op dat deze rechtspraak betrekking heeft op de vraag in welke mate het bestaan van een inreisverbod kan verhinderen dat een verblijfsaanvraag ingediend door een derdelander, familielid van een Unieburger die de nationaliteit van die lidstaat bezit en zijn recht op vrij verkeer nooit heeft uitgeoefend, in aanmerking wordt genomen. *In casu* is deze vraag echter niet aan de orde; de verblijfsaanvraag werd wel degelijk in behandeling genomen door de verwerende partij. Er werd besloten dat verzoeker niet aantoont dat hij voldoet aan de grondvoorwaarden om het verblijfsrecht op grond van artikel 40bis, § 2, 5°, van de vreemdelingenwet, te verkrijgen. Verzoekers betoog met betrekking tot het arrest *K.A.* is dan ook niet dienstig.

Artikel 40, § 4, 5°, van de vreemdelingenwet werd ingevoegd door artikel 16 van de wet van 19 maart 2014 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat het de bedoeling van de wetgever was om jurisprudentie van het Hof van Justitie, bepaald in het arrest van 19 oktober 2004 betreffende de zaak *Zu en Chen* (C-200/02), in het Belgisch recht te bekrachtigen. In deze rechtspraak werd bepaald dat artikel 18 EG (nu artikel 21 VWEU) en de Richtlijn 90/364 betreffende het verblijfsrecht aan de minderjarige onderdaan van een lidstaat die gedekt is door een passende ziektekostenverzekering en die ten laste komt van een ouder die zelf onderdaan is van een derde staat en wiens bestaansmiddelen toereikend zijn om te voorkomen dat genoemde minderjarige ten laste komt van de overheidsfinanciën van de lidstaat van ontvangst, een recht om voor onbepaalde duur op het grondgebied van deze laatste staat te verblijven, verlenen. De ouder die daadwerkelijk voor die onderdaan zorgt, heeft het recht om met deze laatste in de lidstaat van ontvangst te verblijven. Het doel is het nuttig effect van de rechten die verbonden zijn met het Europees burgerschap van het minderjarig kind te garanderen, in het bijzonder het recht op vrij verkeer waarvan hij krachtens artikel 21 van het VWEU geniet (Stukken van de Senaat 5-2490, 2013/2014).

2.2.3. In de bestreden beslissing wordt er wat betreft het hoederecht verwezen naar de akkoordconclusies van 25 november 2020 waaruit blijkt dat verzoeker en zijn ex-partner in onderling akkoord tot een verblijfsregeling zijn gekomen voor beide kinderen. Uit de voormelde akkoordconclusies blijkt dat verzoekers kinderen het eerste en het derde weekend van de maand bij verzoeker verblijven alsook de helft van de schoolvakanties. De bestreden beslissing leidt hieruit af dat beide kinderen van verzoeker bij hun moeder woonachtig zijn en dat verzoeker niet de voornaamste zorgdrager is van de kinderen. Er wordt bovendien gemotiveerd dat uit de akkoordconclusie tevens blijkt dat nog geen akkoord is getroffen over het ouderlijk gezag en het financiële luik. Beide kinderen zijn woonachtig bij hun Nederlandse moeder waardoor deze laatste volgens verweerder tevens instaat voor de dagelijkse zorgen van de kinderen. Verweerder concludeert dat verzoeker geen hoederecht uitoefent over zijn kinderen.

Verder benadrukt de bestreden beslissing dat de weigering niet tot gevolg heeft dat het Nederlandse kind het grondgebied zou moeten verlaten, aangezien het vrij verkeer van het kind wordt gevrijwaard door de aanwezigheid van de moeder die in België verblijft, instaat voor de dagelijkse zorg van het kind en het ongetwijfeld ten laste heeft.

Verzoeker maakt niet aannemelijk dat deze beoordeling in strijd is met artikel 40bis, § 2, 5°, noch met de jurisprudentie van het Hof van Justitie die deze bepaling geacht wordt om te zetten in de Belgische wetgeving.

Waar verzoeker de schending aanvoert van artikel 9 van het Kinderrechtenverdrag en artikel 24 van het Handvesten van de Grondrechten van de Europese Unie, merkt de Raad op dat de verplichting om bij het nemen van de beslissing rekening te houden met de belangen van de kinderen er niet toe leidt dat de grondvoorwaarden voor het verblijf zoals bepaald in artikel 40bis van de vreemdelingenwet niet langer zouden moeten worden toegepast.

Waar verzoeker verwijst naar het feit dat hij in 2008 en 2014 in België verbleef, blijkt niet dat dit element werd voorgelegd aan de verwerende partij, zo uit dit element al zou blijken dat verzoeker het hoederecht heeft en het kind ten laste heeft.

Waar verzoeker aanvoert dat de familierechter het akkoord tussen verzoeker en zijn vrouw met betrekking tot het verblijf van het kinderen, merkt de Raad op dat een dergelijk akkoord tussen ex-partners, zelfs gehomologeerd door de familierechter, er niet toe strekt dat niet langer moet worden voldaan aan de bij wet bepaalde verblijfsvoorwaarden.

Bovendien bevat de bestreden beslissing wel degelijk een motivering met betrekking tot artikel 8 van het EVRM, hetgeen impliceert dat ook rekening werd gehouden met het gezinsleven, waaronder de belangen van de minderjarige kinderen. Hierover wordt gemotiveerd dat verzoeker sinds jaren geen deel meer uitmaakt van het kerngezin van zijn kinderen, hij verbleef immers jarenlang in het buitenland. Verweerder motiveert dat er derhalve geen sprake meer is van een beschermenswaardig gezinsleven. De bestreden beslissing erkent dat de kinderen er belang bij hebben contact te onderhouden met hun vader, doch dit hoeft niet te betekenen dat verzoeker daartoe verblijfsrecht moet krijgen in België. Verzoeker zou vanop afstand de relatie met zijn kinderen in stand kunnen houden door gebruik te maken van sociale media en/of occasionele bezoeken van de kinderen of omgekeerd.

Verzoeker wijst er op dat hij van 2008 tot 2014 in België heeft verbleven, doch dit houdt niet in dat de afweging in het kader van artikel 8 van het EVRM kennelijk onredelijk zou zijn. Verzoeker wordt niet bijgetreden waar hij aanvoert dat hij gescheiden wordt van zijn kind, nu niet wordt betwist dat verzoeker van 2014 tot 2018 uit eigen beweging gescheiden van zijn kinderen in het buitenland heeft gewoond. Er blijkt ook geenszins dat de weigering om aan de verzoeker een onbeperkt verblijfsrecht toe te kennen, er toe zou leiden dat verzoeker de contacten met zijn kinderen niet langer zou kunnen onderhouden.

Het middel is niet gegrond.

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 achtentwintig januari tweeduizend tweeëntwintig door:

dhr. C. VERHAERT,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

mevr. A.-M. DE WEERDT,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

A.-M. DE WEERDT

C. VERHAERT