

Arrest

nr. 269 788 van 15 maart 2022
in de zaak RvV X / II

In zake: X

Gekozen woonplaats: X

tegen:

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

DE VOORZITTER VAN DE IIde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Albanese nationaliteit te zijn, op 4 november 2021 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie van 4 oktober 2021 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met 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 beschikking houdende de vaststelling van het rolrecht van 25 november 2021 met refertenummer X

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 25 januari 2022, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 15 februari 2022.

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. CAMU.

Gehoord de opmerkingen van advocaat M. KALIN, die *loco* advocaat V. NEERINCKX verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat B. HEIRMAN, 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

De verzoekende partij verklaart van Albanese nationaliteit te zijn, geboren te Mirdite op 19 mei 1988.

Op 15 juni 2020 heeft de dochter van de verzoekende partij een aanvraag ingediend voor een verklaring tot inschrijving als EU-burger.

De gemachtigde van de burgemeester van Antwerpen nam op 23 september 2020 een beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20) ten aanzien van de minderjarige dochter van de verzoekende partij.

Op 18 november 2020 heeft de verzoekende partij samen met haar echtgenoot een aanvraag tot gezinshereniging in functie van hun minderjarige dochter ingediend.

De gemachtigde van de burgemeester van Antwerpen nam op 26 februari 2021 twee beslissingen tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20).

Tegen deze beslissingen dienden de verzoekende partij en haar echtgenoot een beroep in bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad), die het beroep, bij arrest nr. 256 156 van 10 juni 2021, verwierp.

Op 8 april 2021 diende de verzoekende partij opnieuw een aanvraag in tot gezinshereniging met haar minderjarige dochter.

Op 4 mei 2021 werd de dochter van de verzoekende partij in het bezit gesteld van een verblijfsvergunning.

Op 4 oktober 2021 beslist de gemachtigde van de bevoegde staatssecretaris (hierna: de gemachtigde) tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20). Dit is de bestreden beslissing en deze is als volgt gemotiveerd:

“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 08.04.2021 werd ingediend door:

Naam: G.

Voorna(a)m(en): D.

Nationaliteit: Albanië

Geboortedatum: 19.05.1988

Geboorteplaats: Zall Xhuxhe, Mirdite

Identificatienummer in het Rijksregister: (...)

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 vraagt gezinshereniging aan in functie van haar minderjarig Grieks kind, G. E. (RR: 12.08.21 450-33), 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 zij over voldoende bestaansmiddelen beschikt om in haar eigen behoeften en die van haar 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.

Als bewijs van bestaansmiddelen legt betrokkene loonfiches en een arbeidsovereenkomst voor van haar partner, G. A., van Albanese nationaliteit. Betrokkene zelf, kan geen bewijs van bestaansmiddelen voorleggen.

Met de inkomsten van de vader van het kind wordt geen rekening gehouden. In het kader van een aanvraag gezinshereniging volgens artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet van 15.12.1980 is het immers de aanvragende ouder die dient aan te tonen de referentiepersoon ten laste te hebben (en dus zelf over voldoende bestaansmiddelen te beschikken om dit te kunnen), daarom kunnen deze stukken niet mee in overweging genomen worden bij de beoordeling van de bestaansmiddelen van betrokkene.

Ter staving van een figuurlijke afhankelijkheid van het kind tegenover betrokkene, werden geen bewijzen voorgelegd. Zij wonen evenwel samen sinds 18.11.2020 en de emotionele band tussen moeder en kind wordt niet betwist. Echter, een louter gezinsleven met haar minderjarig kind volstaat niet om het verblijfsrecht als moeder van een minderjarige burger van de Unie te erkennen, daartoe zijn specifieke wettelijke voorwaarden bepaald waaraan de aanvrager dient te voldoen. Bovendien, het verblijfsrecht van het EU-kind dient niet in het gedrang te komen: de vader van het kind woont ook sinds november 2020 onafgebroken in België. Op basis van wat voorligt kan geenszins worden afgeleid welk aandeel betrokkene mogelijks opneemt in de zorg over het kind. Op basis van de voorgelegde bewijsstukken kan er in elk geval niet toe besloten worden dat de moeder de voornaamste zorgdrager zou zijn van het kind. Nergens uit het dossier blijkt verder dat de vader van het kind er niet verder toe in staat zou zijn (fysiek, mentaal) om het kind op te voeden of er niet toe bereid zou zijn om het kind op te voeden. Het kind woont, zoals gesteld, eveneens samen met de vader wat voldoende bewijs lijkt van zijn bereidwilligheid. Verder heeft het kind verblijfsrecht ontleend aan de vader. Het verblijfsrecht van het kind komt dus helemaal niet in het gedrang door de afwezigheid van betrokkene. De vader is immers houder van het verblijfsrecht in België als EU-onderdaan. Niets sluit uit dat vader en kind verder in België verblijven en dat betrokkene een andere verblijfplaats kiest. De vader kan net als elke andere inwoner in België gebruik maken van ondersteuning allerhande (kinderopvang, opvoedingsondersteuning, alle mogelijke medische ondersteuning, opvolging door Kind&Gezin en/of het CLB, edm.) in functie van het welzijn van het kind, om het alle kansen te bieden om haar ontwikkeling en welbevinden te vrijwaren. Het risico op verstoring van het evenwicht van het kind door de afwezigheid van betrokkene wordt daarom als zeer laag ingeschat. Niets doet vermoeden dat, ook rekening houdend met de leeftijd van het kind, haar lichamelijke en emotionele ontwikkeling, in het gedrang zouden komen door de afwezigheid van betrokkene. Ook van op afstand kan betrokkene het moederschap - desgevallend tijdelijk - verder opnemen vanuit het buitenland. Door gebruik te maken van moderne communicatiemiddelen en/of periodieke bezoeken kan zij nauw betrokken blijven bij het kind. Uit niets blijkt verder dat zij haar gezins- en familieleven met referentiepersoon, die de Griekse nationaliteit heeft, niet elders dan in België zou kunnen. Hoe dan ook, huidige beslissing heeft uiteraard enkel betrekking op betrokkene;

Het is aan de ouders om in het belang van het kind te beslissen waar referentiepersoon het best kan verblijven en hoe zij de contacten met het kind verder wensen te organiseren nadat betrokkene het land - al dan niet tijdelijk - heeft verlaten. De voorwaarden van art. 40bis, §2, 5° zijn niet voldaan.

Bijgevolg heeft betrokkene niet aannemelijk gemaakt dat zij het kind dat zij wenst te vervoegen ten laste heeft zoals vereist door art. 40bis, §2, eerste lid, 5°.

Het recht op verblijf wordt geweigerd aan betrokkene. Het Al van betrokkene dient te worden ingetrokken. De Dienst Vreemdelingenzaken wenst uw 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 u aan uw dossier grondig na te kijken vooraleer een nieuwe aanvraag in te dienen."

2. Onderzoek van het beroep

2.1. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 40bis, §2, 5° 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), van het redelijkheidsbeginsel, van het zorgvuldigheidsbeginsel, van de materiële motiveringsplicht, van artikel 62 van de Vreemdelingenwet, en van de artikelen 374, 1405, 1415, en 1416 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: het B.W.).

De verzoekende partij licht haar enig middel als volgt toe:

“Verwerende partij houdt ten onrechte geen rekening met het gegeven dat verzoekster gehuwd is met dhr. A. G., vader van haar kinderen.

Als gehuwde ouders wonen zij in gezinsverband samen met hun kinderen in de (...) te Antwerpen. Ook in Albanië woonden zij steeds samen.

Ten bewijze van het huwelijk wordt onder stuk 2 de betreffende huwelijksakte bijgebracht en onder stuk 3 wordt het attest van samenstelling van gezin (uit Albanië) bijgebracht.

Dit huwelijk werd nochtans reeds meermaals ter kennis gebracht aan verwerende partij, minstens diende verwerende partij hiervan kennis te hebben:

- *zie aanvraagformulier Stad Antwerpen waarop gehuwde status verzoekster uitdrukkelijk wordt aangegeven (stuk 5);*
- *zie neergelegde loonfiches waarop vermeld staat dat dhr. G. gehuwd is;*

Minstens behoorde verwerende partij rekening te houden met deze mogelijkheid en desgevallend zich te bevragen c.q. te onderzoeken.

4.

Uit voormeld huwelijk van verzoekster met de vader van de kinderen (dhr. A. G.) dienen uiteraard de wettelijk bepaalde gevolgtrekkingen te worden afgeleid.

Verzoekster is zonder huwelijksvereenkomst gehuwd zodat overeenkomstig art. 1405 § 1 B.W. de inkomsten als gemeenschappelijk dienen te worden beschouwd en dus in de huwgemeenschap vallen.

Art. 1405A § 1. Gemeenschappelijk pijn :

1. de inkomsten uit de beroepsbezigheden van elk der echtgenoten, alle inkomsten of vergoedingen die pe vervangen of aanvullen, evenals de inkomsten uit openbare of particuliere mandaten; de opzeggingsvergoeding en andere uitkeringen waarop een echtgenoot wegens beëindiging van pijn arbeidsovereenkomst gerechtigd is, voor het deel daarvan dat overeenstemt met de opzeggingstermijn die tijdens het stelsel loopt;

M.b.t. dit gemeenschappelijk vermogen bepalen art. 1415 en 1416 B.W. als volgt:

Art. 1415. Het bestuur omvat alle bevoegdheden van beheer; genot en beschikking.

De echtgenoten besturen het gemeenschappelijk vermogen in het belang van het gezin, naar de navolgende regels.

Art. 1416. Het gemeenschappelijk vermogen wordt bestuurd door de ene of door de andere echtgenoot die de bestuursbevoegdheden alleen kan uitoefenen, onder gehoudenheid voor ieder van hen om de bestuurshandelingen van de andere te eerbiedigen.

Als echtgenote beschikt verzoekster aldus over alle bevoegdheden van beheer, genot en beschikking en over de bevoegdheid om het vermogen te besturen in het belang van het gezin.

Waar de bestreden beslissing stelt dat met de inkomsten van de vader geen rekening wordt gehouden, aangezien “het de aanvragende ouder is die dient aan te tonen de referentiepersoon ten laste te hebben en dus zelf over voldoende bestaansmiddelen te beschikken”, is deze beslissing manifest strijdig met voormelde artikelen.

Uit voormelde artikelen dient immers te worden afgeleid dat de echtgenote beschikt over alle bestuursbevoegdheden over het gemeenschappelijk vermogen, waaronder het maandelijkse netto-loon van 2.500 van haar echtgenoot, zodat het kind kan worden geacht ten laste te vallen van (het gemeenschappelijk vermogen) van beide ouders, en dus ook van verzoekster.

Belangrijker en in wezen prealabel aan voorgaande: waar de bestreden beslissing stelt dat het aan verzoekster toekomt om aan te tonen dat de referentiepersoon ten hare laste is en “dus dat zij zelf over voldoende bestaansmiddelen beschikt”, kan de motivering in geen geval worden aangenomen. De vraag of een kind ten laste is, betreft de vraag of een ouder kan worden beschouwd als in te staan voor

het onderhoud, opvoeding en opleiding van het kind, i.e. een criterium dat geen noodzakelijk verband houdt met de omvang van de bestaansmiddelen van de betreffende ouder.

5.

Ook de ganse theoretische uiteenzetting van verwerende partij nopens de (afwezigheid van) "figuurlijke afhankelijkheid" van het kind tgo. verzoekster, snijdt geen hout.

Vooreerst werd wel degelijk aangetoond dat het kind (ook) als ten laste van de moeder dient te worden beschouwd, aangezien beide ouders gehuwd zijn, samen wonen en samen instaan voor het onderhoud, opvoeding en opleiding van de kinderen.

Bovendien rust het ouderlijk gezag over het kind bij de beide ouders dat door beide ouders gezamenlijk wordt uitgeoefend (art. 373 B.W.)

Waar verwerende partij in de bestreden beslissing betoogt dat het verzoekster zou toekomen aan te tonen welk precies aandeel zij in de opvoeding waarneemt, is de bestreden beslissing strijdig met het principe van de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag door samenlevende ouders en de mogelijkheid voor beide ouders om alleen te handelen (art. 374 B.W.)

Weze bovendien onderstreept dat verzoekster met haar echtgenoot samen de kinderen opvoedt, en dat het aldus niet af te lijnen is welk precies "aandeel" zij dan wel waarneemt.

Gelet op de voltijdse tewerkstelling van de echtgenote van verzoekster als vrachtwagenchauffeur, is het de facto verzoekster die instaat voor de dagdagelijkse activiteiten (koken, wassen, ...) hetgeen overigens redelijkerwijze door verwerende partij vermoed kan/ kon worden.

6.

De overwegingen welke verwerende partij ontwikkelt rond haar theoretische stelling dat verzoekster ook "vanuit Albanië dit moederschap kan opnemen" (sic) zijn allesbehalve terzake.

Voor de beoordeling van de aanvraag dient onderzocht of

- *het kind kan worden beschouwd als ten laste van de aanvrager: het kind is in casu afhankelijk van beide ouders met wie zij samenleeft (cfr. supra);*
- *de aanvrager over het hoederecht beschikt: verzoekster beschikt als samenlevende ouder samen met haar echtgenoot over het gezamenlijk ouderlijk gezag (cfr. supra)*

De overwegingen dat E. (thans 9 jaar oud, die nota bene steeds met haar vader en moeder heeft samengeleefd (zowel in Albanië als in België)), geen verstoring van haar evenwicht zou kennen door de afwezigheid van haar moeder en dat gelet op de leeftijd van E. (9 jaar) niets doet vermoeden dat haar emotionele ontwikkeling in het gedrang zou komen door de afwezigheid van haar moeder, zijn overwegingen welke verzoekster werkelijk met verstomming slaan, welke uiteraard niet ernstig zijn, en welke verzoekster voor het overige liever in het midden laat.

Een schending van art. 40bis Vreemdelingenwet iuo. het redelijkheidsbeginsel iuo. het zorgvuldigheidsbeginsel dient te worden aangenomen.

2.2. De materiële motiveringsplicht houdt in dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op deugdelijke motieven, dit zijn motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren bewezen is en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking genomen kunnen worden (RvS 14 juli 2008, nr. 185.388; RvS 20 september 2011, nr. 215.206; RvS 5 december 2011, nr. 216.669).

Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De zorgvuldigheidsplicht legt de overheid onder meer op 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 zij met kennis van zaken kan beslissen (RvS 22 november 2012, nr. 221.475).

Zowel bij het beoordelen van de zorgvuldigheidsplicht als bij de beoordeling van de materiële motiveringsplicht, treedt de Raad niet op als rechter in hoger beroep die de ware toedracht van de feiten

gaat vaststellen. Hij onderzoekt enkel of de overheid in redelijkheid is kunnen komen tot de door haar gedane feitenvaststelling en of er in het dossier geen gegevens voorhanden zijn die met die vaststelling onverenigbaar zijn. Verder toetst de Raad in het kader van zijn wettigheidstoezicht of het bestuur is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of het de feitelijke vaststellingen correct heeft beoordeeld en of het op grond daarvan niet onredelijk tot zijn besluit is gekomen (cf. RvS 7 december 2001, nr. 101.624).

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).

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

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

De Raad stelt vast dat de bestreden beslissing in het dragend hoofdmotief steunt op de afwezigheid van bestaansmiddelen die de verzoekende partij zelf genereert nu de beslissing in detail verwijst naar de door de verzoekende partij voorgelegde bestaansmiddelen, waarbij het gaat om een arbeidsovereenkomst en loonbrieven van haar partner. Vervolgens stelt de bestreden beslissing dat van betrokkene zelf geen bewijzen van bestaansmiddelen worden voorgelegd, zodat “bijgevolg” betrokkene niet aannemelijk maakt dat zij het kind dat zij wenst te vervoegen “ten laste” heeft zoals vereist door artikel 40bis, § 2, eerste lid, 5° van de Vreemdelingenwet.

In subsidiaire orde stelt de gemachtigde dat eveneens de figuurlijke afhankelijkheid van het kind ten aanzien van de moeder moet in overweging worden genomen, dat niet wordt betwist dat betrokkene en het kind samenwonen en een emotionele band hebben, doch dat een goede affectieve band onvoldoende is aangezien het om een afhankelijkheidsrelatie moet gaan waardoor de aanwezigheid van de betrokkene onontbeerlijk is voor het kind, waartoe geen enkele aanwijzing voorligt. Volgens de gemachtigde komt het verblijfsrecht van het kind niet in het gedrang door de afwezigheid van de moeder.

Zoals gesteld blijkt uit de bestreden beslissing dat de gemachtigde voor de conclusie dat het kind van de verzoekende partij niet ten hare laste is in hoofdzaak steunt op het feit dat zij niets heeft voorgelegd betreffende de bestaansmiddelen die zij zelf weet te verwerven en ter beschikking kan stellen van haar minderjarige kind. Het begrip ‘ten laste zijn’, zoals voorzien in artikel 40bis, § 2, 5° van de Vreemdelingenwet, wordt door de verwerende partij zodoende in hoofdzaak vanuit financieel oogpunt beoordeeld.

In casu wordt uitvoering gegeven aan het Unierecht, aangezien duidelijk door een derdelander als ouder gezinshereniging wordt beoogd met zijn minderjarig kind dat unieburger is en dit kind zich in een ander unieland bevindt dan zijn eigen nationaliteit. De Griekse nationaliteit van het kind wordt niet betwist zodat de Raad ertoe gehouden is aan de desbetreffende nationaalrechtelijke bepalingen (bepalingen die *in casu* zijn neergelegd in de artikelen 40bis, § 2, 5° en 40bis, § 4, laatste lid van de Vreemdelingenwet) en dus aan het begrip ‘ten laste’ een uitlegging te geven die richtlijnconform is en compatibel met de uitlegging die het Hof van Justitie eraan heeft gegeven.

In dit kader kan worden verwezen naar het arrest van 9 oktober 2004, zaak C-200/02, Kunquian Catherine Zhu en Man Lavette Chen t. Secretary of State for the Home Department (hierna: Zhu en Chen) van het Hof van Justitie. De relevantie van dit arrest blijkt tevens uit de voorbereidende werken inzake artikel 40bis, § 2, 5° van de Vreemdelingenwet. In deze voorbereidende werken (*Parl.St.*, Kamer, 2013-2014, DOC 53 3239/001 17) staat: “*Artikel 16 wil de les van het Hof van Justitie, die getrokken werd uit het arrest van 19 oktober 2004 betreffende de zaak Zhu en Chen (C-200/02), in het Belgisch recht bekrachtigen. In het kader van latere zaken werd trouwens meermaals aan deze les herinnerd (zie met name arrest van 8 november 2012, Lida, C-40/11). In zijn “Chen”-arrest heeft het Hof van Justitie voor recht verklaard 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. In dat geval geven deze zelfde bepalingen de ouder die daadwerkelijk voor die onderdaan zorgt het recht met deze laatste in de lidstaat van ontvangst te verblijven. Bijgevolg moeten de lidstaten de ouder die een onderdaan van een derde staat is en wiens kind zich in een dergelijke situatie bevindt toestaan om met zijn kind op hun grondgebied 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 (zie arrest “Zu en Chen”, punten 45 en 46). In de praktijk werd de verblijfssituatie van deze ouder tot op heden vanuit de invalshoek van de artikelen 9 en 9bis van de wet geregeld, krachtens de discretionaire bevoegdheid waarover de administratieve overheid principieel beschikt. Voortaan zullen de vader of de moeder van een minderjarige burger die zich in een situatie zoals die in de zaak “Zu en Chen” bevindt een beroep kunnen doen op een recht op verblijf, op basis van artikel 40bis van de wet.”

Hieruit blijkt dat het de bedoeling is van de wetgever om de situatie te regelen van de vader of de moeder van een minderjarige burger van de Unie, zoals die in de zaak Zhu en Chen.

In de voormelde zaak bepaalt het Hof dat artikel 1, eerste lid van de richtlijn 90/364 geen eisen stelt ten aanzien van de herkomst van de middelen (punt 30). Het toevoegen van een vereiste met betrekking tot de herkomst van de bestaansmiddelen zou een onevenredige inmenging vormen in de uitoefening van het door artikel 18 EG gewaarborgde fundamentele recht van vrij verkeer en verblijf, aangezien deze niet noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het beoogde doel, te weten de bescherming van de overheidsfinanciën van de lidstaten (punt 33). Het kind hoeft daarom niet zelfstandig of persoonlijk over de bestaansmiddelen te beschikken. Vervolgens overweegt het Hof dat ook de ouder die daadwerkelijk de zorg draagt voor het kind een verblijfsrecht aan het Gemeenschapsrecht kan ontnemen. Zou dit anders zijn, dan zou het verblijfsrecht van het kind, dat unieburger is, ieder nuttig effect worden ontnomen.

De basisoverwegingen in dit arrest zijn de volgende:

“30 Volgens de bewoordingen van artikel 1, lid 1, van richtlijn 90/364 volstaat het dat onderdanen van lidstaten over toereikende bestaansmiddelen „beschikken”. Deze bepaling stelt niet het minste vereiste met betrekking tot de herkomst van deze middelen.

33 De door de Ierse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk voorgestane uitlegging van de voorwaarde inzake toereikende bestaansmiddelen in de zin van richtlijn 90/364, zou aan die voorwaarde zoals zij in deze richtlijn is geformuleerd, een vereiste met betrekking tot de herkomst van de bestaansmiddelen toevoegen, hetgeen een onevenredige inmenging zou vormen in de uitoefening van het door artikel 18 EG gewaarborgde fundamentele recht van vrij verkeer en verblijf, aangezien deze niet noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het beoogde doel, te weten de bescherming van de overheidsfinanciën van de lidstaten.

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

46 Om deze enkele reden moet worden geantwoord dat wanneer, zoals in het hoofdgeding, artikel 18 EG en richtlijn 90/364 een recht om voor onbepaalde tijd op het grondgebied van de ontvangende lidstaat te verblijven verlenen aan de minderjarige van jonge leeftijd die onderdaan is van een andere lidstaat, deze zelfde bepalingen de ouder die daadwerkelijk voor deze onderdaan zorgt, toestaan om met deze laatste in de lidstaat van ontvangst te verblijven.

47 Derhalve moet aan de verwijzende rechterlijke instantie worden geantwoord dat artikel 18 EG en richtlijn 90/364, in omstandigheden als die in het hoofdgeding, de minderjarige van jonge leeftijd die onderdaan is van een lidstaat, die is gedekt door een passende ziektekostenverzekering en 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 verlenen om voor onbepaalde tijd op het grondgebied van deze laatste staat te verblijven. In dat geval geven deze zelfde bepalingen de ouder die daadwerkelijk voor die onderdaan zorgt het recht, met deze laatste in de lidstaat van ontvangst te verblijven.”

De in het arrest Zhu en Chen vermelde richtlijn 90/364/EEG werd vervangen door de Burgerschapsrichtlijn. De voorwaarden voor het verblijfsrecht, bedoeld in artikel 1, eerste lid van de richtlijn 90/364/EEG, zijn van gelijke strekking als de voorwaarden van artikel 7, eerste lid, aanhef en onder b) van de Burgerschapsrichtlijn. Bijgevolg kan de beoordeling in het arrest Zhu en Chen worden getransponeerd op het thans aan de orde zijnde verblijfsrecht van de minderjarige burger van de Unie, zoals bepaald in artikel 7.1.b) van de Burgerschapsrichtlijn.

In casu kan de verzoekende partij dan ook gevolgd worden in haar betoog dat de beslissing niet wettig is waar zij stelt dat het de aanvragende ouder is die dient aan te tonen de referentiepersoon ten laste te hebben en dus zelf over voldoende bestaansmiddelen moet beschikken.

In de mate dat de verwerende partij van oordeel is dat het genot van dit verblijfsrecht van het kind van de verzoekende partij niet afhankelijk is van het verblijfsrecht van de verzoekende partij zelf, merkt de Raad op dat een dergelijk onderzoek niet op afdoende wijze blijkt uit de motieven van de beslissing, noch uit het administratief dossier.

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat het effectieve genot van het verblijfsrecht in het gastland van een minderjarige Unieburger van jonge leeftijd vooropstaat en dat dit effectieve genot noodzakelijkerwijs impliceert dat dit kind het recht heeft om te worden begeleid door de persoon die er daadwerkelijk voor zorgt. De voorwaarden dat de minderjarige Unieburger “ten laste” is van de ouderderdelander, enerzijds, en dat deze ouder-derdelander de “daadwerkelijke zorg” draagt voor de minderjarige Unieburger, anderzijds, liggen in dezelfde lijn. Wat hier wordt beoogd is dat een feitelijke situatie wordt aangetoond waaruit blijkt dat de minderjarige Unieburger afhankelijk is van de ouder, waarbij deze afhankelijkheid voortvloeit uit de omstandigheid dat het kind daadwerkelijk wordt verzorgd door de ouder die het verblijfsrecht vraagt.

In casu werd dit onderzoek niet op zorgvuldige of afdoende wijze gedaan. Aan de verzoekende partij wordt het verblijfsrecht immers geweigerd op grond van het hoofdmotief dat niet is aangetoond dat haar minderjarige kind, te hare laste is omdat zij enkel inkomsten van de vader voorlegt, doch geen eigen inkomsten genereert. Aldus wordt het verblijfsrecht in hoofdorde geweigerd omdat niet is aangetoond dat zij zelf financieel instaat voor haar minderjarige kind, hetgeen echter het begrip ‘ten laste’ op kennelijk onredelijke wijze en in strijd met de hoger besproken rechtspraak van het Hof van Justitie invult op een wijze waarbij ten onrechte wel een bijkomende vereiste wordt gesteld aan de herkomst van de bestaansmiddelen. De gemachtigde heeft de bestaansmiddelen van de vader gewoon terzijde geschoven en heeft niet onderzocht of dat deze bestaansmiddelen van de vader de verwezenlijking van het beoogde doel kunnen waarmaken, met name de bescherming van de Belgische overheidsfinanciën (arrest Zhu en Chen punt 33).

Daarnaast stelt de gemachtigde in de bestreden beslissing dat het ten laste zijn ook figuurlijk moet ingevuld worden door met de affectieve band tussen de moeder en het kind rekening te houden. Er wordt opgemerkt dat niet wordt betwist dat betrokkene en het kind een emotionele band hebben. Een louter gezinsleven volstaat voor de gemachtigde niet, het moet om een afhankelijkheidsrelatie gaan waardoor de aanwezigheid van de verzoekende partij onontbeerlijk is om het verblijfsrecht van het EU kind niet in het gedrang te laten komen. Zo dient te worden nagegaan wie de daadwerkelijke zorg over het kind draagt.

Enerzijds erkent de gemachtigde uitdrukkelijk dat niet betwist wordt dat de verzoekende partij en haar minderjarig kind een emotionele band hebben. Daarnaast wordt er evenmin betwist dat de verzoekende partij en haar partner gehuwd zijn en met hun minderjarig kind samenwonen. Anderzijds acht de gemachtigde de aanwezigheid van de verzoekende partij op het grondgebied niet nodig. Zo motiveert de verwerende partij: *“Nergens uit het dossier blijkt verder dat de vader van het kind er niet verder toe in staat zou zijn (fysiek, mentaal) om het kind op te voeden of er niet toe bereid zou zijn om het kind op te voeden. Het kind woont, zoals gesteld, eveneens samen met de vader wat voldoende bewijs lijkt van zijn bereidwilligheid. Verder heeft het kind verblijfsrecht ontleend aan de vader.”*

In beginsel is het in het belang van het kind dat het door beide ouders wordt opgevoed, tenzij elementen zich daartegen verzetten. *In casu* heeft de gemachtigde echter uitdrukkelijk de emotionele band tussen de verzoekende partij en haar kind aanvaardt. Zij stelt echter laconiek dat niet blijkt dat de moeder de belangrijkste zorgdrager zou zijn en anderzijds nuanceert zij dit door te stellen dat de vader verder in staat is om het kind op te voeden.

Waar de verwerende partij stelt dat op basis van de voorgelegde bewijsstukken niet kan worden afgeleid dat de verzoekende partij de belangrijkste zorgdrager zou zijn voor haar minderjarig kind, is de bestreden beslissing kennelijk onredelijk gemotiveerd. De verzoekende partij heeft immers bewijzen voorgelegd van de voltijdse tewerkstelling van haar echtgenoot als vrachtwagenchauffeur. Gezien de verzoekende partij zelf geen inkomsten genereert en zij samen met haar echtgenoot en minderjarig kind samenwoont, kan logischerwijze aangenomen worden dat zij instaat voor de dagelijkse zorg van haar minderjarig kind. Het louter gegeven dat de verwerende partij van oordeel is dat de vader in staat zou zijn om het kind verder op te voeden door onder meer gebruik te maken van allerlei ondersteuning doet geen afbreuk aan het gegeven dat de verwerende partij op een kennelijk onredelijke wijze heeft vastgesteld dat de moeder niet de voornaamste zorgdrager zou zijn.

Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat de gemachtigde niet deugdelijk heeft gemotiveerd en geen zorgvuldig onderzoek heeft gevoerd omtrent de aanvraag voor een verblijf als moeder van een minderjarige burger van de Unie op grond van artikel 40bis, § 2, 5° van de Vreemdelingenwet.

Een schending van de materiële motiveringsplicht en van de zorgvuldigheidsplicht in het licht van artikel 40bis, § 2, 5° van de Vreemdelingenwet is dan ook aangetoond.

Het verweer in de nota met opmerkingen doet hieraan geen afbreuk.

Het middel is in de besproken mate gegrond.

3. Kosten

Het door de verzoekende partij onverschuldigd gekweten rolrecht ten belope van 372 euro dient te worden terugbetaald.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1.

De beslissing van de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie van 4 oktober 2021 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten, wordt vernietigd.

Artikel 2

Het door de verzoekende partij onverschuldigd gekweten rolrecht ten belope van 372 euro dient te worden terugbetaald.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op vijftien maart tweeduizend tweeëntwintig door:

mevr. J. CAMU,

kamervoorzitter,

mevr. C. VAN DEN WYNGAERT,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

C. VAN DEN WYNGAERT

J. CAMU