

## Arrest

nr. 275 008 van 6 juli 2022  
in de zaak RvV X / II

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat J. BAELDE  
Koning Albert I-laan 40 / 00.01  
8200 SINT-MICHIELS

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 Oegandese nationaliteit te zijn, op 26 april 2022 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie van 4 april 2022 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20).

Gezien titel I *bis*, hoofdstuk 2, afdeling IV, onderafdeling 2, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 10 mei 2022, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 14 juni 2022.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken M. BEELEN.

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. HAEGEMAN, die *loco* advocaat J. BAELDE verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat B. BUYLE, die *loco* advocaten C. DECORDIER & T. BRICOUT verschijnt voor de verwerende partij.

### WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

Het feitenrelaas wordt als volgt voorgesteld door de verwerende partij in haar nota met opmerkingen:

*“Verzoekende partij verklaart van Oegandese nationaliteit te zijn, geboren te Kilembe (Oeganda) op X. Verzoeker heeft op 12.01.2006 een asielaanvraag ingediend. De Commissaris-generaal heeft op 30.05.2007 beslist de vluchtelingenstatus en de subsidiaire beschermingsstatus aan verzoeker te weigeren.*

*Op 02.07.2007 heeft de gemachtigde van de Minister van Binnenlandse Zaken beslist dat aan verzoeker bevel diende te worden gegeven om het grondgebied te verlaten d.m.v. betekening van een bijlage 13quinquies. Deze beslissing werd betekend op 19.07.2007.*

Bij schrijven dd. 14.09.2007 diende verzoeker een aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet in. Deze aanvraag werd onontvankelijk verklaard op 18.06.2008 met beslissing tot bevel om het grondgebied te verlaten, beslissingen die op 04.07.2008 betekend werden.

Bij schrijven dd. 04.02.2008 diende verzoeker een aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9ter van de Vreemdelingenwet in. Deze aanvraag werd onontvankelijk verklaard op 17.04.2008, beslissing die op 13.05.2009 betekend werd.

Bij schrijven dd. 03.03.2009 diende verzoeker een tweede aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet in. Bij schrijven dd. 30.11.2009 diende verzoeker wederom een (derde) aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet in. Deze aanvragen werden onontvankelijk verklaard op 02.04.2010, beslissing die op dezelfde dag betekend werd. Op 02.04.2010 werd verzoeker andermaal aangetroffen in illegaal verblijf. Er werd hem bevel gegeven om het grondgebied te verlaten met beslissing tot terugleiding naar de grens en beslissing tot vrijheidsberoving te dien einde.

Verzoeker diende een verzoek in tot invrijheidstelling, dat verworpen werd door de raadkamer te Brugge. Bij schrijven dd. 22.04.2010 diende verzoeker wederom een (vierde) aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet in. Deze aanvraag werd onontvankelijk verklaard op 02.08.2010, beslissing die op 10.08.2010 betekend werd.

Bij schrijven dd. 11.10.2010 diende verzoeker andermaal een (vijfde) aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet in.

Op 14.01.2014 heeft de gemachtigde van de federale Staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding een beslissing genomen waarbij de aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet onontvankelijk verklaard werd. Tegen deze beslissing, die op 17.01.2014 ter kennis gebracht werd, heeft verzoeker een annulatieberoep ingediend bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, bij arrest nr 123 108 dd. 25.04.2014 werd het annulatieberoep verworpen.

Op 14.01.2014 heeft de gemachtigde van de federale Staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding een beslissing genomen tot bevel om het grondgebied te verlaten; die eveneens op 17.01.2014 betekend werd.

Bij schrijven dd. 22.12.2014 heeft verzoeker wederom een (zesde) aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet ingediend.

Op 17.02.2015 van de gemachtigde van de federale Staatssecretaris voor Asiel en Migratie waarbij de zesde aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet onontvankelijk verklaard.

De gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie heeft op 17.02.2015 tevens een beslissing genomen tot bevel om het grondgebied te verlaten, die eveneens op 26.02.2015 betekend werd aan verzoeker.

Op 24.03.2015 diende verzoeker een beroep tot nietigverklaring in bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen tegen de onontvankelijkheidsbeslissing 9bis dd. 17.02.2015. Bij arrest nr. 204.539 dd. 29.05.2018 verwierp de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen het annulatieberoep van verzoeker.

Op 13.08.2017 nam de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie, belast met Administratieve Vereenvoudiging inmiddels een beslissing, houdende een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13).

Op 23.08.2017 diende verzoeker een beroep tot nietigverklaring in bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen tegen voormelde bijlage 13. Bij arrest nr. 206.645 dd. 09.07.2018 verwierp de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen het annulatieberoep van verzoeker.

Op 20.10.2017 werd verzoeker aangetroffen in illegaal verblijf in het Rijk, waarna een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13) dd. 13.08.2017 werd herbevestigd.

Verzoeker diende op 25.02.2019 een zevende aanvraag om machtiging tot verblijf in, in toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet.

Op 28.05.2021 verklaarde de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie de zevende aanvraag tot verblijfsmachtiging overeenkomstig artikel 9bis van de Vreemdelingenwet onontvankelijk.

Op 28.05.2021 nam de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie tevens een beslissing, houdende een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13).

Verzoeker diende op 24.06.2021 een beroep tot nietigverklaring in bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen tegen voormelde bijlage 13. Bij arrest nr. 264.554 dd. 29.11.2021 vernietigde de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen het bestreden bevel.

Inmiddels diende verzoeker op 07.10.2021 een aanvraag voor een verblijfskaart van een familielid van een Unieburger in, als bloedverwant in de opgaande lijn van een Nederlands kind.

*Op 04.04.2022 nam de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie een beslissing, houdende de weigering van het verblijf van meer dan drie maanden, zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20).*

*Dit is de bestreden beslissing."*

Het administratief dossier toont aan dat de verzoekende partij op 26 februari 2019 voor de zevende keer een aanvraag indiende om machtiging tot verblijf in toepassing van artikel 9bis 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). De aanvraag wordt geactualiseerd op 12 augustus 2020.

Op 28 mei 2021 neemt de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie de beslissing waarbij de aanvraag onontvankelijk wordt verklaard. Tegen voormelde beslissing dient verzoeker geen annulatieberoep in bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad).

Op 28 mei 2021 neemt de gemachtigde van de staatssecretaris tevens de beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13). De Raad heeft bij arrest nr. 264 554 van 29 november 2021 deze beslissing vernietigd.

Op 4 april 2022 neemt de gemachtigde van de bevoegde staatssecretaris de beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20).

Dit is de bestreden beslissing met volgende motieven:

*"(...)*

*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 07.10.2021 werd ingediend door:*

*Naam: K.*

*Voorna(a)m(en): S.*

*Nationaliteit: Uganda*

*Geboortedatum: X*

*Geboorteplaats: Kilembe*

*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 zijn minderjarig Nederlands kind, P. A. C. O. (RR: ...) 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.*

*Als bewijs van zijn bestaansmiddelen legt betrokkene loonfiches voor van D. I. (13.12.2021 tot 24.12.2021) en een arbeidsovereenkomst dd. 29.10.2021. Er dient opgemerkt te worden dat het niet volstaat om louter niet ten laste te vallen van het sociale bijstandsstelsel en juridisch de vader te zijn van een kind. In het kader van een aanvraag gezinshereniging volgens artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet van 15.12.1980 dient de aanvragende ouder aan te tonen de referentiepersoon ten laste te hebben. Uit de voorliggende stukken kan dit echter niet blijken: er werd een vonnis dd. 06.01.2022 voorgelegd waaruit blijkt dat de moeder en vader tot een gezamenlijke overeenkomst zijn gekomen. Betrokkene kan*

*zijn dochter elke week op woensdag en zaterdag ophalen, tevens werd er overeen gekomen dat hij maandelijks 75 euro onderhoudsbijdrage zal betalen. Echter, ook al is dit vonnis recent, er wordt niet aangetoond dat betrokkene voor deze regeling ook al mee instond voor de opvoeding van het kind alsook onderhoudsbijdrage betaalde.*

*Ter staving van een figuurlijke afhankelijkheid van het kind tegenover betrokkene, werden enkele foto's voorgelegd van betrokkene en het kind. Zij hebben nooit samengewoond maar de emotionele band tussen vader en kind wordt niet betwist. Echter, een louter gezinsleven met zijn minderjarig kind volstaat niet om het verblijfsrecht als vader van een minderjarige burger van de Unie te erkennen, daartoe zijn specifieke wettelijke voorwaarden bepaald waaraan de aanvrager dient te voldoen. Het dient wel degelijk om een afhankelijkheidsrelatie te gaan waardoor de aanwezigheid van betrokkene onontbeerlijk is om het welbevinden en de verdere ontwikkeling van het kind te vrijwaren. Er is echter geen enkele aanwijzing dat betrokkene de voornaamste zorgdrager is over het kind noch kan blijken dat de moeder niet (meer) in staat zou zijn om verder in de zorg van referentiepersoon te voorzien. Bijgevolg kan uit het dossier geenszins blijken dat betrokkene de voornaamste zorgdrager over het kind zou zijn. Uit het Rijksregister blijkt dat het kind sinds de geboorte gedomicilieerd is in België bij de mama. De moeder en betrokkene hebben nooit samengewoond, de moeder lijkt de dagdagelijkse zorg voor referentiepersoon op zich genomen te hebben.*

*Op basis van wat voorligt kan verder niet worden afgeleid welk aandeel betrokkene mogelijks heden nog opneemt in de zorg over het kind. Op basis van de voorgelegde bewijsstukken kan er in elk geval niet toe besloten worden dat betrokkene de voornaamste zorgdrager zou zijn van het kind. Nergens uit het dossier blijkt verder dat de moeder 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. Bovendien, het verblijfsrecht van het EU-kind dient niet in het gedrang te komen: de moeder van het kind woont sinds mei 2010 in België. Er is geen sprake van een eventuele schending van het recht op vrij verkeer van de EU-burgers, noch kan blijken dat het het welzijn van het kind in het gedrang zou komen door de fysieke afwezigheid van betrokkene. Niets sluit uit dat moeder en kind verder in België verblijven en dat betrokkene een andere verblijfplaats kiest. De moeder 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 zijn 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, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, in het gedrang zouden komen door de afwezigheid van betrokkene. Ook van op afstand kan betrokkene het vaderschap - desgevallend tijdelijk - verder opnemen vanuit het buitenland. Door gebruik te maken van moderne communicatiemiddelen en/of periodieke bezoeken kan hij nauw betrokken blijven bij het kind.*

*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 hij het kind dat hij wenst te vervoegen ten laste heeft zoals vereist door art. 40bis, §2, eerste lid, 5°. Het recht op verblijf wordt geweigerd aan betrokkene. Het AI 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 van de wet van 15.12.1980 ;

- artikel 3 van de richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden (hierna de Burgerschapsrichtlijn);
- artikel 8 EVRM ;
- artikel 3, 9 en 18 IVRK ;
- juncto de schending van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.”

Het enig middel wordt als volgt toegelicht:

“De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen is bij uitoefening van zijn wettelijk toezicht bevoegd om na te gaan of de overheid bij de beoordeling van de aanvraag is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet onredelijk tot haar besluit is gekomen (RvS. 17 januari 2007, nr. 166.860; RvS. 7 december 2001, nr. 101.624; RvV 5 juni 2009, nr. 28.348).

Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt vervolgens in dat aan de overheid de verplichting wordt opgelegd haar beslissingen op een zorgvuldige wijze voor te bereiden en te steunen op een correcte feitenvinding (RvS 2 februari 2007, nr. 167.411; RvS 14 februari 2006, nr. 154.954). Het respect voor het zorgvuldigheidsbeginsel houdt derhalve in dat de administratie bij het nemen van een beslissing haar oordeel moet steunen op alle gegevens van het dossier en op alle daarin vervatte dienstige stukken (RvV nr. 80.585 van 2 mei 2012). Een zorgvuldige voorbereiding van de beslissing impliceert dat deze beslissing dient te steunen op werkelijke bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De zorgvuldigheidsplicht 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 werden, zodat de overheid met kennis van zaken kan beslissen (RvS 22 maart 2013, nr. 222.953; RvS 29 januari 2013, nr. 222.290 en RvS 28 juni 2012, nr. 220.053).

De bestreden beslissing stelt als reden tot weigering (stuk 1):

“Het dient wel degelijk om een afhankelijkheidsrelatie te gaan waardoor de aanwezigheid van betrokkene onontbeerlijk is om het welbevinden en verdere ontwikkeling van het kind te vrijwaren. Er is echter geen enkele aanwijzing dat betrokkene de voornaamse zorgdrager is over het kind noch kan blijken dat de moeder niet (meer) in staat zou zijn om verder in de zorg van referentiepersoon te voorzien. Bijgevolg kan uit het dossier geenszins blijken dat betrokkene de voornaamse zorgdrager over het kind zou zijn.

(...)

De moeder 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 zijn 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, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling in het gedrang zou komen door de afwezigheid van betrokkene.”

Artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° Vw. stelt:

“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.”

Verweerder interpreteert dit begrip “ten laste zijn” veel te eng/te strikt en aldus in strijd met de ratio legis en het belang van het kind als eerste en hoogste in acht te nemen overweging.

Vooreerst is het essentieel om in acht te houden dat er een intense en goede band is tussen vader en kind, hetgeen ook uitdrukkelijk wordt bevestigd door verweerder (stuk 1):

“(…) de emotionele band tussen vader en kind wordt niet betwist.”

Vervolgens dient benadrukt dat het nationale recht (i.c. art. 40bis Vw) conform het Unierecht moet worden uitgelegd.

“Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dan ook 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 het kind 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 ouder-

derdelander, enerzijds, en dat deze ouder-derdelander de 'daadwerkelijke zorg' draagt voor de minderjarige Unieburger, anderzijds, zijn in wezen elkaars spiegelbeeld. Wat wordt beoogd met het stellen van deze voorwaarde 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. Deze daadwerkelijke zorg slaat niet enkel op een emotionele zorg, maar omvat tevens de materiële zorg voor het kind, bijvoorbeeld voor wat betreft de huisvesting en het levensonderhoud van het kind, alsook het toezicht, de opvoeding en de opleiding van het kind."

(RvV nr. 180.019 van 22 december 2019 - stuk 4)

Welnu, naast moeder F. P. neemt ook verzoeker de daadwerkelijke zorg over diens dochter A. waar. Deze reeds geruime tijd in de praktijk lopende regeling, tot genoegen van kind A. en haar beide ouders, werd evenzoveel bestendig per vonnis én toegevoegd aan het administratief dossier (stuk 3A en 3B).

Bovenvermeld principe mag niet verengd worden tot een omkering. Verweerder doet dit wel. Verweerder redeneert dat moeder F. P. de "primaire zorgfiguur" is, zodat "uit het dossier geenszins kan blijken dat betrokkene de voornaamste zorgdrager over het kind zou zijn."

Echter is het helemaal niet zo dat enkel en alleen de "voornaamste zorgdrager" van het kind verblijfsgerechtigd is, doch wel ELKE ouder van het Unieburger-kind die effectief daadwerkelijke zorg draagt voor het kind, waarbij deze zorg slaat op zowel emotionele zorg, materiële zorg, levensonderhoud, opvoeding, opleiding, ...

Verzoeker heeft een sterke emotionele band met zijn kind (= emotionele zorg), waarbij hij het gezamenlijk ouderlijk gezag heeft over kind A. (samen met moeder F. P.) en aldus samen met moeder F. de beslissingen neemt inzake opvoeding en opleiding van hun dochtertje. Daarbij verblijft A. ELKE zaterdag en ELKE woensdagnamiddag bij haar vader (stuk 3).

Vervolgens betaalt verzoeker maandelijks een onderhoudsbijdrage als bijdrage 5 in de kosten van levensonderhoud van zijn dochter, evenals de helft van alle buitengewone medische, paramedische en schoolkosten, evenals de helft van alle kosten verbonden aan de ontwikkeling van de persoonlijkheid en ontplooiing van hun dochter A. (stuk 3)

Er kan aldus onmogelijk ernstig worden betwist dat verzoeker evenzoveel daadwerkelijke zorg draagt voor zijn dochtertje A.

Deze bepaling dient te worden samen gelezen met de bepalingen van het IVRK, in het bijzonder de artikelen 3, 9 en 18 IVRK:

"Art. 3. 1. Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging

Art. 9. 1. De Staten die partij zijn, waarborgen dat een kind niet wordt gescheiden van zijn ouders tegen hun wil, tenzij de bevoegde autoriteiten, onder voorbehoud van de mogelijkheid van rechterlijke toetsing, in overeenstemming met het toepasselijke recht en de toepasselijke procedures, beslissen dat deze scheiding noodzakelijk is in het belang van het kind.

Art. 18. 1. De Staten die partij zijn, doen alles wat in hun vermogen ligt om de erkenning te verzekeren van het beginsel dat beide ouders de gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind. Ouders of, al naargelang het geval, wettige voogden, hebben de eerste verantwoordelijkheid voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind. Het belang van het kind is hun allereerste zorg.

2. Om de toepassing van de in dit Verdrag genoemde rechten te waarborgen en te bevorderen, verlenen de Staten die partij zijn, passende bijstand aan ouders en wettige voogden bij de uitoefening van hun verantwoordelijkheden die de opvoeding van het kind betreffen, en waarborgen zij de ontwikkeling van instellingen, voorzieningen en diensten voorkinderzorg."

Het is evident dat het in het belang van het kind is om zowel door moeder als door vader te blijven worden opgevoed. In casu betreft dit ook elke woensdagnamiddag na school én elke zaterdag bij vader door te

brengen, terwijl de beide ouders het gezamenlijk ouderlijk gezag hebben over hun dochter en aldus samen hun dochter opvoeden. Ook financieel draagt verzoeker duidelijk bij in het dagdagelijkse onderhoud van zijn dochter.

Het is dan ook strijdig met de wetgeving en de ratio legis ter zake dat er enkel en alleen een recht op gezinshereniging zou openstaan voor de "primaire zorgfiguur" en niet voor elke ouder die "daadwerkelijke zorg" draagt voor diens kind.

Dit wil zeggen dat in gezinnen met gescheiden ouders aldus volgens de Dienst Vreemdelingenzaken enkel nog een verblijfsrecht zou mogen worden toegekend aan de ouder bij wie het kind gedomicilieerd staat, maar bijvoorbeeld niet aan de vader bij wie het kind om de veertien dagen in het weekend verblijft (hetgeen een klassieke verblijfsregeling is bij gescheiden ouders).

Dit is absurd en niet correct;

Strijdig met het belang van het kind alsook strijdig met het recht op een gezinsleven (art. 8 EVRM) alsook met het principe dat de gezinshereniging moet ondersteund worden en dat maatregelen op het gebied van gezinshereniging moeten in overeenstemming zijn met de verplichting om het gezin te beschermen en het gezinsleven te respecteren (preambule 2 bij Richtlijn 2003/86/EG van de Raad).

De Mededeling van de Commissie verduidelijkt hoe Richtlijn 2004/38/EG tot doel heeft om het vrij verkeer van EU-burgers en hun familieleden te vereenvoudigen en uit te breiden, terwijl de Richtlijn moet worden uitgelegd en toegepast in overeenstemming met de grondrechten, met name het recht op eerbiediging van het privéleven en van het familie- en gezinsleven (...) zoals gewaarborgd door het EVRM en zoals vastgelegd in het Handvest van de grondrechten van de EU (zie MEDEDELING COMMISSIE, p. 3).

Considerans 8 van de Richtlijn 2004/38/EG verduidelijkt dat om het vrije verkeer van familieleden die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten te vergemakkelijken, vrijstellingen aan inreisvisumplicht te worden voorzien.

Verweerder doet het omgekeerde. Verweerder poneert in de bestreden beslissing dat het kind er volgens haar weinig kwaad van zal hebben indien haar vader aan haar onttrokken zou worden, gezien hij "geen voornaamste zorgdrager" is. Het betoog van verweerder wordt zelfs volstrekt cynisch wanneer wordt gesteld dat de dagen dat verzoeker instaat voor de zorg voor zijn kind (i.c. op woensdag en zaterdag) maar zo nodig moeten ondersteund worden door kinderopvang of andere maatschappelijke ondersteuning aanwezig in België waar moeder een beroep op kan doen ... "zodat het risico op verstoring van het evenwicht van het kind door de afwezigheid van betrokkene daarom als zeer laag wordt ingeschat" (stuk 1)

Dit is te gek voor woorden en volstrekt strijdig met het belang van het kind alsook met het recht op gezinsleven en de ratio legis van de regels inzake gezinshereniging.

De essentie van het verhaal bij huidige gezinsherenigingsprocedure dient te zijn:

- vader en moeder nemen samen de effectieve zorg op voor hun dochter A., zelfs al zijn de ouders niet langer een koppel;
- de minderjarige Unieburger (dochter A.) beschikt voor zichzelf en haar familieleden over voldoende bestaansmiddelen om niet ten laste te vallen van de sociale bijstandstelsels van België;
- voor zover als nodig (doch zelfs geen wettelijke voorwaarde) beschikt ook verzoeker als vader van A. over voldoende bestaansmiddelen om niet ten laste te vallen van de sociale bijstand

In het licht van deze bovenstaande punten hebben beide ouders van kind A. als vader en moeder van de minderjarige burger van de Europese Unie dewelke samen op een verdeelde wijze de daadwerkelijke zorg dragen voor hun kind, een recht op gezinshereniging overeenkomstig art. 40bis, §2, eerste lid 5° Vw. Een verbreking van de bestreden beslissing dringt zich dan ook ten stelligste op."

2.2. De verwerende partij repliceert hierop in haar nota met opmerkingen als volgt:

"In een eerste en enig middel beroept de verzoekende partij zich op een schending van:

- artikel 40bis van de Vreemdelingenwet ;
- artikel 3 van de Richtlijn 2004/38/EG ;
- artikel 8 EVRM ;
- de artikelen 3, 9 en 18 IVRK ;

- de materiële motiveringsplicht ;
- het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij acht de voormelde rechtsregels geschonden, doordat de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie het begrip "ten laste zijn" veel te eng zou interpreteren, hetgeen in strijd zou zijn met het hoger belang van het kind.

De kritiek van de verzoekende partij kan niet worden aangenomen.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de verzoekende partij op 07.10.2021 een aanvraag voor een verblijfskaart van een familielid van een Unieburger heeft ingediend, als vader van een minderjarig Nederlands kind, in toepassing van artikel 40bis, §2, 5° van de Vreemdelingenwet.

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

"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."

Door de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie wordt in de bestreden beslissing dan ook terecht overwogen dat de verzoekende partij het bewijs moet leveren over voldoende bestaansmiddelen te beschikken, dit zowel om in het eigen levensonderhoud, als in het levensonderhoud van het minderjarige kind te voorzien.

Tevens moet bewijs worden voorgelegd dat de verzoekende vreemdeling de minderjarige referentiepersoon ook daadwerkelijk ten laste heeft.

De verzoekende partij betwist zulks als dusdanig niet.

Door de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie werd op basis van de door de verzoekende partij voorgelegde stukken evenwel vastgesteld dat onvoldoende bewijs werd voorgelegd dat de verzoekende partij het minderjarige kind daadwerkelijk ten laste heeft.

De bestreden beslissing maakt in dit kader melding van volgende elementen:

- er is een recent vonnis van 06.01.2022, waaruit blijkt dat de verzoekende partij elke week op woensdag en zaterdag het minderjarige kind kan ophalen en maandelijks 75,00 euro onderhoudsbijdrage moet betalen ;

- er wordt niet aangetoond dat de verzoekende partij voor dit vonnis reeds instond voor de opvoeding er wordt geen afhankelijkheidsrelatie aannemelijk gemaakt waardoor de aanwezigheid van de verzoekende partij onontbeerlijk zou zijn voor het minderjarige kind - de verzoekende partij is niet de voornaamste zorgdrager van het kind

- de moeder van het kind neemt de dagdagelijkse zorgen op zich

Het loutere feit dat de verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift voorhoudt dat zij wel degelijk de daadwerkelijke zorg over de minderjarige referentie opneemt (tezamen met de moeder van het kind), volstaat niet om afbreuk te doen aan de deugdelijkheid van de bestreden beslissing.

Door de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie diende immers te worden vastgesteld dat geen bewijzen werden voorgelegd over de mate waarin de verzoekende partij sedert de geboorte tot op heden instaat voor de zorg en opvoeding van het minderjarige kind.

Een verwijzing naar het vonnis van de familierechtbank te Antwerpen dd. 06.01.2022 kan geen afbreuk doen aan de overwegingen van de bestreden beslissing, nu de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie uitdrukkelijk heeft gemotiveerd over dit tussengekomen vonnis.

Zo onder meer werd -terecht- opgemerkt dat het een zeer recent vonnis betreft, waarbij nergens blijkt in welke mate de verzoekende partij voorafgaand al dan niet betrokken was bij de opvoeding van het minderjarige kind. Terwijl al evenmin bewijzen voorliggen over de wijze waarop het vonnis al dan niet correct wordt uitgevoerd.

Bij gebrek aan stavingstukken hieromtrent kan de verzoekende partij het niet ernstig aan de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie ten kwade duiden dat niet zonder meer werd aangenomen dat er sprake is van een daadwerkelijke afhankelijkheidsrelatie tussen de verzoekende partij en het minderjarige kind.

De verzoekende partij lijkt in haar enig middel volkomen uit het oog te verliezen dat de bewijslast in het kader van artikel 40bis, §2, 5° van de Vreemdelingenwet op haarzelf rust, zodat zij niet kan voorhouden dat de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie louter op basis van beweringen of aannames en enkele foto's een verblijfsrecht van meer dan drie maanden had moeten toekennen.

Verweerder benadrukt nog dat de kritiek van de verzoekende partij over "de primaire zorgfiguur" of "de voornaamste zorgdrager" voorbij gaat aan de essentie van de bestreden beslissing, met name dat geen reële bewijzen werden voorgelegd met betrekking tot de wijze waarop de verzoekende partij de zorg voor het minderjarige kind daadwerkelijk opneemt.

Terwijl de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie wel degelijk terecht heeft overwogen dat artikel 40bis van de Vreemdelingenwet niet toelaat om een verblijfsrecht toe te kennen aan een ouder van een minderjarige Unieburger, indien deze ouder niet in reële mate mee instaat voor de opvoeding en verzorging van de minderjarige Unieburger.



Terecht wordt hierbij gewezen op het feit dat door de verzoekende partij geen enkele aanwijzing werd voorgelegd dat de aanwezigheid van de verzoekende partij voor het welbevinden én de verdere ontwikkeling van het minderjarige kind onontbeerlijk zou zijn.

Opnieuw moet worden benadrukt: er liggen geen stukken voor, ter ondersteuning van de zorg die de verzoekende partij daadwerkelijk opneemt.

In de gegeven omstandigheden kan een schending van artikel 40bis van de Vreemdelingenwet allerminst worden aangenomen.

Betreffende de vermeende schending van het 1VRK, laat de verweerder voorts gelden dat dit Verdrag geen directe werking heeft en dat verzoekende partij zich er derhalve niet met gunstig gevolg kan op beroepen (zie ook R.v.St. nr. 100.509 dd. 31.10.2001).

Immers volstaan de verdragsbepalingen op zichzelf niet om toepasbaar te zijn zonder dat verdere reglementering met het oog op precisering of vervollediging noodzakelijk is.

De verdragsbepalingen zijn geen duidelijke en juridisch volledige bepalingen die de verdragspartijen hetzij een onthoudingsplicht hetzij een plicht om op een welbepaalde wijze te handelen, oplegt. Aan het Verdrag dient derhalve een directe werking te worden ontzegd.

Bovendien blijkt uit de motieven van de bestreden beslissing zeer duidelijk dat de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie rekening heeft gehouden met het hoger belang van het minderjarige kind, met name door te overwegen dat:

- niet is aangetoond dat de aanwezigheid van de verzoekende partij onontbeerlijk is om het welbevinden en de verdere ontwikkeling van het minderjarige kind te vrijwaren
- nergens uit het dossier blijkt dat de moeder van het kind niet in staat of bereid zou zijn om het kind op te voeden ;
- het verblijfsrecht van het minderjarige kind komt niet in het gedrang
- het risico op verstoring van het evenwicht van het kind door de afwezigheid van betrokkene wordt daarom als zeer laag ingeschat

Er werd verder nog rekening gehouden met de leeftijd van het minderjarige kind, de lichamelijke en emotionele ontwikkeling en de mogelijkheid voor de verzoekende partij om –desgewenst– vanop afstand het vaderschap (al dan niet tijdelijk) op te nemen.

Door louter te benadrukken dat gezinshereniging op grond van de Richtlijn 2004/38/EG zou moeten worden vergemakkelijkt voor gezinsleden van Unieburgers, slaagt de verzoekende partij er niet in om afbreuk te doen aan de bestreden beslissing, vermits nergens uit de Richtlijn 2004/38/EG blijkt dat geen voorwaarden zouden kunnen worden gesteld aan de gezinshereniging.

Verweerder herhaalt dat het aan de verzoekende partij toekomt om te bewijzen dat aan alle wettelijke voorwaarden voor gezinshereniging voldaan is.

De verzoekende partij stelt weliswaar dat zij samen met de moeder instaat voor de effectieve zorgen van het minderjarige kind, doch een daadwerkelijk bewijs hiervan ligt niet voor.

Verweerder wijst hierbij ten andere op het feit dat de bestreden beslissing werd genomen zonder bevel om het grondgebied te verlaten, zodat het de verzoekende partij vrij staat om een nieuwe aanvraag tot gezinshereniging in te dienen, dewelke wél vergezeld zou gaan met de nodige bewijsstukken.

In de mate dat de verzoekende partij nog verwijst naar artikel 8 EVRM, laat verweerder gelden dat de ingeroepen schending van art. 8 EVRM niet kan worden aangenomen.

Het kan immers niet worden ingezien hoe een beslissing die geen beëindiging van een verblijfsrecht, noch een verwijderingsmaatregel inhoudt, een breuk van de gezinsrelaties tot gevolg zou kunnen hebben.

Zie ook:

“er wordt vooreerst vastgesteld dat de bestreden beslissing geen bevel om het grondgebied te verlaten bevat: door een gebrek aan verwijderingsmaatregel is een schending van het gezins- / of priveleven niet aan de orde en zijn de beschouwingen daaromtrent dus niet dienstig ”

(RvV nr. 242.832 dd. 23.10.2020)

En ook:

“Er wordt herhaald dat door een gebrek aan verwijderingsmaatregel een schending van het gezins- en/of priveleven niet aan de orde is en beschouwingen daaromtrent aldus niet dienstig zijn. ” (R.v.V. nr. 88 895 van 3 oktober 2012)

De verweerder laat, ten overvloede en strikt subsidiair, gelden dat in casu geen toetsing aan de hand van artikel 8, tweede lid EVRM dient te gebeuren. Immers heeft de verzoekende partij voor de eerste keer om toelating verzocht en betreft de bestreden beslissing geen weigering van een voortgezet verblijf.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna afgekort EHRM) is van oordeel dat er geen inmenging is en derhalve geen toetsing aan de hand van het tweede lid van artikel 8 EVRM dient te gebeuren indien het om een eerste toelating gaat.

In dit geval moet er volgens het EHRM onderzocht worden of er een positieve verplichting is voor de staat om het recht op 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 Hoogkamcr/Nederland, §

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

"Teneinde de omvang van de verplichtingen die voor een Staat uit artikel 8, eerste lid van het EVRM voortvloeien te bepalen, dient in de eerste plaats te worden nagegaan of er hinderpalen worden aangevoerd voor het uitbouwen of het verderzetten van een normaal en effectief gezinsleven elders. Zolang er geen hinderpalen kunnen worden vastgesteld voor het leiden van een gezinsleven elders, zal er geen sprake zijn van een gebrek aan eerbiediging van het gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM."

(zie onder andere R.v.V. nr. 71 430 van 7 december 2011)

In casu toont de verzoekende partij niet aan dat zij haar privéleven niet elders kan leiden.

Zoals ook blijkt uit de motieven van de bestreden beslissing worden geen hinderpalen aannemelijk gemaakt, dewelke zouden verhinderen dat de verzoekende partij in het buitenland zou wonen, terwijl haar minderjarige dochter in België verblijft.

Zie ook:

"In casu wijst de verzoeker slechts op het gegeven dat hij 'inmiddels een duurzame relatie onderhoudt met de Belgische onderdaan mevrouw H.S.D., met wie hij reeds geruime tijd samenwoont', doch laat hij na concrete hinderpalen aan te voeren voor het uitbouwen of het verderzetten van een normaal en effectief gezinsleven met zijn Belgische partner elders.

(■•)

De bestreden beslissing verhindert niet dat zijn partner hem bezoekt in het land van herkomst of elders. Verder kunnen moderne communicatietechnologieën de verzoeker in staat stellen om tijdens de scheiding in nauw contact te blijven met zijn partner en de banden met haar verder te onderhouden (EHRM 26 juni 2014, nr. 71398/12, M.E. v. Zweden, par. 100)"

(R.v.V. nr. 141.063 dd. 16.03.2015)

En ook:

"Voorts werpt de verzoeker in het eerste middelonderdeel op dat de overweging in de bestreden beslissing dat hij "via de zogenaamde 'sociale media' tijdens zijn afwezigheid contact kan houden met zijn kind" bezwaarlijk kan gelden ten aanzien van zijn kind, dat pas in april 2017 naar de kleuterschool zal gaan. Hij stelt dat het "moeilijk (valt) in te zien op welke wijze via de zogenaamde 'sociale media' nuttige en waardevolle contacten kunnen worden onderhouden met een dergelijk jong kind". Met een dergelijk algemeen betoog maakt de verzoeker niet aannemelijk dat in de bestreden beslissing op grond van onjuiste feitelijke gegevens of op kennelijk onredelijke wijze wordt overwogen dat er "in deze tijden (...)

bovendien afdoende mogelijkheden (zijn) om via sociale media contact te houden tijdens de afwezigheid van meneer". Hij brengt geen enkel gegeven aan waaruit zou blijken dat hij en zijn kind elkaar (met behulp van zijn partner) via sociale media niet zouden kunnen horen of zien of waaruit blijkt dat dergelijke contacten voor (een van) beiden niet nuttig of waardevol zouden zijn." (RvV nr. 185.738 dd. 21.04.2017) Aldus kan de opgeworpen schending van artikel 8 EVRM niet worden aangenomen.

Voorts, en dit geheel ten overvloede merkt de verweerder op dat het EHRM inzake immigratie er bij diverse gelegenheden aan heeft herinnerd dat het EVRM als dusdanig geen enkel recht voor een vreemdeling waarborgt om het grondgebied van een staat waarvan hij geen onderdaan is, binnen te komen of er te verblijven (EHRM 15 juli 2003, Mokrani/Frankrijk, § 23; EHRM 26 maart 1992, Beldjoudi/Frankrijk, § 74; EHRM 18 februari 1991, Moustaquim/België, § 43).

Artikel 8 van het EVRM kan evenmin zo worden geïnterpreteerd dat het voor een Staat de algemene verplichting inhoudt om de door vreemdelingen gemaakte keuze van de staat van gemeenschappelijk verblijf te respecteren en om de gezinshereniging op zijn grondgebied toe te staan (EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 39). Met toepassing van een vaststaand beginsel van internationaal recht is het immers de taak van de Staat om de openbare orde te waarborgen en in het bijzonder in de uitoefening van zijn recht om de binnenkomst en het verblijf van niet-onderdanen te controleren (EHRM 12 oktober 2006, Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga/België, § 81; EHRM 18 februari 1991, Moustaquim/België, § 43; EHRM 28 mei 1985, Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk, § 67).

De Staat is dus gemachtigd om de voorwaarden hiertoe vast te leggen. De minister kan oordelen dat het belang van de staat voorrang heeft op dat van de vreemdeling die hier onwettig verblijft (zie R.v.St. nr. 40.061, 28.07.1992, R.A.C.E. 1992, z.p.).

Art. 8 EVRM staat een rechtmatige toepassing van de Vreemdelingenwet dan ook niet in de weg (zie ook Raad van State nr. 99.581 dd. 09.10.2001 en Raad voor Vreemdelingenbetwistingen nr. 1493 dd. 30.08.2007).

*Bovendien werd reeds geoordeeld dat een tijdelijke verwijdering om reden dat de vreemdeling niet in het bezit is van die documenten geenszins strijdig is met dit verdragsartikel (zie R.v.St. nr 48.653, 20.07.1994, Arr. R. v. St. 1994, z.p.; R.v.St. nr. 42.039, 22.02.1993, Arr. R. v. St. 1993, z.p.)*

*Afgezien van het feit dat de bestreden beslissing werd genomen zonder bevel om het grondgebied te verlaten (zie ook hoger), heeft de bestreden beslissing hoe dan ook niet tot gevolg dat de verzoekende partij definitief van haar minderjarig kind wordt gescheiden. De bestreden beslissing houdt geen absoluut verbod in om het Belgisch grondgebied binnen te komen en er te verblijven, de verzoekende partij dient evenwel te voldoen aan de door de Vreemdelingenwet opgelegde binnenkomst- en verblijfsvereisten (zie ook R.v.St. nr. 170.806 dd. 04.05.2007, R.v.V. nr. 4.070 dd. 27.11.2007).*

*“Het bestreden bevel leidt niet noodzakelijk tot een definitieve verwijdering. Het heeft enkel tot gevolg dat verzoeker tijdelijk het land dient te verlaten met de mogelijkheid terug te keren op het ogenblik dat voldaan is aan in de vreemdelingenwet bepaalde vereisten. Het bestreden bevel sluit niet uit dat de verzoeker de opheffing van het hiermee gepaarde inreisverbod vraagt op grond van artikel 74/12 van de vreemdelingenwet en vervolgens een visum aanvraagt met het oog op eventuele gezinshereniging in België.*

*De tijdelijke scheiding met het oog op het vervullen van de noodzakelijke formaliteiten ter voldoening van de wettelijke bepalingen, verstoort het gezinsleven van de verzoeker niet in die mate dat er sprake kan zijn van een schending van artikel 8 van het EVRM. ” (R.v.V. nr. 150.973 dd. 18.08.2015)*

*De schending van art. 8 EVRM wordt dan ook niet aannemelijk gemaakt.*

*De verweerder merkt op dat de gemachtigde van de Staatssecretaris geheel terecht, en binnen de hem ter zake toebedeelde bevoegdheid, oordeelde dat diende te worden besloten tot de weigering van het verblijf van meer dan drie maanden, zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20).*

*De gemachtigde van de Staatssecretaris handelde daarbij na grondig onderzoek van de elementen die de concrete situatie van de verzoekende partij daadwerkelijk kenmerken, en conform de ter zake toepasselijke rechtsregels, het zorgvuldigheidsbeginsel inclusief.*

*Het enig middel is onontvankelijk, minstens ongegrond. Het kan niet worden aangenomen.”*

2.3. In essentie stelt de verzoekende partij in een onderdeel van haar middel dat de bestreden beslissing de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en artikel 40bis van de Vreemdelingenwet schendt omdat het begrip “*ten laste zijn*” te eng is geïnterpreteerd, de verzoekende partij daadwerkelijk de zorg van het kind draagt en niet in artikel 40bis van de Vreemdelingenwet is voorzien dat enkel de voornaamste zorgdragende ouder zich op deze bepaling kan beroepen.

2.4. Bij de beoordeling van de materiële motiveringsplicht behoort het niet tot de bevoegdheid van de Raad 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 haar beoordeling 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.

Aangaande de opgeworpen schending van het zorgvuldigheidsbeginsel wijst de Raad erop dat voornoemd beginsel de overheid de verplichting oplegt haar beslissing op een zorgvuldige wijze voor te bereiden en te steunen op een correcte feitevinding (RvS 2 februari 2007, nr. 167.411, RvS 14 februari 2006, nr. 154.954). Het respect voor het zorgvuldigheidsbeginsel houdt derhalve in dat de administratie bij het nemen van een beslissing moet steunen op alle gegevens van het dossier en op alle daarin vervatte dienstige stukken.

Het onderzoek naar het afdoende karakter van de motivering en naar het zorgvuldigheidsbeginsel gebeurt in het licht van de toepasselijke wetsbepaling, *in casu* artikel 40bis van de Vreemdelingenwet.

Artikel 40bis, §2, 5°, en §4, van de Vreemdelingenwet voorziet voor bloedverwanten in opgaande lijn dat:

*“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.”*

2.5. Uit het citaat van artikel 40bis van de Vreemdelingenwet, *supra*, volgt dat, om een recht op gezinshereniging met zijn minderjarig kind te doen gelden, de verzoekende partij het kind ten laste moet hebben en zij daadwerkelijk over het hoederecht moet beschikken.

Dit artikel is van toepassing op de verzoekende partij omdat zij de vader is van haar minderjarig Nederlands kind (de referentiepersoon), geboren op 10 september 2019. Specifiek heeft verzoeker bewijzen overgemaakt over het co-ouderschap, de regelmatige contacten tussen hen en betalingsbewijzen van de onderhoudsbijdrage die verzoeker geeft aan diens dochter en belangrijke tussenkomsten in de kosten van het kind, bovenop het onderhoudsgeld.

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. Deze vereiste wordt niet betwist door de verzoekende partij.

Uit de motieven van de bestreden beslissing blijkt niet dat de verwerende partij betwist dat de verzoekende partij niet beschikt over voldoende bestaansmiddelen voor haarzelf en het kind in de zin van artikel 40bis van de Vreemdelingenwet. In elk geval wordt deze voorwaarde niet besproken in de bestreden beslissing die erkent dat de verzoekende partij loonfiches en een arbeidsovereenkomst voorlegde.

2.6.1. Met betrekking tot de uitoefening van het hoederecht oordeelt de bestreden beslissing op determinerende wijze dat de verzoekende partij geen “voornaamste” zorgdrager is en gaat de bestreden beslissing ervan uit dat de verzoekende partij niet over een “hoederecht” beschikt. De bestreden beslissing meent dat artikel 40bis, §2, 5°, van de Vreemdelingenwet ingevuld moet worden als een afhankelijkheidsvereiste waardoor de aanwezigheid van de verzoekende partij onontbeerlijk is om het welbevinden en de verdere ontwikkeling van het kind te vrijwaren.

Het begrip “hoederecht” is verouderd en wordt niet meer gebruikt in de bepalingen die het ouderschap regelen. Thans is de term “ouderlijk gezag” gebruikelijk en “co-ouderschap”, waar niet noodzakelijk het vroegere “hoederecht”, thans ouderlijk gezag, slechts aan één ouder wordt toegekend.

2.6.2. De verzoekende partij legde voor het nemen van de bestreden beslissing een vonnis voor van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, uitgesproken op 6 januari 2022, die het akkoord (onder de vorm van akkoordconclusie), gesloten tussen de verzoekende partij en de moeder van het kind, bekrachtigt.

De akkoordconclusie toont dat er een akkoord is over het gezamenlijk uitoefenen van het ouderlijk gezag, over het door de verzoekende partij te betalen maandelijkse onderhoudsgeld, naast de betaling van de helft van bijzondere medische kosten, kosten verbonden aan de schoolopleiding (na verrekening van studiebeurzen e.d. meer), de bijzondere kosten voor de sociale en culturele activiteiten van het kind, waaronder lidgelden bij sportclubs, sportkledij, kampen en vakantiestages met minstens één overnachting en het behalen van het rijbewijs (zie meegedeeld stuk 3A bij het verzoekschrift, ook voorhanden in het administratief dossier).

Deze akkoordconclusie stelt:

*“Partijen hebben een akkoord bereikt.*

*Partijen hebben bij dit alles gehouden met volgende parameters:*

<i>rekening</i>	<i>Moeder</i>	<i>Vader</i>
<i>Actuele inkomsten :</i>		
<i>Graad tewerkstelling:</i>	<i>1.900 €/maand</i>	<i>1.400 €/maand</i>
<i>Huisvestingskost :</i>	<i>fulltime</i>	<i>via interim (± 75%)</i>
	<i>896 € hypotheek/maand voorlopig niets, woont</i>	<i>in bij een priester, op</i>
		<i>zoek naar woonst</i>

Dienvolgens te zeggen voor recht dat:

1. de uitoefening van het ouderlijk gezag over A. P., geboren te Merksem op 10.09.2019 door beide ouders gezamenlijk wordt uitgeoefend;
2. A. ingeschreven blijft op het adres van moeder en aldaar haar hoofdverblijf heeft;
3. A. een secundair verblijf bij vader heeft:
  - wekelijks op zaterdag van 10u tot 18u en wekelijks op woensdag van 12u tot 18u, A. op te halen en terug te brengen door vader;
4. deze regeling doorloopt tijdens de schoolvakanties behoudens andersluidende afspraken tussen partijen;
5. vader een onderhoudsbijdrage van 75 €/maand betaalt vanaf 1.01.2022, geïndexeerd, voor het eerst in januari 2023, met als basisindex deze van december 2021;
6. partijen de buitengewone kosten delen bij helften; Zij zullen volgende modaliteiten in acht nemen:
  - De kosten worden slechts gemaakt na voorafgaand akkoord, uitgezonderd in geval van dringende medische omstandigheden of kosten die redelijkerwijze noodzakelijk zijn;
  - Een partij, die een bijzondere uitgave wil doen, mag aannemen dat de andere partij met de kosten akkoord gaat zo deze laatste bij e-mail geen weigering tot toestemming heeft kenbaar gemaakt binnen de 15 dagen nadat de voorgenomen uitgave schriftelijk werd meegedeeld, dan wel binnen de maand in geval van verlofperiodes;
  - De kosten worden afgerekend per maand, aan de hand van een gedetailleerde lijst met facturen, rekeningen en/of betaalbewijzen;
  - Betaling van zijn/haar aandeel gebeurt binnen de 15 dagen na ontvangst van de afrekening, behoudens bij uitdrukkelijke weigering tot toestemming zoals hiervoor bepaald;
  - Ingeval van verrekening is alleen het verschil verschuldigd;Behoudens andersluidend onderling akkoord tussen partijen zijn als bijzondere kosten te beschouwen de kosten die verband houden met de volgende zaken:
  1. Bijzondere medische en paramedische kosten, namelijk:
    - hospitalisatiekosten, ambulante medische behandelingen van langer dan vijf dagen of vijf sessies en heelkundige ingrepen;
    - consultaties en behandelingen van artsen-specialisten (onder meer kinesithérapie, revalidatie, logopedie, orthodontie, oftalmologie, osteopathie, orthopedie, therapie of begeleiding door een psycholoog of psychiater) en de door hen voorgeschreven gespecialiseerde onderzoeken, medicatie en gespecialiseerde verzorging;
    - de kosten voor de aanschaf van brillen en/of contactlenzen, orthopedische zolen en schoenen, hoorapparaten, prothesen, orthodontische apparaten;en dit alles :

z' voor zover deze voorgeschreven zijn door artsen of door een bevoegde instantie;

S en na verrekening van de tussenkomst van de mutualiteit, van een hospitalisatieverzekering of van enige andere aanvullende verzekering, waarbij de premie van de hospitalisatieverzekering voor het betreffende kind als bijzondere kost wordt aanvaard.

  2. Bijzondere kosten verbonden aan de schoolse opleiding, namelijk:
    - schoolrekeningen;
    - school- en studiereizen, sneeuw-, bos-, en zeeklassen, zowel ééndaagse als meerdaagse;
    - bijzonder materiaal en kledij, noodzakelijk voor het volgen van een bepaalde richting in het lager, middelbaar en/of hoger onderwijs (onder meer de aankoop van een uniform zowel voor lager als middelbaar onderwijs, de aankoop van schoolboeken en cursussen, alsmede van een laptop of personal computer met de voor de studie noodzakelijke programma's, de noodzakelijke studiematerialen die vermeld staan op een door de onderwijsinstelling afgeleverde lijst);
    - abonnementen voor het openbaar vervoer van en naar de school;
    - de inschrijvingsgelden van hogere studies en stages inherent aan het gevolgde onderwijs;
    - desgevallend de kosten van internaat en de huur van een studentenkamer, behoudens indien deze niet noodzakelijk zouden zijn en/of een luxe-uitgave zouden uitmaken;en dit alles na verrekening met eventuele schoolpremies, studietoelagen, studiebeurzen of sociale voorzieningen;
  3. Bijzondere kosten verbonden aan de ontwikkeling van de persoonlijkheid en ontplooiing, namelijk:
    - lidgeld en basisbenodigdheden voor taal-, culturele- en sportactiviteiten in de vrije tijd, voor sportclub, jeugdvereniging, en de hieraan verbonden kampen en vakantiestages met minstens één overnachting;

- behalen van een rijbewijs, inclusief de kosten van de rij school, voor zover dit niet kosteloos langs de school kan behaald worden;

7. *Het Groeipakket evenals de fiscale & sociale voordelen worden toegekend aan moeder;*”

De familierechtbankrechtbank te Antwerpen “*verleent akte aan partijen van het tussen hen gesloten volledig akkoord, zoals opgenomen in de akkoordconclusie van partijen, neergelegd via e-deposit op de griffie van deze rechtbank op 5 januari 2022, welke aan huidig vonnis wordt gehecht*” en “*Bekrachtigt dit akkoord en veroordeelt beide partijen - voor zoveel als nodig - tot uitvoering ervan*” in haar vonnis van 6 januari 2022.

Aldus is uit deze opsomming van kosten voorzien dat de verzoekende partij een even belangrijk gedeelte van de financiële zorg voor het kind op zich neemt en tussenkomt in veel meer kosten dan het maandelijks te betalen onderhoudsgeld. Deze kosten handelen ook over het dagdagelijkse leven van het kind (zoals schoolrekeningen, schoolreizen, aankoop schoolmateriaal, abonnementen, lidgelden sportclubs en taal- en culturele activiteiten, behalen rijbewijs), naast bijzondere kosten (waaronder medische). De bestreden beslissing verhult zich in stilzwijgen over de tussenkomst in tal van kosten en beperkt zich tot de vaststelling dat de verzoekende partij een maandelijks onderhoudsgeld betaalt. Dit is niet ernstig. De verwerende partij kan niet blind zijn voor al deze kosten door zich te beperken tot een verwijzing naar het te betalen onderhoudsgeld. Het motief dat niet aangetoond is dat voordien de verzoekende partij financieel instond voor het kind kan niet doorslaggevend zijn omdat het kind is geboren op 10 september 2019 en dus zeer jong is en de verwerende partij ertoe gehouden is recente gegevens in acht te nemen. Uit het voorleggen van deze gegevens blijkt dat de verwerende partij kennelijk onredelijk tot het besluit is gekomen dat de verzoekende partij het kind niet financieel ten laste komt van de verzoekende partij.

2.6.3. Het kind heeft wel zijn hoofdverblijfplaats bij de moeder, maar verblijft op wekelijkse basis, elke woensdag en zaterdag, bij de verzoekende partij. Dit verblijf loopt het ganse jaar door zodat er geen sprake is van een gebruikelijk omgangsrecht. De bestreden beslissing laat na uiteen te zetten waarom dergelijk verblijf de daadwerkelijke zorg voor het kind, hetzij het ouderlijk gezag in het kader van co-ouderschap, uitsluit. In de bestreden beslissing wordt een gans betoog gegeven over de afhankelijkheidsrelatie in die zin dat de aanwezigheid van de vader onontbeerlijk moet zijn om het welbevinden en de verdere ontwikkeling van het kind te bewaren.

Dit blijkt uit volgende motieven in de bestreden beslissing

*“Het dient wel degelijk om een afhankelijkheidsrelatie te gaan waardoor de aanwezigheid van betrokkene onontbeerlijk is om het welbevinden en de verdere ontwikkeling van het kind te vrijwaren. Er is echter geen enkele aanwijzing dat betrokkene de voornaamste zorgdrager is over het kind noch kan blijken dat de moeder niet (meer) in staat zou zijn om verder in de zorg van referentiepersoon te voorzien. Bijgevolg kan uit het dossier geenszins blijken dat betrokkene de voornaamste zorgdrager over het kind zou zijn. Uit het Rijksregister blijkt dat het kind sinds de geboorte gedomicilieerd is in België bij de mama. De moeder en betrokkene hebben nooit samengewoond, de moeder lijkt de dagdagelijkse zorg voor referentiepersoon op zich genomen te hebben.*”

*Op basis van wat voorligt kan verder niet worden afgeleid welk aandeel betrokkene mogelijks heden nog opneemt in de zorg over het kind. Op basis van de voorgelegde bewijsstukken kan er in elk geval niet toe besloten worden dat betrokkene de voornaamste zorgdrager zou zijn van het kind. Nergens uit het dossier blijkt verder dat de moeder 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. Bovendien, het verblijfsrecht van het EU-kind dient niet in het gedrang te komen: de moeder van het kind woont sinds mei 2010 in België. Er is geen sprake van een eventuele schending van het recht op vrij verkeer van de EU-burgers, noch kan blijken dat het het welzijn van het kind in het gedrang zou komen door de fysieke afwezigheid van betrokkene. Niets sluit uit dat moeder en kind verder in België verblijven en dat betrokkene een andere verblijfplaats kiest. De moeder 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 zijn 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, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, in het gedrang zouden komen door de afwezigheid van betrokkene. Ook van op afstand kan betrokkene het vaderschap - desgevallend tijdelijk - verder opnemen vanuit het buitenland. Door gebruik te maken van moderne communicatiemiddelen en/of periodieke bezoeken kan hij nauw betrokken blijven bij het kind.”*

Dergelijk afhankelijkheidsonderzoek, zoals gevoerd in de bestreden beslissing, is niet terug te vinden in artikel 40bis van de Vreemdelingenwet. Evenmin blijkt uit deze bepaling dat enkel de voornaamste zorgdrager aanzien wordt als zijnde de persoon die het “*hoederecht*” heeft. Het gegeven of de moeder al dan niet in staat zou zijn het kind op te voeden, is, in dit geval, irrelevant. Hoe de verzoekende partij het kind mee moet opvoeden, opvangen en contacten onderhouden, gelet op het co-ouderschap, dit vanuit een ander land, is voor de Raad een raadsel. Hoe moderne communicatiemiddelen en/of periodieke bezoeken de aanwezigheid van de verzoekende partij, vader van het kind, kunnen vervangen, in rekening brengend de jonge leeftijd van het kind, is voor de Raad niet duidelijk en in dit geval kennelijk onredelijk.

Eenzijds erkent de verwerende partij dat er een emotionele band bestaat tussen de verzoekende partij en het kind. Maar de bestreden beslissing minimaliseert de overige positieve kanten van de aanwezigheid van de vader.

Verder betwist de verwerende partij de emotionele band tussen de verzoekende partij en het kind niet.

2.6.4. In het licht van artikel 40bis van de Vreemdelingenwet verwijst de Raad ten overvloede erop dat dit artikel ook in het licht van de Europese rechtspraak wordt bekeken.

Artikel 40, § 4, 5°, van de Vreemdelingenwet bepaalt:

*“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.”*

Dit artikel 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 van het EG (nu artikel 21 van het 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).

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dient de nationale rechter bij de toepassing van het nationale recht dit zo veel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn teneinde het daarmee beoogde resultaat te bereiken en aldus te voldoen aan artikel 288, derde alinea, van het VWEU. Deze verplichting tot richtlijnconforme uitlegging is namelijk inherent aan het systeem van het VWEU, aangezien het de nationale rechter in staat stelt binnen het kader van zijn bevoegdheden de volle werking van het recht van de Unie te verzekeren bij de beslechting van de bij hem aanhangige geschillen (zie onder meer arresten van 5 oktober 2004, *Pfeiffer e.a.*, C-397/01–C-403/01, Jurispr. blz. I-8835, punt 114; 23 april 2009, *Angelidaki e.a.*, C-378/07–C-380/07, Jurispr. blz. I-3071, punten 197 en 198, en 19 januari 2010, *Kücükdıveci*, C-555/07, Jurispr. blz. I-365, punt 48; HvJ 13 november 1990, C106/89, *Marleasing*, par. 8). De nationale rechter dient tevens, als gevolg van de in artikel 4, lid 3, van het Verdrag betreffende de Europese Unie neergelegde samenwerkingsplicht en het loyaliteitsbeginsel, rekening te houden met de uniforme interpretatie die het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof van Justitie) reeds aan bepalingen van het Unierecht heeft gegeven. De rechtspraak van het Hof van Justitie vormt overigens, naast het primair en secundair Unierecht, eveneens een bron van Unierecht. De uitlegging die het Hof krachtens de hem bij artikel 267 van het VWEU verleende bevoegdheid geeft aan een regel van Unierecht, verklaart en preciseert, voor zover dat nodig is, de betekenis en strekking van dat voorschrift zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast (HvJ 13 januari 2004, C-453/00, *Kühne en Heitz*, par. 21).

Het kind is geboren in België maar heeft de Nederlandse nationaliteit. Dit blijkt uit het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg van 17 mei 2021 (ontkenning van vaderschap van het kind door de oorspronkelijk echtgenoot van de moeder van het kind, rolnummer 20/3713/A, en waarbij het vaderschap van de verzoekende partij werd erkend, vonnis ook voorhanden in het administratief dossier). De Raad is ertoe gehouden 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’ en ‘hoederecht’ een uitlegging te geven die richtlijnconform is en compatibel met de uitlegging die het Hof van Justitie eraan heeft gegeven.

Er kan verwezen worden 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* (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*) leest men:

*“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*.

De basisoverwegingen in dit arrest zijn de volgende:

*“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 dientengevolge 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 wat het ten laste zijn betreft. 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. Artikel 7, 4 luidt:

*“4. In afwijking van de leden 1, onder d), en 2, geldt het verblijfsrecht als familielid van een burger van de Unie die valt onder lid 1, punt c), alleen voor de echtgenoot, de geregistreerde partner in de zin van artikel 2, lid 2, onder b), en kinderen die ten laste komen. Artikel 3, lid 2, is van toepassing op rechtstreekse bloedverwanten in opgaande lijn die ten laste komen van de burger van de Unie en op die van zijn echtgenoot of geregistreerde partner.” (eigen onderlijning).*

Artikel 3, lid 2 stelt: *“2. Onverminderd een persoonlijk recht van vrij verkeer of verblijf van de betrokkenen vergemakkelijkt het gastland overeenkomstig zijn nationaal recht, binnenkomst en verblijf van de volgende personen (...).”*

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dan ook 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 ouder-derdelander enerzijds, en dat deze ouder-derdelander de “daadwerkelijke zorg” draagt voor de minderjarige Unieburger anderzijds, zijn in wezen elkaars spiegelbeeld. 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. Deze daadwerkelijke zorg slaat niet enkel op een emotionele zorg, maar omvat tevens de materiële zorg voor het kind, bijvoorbeeld voor wat betreft de huisvesting, verblijf en het levensonderhoud van het kind, alsook het toezicht, de opvoeding en de opleiding van het kind. Uit de rechtspraak blijkt niet dat de daadwerkelijke zorg enkel kan slaan op één ouder.

Verweerder concludeert feitelijk dat verzoekende partij geen hoederecht uitoefent over het kind. 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.

2.6.5. De vader heeft co-ouderschap en op dat vlak evenveel rechten en verantwoordelijkheden over het kind. Elke beslissing over het kind moet door beide ouders gezamenlijk genomen worden (even zozeer door vader als door moeder).

Artikel 374 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: het B.W.) bepaalt:

*“§ 1. 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.

Ingeval de ouders meerdere kinderen hebben, streeft de rechtbank eenzelfde regeling voor alle broers en zussen na. In voorkomend geval verduidelijkt de rechtbank hoe de broers en zussen persoonlijke contacten met elkaar onderhouden.

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.”

Volgens dit artikel houdt het ouderlijk gezag drie elementen in: De beslissing over de huisvesting van het kind, de belangrijke beslissingen betreffende de gezondheid, de opvoeding, de opleiding, de ontspanning, de godsdienstige en levensbeschouwelijke keuzes van dat kind (artikel 374, §1, tweede lid, van het B.W.). De term “*hoederecht*” is een verouderde term, wat gebruikt werd om aan te duiden waar het kind verbleef en wie de belangrijke beslissingen over een kind diende te nemen.

Het kind verblijft inderdaad iets meer bij de moeder van het kind dan bij de verzoekende partij, doch een effectieve verzorging van het kind door de vader kan niet uitgesloten worden nu hij wekelijks, op woensdag en zaterdag, het hele jaar door, zorg draagt voor het kind (eigen onderlijning).

Uit de foto's die de verzoekende partij overmaakte aan de verwerende partij blijkt dat de verzoekende partij, ook toen het kind een baby was, contact had.

Uit het voorgaande blijkt dat de verzoekende partij een belangrijke rol speelt in de opvoeding van het kind die met uitzondering van de groeipremie, die toekomt aan de moeder, *quasi* even veel moet bijdragen aan het opvoeden van het kind.

De verwerende partij is dan ook voorbarig in haar conclusie dat de verzoekende partij niet aantoonde dat zij het hoederecht over de kinderen heeft. De verouderde term “*hoederecht*” is vervangen door het “*ouderlijk gezag*” dat meer behelst dan een loutere verblijfplaats.

Daargelaten de vraag op welke grond de gemachtigde zich steunt voor het criterium dat het moet gaan om een onontbeerlijke aanwezigheid van de betrokkene voor het welbevinden en de ontwikkeling van het kind nu in de wetgeving de term “*ten laste*” staat en in voormelde rechtspraak het criterium van “*de daadwerkelijke zorg*” wordt gehanteerd, blijkt de gemachtigde zich, zoals verzoekende partij terecht opwerpt, dienaangaande tegen te spreken. Enerzijds erkent de gemachtigde uitdrukkelijk dat niet betwist wordt dat de verzoekende partij en zijn nog geen driejarig kind een emotionele band hebben, wordt anderzijds aangegeven dat geen onderhoudsbijdrage is aangetoond in het verleden, terwijl de akkoordconclusie als datum, opgegeven door de raadslieden van de ouders zelf, dateert van 3 januari 2022, maar het ingeleid verzoekschrift, dat de zaak aanhangig maakte voor de rechtbank, dateert van 30 september 2021 wat een aanwijzing kan zijn van het bestaan van eerdere contacten en praktische uitvoering van het akkoord tussen vader en moeder. Het vonnis dat de akkoordconclusie bekrachtigt, merkt op dat het inleidend verzoekschrift werd neergelegd op 30 september 2021. Terwijl anderzijds de verzoekende partij al in 2020 een DNA-onderzoek heeft ondergaan in de procedure tot erkenning van haar ouderschap en waar geen enkele betwisting kon ontstaan dat de verzoekende partij de vader is van het kind. Anderzijds acht de gemachtigde de aanwezigheid van verzoeker op het grondgebied niet nodig om het welbevinden en de verdere ontwikkeling van het kind te vrijwaren. Aldus geeft de bestreden beslissing de indruk dat geen rekening is gehouden met het hoger belang van het kind zelf.

Verzoekende partij voert terecht aan dat het in beginsel in het belang is van het kind dat het door beide ouders wordt opgevoed, tenzij elementen zich daartegen verzetten. *In casu* heeft de gemachtigde echter uitdrukkelijk de goede band tussen verzoekende partij en diens kind aanvaard en geen afdoende onderzoek gevoerd naar, noch afdoende gemotiveerd, over de daadwerkelijke zorg door de vader voor

het kind. Het komt de Raad niet toe dit onderzoek te doen, terwijl de akkoordconclusie tussen de ouders over het kind duidelijke aanwijzingen geeft dat de verzoekende partij als daadwerkelijke zorgdragende ouder kan worden aanzien. Het komt de Raad niet toe dit onderzoek in de plaats van de verwerende partij te doen.

Evenmin sluiten de wettelijke bepalingen uit dat een kind kan beschikken over twee zorgdragende ouders in het kader van het "hoederecht". Noch vindt de Raad in artikel 40bis, §2, 5°, van de Vreemdelingenwet terug dat een tweede zorgdragende ouder slechts kan buigen op een recht van verblijf van meer dan drie maanden indien diens aanwezigheid in het gastland onontbeerlijk is voor het kind. In die zin voegt de verwerende partij een voorwaarde toe aan artikel 40bis van de Vreemdelingenwet.

De verwerende partij kan zich niet louter steunen op het gebrekkig aanvoeren van elementen ter uitvoering van voormeld vonnis, gelet op het recente karakter van dit vonnis. Ook kan niet ingezien worden waarom de verzoekende partij meerdere stukken had moeten aanbrengen aangaande het uitgeoefende ouderlijk gezag nu de verzoekende partij inmiddels de erkende vader is van de kinderen, wettelijk het ouderlijk gezag heeft tenzij anders beslist (volgens de artikelen 373 - 374 van het B.W.), en het haar toekomt zo actueel mogelijke gegevens bij te brengen, wat de verzoekende partij gedaan heeft. De verwerende partij kon op basis van de gegevens in het administratief dossier niet zo maar lukraak stellen dat: *"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, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, in het gedrang zouden komen door de afwezigheid van betrokkene. Ook van op afstand kan betrokkene het vaderschap - desgevallend tijdelijk - verder opnemen vanuit het buitenland. Door gebruik te maken van moderne communicatiemiddelen en/of periodieke bezoeken kan hij nauw betrokken blijven bij het kind."* Temeer de leeftijd van het kind geen drie jaar bedraagt. Uit het laag inschatten van een risico op verstoring van het evenwicht van het kind kan niet afgeleid worden dat het hoger belang van het kind in aanmerking is genomen.

Het gegeven dat de moeder van de kinderen in een akkoordconclusie voor de rechtbank, met aanwezigheid van de Procureur des Konings, bekrachtigd door een rechtbank, laat eerder uitschijnen dat dergelijke regeling al voorzien was in het verleden nu het aannemelijk is dat de moeder hier niet op in zou gaan indien er geen contacten bestonden of wanneer de verzoekende partij haar vaderschap niet daadwerkelijk had uitgeoefend. Het stond de verwerende partij vrij, bij twijfel, hieromtrent inlichtingen te vragen. De Raad vindt geen elementen in het administratief dossier waaruit zou kunnen blijken dat het gestelde in de akkoordconclusie niet de waarheid bevat. Dit klemt nog meer nu de verwerende partij in haar nota met opmerkingen zelf stelt dat de bestreden beslissing is genomen zonder bevel om het grondgebied te verlaten en het de verzoekende partij vrijstaat om een nieuwe gezinsherenigingsaanvraag in te dienen.

De bestreden beslissing motiveert niet afdoende door te stellen dat enerzijds *"Bijgevolg heeft betrokkene niet aannemelijk gemaakt dat hij het kind dat hij wenst te vervoegen ten laste heeft zoals vereist door art. 40bis, §2, eerste lid, 5°."* en anderzijds: *"Als bewijs van zijn bestaansmiddelen legt betrokkene loonfiches voor van D. Interim (13.12.2021 tot 24.12.2021) en een arbeidsovereenkomst dd. 29.10.2021. Er dient opgemerkt te worden dat het niet volstaat om louter niet ten laste te vallen van het sociale bijstandstelsel en juridisch de vader te zijn van een kind. In het kader van een aanvraag gezinshereniging volgens artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet van 15.12.1980 dient de aanvragende ouder aan te tonen de referentiepersoon ten laste te hebben. Uit de voorliggende stukken kan dit echter niet blijken: er werd een vonnis dd. 06.01.2022 voorgelegd waaruit blijkt dat de moeder en vader tot een gezamenlijke overeenkomst zijn gekomen. Betrokkene kan zijn dochter elke week op woensdag en zaterdag ophalen, tevens werd er overeen gekomen dat hij maandelijks 75 euro onderhoudsbijdrage zal betalen. Echter, ook al is dit vonnis recent, er wordt niet aangetoond dat betrokkene voor deze regeling ook al mee instond voor de opvoeding van het kind alsook onderhoudsbijdrage betaalde."* Uit deze motieven blijkt evenmin of rekening is gehouden met het geheel van de kosten die door beide ouders voor het kind worden gedragen, *de facto* elk voor de helft, zoals de verzoekende partij correct opmerkt.

Voorts gaat de bestreden beslissing eraan voorbij dat, voordat de akkoordconclusie werd opgesteld, de verzoekende partij zich kan buigen op het wettelijk vermoeden dat beide ouders het ouderlijk gezag uitoefenen (artikel 373 van het B.W.).

De verzoekende partij maakt aannemelijk dat de bestreden beslissing zich niet steunt op een juiste feitenvinding, minstens blijkt dit niet uit haar motieven, of een correcte beoordeling heeft gedaan met niet kennelijk onredelijke motieven. Voorst maakt de verzoekende partij aannemelijk dat de gehomologeerde

akkoordconclusie over het ouderlijk gezag van de beide ouders en de lezing van de financiële verdeling van de kosten van het kind niet afdoende is onderzocht.

2.7. De opmerkingen in de nota met opmerkingen doen aan het voorgaande geen afbreuk.

De nota met opmerkingen luidt als volgt over bovenstaand onderdeel:

*“De verzoekende partij acht de voormelde rechtsregels geschonden, doordat de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie het begrip "ten laste zijn" veel te eng zou interpreteren, hetgeen in strijd zou zijn met het hoger belang van het kind.*

*De kritiek van de verzoekende partij kan niet worden aangenomen.*

*Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de verzoekende partij op 07.10.2021 een aanvraag voor een verblijfskaart van een familielid van een Unieburger heeft ingediend, als vader van een minderjarig Nederlands kind, in toepassing van artikel 40bis, §2, 5° van de Vreemdelingenwet.*

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

*“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. ”*

*Door de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie wordt in de bestreden beslissing dan ook terecht overwogen dat de verzoekende partij het bewijs moet leveren over voldoende bestaansmiddelen te beschikken, dit zowel om in het eigen levensonderhoud, als in het levensonderhoud van het minderjarige kind te voorzien.*

*Tevens moet bewijs worden voorgelegd dat de verzoekende vreemdeling de minderjarige referentiepersoon ook daadwerkelijk ten laste heeft.*

*De verzoekende partij betwist zulks als dusdanig niet.*

*Door de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie werd op basis van de door de verzoekende partij voorgelegde stukken evenwel vastgesteld dat onvoldoende bewijs werd voorgelegd dat de verzoekende partij het minderjarige kind daadwerkelijk ten laste heeft.*

*De bestreden beslissing maakt in dit kader melding van volgende elementen:*

*- er is een recent vonnis van 06.01.2022, waaruit blijkt dat de verzoekende partij elke week op woensdag en zaterdag het minderjarige kind kan ophalen en maandelijks 75,00 euro onderhoudsbijdrage moet betalen ;*

*- er wordt niet aangetoond dat de verzoekende partij voor dit vonnis reeds instond voor de opvoeding er wordt geen afhankelijkheidsrelatie aannemelijk gemaakt waardoor de aanwezigheid van de verzoekende partij onontbeerlijk zou zijn voor het minderjarige kind*

*- de verzoekende partij is niet de voornaamste zorgdrager van het kind*

*- de moeder van het kind neemt de dagdagelijkse zorgen op zich*

*Het loutere feit dat de verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift voorhoudt dat zij wel degelijk de daadwerkelijke zorg over de minderjarige referentie opneemt (tezamen met de moeder van het kind), volstaat niet om afbreuk te doen aan de deugdelijkheid van de bestreden beslissing.*

*Door de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie diende immers te worden vastgesteld dat geen bewijzen werden voorgelegd over de mate waarin de verzoekende partij sedert de geboorte tot op heden instaat voor de zorg en opvoeding van het minderjarige kind.*

*Een verwijzing naar het vonnis van de familierechtbank te Antwerpen dd. 06.01.2022 kan geen afbreuk doen aan de overwegingen van de bestreden beslissing, nu de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie uitdrukkelijk heeft gemotiveerd over dit tussengekomen vonnis.*

*Zo onder meer werd -terecht- opgemerkt dat het een zeer recent vonnis betreft, waarbij nergens blijkt in welke mate de verzoekende partij voorafgaand al dan niet betrokken was bij de opvoeding van het minderjarige kind. Terwijl al evenmin bewijzen voorliggen over de wijze waarop het vonnis al dan niet correct wordt uitgevoerd.*

*Bij gebrek aan stavingstukken hieromtrent kan de verzoekende partij het niet ernstig aan de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie ten kwade duiden dat niet zonder meer werd aangenomen dat er sprake is van een daadwerkelijke afhankelijkheidsrelatie tussen de verzoekende partij en het minderjarige kind.*

*De verzoekende partij lijkt in haar enig middel volkomen uit het oog te verliezen dat de bewijslast in het kader van artikel 40bis, §2, 5° van de Vreemdelingenwet op haarzelf rust, zodat zij niet kan voorhouden dat de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie louter op basis van beweringen of aannames en enkele foto's een verblijfsrecht van meer dan drie maanden had moeten toekennen.*

*Verweerder benadrukt nog dat de kritiek van de verzoekende partij over “de primaire zorgfiguur” of “de voornaamste zorgdrager” voorbij gaat aan de essentie van de bestreden beslissing, met name dat geen*

reële bewijzen werden voorgelegd met betrekking tot de wijze waarop de verzoekende partij de zorg voor het minderjarig kind daadwerkelijk opneemt.

Terwijl de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie wel degelijk terecht heeft overwogen dat artikel 40bis van de Vreemdelingenwet niet toelaat om een verblijfsrecht toe te kennen aan een ouder van een minderjarige Unieburger, indien deze ouder niet in reële mate mee instaat voor de opvoeding en verzorging van de minderjarige Unieburger.

Terecht wordt hierbij gewezen op het feit dat door de verzoekende partij geen enkele aanwijzing werd voorgelegd dat de aanwezigheid van de verzoekende partij voor het welbevinden én de verdere ontwikkeling van het minderjarige kind onontbeerlijk zou zijn.

Opnieuw moet worden benadrukt: er liggen geen stukken voor, ter ondersteuning van de zorg die de verzoekende partij daadwerkelijk opneemt.

In de gegeven omstandigheden kan een schending van artikel 40bis van de Vreemdelingenwet allerminst worden aangenomen.

(...)

Bovendien blijkt uit de motieven van de bestreden beslissing zeer duidelijk dat de gemachtigde van de Staatssecretaris voor Asiel en Migratie rekening heeft gehouden met het hoger belang van het minderjarige kind, met name door te overwegen dat:

- niet is aangetoond dat de aanwezigheid van de verzoekende partij onontbeerlijk is om het welbevinden en de verdere ontwikkeling van het minderjarige kind te vrijwaren
- nergens uit het dossier blijkt dat de moeder van het kind niet in staat of bereid zou zijn om het kind op te voeden ;
- het verblijfsrecht van het minderjarige kind komt niet in het gedrang
- het risico op verstoring van het evenwicht van het kind door de afwezigheid van betrokkene wordt daarom als zeer laag ingeschat

Er werd verder nog rekening gehouden met de leeftijd van het minderjarige kind, de lichamelijke en emotionele ontwikkeling en de mogelijkheid voor de verzoekende partij om –desgewenst vanop afstand het vaderschap (al dan niet tijdelijk) op te nemen.

Door louter te benadrukken dat gezinshereniging op grond van de Richtlijn 2004/38/EG zou moeten worden vergemakkelijkt voor gezinsleden van Unieburgers, slaagt de verzoekende partij er niet in om afbreuk te doen aan de bestreden beslissing, vermits nergens uit de Richtlijn 2004/38/EG blijkt dat geen voorwaarden zouden kunnen worden gesteld aan de gezinshereniging.

Verweerder herhaalt dat het aan de verzoekende partij toekomt om te bewijzen dat aan alle wettelijke voorwaarden voor gezinshereniging voldaan is.

De verzoekende partij stelt weliswaar dat zij samen met de moeder instaat voor de effectieve zorgen van het minderjarige kind, doch een daadwerkelijk bewijs hiervan ligt niet voor.

Verweerder wijst hierbij ten andere op het feit dat de bestreden beslissing werd genomen zonder bevel om het grondgebied te verlaten, zodat het de verzoekende partij vrij staat om een nieuwe aanvraag tot gezinshereniging in te dienen, dewelke wél vergezeld zou gaan met de nodige bewijsstukken.”

Zoals eerder besproken kan de verwerende partij de verzoekende partij niet kwalijk nemen de meest actuele stukken bij te brengen terwijl uit de foto's ook blijkt dat voordien contacten bestonden (zie verandering van leeftijd van kind over de verschillende foto's heen) en de contacten die moeten bestaan om de akkoordconclusie af te sluiten. De verwerende partij kan niet ernstig voorhouden dat in dit geval, door het ontbreken van stukken over de situatie voor het vonnis van 6 januari 2022, niet blijkt dat de verzoekende partij betrokken was bij de opvoeding van het kind. Uit het administratief dossier blijkt ook dat de verzoekende partij de procedure heeft opgestart voor de ontkenning van het wettelijk vaderschap vermits de verwekking was gebeurd tijdens het huwelijk van de moeder, inmiddels gescheiden van haar echtgenoot. De verzoekende partij heeft van in den beginne gerechtelijke stappen ondernomen. Het vonnis van de ontkenning van het wettelijk vaderschap en de erkenning van het vaderschap van de verzoekende partij is voorhanden in het administratief dossier. De verzoekende partij kan zich buigen op het wettelijk vermoeden dat zij heeft als vader van het kind en waaruit blijkt dat zij voor de akkoordconclusie al beschikte over het ouderlijk gezag van het kind. Evenmin kan de verwerende partij worden bijgetreden in haar stelling dat de verzoekende partij geen recht op verblijf kan worden toegekend omdat haar aanwezigheid niet onontbeerlijk is voor het kind in het Rijk. Dergelijke voorwaarde wordt niet gelezen in artikel 40bis, §2, 5°, van de Vreemdelingenwet en maakt een toegevoegde voorwaarde uit.

De verzoekende partij heeft aannemelijk gemaakt dat de bestreden beslissing kennelijk onredelijk is en niet correct werd beoordeeld. De verwerende partij heeft niet afdoende de voorgelegde stukken onderzocht onder meer wat de financiële tussenkomst van de verzoekende partij betreft voor het kind.

De verzoekende partij maakt de schending van de materiële motiveringsplicht en van de zorgvuldigheidsplicht in samenlezing met artikel 40bis, §2, 5°, van de Vreemdelingenwet aannemelijk.

**OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:**

**Enig artikel**

De beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie van 4 april 2022 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20) wordt vernietigd.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op zes juli tweeduizend tweeëntwintig door:

mevr. M. BEELEN,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

dhr. K. VERKIMPEN,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

K. VERKIMPEN

M. BEELEN