

Arrest

nr. 280 592 van 23 november 2022
in de zaak RvV X / II

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat K. VERSTREPEN
Rotterdamstraat 53
2060 ANTWERPEN

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 Albanese nationaliteit te zijn, op 24 augustus 2022 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van 15 juli 2022 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten.

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

Gezien de beschikking houdende de vaststelling van het rolrecht van 25 augustus 2022 met refertenummer X.

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 22 september 2022, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 12 oktober 2022.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken C. VERHAERT.

Gehoord de opmerkingen van advocaat WALPOT, die *loco* advocaat K. VERSTREPEN verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat O. SOZEN, die *loco* advocaat H. CILINGIR verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1. Op 3 februari 2016 werd aan verzoeker een inreisverbod van acht jaar opgelegd.

1.2. Op 17 januari 2022 diende verzoeker een aanvraag in voor een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, meer bepaald in functie van zijn Belgische zoon.

1.3. Op 15 juli 2022 werd een beslissing genomen tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20). Dit is de bestreden beslissing, gemotiveerd als volgt:

“In uitvoering van artikel 52, §4, 5de lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, wordt de aanvraag van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, die op 17.01.2022 werd ingediend door:

[...]

om de volgende reden geweigerd:

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

Betrokkene vraagt gezinshereniging met zijn kind van Belgische nationaliteit, de genaamde S., A. (RR. [...]) in toepassing van artikel 40ter van de wet van 15.12.1980.

Om deze aanvraag in overweging te kunnen nemen dient aan een ontvankelijkheidsvereiste voldaan te worden. Betrokkene moet vooreerst toegang hebben tot het grondgebied, er mag dus geen geldig inreisverbod zijn. Voor zover er wel een geldig inreisverbod is, waarvan de geldigheidsduur niet verstreken is, kan de aanvraag alsnog in aanmerking worden genomen voor zover er sprake zou zijn van een buitengewone afhankelijkheid van de referentiepersoon tegenover de aanvrager. In dat geval is een afgeleid verblijfsrecht gerechtvaardigd ondanks het inreisverbod.

Uit nazicht van het dossier blijkt dat betrokkene voorwerp uitmaakt van een inreisverbod genomen door de Belgische autoriteiten voor een periode van 8 jaar. Er werd tot een inreisverbod besloten op 03.02.2016, dewelke hem betekend werd op 05.02.2016. Het inreisverbod is nog steeds van kracht, gezien het niet is vernietigd of geschorst door de Raad Voor Vreemdelingenbetwistingen en het bevoegde bestuur het niet heeft ingetrokken of opgeheven. Uit het administratief dossier blijkt evenmin dat betrokkene, conform de beslissing tot verwijdering die gepaard ging met het voornoemde inreisverbod, het Belgisch grondgebied gedurende de in het inreisverbod vermelde termijn van acht jaar verlaten heeft. Hij werd gerepatrieerd op 21 februari 2016 en nog eens op 27.03.2017. Overeenkomstig de stempels in zijn paspoort probeerde hij terug Schengen binnen te reizen achtereenvolgens op 10.09.2017 en 22.04.2021, echter bij die gelegenheden werd hij onderschept. Uit het paspoort blijkt niet sinds wanneer hij dan wel terug succesvol Schengen is kunnen binnenreizen, betrokkene heeft daarvan geen bewijsstukken voorgelegd. Op 6.12.2021 was hij in elk geval terug, gezien hij toen werd opgesloten ten gevolge een aantal oude veroordelingen waarvoor de straf nog niet was uitgevoerd. Betrokkene werd intussen wel terug in vrijheid gesteld, meerbepaald op 20.01.2022. Het inreisverbod bestaat echter wel degelijk nog en heeft bindende kracht gezien het werd betekend. Gezien de tussentijdse historiek, is het ook duidelijk dat betrokkene het inreisverbod niet heeft opgevolgd.

Betrokkene kreeg een inreisverbod omdat zijn aanwezigheid een gevaar uitmaakt voor de openbare orde of de nationale veiligheid.

Uit het administratief dossier blijkt dat betrokkene 3 minderjarig Belgisch kinderen heeft de genaamde S., G. (RR. [...]) S., E. (RR. [...]) en S., A. (RR. [...]). Echter, het hebben van 3 Belgische kinderen geeft betrokkene niet automatisch het recht op een verblijf. Overeenkomstig het Arrest van Hof van Justitie in de zaak C-82/16 van 8 mei 2018, dient beoordeeld te worden of er een zodanige afhankelijkheidsverhouding tussen betrokkene en zijn kind bestaat dat deze kan rechtvaardigen dat aan betrokkene een afgeleid verblijfsrecht zou moeten worden toegekend. Daarbij dient te worden benadrukt dat het loutere bestaan van een gezinsband tussen betrokkene en zijn kinderen niet kan volstaan als rechtvaardiging om aan hem een afgeleid recht van verblijf toe te kennen.

Er dient bij de beoordeling van de afhankelijkheidsverhouding, in het belang van de kinderen rekening gehouden te worden met “alle omstandigheden van het geval, met name de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate waarin het een affectieve relatie met elk van zijn ouders heeft, en het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het werd gescheiden van de ouder die onderdaan van een derde land is. Voor de vaststelling dat van een dergelijke afhankelijkheidsverhouding sprake is, is het niet voldoende dat er met deze onderdaan een gezinsband bestaat, of dat nu een biologische dan wel juridische is, noch is het daarvoor noodzakelijk dat het kind

samenwoont met die onderdaan.” (Arrest van Hof van Justitie, zaak C-82/16 dd. 8.05.2018, punt 76 en conclusie).

Wat de band met de kinderen betreft dient opgemerkt te worden dat betrokkene en zijn partner kennelijk voor kinderen hebben gekozen, op een moment dat betrokkene reeds een inreisverbod had gekregen. Betrokkene was immers reeds eerder het voorwerp van een inreisverbod, op 5.12.2012 genomen, met een geldigheidsduur van 3 jaar. Betrokkene en zijn partner moeten aldus beseft hebben dat hun gezinsleven mogelijks anders zou zijn dan het gezinsleven van een doorsnee gezin. Kiezen voor kinderen, wetende dat betrokkene onder inreisverbod staat, dan moet men als gezin de consequenties daarvan dragen.

Ter staving van de aanvraag en de afhankelijkheid van de kinderen tegenover betrokkene werden de volgende documente voorgelegd:

- een toelichtende brief van de advocaat dd. 4.01.2022

- bewijs van geboekte vliegtuigtickets voor 4 personen en baby met bestemming Tirana, van 29.10.2018 tot 5.11.2018, printscreen van een schrijven gericht aan mevrouw M. betreffende een vlucht naar Tirana van 8.03.2019 tot 20.03.2019 (voor mevrouw + 2 kinderen), bewijs van geboekte vliegtuigtickets naar Tirana van 28.06.2019 tot 30.07.2019 voor 4 passagiers (geen namen), bewijs van geboekte vliegtuigtickets voor mevrouw + kinderen van 21.12.2020 tot 4.01.2021 bestemming onbekend, bewijs van geboekte tickets voor 23.04.2021 tot 29.04.2021 met bestemming Tirana (enkel voor mevrouw en 1 kind A.S.), bewijs van geboekte tickets voor 4/07/2021 tot 19.07.2021 opnieuw bestemming onbekend voor mevrouw en 4 kinderen

- foto's waar vermoedelijk betrokkene, zijn vrouw en de kinderen op te zien zijn, aan zeer, in vakantieomgeving

- attest van de CM waaruit blijkt dat mevrouw M. invaliditeitsuitkering ontvangt sinds 31.03.2019. Het voorgelegde attest bevat bedragen die ze ontving van 1.01.2019 (arbeidsongeschiktheidsuitkering) tot en met 31.05.2019.

- brief van het Universitair ziekenhuis Brussel dd. 16.08.2021 betreffende een verslag van raadpleging op 11.08.2021 -brief van Universitair ziekenhuis Brussel dd. 21.12.2021 gericht aan de ouders van S.A. waarin staat dat het kind is opgenomen op de semi-residentiële zorgenheid van PAika

- brief van Universitair ziekenhuis dd. 20.08.2021

- brief van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde, Jeugdrechtbank met ingesloten een beslissing van de rechtbank van 10.09.2021. In de beschikking wordt beslist S.A. toe te vertrouwen aan kinderziekenhuis UZ, afdeling Paika van 16 augustus tot 27 september 2021, in combinatie met begeleiding door radar Crisis van 16 augustus tot 10 september 2021.

- brief van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde, Jeugdrechtbank. De bijhorende beslissing van de rechtbank van 13.08.2021 ontbreekt.

- brief van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde, Jeugdrechtbank met ingesloten de eerste bladzijde van de maatregel van 2 augustus 2021. Uit de eerste bladzijde blijkt dat een maatregel wordt genomen ter bescherming van de minderjarige en omdat onmiddellijke bijstand- en hulpverlening op vrijwillige basis niet mogelijk is omdat de noodzakelijke instemmingen niet werkelijk zijn verkregen. De rest van de beschikking ontbreekt.

De kinderen zijn intussen respectievelijk 8, 7 en 4 jaar oud. Op deze jonge leeftijd is het redelijk te stellen dat de kinderen fysiek en affectief eigenlijk grotendeels afhankelijk zijn van de moeder, destemeer omdat betrokkene al sinds 2011 regelmatig in de gevangenis heeft gezeten en herhaaldelijk gerepatriëerd werd (ook op 17.01.2013).

Het is redelijk te stellen dat tot op heden de moeder van de kinderen de voornaamste zorgdrager is geweest, of toch minstens degene die ononderbroken ter beschikking was om in te staan voor de zorg over de kinderen.

Verder wat de lichamelijke en de emotionele ontwikkeling van de kinderen betreft. De moeder van de Belgische kinderen is een Belgische onderdane, zij is een volwassen persoon geboren en getogen in België. Niets wijst er dan ook op dat zij er niet toe in staat zou zijn de best mogelijke zorg te geven aan de kinderen, zij kan daarbij gebruik maken van alle mogelijke medische ondersteuning, opvoedingsondersteuning, begeleiding door Kind en Gezin, kraamzorg en nadien opvangmogelijkheden zoals elke andere ouder in België. Uit het schrijven van de advocaat van betrokkene blijkt dat mevrouw inderdaad al de hulp heeft moeten inroepen van opvoedingsondersteunende diensten, alsook de jeugdrechtbank. De advocaat stelt dat de afwezigheid van de vader ten grondslag ligt aan de gedragsproblemen van de oudste zoon en de jongste. Wat de oudste zoon betreft stelt de advocaat dat de situatie zou zijn gestabiliseerd. De jongste is intussen in opname op de (semi-) residentiële zorgenheid van PAika. Kennelijk is de diagnose autismespectrumstoornis voor de jongste zoon weerhouden.

Wat daar precies gebeurd is waardoor de kleine jongen is gecolloqueerd, wordt niet toegelicht in de bijgevoegde informatie, het zou gaan om agressief gedrag tegenover de andere broer. Het lijkt me redelijk te stellen dat gezien het jongste kind intussen gepaste opvolging en hulp heeft gekregen, daardoor ook de oudste zoon terug op zijn positieven is kunnen komen, de nodige ruimte gekregen heeft om terug zichzelf te zijn.

Ongetwijfeld heeft de moeder ook haar netwerk van vrienden en familie in België die haar zo nodig kunnen bijstaan om de zorg op een goede manier te kunnen opnemen. Zo blijkt ook uit de brief van de advocaat dat de drie oudste kinderen (mevrouw heeft nog een dochter die niet gemeenschappelijk is met mijnheer) enige tijd bij de ouders van mevrouw werden geplaatst door de rechtbank. Dat getuigt er toch van dat mevrouw wel degelijk goed omringd is en daarbij kan rekenen op steun van haar familie. Het is dus eigenlijk al bewezen dat het welzijn van de kinderen door betrokkenes (tijdelijke) afwezigheid helemaal niet in het gedrang is. De hulp die moest geboden worden, de diagnose die moest gesteld worden, de begeleiding waar mevrouw en haar kinderen recht op hebben, is er ook gekomen. Nergens uit de voorgelegde bewijsstukken blijkt dat de af- of aanwezigheid van de vader daar enig verschil heeft of zou hebben gemaakt, dat is enkel een blote bewering van de raadsman. De aanwezigheid van betrokkene gaat het verschil niet maken voor het kind dat de diagnose van autismespectrumstoornis heeft gekregen. De aanwezigheid gaat de aandoening niet laten verdwijnen, wel integendeel, een aanwezigheid van de vader in het gezin kan evengoed een destabiliseerde factor zijn voor het kind. Het is immers niet gewoon van gezamenlijk met de vader te leven.

Wat betreft de affectieve band van de kinderen met betrokkene, gezien betrokkene werd vrijgesteld uit de gevangenis sinds 22.01.2022 nemen we aan dat hij terug zijn intrek genomen heeft bij het gezin. De advocaat haalt ook aan dat tijdens zijn afwezigheid zowel betrokkene als de moeder van de kinderen hun best hebben gedaan om een nauwe band tussen vader en kinderen te bewerkstelligen door regelmatige bezoeken van moeder en kinderen aan betrokkene in Albanië, alsook door veelvuldig contact via sociale media. De voorgelegde bewijzen van vliegtuigtickets en foto's lijken inderdaad te getuigen van regelmatige bezoeken van mevrouw en kinderen aan betrokkene. In die zin kan dan ook wel worden erkend dat er naar alle waarschijnlijkheid wel een affectieve band bestaat tussen vader en kinderen. Echter, gezien de voornaamste zorgdrager over de kinderen ons inziens toch de moeder is en zij tot op heden in moeilijke omstandigheden (gezien de diagnose van de jongste zoon) naar best vermogen haar kinderen heeft verzorgd, op dagdaagelijkse basis, is het redelijk te stellen dat de affectieve band met de moeder sterker ontwikkeld is. In die zin achten wij het risico op verstoring van het evenwicht van de kinderen laag in. Zeker voor het kind met het autismespectrum is het eerder aangewezen niets aan zijn gezinssituatie/vertrouwde omgeving te veranderen en dus de contacten verder te zetten met papa zoals ze sinds jaren plaats vinden. Het zal natuurlijk nog wel wat moeite vragen om op een alternatieve manier contact te houden met de kinderen via telefoon, sociale media, occasionele bezoeken van de kinderen en de partner van betrokkene aan betrokkene in het buitenland, enz. Mijnheer kan ook financieel bijdragen vanuit het buitenland.

Het inreisverbod gaat ook maar om een tijdelijke scheiding, tot op heden is de opheffing of schorsing van het inreisverbod steeds geweigerd, echter niets sluit uit dat het in de toekomst alsnog zou kunnen worden opgeheven. Alles bij elkaar is het redelijk te stellen dat er geen concrete elementen voorliggen dat er sprake is van de vereiste bijzondere afhankelijkheidsrelatie. Betrokkenes aanwezigheid is niet onontbeerlijk voor het welbevinden van de kinderen in België, noch is het onontbeerlijk om zijn vaderschap te kunnen opnemen.

Op grond van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat uit niets blijkt dat de naleving van de verplichting voor betrokkene om het Belgisch grondgebied en van de Europese Unie te verlaten teneinde de opheffing of opschorting van het voor hem geldende inreisverbod te verzoeken, betrokkenes kind ertoe zou dwingen hem te vergezellen en dus eveneens het grondgebied van de Unie in zijn geheel te verlaten. Bijgevolg kan besloten worden dat deze beslissing wel degelijk kan genomen worden.

Betrokkene voldoet dan ook niet aan de vereiste voorwaarden van artikel 40ter van de wet van 15.12.1980 om het verblijfsrecht in België te verkrijgen op basis van gezinshereniging.

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

Betrokkene dient het inreisverbod te respecteren."

2. Onderzoek van het beroep

2.1.1. Verzoeker voert een eerste middel aan dat hij uiteenzet als volgt:

“EERSTE MIDDEL: schending van artikelen 52, §4 van het Vreemdelingenbesluit en artikel 42 van de Vreemdelingenwet

Op 23 november 2020 heeft verzoeker zijn laatste verzoek op basis van artikel 40ter Vw. ingediend.

Op 15 juli 2022 werd dit verzoek geweigerd en op 26 juli 2022, meer dan zes maanden na het indienen van het verzoek, werd verzoeker in kennis gesteld van de beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten.

Artikel 42, §1 Vw. stelt dat het recht op een verblijf van meer dan drie maanden in het Rijk zo snel mogelijk en ten laatste zes maanden volgend op de datum van aanvraag zoals bepaald in § 4, tweede lid, erkend wordt aan de burger van de Unie en zijn familieleden onder de voorwaarden en voor de duur door de Koning bepaald overeenkomstig de Europese verordeningen en richtlijnen. Bij de erkenning wordt rekening gehouden met het geheel van de elementen van het dossier.

Artikel 40ter, §2 Vw. bepaalt dat de bepalingen van dit hoofdstuk, zoals art. 42, §1 Vw. van toepassing is op familieleden van Belgen zoals verzoeker.

Artikel 43 van het Vreemdelingenbesluit bepaalt dat de bepalingen van dat hoofdstuk van toepassing zijn op de volgende vreemdelingen :

*“1° de burgers van de Unie zoals omschreven in artikel 40, § 2, van de wet; 2° de familieleden van een burger van de Unie zoals omschreven in artikel 40bis, van de wet;
3° de familieleden van een Belg zoals omschreven in artikel 40ter, van de wet.”*

Artikel 52 van het KB bepaalt dat in paragraaf 4, tweede lid, indien er geen enkele beslissing is genomen binnen de termijn bepaald bij artikel 42, van de wet de burgemeester of zijn gemachtigde aan de vreemdeling een "verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie" overeenkomstig het model van bijlage 9 afgeeft.

In het arrest Diallo, van 27 juni 2018, zaak C-246/17, maakt het Hof van Justitie duidelijk dat de termijn van zes maanden bepaald bij artikel 42 van de wet loopt vanaf de indiening van het verzoek (de datum op de bijlage 19ter) tot op het moment, niet van de beslissingname, maar van de kennisgeving van de beslissing:

“32 Met zijn eerste en zijn tweede vraag, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 10, lid 1, van richtlijn 2004/38 aldus moet worden uitgelegd dat het besluit over de aanvraag voor een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie binnen de in die bepaling voorgeschreven termijn van zes maanden moet worden genomen en ook ter kennis van de betrokkene moet worden gebracht.

33 In dat verband bepaalt artikel 10, lid 1, van richtlijn 2004/38 dat het verblijfsrecht van de familieleden van een burger van de Unie die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten, binnen zes maanden na de datum van indiening van een aanvraag ter zake wordt vastgesteld door de afgifte van een document, „verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie” genoemd.

34 Reeds uit de bewoordingen van die bepaling blijkt dus dat de lidstaten een verblijfskaart moeten afgeven aan de familieleden van een burger van de Unie in de zin van artikel 2, punt 2, van richtlijn 2004/38, uiterlijk zes maanden na aanvraag ervan.

35 Zoals de advocaat-generaal in punt 44 van zijn conclusie heeft aangegeven, laat de uitdrukking „binnen zes maanden na de datum van indiening van een aanvraag ter zake” er geen twijfel over bestaan dat de lidstaten gehouden zijn de verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie binnen die termijn af te geven.

36 Zoals de advocaat-generaal aansluitend in de punten 45 en 46 van zijn conclusie in wezen heeft uiteengezet, betekent het in artikel 10, lid 1, van richtlijn 2004/38 gebruikte begrip „afgifte” dat de bevoegde nationale autoriteiten verplicht zijn om binnen de in die bepaling gestelde termijn van zes maanden de aanvraag te behandelen, een besluit te nemen en, als de aanvrager de voorwaarden vervult om het recht van verblijf op grond van die richtlijn te verkrijgen, hem zijn verblijfskaart te verstrekken.

37 Zoals de advocaat vervolgt in punt 49 van zijn conclusie, vindt die uitlegging overigens steun in de rechtspraak van het Hof, dat aangaande de afgifte van de in richtlijn 2004/38 bedoelde verblijfskaart heeft geoordeeld dat de Uniewetgever zich er in hoofdzaak toe heeft beperkt in artikel 10 van deze richtlijn een

opsomming te geven van de documenten die moeten worden overgelegd om een dergelijke kaart te verkrijgen, die dan binnen zes maanden na indiening van de aanvraag moet worden afgegeven (arrest van 5 september 2012, Rahman e.a. C-83/11, EU:C:2012:519, punt 42).

38 Hieruit volgt dat de verplichting voor de lidstaten om de verblijfskaart aan een familielid van een burger van de Unie af te geven binnen de in artikel 10, lid 1, van richtlijn 2004/38 dwingend voorgeschreven termijn van zes maanden noodzakelijkerwijs inhoudt dat een besluit wordt genomen en ter kennis van de betrokkene wordt gebracht vóór die termijn verstrijkt.

39 Dat geldt ook wanneer de bevoegde nationale autoriteiten de betrokkene een verblijfskaart van familielid van een burger van de Unie weigeren.”

Artikel 42 Vw. dient richtlijnconform geïnterpreteerd te worden. Indien, zoals in casu, er binnen die termijn van zes maanden geen beslissing betekend werd, dient er een verblijfskaart afgeleverd te worden aan de verzoeker die familielid is van een Belg. In het arrest Diallo wordt dit uitgesloten voor wat betreft de familieleden van Unieburgers, maar deze uitsluiting geldt niet voor familieleden van statische Belgen.

Verzoeker heeft recht op de afgifte van een verblijfskaart.”

2.1.2. Verzoeker voert aan dat hij op grond van artikel 42 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) *iuncto* artikel 52, § 4, tweede lid, van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 (hierna: het vreemdelingenbesluit) in het bezit moet worden gesteld van een verblijfskaart als familielid van een burger van de Unie, nu de termijn van zes maanden binnen dewelke de overheid een beslissing moet nemen, werd overschreden.

Artikel 42, § 1, eerste lid, van de vreemdelingenwet bepaalt:

“Het recht op een verblijf van meer dan drie maanden in het Rijk wordt zo snel mogelijk en ten laatste zes maanden volgend op de datum van aanvraag zoals bepaald in § 4, tweede lid, erkend aan de burger van de Unie en zijn familieleden onder de voorwaarden en voor de duur door de Koning bepaald overeenkomstig de Europese verordeningen en richtlijnen. Bij de erkenning wordt rekening gehouden met het geheel van de elementen van het dossier.”

Artikel 52, § 4, tweede lid, van het vreemdelingenbesluit bepaalt wat volgt:

“Indien de Minister of zijn gemachtigde het verblijfsrecht toekent of als er geen enkele beslissing is genomen binnen de termijn bepaald bij artikel 42, van de wet, geeft de burgemeester of zijn gemachtigde aan de vreemdeling een “verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie” overeenkomstig het model van bijlage 9 af.”

De in artikel 42, § 1, eerste lid, van de vreemdelingenwet bedoelde termijn van zes maanden heeft enkel betrekking op “het nemen” van de beslissing. Noch in de wettekst, noch in de voorbereidende werken, noch in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof komt de termijn van de kennisgeving aan bod. Ook in artikel 52, § 4, van het vreemdelingenbesluit is enkel sprake van de situatie waarin geen enkele beslissing “is genomen” binnen de in het voornoemde artikel 42 bepaalde termijn. In deze uitvoeringsbepaling is evenmin sprake van een termijn voor de kennisgeving van de beslissing (RvS 24 oktober 2017, nr. 239.533).

Nu uit het voorgaande volgt dat de bedoelde vervaltermijn van zes maanden enkel betrekking heeft op het nemen van de beslissing, en niet op de betekening ervan. Nu de bestreden beslissing inzake de aanvraag van 17 januari 2022 werd genomen binnen de zes maanden, met name op 15 juli 2022, moet worden vastgesteld dat de wettelijk voorziene vervaltermijn werd gerespecteerd en dat er derhalve geen aanleiding kan zijn voor het gevolg dat artikel 52, § 4, van het vreemdelingenbesluit verleent aan het overschrijden ervan.

Waar verzoeker verwijst naar het arrest “Diallo” van het Hof van Justitie van 27 juni 2018 (C246/17) en daarmee aangeeft van mening te zijn dat het door hem geschonden geachte artikel 42 van de vreemdelingenwet moet worden geïnterpreteerd in de zin van artikel 10 van de Richtlijn 2004/38/EG, zoals uitgelegd in voormeld arrest van het Hof, kan hij niet worden bijgetreden. *In casu* gaat het immers om een aanvraag tot gezinshereniging, gevraagd door een derdelander als descendent van een Belg die geen gebruik heeft gemaakt van zijn recht op vrij personenverkeer binnen de Unie. Bij gebrek aan aanknoping met de bepalingen van het Unierecht, is een interpretatie van artikel 42, § 1, eerste lid, van

de vreemdelingenwet overeenkomstig artikel 10, lid 1, van de Richtlijn 2004/38/EG in de voorliggende zaak dan ook niet aan de orde (RvS 24 oktober 2017, nr. 239.533).

Het eerste middel is niet gegrond

2.2.1. Verzoeker voert een tweede middel aan dat hij uiteenzet als volgt:

“TWEEDE MIDDEL: schending van artikelen 40ter en 74/11 Vw., artikel 11 van de Terugkeerrichtlijn, schending van het evenredigheidsbeginsel, de individualiseringsplicht, het transparantiebeginsel en motiveringsplicht als beginselen van het Unierecht, schending van de motiveringsplicht, de zorgvuldigheidsverplichting, het redelijkheidsbeginsel en van artikel 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen

In hoofdorde stelt verzoeker zich vragen bij de relevantie van de verwijzing naar het arrest K.A. C-82/16 in de bestreden beslissing.

Het arrest K.A. gaat over de verhouding van artikel 20 VWEU ten opzichte van een inreisverbod in de zin van artikel 11 van de Terugkeerrichtlijn, de verhouding tussen artikel 5 van de Terugkeerrichtlijn, artikel 7 en 24 van het Handvest en artikel 11 van de Terugkeerrichtlijn, en de vraag of een verzoek tot opheffing van een inreisverbod per se moet ingediend worden vanbuiten het grondgebied van de Unie.

Meer specifiek geeft het arrest antwoord op de volgende vragen:

„1) Dient het Unierecht, in het bijzonder artikel 20 VWEU, de artikelen 5 en 11 van richtlijn [2008/115] in samenhang met de artikelen 7 en 24 van het Handvest, zo te worden uitgelegd dat het zich in bepaalde omstandigheden verzet tegen een nationale praktijk waarbij een verblijfsaanvraag, ingediend door een familielid-derdelander in het kader van gezinshereniging met een Unieburger in de lidstaat waar de betrokken Unieburger woont en waarvan hij de nationaliteit heeft en die geen gebruik heeft gemaakt van zijn recht van vrij verkeer en vestiging (hierna: statische Unieburger), niet in aanmerking wordt genomen – al dan niet gepaard met de afgifte van een verwijderingsbeslissing –, om de enkele reden dat het betrokken familielid-derdelander onder een geldend inreisverbod met Europese dimensie staat? [eigen benadrukking]

a) Is het voor de beoordeling van zulke omstandigheden van belang dat er tussen het familielid-derdelander en de statische Unieburger een afhankelijkheidsrelatie bestaat die verder gaat dan een loutere gezinsband? Indien zo, welke factoren spelen een rol in het bepalen van het bestaan van een afhankelijkheidsrelatie? Kan hiervoor nuttig worden verwezen naar de rechtspraak met betrekking tot het bestaan van een gezinsleven onder artikel 8 [van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”)] en artikel 7 van het Handvest?

b) Wat minderjarige kinderen specifiek betreft, vereist artikel 20 VWEU meer dan een biologische band tussen de ouder-derdelander en het kind-Unieburger? Is het hierbij van belang dat een samenwoning wordt aangetoond, of volstaan affectieve en financiële banden, zoals een verblijfs- of bezoeksregeling en het betalen van alimentatie? Kan hiervoor nuttig worden verwezen naar het gestelde in [de arresten van 10 juli 2014, Ogierakhi (C-244/13, EU:C:2014:2068, punten 38 en 39); 16 juli 2015, Singh e.a. (C-218/14, EU:C:2015:476, punt 54), en 6 december 2012, O. e.a. (C-356/11 en C-357/11, EU:C:2012:776, punt 56)]? Zie in dit verband ook [arrest van 10 mei 2017, Chavez-Vilchez e.a. (C-133/15, EU:C:2017:354)].

c) Is het gegeven dat het gezinsleven is ontstaan op een moment dat de derdelander reeds onder inreisverbod stond en zich dus bewust was van het feit dat hij onregelmatig in de lidstaat verbleef, van belang voor de beoordeling van zulke omstandigheden? Kan dit gegeven nuttig worden aangewend om een mogelijk misbruik van verblijfsprocedures in het kader van gezinshereniging tegen te gaan?

d) Is het gegeven dat geen rechtsmiddel in de zin van artikel 13, lid 1, van [richtlijn 2008/115] werd aangewend tegen de beslissing tot het opleggen van een inreisverbod of het gegeven dat het beroep tegen deze beslissing tot opleggen van een inreisverbod werd verworpen van belang voor de beoordeling van zulke omstandigheden?

e) Is het gegeven dat het inreisverbod werd opgelegd omwille van redenen van openbare orde dan wel omwille van onregelmatig verblijf een relevant element? Zo ja, moet ook worden onderzocht of de

betrokken derdelander een werkelijke, actuele en genoegzaam ernstige bedreiging vormt voor een fundamenteel belang van de samenleving? Kunnen in dit opzicht artikelen 27 en 28 van richtlijn [2004/38], die omgezet werden in artikelen 43 en 45 van de [wet van 15 december 1980], en bijhorende rechtspraak van het Hof van Justitie omtrent openbare orde naar analogie worden toegepast op familieleden van statische Unieburgers [zie arresten van 13 september 2016, *Rendón Marín* (C-165/14, EU:C:2016:675), en 13 september 2016, *CS* (C-304/14, EU:C:2016:674)]?

2) Dient het Unierecht, in het bijzonder artikel 5 van richtlijn [2008/115] en de artikelen 7 en 24 van het Handvest, zo te worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale praktijk waarbij een geldend inreisverbod wordt tegengeworpen om een latere [verblijfsaanvraag met het oog op] gezinshereniging met een statische Unieburger, ingediend op het grondgebied van een lidstaat, niet in aanmerking te nemen zonder dat daarbij rekening wordt gehouden met het gezins- en familieleven en het belang van betrokken kinderen waarvan in die latere [verblijfsaanvraag] melding werd gemaakt?

3) Dient het Unierecht, in het bijzonder artikel 5 van richtlijn [2008/115] en de artikelen 7 en 24 van het Handvest, zo te worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale praktijk waarbij ten aanzien van een derdelander die reeds onder een geldend inreisverbod staat, een verwijderingsbeslissing wordt genomen zonder dat daarbij rekening wordt gehouden met het gezins- en familieleven en het belang van betrokken kinderen waarvan in een latere [verblijfsaanvraag met het oog op] gezinshereniging met een statische Unieburger, d.i. na het opleggen van het inreisverbod, melding werd gemaakt?

4) Houdt artikel 11, lid 3, van richtlijn [2008/115] in dat een derdelander een verzoek tot opheffing of opschorting van een geldend en definitief inreisverbod in principe steeds moet indienen buiten de Europese Unie of zijn er omstandigheden waarin hij dit verzoek ook in de Europese Unie kan indienen?

a) Moet artikel 11, lid 3, derde en vierde alinea, van richtlijn [2008/115] worden begrepen in die zin dat in elk individueel geval of in alle categorieën van gevallen zonder meer moet zijn voldaan aan het gestelde in artikel 11, lid 3, eerste alinea, van diezelfde richtlijn dat de intrekking of de schorsing van het inreisverbod slechts kan worden overwogen mits de betrokken derdelander aantoonbaar het grondgebied geheel in overeenstemming met het terugkeerbesluit te hebben verlaten?

b) Verzetten de artikelen 5 en 11 van richtlijn [2008/115] zich tegen een uitlegging waarbij een verblijfsaanvraag in het kader van gezinshereniging met een statische Unieburger, die zijn recht van vrij verkeer en vestiging niet heeft uitgeoefend, wordt beschouwd als een impliciete (tijdelijke) aanvraag tot opheffing of opschorting van het geldend en definitief inreisverbod waarbij, als blijkt dat niet is voldaan aan de verblijfsvoorwaarden, het geldend en definitief inreisverbod weer herleeft?

c) Is het gegeven dat de verplichting om een verzoek tot opheffing of opschorting in het land van herkomst in te dienen eventueel enkel een tijdelijke scheiding met zich meebrengt tussen de derdelander en de statische Unieburger een relevant element? Zijn er omstandigheden waarin niettemin artikelen 7 en 24 van het Handvest zich verzetten tegen een tijdelijke scheiding?

d) Is het gegeven dat de verplichting om een verzoek tot opheffing of opschorting in het land van herkomst in te dienen enkel tot gevolg heeft dat de Unieburger desgevallend slechts voor beperkte tijd het grondgebied van de Europese Unie in zijn geheel dient te verlaten, een relevant element? Zijn er omstandigheden waarin niettemin artikel 20 VWEU zich verzet tegen het gegeven dat de statische Unieburger voor beperkte tijd het grondgebied van de Europese Unie in zijn geheel dient te verlaten?"

Het Hof van Justitie antwoordt in het arrest door te stellen dat de Terugkeerrichtlijn niet beoogt alle voorschriften van de lidstaten inzake het verblijf van vreemdelingen te harmoniseren (arrest van 1 oktober 2015, *Celaj*, C-290/14, EU:C:2015:640, punt 20) en dat de bij richtlijn 2008/115 ingestelde gemeenschappelijke normen en procedures bijgevolg enkel betrekking hebben op de vaststelling van terugkeerbesluiten en de uitvoering van die besluiten (arrest van 6 december 2011, *Achughbabian*, C-329/11, EU:C:2011:807, punt 29).

Het Hof benadrukt in punt 45 van het arrest dat de Terugkeerrichtlijn zich niet uitspreekt over hoe een verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging die wordt ingediend na de vaststelling van een terugkeerbesluit dat gepaard gaat met een inreisverbod, moet worden behandeld.

Het Hof oordeelt dat artikelen 5 en 11 van de Terugkeerrichtlijn zich niet verzetten tegen een praktijk om een dergelijke verblijfsaanvraag niet in overweging te nemen (punt 46), maar het Hof geeft evengoed

duidelijk aan dat noch artikel 5 of 11, noch enige andere bepaling van de Terugkeerrichtlijn, vereist dat een lidstaat een dergelijke verblijfsaanvraag niet in aanmerking neemt enkel en alleen omwille van het feit dat er een inreisverbod werd uitgevaardigd.

Het Hof gaat ook in op de vraag of artikel 5 van de Terugkeerrichtlijn en de artikelen 7 en 24 van het Handvest zich verzetten tegen een nationale praktijk op grond waarvan ten aanzien van een derdelander tegen wie reeds een terugkeerbesluit met een daaraan gekoppeld inreisverbod is uitgevaardigd dat nog geldig is, een terugkeerbesluit wordt vastgesteld zonder dat daarbij rekening wordt gehouden met de aspecten van zijn gezins- en familielevens, waaronder met name het belang van zijn minderjarige kind, die zijn vermeld in een verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging die na de vaststelling van een dergelijk inreisverbod is ingediend.

Er wordt dus enkel gevraagd of artikelen 7 en 24 van het Handvest en artikel 5 van de Terugkeerrichtlijn vereisen dat een lidstaat die een terugkeerbeslissing neemt ten opzichte van iemand met een nog geldig inreisverbod nog rekening moet houden met het gezinsleven van die persoon en het hoger belang van het kind. Er wordt met andere woorden niet gevraagd, noch beoordeeld, of het feit een geldig inreisverbod te hebben het onmogelijk maakt om nog een ontvankelijke verblijfsaanvraag op grond van gezinshereniging, los van art. 20 VWEU, in te dienen.

Feit is dat noch de Europese wetgever, noch de Belgische wetgever in een dergelijke onontvankelijkheid, al dan niet a priori, voorziet.

Als de Terugkeerrichtlijn niet vereist dat de Belgische Staat een verblijfsaanvraag niet in overweging neemt enkel en alleen omdat er een inreisverbod werd opgelegd aan een verzoeker, dan moet er een andere wettelijke basis zijn voor een dergelijke nationale praktijk, wil deze wettig zijn.

Artikel 40ter Vw. voorziet echter niet in specifieke ontvankelijkheidsvereisten, zoals het ontbreken van een inreisverbod, om een verzoek tot gezinshereniging te kunnen indienen. Geen enkele andere bepaling van de Verblijfswet voorziet in een dergelijke weigeringsgrond. Deze inmenging in verzoekers recht op een gezinsleven, en hij heeft dit recht op grond van artikel 40ter Vw., is niet bij wet voorzien. Dit maakt een schending uit van artikel 8 EVRM.

Stel dat verwerende partij zou argumenteren dat het EHRM meent dat er slechts sprake is van een negatieve verplichting in de zin van artikel 8 van het EVRM in zoverre de betrokkene reeds gemachtigd werd tot verblijf en het geen eerste toelating betreft, en het tweede lid van artikel 8 EVRM dus geen toepassing vindt, meent verzoeker dat het EHRM een verschil zou maken tussen de situatie waarin een persoon verblijfsgerechtigd is omwille van zijn gezin op grond van positief recht (i.c. Belgische wetgeving) en de situatie waarbij een Verdragsstaat discretionair beslist over een machtiging tot verblijf. Verwerende partij kan dus niet wettig weigeren artikel 40ter Vw. niet toe te passen enkel en alleen omdat er een inreisverbod bestaat.”

2.2.2. Verzoeker betoogt in het middel in essentie dat uit het arrest van het Hof van Justitie in de zaak C-82/16 van 8 mei 2018 “K.A. tegen België” waarin het Hof van Justitie oordeelde dat artikel 20 van het VWEU, niet kan worden afgeleid dat een lidstaat verplicht zou zijn een verblijfsaanvraag te weigeren omwille van het feit dat er een inreisverbod werd uitgevaardigd. Het Hof heeft zich aldus verzoeker enkel uitgesproken over de vraag of de artikelen 7 en 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Unie en artikel 5 van de Terugkeerrichtlijn zich verzetten tegen een terugkeerbesluit omwille van een geldend inreisverbod, zonder dat wordt rekening gehouden met de aspecten van het gezins- en familielevens, waaronder het belang van het minderjarige kind. Het Hof heeft volgens verzoeker geen uitspraak gedaan of het feit dat er een geldig inreisverbod is, het onmogelijk maakt om een ontvankelijk verzoek om gezinshereniging in te dienen. Verzoeker voert aan dat noch de Europese wetgeving, noch de Belgische wetgeving in een dergelijke ontvankelijkheidsvereiste voorziet. Hij meent dat er geen wettelijke basis is om de aanvraag onontvankelijk te verklaren. Hij meent ook dat dit een schending van artikel 8 van het EVRM inhoudt.

2.2.3. De Raad merkt vooreerst op dat in de bestreden beslissing weliswaar melding wordt gemaakt van een niet-inoverwegingname en onontvankelijkheid van verzoekers aanvraag tot gezinshereniging, maar dat uit de motivering van de bestreden beslissing blijkt dat toch een inhoudelijk onderzoek werd doorgevoerd en werd nagegaan of verzoeker een (afgeleid) recht op verblijf kon laten gelden. Ongeacht de gebruikte bewoordingen is er dus sprake van het niet inwilligen van verzoekers verblijfsaanvraag. De Raad wijst erop dat afwijzing van een verblijfsaanvraag in het kader van gezinshereniging, ongeacht de

bewoordingen die het bestuur gebruikt, moet worden beschouwd als een weigering van de erkenning van een verblijfsrecht (cf. RvS 17 maart 1999, nr. 79.313, RvS 23 maart 2006, nr. 156.831).

De bestreden beslissing motiveert dat om in hoofde van verzoeker een recht op verblijf in functie van zijn Belgisch minderjarig kind in overweging te kunnen nemen, er een recht op binnenkomst moet bestaan. De verwerende partij motiveert dat verzoeker geen dergelijk recht op binnenkomst heeft omdat hij het voorwerp uitmaakt van een inreisverbod. Een inreisverbod wordt in artikel 1, § 2, 8°, van de vreemdelingenwet gedefinieerd als een beslissing waarbij de toegang tot en het verblijf op het grondgebied van het Rijk of het grondgebied van alle lidstaten, met inbegrip van het grondgebied van het Rijk, voor een bepaalde termijn wordt verboden. Een soortgelijke definitie kan worden teruggevonden in artikel 1.6. van de Richtlijn 2008/115/EG. Verzoeker kan dan ook niet worden gevolgd waar hij stelt dat er geen rechtsgrond is om zijn verblijfsaanvraag af te wijzen. Een vreemdeling aan wie het niet is toegestaan om het Rijk binnen te komen kan logischerwijs, gelet op de draagwijdte die de Europese en de nationale wetgever geeft aan het bestaan van inreisverbod, in regel ook niet tot een verblijf worden toegelaten.

Hogere rechtsnormen kunnen tot gevolg hebben dat moet worden voorbijgegaan aan de verbodsbepaling die voortvloeit uit een inreisverbod. In dit verband moet erop worden gewezen dat het Hof van Justitie, met verwijzing naar de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 20 van het VWEU, reeds oordeelde dat *“de bevoegde nationale autoriteit waarbij een derdelander een verzoek heeft ingediend om toekenning van een verblijfsrecht met het oog op gezinshereniging met een Unieburger die onderdaan van de lidstaat in kwestie is, niet [mag] weigeren dit verzoek in aanmerking te nemen op de enkele grond dat deze derdelander de toegang tot het grondgebied van die lidstaat is verboden. Zij dient dat verzoek juist te behandelen en te beoordelen of er tussen de derdelander en de Unieburger in kwestie een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat dat aan deze derdelander in beginsel op grond van artikel 20 VWEU een verblijfsrecht moet worden toegekend, omdat bedoelde Unieburger anders feitelijk gedwongen zou zijn om het grondgebied van de Unie als geheel te verlaten, zodat hem het effectieve genot van de voornaamste aan zijn status ontleende rechten zou worden ontnomen. Indien dat het geval is, moet de lidstaat in kwestie het tegen genoemde derdelander uitgevaardigde terugkeerbesluit en inreisverbod dan ook opheffen of op zijn minst schorsen”* (cf. HvJ 8 mei 2018, nr. C-82/16, punt 57). Uit de motieven van de bestreden beslissing blijkt dat verweerder een dergelijk onderzoek heeft doorgevoerd. Dit wordt verder besproken onder het derde middel.

De verzoeker wordt dan ook niet bijgetreden waar hij aanvoert dat de bestreden beslissing geen steun vindt in de wet.

Het tweede middel is niet gegrond.

2.3.1. Verzoeker voert een derde middel aan dat hij uiteenzet als volgt:

“DERDE MIDDEL: schending van artikelen 7 en 24 van het Handvest van Grondrechten van de Unie, schending van artikel 8 EVRM, schending van het evenredigheidsbeginsel, de individualiseringsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en motiveringsplicht als beginselen van het Unierecht, schending van de motiveringsplicht, de zorgvuldigheidsverplichting, het redelijkheidsbeginsel en van artikel 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, schending van artikel 10 en 11 van de Grondwet, schending artikel 20 VWEU

1. Verwerende partij beroept zich in de bestreden beslissing op het feit dat verzoeker het voorwerp uitmaakt van een inreisverbod met een duur van 8 jaar. Zij stelt dat dit inreisverbod nog geldig is tot 5 februari 2024.

Vervolgens verwijst zij naar het arrest K.A. t. België van 8 mei 2018.

In dit arrest verzet het Hof van Justitie zich tegen de praktijk van een lidstaat, waarbij het een aanvraag gezinshereniging van een derdelands familielid van een eigen onderdaan, die nooit zijn recht op vrij verkeer uitgeoefend heeft, niet in aanmerking neemt om de enige reden dat tegen de derdelander een inreisverbod uitgevaardigd is.

Dit is zo omdat de lidstaat de aanvraag gezinshereniging dan niet onderzoekt en dus ook niet na gaat of er een afhankelijkheidsrelatie bestaat tussen de derdelander en de eigen onderdaan. Dit is volgens het Hof een schending van artikel 20 VWEU. Indien er een afhankelijkheidsrelatie zou bestaan, zou de weigering om aan de derdelander een afgeleid verblijfsrecht te geven tot gevolg hebben dat de Unieburger feitelijk gedwongen wordt het ganse EU-grondgebied te verlaten. In dat geval zou hem het effectieve genot ontnomen worden van zijn voornaamste rechten die hij ontleent aan zijn status van Unieburger: het

recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten. Dat is een schending van artikel 20 VWEU.

Verwerende partij meent dat er tussen verzoeker en zijn kinderen geen sprake is van een bijzondere afhankelijkheidsrelatie.

Verwerende partij gaat hiermee te kort door de bocht, zoals hierna zal worden toegelicht.

2. Om te beginnen houdt verwerende partij bij haar beoordeling van de afhankelijkheidsverhouding geen rekening met alle relevante elementen, zoals voorgeschreven door het Hof van Justitie in het arrest K.A. t. België.

Wanneer de Unieburger zoals in casu minderjarig is, moet bij de beoordeling van een dergelijke afhankelijkheidsverhouding, rekening gehouden worden met alle omstandigheden van het geval, zoals: de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate waarin het een affectieve relatie met elk van zijn ouders heeft en het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het werd gescheiden van de ouder die onderdaan van een derde land is.

Het Hof heeft deze afwegingen met betrekking tot minderjarigen verder verduidelijkt als volgt:

“Zij eraan herinnerd dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat voor de bepaling of de weigering om een afgeleid verblijfsrecht toe te kennen aan een derdelander die de ouder is van een kind dat Unieburger is, voor dit kind zou meebrengen dat het de voornaamste aan zijn status verbonden rechten niet kan uitoefenen doordat het feitelijk is gedwongen zijn ouder te vergezellen en dus het grondgebied van de Unie in zijn geheel te verlaten, het relevant is wie het gezag over het kind heeft en of de wettelijke, financiële of affectieve last van dat kind berust bij de ouder die een derdelander is (zie in die zin arrest van 10 mei 2017, Chavez-Vilchez e.a., C-133/15, EU:C:2017:354, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak)

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

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

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

Wanneer de feitelijke elementen worden bekeken in het licht van de “omstandigheden van het geval” waarmee volgens het HvJ rekening moet worden gehouden bij de beoordeling van een afhankelijkheidsverhouding wanneer de Unieburger minderjarig is, moet het volgende worden vastgesteld:

a) wie het gezag over het kind heeft

Verzoeker heeft samen met zijn partner, de moeder van hun kinderen, het gezag over de kinderen.

b) of de wettelijke, financiële of affectieve last van dat kind berust bij de ouder die een derdelander is

Volgens het HvJ moet, in het hogere belang van het kind, alle omstandigheden van het geval in de beschouwing worden betrokken, met name de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate waarin het een affectieve relatie heeft zowel met de ouder die Unieburger is als met de ouder die een derdelander is, alsmede het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het van deze laatste ouder werd gescheiden.

Zowel de wettelijke, als de financiële en affectieve lasten werden steeds door verzoeker en zijn partner gedragen. Verzoeker heeft zijn partner steeds financieel geholpen voor de opvoeding van zijn kinderen.

c) de leeftijd van het kind en zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling

De kinderen van verzoeker zijn 9, 7 en 5 jaar oud. A., de referentiepersoon in kwestie, is 5 jaar oud. De 2 jongste kinderen zijn op een leeftijd waarop zij niet in staat zijn om de afwezigheid van hun vader te plaatsen. Uit de medische attesten van A. blijkt dat hij kampt met verlatingsangst (stuk 2).

d) de mate waarin het een affectieve relatie met elk van zijn ouders heeft

De kinderen van verzoeker hebben met hun beide ouders een sterke affectieve relatie.

Tijdens zijn verblijf in Albanië, onderhield verzoeker een zeer intensief contact met zijn kinderen en partner, en belde hij zeer regelmatig met hen. Verzoekers partner en hun kinderen bezochten verzoeker viermaal in Albanië, namelijk 8-20 maart 2019, 28 juni-30 juli 2019, 21 december 2020-4 januari 2021 en 23-29 april 2021. Omwille van financiële reden en het school lopen van kinderen, was dit echter niet langer houdbaar. Emotioneel konden de kinderen de scheiding met hun vader ook niet langer aan, met alle gevolgen van dien in kader van de zware gedragsproblemen van G. en A. (zie ook stuk 2).

Nu verzoeker terug samenwoont met zijn kinderen en partner, heeft hij de zorg voor zijn kinderen in persoon terug opgenomen. Het gedrag van G. en A. vertoont ook beterschap. Er kan dus zeker en vast een link gelegd worden tussen de aanwezigheid van verzoeker (met andere woorden stabiliteit en rust binnen het gezin) en de verbetering in de gedragsproblemen van de kinderen.

Uit de rechtspraak van het Hof blijkt daarenboven dat de gezinsband tussen een ouder en zijn minderjarig kind wordt verondersteld (EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 60; EHRM 2 november 2010, Şerife Yiğit/Turkije (GK), § 94). Enkel in zeer uitzonderlijke omstandigheden zou men kunnen aannemen dat er geen sprake meer is van een gezinsleven (EHRM 19 februari 1996, Gül/Zwitserland, § 32; EHRM 21 december 2001, Sen/Nederland, § 28). Er blijken in casu geen dergelijke uitzonderlijke omstandigheden te zijn, integendeel. Verzoeker woont samen met zijn kinderen en voedt hen op. Er bestaat geen sterkere band dan tussen een ouder en een jong kind.

e) het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het werd gescheiden van de ouder die onderdaan van een derde land is

Zoals reeds werd aangehaald, had de scheiding van kinderen, specifiek A. en G., met hun vader een zware impact op hun welzijn.

In haar analyse van de afhankelijkheidsverhouding tussen verzoeker en zijn kinderen, ging verwerende partij onzorgvuldig te werk. Er werd immers niet gekeken naar alle parameters die het Hof van Justitie in het arrest K.A. e.a. tegen België van 8 mei 2018 naar voor schuift. Het Hof stelt nochtans expliciet dat 'Om tot een dergelijke vaststelling te komen moeten immers, in het hogere belang van het kind, alle omstandigheden van het geval in de beschouwing worden betrokken, met name de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate waarin het een affectieve relatie heeft zowel met de ouder die Unieburger is als met de ouder die een derdelander is, alsmede het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het van deze laatste ouder werd gescheiden (arrest van 10 mei 2017, Chavez-Vilchez e.a., C-133/15, EU:C:2017:354, punt 71).'

Nochtans was verwerende partij op de hoogte van de relevante feiten, aangezien verzoeker reeds de relevante omstandigheden voor de bepaling van de afhankelijkheidsverhouding tussen hemzelf en zijn kinderen als begeleidende brief toegelicht en onderbouwd met de nodige stukken (stuk 3 en administratief dossier) bij de aanvraag gezinshereniging heeft gevoegd. Door hier niet voldoende rekening mee te houden, schendt verwerende partij de zorgvuldigheidsplicht en artikel 20 VWEU.

3. Ten tweede interpreteert verwerende partij de rechtspraak van het Hof van Justitie te strikt. Uit K.A. en uit Chavez-Vilchez kan niet afgeleid worden dat er een uitzonderlijke afhankelijkheid tussen ouder en kind zou moeten aangetoond worden vooraleer er sprake kan zijn van een risico dat de minderjarige Unieburger zich genoopt zou zien het grondgebied van de Unie te verlaten, of dat die inschatting niet conform de rechtspraak van het EHRM in artikel 8 EVRM dossiers zou moeten verlopen. Er kan evenmin uit afgeleid worden dat de zorg van één bereidwillige ouder volstaat om te besluiten dat er geen dergelijke afhankelijkheid en geen dergelijk risico zou bestaan.

Al wat het Hof van Justitie stelt is dat het loutere bestaan van een afstammingsband, juridisch of biologisch, tussen een kind en zijn ouder niet volstaat om te stellen dat er een afgeleid verblijfsrecht toekomt aan die ouder op grond van artikel 20 VWEU (punt 75 en 76 van het K.A. arrest), terwijl het EHRM stelt dat er wel verondersteld wordt dat er een gezinsleven bestaat tussen ouder en kind.

Er dient herinnerd te worden aan punt 44 van het Ruiz Zambrano arrest, m.n. dat het uitgangspunt is dat de ouder-kind band er bij een geweigerd verblijfsrecht toe zou leiden dat het kind de ouder vergezelt en diens rechten als Unieburger niet kan uitoefenen.

Daarnaast oordeelde het Hof van Justitie in een zeer recent arrest (XU en QP, 5 mei 2022) dat er een weerlegbaar vermoeden van afhankelijkheid heerst van zodra een ouder samenwoont met zijn kind:

“69 Bovendien kan, met name gelet op hetgeen in de punten 65 tot en met 67 van het dit arrest is opgemerkt, wanneer de minderjarige Unieburger duurzaam samenwoont met zijn twee ouders en het gezag over dit kind en de wettelijke, affectieve en financiële last van dit kind dus dagelijks door deze twee ouders worden gedeeld, op weerlegbare wijze worden vermoed dat er sprake is van een afhankelijkheidsverhouding tussen deze minderjarige Unieburger en zijn ouder, die derdelander is, ongeacht het feit dat de andere ouder van dit kind, zoals in punt 59 van dit arrest is benadrukt, als onderdaan van de lidstaat op het grondgebied waarvan dit gezin is gevestigd, beschikt over een onvoorwaardelijk recht om op het grondgebied van deze lidstaat te verblijven.

70 Uit een en ander volgt dat op de eerste vraag in zaak C-532/19 moet worden geantwoord dat artikel 20 VWEU aldus moet worden uitgelegd, (...) ten tweede, dat wanneer de Unieburger minderjarig is, de beoordeling of er sprake is van een afhankelijkheidsverhouding die grond oplevert voor de toekenning van een afgeleid verblijfsrecht op basis van dit artikel, aan de ouder van dit kind, die derdelander is, moet worden gebaseerd op de inaanmerkingneming, in het belang van het kind, van alle betrokken omstandigheden. Wanneer deze ouder duurzaam samenwoont met de andere ouder, die Unieburger is, van deze minderjarige, wordt een dergelijke afhankelijkheidsverhouding op weerlegbare wijze vermoed.”

Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt ook dat de gezinsband tussen een ouder en zijn minderjarig kind wordt verondersteld (EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 60; EHRM 2 november 2010, Serife Yigit/Turkije (GK), § 94). Enkel in zeer uitzonderlijke omstandigheden zou men kunnen aannemen dat er geen sprake meer is van een gezinsleven (EHRM 19 februari 1996, Gül/Zwitserland, § 32; EHRM 21 december 2001, Sen/Nederland, § 28).

In een recent arrest heeft het EHRM ook bevestigd dat bij de verwijdering van een vreemdeling met een gezin in een Verdragsstaat er toepassing moet gemaakt worden van de Boultifcriteria of Unercriteria, zonder enkel terug te vallen op openbare orde problematiek die meespeelt. Zelfs ernstige criminele feiten zijn slechts een element in de afweging die moet gebeuren en geven op zich de doorslag niet (EHRM, Unuane t. Verenigd Koninkrijk, 24 november 2020, nr 80343/17, §87). Bij een dergelijke beoordeling kan er niet voorbijgegaan worden aan het feit dat een rechter in de Verdragsstaat reeds heeft vastgesteld dat het voor de kinderen omwille van hun verregaande integratie in de verdragsstaat voor hun hoger belang aangewezen is dat zowel zij als hun derdelands ouder in de Verdragsstaat kan blijven (EHRM, Unuane t. VK, §88-89).

Ook het EHRM hanteert als uitgangspunt een afhankelijkheidsband tussen ouder en kind.

Uit het K.A. arrest blijkt een duidelijk a contrario argument in die zin, m.n. in punt 65 waarin er voor de band tussen volwassenen -anders dan minderjarigen, a fortiori wanneer dat kinderen van jonge leeftijd zijn zoals in het Zambrano arrest- het slechts in uitzonderlijke gevallen zal zijn dat er tussen twee familieleden een afhankelijkheidsverhouding van die aard bestaat dat dit zou leiden tot het vertrek van de Unieburger uit de Unie bij weigering verblijfsrecht aan het familielid.

In punt 71 Chavez-Vilchez verwoordt het HvJ het zo dat duidelijk is dat het aan de overheid is, indien deze wil aanvoeren dat er 'niet een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat' om alle betrokken omstandigheden in beschouwing te nemen omtrent o.a. de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate van zijn affectieve relatie zowel met de ouder die burger van de Unie is als met de ouder die onderdaan van een derde land is, evenals het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het van deze laatste ouder zou worden gescheiden.

Dit houdt een onderzoek in dat de overheid dient te voeren wil deze aanvoeren dat, in tegenstelling tot wat gangbaar is en zeker voor jonge kinderen, er geen dergelijke afhankelijkheidsrelatie tussen ouder en kind bestaat dat art. 20 VWEU in het geding komt. Verwerende partij voert geen enkel onderzoek in die zin, steunt zich niet op wetenschappelijke literatuur maar formuleert louter enkele hypothesen.

De afhankelijkheidsrelatie tussen een jong kind en diens ouder moet, alvast tot op enige hoogte, verondersteld worden. Het is immers onmogelijk om te bewijzen dat iets zo evident als het feit dat een jong kind de liefde, warmte, aandacht en zorg van een ouder nodig heeft en dat een ouder geen meer vervullende relatie kan hebben als met een jong kind. Hoe zou men moeten beschrijven wat het betekent om je kind te troosten als het rechtop zit in bed te snikken omdat het een nachtmerrie heeft, hoe beschrijf je wat het betekent om samen verhaaltjes te lezen voor het slapengaan, gemeenschappelijke humor en herinneringen te ontwikkelen, elkaar vast te pakken, het vel van je kind te voelen, diens haren te wassen, diens teennagels te knippen, tanden te poetsen, boterhammen te smeren, lekkers in een lunchbox te smokkelen, te verblijden met onverwachtse uitstapjes, samen te tekenen, samen te spelen, et cetera. Dat is een onmogelijke opdracht, en een dergelijke band moet vermoed worden tot er op zijn minst ernstige aanwijzingen zijn van het tegendeel.

Verwerende partij erkent in de bestreden beslissing dat er sprake is van een affectieve band tussen verzoeker en zijn kinderen. Gezien de rechtspraak van het EHRM waarbij de gezinsband tussen ouder en minderjarig kind verondersteld wordt, en gezien het feit dat verwerende partij zélf erkent dat de band tussen verzoeker méér is dan louter een afstammingsband (juridisch of biologisch), is er in casu voldaan aan de voorwaarden gesteld in het arrest K.A. om te spreken van een zodanige afhankelijkheidsverhouding die een afgeleid verblijfsrecht rechtvaardigt.

Dit geldt des te meer indien gekeken wordt naar de informatie en de stukken in het administratief dossier (die verwerende partij negeerde), waaruit blijkt dat verzoeker samen met zijn partner het gezag heeft over zijn kinderen, met hen samenwoont, tijdens zijn afwezigheid in Albanië zeer regelmatig contact met hun had, zijn 2 zonen psychisch leden onder de scheiding van hun vader, etc.

Hieruit blijkt onomwonden dat er wel degelijk tussen verzoeker en zijn kinderen de vereiste afhankelijkheidsverhouding cfr. het arrest K.A. bestaat. Verwerende partij miskent de stukken in het dossier, spreekt haar eigen motivering tegen waar ze enerzijds erkent dat er meer is dan louter een afstammingsband tussen verzoeker en zijn kinderen maar anderzijds toch meent dat aan de voorwaarden van het arrest K.A. niet is voldaan, én interpreteert de rechtspraak van het Hof van Justitie op foutieve wijze.

4. Los van de juiste interpretatie van het arrest K.A., is de bestreden beslissing gebrekkig omwille van een derde reden.

In plaats van een actuele analyse te maken van het gezinsleven cfr. artikel 8 EVRM en de afhankelijkheidsverhouding tussen verzoeker en zijn kinderen, verwijst verwerende partij in de bestreden beslissing in grote mate naar de motieven van het inreisverbod van 5 februari 2016 en in ondergeschikte wijze naar (een selectieve lezing) van gezinsleven van verzoeker. Hierbij gaat verwerende partij onzorgvuldig te werk. Wanneer grondrechten zoals het recht op gezinsleven overeenkomstig artikel 8 EVRM in het spel zijn, is een actuele en holistische beoordeling noodzakelijk.

Zo is zijn gezinsleven in 2013 (toen hij voorlopig in de gevangenis zat) niet noodzakelijk hetzelfde als deze 9 jaar later in 2022. Een gezinsleven is immers niet statisch, maar kan evolueren.

Conform artikel 8 EVRM, moet er rekening worden gehouden met het gezinsleven sinds de geboorte van het eerste kind (2013) tot nu.

4.1. Zo houdt de beoordeling van verzoekers gezinsleven in de bestreden beslissing niet voldoende rekening met het feit dat verzoekers 3 minderjarige Belgische kinderen die allen schoolgaand zijn en

waarvan de jongste zeer ernstige gedragsproblemen vertoont en hierdoor zelfs gecolloqueerd moest worden en nog steeds intensief wordt opgevolgd (zie stuk 2 en 3).

Deze kinderen hebben bovendien altijd in België gewoond, praten Nederlands met hun ouders en hebben geen band met Albanië.

Verwerende partij moet actueel rekening houden met het gegeven dat het weigeren van een verblijfsrecht van verzoeker, eveneens de effectieve rechten van zijn kind als Unieburger in het gedrang kan brengen, gezien dit kind gedwongen zou kunnen worden het territorium van de Unie te verlaten.

Het Hof van Justitie oordeelde hieromtrent in haar arrest van 8 maart 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09), het volgende:

“42 In die omstandigheden verzet artikel 20 VWEU zich tegen nationale maatregelen die tot gevolg hebben dat burgers van de Unie het effectieve genot wordt ontzegd van de belangrijkste aan hun status van burger van de Unie ontleende rechten (zie in die zin arrest Rottmann, punt 42).

43 Een dergelijke situatie ontstaat wanneer een staatsburger van een derde staat het recht wordt ontzegd te verblijven in de lidstaat waar zijn kinderen van jonge leeftijd, staatsburgers van die lidstaat en te zijnen laste, verblijven, en wordt geweigerd hem een arbeidsvergunning af te geven.

44 Er is namelijk van uit te gaan dat een dergelijke weigering ertoe zal leiden dat deze kinderen, burgers van de Unie, zullen worden verplicht het grondgebied van de Unie te verlaten om hun ouders te volgen. Tevens loopt de betrokken persoon, indien hem geen arbeidsvergunning wordt afgegeven, het risico niet over voldoende bestaansmiddelen te beschikken om te voorzien in zijn eigen onderhoud en in dat van zijn gezin, wat er eveneens toe zou leiden dat zijn kinderen, burgers van de Unie, zouden worden verplicht het grondgebied van de Unie te verlaten. In die omstandigheden zullen bedoelde burgers van de Unie in de feitelijke onmogelijkheid verkeren de belangrijkste aan hun status van burger van de Unie ontleende rechten uit te oefenen.

45 Op de voorgelegde vragen dient dus te worden geantwoord dat artikel 20 VWEU aldus moet worden uitgelegd, dat het zich ertegen verzet dat een lidstaat aan een staatsburger van een derde staat, die zijn kinderen van jonge leeftijd, burgers van de Unie, ten laste heeft, het recht van verblijf ontzegt in de lidstaat waar deze kinderen verblijven en waarvan zij de nationaliteit bezitten, en hem bovendien een arbeidsvergunning weigert, aangezien zulke beslissingen de betrokken kinderen het effectieve genot van de belangrijkste aan de status van burger van de Unie ontleende rechten ontzeggen.”

In het arrest van het Hof van Justitie van 10 mei 2017, Chavez-Vilchez e.a. (C-133/15) heeft het Hof geoordeeld:

“65 Indien in de onderhavige zaken – het is aan de verwijzende rechterlijke instantie om dat na te gaan – bij weigering om een verblijfsvergunning te verlenen aan de onderdanen van derde landen in de hoofdingen, de belanghebbenden het grondgebied van de Unie zouden moeten verlaten, zou dat kunnen leiden tot een beperking van de rechten die hun kinderen aan de status van burger van de Unie ontleenen, inzonderheid van het verblijfsrecht, daar die kinderen genoopt zouden kunnen zijn hun moeder te vergezellen en dus het grondgebied van de Unie in zijn geheel te verlaten. Door de eventuele verplichting voor de moeders om het grondgebied van de Unie te verlaten, zou hun kinderen het effectieve genot van de essentie van de rechten die zij evenwel aan hun status van Unieburger ontleenen, worden ontzegd (zie in die zin arrest van 13 september 2016, Rendón Marín, C-165/14, EU:C:2016:675, punt 78 en aldaar aangehaalde rechtspraak).”

“68 In dit verband zij in herinnering gebracht dat het Hof het in het arrest van 6 december 2012, O e.a. (C-356/11 en C-357/11, EU:C:2012:776, punten 51 en 56) voor de bepaling of de weigering om een verblijfsrecht toe te kennen aan de ouder, onderdaan van een derde land, van een kind, burger van de Unie, voor dat kind zou meebrengen dat het de voornaamste aan zijn status verbonden rechten niet kan uitoefenen, relevant heeft geacht wie het gezag over het kind heeft en of de wettelijke, financiële of affectieve last van dat kind berust bij de ouder die onderdaan van een derde land is.”

De analyse van verwerende partij is bijgevolg niet conform artikel 8 EVRM en artikel 7 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

Als het om jonge kinderen gaat met de Belgische nationaliteit lijkt er dus weinig marge te bestaan voor de Belgische Staat een verblijfsrecht te weigeren. De weigering zou een uitzondering moeten zijn die gesteund is op de bewezen afwezigheid van een negatieve impact op de betrokken kinderen.

4.2. Daarnaast is verzoekers band met zijn kinderen enkel sterker geworden. Ondertussen zijn de kinderen 9, 7 en 5 jaar oud en worden ze bewuster van de aanwezigheid van hun vader en de nood aan een vaderfiguur.

Verwerende partij heeft de 'fair balance'-toets, waarbij wordt nagegaan of de overheid een redelijke afweging heeft gemaakt tussen de belangen van het individu en de belangen van de samenleving, in casu verkeerd ingevuld. Indien zij op een rechtmatige manier rekening zou hebben gehouden met de nationaliteit, jonge leeftijden, het school lopen en de gedragsproblemen van de kinderen, had zij meer gewicht moeten toekennen aan de belangen van het individu, en meer bepaald de belangen van de kinderen (zie EHRM 9 oktober 2003, Slivenko/Letland (GK), § 113; EHRM 23 juni 2008, Maslov/Oostenrijk (GK), § 76; EHRM 2 juni 2015, nr. 6009/10, K.M./Zwitserland, § 53).

4.3. Ten derde kon verwerende partij niet tot een correcte actuele afweging komen tussen het recht op gezinsleven cfr. artikel 8 EVRM van verzoeker, zijn partner en hun Belgisch kind en de bescherming van de Belgische openbare orde, door zich grotendeels te baseren op het inreisverbod en de veroordelingen van verzoeker.

Het begrip openbare orde werd door het Hof van Justitie gedefinieerd in het Bouchereau arrest: "het beroep van een nationale instantie op het begrip openbare orde (veronderstelt) in elk geval, afgezien van de storing van de sociale orde die bij elke wetsovertreding plaatsvindt, het bestaan van een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast." Elke inbreuk op de wet impliceert een verstoring van de maatschappelijke orde. Dit betekent echter niet dat elke wetsovertreding ook een beroep op de openbare orde rechtvaardigt. Er dient aangetoond te worden dat verzoeker een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormt. Er moet een risico tot recidive zijn vooraleer het risico voor de openbare orde actueel kan worden beschouwd. Er moet een daadwerkelijke en vastgestelde kans bestaan dat de individu opnieuw strafrechtelijke daden zou begaan – een louter hypothetische kans volstaat niet. Ondertussen zit er significant meer tijd tussen de laatste strafbare feiten, waarvoor hij laatst werd veroordeeld in 2017, met andere woorden 5 jaar geleden. Verzoeker ziet niet in hoe het actuele karakter van de bedreiging voor een fundamenteel belang voor de samenleving in het jaar 2022 kan onderbouwd worden door simpelweg te verwijzen naar oude veroordelingen.

Verzoeker werd op 6 december 2021 opgesloten voor veroordelingen waarvoor de straf nog niet was uitgevoerd. Hij werd op 20 januari 2022 terug in vrijheid gesteld. Bijgevolg heeft verzoeker alle straffen uitgezeten.

Hoewel verwerende partij hiervan op de hoogte is, werd met deze nieuwe informatie geen rekening gehouden. Verwerende partij maakte er zich vanaf door zonder verdere argumentatie over een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging (zie supra) te verwijzen naar het geldig inreisverbod en de eerdere veroordelingen.

4.4. Tot slot houdt verwerende partij onvoldoende rekening met de gedragsproblemen van A., verzoekers jongste zoon, en bijgevolg het belang van verzoekers aanwezigheid en stabiliteit voor A. Zij maakt zich integendeel schuldig aan blote beweringen over een zogenaamde instabiliteit die verzoeker in het leven van de kinderen zou brengen en de sterkere affectieve band van de kinderen met hun moeder.

Verwerende partij maakt bijvoorbeeld de volgende assumpties:

"Het is dus eigenlijk bewezen dat het welzijn van de kinderen door betrokkenes (tijdelijke) afwezigheid helemaal niet in het gedrang is.

(...) Nergens uit de voorgelegde bewijsstukken blijkt dat de af- of aanwezigheid van de vader daar enig verschil heeft of zou hebben gemaakt, dat is enkel een blote bewering van de raadsman.

(...) De aanwezigheid gaat de aandoening niet laten verdwijnen, wel integendeel, een aanwezigheid van de vader in het gezin kan evengoed een destabiliserende factor zijn voor het kind. Het is immers niet gewoon van gezamenlijk met de vader te leven.

(..) Echter, gezien de voornaamste zorgdrager over de kinderen ons inziens toch de moeder is en zij tot op heden in moeilijke omstandigheden (gezien de diagnose van de jongste zoon) naar best vermogen haar kinderen heeft verzorgd, op dagdagelijkse basis, is het redelijk te stellen dat de affectieve band met de moeder sterker ontwikkeld is. In die zijn achten wij het risico op verstoring van het evenwicht van de kinderen laag in. Zeker voor het kind met het autismespectrum is het eerder aangewezen niets aan zijn gezinssituatie/vertrouwde omgeving te veranderen en dus de contacten verder te zetten met papa zoals ze sinds jaren plaats vinden."

Het oordeel van verwerende partij over verzoekers gezinsleven en hun affectieve banden wordt niet ondersteund door enige bewijzen of concrete argumentatie, maar betreft een ononderbouwd buikgevoel. Het is ook volstrekt onredelijk als standaard. Verwerende partij gaat zeer kort door de bocht door het gezinsleven van verzoeker en de gedragsproblemen van zijn zonen zo ongenueanceerd te beoordelen. Dit vormt een zeer onzorgvuldige werkwijze.

In de begeleidende brief van verzoekers raadsman dd. 11 januari 2022 (stuk 3) werd nochtans het volgende aangegeven:

"De afwezigheid van hun vader heeft een erg negatieve impact (gehad) op de kinderen. De zonen, G. en A.S., lijden het meest onder het gemis van hun vader. G. vertoonde agressief en onvoorspelbaar gedrag, en was in begeleiding bij een orthopedagoog. Zijn gedrag is ondertussen lichtjes gestabiliseerd. A. vertoont ook zeer ernstig gedragsproblemen en is sinds 16/08/2021 tot heden in opname op de (semi-)residentiële zorgeenheid van PAika te Brussel (bijlage 5).

In juli 2021 is de situatie met A. geëscaleerd. Mevrouw D.M. heeft dan hulp ingeroepen van het centrum voor ambulante revalidatie (CAR) te Buggenhout, die kinderen met complexe ontwikkelingsstoornissen ondersteunen. Zij hebben tevens de hulp van de jeugdrechter ingeroepen gezien de ernst van de situatie. De jeugdrechter heeft een collocatie voor A. bevolen. Hij werd van 16 augustus 2021 tot 27 september 2021 toevertrouwd aan PAika te Brussel. Hij werd daar toen gecolloqueerd. Vanaf 27 september 2021 tot heden is hij in opname op de semi-residentiële zorgeenheid van PAika, hij moet overdag naar PAika en 's avonds mag hij dus meestal thuis slapen (bijlage 6).

De artsen van PAika geven het volgende aan over A.:

"A. is een 3-jarige jongen die in het voorjaar van 2021 multidisciplinair werd onderzocht binnen het CAR omwille van regulatie- en gedragsproblemen (woedebuien, agressie, ...). De diagnose autismespectrumstoornis (ASS) werd weerhouden (CAR Buggenhout, 02/2021).

De aanmelding van A. is echter in juli 2021 versneld gelopen omwille van forse (agressie-)incidenten en een (onveilige) escalerende thuissituatie. Meer bepaald werden de politie en de jeugdrechtbank (SDJ Dendermonde) ingeschakeld na een zwaar agressie-incident. A. heeft namelijk zijn broer heel hard gebeten, waardoor deze gehecht moest worden. Moeder zat reeds in een traject van vrijwillige hulpverlening, toch werd beslist over te gaan naar een jeugdrechtbankdossier nadat het ziekenhuis aan de alarmbel trok. Momenteel schat de jeugdrechtbank in dat de thuissituatie te onveilig is, waardoor de drie oudste kinderen bij de maternele grootouders werden geplaatst.

Moeder meldt enkele bezorgdheden op sociaal-emotioneel vlak. A. ervaart veel angst om gescheiden te worden van zijn moeder; hij kan moeilijk afstand nemen van haar. Wanneer moeder niet in zijn buurt is, ontstaan er forse crisissen (bv op school, in het CAR, ...). A. eist alle aandacht van moeder op, waardoor ze haar eigen grenzen overschrijdt.

Moeder geeft aan dat de moeilijkheden ongeveer een jaar geleden begonnen zijn, maar ziet hiervoor geen duidelijke aanleiding. Wanneer A. agressief wordt, gaat hij bijten, spuwen, met spullen gooien (bv speelgoed, tafel), krabben, ... Dit kan leiden tot ernstige escalaties en onveilige situaties.

Ook het slapen verloopt moeilijk. A. heeft veel angsten (bv voor monsters, douche, spinnen, ...) en nachtelijke woedebuien (bv paniekaanvallen, jammeren, met vuisten kloppen, bedplassen, ...). Het duurt meestal heel lang vooraleer moeder erin slaagt hem tot rust te brengen. Eten verloopt wisselend. Sinds enkele weken zijn er opnieuw problemen op vlak van zindelijkheid (enuresis). Voordien was A. overdag volledig zindelijk." (stuk 3)

Bovenstaande elementen bewijzen dat de gedragsproblemen van A. zeer extreem en uitzonderlijk waren voor een vierjarig kind. A. ervaaarde ook veel verlatingsangst en wilde zijn moeder niet loslaten. Hij heeft duidelijk nood aan stabiliteit.

Een recenter medisch attest over A. dd. 9 maart 2022 geeft het volgende aan:

“Tijdens de verlenging van de opname is vader wel aanwezig en wordt er stilgestaan met de ouders bij volgende thema’s en doelstelling:

- (...) Ouders helpen in het vinden van een evenwichtiger gezinsleven, waarbij er eveneens aandacht is voor de andere kinderen en voor zelfzorg.*
- (...) Het herstellen van de ouder- en kindrollen in het gezin, meer specifiek A. in de positie van het kind zetten, en beide ouders in de positie van ouders zetten.” (stuk 2)*

Hieruit kan er toch afgeleid worden dat de aanwezigheid van verzoeker heeft gezorgd voor meer rust en stabiliteit binnen het gezin en dat dit een positieve invloed heeft gehad op het gedrag van A. Vanaf het moment dat verzoeker terug bij zijn gezin inwoonde in januari 2022 was hij steeds aanwezig op de overlegmomenten in het PAika en kon hij mee de nodige ondersteuning geven binnen het gezin. In het attest spreekt men vanaf dan ook steeds over ‘ouders’ ipv enkel de moeder. Daarnaast verbleef A. tot en met 4 maart 2022 in de dagopname-eenheid van PAika en sindsdien wordt A. ambulant opgevolgd door een jeugdpsychiater en maatschappelijke werkers. Men kan dus wel degelijk vast stellen dat verzoekers aanwezigheid binnen het gezin (vanaf zijn vrijlating uit de gevangenis dd. 20 januari 2022) voor een positieve verbetering heeft gezorgd.

Alle elementen uit het dossier bewijzen dat de kinderen nood hebben aan hun vader en hier ook een zeer intense affectieve band mee hebben. Verzoeker vraagt zich dan ook af hoe verwerende partij hieruit afleidt dat aanwezigheid van verzoeker voor instabiliteit binnen het gezin zorgt, dat zijn aanwezigheid nefast is voor het ASS van A., en dat de affectieve banden van de kinderen met de moeder sterker zijn. Indien verwerende partij zo zeker was van dergelijke assumpties, had zij deze moeten onderbouwen.

Verwerende partij ging onzorgvuldig te werk door een zeer selectieve lezing te maken van het dossier en de relevante stukken. Indien verwerende partij meende dat deze stukken haar oordeel niet kon ombuigen, diende ze dit te motiveren, quod non in casu.

5. Verwerende partij negeert niet enkel relevante stukken in het administratief dossier, maar motiveert ook tegen deze stukken en het arrest K.A. in.

Verwerende partij stelt het volgende:

“Het zal natuurlijk nog wel wat moeite vragen om op een alternatieve manier contact te houden met de kinderen via telefoon, sociale media, occasionele bezoeken van de kinderen en de partner van betrokken aan betrokkene in het buitenland, enz. Mijnheer kan ook financieel bijdragen vanuit het buitenland. Het inreisverbod gaat ook maar om een tijdelijke scheiding tot op heden is de opheffing of schorsing van het inreisverbod steeds geweigerd, echter niets sluit uit dat het in de toekomst alsnog zou kunnen worden opgeheven. Alles bij elkaar is het redelijk te stellen dat er geen concrete elementen voorliggen dat er sprake is van de vereiste bijzondere afhankelijkheidsrelatie. Betrokkenes aanwezigheid is niet onontbeerlijk voor het welbevinden van de kinderen in België, noch is het onontbeerlijk om zijn vaderschap te kunnen opnemen.”

Vooreerst blijkt uit de gedragsstoornissen van verzoekers kinderen dat zij leden onder de afwezigheid van hun vader.

Verwerende partij schuift een ‘contactregeling via moderne communicatiemiddelen of occasionele bezoeken’ naar voor, maar negeert het feit dat dit al geprobeerd werd en niet werkte voor verzoeksters kinderen. Ondanks het dagelijkse contact via telefoon of internet en de 4 bezoeken naar Albanië, was de situatie voor de kinderen niet houdbaar. Verwerende partij laat het verder na om te motiveren waarom er met deze problemen van verzoekers kinderen en de bewezen onhoudbare situatie geen rekening werd gehouden.

Waar verwerende partij stelt dat er in België allerhande ondersteuning bestaat, en er via het internet contact kan worden gehouden, gaat zij volledig voorbij aan de realiteit. De realiteit is, dat met name voor dergelijk jonge kinderen (9, 7 en 5 jaar), zorg en affectie van een van de hoofdverzorgfiguren niet vervangen kan worden door digitale media of instituties.

Waar verwerende partij meent dat ‘allerhande ondersteuning’ in België ervoor kan zorgen dat de kinderen alle kansen worden geboden om hun ontwikkeling en welbevinden te vrijwaren, negeert verwerende partij wederom dat uit de stukken in het dossier net blijkt dat dit welbevinden niet gevrijwaard bleef tijdens de eerdere scheiding van hun vader.

Verder merkt verwerende partij op dat de partner en de kinderen onafgebroken in België bleven wonen. Ook hier negeert verwerende partij het feit dat uit de stukken blijkt dat deze situatie voor verzoeker, zijn partner en hun kinderen niet meer houdbaar was. Het intensieve telefonische contact, en de bezoeken aan Albanië (die financieel trouwens in de toekomst verre van evident zouden zijn), volstonden niet voor de kinderen. Ook hier motiveert verwerende partij niet over.

Dat één ouder ‘echt’ in staat en bereid is om de dagelijkse daadwerkelijke zorg voor de kinderen alleen te dragen, sluit tot slot niet uit dat er een daadwerkelijke afhankelijkheidsrelatie tussen de kinderen en de derdelandsouder bestaat. Een overheid kan een verblijfsrecht dus niet weigeren omdat één functionerende ouder waarbij kinderen inwonen zou volstaan. Verwerende partij gaat daarmee volledig voorbij aan de redenering in Chavez Vilchez en KA, en toont nergens aan dat er niet zou voldaan zijn aan de voorwaarde van de daadwerkelijke afhankelijkheidsrelatie en dat het niet volstaat dat één ouder in staat zou zijn (als die dat zou willen) de zorg alleen op zich te nemen om te stellen dat er geen afhankelijkheidsrelatie met de andere ouder zou bestaan.

6. Waar verzoeker nog aanvoert dat het gezinsleven van verzoeker in illegaliteit is ontstaan, namelijk wanneer er reeds een inreisverbod voor verzoeker bestond, dient verwezen te worden naar de rechtspraak van het Hof van Justitie.

In het arrest K.A. t. België van 8 mei 2018 heeft het HvJ zeer duidelijk gesteld dat het tijdstip waarop de afhankelijkheidsrelatie ontstaat, zijnde voor of na het opgelegde inreisverbod, niet van belang is voor het bekomen van een eventueel verblijfsrecht op basis van artikel 20 VWEU. Het feit dat verzoekers gezinsleven in illegaliteit is ontstaan, doet geen afbreuk aan zijn rechten onder artikel 20 VWEU.

Het HvJ verduidelijkt dit als volgt:

“In dit verband zij eraan herinnerd dat het verblijfsrecht dat op grond van artikel 20 VWEU toekomt aan derdelanders die familielid van een burger van de Unie zijn, een afgeleid verblijfsrecht is dat tot doel heeft de vrijheden van verkeer en verblijf van de Unieburger te beschermen, en dat de afhankelijkheidsverhouding die tussen deze Unieburger en zijn familielid dat derdelander is, bestaat in de zin die in punt 52 van het onderhavige arrest is vermeld, de reden is waarom aan laatstgenoemde een recht moet toekomen om te verblijven op het grondgebied van de lidstaat waarvan die Unieburger onderdaan is.

Aan het burgerschap van de Unie zou dan ook het nuttige effect worden ontnomen indien een verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging automatisch zou moeten worden afgewezen wanneer een dergelijke afhankelijkheidsverhouding tussen de Unieburger en zijn familielid dat derdelander is, is ontstaan op een moment waarop tegen laatstgenoemde reeds een terugkeerbesluit was uitgevaardigd dat gepaard ging met een inreisverbod, zodat bekend was dat zijn verblijf illegaal was. In een dergelijk geval kan namelijk per definitie geen rekening zijn gehouden met het bestaan van een dergelijke afhankelijkheidsverhouding tussen de Unieburger en de derdelander toen het met een inreisverbod gepaard gaande terugkeerbesluit werd vastgesteld dat tegen hem werd uitgevaardigd.

Voor het overige heeft het Hof reeds in de arresten van 8 maart 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124), en 10 mei 2017, Chavez-Vilchez e.a. (C-133/15, EU:C:2017:354), aanvaard dat aan derdelanders die ouders zijn van minderjarige burgers van de Unie die hun recht op vrij verkeer nooit hebben uitgeoefend, een afgeleid verblijfsrecht op grond van artikel 20 VWEU toekomt, ook al verbleven die ouders illegaal op het grondgebied van de lidstaat in kwestie toen die burgers van de Unie geboren werden.

Uit een en ander volgt dat artikel 20 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het niet van belang is dat de afhankelijkheidsverhouding waarop de derdelander zich ter ondersteuning van zijn verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging beroept, is ontstaan nadat ten aanzien van hem een inreisverbod was vastgesteld.”

Verwerende partij gaat ervan uit dat er een afgewogen keuze is gemaakt om kinderen te krijgen, maar dit blijkt niet uit het dossier. Verwerende partij legt de verantwoordelijkheid voor haar keuze om het bestaan van een inreisverbod een hindernis te laten zijn voor het recht op verblijf als vader van 3 Belgische kinderen, volledig bij verzoeker, maar ook bij de moeder van zijn kinderen en de kinderen in kwestie zelf.

De kinderen van verzoeker hebben geen enkele keuze gemaakt. Zij zijn niet ongehoorzaam geweest t.o.v. de Belgische Staat maar moeten 'als gezin' wel mee de 'consequenties' dragen. Dit betreft een opvatting die veeleer ideologisch dan juridisch is, die wil straffen en die geen enkele affiniteit vertoont met het hoger belang van de betrokken kinderen, hun welzijn en hun rechten als kind en als mens.

7. Tot slot beging verwerende partij een schending van artikel 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie en artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag.

Uit niets blijkt immers dat verwerende partij afdoende rekening heeft gehouden met het hoger belang van het kind.

De bestreden beslissing rept hierover met geen woord.

Het is nochtans vaste rechtspraak van het EHRM dat het belang van het kind een primordiale overweging vormt bij het beoordelen van iemands rechten onder artikel 8 EVRM (EHRM, *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands*, 31 januari 2006, nr. 50435/99)

Artikel 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie luidt:

"De rechten van het kind

1. Kinderen hebben recht op de bescherming en de zorg die nodig zijn voor hun welzijn. Zij mogen vrijelijk hun mening uiten. Aan hun mening in hen betreffende aangelegenheden wordt in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid passend belang gehecht.

2. Bij alle handelingen in verband met kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, vormen de belangen van het kind een essentiële overweging. ..."

Waar vroeger werd geoordeeld dat het hoger belang van het kind zoals vervat in artikel 3 van het IVRK geen directe werking had, en het corresponderende artikel in de Grondwet, art. 22bis, evenmin, dient er een andere benadering gevolgd te worden sinds het recht ook in het Handvest van Grondrechten van de Unie werd opgenomen, in artikel 24.2, gezien de directe werking van het Handvest.

Artikel 51 van het Handvest verduidelijkt dat het Handvest van toepassing is wanneer lidstaten bepalingen van Unierecht ten uitvoer brengen:

"1. De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten. Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden en met inachtneming van de grenzen van de bevoegdheden zoals deze in de Verdragen aan de Unie zijn toegedeeld. (...)"

De Toelichtingen bij artikel 24 van het Handvest stellen het volgende:

"Dit artikel is gebaseerd op het Verdrag van New York van 20 november 1989 inzake de rechten van het kind, dat door alle lidstaten is bekrachtigd, met name op de artikelen 3, 9, 12 en 13 van dat Verdrag. (...)" (cfr. Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, Pb. C. 14 december 2007, afl. 303, 17.)

Deze Toelichtingen hebben een belangrijke interpretatieve waarde. Krachtens artikel 52, § 7 van het Handvest zijn deze toelichtingen opgesteld om richting te geven aan de uitlegging van dit Handvest van de grondrechten en dienen deze Toelichtingen door de rechterlijke instanties van de Unie en van de Lidstaten naar behoren in acht te worden genomen.

Voor een beter begrip van artikel 24 van het Handvest is het derhalve aangewezen om artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag nader te bekijken.

Artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag luidt als volgt:

“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.”

Het VN Kinderrechtencomité verduidelijkt omtrent artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag in ‘General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)’ van 29 mei 2013, het volgende:

“1. Article 3, paragraph 1, of the Convention on the Rights of the Child gives the child the right to have his or her best interests assessed and taken into account as a primary consideration in all actions or decisions that concern him or her, both in the public and private sphere. Moreover, it expresses one of the fundamental values of the Convention. The Committee on the Rights of the Child (the Committee) has identified article 3, paragraph 1, as one of the four general principles of the Convention for interpreting and implementing all the rights of the child,¹ and applies it as a dynamic concept that requires an assessment appropriate to the specific context.”

De specifieke individuele context van elk kind dient in overweging genomen te worden bij het beoordelen van het belang van het kind in kwestie.

“5. The full application of the concept of the child's best interests requires the development of a rights-based approach, engaging all actors, to secure the holistic physical, psychological, moral and spiritual integrity of the child and promote his or her human dignity.”

Voor een beter begrip van artikel 24 van het Handvest is het derhalve aangewezen om artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag nader te bekijken.

Artikel 3 van het VN Kinderrechtenverdrag luidt als volgt:

“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.”

Het VN Kinderrechtencomité heeft benadrukt dat ‘maatregelen betreffende kinderen’ ruim geïnterpreteerd moeten worden. In ‘General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)’ van 29 mei 2013⁷ schrijven ze het volgende:

“19. The legal duty applies to all decisions and actions that directly or indirectly affect children. Thus, the term “concerning” refers first of all, to measures and decisions directly concerning a child, children as a group or children in general, and secondly, to other measures that have an effect on an individual child, children as a group or children in general, even if they are not the direct targets of the measure. (...) Therefore, “concerning” must be understood in a very broad sense.

20. Indeed, all actions taken by a State affect children in one way or another. This does not mean that every action taken by the State needs to incorporate a full and formal process of assessing and determining the best interests of the child. However, where a decision will have a major impact on a child or children, a greater level of protection and detailed procedures to consider their best interests is appropriate.

Thus, in relation to measures that are not directly aimed at the child or children, the term “concerning” would need to be clarified in the light of the circumstances of each case in order to be able to appreciate the impact of the action on the child or children.”

Hieruit blijkt dat artikel 3.1 van het VN Kinderrechtenverdrag niet enkel van toepassing is op maatregelen die genomen worden betreffende kinderen. Ook maatregelen die kinderen onrechtstreeks beïnvloeden (zoals in casu de voorliggende procedure), vallen onder de werkingssfeer van artikel 3.1. van het Kinderrechtenverdrag.

Een holistische beoordeling die rekening houdt met de ontwikkeling en integriteit van het kind dringt zich op:

“6. The Committee underlines that the child's best interests is a threefold concept:

(a) A substantive right: (...)

(b) A fundamental, interpretative legal principle: If a legal provision is open to more than one interpretation, the interpretation which most effectively serves the child's best interests should be chosen. The rights enshrined in the Convention and its Optional Protocols provide the framework for interpretation."

Het belang van het kind is niet enkel een substantieel recht, maar ook een fundamentele interpretatiewijze van wettelijke bepalingen:

"32. The concept of the child's best interests is complex and its content must be determined on a case-by-case basis. It is through the interpretation and implementation of article 3, paragraph 1, in line with the other provisions of the Convention, that the legislator, judge, administrative, social or educational authority will be able to clarify the concept and make concrete use thereof. Accordingly, the concept of the child's best interests is flexible and adaptable. It should be adjusted and defined on an individual basis, according to the specific situation of the child or children concerned, taking into consideration their personal context, situation and needs. For individual decisions, the child's best interests must be assessed and determined in light of the specific circumstances of the particular child."

Opnieuw wordt de nood aan een specifieke benadering die rekening houdt met alle relevante omstandigheden van het kind benadrukt.

"42. States must create an environment that respects human dignity and ensures the holistic development of every child. In the assessment and determination of the child's best interests, the State must ensure full respect for his or her inherent right to life, survival and development."

Relevant hier bij is ook hetgeen rechters M. Maes en A. Wijnants schrijven:

"Het VN-Kinderrechtencomité voegde hieraan toe dat het beginsel van het belang van het kind een drievoudig concept is. Het beginsel houdt niet enkel een materieel recht in voor een kind om zijn belangen (d.i. in wezen het welzijn van het kind) in overweging te zien genomen worden¹²², maar is tevens een interpretatief rechtsbeginsel en een procedureregulering. Wat dit laatste betreft, kan het beginsel van het belang van het kind als een onderzoekplicht worden opgevat. Telkens wanneer een maatregel (d.i. een beslissing, handeling, gedrag, voorstel, dienst, procedure, een nalatigheid of andere maatregel) wordt genomen die gevolgen heeft voor een kind, moeten tijdens het besluitvormingsproces nauwgezet de mogelijke negatieve en positieve effecten van een eventuele beslissing op het kind worden onderzocht, zodat kan worden uitgemaakt wat de belangen van het kind in een specifiek geval vereisen. Wanneer de verschillende relevante belangen tegen elkaar worden afgewogen, moeten de belangen van het kind primair in overweging worden genomen. Tijdens de belangenafweging moet op basis van evenredigheid worden nagegaan of andere overwegingen van die aard zijn, bv. inzake migratiecontrole, dat ze toch primeren op de belangen van het kind als een eerste overweging" (M. MAES, A. WIJNANTS, Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie: een nieuwe speler in het vreemdelingenrecht, T.Vreemd. 2016, nr. 1).

Nergens blijkt dat verwerende partij deze onderzoeksplicht, die voortkomt uit artikel 24 van het Handvest (hetgeen directe werking heeft), nageleefd heeft. Evenmin blijkt dat de belangen van verzoekers kinderen primair in overweging werden genomen, wel integendeel.

Bij het bepalen van het hoger belang van verzoekers kinderen, is het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind van belang.

Kinderen hebben namelijk op basis van artikel 7 van het dit Verdrag het recht om door hun ouders verzorgd te worden: Art. 7. 1. Het kind wordt onmiddellijk na de geboorte ingeschreven en heeft vanaf de geboorte het recht op een naam, het recht een nationaliteit te verwerven en, voor zover mogelijk, het recht zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd."

In toepassing van artikel 9 van ditzelfde verdrag hebben verzoekers kinderen het recht niet gescheiden te worden van hun ouders, en in de mate van het mogelijke een effectief contact te hebben met hen: 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.

Het doel van artikel 8 EVRM is, zeker wanneer het jonge kinderen betreft, het vertrouwd netwerk te beschermen dat zich rond een kind ontplooit en het kind stimuleert, verzorgt en helpt ontwikkelen. Centraal

hierin staan de zorg en de persoonlijkheidsopbouwende identiteitsrelatie. Het recht op een gezinsleven zoals vervat in artikel 8 EVRM erkent het fundamentele belang van dit zorgnetwerk voor de integriteit van het individu. In dezelfde zin beschermt het EHRM het privéleven van een persoon als het persoonlijke, economische en sociale netwerk van gevestigde vreemdelingen ten opzichte van hun omgeving en gemeenschap (EHRM, Uner v. the Netherlands, op. cit., judgment of 5 July 2005, §59).

Het EHRM heeft in het arrest Jeunesse t. Nederland van 3 oktober 2014 nog duidelijker gesteld in welke mate lidstaten het belang van het kind moeten laten primeren.

Het Hof herhaalt zijn rechtspraak dat er een brede consensus bestaat, ook in het internationale recht, dat in alle beslissingen waarbij kinderen betrokken zijn, hun belangen van het hoogste belang zijn. Volgens het EHRM moeten nationale overheden steeds de uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit onderzoeken van een uitwijzing om een effectieve bescherming te geven aan de kinderen die er rechtstreeks door geraakt worden en om voldoende gewicht te geven aan hun hoger belang:

“109. Where children are involved, their best interests must be taken into account (see Tuquabo-Tekle and Others v. the Netherlands, no. 60665/00, § 44, 1 December 2005; mutatis mutandis, Popov v. France, nos. 39472/07 and 39474/07, §§ 139-140, 19 January 2012; Neulinger and Shuruk v. Switzerland, cited above, § 135; and X v. Latvia [GC], no. 27853/09, § 96, ECHR 2013). On this particular point, the Court reiterates that there is a broad consensus, including in international law, in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests are of paramount importance (see Neulinger and Shuruk v. Switzerland, cited above, § 135, and X v. Latvia, cited above, § 96). Whilst alone they cannot be decisive, such interests certainly must be afforded significant weight. Accordingly, national decision-making bodies should, in principle, advert to and assess evidence in respect of the practicality, feasibility and proportionality of any removal of a non-national parent in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it.”

Bij gezinsvorming of -hereniging houdt het EHRM vooral rekening met de leeftijd van de kinderen, hun banden met de betrokken landen en de mate van afhankelijkheid van hun ouders (§118 van het Jeunesse arrest).

Gezien de jonge leeftijd van verzoekers kinderen, is de zorg en nabijheid van hun ouders onontbeerlijk voor hun ontwikkeling (specifiek de ontwikkeling van A., zie supra). Aan de sterke banden en afhankelijkheidsrelatie tussen verzoeker en zijn kinderen kan niet getwijfeld worden (zie ook supra). Voor kinderen is de zorg en nabijheid van de ouders cruciaal voor hun ontwikkeling. Communicatie via het internet biedt geenszins dezelfde warmte en geborgenheid.

De relevante passages van richtlijnen aangenomen door het VN Kinderrechtencomité dringen aan op het behoud en herstel van gezinseenheid in het hoger belang van het kind worden hieronder hernomen:

“11. Instead, States should adopt solutions that fulfil the best interests of the child, along with their rights to liberty and family life, through legislation, policy and practices that allow children to remain with their family members and/or guardians in non-custodial, community-based contexts while their immigration status is being resolved and the children’s best interests are assessed, as well as before return.”

“28. The right to family unity for migrants may intersect with States’ legitimate interests in making decisions on the entry or stay of non-nationals in their territory. However, children in the context of international migration and families should not be subjected to arbitrary or unlawful interference with their privacy and family life.²¹ Separating a family by deporting or removing a family member from a State party’s territory, or otherwise refusing to allow a family member to enter or remain in the territory, may amount to arbitrary or unlawful interference with family life [Human Rights Committee, communications No. 2009/2010, Ilyasov v. Kazakhstan, Views adopted on 23 July 2014; No. 2243/2013, Hussein v. Denmark, Views adopted on 24 October 2014; No. 1875/2009, M.G.C. v. Australia, Views adopted on 26 March 2015; No. 1937/2010, Leghaei and others v. Australia, Views adopted on 26 March 2015; and No. 2081/2011, D.T. v. Canada, Views adopted on 15 July 2006]

“29. The Committees are of the view that the rupture of the family unit by the expulsion of one or both parents based on a breach of immigration laws related to entry or stay is disproportionate, as the sacrifice inherent in the restriction of family life and the impact on the life and development of the child is not outweighed by the advantages obtained by forcing the parent to leave the territory because of an immigration-related offence. ²³ Migrant children and their families should also be protected in cases where

expulsions would constitute arbitrary interference with the right to family and private life. 24 The Committees recommend that States provide avenues for status regularization for migrants in an irregular situation residing with their children, particularly when a child has been born or has lived in the country of destination for an extended period of time, or when return to the parent's country of origin would be against the child's best interests. Where the expulsion of parents is based on criminal offences, their children's rights, including the right to have their best interests be a primary consideration and their right to be heard and have their views taken seriously, should be ensured, also taking into account the principle of proportionality and other human rights principles and standards.

30. The Committees are concerned about cases where children are separated from parents and placed in alternative care by child protection systems when there are no concerns related to parental abuse and neglect. Financial and material poverty, or conditions directly and uniquely attributable to such poverty, should never be the sole justification for removing a child from parental care, for receiving a child into alternative care or for preventing a child's social reintegration. In this regard, States should provide appropriate assistance to parents and legal guardians in the performance of their childrearing responsibilities, including by providing social benefits and child allowances and other social support services regardless of the migration status of the parents or the child.

31. The Committees are also of the opinion that based on article 18 of the Convention on the Rights of the Child, a comprehensive approach to the child's right to a family environment in the context of migration should contemplate measures directed at enabling parents to fulfil their duties with regard to child development. Considering that irregular migration status of children and/or their parents may obstruct such goals, States should make available regular and non-discriminatory migration channels, as well as provide permanent and accessible mechanisms for children and their families to access long-term regular migration status or residency permits based on grounds such as family unity, labour relations, social integration and others.

32. Under article 10 of the Convention on the Rights of the Child, States parties are to ensure that applications for family reunification are dealt with in a positive, humane and expeditious manner, including facilitating the reunification of children with their parents. When the child's relations with his or her parents and/or sibling(s) are interrupted by migration (in both the cases of the parents without the child, or of the child without his or her parents and/or sibling(s)), preservation of the family unit should be taken into account when assessing the best interests of the child in decisions on family reunification.²⁶

33. In the case of undocumented children in the context of international migration, States shall develop and implement guidelines, taking particular care that time limits, discretionary powers, and/or lack of transparency in administration procedures should not hinder the child's right to family reunification." Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families & Committee on the Rights of the Child, Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return, 16 november 2017."

Verzoeker wijst bovendien op een recent onderzoek dat in het Verenigd Koninkrijk werd gevoerd omtrent de impact van de verwijderbaarheid van een derdelands ouder op de Britse partner en kinderen:

"The research shows that precarious immigration status leads to a range of (potentially extreme) impacts on people's private lives, relationships and families, as well as physical and mental health, finances, careers and identities. Living under chronic insecurity, people are made poorer, sicker and unhappier. Their abilities to plan for the future or to be the partners and parents they wish to be are severely restricted, particularly by aspects of the immigration system such as forced unemployment, long-term uncertainty and the threat or reality of separation by detention or removal. The findings suggest gendered, racialised and classed biases to the recognition and evaluation of family life. The data found that the harm caused by an insecure immigration status is not only felt by TCNs who are unlawfully present or have a criminal record, but also by those with timelimited visas. Moreover, the effects are not only felt by foreign nationals, but also the British and European citizens close to them, even though they are not subject to immigration controls. This includes British children, who face detriment to their standard of living, school attainment, mental health and feelings of Britishness and belonging."

"Gender roles: The immigration system (especially separation, unemployment, precariousness, powerlessness), affects people's gendered identities and family roles. Interviewees reported 'role reversal' in relationship dynamics, with the female partners feeling overburdened by responsibility and work, and the TCN men feeling emasculated, infantilised, ashamed and dependent by being unable to 'provide'

financially for their families, make relationship commitments or control their lives. Contributing to their guilt, decision makers (and sometimes in-laws or partners) often explicitly blame TCN men for their legal situations.”

“Citizen partners and children ‘Collateral damage’: The immigration status insecurity of a parent or partner affects the whole family, including British citizens. The level of harm can be high and long-lasting. Separation (within the UK or across borders), chronic uncertainty and their partners’ forced unemployment are particularly damaging, affecting citizens’ autonomy over many areas of their lives. Including work, education, place of residence and child raising decisions. Those already socially or economically marginalised are hit hardest.

Children: Although protected by domestic and international law, children’s best interests are conditional. The rights of children born to mixed-immigration status couples are coloured by their parents’ immigration status and any criminal record. A parent’s precarious immigration status (particularly when resulting in separation, forced unemployment or damaged mental health) causes children emotional, behavioural and educational harm and can diminish their sense of Britishness. Parents worry about the future repercussions of their children’s anger at the British authorities.

Family formation: The family-life decisions and experiences of British women are directly affected by their TCN partners’ immigration status precariousness. This includes decisions around having children, with interviewees delaying starting families, feeling unable to be stay-at-home mums, or relinquishing maternity leave to return to work quickly (with implications for breastfeeding). In many cases, citizen partners feel a conflict between resolving their partners’ immigration status and doing best by their children.

Power and responsibility: Precarious migrants often display early and extreme reliance on partners (and sometimes also their in-laws), including in terms of accommodation, food and finances. Citizen partners take on excessive responsibility, from providing emotional stability and income, to managing the legal and administrative applications. This leads to financial and mental health stress and shapes relationship dynamics. Power hierarchies can encourage citizen partners to adopt ‘saviour’ roles or alternatively behave in potentially abusive ways, such as withholding food, money and documents, or threatening to report partners to the Home Office during arguments or break-ups.”

“Belonging: Citizens’ emotional attachments to the UK are challenged by being unable to live there with the partner of their choice and the associated battles with the Home Office, especially when they are long, antagonistic and expensive. Their sense of security and patriotism is particularly shaken by: immigration enforcement action taken against loved ones, emotional damage to their children, being unable to resolve their partner’s problems and being advised by the authorities to choose between separation or relocation (seen as a forced choice between one’s partner and country).

Civic disenfranchisement: The British partners feel that they are lesser citizens as a result of falling in love with foreign men. Feeling constrained, judged and punished by the British authorities, their responses include relocating abroad, relinquishing British citizenship, and actively undermining UK border controls. Some even take on characteristics reminiscent of precarious migrants, including carrying identification documents, anxiety around immigration officers, vans and dawn raids, inability to plan for the future, and living with packed suitcases. British children with precarious migrant parents also display subjugated citizenship and describe feeling rejected by, and resentful of, the British state”

“Financial problems: Both precariously and unlawfully resident TCN experience financial difficulties as a direct result of the immigration system. These relate to the prohibitions against employment and accessing public funds, as well as high, growing and often nonrefundable fees, applications and legal costs. TCNs may feel forced to work illegally to cover legal cases or support families, despite the risks of poor pay, prison or deportation. Impacts: Both TCN and their citizen partners are affected. They lose savings, incomes and benefits, facing potentially extreme financial hardship, debt or destitution. There are material, health and psychological effects, as well as impacts for the internal dynamics of relationships. TCN men commonly suffer shame, dependency and emasculation.

Citizens: The families’ ability to navigate the immigration system is affected by the socioeconomic position of citizen partners, including in terms of financial support, access to legal advice, challenges and applications, and enabling flexibility and risk taking (such as getting married, buying time with risky visa applications, and temporarily relocating within Europe (the ‘Surinder Singh’ route)). Even if lawfully present, having a precarious partner invariably leads to citizens experiencing financial loss. Common

impacts include having to take on additional work or debt to support the family. This increases relationship stress and affects conception, parenting and maternity leave decisions. Those made 'single parents' by their partner's detention or removal disrupting care arrangements may be forced to give up their jobs and seek welfare support.'

"Impacts: Separation is deeply distressing for the whole family and particularly damaging to children. It causes significant harm, including to relationships, mental health, legal cases and finances. Decision makers underplay such harm and may even use temporary separations (e.g. by prison or immigration detention) to argue that families have demonstrated they could manage with long-term separation. Damage to children is evident in their behaviour, mental health and school attainment. They may develop emotional, behavioural and educational problems, including anxiety, depression and attachment difficulties. Skype is not an adequate alternative to in-person relationships."

De impact zal zonder onderzoek van een familierechtbank, jeugdrechtbank, parket of expert (zoals in Nederland gedaan wordt⁹) per definitie onzeker zijn, maar er zijn enkel aanwijzingen dat de impact op verzoekers kinderen en partner enkel negatief kan zijn en erg schadelijk op de korte en de lange termijn. Verwerende partij stelt nochtans: "Het welzijn van de kinderen hoeft door betrokkene zijn (tijdelijke) afwezigheid helemaal niet in het gedrang te zijn. Hij kan ook financieel bijdragen vanuit het buitenland." Vaderschap houdt natuurlijk veel in dan een regelmatige financiële transactie.

Verwijdering van een ouder waarmee er een reële affectieve band bestaat, wat verweerder niet betwist, heeft een schadelijke impact op een kind en verstoort diens evenwichtige ontwikkeling. In EHRM, Nunez t. Noorwegen, wordt een Noorse rechter geciteerd in par. 24 die verwijst naar paragraaf 18 van General Comment No. 7 (2005) van het VN Kinderrechtencomité waarin gewezen wordt op de desastreuze impact van de verwijdering van een ouder op kinderen onder de acht jaar: "Young children are especially vulnerable to adverse consequences of separations because of their physical dependence on and emotional attachment to their parents/primary caregivers. They are also less able to comprehend the circumstances of any separation. Situations which are most likely to impact negatively on young children include ... situations where children experience disrupted relationships (including enforced separations)".

Chavez-Vilchez, punt 71, vereist dat er betrokken wordt vanuit het hoger belang van de kinderen: "Om tot een dergelijke vaststelling te komen moeten immers, in het hogere belang van het kind, alle betrokken omstandigheden in de beschouwing worden betrokken, meer in het bijzonder de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate van zijn affectieve relatie zowel met de ouder die burger van de Unie is als met de ouder die onderdaan van een derde land is, evenals het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het van deze laatste ouder zou worden gescheiden."

De elementen die er worden opgesomd zijn niet limitatief en dienen van elkaar onderscheiden te worden. Verwerende partij maakt hier een karikatuur van.

Verwerende geeft aan dat de kinderen erg jong zijn en poneert dan zonder enige onderbouwing dat ze dus weinig last zouden ondervinden van de scheiding van hun vader, omdat kinderen van die leeftijd volgens verweerder vooral afhankelijk zijn van de moeder. Vreemd natuurlijk, het Hof van Justitie, het VN Kinderrechtencomité en het EHRM geven niet aan dat er verschil moet gemaakt worden tussen ouders naargelang hun geslacht. Verwerende partij individualiseert ook niet, spitst zich niet toe op de concrete verhouding tussen verzoeker en zijn kinderen maar gaat er zonder meer van uit dat kinderen nu eenmaal afhankelijker zijn van hun moeder dan van hun vader, in die zin zelfs dat de vader overbodiger is.

Wat de "lichamelijke en de emotionele ontwikkeling" betreft is er voor verwerende partij voor de Unieburger ouder ook per definitie geen probleem. De Unieburger ouder kan immers altijd genieten van medische ondersteuning, kraamzorg, Kind en Gezin, en opvangmogelijkheden, eventueel vrienden en familie. Verder dan die minimale ondersteuning gaan lichamelijke en emotionele ontwikkeling van kinderen voor verwerende partij blijkbaar niet.

Wat de affectieve relatie betreft, die wordt overbodig zodra er eveneens een affectieve relatie met de Belgische ouder bestaat, en het risico om uit evenwicht gebracht te worden is per definitie "laag" indien er een affectieve relatie met de Belgische ouder bestaat.

Chavez-Vilchez wordt volledig uitgehold, het vindt eigenlijk enkel nog toepassing in het geval dat er geen of amper een affectieve relatie bestaat met de Belgische ouder.

Het is ook bijzonder dat verwerende partij voorbij gaat aan de kwetsbare positie van de moeder van de kinderen, de aard van haar relatie met verzoeker, het feit dat het om 3 jonge kinderen gaat wat als ouder verschillende logistieke uitdagingen met zich meebrengt, het feit dat verzoeker bij zijn kinderen woont (wat volgens K.A. op zijn minst een relevant element is al is het niet omdat een ouder niet bij zijn kinderen woont dat er geen afhankelijkheidsband zou bestaan).

Vaderschap kan niet ingevuld worden vanuit het buitenland. Als ouder is het van belang fysiek en emotioneel beschikbaar te zijn voor je partner en je kinderen. Je moet je kinderen kunnen vastpakken, troosten, op de schoot houden, voorlezen, dingen aanleren, spelen, etc. Verweerder stelt op stereotiepe wijze dat verzoeker een band kan onderhouden met zijn kinderen via moderne communicatiemiddelen. Online communicatie met kleine kinderen is totaal onvoldoende is aangezien ze aan meer contact nood hebben dan enkel via online communicatie.

Het EHRM heeft dienaangaande ook reeds gesteld dat: “dans les affaires touchant la vie familiale, le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre l'enfant et le parent qui ne vit pas avec lui. En effet, la rupture de contact avec un enfant très jeune peut conduire à une altération croissante de sa relation avec son parent (Ignaccolo-Zenide c. Roumanie, no 31679/96, § 102, CEDH 2000-I ; voir aussi, mutatis mutandis, Maire c. Portugal, no 48206/99, § 74, CEDH 2003-VI, Pini et autres c. Roumanie, précité).” (zie EHRM 27 april 2010, nr. 16318/07, Moretti en Benedetti / Italië, punt 70).

Verwerende partij stelt dat alles bij elkaar het “redelijk” is “te stellen dat er geen concrete elementen voorliggen dat er sprake is van de vereiste bijzondere afhankelijkheidsrelatie”. “Betrokkenes aanwezigheid is niet onontbeerlijk voor het welbevinden van de kinderen in België tijdens mijnheer zijn afwezigheid, noch is het onontbeerlijk om zijn vaderschap te kunnen opnemen.”

Zoals eerder al gesteld vereist K.A. geenszins dat de afhankelijkheidsrelatie tussen ouder en kind ook ‘bijzonder’ is.

Nergens blijkt dat de belangen van verzoekers kinderen primair in overweging werden genomen, wel integendeel. Artikel 24 van het Handvest, hetgeen directe werking heeft, vereist dat het hoger belang van het kind een essentiële overweging vormt. Dit blijkt echter niet uit de bestreden beslissing, waarin verwerende partij de belangen van de Belgische maatschappij sterker laat doorwegen. Verwerende partij laat het na om afdoende te motiveren waarom het hoger belang van verzoekers kinderen niet primair in overweging werd genomen. Het is niet duidelijk waarom het in het hoger belang van de kinderen zou zijn om wederom gescheiden te worden van hun vader.

Verzoekers kinderen lijden onder de afwezigheid van hun vader (zie stukken 2 en 3). Het inreisverbod vormt een verzwarende factor.

Omwille van de bovenstaande redenen, werd artikel 24 van het Handvest geschonden.

Conclusie

Verzoeker kan zijn gezinsleven met zijn partner en kinderen nergens anders beleven. De bestreden beslissing maakt een schending uit van artikel 8 EVRM en artikel 20 VWEU.

Er dient op gewezen te worden dat de toepassing van artikel 20 VWEU dient onderscheiden te worden van de bescherming die artikel 8 EVRM met zich meebrengt.

Verzoeker wilt eraan herinneren dat het recht op gezinshereniging met een Belgisch kind er is gekomen naar aanleiding van het Ruiz Zambrano arrest. Het is in Chavez-Vilchez dat het afhankelijkheidsonderzoek waar verwerende partij naar verwijst er gekomen is, dat wil zeggen, los van het bestaan van een inreisverbod. Het HvJ heeft erin K.A. aan herinnerd dat zelfs indien er een inreisverbod werd opgelegd artikel 20 VWEU, Ruiz Zambrano en Chavez Vilchez nog steeds gelden en de afhankelijkheid nog steeds beoordeeld dient te worden.

Verwerende partij leest K.A. blijkbaar op zo'n manier dat zelfs al bestaat er een positief recht op gezinshereniging in artikel 40ter Vw. dat de omzetting vormt van artikel 20 VWEU, het bestaan van een inreisverbod dat recht ontoegankelijk maakt en artikel 20 VWEU op een andere wijze moet toegepast worden en er plots een afhankelijkheidsonderzoek nodig is, een onderzoek dat niet gevoerd zou worden als er geen inreisverbod voorhanden was (hoewel dat inreisverbod dus geen rol van betekenis speelt in

Chavez-Vilchez). De wijze waarop dit afhankelijkheidsonderzoek door verweerder wordt ingevuld zorgt ervoor dat zodra een kind een affectieve band met de Belgische ouder heeft er eigenlijk geen echte afhankelijkheid van de derdelandsouder bestaat.

Een dergelijke benadering is juridisch niet onderbouwd en zorgt ervoor dat artikel 20 VWEU voor een derdelands ouder mét inreisverbod anders toegepast wordt dan voor een derdelands ouder zonder inreisverbod, en daar is noch een nationaalrechtelijke noch een Unierechtelijke basis voor. Het maakt een schending uit van het gelijkheidsbeginsel.

De materiële motiveringsplicht gebiedt dat iedere bestuurshandeling gedragen wordt doormotieven die in rechte en in feite aanvaardbaar zijn en blijken uit de beslissing. De motieven moeten bijgevolg minstens kenbaar, feitelijk juist en draagkrachtig zijn. In casu is dat niet het geval, zoals hierboven werd aangetoond. De opgegeven motieven kunnen de bestreden beslissing niet schragen, waardoor de materiële motiveringsplicht geschonden werd.

Verwerende partij diende rekening te houden met alle omstandigheden eigen aan het geval, en het evenredigheidsbeginsel te respecteren. Nu dit niet gebeurd is, kon verwerende partij volgens verzoekster niet tot een redelijke, zorgvuldige en afdoende gemotiveerde beslissing komen, en werden de hierboven vermelde beginselen van behoorlijk bestuur dan ook geschonden.

Om deze redenen wenst verzoekende partij dan ook de nietigverklaring te bekomen van de aangevochten beslissing.

De bestreden beslissing schendt alle bovenvermelde wettelijke bepalingen en beginselen van behoorlijk bestuur.

Het verzoek tot nietigverklaring dient dan ook ontvankelijk en gegrond verklaard te worden."

2.3.2. Verzoeker betwist in zijn derde middel de beoordeling van de afhankelijkheidsband tussen hem en het kind A.. Hij betoogt dat hij samen met de moeder het gezag uitoefent over de kinderen, dat hij zijn partner steeds financieel geholpen heeft bij de opvoeding van de kinderen, dat de kinderen 9, 7 en 5 jaar oud zijn en dat het kind A., in functie van wie de gezinshereniging werd gevraagd, vijf jaar oud is en niet in staat is de afwezigheid van zijn vader te plaatsen (het kind kampt met verlatingsangst). Verzoeker meent dan ook dat onvoldoende rekening werd gehouden met de affectieve banden, het risico voor het psychologisch en emotioneel evenwicht van het kind A. evenals de twee andere kinderen. Verzoeker verwijst daarbij ook uitgebreid naar desbetreffende rechtspraak van het Hof van Justitie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

2.3.3. Het afhankelijkheidsonderzoek in de bestreden beslissing is gesteund op de volgende overwegingen:

"Uit het administratief dossier blijkt dat betrokkene 3 minderjarig Belgisch kinderen heeft de genaamde S., G. (RR. [...] S., E. (RR. [...]) en S., A. (RR. [...]). Echter, het hebben van 3 Belgische kinderen geeft betrokkene niet automatisch het recht op een verblijf. Overeenkomstig het Arrest van Hof van Justitie in de zaak C-82/16 van 8 mei 2018, dient beoordeeld te worden of er een zodanige afhankelijkheidsverhouding tussen betrokkene en zijn kind bestaat dat deze kan rechtvaardigen dat aan betrokkene een afgeleid verblijfsrecht zou moeten worden toegekend. Daarbij dient te worden benadrukt dat het loutere bestaan van een gezinsband tussen betrokkene en zijn kinderen niet kan volstaan als rechtvaardiging om aan hem een afgeleid recht van verblijf toe te kennen.

Er dient bij de beoordeling van de afhankelijkheidsverhouding, in het belang van de kinderen rekening gehouden te worden met "alle omstandigheden van het geval, met name de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate waarin het een affectieve relatie met elk van zijn ouders heeft, en het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het werd gescheiden van de ouder die onderdaan van een derde land is. Voor de vaststelling dat van een dergelijke afhankelijkheidsverhouding sprake is, is het niet voldoende dat er met deze onderdaan een gezinsband bestaat, of dat nu een biologische dan wel juridische is, noch is het daarvoor noodzakelijk dat het kind samenwoont met die onderdaan." (Arrest van Hof van Justitie, zaak C-82/16 dd. 8.05.2018, punt 76 en conclusie).

Wat de band met de kinderen betreft dient opgemerkt te worden dat betrokkene en zijn partner kennelijk voor kinderen hebben gekozen, op een moment dat betrokkene reeds een inreisverbod had gekregen. Betrokkene was immers reeds eerder het voorwerp van een inreisverbod, op 5.12.2012 genomen, met een geldigheidsduur van 3 jaar. Betrokkene en zijn partner moeten aldus beseft hebben dat hun

gezinsleven mogelijks anders zou zijn dan het gezinsleven van een doorsnee gezin. Kiezen voor kinderen, wetende dat betrokkene onder inreisverbod staat, dan moet men als gezin de consequenties daarvan dragen.

Ter staving van de aanvraag en de afhankelijkheid van de kinderen tegenover betrokkene werden de volgende documente voorgelegd:

-een toelichtende brief van de advocaat dd. 4.01.2022

-bewijs van geboekte vliegtuigtickets voor 4 personen en baby met bestemming Tirana, van 29.10.2018 tot 5.11.2018, printscreen van een schrijven gericht aan mevrouw M. betreffende een vlucht naar Tirana van 8.03.2019 tot 20.03.2019 (voor mevrouw + 2 kinderen), bewijs van geboekte vliegtuigtickets naar Tirana van 28.06.2019 tot 30.07.2019 voor 4 passagiers (geen namen), bewijs van geboekte vliegtuigtickets voor mevrouw + kinderen van 21.12.2020 tot 4.01.2021 bestemming onbekend, bewijs van geboekte tickets voor 23.04.2021 tot 29.04.2021 met bestemming Tirana (enkel voor mevrouw en 1 kind A.S.), bewijs van geboekte tickets voor 4/07/2021 tot 19.07.2021 opnieuw bestemming onbekend voor mevrouw en 4 kinderen

-foto's waar vermoedelijk betrokkene, zijn vrouw en de kinderen op te zien zijn, aan zeer, in vakantieomgeving

-attest van de CM waaruit blijkt dat mevrouw M. invaliditeitsuitkering ontvangt sinds 31.03.2019. Het voorgelegde attest bevat bedragen die ze ontving van 1.01.2019 (arbeidsongeschiktheidsuitkering) tot en met 31.05.2019.

-brief van het Universitair ziekenhuis Brussel dd. 16.08.2021 betreffende een verslag van raadpleging op 11.08.2021 -brief van Universitair ziekenhuis Brussel dd. 21.12.2021 gericht aan de ouders van S.A. waarin staat dat het kind is opgenomen op de semi-residentiële zorgenheid van PAika

-brief van Universitair ziekenhuis dd. 20.08.2021

-brief van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde, Jeugdrechtbank met ingesloten een beslissing van de rechtbank van 10.09.2021. In de beschikking wordt beslist S.A. toe te vertrouwen aan kinderziekenhuis UZ, afdeling Paika van 16 augustus tot 27 september 2021, in combinatie met begeleiding door radar Crisis van 16 augustus tot 10 september 2021.

-brief van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde, Jeugdrechtbank. De bijhorende beslissing van de rechtbank van 13.08.2021 ontbreekt.

-brief van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde, Jeugdrechtbank met ingesloten de eerste bladzijde van de maatregel van 2 augustus 2021. Uit de eerste bladzijde blijkt dat een maatregel wordt genomen ter bescherming van de minderjarige en omdat onmiddellijke bijstand- en hulpverlening op vrijwillige basis niet mogelijk is omdat de noodzakelijke instemmingen niet werkelijk zijn verkregen. De rest van de beschikking ontbreekt.

De kinderen zijn intussen respectievelijk 8, 7 en 4 jaar oud. Op deze jonge leeftijd is het redelijk te stellen dat de kinderen fysiek en affectief eigenlijk grotendeels afhankelijk zijn van de moeder, destemee omdat betrokkene al sinds 2011 regelmatig in de gevangenis heeft gezeten en herhaaldelijk gerepatrieerd werd (ook op 17.01.2013).

Het is redelijk te stellen dat tot op heden de moeder van de kinderen de voornaamste zorgdrager is geweest, of toch minstens degene die ononderbroken ter beschikking was om in te staan voor de zorg over de kinderen.

Verder wat de lichamelijke en de emotionele ontwikkeling van de kinderen betreft. De moeder van de Belgische kinderen is een Belgische onderdane, zij is een volwassen persoon geboren en getogen in België. Niets wijst er dan ook op dat zij er niet toe in staat zou zijn de best mogelijke zorg te geven aan de kinderen, zij kan daarbij gebruik maken van alle mogelijke medische ondersteuning, opvoedingsondersteuning, begeleiding door Kind en Gezin, kraamzorg en nadien opvangmogelijkheden zoals elke andere ouder in België. Uit het schrijven van de advocaat van betrokkene blijkt dat mevrouw inderdaad al de hulp heeft moeten inroepen van opvoedingsondersteunende diensten, alsook de jeugdrechtbank. De advocaat stelt dat de afwezigheid van de vader ten grondslag ligt aan de gedragsproblemen van de oudste zoon en de jongste. Wat de oudste zoon betreft stelt de advocaat dat de situatie zou zijn gestabiliseerd. De jongste is intussen in opname op de (semi-) residentiële zorgenheid van PAika. Kennelijk is de diagnose autismespectrumstoornis voor de jongste zoon weerhouden. Wat daar precies gebeurd is waardoor de kleine jongen is gecolloqueerd, wordt niet toegelicht in de bijgevoegde informatie, het zou gaan om agressief gedrag tegenover de andere broer. Het lijkt me redelijk te stellen dat gezien het jongste kind intussen gepaste opvolging en hulp heeft gekregen, daardoor ook de oudste zoon terug op zijn positieven is kunnen komen, de nodige ruimte gekregen heeft om terug zichzelf te zijn.

Ongetwijfeld heeft de moeder ook haar netwerk van vrienden en familie in België die haar zo nodig kunnen bijstaan om de zorg op een goede manier te kunnen opnemen. Zo blijkt ook uit de brief van de advocaat dat de drie oudste kinderen (mevrouw heeft nog een dochter die niet gemeenschappelijk is met mijnheer) enige tijd bij de ouders van mevrouw werden geplaatst door de rechtbank. Dat getuigt er toch van dat mevrouw wel degelijk goed omringd is en daarbij kan rekenen op steun van haar familie. Het is dus eigenlijk al bewezen dat het welzijn van de kinderen door betrokkenes (tijdelijke) afwezigheid helemaal niet in het gedrang is. De hulp die moest geboden worden, de diagnose die moest gesteld worden, de begeleiding waar mevrouw en haar kinderen recht op hebben, is er ook gekomen. Nergens uit de voorgelegde bewijsstukken blijkt dat de af- of aanwezigheid van de vader daar enig verschil heeft of zou hebben gemaakt, dat is enkel een blote bewering van de raadsman. De aanwezigheid van betrokkene gaat het verschil niet maken voor het kind dat de diagnose van autismespectrumstoornis heeft gekregen. De aanwezigheid gaat de aandoening niet laten verdwijnen, wel integendeel, een aanwezigheid van de vader in het gezin kan evengoed een destabiliseerde factor zijn voor het kind. Het is immers niet gewoon van gezamenlijk met de vader te leven.

Wat betreft de affectieve band van de kinderen met betrokkene, gezien betrokkene werd vrijgesteld uit de gevangenis sinds 22.01.2022 nemen we aan dat hij terug zijn intrek genomen heeft bij het gezin. De advocaat haalt ook aan dat tijdens zijn afwezigheid zowel betrokkene als de moeder van de kinderen hun best hebben gedaan om een nauwe band tussen vader en kinderen te bewerkstelligen door regelmatige bezoeken van moeder en kinderen aan betrokkene in Albanië, alsook door veelvuldig contact via sociale media. De voorgelegde bewijzen van vliegtuigtickets en foto's lijken inderdaad te getuigen van regelmatige bezoeken van mevrouw en kinderen aan betrokkene. In die zin kan dan ook wel worden erkend dat er naar alle waarschijnlijkheid wel een affectieve band bestaat tussen vader en kinderen. Echter, gezien de voornaamste zorgdrager over de kinderen ons inziens toch de moeder is en zij tot op heden in moeilijke omstandigheden (gezien de diagnose van de jongste zoon) naar best vermogen haar kinderen heeft verzorgd, op dagdaagelijkse basis, is het redelijk te stellen dat de affectieve band met de moeder sterker ontwikkeld is. In die zin achten wij het risico op verstoring van het evenwicht van de kinderen laag in. Zeker voor het kind met het autismespectrum is het eerder aangewezen niets aan zijn gezinssituatie/vertrouwde omgeving te veranderen en dus de contacten verder te zetten met papa zoals ze sinds jaren plaats vinden. Het zal natuurlijk nog wel wat moeite vragen om op een alternatieve manier contact te houden met de kinderen via telefoon, sociale media, occasionele bezoeken van de kinderen en de partner van betrokkene aan betrokkene in het buitenland, enz. Mijnheer kan ook financieel bijdragen vanuit het buitenland.

Het inreisverbod gaat ook maar om een tijdelijke scheiding, tot op heden is de opheffing of schorsing van het inreisverbod steeds geweigerd, echter niets sluit uit dat het in de toekomst alsnog zou kunnen worden opgeheven. Alles bij elkaar is het redelijk te stellen dat er geen concrete elementen voorliggen dat er sprake is van de vereiste bijzondere afhankelijkheidsrelatie. Betrokkenes aanwezigheid is niet onontbeerlijk voor het welbevinden van de kinderen in België, noch is het onontbeerlijk om zijn vaderschap te kunnen opnemen."

2.3.4. Met betrekking tot de afhankelijkheidsverhouding tussen verzoeker en zijn kinderen, motiveert de bestreden beslissing dat verzoeker en zijn partner er van op de hoogte waren dat er een inreisverbod van kracht was ten aanzien van verzoeker, zodat zij dienden te weten dat ze, indien ze op dat ogenblik kinderen zouden hebben, hun gezinsleven mogelijk anders zouden moeten inrichten. De bestreden beslissing verwijst niet louter naar de situatie zoals die was vóór dat verzoekers kinderen kregen, maar wijst er op dat verzoekers zich er bewust van moesten zijn dat verzoeker, zolang een inreisverbod tegen hem van kracht was, niet dezelfde banden met zijn eventuele kinderen in België zou kunnen opbouwen als wanneer hij in België zou kunnen blijven.

Vervolgens stelt de bestreden beslissing dat de kinderen (op dat ogenblik respectievelijk acht, zeven en vier jaar oud) fysiek en affectief grotendeels afhankelijk zijn van de moeder, te meer omdat verzoeker sedert 2011 regelmatig in de gevangenis verbleef en meermaals gerepatriëerd werd naar Albanië. De beslissing besluit hierom dat in redelijkheid kan worden aangenomen dat de moeder de voornaamste zorgdrager van de kinderen is geweest en ononderbroken ter beschikking stond voor de zorg over de kinderen. De beslissing vervolgt dat, wat de lichamelijke en emotionele ontwikkeling van de kinderen betreft, de moeder van de kinderen Belgische is en steeds in België gewoond heeft. Uit niets blijkt dat zij niet in staat zou zijn de best mogelijke zorg te geven aan de kinderen, waarbij zij ook kan gebruik maken van alle mogelijke medische ondersteuning, opvoedingsondersteuning, begeleiding door Kind en Gezin, kraamzorg en nadien opvangmogelijkheden. Er blijkt ook dat zij reeds steun heeft verkregen van opvoedingsondersteunende diensten.

De jongste zoon werd opgenomen in een (semi-) residentiële zorgenheid. Er werd een diagnose autismespectrumstoornis gemaakt. De precieze reden voor zijn collocatie is onduidelijk; het zou gaan om

agressief gedrag tegenover de andere broer. De beslissing motiveert dat het jongste kind intussen gepaste opvolging en hulp heeft gekregen, waardoor ook de oudste zoon is gestabiliseerd.

Daarnaast motiveert de bestreden beslissing dat de moeder van de kinderen omringd is door familie op wiens steun ze kan rekenen en dat de gegevens van de zaak aantonen dat het welzijn van de kinderen niet in het gedrang komt door de afwezigheid van verzoeker. De bestreden beslissing besluit dan ook dat niet is aangetoond dat verzoekers aanwezigheid noodzakelijk is voor het welzijn of de ontwikkeling van de kinderen.

De bestreden beslissing vervolgt dat verzoeker werd vrijgesteld uit de gevangenis sinds 20 januari 2022 en er wordt vermoed dat hij vanaf die datum bij het gezin woont.

Wat betreft de bezoeken van de kinderen en hun moeder aan verzoeker en de contacten via sociale media tijdens de periode in Albanië, motiveert de beslissing dat dit niet wegneemt dat de moeder de voornaamste zorgdrager over de kinderen is en zij tot op heden in moeilijke omstandigheden (gezien de diagnose van de jongste zoon) naar best vermogen haar kinderen heeft verzorgd, op dagelijkse basis, zodat aangenomen wordt dat de affectieve band met de moeder sterker ontwikkeld is. Het risico op verstoring van het evenwicht van de kinderen wordt daarom laag ingeschat. Er wordt besloten dat voor het kind met het autismespectrumstoornis de contacten met verzoeker op dezelfde wijze kunnen worden verdergezet. De contacten met de kinderen kunnen op een alternatieve manier worden verdergezet in contact onderhouden via telefoon, sociale media en occasionele bezoeken. Verzoeker kan het gezin ook financieel steunen vanuit het buitenland. Tenslotte merkt de beslissing op dat het inreisverbod een tijdelijke duur heeft. De bestreden beslissing besluit dat er geen elementen voorliggen waaruit blijkt dat er sprake is van een vereiste bijzondere afhankelijkheidsrelatie, noch dat verzoekers aanwezigheid onontbeerlijk is voor het welbevinden van de kinderen in België of om zijn vaderschap te kunnen opnemen.

Verzoeker betoogt dat geen rekening werd gehouden met de criteria zoals door het Hof van Justitie uiteengezet in het arrest “K.A.”, met name wie het gezag uitoefent over het kind, de financiële en affectieve last van het kind, de leeftijd van het kind en emotionele ontwikkeling, de affectieve relatie met de ouders, het evenwicht van het kind bij scheiding van een van de ouders.

De Raad merkt dienaangaande op dat op dat uit de motieven van de bestreden beslissing wel degelijk blijkt dat het de moeder is die voor het grootste deel zorgdrager is voor het kind en dat het risico op verstoring van het mentale en emotionele evenwicht van de kinderen laag wordt ingeschat. De contacten met verzoeker kunnen op dezelfde wijze worden verdergezet en verzoeker kan het gezin financieel steunen vanuit Albanië.

Waar verzoeker verwijst naar het arrest “*Chavez-Vilchez*”, motiveert de bestreden beslissing dat niet blijkt dat verzoekers echtgenote niet in staat zou zijn om voor de kinderen te zorgen, zoals zij in het verleden steeds heeft gedaan. Waar verzoekers verwijzen naar arrest van het Hof van Justitie van 5 mei 2022, in de zaken C-451/19 en C-532/19 “*Subdelegación del Gobierno en Toledo tegen XU en QP*”, waarin werd geoordeeld dat er een vermoeden is van afhankelijkheid wanneer beide ouders duurzaam met hun kinderen samenwonen, blijkt uit de motieven van de bestreden beslissing dat verzoeker gedurende de afgelopen jaren in de gevangenis heeft verbleven en in Albanië heeft verbleven. Verzoeker betwist niet dat hij pas sedert zijn vrijlating op 22 januari 2022 bij zijn gezin woont. De verwerende partij motiveert aldus uitgebreid dat het de moeder is die op zichzelf de zorg voor de kinderen heeft waargenomen en weerlegt aldus dat er een vermoeden van afhankelijkheid zou zijn tussen verzoeker en de kinderen.

Waar verzoeker verwijst naar de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met betrekking tot artikel 8 van het EVRM, wordt in de bestreden beslissing terecht gemotiveerd dat op verzoeker sinds 2012 een inreisverbod van toepassing is, zodat hij diende te weten dat hij een eventueel gezinsleven in België op een andere wijze zou moeten organiseren. Het huidige geldende inreisverbod werd in 2016 opgelegd om redenen van openbare orde. Hoewel verzoeker kan worden bijgetreden waar hij aanvoert dat er sedertdien nieuwe elementen zijn in de evolutie van het gezinsleven, werd er op dat ogenblik een proportionaliteitsafweging gemaakt tussen verzoekers gezinsleven en het gevaar voor de openbare orde. Dit inreisverbod is definitief in het rechtsverkeer aanwezig en is nog steeds van kracht. De huidige beslissing betreft geen verzoek om opheffing van het inreisverbod. De verwerende partij mocht er rekening mee houden dat verzoeker op de hoogte was van het precair karakter van zijn verblijf in België en dat de beleving van het gezinsleven in België onderhevig zou zijn aan ernstige -tijdelijke- beperkingen, om reden van openbare orde omwille van verzoekers persoonlijke gedrag. Verzoeker kon

er dan ook zomaar niet op rekenen dat zijn wens om het gezinsleven uit te oefenen op het Belgisch grondgebied door de verwerende partij zou worden gehonoreerd.

Het is dan ook niet kennelijk onredelijk dat de verwerende partij het gezinsleven heeft beoordeeld vanuit de afhankelijkheidsband, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie in onder meer het arrest “K.A.” met betrekking tot artikel 20 van het VWEU.

2.3.5. Met betrekking tot het welzijn van de jongste zoon A. wijst verzoeker op het schrijven van zijn advocaat aan de verwerende partij op 11 januari 2022. Hierin werd gewezen op de ernstige gedragsproblemen en zijn plaatsing in een semi-residentiële zorgenheid te Brussel van 16 augustus 2021 tot 27 september 2021. Na die datum werd hij semi-residentieel verzorgd.

De moeder zat in een traject van vrijwillige hulpverlening. De drie oudste kinderen werden bij de maternale grootouders geplaatst. Hij wijst er op dat de gedragsproblemen van A. zeer extreem en uitzonderlijk waren voor een vierjarig kind.

Verzoeker voert aan dat uit een medisch attest van 9 maart 2022 blijkt dat de verzoeker wel aanwezig was en werd een stabilisering van het gezinsleven en de positie van de ouders en het kind geëvalueerd. Verzoeker betoogt dat hieruit blijkt dat de aanwezigheid van verzoeker een kalmerende invloed heeft op het kind A.. De rapporten spreken vanaf dat ogenblik van een verbetering. A. bleef tot 4 maart 2022 ambulant opgevolgd, verzoeker meent dat er dus vanaf de vrijlating van verzoeker uit de gevangenis een positieve verbetering van de toestand van A. is. Verzoeker meent dan ook dat de sterkere band met de moeder niet is aangetoond en dat de stukken selectief werden gelezen. Verzoeker betoogt dat de afwezigheid van zijn gezin niet langer houdbaar was ondanks de dagelijkse contacten via telefoon en dat zijn gezin hem vier maal bezocht in Albanië. De ondersteuning in België en de contacten via internet, kunnen volgens hem de fysieke aanwezigheid bij zijn gezin niet vervangen. Hij betoogt dat het verblijfsrecht niet kan worden geweigerd omdat één functionerende ouder zou volstaan. Verzoeker meent dat wordt voorbij gegaan aan de redenering van het Hof van Justitie in de arresten “Chavez Vilchez” en “K.A.” en dat niet is aangetoond dat niet voldaan zou zijn aan de voorwaarden van een werkelijke afhankelijkheidsrelatie. Het volstaat aldus verzoeker niet dat één ouder in staat zou zijn om voor de kinderen in te staan opdat er geen sprake meer zou zijn van een afhankelijkheidsband.

De verwerende partij merkt in de nota met opmerkingen op dat bij het beoordelen van de afhankelijkheidsverhouding het relevant is wie het gezag over kind heeft en bij welke ouder de affectieve last van het kind ligt. Er moet worden bepaald welke ouder de daadwerkelijke zorg over het kind heeft en of er een daadwerkelijke afhankelijkheidsverhouding bestaat met het kind die derdelander is. De omstandigheid dat de andere ouder-Unieburger in staat is en bereid om de dagelijkse daadwerkelijke zorg voor het kind alleen te dragen, vormt een relevant gegeven.

Om tot een dergelijke vaststelling te komen moet in het hoger belang van het kind rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, met name de leeftijd van het kind zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling de mate waarin het een affectieve relatie met elk van zijn ouders heeft en het risico voor een evenwicht van het kind zou ontstaan indien het wordt gescheiden van de houder die onderdaan is van derdelander. De verwerende partij wijst er op dat verzoeker al vóór de geboorte van A. gerepatriëerd werd naar Albanië. Het kind heeft een Belgische moeder die instond voor de zorg van minderjarige kinderen. Zij beschikt over een arbeidsongeschiktheidsuitkering en zorgt financieel voor de kinderen. Nergens uit het administratief dossier blijkt dat verzoeker een bijdrage heeft geleverd voor het gezin. Verzoeker beperkt zich tot een verklaring dat hij sinds zijn vrijlating januari 2022 terug met het gezin samenwoont en dat hierdoor meer stabiliteit is voor de kinderen. Specifiek wat betreft de gezondheidssituatie van A. motiveert de bestreden beslissing dat het kind sinds 2020 wordt opgevolgd door een neuroloog. Er werd een medicamenteuze behandeling opgestart en op 30 juni 2021 werd een hoogdringende maatregel gevorderd. A. werd door de jeugdrechter geplaatst in een semi-residentiële zorgenheid te Brussel. Hij wordt opgevolgd door een kinderpsychiater en door de jeugdzorgenheid Paika. A. krijgt onder meer muziektherapie en gaat naar het buitengewoon onderwijs. Het heeft enige tijd geduurd om de juiste diagnose te stellen, maar thans wordt A. opgevolgd door een professioneel team, er blijkt vooruitgang te zijn en het kind is gestabiliseerd. Waar de advocaat aanvoert dat de verbetering van A. enkel te danken is aan het feit dat verzoeker sedert januari 2022 met zijn gezin samenwoont, wordt dit niet ondersteund door stukken.

2.3.6. De Raad merkt op dat de aanvraag, die in functie van het kind A. werd ingediend, er uitdrukkelijk op wijst dat het gezin actueel beschikt over de noodzakelijk geachte professionele begeleiding. Er wordt ook op gewezen dat er opvang in de familie is. Derhalve heeft de verwerende partij de afhankelijkheidsrelatie onderzocht, zoals werd vereist door de interpretatie die het Hof van Justitie in het arrest “K.A.” heeft gegeven. Uit de door de verzoeker voorgelegde stukken met betrekking tot de problematiek van A., blijkt niet dat de afwezigheid van verzoeker als vaderfiguur aan de oorzaak lag van

de instabiliteit van A.. De verwerende partij merkt terecht op dat het kind is gestabiliseerd en gediagnosticeerd werd, zodat er thans gepaste begeleiding is. Uit de voorgelegde stukken en verslagen blijkt niet dat de vader mee betrokken wordt in de actuele zorg voor het kind. Dat de toestand van A. erop vooruit is gegaan sedert verzoeker terug bij het gezin zou wonen, is enkel een interpretatie van de stukken die verzoeker maakt in de uiteenzetting van het middel. Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat het kind A. thans medisch en psychologisch wordt begeleid samen met de moeder, hetgeen heeft geleid tot een stabilisatie van de situatie. Nergens in de stukken wordt uitdrukkelijk verklaard dat de oorzaak lag aan de afwezigheid van verzoeker of dat het verzoekers aanwezigheid is die heeft geleid tot het herstel. Ook in de aanvullende documenten die door de verzoeker werden overgemaakt naar aanleiding van de zitting blijkt dat het de Belgische moeder is die op bezoek komt naar het centrum om therapie te volgen. Er is geen sprake van een contact met vader.

Waar verzoeker betoogt dat de bestreden beslissing teruggrijpt naar verzoekers gezinsleven zoals het was ten tijde van de inreisverboden van 2012 en 2016, merkt de Raad op dat uit de motieven van de bestreden beslissing wel degelijk blijkt dat de actuele situatie wordt beoordeeld.

Verzoeker toont niet aan dat het oordeel dat er geen band van afhankelijkheid is die verzoekers aanwezigheid in België onmisbaar maakt, in strijd is met de stukken van het dossier of kennelijk onredelijk zou zijn. De verzoeker maakt dan ook niet aannemelijk dat de weigering om de aanvraag toe te staan omwille van het geldende inreisverbod in strijd zou zijn met artikel 20 VWEU.

Het middel is niet gegrond.

3. Kosten

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

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

Het beroep tot nietigverklaring wordt verworpen.

Artikel 2

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op drieëntwintig november tweeduizend tweeëntwintig door:

dhr. C. VERHAERT,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

mevr. A.-M. DE WEERDT,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

A.-M. DE WEERDT

C. VERHAERT