

Arrest

nr. 288 607 van 8 mei 2023
in de zaak RvV X / II

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat P. ROBERT
Sint-Quentinstraat 3 / 3
1000 BRUSSEL

tegen:

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

DE WND. VOORZITTER VAN DE IIde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Uruguayaanse nationaliteit te zijn, op 14 november 2022 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatsecretaris voor Asiel en Migratie van 11 oktober 2022 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20).

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

Gezien de beschikking houdende de vaststelling van het rolrecht van 18 november 2022 met refertenummer X.

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 27 januari 2023, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 7 maart 2023.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken M. BEELEN.

Gehoord de opmerkingen van de verzoekende partij en haar advocaat P. ROBERT en van advocaat Ö. 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

Op 12 april 2022 heeft verzoeker, die verklaart van Uruguayaanse nationaliteit te zijn, een aanvraag tot verblijf van meer dan drie maanden als familielid van een burger van de Unie (hierna: gezinsherenigingaanvraag) in functie van zijn minderjarig Italiaans kind, P. E., ingediend op grond van artikel 40*bis*, §2, eerste lid, 5°, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: de Vreemdelingenwet).

Op 11 oktober 2022 werd beslist tot de weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten onder de vorm van een bijlage 20.

Dit is de bestreden beslissing met volgende redengeving:

"(...)

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 12.04.2022 werd ingediend door:

Naam: P. A.

Voorna(a)m(en): A. R.

Nationaliteit: Uruguay

Geboortedatum: X

Geboorteplaats: Montevideo

Identificatienummer in het Rijksregister: (...)

Verblijvende te/verklaart te verblijven te: (...)

om de volgende reden geweigerd:

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

Betrokkene vraagt gezinshereniging aan in functie van zijn minderjarig Italiaans kind, P. E. (RR: ...) in toepassing van artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet van 15.12.1980.

Artikel 40bis, §2, 5°, van de vreemdelingenwet luidt als volgt: "(...) § 2 Als familielid van de burger van de Unie worden beschouwd: (...) 5° de vader of de moeder van een minderjarige burger van de Europese Unie, bedoeld in artikel 40, § 4, eerste lid, 2°, voor zover de laatstgenoemde ten hare laste is en zij daadwerkelijk over het hoederecht beschikt (...)"

Het in § 2, eerste lid, 5°, bedoelde familielid moet het bewijs leveren dat hij over voldoende bestaansmiddelen beschikt om in zijn eigen behoeften en die van zijn kind, burger van de Unie, te voorzien, om niet ten laste te komen van het sociale zekerheidsstelsel van het Rijk, en over een ziektekostenverzekering die alle risico's in België dekt. In het kader van de evaluatie van de bestaansmiddelen wordt rekening gehouden met hun aard en hun regelmaat.

Betrokkene legt allerhande documenten voor die zijn bestaansmiddelen bewijzen.

In het kader van een aanvraag gezinshereniging volgens artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet van 15.12.1980 dient de aanvrager ouder aan te tonen de referentiepersoon ten laste te hebben. Uit de voorliggende stukken kan dit echter niet blijken: betrokkene legt een schrijven van moeder van het kindje dd. 26.10.2021 voor waarin zij stelt dat betrokkene een goede vader is, ongeacht dat hun relatie geen stand heeft gehouden. Betrokkene zou contact houden met zijn zoon via telefoon en videochat en maandelijks allimentatie betalen. Echter, hiervan worden geen bewijzen voorgelegd. De brief die de moeder heeft geschreven wordt aanzien als een verklaring op eer waarvan het gesolliciteerd karakter niet kan worden uitgesloten.

Ter staving van een figuurlijke afhankelijkheid van het kind tegenover betrokkene, werden enkele foto's voorgelegd van betrokkene en het kind samen. Betrokkene en kind hebben jaren samengewoond en de emotionele band tussen vader en kind wordt niet betwist. Echter, een louter gezinsleven met zijn minderjarig kind volstaat niet om het verblijfsrecht als vader van een minderjarige burger van de Unie te erkennen, daartoe zijn specifieke wettelijke voorwaarden bepaald waaraan de aanvrager dient te voldoen. Het dient wel degelijk om een afhankelijkheidsrelatie te gaan waardoor de aanwezigheid van betrokkene onontbeerlijk is om het welbevinden en de verdere ontwikkeling van het kind te vrijwaren. Er is echter geen enkele aanwijzing dat betrokkene de voornaamste zorgdrager is over het kind noch kan blijken dat de moeder niet (meer) in staat zou zijn om verder in de zorg van referentiepersoon te voorzien. Bijgevolg kan uit het dossier geenszins blijken dat betrokkene de voornaamste zorgdrager over het kind zou zijn. Uit het Rijksregister blijkt dat het kind sinds hun aankomst in het Rijk gedomicilieerd is in België bij de mama en dat betrokkene van augustus 2017 tot april 2018 bij hun

inwoonde. De moeder en betrokkene zijn inmiddels uit elkaar, de moeder lijkt de dagdagelijkse zorg voor referentiepersoon op zich genomen te hebben.

Op basis van wat voorligt kan verder niet worden afgeleid welk aandeel betrokkene mogelijks heden nog opneemt in de zorg over het kind. Op basis van de voorgelegde bewijsstukken kan er in elk geval niet toe besloten worden dat betrokkene de voornaamste zorgdrager zou zijn van het kind. Nergens uit het dossier blijkt verder dat de moeder van het kind er niet verder toe in staat zou zijn (fysiek, mentaal) om het kind op te voeden of er niet toe bereid zou zijn om het kind op te voeden. Bovendien, het verblijfsrecht van het EU-kind dient niet in het gedrang te komen: de moeder van het kind woont sinds augustus 2017 in België en zou tewerkgesteld zijn.

Er is dus sowieso geen sprake van een eventuele schending van het recht op vrij verkeer van de EU-burgers, noch kan blijken dat het welzijn van het kind in het gedrang zou komen door de fysieke afwezigheid van betrokkene. Niets sluit uit dat moeder en kind verder in België verblijven en dat betrokkene een andere verblijfplaats kiest. De moeder kan net als elke andere inwoner in België gebruik maken van ondersteuning allerhande (kinderopvang, opvoedingsondersteuning, alle mogelijke medische ondersteuning, opvolging door Kind & Gezin en/of het CLB, edm.) in functie van het welzijn van het kind, om het alle kansen te bieden om zijn ontwikkeling en welbevinden te vrijwaren. Het risico op verstoring van het evenwicht van het kind door de afwezigheid van betrokkene wordt daarom als zeer laag ingeschat. Niets doet vermoeden dat zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, in het gedrang zouden komen door de afwezigheid van betrokkene.

Ook van op afstand kan betrokkene het vaderschap - desgevallend tijdelijk - verder opnemen vanuit het buitenland. Door gebruik te maken van moderne communicatiemiddelen en/of periodieke bezoeken kan hij nauw betrokken blijven bij het kind.

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

Bijgevolg heeft betrokkene niet aannemelijk gemaakt dat hij het kind dat hij wenst te vervoegen ten laste heeft zoals vereist door art. 40bis, §2, eerste lid, 5°. Het recht op verblijf wordt geweigerd aan betrokkene. Het AI van betrokkene dient te worden ingetrokken.

*De Dienst Vreemdelingenzaken wenst uw aandacht erop te vestigen dat de te vervullen voorwaarden van de gezinshereniging cumulatief zijn. Aangezien minstens één van deze voorwaarden niet vervuld is, wordt uw aanvraag van verblijf geweigerd. De Dienst Vreemdelingenzaken heeft de andere voorwaarden niet volledig onderzocht. Deze beslissing belet de Dienst Vreemdelingenzaken dus niet om bij de indiening van een nieuwe aanvraag van verblijf deze andere voorwaarden na te gaan of over te gaan tot een onderzoek of analyse die zij nodig acht. De Dienst Vreemdelingenzaken raadt u aan uw dossier grondig na te kijken vooraleer een nieuwe aanvraag in te dienen.
(...)"*

2. Onderzoek van het beroep

2.1. In wat de verzoekende partij een "eerste" middel noemt, wat ook het enig middel is, voert zij de schending aan van:

"Artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet van 15.12.1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, gelezen op in het licht van Richtlijn 2004/38/EG en artikel 21 van het Verdrag betreffende de Werking van de EU;

Artikel 62, §2 van de wet van 15.12.1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen;

Artikelen 7 en 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie;

Artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens;

Artikel 3 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind;

De zorgvuldigheidsplicht als algemeen rechtsbeginsel van behoorlijk bestuur."

Het middel wordt als volgt toegelicht:

"Eerste onderdeel

De bestreden beslissing onthult een problematische visie op het ouderschap in tijden waarin echtscheidingen vaker voorkomen. Centraal in deze discussie staat de draagwijdte van de voorwaarde "ten laste zijn" uit artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet van 15.12.1980, waarop verzoekers verblijfsaanvraag steunt, en waarvan de volledige bewoording als volgt luidt:

"§ 2. Als familielid van de burger van de Unie worden beschouwd :

[...]

5° de vader of de moeder van een minderjarige burger van de Europese Unie, bedoeld in artikel 40, § 4, eerste lid, 2°, voor zover de laatstgenoemde te zijnen laste is en hij daadwerkelijk over het hoedrecht beschikt."

Met deze bepaling heeft de wetgever de wet van 15.12.1980 in lijn willen brengen met het Unierecht, zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie van de EU (hierna het HvJ genoemd). Dit blijkt expliciet uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 19.03.2014 tot wijziging van de wet van 15.12.1980, die in het bijzonder refereert aan het HvJ-arrest Zhu en Chen van 19.10.2004.

Vermits artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet van 15.12.1980 uitvoering geeft aan het Unierecht, moet het op een richtlijnconforme manier worden uitgelegd op een wijze die compatibel is met de rechtspraak van het HvJ. In arrest Zhu en Chen heeft het HvJ het begrip 'ten laste' verduidelijkt. Volgens het Hof vloeit de hoedanigheid van een familielid ten laste voort uit een

"feitelijke situatie, die wordt gekenmerkt door de omstandigheid dat het familielid materieel wordt gesteund door de houder van het verblijfsrecht."

In hetzelfde arrest leidt het HvJ een verblijfsrecht af voor de derdelander die de ouder is van een minderjarige Unieburger te haren of zijnen laste:

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

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

Verzoeker merkt volledigheidshalve op dat artikel 18 EG en richtlijn 90/364 thans vervangen zijn door respectievelijk artikel 21 VVVEU en richtlijn 2004/38/EG.

De parlementaire voorbereiding van artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet van 15.12.1980 concludeert dan ook terecht het volgende:

"Voortaan zullen de vader of de moeder van een minderjarige burger die zich in een situatie zoals die in de zaak "Zhu en Chen" bevindt een beroep kunnen doen op een recht op verblijf, op basis van artikel 40bis van de wet. "

Ondanks de duidelijke opzet van de wetgever en de rechtspraak van het HvJ, bestaat er in het onderhavig geval een misvatting rond de voorwaarde "ten laste zijn" in de zin van artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet van 15.12.1980.

De bestreden beslissing gaat immers uit van een al te restrictieve interpretatie van deze voorwaarde, die duidelijk blijkt uit de volgende passage van de bestreden beslissing:

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

De bestreden beslissing lijkt aldus het verblijfsrecht van verzoeker op basis van artikel 40bis van de wet van 15.12.1980 te verwarren met de voorwaarden van het afgeleid verblijfsrecht op basis van artikel 20 VWEU. In dit laatste scenario vereist rechtspraak van het HvJ (cf. HvJ 08.03.2011, C-34/09, Ruiz Zambrano; HvJ 05.05.2022, C-451/19 en C-532/19, Subdelegación del Gobierno en Toledo) inderdaad een zodanige afhankelijkheidsverhouding waardoor een statische Unieburger zichzelf gedwongen ziet het grondgebied van de Unie te verlaten ingevolge de weigering van verblijf aan een derdelander.

Verzoekers situatie is echter fundamenteel anders. Zijn referentiepersoon heeft als Italiaanse burger wél zijn recht op vrij verkeer op grond van artikel 21 VWEU uitgeoefend. Als ascendent in opgaande lijn die het kind te zijnen laste heeft, geniet verzoeker dus geen afgeleid, maar een rechtstreeks verblijfsrecht op grond van artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet van 15.12.1980. Het gaat met andere woorden niet om een scenario dat lijkt op dat van het arrest Ruiz Zambrano, maar wel om omstandigheden die vergelijkbaar zijn met die uit arrest Zhu en Chen. In het arrest 275.008 van 6.7.2022 oordeelde uw Raad:

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

Door te vereisen dat verzoekers aanwezigheid "onontbeerlijk is" voor het welbevinden van E., en te impliceren hij de voornaamste zorgdrager moet zijn om te kunnen genieten van zijn verblijfsrecht op basis van artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet van 15.12.1980, voegt de bestreden beslissing een voorwaarde toe aan de wet. Nergens in zijn rechtspraak houdt het HvJ het verblijfsrecht van de minderjarige Unieburger die zijn recht op vrij verkeer uitgeoefend heeft, voor aan de "voornaamste zorgdrager". Noch de wet van 15.12.1980, noch de parlementaire voorbereiding ervan, stelt een dergelijke voorwaarde.

De bestreden beslissing schendt aldus artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet.

Tweede onderdeel

Om te weten of een persoon ten laste komt in de zin van artikel 40bis van de wet van 15.12.1980, volstaat het conform de rechtspraak van het HvJ om feitelijk na te gaan of verzoeker zijn minderjarige zoon materieel ondersteunt. Ook Uw Raad heeft in arrest 274.134 van 16.06.2022 "ten laste zijn" in deze zin uitgelegd:

"De invulling van de voorwaarde in artikel 40 bis, §2, 5°, van de Vreemdelingenwet dat een minderjarige Unieburger ten laste moet zijn van de ouder-derdelander en dat deze daadwerkelijk over het hoederecht van de minderjarige Unieburger beschikt, houdt dus conform rechtspraak van het Hof van Justitie in dat de derdelander daadwerkelijk zorg dient te dragen voor de minderjarige Unieburger van de andere Lidstaat. Indien dit het geval is, is de minderjarige burger van de Unie redelijkerwijze afhankelijk van deze ouder."

In tegenstelling tot wat de bestreden beslissing voorhoudt, heeft verzoeker wel degelijk bewijs geleverd van zijn bijdrage tot de opvoeding van zijn zoon in het kader van zijn verblijfsaanvraag. Per schrijven van 22.06.2022 heeft verzoeker aan verweerder het bewijs geleverd van overschrijvingen aan zijn voormalige echtgenote voor de maanden januari tot en met mei 2022 (stuk 8). Bovendien heeft hij een getuigenis van zijn ex-echtgenote neergelegd (stuk 9), waarin mevrouw S. hun financiële regeling uitlegt en bevestigt dat verzoeker financieel bijdraagt tot de opvoeding van hun zoon.

De bestreden beslissing slaat deze getuigenis van de hand vanwege een zogenaamd "gesolliciteerd" karakter. Nochtans bepaalt artikel 35, §1, tweede lid van het Wetboek Internationaal Privaatrecht dat de uitoefening van het ouderlijk gezag beheerst wordt door het recht van de Staat op wiens grondgebied het kind zijn gewone verblijfplaats heeft. In het geval van E. is dat België. Ook wanneer de ouders niet

langer samenleven, bepaalt artikel 374, §1, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek dat het ouderlijk gezag in principe aan hen beiden toekomt.

Dat betekent dat er in onderhavig geval - buiten de verzoeker om - welgeteld één andere persoon op de wereld is die naar eer en geweten uitspraak kan doen over de opvoeding van E. en de rol die beide ouders hierin spelen: mevrouw S. Wanneer de bestreden beslissing het bewijs van financiële bijdragen tot de opvoeding negeert, wat op zich al voldoende grond is tot een vernietiging, is het onredelijk van verweerder om bovendien de getuigenis van mevrouw S. niet in overweging te nemen. Op deze manier maakt de bestreden beslissing iedere bewijsvoering onmogelijk en schendt ze artikelen 40bis, §2, eerste lid, 5° en 62, §2 van de wet, evenals het zorgvuldigheidsbeginsel.

Derde onderdeel

Aangezien het "onontbeerlijk" karakter van de aanwezigheid van verzoeker een onwettige voorwaarde betreft, heeft verzoeker nooit de afhankelijkheidsverhouding tussen hem en zijn zoon toegelicht. Voor zover nodig merkt hij op dat er wel degelijk sprake is van een afhankelijkheidsband, en dat zijn aanwezigheid onontbeerlijk is voor het welbevinden en de ontwikkeling van E.

De bestreden beslissing erkent zélf dat verzoeker zorg draagt voor zijn zoon. Hun emotionele band wordt niet betwist en verweerder erkent het bestaan van een gezinsleven. Voor zover nodig illustreert verzoeker zijn hechte band met zijn zoon met bijkomende familiefoto's (stuk 10).

De gedwongen scheiding van vader en zoon tijdens de coronapandemie heeft ertoe geleid dat E. in therapie is moeten gaan bij psycholoog M. F. G. Zij heeft geattesteerd dat ze E. psychologisch begeleidt heeft, en omschrijft haar bevindingen als volgt (stuk 6):

"In deze bijeenkomsten onthult hij de angst en de woede die het gevolg zijn van het niet kunnen zien van zijn vader, met wie hij een zeer sterke, liefdevolle en ondersteunende emotionele band onderhoudt. In verschillende sessies gaf hij het volgende door: "Ik begrijp dat mijn vader moest gaan werken, en hoewel ik hem elke dag spreek maakt het me boos dat het niet meer is zoals vroeger", "Ik ben altijd bang dat me iets zal overkomen, toen ik zonder mijn vader was, was ik erg bang en voelde me onzeker."

In het terugkeergesprek met de ouders wordt voorgesteld dat zij overwegen om zich in hetzelfde land te kunnen vestigen, met prioriteit voor het verlangen en de psycho-affectieve gezondheid van het kind, dat op dit moment verklaart dat hij de uitwerking doormaakt van een traumatische gebeurtenis zoals het vroegtijdig loskomen van een van zijn ouders met de onzekerheid die ontstaat doordat hij niet weet wanneer hij hem met de gewenste regelmaat zal kunnen zien. "

De psycholoog bevestigt zo wat verweerder reeds wist en waar de bestreden beslissing blijk van geeft: verzoeker en zijn zoon koesteren een emotionele band. Deze emotionele band maakt E. als twaalfjarige adolescent afhankelijk van zijn vader, met wie hij sleutelmomenten moet kunnen delen, tegen wie hij moet kunnen rebelleren, en bij wie hij bovenal terecht moet kunnen in de soms turbulente jaren van de puberteit.

Zijn voormalige leraar Frans, de heer M., bevestigt deze emotionele afhankelijkheid middels de volgende omschrijving van de metamorfose die E. doorgemaakt heeft sinds de aankondiging van zijn vaders komst naar België (stuk 11):

"E. was, en is nog steeds, een heel aardig en interessant kind. Hij hield veel van kleuren. Maar soms waren zijn tekeningen donker (veel zwart). Op dat moment was zijn gezicht ook donker alsof hij gesloten was. Hij wilde de reden van zijn toestand niet meedelen. Op school wisten we het... Zijn gedachten waren elders, zelfs heel ver weg op een ander continent. [...]

Toen hij hoorde dat zijn vader naar België ging verhuizen, heeft E. een overduidelijke levensvreugde teruggevonden. In de klas lachte hij meer, was hij meer ontspannen, en werden zijn tekeningen kleurrijker.

Hij heeft zijn papa echt nodig, zoals alle kinderen. Het is een jongen en hij bereikt de adolescentie, een belangrijke periode in het leven van een kind om in goede omstandigheden op te groeien. De rol van zijn twee ouders is noodzakelijk voor zijn ontwikkeling naar volwassenheid en voor zijn scholing (behoefte aan advies, behoefte aan debat, behoefte aan confrontatie, behoefte aan referentiepunten)"

Ook mevrouw M. O., begeleidster van E. en bibliothecaresse op zijn voormalige school, onderschrijft deze bevindingen (stuk 12). E. plusvader, de heer M. V., getuigt evenzeer over een verandering ten goede in de mentale staat van E. sinds de hereniging met verzoeker (stuk 13). Ten slotte beklemtoont ook E. moeder het belang van de nabijheid van verzoeker voor de gezondheid van haar zoon (stuk 14). Het mentale welzijn en de persoonsvorming van E., die als jonge adolescent enkele cruciale jaren in zijn volwassenwording tegemoet gaat, hangen grotendeels af van zijn hechting aan zijn vader.

Volledigheidshalve herhaalt verzoeker dat E. ook materieel afhankelijk van hem is, vermits hij zijn ouderlijke plicht om financieel bij te dragen in de opvoeding van zijn zoon naar behoren vervult. In dit opzicht is het opmerkelijk dat de bestreden beslissing enerzijds expliciet vereist en bevestigt dat verzoeker over voldoende bestaansmiddelen beschikt om "niet ten laste te komen van het sociale zekerheidsstelsel van het Rijk", en vervolgens de verblijfsaanvraag weigert omdat zijn zoon en diens moeder terug kunnen vallen op "ondersteuning allerhande" van datzelfde socialezekerheidsstelsel. Deze contradictie vormt als schending van de materiele motiveringsplicht reeds voldoende grond tot nietigverklaring.

Gelet op het voorgaande, staat vast dat verzoeker wel degelijk zorg draagt voor E., en dat zijn zoon wel degelijk te zijnen laste staat. In arrest Alokpa e.a. van 10.10.2013 heeft het HvJ beklemtoond dat:

"[...] de omstandigheid dat een daadwerkelijk voor een minderjarige burger van de Unie zorgende ouder - onderdaan van een lidstaat of van een derde staat - niet met deze burger in het gastland mag wonen, het recht van verblijf van deze burger ieder nuttig effect ontnemt aangezien het genot van het verblijfsrecht door een kind van jonge leeftijd noodzakelijkerwijs impliceert dat dit kind het recht heeft om te worden begeleid door de persoon die daadwerkelijk voor hem zorgt en dat deze persoon dus gedurende dat verblijf bij het kind in het gastland kan wonen (zie reeds aangehaalde arresten Zhu en Chen, punt 45, en Iida, punt 69). " (eigen aanduidingen)

In het licht van deze rechtspraak dwaalt de bestreden beslissing naar recht voor zover het overweegt dat er in onderhavig geval geen sprake zou zijn van een schending van het vrije verkeer van EU-burgers.

Door van verzoeker te eisen dat hij de voornaamste zorgdrager van het kind is, hanteert de verweerder een onwettige voorwaarde, waarmee de bestreden beslissing een schending uitmaakt van artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet van 15.12.1980, gelezen conform richtlijn 2004/38/EG en artikel 21 VWEU. Met de verkeerde overwegingen dat verzoeker geen bewijs van financiële bijdrage zou hebben voorgelegd en dat er geen sprake is van afhankelijkheid, stoelt de bestreden beslissing op een incorrecte feitenvinding. Als zodanig schendt de beslissing artikel 62, §2 van de wet van 15.12.1980, artikelen 2 en 3 van de wet van 29.07.1991 en de zorgvuldigheidsplicht als algemeen rechtsbeginsel van behoorlijk bestuur.

Vierde onderdeel

Hoewel de bestreden beslissing expliciet het bestaan van een gezinsleven erkent, omvat het geen deugdelijke toetsing aan het recht op het gezinsleven van verzoeker en zijn minderjarige zoon, zoals gewaarborgd door artikel 8 EVRM en artikel 7 van het EU-Handvest. Op dezelfde wijze laat de bestreden beslissing na het belang van het kind in overweging te nemen. Een toetsing aan het belang van het kind is nochtans een internationaalrechtelijke verworvenheid. Artikel 3, lid 1 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (hierna het IVRK genoemd) stelt dat het belang van het kind steeds de eerste overweging dient te vormen:

"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. "

Hetzelfde principe resoneert in Artikel 24, lid 2 van het Handvest van de Grondrechten van de EU:

"Bij alle handelingen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging. "

Ten slotte stelt ook artikel 22bis, vierde lid van de Belgische Grondwet het belang van het kind voorop:

"Het belang van het kind is de eerste overweging bij elke beslissing die het kind aangaat. "

In het arrest Jeunesse c. Pays-Bas heeft het EHRM aangegeven dat dezelfde verplichting voortvloeit uit artikel 8 van het EVRM. Hetzelfde arrest concretiseert hoe deze toetsing aan het belang van het kind verloopt:

« Lorsque des enfants sont concernés, il faut prendre en compte leur intérêt supérieur (Tuquabo-Tekle et autres c. Pays-Bas, no 60665/00, § 44, 1er décembre 2005 ; mutatis mutandis, Popov c. France, nos 39472/07 et 39474/07, §§ 139-140, 19 janvier 2012 ; Neulinger et Shuruk, précité, § 135, et X c. Lettonie [GC], no 27853/09, § 96, CEDH 2013). Sur ce point particulier, la Cour rappelle que l'idée selon laquelle l'intérêt supérieur des enfants doit primer dans toutes les décisions qui les concernent fait l'objet d'un large consensus, notamment en droit international (Neulinger et Shuruk, précité, § 135, et X c. Lettonie, précité, § 96). Cet intérêt n'est certes pas déterminant à lui seul, mais il faut assurément lui accorder un poids important. Pour accorder à l'intérêt supérieur des enfants qui sont directement concernés une protection effective et un poids suffisant, les organes décisionnels nationaux doivent en principe examiner et apprécier les éléments touchant à la commodité, à la faisabilité et à la proportionnalité d'un éventuel éloignement de leur père ou mère ressortissants d'un pays tiers. » (eigen aanduiding)

De bestreden beslissing overweegt alleen dat verzoeker de gezinsband met zijn zoon vanuit het buitenland verder kan onderhouden via "moderne communicatiemiddelen en/of periodieke bezoeken".

Zoals blijkt uit het hoger geciteerde arrest, zijn het recht op een gezinsleven en het daaruit voortvloeiende hoger belang van het kind niet absoluut. De verweerder dient rekening te houden met alle relevante factoren bij een afweging tussen het recht op gezinsleven van betrokkenen en andere op het spel staande belangen. Wanneer onder meer redenen van openbare veiligheid in de weegschaal liggen, kan verweerder beslissen het recht op gezinsleven in te perken voor zover deze beperking een wettelijke grond heeft en noodzakelijk is in een democratische samenleving.

De bestreden beslissing maakt echter geen correcte belangenafweging waarin de verweerder, conform de rechtspraak van het EHRM, de uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit van een vader-zoonrelatie op afstand nagaat. Voor zover nodig, beklemtoont verzoeker in dit opzicht dat hij geen gevaar voor de Belgische openbare veiligheid vormt. Als bewijs hiervan heeft hij een uittreksel uit zijn blanco strafregister bij zijn verblijfsaanvraag gevoegd (stuk 15).

Terwijl uit het eerste onderdeel al gebleken is dat de verweerder zich baseert op een onwettige grondslag om het recht op gezinsleven van verzoeker en zijn minderjarige zoon in te perken, blijkt bovendien dat de bestreden beslissing niet verder komt dan een stereotiepe overweging. Dit is geen fair balance van verzoekers recht op een gezinsleven en het hoger belang van het kind.

Verzoeker vestigt de aandacht op arrest 269.788 van 15.03.2022, waarin Uw Raad wel een correcte afweging gemaakt heeft:

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

Waar de verwerende partij stelt dat op basis van de voorgelegde bewijsstukken niet kan worden afgeleid dat de verzoekende partij de belangrijkste zorgdrager zou zijn voor haar minderjarig kind, is de bestreden beslissing kennelijk onredelijk gemotiveerd."

Verzoeker benadrukt in dit opzicht nog dat Uw Raad in arrest nr. 261.780 van 07.10.2021 terecht overwogen heeft dat moderne communicatiemiddelen niet volstaan om een beschermde gezinsband met minderjarige kinderen te onderhouden. Net zoals in onderhavig geval, stond in die bewuste zaak het biologische en juridische vaderschap niet ter discussie. Ten overvloede voegt hij hieraan toe dat hijzelf en E. de bevinding van Uw Raad reeds aan den lijve ondervonden hebben. Toen verzoeker en zijn zoon tijdens de coronapandemie geen andere keuze hadden dan contact te houden via moderne communicatiemiddelen, heeft dit een nefaste invloed gehad op het mentale welzijn van E.

Zonder een correcte belangenafweging schendt de bestreden beslissing artikel 8 EVRM, artikelen 7 en 24 van het EU-Handvest, artikel 3 van het IVRK, alsook de zorgvuldigheidsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.”

2.2. De verwerende partij merkt op in haar nota met opmerkingen:

“In zijn enige middel beroept verzoekende partij zich op een schending van :

- Artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° gelezen in het licht van Richtlijn 2004/38/EG en artikel 21 van het Verdrag betreffende de werking van de EU,
- Artikel 62 §2 van de Vreemdelingenwet,
- zorgvuldigheidsbeginsel, als algemene beginsel van behoorlijk bestuur.
- Artikelen 7 & 24 van EU-handvest,
- Artikel 8 van het EVRM,
- Artikel 3 IVRK.

1. De verwerende partij heeft de eer te antwoorden dat er in de bestreden beslissing de determinerende motieven worden aangegeven op grond waarvan de beslissing is genomen om het verblijf van meer dan drie maanden te weigeren. In de akte wordt verwezen naar de toepasselijke rechtsregels, namelijk artikel 40bis §2, eerste lid, 5° van de Vreemdelingenwet.

Artikel 40bis §2, 5° van de Vreemdelingenwet stelt dat « de vader of de moeder van een minderjarige burger van de Europese Unie, bedoeld in artikel 40, § 4, eerste lid, 2°, voor zover de laatstgenoemde te zijnen laste is en hij daadwerkelijk over het hoederecht beschikt.”

Uit de hierboven geciteerde wetsbepalingen blijkt dat verzoeker, om een recht op gezinshereniging met zijn minderjarig kind met de Italiaanse nationaliteit te kunnen laten gelden op grond van artikel 40bis, § 2, eerste lid, 5° van de Vreemdelingenwet het kind ten laste moet hebben, daadwerkelijk over het hoederecht moet beschikken en over voldoende bestaansmiddelen moet beschikken om in zijn eigen behoeften en die van zijn kind te voorzien teneinde niet ten laste te komen van het sociale zekerheidsstelsel van het Rijk.

Hij moet eveneens over een ziektekostenverzekering beschikken die alle risico's in België dekt.

In de voorbereidende werken (Parl. St. Kamer 2013-2014, DOC 53 3239/001, 17) kan aangaande artikel 40bis, § 2, 5° van de Vreemdelingenwet het volgende worden gelezen:

“Artikel 16 wil de les van het Hof van Justitie, die getrokken werd uit het arrest van 19 oktober 2004 betreffende de zaak *Zu en Chen* (C200/02), in het Belgisch recht bekrachtigen. In het kader van latere zaken werd trouwens meermaals aan deze les herinnerd (zie met name arrest van 8 november 2012, lida, C-40/11, In zijn “Chen”-arrest heeft het Hof van Justitie voor recht verklaard dat artikel 18 EG (nu artikel 21 VWEU) en de richtlijn 90/364 betreffende het verblijfsrecht aan de minderjarige onderdaan van een lidstaat die gedekt is door een passende ziektekostenverzekering en die ten laste komt van een ouder die zelf onderdaan is van een derde staat en wiens bestaansmiddelen toereikend zijn om te voorkomen dat genoemde minderjarige ten laste komt van de overheidsfinanciën van de lidstaat van ontvangst, een recht om voor onbepaalde duur op het grondgebied van deze laatste staat te verblijven verlenen. In dat geval geven deze zelfde bepalingen de ouder die daadwerkelijk voor die onderdaan zorgt het recht met deze laatste in de lidstaat van ontvangst te verblijven.

Bijgevolg moeten de lidstaten de ouder die een onderdaan van een derde staat is en wiens kind zich in een dergelijke situatie bevindt toestaan om met zijn kind op hun grondgebied te verblijven. Het doel is het nuttig effect van de rechten die verbonden zijn met het Europees burgerschap van het minderjarig kind te garanderen, in het bijzonder het recht op vrij verkeer waarvan hij krachtens artikel 21 van het VWEU geniet (zie arrest “*Zu en Chen*”, punten 45 en 46). In de praktijk werd de verblijfssituatie van deze ouder tot op heden vanuit de invalshoek van de artikelen 9 en 9bis van de wet geregeld, krachtens de discretionaire bevoegdheid waarover de administratieve overheid principieel beschikt. Voortaan zullen de vader of de moeder van een minderjarige burger die zich in een situatie zoals die in de zaak “*Zu en Chen*” bevindt een beroep kunnen doen op een recht op verblijf, op basis van artikel 40bis van de wet.”

Uit de voorbereidende werken blijkt dat de wetgever hier duidelijk de voorwaarden van een passende ziektekostenverzekering, het ten laste zijn van het minderjarig kind, toereikende bestaansmiddelen en de daadwerkelijke zorg voor de minderjarige Unieburger vooropstelt en dat de ratio legis nadrukkelijk steunt op het feit dat de ouder en de minderjarige niet ten laste mogen komen van de overheidsfinanciën van de lidstaat van ontvangst. De voorwaarden zijn cumulatief.

Verzoeker heeft bij zijn gezinsherenigingsaanvraag verschillende stukken neergelegd om zijn stabiele inkomsten te bewijzen. Verzoeker is blijkbaar mede-oprichter van het IT-bedrijf C. IT L. in de Verenigde Staten (in de Staat Wyoming), hij bezit 50% van de aandelen. Verzoeker legde zijn bankuittreksels van H. P. neer, een overzicht van zijn loon bij de werkgever, M. P. I., zijn aanslagbiljet van de Verenigde Staten voor het jaar 2021.

Ter staving van de afhankelijkheid van het kind tegenover verzoeker, werden foto's en een uittreksel van bankoverschrijving ten bedrage van 500euro op datum van 26.2.2022 voorgelegd. De bankoverschrijving bevat de mededeling: 'E. monthly, January to May 2022.'

De gemachtigde motiveert in de bestreden beslissing dat verzoeker op basis van de bovenvermelde documenten niet heeft kunnen bewijzen dat hij de voornaamste zorgdrager van het kind is. Uit het administratief dossier blijkt dat de moeder van het minderjarig kind de primaire zorgdrager is, gezien de vele jaren van afwezigheid van de vader.

Het loutere bestaan van een gezinsband is niet voldoende om het verblijfsrecht aan te ontleen. Het is aan de ouders van het kind om in het belang van het kind te beslissen waar het best kan verblijven en hoe zij de contacten met het kind verder wensen te organiseren. Het vrij verkeer van het kind hoeft helemaal niet in het gedrang te komen, immers het kind is nog vergezeld door de EU-moeder. Er blijkt dan ook niet en het wordt niet concreet aangetoond dat het gezin, in het bijzonder het minderjarig kind, moeilijkheden zal ondervinden om verder te verblijven in België zonder verzoeker. De verzoeker maakt met zijn betoog niet concreet aannemelijk dat het bestreden besluit een disproportionele inmenging uitmaakt in zijn gezinsleven, rekening houdende met de stukken in het administratief dossier. Er dient te worden benadrukt dat de zorgvuldigheidsverplichting die rust op de bestuursoverheid evenzeer geldt ten aanzien van de rechtsonderhorige of, in het kader van wederkerig bestuursrecht, de burger. Er dient op te worden gewezen dat de vreemdeling de nodige documenten moet aanbrengen opdat verwerende partij kan beoordelen of de verzoekende partij aan de wettelijke voorwaarden voldoet. De verplichting die in casu rust op de vreemdeling, kadert bijgevolg in de wederkerige zorgvuldigheidsverplichting.

Het kwam aan de verzoekende partij toe om al de nodige stukken neer te leggen zodat de verwerende partij een beoordeling kon maken op basis van de neergelegde stukken. Verzoeker toont niet aan dat het voor hem onmogelijk was om de nodige stukken voor het nemen van de bestreden beslissing over te maken aan de verwerende partij.

Deze stukken die verzoekende partij na het nemen van de bestreden beslissing of voor het eerst aan zijn verzoekschrift tot nietigverklaring voegt, kunnen niet weerhouden worden in het kader van onderhavig beroep. De wettigheid van een beslissing dient immers beoordeeld te worden in functie van de gegevens waarover het bestuur kon beschikken op het ogenblik van het nemen van de beslissing. In het middel van verzoekende partij is met deze regel geen rekening gehouden, waardoor het geenszins tot de beoogde nietigverklaring kan leiden.

Verzoeker kan op basis van de nieuwe stukken die toegevoegd zijn aan zijn verzoekschrift een nieuwe gezinsherenigingsaanvraag indienen.

2. Verzoeker betoogt verder dat artikel 8 van het EVRM wordt geschonden door hem te verhinderen een gezinsleven te leiden met zijn Italiaanse zoon.

De gemachtigde merkt vooreerst op dat de bestreden beslissing geen verwijderingsmaatregel bevat en evenmin gepaard gaat met een verwijderingsmaatregel. Een schending van het gezins- en/of privéleven is niet aan de orde en de beschouwingen daaromtrent zijn niet dienstig.

Het door artikel 8 van het EVRM gewaarborgde recht op respect voor het privéleven en voor het familie- en gezinsleven is niet absoluut. Binnen de grenzen gesteld door het voormelde lid, is de inmenging van het openbaar gezag toegestaan voor zover die bij wet is voorzien (legaliteit), ze geïnspireerd is door een of meerdere van de in het tweede lid van artikel 8 van het EVRM vermelde legitieme doelen (legitimiteit) en voor zover ze noodzakelijk is in een democratische samenleving om ze te bereiken (proportionaliteit). Staten beschikken over een zekere beoordelingsmarge wat betreft de noodzaak aan inmenging. Vanuit dit laatste standpunt is het de taak van de overheid om te bewijzen dat zij de bekommernis had om een juist evenwicht te bereiken tussen het beoogde doel en de ernst van de inbreuk op het recht op respect van het privé- en/of familie- en gezinsleven (EHRM 19 februari 1998, Dalia/Frankrijk, § 52; EHRM 9 oktober 2003, Slivenko/Letland (GK), § 113; EHRM 18 oktober 2006, Uner/Nederland (GK), § 54; EHRM 2 april 2015, Sarkozi en Mahran/Oostenrijk, § 62). Dit wordt onderzocht aan de hand van 'fair balance'-toets, waarbij wordt nagegaan of een redelijke afweging werd gemaakt tussen de belangen van het individu en de belangen van de samenleving (EHRM 9 oktober 2003, Slivenko/Letland (GK), § 113; EHRM 23 juni 2008, Maslov/Oostenrijk (GK), § 76).

Hoewel artikel 8 van het EVRM geen uitdrukkelijk procedurele waarborgen bevat, stelt het EHRM dat de besluitvormingsprocedure die leidt tot maatregelen die een inmenging uitmaken op het privé- en gezinsleven, billijk moet verlopen en op passende wijze rekening moet houden met de belangen die door artikel 8 van het EVRM worden gevrijwaard. Deze procedurele vuistregel is volgens het EHRM tevens van toepassing zowel op situaties waar sprake is van een weigering van voortgezet verblijf (EHRM 11 juli 2000, Ciliz/Nederland, § 66). Staten gaan hun beoordelingsmarge te buiten en schenden artikel 8 van het EVRM wanneer zij falen op zorgvuldige wijze een redelijke belangenafweging te maken (EHRM 28 juni 2011, Nuñez/Noorwegen, § 84; EHRM 10 juli 2014, Mugenzi/Frankrijk, § 62).

In voorkomend geval wordt de bestreden beslissing genomen krachtens de vreemdelingenwet, waarvan de bepalingen dienen beschouwd te worden als zijnde maatregelen die, binnen een democratische samenleving, nodig zijn om de toegang en het verblijf van niet-nationale onderdanen op het nationale grondgebied te controleren. De bestreden beslissing kent aldus een wettelijke basis en streeft een legitiem doel na.

De gezinshereniging wordt niet onmogelijk gemaakt. Het betreft slechts een tijdelijke scheiding in afwachting van het voldoen aan de voorwaarden voor gezinshereniging. Er blijkt aldus niet dat – in afwachting van het voldoen aan de voorwaarden voor gezinshereniging – het gezinsleven niet via moderne communicatiemiddelen verder gezet kan worden.

Overeenkomstig de vaste rechtspraak van de Raad van State dient bovendien te worden benadrukt dat een tijdelijke scheiding om zich in regel te stellen met de immigratiewetgeving niet kan beschouwd worden als een schending van artikel 8 EVRM (RvS 22 februari 1993, nr. 42.039; RvS 20 juli 1994, nr. 48.653; RvS 13 december 2005, nr. 152.639).

Betreffende de vermeende schending van artikel 3 van IVRK, artikel die tevens geen motiveringsplicht bevat, laat verweerder gelden dat dit Verdrag, in tegenstelling tot wat verzoekende partij voorhoudt, geen directe werking heeft en dat verzoekende partij zich er derhalve niet met gunstig gevolg kan op beroepen (zie ook RvS nr. 100.509 dd.31.10.2001).

Wat betreft de getuigenverklaringen die toegevoegd zijn aan het verzoekschrift kunnen we meedelen dat deze op vraag van verzoeker zijn opgemaakt waardoor het gesolliciteerd karakter niet kan worden uitgesloten.

Gelet op voorgaande volstaan de motieven, die niet betwist worden en die steun vinden in het administratief dossier, om de bestreden beslissing te schragen naar recht.

Het opgeworpen middel is ongegrond.”

2.3. In essentie stelt de verzoekende partij in haar eerste onderdeel van het middel dat de bestreden beslissing de draagwijdte van de voorwaarde *“ten laste zijn”* uit artikel 40bis, §2, eerste lid, 5°, van de Vreemdelingenwet miskent en de bestreden beslissing ten onrechte aanneemt dat de verzoekende partij geen zorgdragende vader is van het minderjarig kind dat samenleeft bij diens moeder. De verzoekende partij onderschrijft haar stelling door te verwijzen naar deze wettelijke bepaling, haar voorbereidende werken, de noodzakelijke richtlijnconforme interpretatie die aan deze bepaling moet gegeven worden (onder meer in het kader van de richtlijn 2004/38/EG), de Europese rechtspraak in verband met het begrip *“ten laste”* en arresten van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad).

2.4. De Raad merkt op dat de verzoekende partij diverse stukken bij haar verzoekschrift voegt, waaronder getuigenverklaringen die dateren van 4 november 2022 (stuk 6), van 28 oktober 2022 (stuk 11), van 30 oktober 2022 (stuk 12) en van 31 oktober 2022 (stuk 13 en 14). Deze stukken dateren van na het nemen van de bestreden beslissing en kunnen aldus niet in rekening worden gebracht, gelet op de wettigheidstoetsing die de Raad moet uitoefenen. De verwerende partij kon geen rekening houden met stukken die haar niet kenbaar waren gemaakt.

Uit de gegevens van het administratief dossier, waar de Raad wel acht mag op slaan, blijkt dat de referentiepersoon de minderjarige Italiaanse zoon is van de verzoekende partij, geboren uit de relatie die de verzoekende partij had met zijn ex-echtgenote, die de verzoekende partij wenst te vervolgen.

Voorts blijkt uit de bestreden beslissing dat de verwerende partij het bezit van voldoende bestaansmiddelen om deze zoon ten laste te nemen, niet betwist. De bewoording *“Betrokkene legt allerhande documenten voor die zijn bestaansmiddelen bewijzen.”*, geeft dit duidelijk aan.

De bestreden beslissing stelt dat het ten laste zijn van de verzoekende partij niet is bewezen omdat de brief van de moeder van de referentiepersoon van 26 oktober 2022, gericht aan de verwerende partij, niet aanvaard wordt. Deze wordt door de verwerende partij aanzien als zijnde van *“een gesolliciteerd”* karakter, ook al zijn de verzoekende partij en de moeder van het kind uit de echt gescheiden sedert 2018.

Voorts betwist de bestreden beslissing niet dat er een emotionele band bestaat tussen de verzoekende partij en haar kind: *“Ter staving van een figuurlijke afhankelijkheid van het kind tegenover betrokkene, werden enkele foto's voorgelegd van betrokkene en het kind samen. Betrokkene en kind hebben jaren samengewoond en de emotionele band tussen vader en kind wordt niet betwist.”*

Het doorslaggevende motief is het volgende:

“Het dient wel degelijk om een afhankelijkheidsrelatie te gaan waardoor de aanwezigheid van betrokkene onontbeerlijk is om het welbevinden en de verdere ontwikkeling van het kind te vrijwaren. Er is echter geen enkele aanwijzing dat betrokkene de voornaamste zorgdrager is over het kind noch kan blijken dat de moeder niet (meer) in staat zou zijn om verder in de zorg van referentiepersoon te voorzien. Bijgevolg kan uit het dossier geenszins blijken dat betrokkene de voornaamste zorgdrager over het kind zou zijn. Uit het Rijksregister blijkt dat het kind sinds hun aankomst in het Rijk gedomicilieerd is in België bij de mama en dat betrokkene van augustus 2017 tot april 2018 bij hun inwoonde. De moeder en betrokkene zijn inmiddels uit elkaar, de moeder lijkt de dagdagelijkse zorg voor referentiepersoon op zich genomen te hebben.

Op basis van wat voorligt kan verder niet worden afgeleid welk aandeel betrokkene mogelijks heden nog opneemt in de zorg over het kind. Op basis van de voorgelegde bewijsstukken kan er in elk geval niet toe besloten worden dat betrokkene de voornaamste zorgdrager zou zijn van het kind. Nergens uit het dossier blijkt verder dat de moeder van het kind er niet verder toe in staat zou zijn (fysiek, mentaal) om het kind op te voeden of er niet toe bereid zou zijn om het kind op te voeden. Bovendien, het verblijfsrecht van het EU-kind dient niet in het gedrang te komen: de moeder van het kind woont sinds augustus 2017 in België en zou tewerkgesteld zijn.”

De bestreden beslissing vervolgt haar analyse dat niet blijkt dat de afwezigheid van de vader het welzijn van het kind in gedrang zou brengen, het risico op verstoring van het evenwicht van het kind zeer laag is omdat de moeder kan gebruik maken van allerhande steun in België, dit terwijl de verzoekende partij in nauw contact kan blijven met het kind door moderne communicatiemiddelen.

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

“Als familielid van de burger van de Unie worden beschouwd :

(...)

5° de vader of de moeder van een minderjarige burger van de Europese Unie, bedoeld in artikel 40, § 4, eerste lid, 2°, voor zover de laatstgenoemde te zijnen laste is en hij daadwerkelijk over het hoederecht beschikt.

§ 4. [...] Het in § 2, eerste lid, 5°, bedoelde familielid moet het bewijs leveren dat hij over voldoende bestaansmiddelen beschikt om in zijn eigen behoeften en die van zijn kind, burger van de Unie, te voorzien, om niet ten laste te komen van het sociale zekerheidsstelsel van het Rijk, en over een ziektekostenverzekering die alle risico's in België dekt. In het kader van de evaluatie van de bestaansmiddelen wordt met name rekening gehouden met hun aard en hun regelmaat.”

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

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

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

Voor wat betreft de invulling van de voorwaarde in artikel 40bis, §2, 5°, van de Vreemdelingenwet, dat een minderjarig Unieburger ten laste moet zijn van de ouder-derdelander en dat deze daadwerkelijk beschikt over het hoederecht van de minderjarige Unieburger, kan worden verwezen naar de voorbereidende werken, waaruit blijkt dat deze bepaling werd ingevoegd om “de les van het Hof van Justitie, die getrokken werd uit het arrest van 19 oktober 2004 betreffende de zaak Zu en Chen (C-200/02), in het Belgisch recht [te] bekrachtigen. In het kader van latere zaken werd trouwens meermaals aan deze les herinnerd (zie met name arrest van 8 november 2012, Iida, C-40/11, punten 55 en 69 evenals het arrest van 10 oktober 2013, “Alopka”, C-86/12, punt 29. In zijn Chen-arrest heeft het Hof van Justitie voor recht verklaard dat artikel 18 EG (nu artikel 21 VWEU) en de richtlijn 90/364 betreffende het verblijfsrecht aan de minderjarige onderdaan van een lidstaat die gedekt is door een

passende ziektekostenverzekering en die ten laste komt van een ouder die zelf onderdaan is van een derde staat en wiens bestaansmiddelen toereikend zijn om te voorkomen dat genoemde minderjarige ten laste komt van de overheidsfinanciën van de lidstaat van ontvangst, een recht om voor onbepaalde duur op het grondgebied van deze laatste staat te verblijven verlenen. In dat geval geven deze zelfde bepalingen de ouder die daadwerkelijk voor die onderdaan zorgt het recht met deze laatste in de lidstaat van ontvangst te verblijven. Bijgevolg moeten de lidstaten de ouder die een onderdaan van een derde staat is en wiens kind zich in een dergelijke situatie bevindt toestaan om met zijn kind op hun grondgebied te verblijven. Het doel is het nuttig effect van de rechten die verbonden zijn met het Europees burgerschap van het minderjarig kind te garanderen, in het bijzonder het recht op vrij verkeer waarvan hij krachtens artikel 21 van het VWEU geniet (zie arrest “Zu en Chen”, punten 45 en 46). In de praktijk werd de verblijfssituatie van deze ouder tot op heden vanuit de invalshoek van de artikelen 9 en 9bis van de wet geregeld, krachtens de discretionaire bevoegdheid waarover de administratieve overheid principieel beschikt. Voortaan zullen de vader of de moeder van een minderjarige burger die zich in een situatie zoals die in de zaak “Zu en Chen” bevindt, beroep kunnen doen op een recht van verblijf, op basis van artikel 40bis van de wet.” (wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake Asiel en Migratie en tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, Parl.St. Kamer 2013-2014, nr. 53 K3239/001, 16-17).

2.6. In het Zhu en Chen-arrest (HvJ 19 oktober 2004, C-200/02, Zhu en Chen, Jur. 2004, I-9925) werd het volgende gesteld:

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

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

2.7. Het Hof van Justitie heeft in het arrest van 10 oktober 2013, C-86/12, inzake Alokpa, het volgende overwogen:

“28 Bijgevolg heeft het Hof geoordeeld dat de omstandigheid dat een daadwerkelijk voor een minderjarige burger van de Unie zorgende ouder – onderdaan van een lidstaat of van een derde staat – niet met deze burger in het gastland mag wonen, het recht van verblijf van deze burger ieder nuttig effect ontnemt aangezien het genot van het verblijfsrecht door een kind van jonge leeftijd noodzakelijkerwijs impliceert dat dit kind het recht heeft om te worden begeleid door de persoon die daadwerkelijk voor hem zorgt en dat deze persoon dus gedurende dat verblijf bij het kind in het gastland kan wonen (zie reeds aangehaalde arresten Zhu en Chen, punt 45, en Lida, punt 69).

29

Wanneer aldus artikel 21 VWEU en richtlijn 2004/38 een verblijfsrecht in het gastland verlenen aan de minderjarige van jonge leeftijd die onderdaan is van een andere lidstaat en die aan de voorwaarden van artikel 7, lid 1, sub b, van deze richtlijn voldoet, kan de ouder die daadwerkelijk voor deze onderdaan zorgt, op grond van diezelfde bepalingen met deze burger in het gastland verblijven (zie in die zin arrest Zhu en Chen, punten 46 en 47).”

2.8. Artikel 40bis, §2, 5°, van de Vreemdelingenwet dient dan ook te worden uitgelegd in het licht van artikel 21 van het VWEU en de relevante rechtspraak van het Hof van Justitie die een eenvormige uitlegging geeft aan deze bepaling. De lidstaten, inclusief nationale rechters, zijn er immers toe gehouden om hun nationale recht conform het Unierecht uit te leggen (zie HvJ 6 november 2003, C-101/01, Lindqvist, punt 87; HvJ 26 juni 2007, C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a., punt 28). De nationale rechter dient tevens, als gevolg van de in artikel 4, lid 3, van

het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) neergelegde samenwerkingsplicht en het loyaliteitsbeginsel, rekening te houden met de uniforme interpretatie die het Hof van Justitie reeds aan bepalingen van het Unierecht heeft gegeven. De rechtspraak van het Hof van Justitie vormt overigens, naast het primair en secundair Unierecht, eveneens een bron van Unierecht. De uitlegging die het Hof krachtens de hem bij artikel 267 van het VWEU verleende bevoegdheid geeft aan een regel van Unierecht, verklaart en preciseert, voor zover dat nodig is, de betekenis en strekking van dat voorschrift zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast (HvJ 13 januari 2004, C-453/00, *Kühne en Heitz*, par. 21).

2.9. De Raad leidt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie af dat het voor de beoordeling of ieder nuttig effect wordt ontnomen van het recht van verblijf (op grond van artikel 21 van de VWEU) in het gastland van een minderjarige van jonge leeftijd die onderdaan is van een andere lidstaat, niet zozeer van belang is of die onderdaan voor dat verblijfsrecht slechts op zijn ouder-derdelander is aangewezen, maar of die ouder daadwerkelijk voor die onderdaan zorgt. Weliswaar was de feitelijke situatie in de zaken die hebben geleid tot de arresten *Zhu en Chen* en *Alokpa* zo dat slechts één ouder de daadwerkelijke zorg had over de betreffende kinderen die onderdanen waren van een andere lidstaat en die kinderen bijgevolg in die optiek op die ene ouder waren aangewezen. Maar in de zaken die hebben geleid tot het arrest van het Hof van 17 september 2002, C-413/99, inzake *Baumbast en R*, waarnaar het Hof in het arrest *Zhu en Chen* heeft verwezen, woonden beide ouders van de betreffende kinderen (al dan niet samen) in het gastland en heeft het Hof die omstandigheid kennelijk niet van belang geacht voor die beoordeling.

2.10. De invulling van de voorwaarde in artikel 40bis, §2, 5°, van de Vreemdelingenwet, dat een minderjarig Unieburger ten laste moet zijn van de ouder-derdelander en dat deze daadwerkelijk over het hoederecht van de minderjarige Unieburger beschikt, houdt dus conform rechtspraak van het Hof van Justitie in dat de derdelander daadwerkelijk zorg dient te dragen voor de minderjarige Unieburger van de andere lidstaat. Indien dit het geval is, is de minderjarige burger van de Unie redelijkerwijze afhankelijk van deze ouder.

2.11. De vraag stelt zich of de verzoekende partij afdoende aantoonde een zorgdragende ouder te zijn. Gegeven is dat de verwerende partij de emotionele band tussen de verzoekende partij en het kind niet betwist.

De verklaring van de moeder van het kind wordt door de verwerende partij volledig opzij geschoven. De bestreden beslissing gaat niet in op de inhoud van deze brief wegens het “*gesolliciteerd karakter*”. De verwerende partij wil de inhoud niet mee in rekening nemen omdat het gaat over een verklaring op eer. Verwerende partij wijst erop dat niet blijkt welk aandeel verzoekende partij opneemt in de zorg van het kind en dat op grond van de bewijsstukken niet kan worden besloten dat verzoekende partij “*de voornaamste zorgdrager zou [zijn] voor het kind*”.

2.12. Gelet op de bovenvermelde rechtspraak van het Hof van Justitie kan verzoekende partij vooreerst worden gevolgd in het standpunt dat zij conform de wettelijke bepalingen, *in casu* artikel 40bis, §2, 5°, van de Vreemdelingenwet, niet moet aantonen welk aandeel zij opneemt in de zorg voor het kind, wat verwerende partij blijkens de bestreden beslissing verbindt aan de voorwaarde die de verzoekende partij volgens haar dient te vervullen, met name de voornaamste zorgdrager zijn van zijn kind-Unieburger. Zoals gezegd, volstaat het voor de verzoekende partij aan te tonen dat zij daadwerkelijk zorg draagt voor haar kind.

De bestreden beslissing betwist niet dat het kind jarenlang heeft samengewoond met de verzoekende partij. Het blijkt uit het administratief dossier dat de verzoekende partij bij aanvang van de komst van de moeder met het kind naar België (op 13 juli 2017 volgens *bulletin de renseignements* van de gemeente Woluwe-Saint-Pierre van 1 september 2017) ook aanwezig was en zij als gezin samen België binnenkwamen. De verzoekende partij had overigens op 2 augustus 2017 een gezinsherenigingsaanvraag ingediend in functie van diens echtgenote. De verzoekende partij heeft het land verlaten, volgens de moeder van het kind, tijdelijk wegens een werkaanbieding in Argentinië. Pas einde 2018 zijn de ouders van het kind gescheiden. De moeder verklaart dat haar ex-echtgenoot door de Coronapandemie niet zo snel naar België kon terugkeren als gewenst. Er is nog een positief samenwoonstverslag opgesteld op 1 februari 2018. Met brief van de advocaat van de verzoekende partij van 22 juni 2022 werd kenbaar gemaakt op welke wijze de financiële tenlasteneming gebeurde en werd een overschrijving voorgelegd ten belope van 500 euro voor vijf maanden onderhoudsgeld voor het kind. Ook maakte de verzoekende partij een verklaring over van zijn ex-echtgenote, moeder van het

kind, waarin wordt uitgelegd dat de verzoekende partij en het kind een sterke band hebben, ook toen de verzoekende partij tijdelijk tewerkgesteld was in het buitenland, waarin beschreven wordt hoe zij samen uren spenderen en de verzoekende partij een actieve rol speelt in het leven van het kind. Deze verklaring benadrukt dat beide ouders een sterke parentele verhouding hebben met het kind, hem beiden opvoeden en een veilige en evenwichtige omgeving voor hem trachten te geven (verklaring van 26 oktober 2021). Ook wordt erop gewezen dat de verzoekende partij slechts op een boogscheut van het kind is gaan wonen om volledig betrokken te zijn bij de opvoeding van het kind. De verzoekende partij onderschrijft dit door voorlegging van de huurovereenkomst.

Op het ogenblik van het opstellen van de verklaring van de moeder waren de verzoekende partij en de moeder van het kind gescheiden en had de moeder al een andere partner. Hangende de procedure hadden beide ouders elk een andere partner. Aan de verklaring van de moeder kleeft enige bewijswaarde en kan de verwerende partij deze niet louter afdoen als een gesolliciteerde verklaring. Het is de moeder van het kind die bij uitstek geplaatst is om de aard van de relatie tussen de vader en het kind weer te geven en te beschrijven. De moeder heeft thans ook verklaard dat het kind ernstig heeft geleden tijdens en onder de tijdelijke scheiding met de vader en pas opleefde toen de verzoekende partij in april 2022 terugkwam. Dit gegeven werd evenwel niet aan de verwerende partij kenbaar gemaakt voor het nemen van de bestreden beslissing.

Uit het administratief dossier blijkt niet dat het vermoeden, dat het ouderlijk gezag gedeeld wordt door de beide ouders, is weerlegd.

Beide ouders hebben een andere partner zodat niet kan ingezien worden wat de subjectieve aard is van voormeld stuk of waarom het gesolliciteerd karakter in dit geval in de weg staat om alle bewijswaarde ervan te ontnemen. Temeer de inhoud van de verklaring ondersteund wordt door objectieve elementen, zoals het huurcontract dat de verzoekende partij tekende, de tal van foto's en de financiële tenlasteneming én de emotionele band niet betwist wordt.

2.13. De verzoekende partij kan dan ook worden gevolgd in haar betoog dat, gezien hoger besproken elementen, het vaststaat dat zij tegemoet te komt aan de wettelijk gestelde verblijfsvoorwaarden en het niet relevant is dat het vaststaat welk aandeel zij heeft in de opvoeding van het kind, wat een uitbreiding inhoudt van de wettelijke voorwaarden. Dergelijk verband houdt in dat zij de voornaamste zorgdrager moet zijn terwijl het volstaat aan te tonen daadwerkelijk zorg te dragen voor het kind. Deze vaststellingen leiden tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing, aangezien de overwegingen van verweerder over alternatieve mogelijkheden om het gezinsleven verder te zetten deze beslissing niet overeind kunnen houden. Ze houden immers in dat verzoekende partij en haar gezinsleden niet samen in België kunnen verblijven en ontnemen daarmee het nuttig effect van het recht van verblijf van de minderjarige Unieburger in België op grond van artikel 21 van de VWEU. Het is, zoals het Hof van Justitie het stelde in zijn *Zhu en Chen*-arrest van 19 oktober 2004, immers duidelijk dat het genot van het verblijfsrecht door een kind van jonge leeftijd noodzakelijkerwijs impliceert dat dit kind het recht heeft om te worden begeleid door de persoon die er daadwerkelijk voor zorgt, en dientengevolge dat deze persoon, *in casu* verzoekende partij, gedurende dat verblijf bij het kind in de lidstaat van ontvangst (*in casu* België) kan wonen. Ook de andere overwegingen in de bestreden beslissing kunnen haar niet overeind houden.

Ook de nota met opmerkingen kan geen afbreuk doen aan de vaststelling dat de bestreden beslissing moet worden vernietigd. De verwerende partij behoudt haar stelling dat de verzoekende partij moet aantonen de “voornaamste” zorgdrager te zijn en sluit hiermee het delen van de zorgen voor een kind uit. De Raad wijst erop dat de verwerende partij haar verweer voorts enkel kadert in de context van artikel 8 van het EVRM omwille van een “tijdelijke scheiding”, zonder in te gaan op het argument van verzoeker dat de “voorwaarden teneinde tot een gezinshereniging te kunnen komen [tegen de wettelijke bepalingen in] [uitbreidt]”, wat samenhangt met artikel 21 van het VWEU. De verwerende partij houdt slechts voor, omdat het kind bij de moeder kan blijven, dat diens recht van vrij verkeer niet in het gedrang komt. De verwerende partij weerlegt niet het betoog dat haar verweten wordt een voorwaarde toe te voegen aan de wettelijke bepaling van artikel 40bis van de Vreemdelingenwet.

2.14. Omdat is aangetoond dat in het kader van de toepassing van artikel 40bis, §2, 5°, van de Vreemdelingenwet het motief inzake het “ten laste zijn en daadwerkelijk over het hoederecht beschikken” niet kan standhouden, wordt de bestreden beslissing vernietigd. Er blijft immers geen motief overeind dat deze beslissing alsnog kan schragen.

Het middel is, in de aangegeven mate, gegrond.

3. Kosten

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

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

De beslissing van de gemachtigde van de staatsecretaris voor Asiel en Migratie van 11 oktober 2022 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20) wordt vernietigd.

Artikel 2

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op acht mei tweeduizend drieëntwintig door:

mevr. M. BEELEN,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

dhr. K. VERKIMPEN,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

K. VERKIMPEN

M. BEELEN